



MASARYKOVA UNIVERZITA PRÁVNICKÁ FAKULTA

Josef Bejček, Josef Kotásek,
Monika Příkazská a kolektiv

OBCHODNÍ PODMÍNKY

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA
Editio Scientia

vol. 574

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY

řada teoretická, Edice Scientia
svazek č. 574

OBCHODNÍ PODMÍNKY

Josef Bejček, Josef Kotásek,
Monika Příkazská a kolektiv

Masarykova univerzita
Brno 2016

Vzor citace

BEJČEK, Josef ; KOTÁSEK, Josef ; PŘÍKAZSKÁ, Monika a kolektiv. *Obchodní podmínky*. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2016. 304 s. Spisy Právnické fakulty MU, řada teoretická, edice Scientia, sv. č. 574. ISBN 978-80-210-8424-7.

CIP - Katalogizace v knize

BEJČEK, Josef

Obchodní podmínky / Josef Bejček, Josef Kotásek, Monika Příkazská a kolektiv. --1. vydání. -- Brno: Masarykova univerzita, 2016. 304 stran. -- Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, Edice Scientia, svazek č. 574. ISBN 978-80-210-8424-7 (brož.)

347.7* 347.74* 347.440:366.5* 347.44* (048.8:082)*

- obchodní právo
- obchodní smlouvy
- spotřebitelské smlouvy
- smluvní právo
- kolektivní monografie

347.7 – Obchodní právo. Finanční právo. Právo průmyslového vlastnictví. Patentové právo. Autorské právo [16]

Tato publikace vznikla na Masarykově univerzitě v rámci projektu „Obchodní podmínky“ č. MUNI/A/1080/2015 podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2016.

Autoři:

prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.	kap. 1.1, 1.2, 1.3, 2.6, 2.7 (spoluautorství s doc. Kotáskem)
Mgr. Zdeněk Houdek	kap. 5
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.	kap. 2.7 (spoluautorství s prof. Bejčkem), 3
JUDr. Dana Ondřejová, Ph.D.	kap. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5
Mgr. Monika Příkazská	kap. 2.8 (spoluautorství s Mgr. Vítkem), 6
doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.	kap. 1.4
Mgr. Michal Vítek	kap. 2.8 (spoluautorství s Mgr. Příkazskou), 4

Recenzent: doc. JUDr. Kristián Csach, PhD., LL.M.

© 2016 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-8424-7

OBSAH

PŘEDMLUVA	9
SEZNAM ZKRATEK	13
1 POJEM A FUNKCE OBCHODNÍCH PODMÍNEK	19
1.1 Právní pojetí obchodních podmínek	19
1.2 Druhy obchodních podmínek	24
1.2.1 Tzv. „všeobecné“ a tzv. „jiné“ obchodní podmínky	24
1.2.2 Obchodní podmínky podle způsobu vzniku a dosahu	26
1.2.3 Spotřebitelské a podnikatelské obchodní podmínky	30
1.3 Funkce a význam obchodních podmínek	34
1.4 Obchodní podmínky z pohledu law & economics	41
1.4.1 Kontraktace, transakční náklady a obchodní podmínky	42
1.4.2 Smluvní standardizace a role obchodních podmínek	44
1.4.3 Některé důsledky vyplývající z použití obchodních podmínek	46
2 INKORPORACE OBCHODNÍCH PODMÍNEK	51
2.1 Obecně k inkorporaci obchodních podmínek do smlouvy	51
2.2 Inkorporace obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ	52
2.2.1 Aplikační působnost ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ	52
2.2.2 Inkorporační podmínky podle ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ	53
2.3 Inkorporace obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ	58
2.3.1 Aplikační působnost ustanovení § 1751 odst. 3 OZ	58
2.3.1.1 Věcné vymezení působnosti ustanovení § 1751 odst. 3 OZ	59
2.3.1.2 Osobní vymezení působnosti ustanovení § 1751 odst. 3 OZ	63
2.3.2 Inkorporační podmínky podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ	64
2.4 Vztah smlouvy a obchodních podmínek	64
2.5 Použití obchodních podmínek jako nekalá obchodní praktika?	66
2.6 Inkorporace v adhezních smlouvách	68
2.6.1 Pojem adhezní kontraktace	68
2.6.2 Důsledky adhezní kontraktace pro inkorporaci obchodních podmínek	70
2.6.3 Adhezita celková a částečná?	73
2.6.4 Formulářová kontraktace	77
2.6.5 Adhezní kontraktace a inkorporace	79

2.7	Kolize obchodních podmínek	83
2.7.1	Úvodem o kolizi obchodních podmínek	83
2.7.2	Konflikt obchodních podmínek – fatální absence konsensu stran nebo jen dílčí neplatnost smlouvy?	84
2.7.3	Možné řešení konfliktu obchodních podmínek	87
2.7.3.1	<i>Pravidlo prvního výstřelu</i>	87
2.7.3.2	<i>Pravidlo posledního výstřelu</i>	89
2.7.3.3	<i>Pravidlo posledního výstřelu ve Velké Británii</i>	92
2.7.3.4	<i>Pravidlo posledního výstřelu v CISG?</i>	93
2.7.3.5	<i>Best shot rule</i>	95
2.7.3.6	<i>Další paušální řešení</i>	96
2.7.3.7	<i>Flexibilní přístupy</i>	97
2.7.4	Určení obsahu smlouvy v OZ: pravidlo průniku	98
2.7.4.1	<i>Předpoklady aplikace pravidla průniku v OZ</i>	100
2.7.4.2	<i>Včasné vyloučení pravidla průniku</i>	101
2.7.4.3	<i>Obsah smlouvy</i>	103
2.7.4.4	<i>Redukce na společné minimum</i>	106
2.8	Obchodní podmínky v elektronické kontraktaci	107
2.8.1	Exkurs – obecné otázky elektronické kontraktace	107
2.8.1.1	<i>Elektronická komunikace, elektronický obchod a elektronická kontraktace</i>	107
2.8.1.2	<i>Elektronicky a písemně</i>	112
2.8.1.3	<i>Písemná forma a datové schránky</i>	119
2.8.1.4	<i>K dalším rizikům elektronické kontraktace</i>	120
2.8.2	Elektronický kontrakční proces a jeho specifika	122
2.8.3	Obchodní podmínky jako součást elektronické kontraktace	127
2.8.4	Jednotlivé oblasti inkorporace obchodních podmínek v elektronických právních jednáních	130
2.8.4.1	<i>Varianty elektronických obchodních podmínek využívaných v obchodním styku a jejich inkorporace</i>	130
2.8.4.2	<i>Shrink-wrap smlouvy</i>	134
3	INTERPRETACE OBCHODNÍCH PODMÍNEK	137
3.1	K výkladu smluvních ujednání	137
3.2	Specifika výkladu obchodních podmínek	139
3.3	Návrh interpretačního postupu při výkladu ustanovení obchodních podmínek	141
3.4	Výklad contra proferentem	143
3.5	Contra proferentem – opravdu do důsledků?	149

4 SPECIFICKÁ OBSAHOVÁ KONTROLA OBCHODNÍCH PODMÍNEK	157
4.1 Ochrana proti překvapivým ujednáním dle ustanovení § 1753 OZ	159
4.1.1 Neúčinnost ustanovení	160
4.1.2 Překvapivost ujednání	161
4.1.3 Vymezení výslovného přijetí s praktickými příklady	170
4.1.4 Dopady ochrany před překvapivými ujednáními z hlediska racionálního přístupu akceptantů	172
4.1.5 Hrubý rozpor s obchodními zvyklostmi a poctivým obchodním stykem dle ustanovení § 1801 OZ	173
4.2 Další omezení a korektivy týkající se obchodních podmínek	174
4.2.1 O obsahu obchodních podmínek	174
4.2.2 Zvláštní legitimace zájemových právnických osob dle ustanovení § 1964 odst. 2 a 1972 odst. 2 OZ	174
4.2.3 Ochrana osobních údajů, souhlas se zasíláním obchodních sdělení ..	177
4.2.4 Smluvní pokuty a rozhodčí smlouvy	180
4.2.5 Spotřebitelský exkurs	182
5 ZMĚNY OBCHODNÍCH PODMÍNEK	187
5.1 Změna obchodních podmínek jako změna smlouvy	187
5.1.1 Forma změny – doložka o písemné formě změny	188
5.1.1.1 <i>Vstupní úvahy</i>	188
5.1.1.2 <i>Domácí právní úprava</i>	191
5.1.1.3 <i>Výbrada písemné formy změny začleněná do obchodních podmínek</i>	197
5.2 Jednostranná změna obchodních podmínek	199
5.2.1 Ultimativní změny v režimu ustanovení § 1752	201
5.2.1.1 <i>Zákonné předpoklady aplikace</i>	202
5.2.1.2 <i>Obsahové náležitosti ujednání o změně obchodních podmínek</i>	204
5.2.1.3 <i>Omezení rozsahu změny obchodních podmínek</i>	209
5.2.2 Ultimativní změny mimo režim ustanovení § 1752	213
5.2.3 Neultimativní jednostranné změny obchodních podmínek	217
6 OBCHODNÍ PODMÍNKY V SEKTOROVÝCH REGULACÍCH	223
6.1 Přehled základních sektorových regulací a jejich specifika	223
6.2 Struktura smlouvy a inkorporace obchodních podmínek v sektorových regulacích	232
6.2.1 Struktura smlouvy v sektorových regulacích	232
6.2.2 Inkorporace obchodních podmínek	236
6.2.3 Rizikové odkazy ve smlouvě	239

6.3	Obsahová kontrola obchodních podmínek v sektorových regulacích	242
6.3.1	Zvláštní projevy obsahové kontroly	242
6.3.2	Překvapivá ujednání obchodních podmínek v sektorových regulacích	247
6.4	Zvláštní formální požadavky na obchodní podmínky v sektorových regulacích	253
6.4.1	Vhodný způsob uveřejnění obchodních podmínek	256
6.4.2	Zpřístupnění obchodních podmínek	256
6.4.3	Uveřejnění obchodních podmínek	257
6.4.4	Zveřejnění obchodních podmínek v Obchodním věstníku	257
6.5	Změna a jednostranná změna obchodních podmínek	258
6.5.1	Informační povinnost ohledně (jakékoliv) změny smlouvy v sektorových regulacích	260
6.5.2	Jednostranná změna smlouvy v sektorových regulacích	262
6.6	Veřejnoprávní ingerence	269
6.6.1	Schvalování obsahu smluv a smluvních podmínek	269
6.6.2	Dohled státních orgánů a jiných subjektů	271
6.6.3	Veřejnoprávní zásahy do obsahu smluv	272
6.6.4	Správněprávní trestání	272
6.7	Závěrem k obchodním podmínkám v sektorových regulacích	273
	SUMMARY	277
	LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE	279

PŘEDMLUVA

Tato monografie je dílem autorského kolektivu tvořeného učiteli katedry obchodního práva Právnické fakulty MU a jejich doktorandy. Představuje výsledek jednoletého projektu specifického výzkumu. Jeho obsah je pro čtenáře zachycen v anglickém resumé v závěru spisu, případně bude alespoň orientačně zřejmý z přehledu kapitol. V předmluvě se proto zaměřím na ty informace, které čtenář z uvedených zdrojů nezíská.

Oficiálně deklarovaným cílem podpory projektů specifického výzkumu je „posílení samostatné tvůrčí činnosti studentů v oblasti výzkumu a vývoje směřující k intenzivnímu zapojení studentů do problematiky řešené zejména v rámci týmové výzkumné a vývojové činnosti na fakultách“. I přes projektový *nemysle* je zřejmé, o č v těchto projektech jde (nebo má jít): naučit studenty vědecké práci v týmech tvořených společně s učiteli a zapojit je do katedrového výzkumu.

V oblasti právních věd je obvyklé, že monografie píše jeden autor. Dva autoři jsou již výjimkou a publikace o více autorech – pokud nejde o konferenční sborníky z pragmatických důvodů servírované veřejnosti jako vědecké monografie – jsou ojedinělé. Je to dáno přirozeně menší potřebou práce v kolektivu – nebádáme v laboratořích a neděláme testy či výzkum v terénu, což jsou aktivity, které nutně vyžadují zapojení většího počtu osob.

Tato publikace ovšem není, resp. určitě nemá být, pouhým souhrnem samostatně zpracovaných pasáží slepených dohromady oslími můstky. Dílo nevznikalo jednoduše a mezi autory proběhla a vlastně stále probíhá řada kontinuálních diskusí. Některé byly vedeny neformálně, v menším kruhu (např. v rámci konzultací studentů), jiné na větších týmových poradách a organizovaných katedrových zasedáních.

Zásadní otázku představovalo již samotné pojetí obchodních podmínek. Přístupy se rozcházejí podle toho, zda obchodní podmínky chápeme v tradičním formálním pojetí, nebo materiálně. V prvním případě obchodní podmínky pojmáme (zjednodušeně řečeno) jako externí text, na který hlavní smlouva odkazuje. V materiálním pojetí (inspirovaném zahraničními

právními úpravami) rozhoduje věcný obsah podmínky, způsob negociace či její „standardnost“ – za obchodní podmínku tak lze po příslušném materiálním testu označit i pasáž z hlavní smlouvy.

Autoři se ani po delších diskusích neodklonili od u nás tradičního formálního pojetí, přičemž důvody plausibilně shrnuje úvodní kapitola. Cíle sledované materiálním pojetím obchodních podmínek navrhuje autoři hledat v právní úpravě adhezních smluv (těm je ostatně věnována samostatná pozornost v rámci části o inkorporaci), nikoliv v samotné úpravě obchodních podmínek.

Materiální pojetí je ovšem bráno v potaz jako možná alternativa, takže čtenář se s (ať již přímou nebo zprostředkovanou) reflexí těchto koncepčních diskusí setká i v dalším textu – např. u adhezních smluv, interpretace obchodních podmínek, analýze z pohledu *law & economics*, u změny obchodních podmínek aj.

Další diskuse se týkaly inkorporace obchodních podmínek, kde se již autoři zcela neshodli. Jádrem sporů byl rozdílný náhled na ustanovení § 1751 odst. 3 občanského zákoníku, který ve vztazích mezi podnikateli navzájem připouští inkorporaci pouhým odkazem bez dalších podmínek. Část autorů vychází z toho, že klíčovým kritériem tu má být známost obchodních podmínek (první odstavce § 1751 odst. 1 občanského zákoníku), ať již kognitivní nebo presumovaná, a třetí odstavce § 1751 je spíše nadbytečný (a nemá tedy valného smyslu rozebírat např. autorství podmínek dle odst. 3 či související atributy). Jiné možné pojetí považuje inkorporaci dle třetího odstavce za dostatečný důvod pro vytvoření samostatné kategorie obchodních podmínek a zkoumá je potom podle klíčového kritéria – původu.

Tak bychom mohli pokračovat... Zdaleka tedy neplatí, že publikace vyjadřuje názor celého kolektivu – z tohoto důvodu je také řada závěrů formulována alternativně s možností jiného závěru. Každý autor odpovídá za své vlastní pasáže, a případná citace by tedy vždy měla začínat uvedením autora či autorů citované části (což má být ovšem samozřejmostí obecně).

Autoři zůstali věrni oborovému zaměření katedry obchodního práva a – až na výjimky – se nevěnují spotřebitelskému právu. Koncentrují se na obchodní podmínky sjednávané v režimu B2B či případně ve vztazích mezi podnikateli a veřejnoprávními korporacemi.

Publikace vychází z právního stavu k říjnu 2016, na eventuální legislativní změny či judikaturu již mohli autoři reagovat pouze omezeně v rámci závěrečných korektur.

V předmluvě nemůže chybět poděkování Mgr. Monice Příkazské, která krom toho, že je spoluautorkou publikace, měla nelehký úkol koordinovat práce autorského kolektivu složeného z vyhraněných osobností. Bez její vytrvalé koncepční a redakční práce a diplomatického taktu by tato publikace vůbec nevznikla.

Poděkování rovněž náleží studentkám doktorského studijního programu Zuzaně Filipové, Kateřině Augustínové a Kateřině Chovancové, a dále studentce Kristýně Blahové, které pomáhaly v závěrečných fázích práce s formální úpravou dokumentů a zároveň byly prvními čtenáři díla s často podnětnými věcnými připomínkami.

Za autorský kolektiv
Josef Kotásek

SEZNAM ZKRATEK

ABGB, OZO	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie (obecný zákoník občanský)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen z roku 1976 (zákon o obchodních podmínkách)
B2A	business to anybody
B2B	business to business
B2C	business to consumer
B2G	business to government
B2O	business to others
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (německý občanský zákoník)
BGH	Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Sbírka civilních rozhodnutí Spolkového soudního dvora)
C2C	consumer to consumer
CESL	Common European Sales Law (Společná evropská právní úprava prodeje)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží)
ČR	Česká republika
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Návrh společného smluvního rámce)

DVD Digital Video Disc

eIDAS nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 910/2014 ze dne 23. 7. 2014 o elektronické identifikaci a službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce na vnitřním trhu a o zrušení směrnice 1999/93/ES

energetický zákon, EnerZ

zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů

EU Evropská unie

FIDIC Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (Mezinárodní federace konzultačních inženýrů)

Hospodářský zákoník

zákon č. 109/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů

INCOTERMS International Commercial Terms

MMS Multimedia Messaging Service

NS Nejvyšší soud

NSS Nejvyšší správní soud

občanský zákoník, OZ

zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

občanský zákoník 1964, ObčZ 1964

zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

obchodní zákoník, ObchZ

zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

OLG	Oberlandesgericht
OP	obchodní podmínky
OSŘ	zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů
PECL	Principles of European Contract Law (Principy evropského smluvního práva)
SMS	Short Message Service
SRN	Spolková republika Německo
UCC	Uniform Commercial Code
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law (Mezinárodní ústav pro sjednocení mezinárodního práva soukromého)
ÚS	Ústavní soud

zákon o drahách

zákon č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů“

zákon o elektronickém podpisu

zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu
a o změně některých dalších zákonů (zákon
o elektronickém podpisu), ve znění pozdějších předpisů

zákon o elektronických komunikacích, ZEK

zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích
a o změně některých souvisejících zákonů (zákon
o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších
předpisů

zákon o elektronických úkonech

zákon č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech
a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších
předpisů

zákon o některých službách informační společnosti, ZSIS

zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (zákon o některých službách informační společnosti), ve znění pozdějších předpisů

zákon o ochraně hospodářské soutěže, ZOHS

zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů

zákon o ochraně spotřebitele, ZOS

zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů

zákon o platebním styku, ZPS

zákon č. 284/2009 Sb., o platebním styku, ve znění pozdějších předpisů

zákon o podnikání na kapitálovém trhu, ZPKT

zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů

zákon o pojišťovnictví

zákon č. 277/2009 Sb., o pojišťovnictví, ve znění pozdějších předpisů

zákon o poštovních službách, ZPoštSl

zákon č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), ve znění pozdějších předpisů

zákon o rozhodčím řízení

zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů

zákon o stavebním spoření zákon č. 96/1993 Sb., o stavebním spoření a státní podpoře stavebního spoření a o doplnění zákona České národní rady č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění zákona České národní rady č. 35/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů

zákon o veřejném zdravotním pojištění zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů

zákon o vnitrozemské plavbě zákon č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě, ve znění pozdějších předpisů

zákon o Všeobecné zdravotní pojišťovně zákon č. 551/1991 Sb., o Všeobecné zdravotní pojišťovně České republiky, ve znění pozdějších předpisů

zákon o významné tržní síle, ZVTS zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití, ve znění pozdějších předpisů

ZOOÚ zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů

1 POJEM A FUNKCE OBCHODNÍCH PODMÍNEK

1.1 Právní pojetí obchodních podmínek

Obchodní podmínky se v našem právu tradičně chápaly jako nepřímá smluvní ujednání, která se stanou součástí smlouvy v okamžiku, kdy s tím obě strany projeví souhlas.¹ Tyto obchodní podmínky nebyly typicky obsaženy ve vlastním textu smlouvy, ale mimo něj. Tradičně platí zásada, že odchýlná ujednání ve smlouvě mají před zněním obchodních podmínek přednost.² Praktická zkušenost i intuice totiž napovídají, že skutečná vůle stran se projeví pravděpodobněji a přesněji při individualizovaném smluvním vyjednávání nežli při akceptaci předem připraveného textu, kterému strany nezřídka nevěnují patřičnou pozornost, pokud jej vůbec čtou. Preference individuálně vyjednaných podmínek před podmínkami standardními je rovněž mj. projevem zásady autonomie vůle.

Pod vlivem především německého práva se ovšem může šířit i expanzivní a extenzivní pojetí obchodních podmínek jakožto veškerých smluvních klauzulí obsahujících podmínky předem formulované³ jednou ze stran s úmyslem, že budou použity ve více případech; individuální vyjednávání o těchto podmínkách se totiž nepředpokládá.⁴

¹ Srov. § 273 ObchZ. Kromě homonymního názvu nemají obchodní podmínky nic společného s podmínkami (*conditions*) ve smyslu § 548 OZ. V této části rozšiřujeme úvahy a závěry obsažené v článku BEJČEK, Josef. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 23, č. 18, s. 611–621.

² § 1751 OZ věta druhá, § 273 odst. 2 ObchZ.

³ Přitom se ujala interpretace, že podřazení pod pojem všeobecných obchodních podmínek podle rakouského AGB není na závadu, pokud se příslušná předem připravená klauzule uloží jen v myšlenkách, tedy bez materializace. Není tedy důležitý projev, ale samotný akt formulace podmínek předem s cílem vícenásobného použití. Srov. MAIR, Simon. Zum Kriterium der Vorformulierung von Klauseln bei AGB. *Zivilrecht aktuell*. 2008, Jg. 5, H. 18, s. 343 a násl. Obchodní podmínky s účelem vícenásobného použití mohou být tedy uloženy i jen v hlavě uživatele. Srov. BGHZ 141, 108; BGH NJW 1988, 410; 2001, 2635 – PETERSEN, Jens. Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. *JURA – Juristische Ausbildung*. 2010, Jg. 32, H. 9, s. 668.

⁴ Na předem formulovanou klauzuli potvrzující, že podmínky byly s klientem sjednány individuálně, se předkladatel obchodních podmínek samozřejmě odvolávat nemůže. Srov. též německý judikát BGH NJW 77, 624.

Takto (materiálně) pojaté obchodní podmínky nemusejí být dokonce ani písemné a nemusejí být obsaženy ani mimo text vlastní smlouvy, ale mohou být i její přímou součástí – tedy bez odkazu na ně. Svůj charakter neztrácejí ani při ústní (resp. jiné než písemné) formě smlouvy.⁵ Má prostě stačit, že takové podmínky existují (pro tři a více zamýšlená použití⁶). Důvodem má být ochrana autonomie vůle a ochrana skutečné volby smluvního obsahu adresátem obchodních podmínek. Jednostranná převaha partnera předkládajícího všeobecné obchodní podmínky by jejich prostřednictvím neměla být zneužita.

Německá tradice úpravy všeobecných obchodních podmínek (nejdříve ve zvláštním zákoně – AGBG⁷ a po reformě německého závazkového práva k 1. 1. 2002 v ustanovení § 305 a násl. německého BGB) a s ní spojené judikatury a komentářové literatury je úctyhodná a poměrně konzistentní a obsahuje velký intelektuální potenciál spojený s odpovídající „gravitační silou“. Je však nutno rozumět jí v kontextu, a nikoliv izolovaně, jakožto nějaké obecné teorii všeobecných obchodních podmínek.⁸ Německé soukromé právo neobsahuje na rozdíl od práva českého obecnou úpravu ochrany slabší strany⁹ a úpravu smluv uzavíraných adhezním způsobem.¹⁰

Obdobných cílů jako naše úprava těchto otázek dosahuje německé právo za cenu značné pojmové expanze tzv. všeobecných obchodních podmínek. Mechanické přenesení tamních judikatorních závěrů a komentářových

⁵ Srov. KÜMPEL, Siegfried. *Bank- und Kapitalmarktrecht*. 3. neu bearb. und wesentlich erw. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, s. 23.

⁶ Srov. STEINBORN, Dominic. In: HARTENSTEIN, Olaf, REUSCHLE, Fabian (Hrsg.). *Handbuch des Fachanwalts Transport- und Speditionsrecht*. 2. Aufl., Köln: Wolters Kluwer, 2012, s. 370, pozn. 25; KÜMPEL, op. cit., s. 23, pozn. 3; BGH WM 1984, 1610, 1611; WM 1981, 944, 946; NW 1981.

⁷ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen z roku 1976 (BGBI. I S. 3317, účinný od 1. 4. 1977).

⁸ V *Rakousku* se kriticky konstatuje, že se vyvinula praxe posuzovat *německou* zákonnou definici obchodních podmínek, jako by to byl rakouský zákon, který se však zákonné definici záměrně vyhnul. Rakouská judikatura odkazuje na německou zákonnou definici doslova, aniž by doložila její původ a vzbuzuje tak dojem, že osoba používající právo má co do činění se soudcovskou vlastní tvořivostí. Dojem získaný ze srovnání, že zahraniční norma je lepší než odpovídající norma vlastní, nemůže vést k popření platnosti normy vlastní. Srov. KELLNER, Markus. Zur Abgrenzung zwischen allgemeinen Geschäftsbedingungen und ausgehandelten Verträgen. *BankArchiv – ÖBA*. 2015, Jg. 63, H. 7, s. 475 a násl. a další literatura tam citovaná.

⁹ Srov. § 433 OZ.

¹⁰ Srov. § 1798 a násl. OZ.

doporučení do našich poměrů může být proto zavádějící. Česká doktrína i judikatura se dosud držela onoho užšího (formálního) pojetí; budoucí posun samozřejmě nelze vyloučit. Bylo by však velmi kontroverzní, pokud by se česká judikatura měla přiklonit k německým testům a definičním kritériím přípustnosti obchodních podmínek vyvíjeným po desetiletí a založeným především na zákonné definici obchodních podmínek, která byla dlouhodobě rozvíjena judikaturou. Důvod, že je německá judikatura podrobná a propracovaná v kontextu s tamní úpravou, není samozřejmě dostatečný pro recepci do našich poměrů utvářených jinou pozitivní úpravou a jinou tradicí pojmání obchodních podmínek.¹¹

Vyskytují se názory, že není nutné hledat obchodní podmínky tradicionalisticky vždy v nějakém standardně separátním dokumentu odlišném od textu „vlastní smlouvy“.¹² Obchodní podmínky (*standard terms*) mají podle nich být totiž jakékoliv nikoliv individuálně dojednané součásti smluv, které mohou být jevově skryty jako součást individuálně dojednané smlouvy, pokud se určité „bloky“ takto sestavených smluv ocitly fakticky mimo kontraktační dispozici druhé strany, protože šlo o předpřipravené a opakovaně používané klauzule bez ohledu na svoje umístění. Obchodní podmínky jsou podle nich předem připravená a při kontraktaci opakovaně použitelná nepřímá ujednání bez ohledu na svoje fyzické umístění mimo „tělo smlouvy“.

Tradiční pojetí obchodních podmínek samozřejmě vycházelo z předpokladu, že tyto podmínky byly obsaženy pouze na listinách mimo text vlastní smlouvy. To je sice stále běžné, ale obchodní podmínky se stále častěji vyskytují i v elektronických databázích, a to nejen ve spotřebitelských smlouvách, ale i ve smlouvách mezi podnikateli. Obchodní podmínky mohou být podle citovaného názoru též fyzicky součástí textu („těla“) písemné smlouvy, aniž tím ztratí svůj charakter. Status obchodních podmínek je prý

¹¹ Úprava v německém BGB (§ 305–310) upravuje kromě definice všeobecných obchodních podmínek také předpoklady, za nichž se tyto podmínky stanou součástí smlouvy (inkorporace), zákaz překvapivých klauzulí, seznam klauzulí zakázaných podmíněně (podléhajících hodnocení) a klauzulí zakázaných *per se*.

¹² Upozorňují na to PELIKÁNOVÁ, Irena, PELIKÁN, Robert. In: ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 70; opačný „formální“ přístup autoři této části komentáře považují za „velmi nesprávný“. Správností tohoto kategorického konstatování si nejsme jisti.

proto – podle posledně citovaného názoru – nutno hodnotit materiálně, a nikoliv formálně. Ustanovení zákona o obchodních podmínkách se vztahují event. i na části tzv. „vlastních smluv“, jejichž režim se tudíž musí zkoumat diferencovaně v případě, že *celý* jejich obsah se mezi stranami nesjednal individuálně. Pro uplatnění platné tuzemské úpravy obchodních podmínek by tedy ani klasická písemná podoba a ani fyzické oddělení obchodních podmínek od textu vlastní smlouvy neměly být nezbytné. Odraz německé doktríny a judikatury v tomto přístupu je zřejmý.

Domníváme se, že zatímco první závěr je evidentní (obchodní podmínky jsou běžně k dispozici elektronicky), druhé konstatování vyplývá spíše z nedorozumění. Zásady UNIDROIT (čl. 2.19),¹³ jimiž se občanský zákoník inspiroje, hovoří o uzavírání smlouvy za standardních podmínek (*Contracting under standard terms; Vertragsabschluß mit allgemeinen Geschäftsbedingungen; Clauses-types*).

Rozhodující je i podle komentáře UNIDROIT, aby tyto podmínky byly pro běžné a opakované použití stanoveny předem (nejde tedy v pravém slova smyslu o „vzor“, ale o povinný „standard“; pozn. aut.) a aby je jejich předkladatel používal bez jednání s druhou stranou. To však odpovídá spíše předpokladům pro použití úpravy tzv. adhezních smluv podle ustanovení § 1798 a násl. OZ.

Tzv. „vzorové podmínky“ obsažené „ve smlouvě samé“ si lze představit jako nějak graficky oddělenou součást textu („těla“) smlouvy nebo její přílohu, ale sotva jako nevyjednané (tedy tzv. standardní) podmínky volně a nerozeznatelně rozptýlené ve smluvním textu mezi podmínkami individuálně projednanými.

První identifikovatelná skupina se tradičně nazývá „obchodní podmínky“ (*standard contract terms, allgemeine Geschäftsbedingungen* atp.); druhý případ *základních* (!) individuálně nevyjednaných podmínek se v našich poměrech posoudí podle úpravy smluv uzavíraných adhezním způsobem.

¹³ Srov. [UNIDROIT]. *Zásady mezinárodních smluv*. 1. vyd., Praha: CODEX Bohemia, 1997, s. 63–64. V tomto komentáři se skutečně píše, že pro „vzorové podmínky“ (český termín není nejtěšnější a v praxi se nepoužívá – pozn. aut.) není rozhodující ani jejich forma, např. zda jsou ve zvláštním dokumentu nebo ve smlouvě samé; byly-li vtištěny předem nebo jsou-li pouze zaznamenány v počítači atd.; ani kdo je připravil, ani jejich rozsah. Ve verzi UNIDROIT PRINCIPLES 2010 se (ani po přecíslování na bod 2.1.19) nic nemění, včetně konstatování, že implicitní včlenění standardních obchodních podmínek lze připustit jen v případě, že existuje pro tento účel stranami stanovená praxe nebo zvyklost.

Slovní spojení „obchodní podmínky“ má tedy více významů. Může označovat mj. buď institucionalizovanou, formalizovanou a generalizovanou podobu podmínek dodávek, odběru, služeb atp.,¹⁴ nebo prostě dodací či jiné obchodní (platební, fakturační, reklamační aj.) podmínky¹⁵ sjednané (individuálně negociované) v konkrétním případě.

Právně politickým i pozitivistickým argumentem proti umělému směřování a matení pojmů („materiální a formální“ obchodní podmínky), jejichž oddělení má svůj metodologický a i praktický význam, je úprava tzv. včleňovací doložky v § 1799 OZ. Inkorporační klauzule má totiž smysl jen a pouze tehdy, pokud ji strany přijímají jako obsah smlouvy a vnášejí *do* (!) ní něco, co není obsaženo přímo v jejím „těle“. Obchodní podmínky v tomto „zavedeném“ slova smyslu nemohou být umístěny jinde než mimo vlastní smlouvu. Pokud se ve vlastní smlouvě vyskytují některá ujednání, která nebyla individuálně projednána a mají charakter „základních podmínek“, nemohla a nemusela být včleňována žádnou inkorporační klauzulí, protože tvoří součást vlastní smlouvy, která se eventuálně bude posuzovat podle pravidel pro adhezni kontraktaci.

Zákon rovněž nevylučuje (tedy implicitně připouští) použití obchodních podmínek u smluv uzavřených ústně nebo konkludentně. Obchodní podmínky lze ovšem v takovém případě sotva opravdu „připojit“ k nabídce v nikoliv verifikovatelné *trvalé* podobě, ale je možno je určit jako součást smlouvy, pokud jsou stranám známy. Fakt připojení obchodních podmínek k nabídce (jejich včlenění) nebo obeznámenost smluvního partnera s obchodními podmínkami bude samozřejmě muset prokázat jejich navrhovatel. A protože strana, která bude tvrdit, že smlouva byla uzavřena v konkludentně přijatém znění určitých obchodních podmínek, by to musela dokázat, je možnost kombinace obsahu smlouvy z ústně individuálně ujednaného obsahu a písemně nezachycené včleňovací doložky v obchodních vztazích potenciálně rizikovou záležitostí, jakkoliv může být tato metoda „operativní“, a tudíž praktická.

¹⁴ *Standard (!) terms; Allgemeine (!) Geschäftsbedingungen.*

¹⁵ *Terms; Liefer-, Zahlungs-, Reklamations... bedingungen.*

1.2 Druhy obchodních podmínek

Předchozí terminologické vymezení obchodních podmínek předznamenává úvahy o druzích obchodních podmínek. Široké (materiální) pojetí obchodních podmínek zahrnuje jakékoliv součásti smluv bez ohledu na jejich formu a umístění, které jedna strana předkládá smluvnímu partnerovi s předpokladem jejich vícenásobného použití, aniž je ochotna vyjednávat o změně těchto součástí.¹⁶

Dokonce i opakování dispozitivní zákonné úpravy v obchodních podmínkách, tedy deklaratorní prohlášení o něčem, co by bez odchylné dohody stran stejně platilo, se pokládá za předem formulovaný obsah smluvního ujednání.

1.2.1 Tzv. „všeobecné“ a tzv. „jiné“ obchodní podmínky

Termín „všeobecné“ obchodní podmínky (vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi) dříve používal ObchZ k odlišení od tzv. „jiných“ obchodních podmínek; diferenciací byla neurčitá a poněkud umělá, protože režim obchodních podmínek na ní stejně závisel, jen pokud šlo o předpoklad známosti podmínek (u tzv. všeobecných obchodních podmínek se předpokládalo, že jsou stranám známy), resp. o jejich skutečnou ználost (u tzv. jiných podmínek, které musely být k ofertě fyzicky přiloženy).¹⁷ Nic samozřejmě ani v režimu ObchZ nebránilo používat vedlejší smluvní ujednání, u nichž byly přiloženy k ofertě všeobecné obchodní podmínky, resp. naopak nemusely být přiloženy tzv. obchodní podmínky jiné, které stranám byly známy (typicky z předchozích smluvních vztahů). Pokud není text takových podmínek ke smlouvě přiložen, bude v souladu s požadavkem poctivosti, ochrany dobré víry (a koneckonců i autonomie vůle, která se bez potřebných informací nemůže projevit), aby text takových podmínek byl všeobecně přístupný nebo byl někde vyhlášen.

¹⁶ Německý zákonodárce vědomě nechtěl úpravu obchodních podmínek pojmout jako součást ochrany slabší strany. Srov. HABERSACK, Mathias. In: ULMER, Peter, BRANDNER, Erich H., HENSEN, Horst-Diether. *AGB Recht*. 11. neu bearb. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011, s. 150–151. Přesto se AGBG chápal jako ochrana proti jednostranným smluvním ujednáním a omezení možností zneužití soukromé autonomie (srov. MAYRHOFER, Heinrich. Überlegungen zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. *Juristische Blätter*. 1993, Jg. 115, H. 3, s. 174.), což jsou velmi podobné účely, byť vyjádřené jinými slovy.

¹⁷ Srov. § 273 odst. 1 ObchZ.

Občanský zákoník s touto nejasnou diferenciací obchodních podmínek nespojuje právní důsledky. Obchodní praxe a odborná kontraktační handýrka jí však mohou zajistit přežívání i v nových právních poměrech; navíc když zákon sám bez zřejmého důvodu přívlastek „všeobecné“ u obchodních podmínek (snad nezáměrně a ze setrvačnosti) používá, ač by i bez něho byl význam pojmu „obchodní podmínky“ a celé normy stejný.¹⁸

Sporné ovšem je, co se pod tímto atributem všeobecnosti bude rozumět, a zda toto označení vůbec bude právně relevantní. Intuitivně patrně neoznačíme za „všeobecné“ takové obchodní podmínky, které se použijí pouze pro jeden případ (pak by vlastně ani nešlo o obchodní podmínky, ale o přímou součást oné jediné smlouvy); opakovanost a záměr používat obchodní podmínky i do budoucna na neurčitý počet případů lze pokládat za „všeobecnost“ či „standardnost“ obchodních podmínek. Za „všeobecné“ se nebudou považovat individuálně sjednané podmínky jen kvůli tomu, že se opakovaně použijí i v dalších případech (kvůli úspoře času nebo z pohodlnosti či proto, že jsou prostě vhodné). Proto nebude na újmu srozumitelnosti, ale naopak ji to zvýší, pokud budeme používat jednoduše pojem „obchodní podmínky“ (OP).

Obvyklé v obchodních vztazích je koncipovat obchodní podmínky předem, ale je samozřejmě možné učinit součástí smluv i obchodní podmínky inkorporované po uzavření konkrétních smluv. Bylo by však možná interpretačně riskantní vypořádat se v takovém případě u některých náležitostí s předností smluvních ujednání (i těch dřívějších¹⁹) před ustanovením obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ. Pokud by o této otázce nebyla jasná dohoda v dodatku o včlenění obchodních podmínek do smlouvy, informované včlenění obchodních podmínek *ex post* do již uzavřené smlouvy by se muselo vykládat v celém rozsahu obchodních podmínek jako pozdější smluvní ujednání s předností před ujednáními dřívějšími.²⁰ Bezpečnější by samozřejmě bylo aktualizovat staré smlouvy ve znění pozdějších obchodních podmínek.

¹⁸ Srov. § 1827 odst. 2 OZ. Blíže k tomu srov. argumentaci v kapitole 2, pojednávající o inkorporaci obchodních podmínek a k výkladu § 1751 odst. 3 OZ.

¹⁹ Argumentem „obchodní podmínky jsou sice pozdější než smlouva, ale zákon stanoví přednost smluvních ujednání před obchodními podmínkami.“

²⁰ Příklad tzv. teleologické redukce.

1.2.2 Obchodní podmínky podle způsobu vzniku a dosahu

Obchodní podmínky lze dělit podle různých hledisek. Tradiční je dělení podle způsobu vzniku a působnosti obchodních podmínek²¹ na:

- a) OP odborných nebo zájmových organizací (obchodní podmínky „vzorové“, či „kvalifikované“). Vypracovávají je různá podnikatelská sdružení oborová²² nebo nadoborová²³, a to tuzemská i mezinárodní.²⁴ Při tom se mohou snadno dostat do rozporu se zákazem protisoutěžní horizontální koordinace soutěžitelů.²⁵ Většinou se předpokládá jejich známost a lze na ně v obchodních vztazích mezi podnikateli jen odkázat.²⁶ V jednostranných obchodech (B2C) by obchodní podmínky měly být připojeny k nabídce, nejsou-li stranám z dřívějšíka známy.²⁷ To platí i pro obchodní podmínky smluv uzavřených bez účasti podnikatele, které občanský zákoník implicitně připouští.

Může jít např. o často opakované smlouvy nájemní nebo sponzorské, u nichž by odkaz na obchodní podmínky ušetřil poskytovateli transakční náklady; obchodní podmínky by umožnily jednou profesionálně a důkladně zpracovaný smluvní model použít opakovaně a náklady na něj rozložit do všech smluv později uzavřených s jejich použitím. Tato možnost se od individuálně sjednané podrobné smlouvy na základě propracovaného návrhu liší jen nepatrně a racionální by byla jen v případě, kdy by nepodnikající poskytovatel z dobrých důvodů o té části smlouvy vtělené do obchodních podmínek nemohl či nechtěl individuálně vyjednávat a nabízel by ji jako „balíček“ nepřímých jednání obsažených v obchodních podmínkách²⁸;

- b) OP jedné smluvní strany (jednostranně koncipované, byť formálně smluvně zakotvené). Podnikatel, který na ně v návrhu smlouvy

²¹ Srov. např. KOPÁČ, Ludvík. Nepřímá ujednání v obchodních smlouvách. *Právní rádce*. 1993, roč. 1, č. 8, s. 11–13.

²² Např. Sdružení výrobců skla.

²³ Např. Hospodářská komora.

²⁴ Srov. několikavazkové a velmi obsáhlé smluvní podmínky v investiční výstavbě FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*). Přehled viz <http://fidic.org/bookshop>.

²⁵ Dohoda nebo rozhodnutí sdružení soutěžitelů s cílem nebo výsledkem omezení hospodářské soutěže zakázané § 3 ZOHS.

²⁶ Srov. § 1751 odst. 3 OZ.

²⁷ Srov. § 1751 odst. 1 OZ.

²⁸ Ustanovení o překvapivých obchodních podmínkách (§ 1753, § 1754 odst. 2 OZ) by se uplatnila také a kvůli neprofesionalitě akceptanta obchodních podmínek patrně s přísnějším standardem jasnosti a srozumitelnosti obsahu nepřímého ujednání.

odkazuje, sleduje samozřejmě především vlastní zájmy, a proto očekává, že druhá strana tyto obchodní podmínky přijme beze změny. Svou nabídku na spolupráci s druhou stranou podmiňuje přijetím svých obchodních podmínek; jedná se o případ adhezní kontraktace (*take it or leave it*). Znalost takto vzniknuvších obchodních podmínek se na rozdíl od první skupiny předpokládat nedá a partneri se s nimi musí skutečně seznámit. Pokud má navrhovatel obchodních podmínek vyšší tržní sílu nebo dokonce dominantní postavení, partnerům často nezbyvá nic jiného než s podmínkami souhlasit. Proto je obsahová kontrola správnosti (korektnosti, poctivosti) takových obchodních podmínek ve prospěch ochrany druhé strany standardem.²⁹

Tyto OP se dají z hlediska obsahového členit na

- základní (průřezové) OP upravující zásadní práva a povinnosti smluvních partnerů, které se upravují plošně a bez vztahu ke specifickému oblastem obchodování (např. reklamační řád, platební podmínky atp.),
- specializované OP podle předmětové oblasti obchodu nebo druhu dodávek (např. odrážející odlišnosti druhů bankovních obchodů³⁰), obsahující odlišnosti oproti základním OP,
- standardizované smluvní formuláře, které mohou ve spojení se základními a specializovanými OP dále omezit smluvní sebeurčení zákazníků prostřednictvím požadavků na formalizaci kontraktace.

Tzv. zaškrťovací formuláře racionální z hlediska zpracování masové smluvní agendy u poskytovatele obchodních podmínek mohou umožňovat výběr mezi *všemi* v úvahu přicházejícími variantami; pak jsou ovšem formou individuálního projednání. Pokud však některé možnosti předem omezí nebo vyloučí, nemusí být zbylé možnosti dostačující a obsah podmínek se dá i v tom případě chápat jako předem určený. Za individualizované projednání se nepokládá ani možnost vyškrtnout některou klauzuli. Podobně se možnost individualizace vyjednání podmínek dá zhatit nabídkou „balíčku“ plnění, které

²⁹ Navíc působí ochrana podle zákona o ochraně hospodářské soutěže před možným zneužitím dominantního postavení ve formě vynucování nepřiměřených podmínek, zvláště pak před vynucováním plnění, jež je v nápadném nepoměru k poskytovanému protiplnění.

³⁰ Srov. KÜMPEL, Siegfried. *Bank- und Kapitalmarktrecht*. 3. neu bearb. und wesentlich erw. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, s. 25.

spojují cenu či jiné důležité parametry s přijetím individuálně neprojednaných klauzulí OP.³¹

- c) Obchodní podmínky sjednané stranami bývají zpravidla dlouhodobější. Jejich platnost může být omezena na dobu určitou nebo také až do případné změny mohou platit na dobu neurčitou. U jednorázových a nahodilých obchodů se obchodník vesměs přizpůsobí obchodním podmínkám zpracovaným partnerem – kvůli jednomu obchodu se nevyplatí obchodní podmínky sjednávat, potřebný obsah ujednání se vloží do jednorázové smlouvy. Tyto obchodní podmínky se mohou ujednáním stran vztáhnout i na všechny dostatečně přesně určené budoucí smlouvy uzavřené mezi stranami, i když by se ony jednotlivé smlouvy na tyto obchodní podmínky neodvolávaly.³²

Rozdíl mezi OP a rámcovými smlouvami se tak může v závislosti na obsahu setřít, ovšem za předpokladu, že OP chápeme v onom širokém (materiálním) slova smyslu. Při tradičním (užším, formálním) pojetí nepředstavuje rámcová smlouva OP jakožto vedlejší smluvní ujednání, ale je přímým smluvním ujednáním projednaným stranami a obsaženým přímo (bez odkazu) ve smlouvě.³³ Obchodní podmínky by se neměly ztotožňovat s formulářovým uzavíráním smluv,³⁴ byť jde v obou případech o standardizovanou kontraktaci.

Rámcové smlouvy jsou smluvní základnou pro uzavírání budoucích smluv mezi stranami. Mohou obsahovat i některé podstatné náležitosti oněch smluv a mohou obsahovat i znaky smlouvy o smlouvě budoucí.

Líší se i způsob vtělení do smlouvy – rámcové smlouvy inkorporaci ke své účinnosti (na rozdíl od obchodních podmínek) nepotřebují. Zatímco odchylná ujednání ve smlouvě mají ze zákona přednost před obchodními

³¹ Srov. HABERSACK, Mathias. In: ULMER, Peter, BRANDNER, Erich H., HENSEN, Horst-Diether. *AGB Recht*. 11. Neu bearb. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011, s. 185.

³² Neuplatní se samozřejmě dřívější praxe direktivního plánovaného hospodářství, kdy tzv. základní podmínky dodávek měly formu podzákonného právního předpisu v zásadě kogentního charakteru (např. vyhláška č. 82/1977 Sb., o ZPD hutních výrobků, vyhláška č. 104/1973 Sb., o ZPD stavebních prací aj.), ale obsahem se blížily tomu, co se dnes označuje jako všeobecné obchodní podmínky. Běžná je však měkká verze něčeho podobného – akceptace obchodních podmínek FIDIC (mezinárodního sdružení) se běžně vyžaduje jako podmínka v zadávací dokumentaci pro zadávání stavebních veřejných zakázek pro uchazeče. Jde vlastně o faktickou závaznost metodiky s účinky „hard law“.

³³ Srov. podrobnější úvahy in: PŘÍKAZSKÁ, Monika. Rámcové smlouvy po rekonstrukci. *Obchodněprávní revue*. 2016, roč. 8, č. 9, s. 247 a násl.

³⁴ Opačně HULMÁK, Milan. *Uzavírání smluv v civilním právu*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2008, s. 62.

podmínkami, neplatí to pro rámcové smlouvy, které naopak mohou závazně stanovit a do budoucna uzavřít možnosti změn otázek, od nichž se jednotlivé dílčí smlouvy odchýlit nesmí. Rámcové smlouvy svou povahou nemohou existovat v jiné formě nežli dvoustranně či vícestranně sjednaných úkonů.³⁵

Pojmovým znakem OP je předložení předem připravené formulace obchodních podmínek bez ohledu na jejich obsah,³⁶ přičemž se počítá s použitím nikoliv *ad hoc* jen v jednom konkrétním vztahu, ale jde o základ nebo rámec obdobných právních vztahů s různými zákazníky (určitého nebo neurčitého počtu) nebo i opakovaného vztahu s tímtež zákazníkem.

Ve formulaci svého obsahu předem a v úmyslu opakovaného použití³⁷ spočívají znaky všeobecnosti obchodních podmínek. Připravenost navrhovatele „všeobecných“ obchodních podmínek k jejich změně znamená, že nejde o OP, ale o individualizované projednávání obsahu smlouvy.³⁸

Je-li výsledkem proběhnuvšího vyjednávání změn přece jen přijetí původních podmínek (tedy s obsahem v zásadě nezměněným), nepokládá se ujednání za individualizované. Operuje se s pojmem smluvního sebeurčení a mezi vyjednáváním a sjednáním obchodních podmínek. Smluvní sebeurčení předpokládá souhlas smluvního partnera, protože OP nejsou součástí objektivního práva. Na tom nic nemění okolnost, že v některých oblastech (viz kapitolu 6.2) je předpokladem platnosti OP jejich schválení regulátorem.

V tomto širokém pojetí nezáleží na formě obchodních podmínek, takže mohou být vyjádřeny nejen písemně, ale i ústně. Dokonce se hovoří o „všeobecných obchodních podmínkách z hlavy“ plánovitě vnášených do smluv se zákazníky; takové podmínky se ovšem přirozeně musejí nějak zhmotnit, aby se jejich existence dala prokazovat.³⁹

³⁵ Rámcové smlouvy tzv. „vzorové“ či vyhlášené zájmovými organizacemi či jednostranně připravené by byly poněkud bizarní.

³⁶ HABERSACK, op. cit., s. 157.

³⁷ Podle německé judikatury naplní tento znak již trojnásobné použití – podle výše cit. pramene např. BGH NJW 1998 – 2286, 2287; NJW 2002 – 138, 139; BAG NZA 2006 – 746 Rdn 20; OLG München WM 2005 – 931 aj.

³⁸ Nesmí jít pouze o deklarovanou, ale skutečnou připravenost a nejen o čistě formulační, ale obsahovou změnu – srov. HABERSACK, op. cit., s. 178–184.

³⁹ HABERSACK, op. cit., s. 173–174. Obchodní podmínky nejsou přitom definovány svým rozsahem, takže teoreticky mohou obsahovat i jen několik málo slov.

Tradičnější (užší, formálnější) přístup k obchodním podmínkám je chápán jakožto vedlejší smluvní ujednání stojící *mimo text* smlouvy, která byla shodným projevem vůle stran do smlouvy vtělena a stala se tak její součástí. Tím se samozřejmě obsah smlouvy nevymyká obsahové kontrole správnosti smlouvy, včetně úpravy adhezní kontraktace a ochrany slabší smluvní strany.

1.2.3 Spotřebitelské a podnikatelské obchodní podmínky

I přes sjednocení soukromého obligačního práva v občanském zákoníku zůstaly z pochopitelných důvodů zachovány tradiční rozdílné standardy a požadavky kladené na obchodní profesionální partnery a na druhé straně na ochranu spotřebitele. To se nezřídka projevuje i v odděleném koncipování obchodních podmínek. Dělení OP na spotřebitelské a podnikatelské je relevantní z hlediska platného práva, které fakticky rozeznává dvě skupiny: obchodní podmínky „spotřebitelské“ a obchodní podmínky „podnikatelské“.

„Obchodní“ jsou podmínky *prakticky* vždy – v tom smyslu, že nejméně na jedné straně stojí podnikatel. Představa nepodnikatelského subjektu, který má „obchodní“ podmínky, neladí s dosavadní realitou hospodářského života. Zákon tuto možnost nevylučuje, ale praktická účelnost, funkce obchodních podmínek a náklady na jejich tvorbu a notifikaci je zařazují přirozeně do oblasti (typicky opakovaných a masových) vztahů obchodních.⁴⁰

Oboustranně podnikatelské obchodní podmínky lze lépe koncipovat jako obecné („průřezové“) pro všechny budoucí vztahy dlouhodobých či plánovaně dlouhodobějších partnerů a bez ohledu na to, v jakých smluvních typech se uplatní (např. reklamační podmínky, podmínky přepravy a balení, fakturační a platební podmínky mohou být standardní a „sběrné“ pro různé smluvní typy). Obchodní podmínky by měly určit, k jakému smluvnímu typu vytvářejí podpůrné (nepřímé) smluvní ujednání.⁴¹

Rozdělení na „spotřebitelské“ a „podnikatelské“ obchodní podmínky má právní význam především z hlediska informačních povinností,

⁴⁰ Srov. § 1751 OZ.

⁴¹ Obchodní podmínky k inominátním smlouvám valný smysl nedávají kvůli své značné obecnosti; zásada autonomie vůle je připouští, ale musely by splnit všechny požadavky stanovené zákonem, především požadavek určitosti projevu vůle.

odhlédneme-li od specifických obsahových požadavků na tzv. spotřebitelské smlouvy, které se musí dodržet i v rámci nepřímých smluvních ujednání o obchodních podmínkách.⁴²

Pokud se ve vztazích mezi podnikateli určí část obsahu smlouvy odkazem na obchodní podmínky externě vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi (předpokládá se, že jsou známé a vyhlášené), nemusí se ony obchodní podmínky (někdy se nazývají „vzorové“) k návrhu smlouvy přikládat. Nestanoví se ani podmínka, že takové obchodní podmínky jsou druhé straně známy.

Je to výraz profesionality, který se dá samozřejmě zneužít. Ony zájmové a odborné organizace zákon blíže nespecifikuje. Mohou tedy být třeba i „prodlouženou rukou“ jedné ze stran. Mírnější požadavky na informační standard druhé strany ve vztahu k obchodním podmínkám při podnikatelské kontraktaci musí samozřejmě splňovat obecné požadavky na poctivost jednání, ochranu dobré víry, zákaz zneužití práva atd.

Zvolené řešení (převzaté ostatně z ustanovení § 273 ObchZ) použití těchto korektivů nevylučuje, ale na druhé straně odstraňuje ve většině případů pochybnosti o obsahu smluv uzavíraných standardně mezi podnikateli a zbavuje je zbytečné (resp. redundantní) informační formální zátěže.

Některé obchodní podmínky podnikatelů v regulovaných odvětvích mají zákonem předepsaný minimální obsah.⁴³ Obsah některých obchodních podmínek někdy schvaluje nebo dokonce přímo stanoví regulátor.⁴⁴

U obchodních podmínek, které nevytvořily odborné nebo zájmové organizace, musí být naplněn vyšší informační standard, což zákon zajišťuje požadavkem, aby podmínky byly k ofertě přiloženy, pokud nejsou stranám při uzavření smlouvy známy.⁴⁵

⁴² Srov. § 1810 a násl. OZ.

⁴³ Srov. např. § 2774 OZ o pojistných podmínkách. ZPošSl stanoví povinnost vydat poštovní podmínky a vyžaduje, aby měly minimální obsahové náležitosti. Jednou z nich je výčet ustanovení, od nichž se nelze dohodou stran odchýlit [srov. § 6 odst. 2 písm. n) ZPošSl].

⁴⁴ Srov. § 7 EnerZ – který tuto pravomoc svěruje Energetickému regulačnímu úřadu.

⁴⁵ Přiložení obchodních podmínek až k uzavření smlouvy nebo jiné dodatečné seznámení druhé strany s jejím obsahem samozřejmě tento informační standard neobsahuje a nezabepěčuje druhé straně informovaný projev vůle při kontraktaci.

Znalost obsahu podmínek se přitom nedá dovozovat z pouhé opakované kontraktace, neboť druhá strana je nemusela znát ani v jednom případě předchozí kontraktace; naopak ji lze prokázat podpisem druhé strany připojeným k prohlášení, že se seznámila s obsahem přesně identifikovaných obchodních podmínek, a event. i o tom, že jim rozumí. U nových a jednostranně vypracovaných obchodních podmínek je přiložení jejich textu vhodnější (poctivější, resp. přinejmenším alibističtější) nežli pouhé „seznamovací prohlášení“.

Praktický význam může mít diferenciací informačního standardu o obsahu obchodních podmínek pro podnikatele, kteří smlouvají jak s jinými podnikateli (B2B), tak i se spotřebiteli (B2C), resp. se státem nebo samosprávnými územními jednotkami (B2G) nebo s jiným nepodnikatelským subjektem (B2A).⁴⁶ Namísto pracného a nákladného rozlišování, zda jsou v tom či onom případě obchodní podmínky druhé straně známy, bude praktičtější text těchto podmínek pro jistotu ke každé ofertě přikládat.

V praxi se proto text obchodních podmínek umísťuje na zadní stranu předtištěných formulářů o uzavření smlouvy. Odkaz na umístění aktuálního znění obchodních podmínek na internetu (ale samozřejmě tak, aby byl druhé straně dostupný před uzavřením smlouvy) spojený s potvrzením akceptanta, že se s podmínkami seznámil, by mohl být v liberální interpretaci dostačující ve vztazích B2B. U spotřebitelských smluv by to bylo spojeno s rizikem, že se bude restriktivně vykládat povinnost podnikatele poskytnout spotřebiteli kromě znění smlouvy i text všeobecných obchodních podmínek.⁴⁷

Poskytnutí informace o obchodních podmínkách může být „fulltextové“ nebo se může „odbýt“ jen odkazem na zdroj informace. Spotřebitel by se např. mohl účelově bránit tím, že v době uzavření smlouvy neměl fyzicky přístup k internetu, byť smlouvu podepsal včetně prohlášení o tom, že se seznámil se zněním obchodních podmínek umístěných na internetu. Mohl by se event. odvolávat i na překvapivost některého ustanovení obchodních podmínek vzhledem ke zprostředkovanému způsobu vyjádření obsahu podle ustanovení § 1753 OZ.

⁴⁶ „Business to anybody“.

⁴⁷ Srov. § 1827 odst. 2 OZ.

Restriktivnější výklad ve prospěch akceptanta může naopak dovozovat, že samotný odkaz na umístění textu na internetu by nestačil nejen u smluv spotřebitelských, ale i v podnikatelských vztazích. Obchodní podmínky jsou součástí smlouvy jen v případě, že jsou (tedy skutečně) stranám známy, nebo sice fakticky známy nejsou (protože si je druhá strana na své vlastní riziko před uzavřením smlouvy nepřčetla), ale známy být mohly, protože musí být k nabídce připojeny (a že odkaz na jejich umístění mimo nabídku tedy opravdu požadavku zákona nevyhovuje).⁴⁸

Nejspolehlivější řešení je neumožnit zájemci další postup v elektronické kontraktaci před tím, než potvrdí, že se s obchodními podmínkami seznámil, že jim porozuměl a souhlasí s nimi. U kontraktace klasické by mohlo postačovat akceptantem podepsané upozornění na umístění textu obchodních podmínek na internetu, které akceptant bere na vědomí, a prohlašuje, že se s ním seznámil a že s obsahem souhlasí. Bude-li taková klauzule v textu smlouvy oddělena a zvýrazněna, a navíc zvlášť podepsána (podobně jako rozhodčí doložka ve spotřebitelských smlouvách), takže objektivně nemůže adresáta svým obsahem překvapit, neměla by autonomie vůle stran být zevnějšku korigována ve prospěch ochrany akceptanta. Dovodit kogentní povahu ustanovení § 1751 odst. 1 OZ ve vztazích mezi podnikateli není patrně z čeho.

„Připojení k nabídce“ formou odkazu na text obchodních podmínek mimo smlouvu ve spojení s prohlášením akceptanta o tom, že se s textem seznámil a souhlasí s jeho obsahem, je evidentně možné (gramaticky, formálně-logicky, i z hlediska účelu úpravy). Mezi profesionály to poskytuje dostatečnou ochranu před neinformovanou kontraktací.⁴⁹ Popírat to by mohlo znamenat negaci zásady v ustanovení § 2 odst. 2 OZ.⁵⁰

⁴⁸ Srov. HULMÁK, Milan In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část* (§ 1721–2054). *Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 155, s odkazy na CSACH, Kristián. *Standardně smluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 331 s., a tam citovanou německou judikaturu.

⁴⁹ Obecné nástroje obsahové kontroly smluv (zejm. zákaz zneužití práva, ochrana slabší strany, zákaz jednání v rozporu s dobrými mravy) se tím samozřejmě nevyřazují.

⁵⁰ Podle něj „zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodárce; nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu“.

1.3 Funkce a význam obchodních podmínek

Obchodní podmínky nemají jen mikroekonomickou funkci ve dvoustranných či vícestranných vztazích konkrétních partnerů, ale jejich hromadné používání si vynutila potřeba standardizace závazků spojených s plněními masové spotřeby a nutnost snižování nákladů na kontraktaci.⁵¹ Rozvoj hospodářství a neustávající růst počtu obchodních spojení a s tím souvisejících právních vztahů je doprovázen racionálně zdůvodněnými požadavky na typizovanost právních vztahů.⁵² V některých oblastech hromadných obchodů jsou podnikatelé odkázáni dokonce téměř výlučně na obchodní podmínky, bez nichž by se vztahy s milióny klientů nedaly vůbec zvládnout.⁵³

Požadavek ekonomické racionality a úspory transakčních nákladů se projevuje mj. v podobě předem formulovaných součástí smluv, které šetří zdlouhavé a nákladné vyjednávání.⁵⁴ Podnikatel v klidu a s využitím odborné podpory připraví text obchodních podmínek, který mnohonásobně využije. Druhá strana typicky jako neodborník (ať už spotřebitel nebo podnikatel) nemusí ovšem textu rozumět a nemusí se jí ani vyplatit z krátkodobého hlediska úspory času rozsáhlý text číst. Spoléhá se přirozeně na jeho korektnost, ev. na *ex post* obsahovou kontrolu správnosti.

Všeobecné obchodní podmínky také mohou v řadě oblastí⁵⁵ funkčně nahrazovat neexistující zákonnou úpravu určitých *de facto* smluvních typů nebo jí mohou i předcházet. Mohou tak plnit fakticky funkci dispozitivního (zákonného) práva jakožto soubor pravidel chování, která platí v inkorporované

⁵¹ Srov. LOCHER, Horst. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. 3. Auf. München: C. H. Beck, 1997.

⁵² Jednu z prvních úprav obchodních podmínek jednostranně vnášených do smluv (a to nejen ve spotřebitelských vztazích) obsahuje italský Codice Civile z roku 1942 v čl. 1341, 1342 a 1370. Zaměřuje se především na informovanost druhé strany o vnášené klauzuli a na povinnou písemnost u zvláště důležitých klauzulí (omezení odpovědnosti, odstoupení od smlouvy). Srov. MAYRHOFER, Heinrich. Überlegungen zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. *Juristische Blätter*. 1993, Jg. 115, H. 3, s. 174.

⁵³ Typicky ve finančnictví a pojišťovnictví a v internetových obchodech. Srov. BUNTE, Hermann-Josef. *AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen. Kommentar*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2015, I., Rdn. 2.

⁵⁴ MALETZKI, Corinna. *Inhaltskontrolle nicht individuell ausgehandelter Vertragsbestimmungen in B2C-Verträgen nach dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 2014, s. 1–16.

⁵⁵ Např. v oblasti leasingového financování, v různých distributorských a dealerských schématech.

podobě, nedohodnou-li si strany něco jiného. Typová smluvní volnost se pomocí OP může racionálně naplňovat.

Podrobnost úpravy a četnost zákonem upravených smluvních typů působí naopak proti tomuto možnému „kvazitypizačnímu“ vlivu obchodních podmínek. Obchodní podmínky mohou působit jako paralelní nebo alternativní cesta rozvoje právního rámce obchodů,⁵⁶ pokud je ovšem splněn předpoklad informovanosti stran o obsahu OP, jejich transparentnosti, inkorporace a obsahové kontroly jejich správnosti. Smluvní sebeurčení adresátů OP pak není ohroženo.

Úprava OP a její ochranné působení nesmí účastníky smlouvy (a to nejen ve vztazích B2B, ale i B2C) „imunizovat“ a zajišťovat „stejnou svobodu“ ve výsledku bez ohledu na to, jak (ne)odpovědně se ta či ona strana ve vztahu chová.⁵⁷

Tradiční oblast využití OP byla původně ve spotřebitelských smlouvách kvůli ochraně spotřebitele. V oboustranně podnikatelských obchodech však nejde ani tak o abstraktní potřebu ochrany, ale o výsledek – zamezit jednostranným a neúčinným podmínkám v obchodním styku.

Smluvní právo (včetně úpravy OP) by se nemělo kvůli obsahové kontrole správnosti smluv soudem stávat především právem soudcovským,⁵⁸ ale mělo by reagovat jen na velmi hrubé odchylky od dispozitivního práva nebo osvědčených smluvních vzorů⁵⁹ a nemělo by „vrchnostensky“ chránit zákazníka před jakýmkoliv myslitelným rizikem či nesrovnalostí.

⁵⁶ Srov. HEBESTREIT, Christoph. *Transparenz im AGB-Recht der Bundesrepublik Deutschland? Allgemeine Geschäftsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Vertrag, Delikt und Markt*. Fankfurt am Main: Verlag Peter Lang GmbH, 1995, s. 41 a násl.

⁵⁷ Blíže viz NIEBLING, Jürgen. Zum Stand der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im deutschen Recht bei Verwendung in B2B. *Österreichische Juristen-Zeitung*; ÖJZ. 2012, Jg. 67, H. 13, s. 586 a násl.

⁵⁸ Srov. HEBESTREIT, Christoph. *Transparenz im AGB-Recht der Bundesrepublik Deutschland? Allgemeine Geschäftsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Vertrag, Delikt und Markt*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 1995, s. 298.

⁵⁹ Příznačná je kritická poznámka na adresu německého AGBG několik let po jeho účinnosti. „Zákon o všeobecných obchodních podmínkách je jen jedním z příkladů toho, že my Němci, a to i právníci, příliš důvěřujeme zákonodárci v oblasti soukromého práva. Jednak to plyne z tradice našich politicko-právních představ, že vrchnost se zdá být povolána starat se o právo a spravedlnost a že tohoto cíle může nebo téměř může domněle dosáhnout spoluprací byrokracie a jurisprudence.“ Srov. RITTNER, Fritz. Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb. *Archiv für civilistische Praxis*. 1988, Jg. 188, H. 2-3, s. 138.

Neměla by se především pouštět ze zřetele skutečnost, že transparentní obchodní podmínky podnikatelů mohou i samy o sobě být předmětem soutěže mezi nimi a kritériem, podle něhož si zákazníci (a to zejména profesio-nálové) jednotlivé obchodní partnery volí. Nižší transakční náklady nejsou tedy jedinou výhodou používání OP.

Snazší srovnatelnost obchodních podmínek na trhu ze strany zákazníků zvyšuje nepřímou soutěživost mezi podnikateli.⁶⁰ Standardizace smluv může ovšem soutěž mezi nimi také poškodit nebo vyloučit, pokud se standardi-zují (sjednocují) některé parametry plnění.⁶¹ Zejména hrozí takové nebez-pečí v případech, kdy se obsah obchodních podmínek formuluje kolektivně. Takový postup může naplnit skutkovou podstatu dohody omezující soutěž podle ustanovení § 3 ZOHS. Příkladem může být poskytování standardních „balíčků“ ve sjednocené nebo velmi podobné sestavě.

Standardní obchodní podmínky se mohou stát i nástrojem zneužití domi-nantního postavení na relevantním trhu podle ustanovení § 10 a § 11 odst. 1a) ZOHS, pokud jejich přijetí druhou stranou dominantní partner vynucuje a jsou-li takové podmínky nepřiměřené.

Standardizace smluvního obsahu může přispívat k omezování a vylučo-vání smluvních rizik. Obchodní podmínky jsou mj. nástrojem ke snižování transakčních nákladů a předjímání a rozdělování rizik. Nejsou však zárukou dokonalé smlouvy a zvyšování užitku obou stran (Paretovo kritérium opti-mality); OP mohou rozdělovat rizika neefektivně.⁶²

Standardizované smlouvy v podobě obchodních podmínek či smluvních formulářů mohou snižovat riziko symetricky. Jsou-li smluvní strany symet-ricky (ale nedostatečně) informované, mohou se spoléhat spíše na jednodu-ché formulářové smlouvy nežli na komplexní smlouvy vytvořené „na zelené

⁶⁰ Srov. PATTERSON, Mark R. Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications. *William & Mary Law Review* [online]. 2010, vol. 52, no. 2., s. 327–414 [cit. 16. 9. 2016].

⁶¹ Technicky podmíněná standardizace výrobků a služeb (nikoliv tedy smluv), např. v zá-jmu propojitelnosti výrobků od různých výrobců do síťových struktur nebo v zájmu homologace, naopak může soutěž zoslabit; ta se potom zaměřuje na nestandardizované parametry plnění.

⁶² Srov. SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Claus. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. 3. Aufl., Berlin: Springer Verlag, 2000, s. 364 a násl.

louče“. Mohou totiž předpokládat, že formulářové smlouvy mají i přes svoji jednoduchost blíže k dokonalé smlouvě, nežli by měly jejich vlastní individualizované smlouvy.⁶³

V současných podmínkách (a zejména u tzv. masových smluv nejen spotřebitelských, ale i podnikatelských – typicky u smluv bankovních, pojišťovacích, přepravních, u internetových obchodů apod.) by bylo prakticky nemožné (resp. neúměrně nákladné) setrvat u klasických modelů individuálních kontraktací o celém obsahu smlouvy.

Snaha o dokonalou obsahovou vyváženost smluv a materiální spravedlnost pod záštitou sociálního státu by se mohla stát iniciátorem přeregulovanosti a mohla by působit kontraproduktivně a vyvolávat též morální hazard účastníků smlouvy (a to nejen u smluv spotřebitelských⁶⁴), ale mohla by na druhé straně i nutit partnery vyhýbat se předepsaným smluvním postupům. Tradiční model individuálně vyjednané smlouvy ustupuje materializaci smluvního práva právě v důsledku přesunu těžiště k jednostranně předem formulovaným standardním smluvním podmínkám.⁶⁵

OP vydává jejich uživatel typicky k vícenásobnému použití, a má proto z hlediska nákladů s tím spojených výhodu oproti zákazníkům, kteří

⁶³ Srov. EGGLESTON, Karen, POSNER, Eric A., ZECKHAUSER, Richard. The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters. *Northwestern University Law Review*. 2000, vol. 95, no. 1, s. 112.

⁶⁴ Srov. KRAMER, Ernst A. Internationale, europäische und schweizerische Perspektiven des Vertragsrechts. *Juristische Blätter*. 2012, Jg. 134, H. 12, s. 752. Ten konstatuje v obecnější souvislosti, že ještě v 60. letech nebylo v Evropě ani vidu či slechu po heslech „spotřebitelská smlouva“ či „smluvní ochrana spotřebitele“. Píše se (s. 754) o fenoménu „nové nepřehlednosti“ smluvního práva (projevující se i v tzv. právu obchodních podmínek – pozn. aut.) a vycházející z jeho internacionalizace (zejm. europeizace), angloamerikanizace, autonomizace, materializace, standardizace, elektronizace. Právo obchodních podmínek a obchodní podmínky samotné jsou podle našeho názoru jak výrazem těchto trendů, tak i nástrojem jejich prosazování. K tomu přistupuje i *soft law* (např. UNIDROIT, PECL, DCFR) zabývající se smluvním právem, na něž se v právní argumentaci již běžně odkazuje jakožto na relevantní referenční hledisko.

⁶⁵ KRAMER, Ernst A. tamtéž, s. 753. Píše se o fenoménu „trialismu“ smluvního práva rozštěpeného na úpravu oboustranně podnikatelských obchodů, dále na úpravu práva spotřebitelského (které se již stalo součástí podnikatelského práva – *Unternehmensrecht*), a konečně na zbytkové právní předpisy smluvního práva občanského. Tomuto procesu se mimochodem nevyhnulo ani české právo, navzdory formálnímu sjednocení závazkového práva v novém OZ po zrušení ObchZ. Blíže srov. BEJČEK, Josef. Účelovost nebo účelnost didaktické parcelace závazkového práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 4, s. 319–325. V širším kontextu BEJČEK, Josef. Obchodní a hospodářské právo v době postkodexové. *Obchodněprávní revue*. 2014, roč. 6, č. 7-8, s. 204–212.

se s OP setkávají jednorázově. Z jejich hlediska se dá vyřešit asymetrie v nákladech na informaci tím, že si OP prostě nepřectou. Racionalizaci masových obchodů prostřednictvím OP na straně jejich uživatelů čelí zákazník racionalizací svých jednotlivých obchodů a rezignuje na podrobné seznámení se s obsahem OP (racionální obrana proti informačnímu přetížení). Oba zájmy jsou legitimní a očekávatelné.

Některé OP jsou rozsahem a stylem koncipovány snad dokonce a právě především s tím účelem, aby je typický (jednorázový) zákazník nečetl, už jen z důvodů ekonomie času. Může přitom jít třeba i o text čitelný a naprosto srozumitelný, ale extrémně rozsáhlý a podrobný. Ustanovení § 1800 OZ o adhezni kontraktaci umožňuje zneplatnit doložku nesrozumitelnou nebo čitelnou jen se zvláštními obtížemi. Tím se patrně myslí nečitelnost fyzická, ale sotva nechť či neochota přečíst celý rozsáhlý text OP kvůli úspoře času adresáta.⁶⁶

Od zákazníka (včetně profesionálního obchodníka) se dá sice z hlediska behaviorálněpsychologického rozumně očekávat, že se především zajímá o věcná obchodní řešení a že nevěnuje čas studiu rozsáhlých obchodních podmínek, ba někdy ani jejich zběžnému přečtení.⁶⁷ Snížit standard profesionální péče (§ 5 OZ) právě u obchodních podmínek a odvolávat se na obsahovou kontrolu jejich správnosti je však obtížně zdůvodnitelné.⁶⁸

Proč by se vlastně odpovědnost za nedbalé přečtení či nepřečtení jiných dokumentů měla přičítat adresátovi, ale právě u OP by ještě měla nastoupit

⁶⁶ Nesrozumitelnost nebo čitelnost podmínek se zvláštními obtížemi je užší nežli „nepřiměřená“ délka jinak jasného a srozumitelného textu, která k přečtení celého textu jen poněkud „nemotivuje“.

⁶⁷ Empirické studie prokázaly, že je-li nabídnuta uživatelům informace o ochraně soukromí (*private policy*) automaticky (*by default*), věnují čas a úsilí jejímu přečtení. Ponechá-li se však na jejich volbě možnost akceptovat obchodní podmínky z webu bez přečtení, obvykle čtení dokumentu přeskóčí. Dokonce když se uživatelé rozhodli kliknout na nepovinnou informaci o přístupu k ochraně soukromí, strávili čtením dokumentu mnohem méně času a věnovali mu méně úsilí. Samotné kliknutí počítačovou myší u nich totiž vzbuzuje dojem, že se aktivně zúčastnili na své informovanosti, a nepocítí uji tedy potřebu dokument skutečně přečíst. Srov. STEINFELD, Nili. „I agree to the terms and conditions“: (How) do users read privacy policies online? An eye-tracking experiment. *Computers in Human Behaviour*. 2016, vol. 55, s. 998.

⁶⁸ Tento faktický argument „rozsahu četby“ se však v úvahu bere. Německý nejvyšší soud ještě před přijetím zákona o OP opakovaně konstatoval, že jednoduché a krátké formulářové smlouvy nejsou všeobecnými obchodními podmínkami. K tomu srov. KELLNER, Markus. Zur Abgrenzung zwischen allgemeinen Geschäftsbedingungen und ausgehandelten Verträgen. *BankArchiv – ÖBÄ*. 2015, Jg. 63, H. 7, s. 479. Naše úprava v § 1798 OZ váže naopak domněnku adhezni kontraktace se slabší stranou na použití formuláře; na jeho složitost či rozsah neodkazuje. Posun v judikatuře ani v tomto směru nelze samozřejmě vyloučit.

speciální obsahová kontrola správnosti? Důvod, že jsou obchodní podmínky předem formulovány a určeny k opakovanému použití, se nezdá být přesvědčivý. Obecné korektivy obsahové kontroly by měly jakožto veskrze výjimečný nástroj postačovat.⁶⁹ Extenzivní soudní obsahová kontrola správnosti OP může potlačit základní princip soukromého práva – privátní autonomii. Pokládáme za nepřijatelnou a neodpovědnou (morálně hazardní) kalkulaci, a to zejména ve vztazích B2B, že obsahová kontrola správnosti smluv soudem zbavuje strany nutnosti číst obchodní podmínky a vyjednávat o nich, a tím jim umožňuje snižovat svoje náklady a zvyšovat tržní efektivitu.⁷⁰

Obsahová kontrola správnosti OP ze zákona má svoje odůvodnění jakožto nástroj nahrazující sníženou nebo vyloučenou svobodu spoluvytvářet smlouvu zejména (ale nejen) v masových obchodech. Smluvní partner si díky ní může ušetřit vysoké transakční náklady spojené s prověřováním obsahu OP a může si v tomto směru dovolit „racionální nezám“.⁷¹

Vedlejším vyvolaným a nezamýšleným účinkem regulace OP může být tlak na velmi podrobné formulace, při jejichž nedodržení hrozí neplatnost OP. Právní ochrana adresáta OP může být v jeho důsledku vyvážena či převážena právní nejistotou vydavatele OP. To může vést některé podnikatele i ke snaze (samozřejmě po zralé ekonomické úvaze) žádné OP raději neformulovat.⁷² Samotný zákonodárce⁷³ si formulace usnadňuje neurčitými pojmy, které však OP obsahovat nemají, aniž by byly napadnutelné pro netransparentnost a podrobeny výkladu ve prospěch adresáta a ev. zneplatněny.

V poslední citované práci se uvádí docela absurdní rozsudek německého soudu (OGH 1 Ob 105/14v), podle něhož je netransparentní dokonce taková klauzule v obchodních podmínkách (pro platební karty), jež pouze opakuje požadavek zákona, protože pouhé opakování zákona nemá smysl

⁶⁹ Jsou u nás navíc doplněny o ochranu spotřebitele a o ochranu slabší strany a ochranu před důsledky adhezní kontraktace.

⁷⁰ Podobně uzavírá svoje pojednání SCHULTE-NÖLKE, Hans. No Market for ‘Lemons’: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts. *European Review of Private Law*. 2015, vol. 23, no. 2, s. 215.

⁷¹ Tak KAUFHOLD, Sylvia. „Echte“ und „unechte“ AGB in der Klauselkontrolle. *Betriebs-Berater*. 2012, Jg. 67, H. 20, s. 1236.

⁷² Srov. BOLLENBERGER, Raimund. Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit. Zum aktuellen Stand des AGB-Rechts aus Unternehmenssicht. *BankArchiv – ÖBA*. 2016, Jg. 64, H. 1, s. 29.

⁷³ A to zejména český, protože ten německý formuluje podstatu OP jasněji a přesněji.

a očekává se, že podnikatel obecná ustanovení zákona zjemní a upřesní. Podnikatel by tedy vlastně měl formulovat lépe než zákonodárce. Pokud by se požadavek transparentnosti OP (doložek) podle ustanovení § 1800 odst. 1 OZ měl vykládat podle této logiky, informační asymetrie ve prospěch podnikatele navrhujícího text OP může být také velmi iluzorní. Adresát OP sice jejich text mnohdy nečte, zatímco jejich vydavatel zná jejich text dopodrobna, ale nemůže vědět, co z něj bude (s důsledky neplatnosti) prohlášeno za netransparentní.

To může vést do bludného kruhu stále podrobnějších a kasuističtějších OP. Flexibilita obecných ustanovení podléhajících rozumnému výkladu se tak může obětovat záplavě kasuistiky, která může přerůst v nepřehlednost a v obtížnou zvladatelnost textu adresátem, a tedy netransparentnost. Hovoří se dokonce o toxickém dopadu požadavku transparentnosti na obsahovou přiměřenost klauzulí.⁷⁴ Východisko se spatřuje mj. ve vydávání vzorových podmínek standardních smluv, které by poskytly podnikatelům „bezpečný přístav“ a právní jistotu o naplnění požadavků zákona.

Funkce OP se někdy spatřuje v obraně proti rostoucí koncentraci na trzích a nedostatečné ochraně malých a středních podniků prostřednictvím práva kartelového.⁷⁵ Úprava OP má tuto nedostatečnou ochranu kompenzovat, byť je to za cenu omezení smluvní svobody dosahované na úkor miliónů (*sic!*) malých a středních podniků nesoucích jinak nevypočitatelné riziko. Argumentuje se tím, že úprava OP efektivně zabránila zneužívání obchodních podmínek lépe nežli zákon o ochraně hospodářské soutěže.⁷⁶ V našich podmínkách tento argument není namístě; naše soukromé právo poskytuje obecnou ochranu slabší straně a kromě toho existují sektorové úpravy s tímto účelem.

⁷⁴ Srov. BOLLENBERGER, Raimund. Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit. Zum aktuellen Stand des AGB-Rechts aus Unternehmersicht. *BankArchiv – ÖBA*. 2016, Jg. 64, H. 1, s. 31, 40, 41. Východisko se spatřuje mj. ve vydávání vzorových podmínek standardních smluv, které by poskytly podnikatelům „bezpečný přístav“ a právní jistotu o naplnění požadavků zákona.

⁷⁵ Srov. SCHÄFER, Christoph. Anerkannt, gut bewährt – eine Analyse des Kampfs um das „Kleingedruckte“. *Betriebs-Berater*. 2012, Jg. 67, H. 20, s. 1233–1234.

⁷⁶ A to se přitom v Německu tamní GWB (zákon proti omezení soutěže, § 20, odst. 4) vztahuje i na zneužití tržní převahy, kterou nemusí mít na rozdíl od úpravy české nutně až dominant – k jejímu dosažení totiž stačí tzv. relativní tržní síla.

Funkce vhodně koncipovaných obchodních podmínek se tedy dají shrnout tak, že zejména:

- homogenizují a zprůhledňují soukromoprávní prostředí, v němž se smluvní strany pohybují a zakotvují, formalizují (kvazikodifikují a kvazinormují) obchodní zvyklosti, čímž
- vedou nepřímo k transparentní a proporcionálnější úpravě vztahů;
- umožňují potenciálním spolupracujícím podnikatelům i zájemcům z řad spotřebitelů informovanější rozhodování o volbě budoucího kontrahenta;
- usnadňují nediskriminační chování na trhu;
- zvyšují právní jistotu;
- zvyšují předvídatelnost;
- homogenizují, rozdělují a standardizují smluvní riziko;⁷⁷
- racionalizují, zrychlují a typizují hromadné obchody;
- umožňují levnější a spolehlivé zpracování a strukturované vedení velkoobjemové smluvní agendy a její technizaci;
- snižují transakční náklady kontraktace a rozkládají jednorázově vynaložené náklady na dosažení jednotného standardu do mnohočetných vztahů;
- vyplňují mezery v právní úpravě typových smluv;
- umožňují flexibilitu při zavádění nových obchodů a služeb;
- garantují obsahovou správnost, vyváženost a férovost smluv.⁷⁸

1.4 Obchodní podmínky z pohledu law & economics

Jak již bylo řečeno v souvislosti s funkcemi a významem obchodních podmínek, důvod jejich využívání je především racionalizační. Jako jeden z nástrojů standardizace smluvního obsahu významným způsobem snižují transakční náklady a v řadě sektorů do značné míry vůbec umožňují uzavírání smluv v masovém měřítku.

Pro lepší pochopení podstaty těchto důvodů, ale i následků z toho plynoucích, je vhodné nahlédnout na celou problematiku i pohledem *law & economics*, který se právě na ekonomický kontext právní úpravy zaměřuje.

⁷⁷ KORNET, Nicole. The Interpretation and Fairness of Standardized Terms: Certainty and Predictability under CESL and the CISG Compared. *European Business Law Review*. 2013, vol. 24, no. 3, s. 319 a násl.

⁷⁸ Srov. typicky obchodní podmínky FIDIC.

1.4.1 Kontraktace, transakční náklady a obchodní podmínky

Se smluvními vztahy se vždy pojí určitá míra transakčních nákladů. Některé z nich jsou právními nástroji v podstatě neovlivnitelné, jiné naopak s právem souvisí velmi úzce. Využívání obchodních podmínek, přestože nepochybně neodstraňuje tyto náklady zcela, může některé z jejich složek poměrně výrazně snižovat.

Jako celek zahrnuje kategorie *transakčních nákladů* veškeré časové a finanční nároky vyplývající z faktu, že strany vstupují do smluvních transakcí. Jde o všechny náklady, které strany navíc musí vynaložit v důsledku toho, že si určitý výrobek či službu nezabezpečují samy (interně, in-house), ale „nakupují“ je od jiných subjektů skrze smluvní transakci (externě, jako outsourcing). Nejde tedy o materiální ani osobní výdaje na vyprodukování samotného výrobku či služby, ale o výdaje jejich získání od *jiného* subjektu.⁷⁹

Typicky se jedná o náklady na vyhledání vhodného smluvního partnera, získání a prověření informací o něm, jakož i o produktu samotném, náklady na vyjednání a uzavření smlouvy, na její optimální právní konstrukci a volbu vhodného obsahu, včetně fundovaného vyhodnocení informací o relevantní právní úpravě (což se ve zvýšené míře projevuje zejména u přeshraničních vztahů); mnoho dalších nákladů se potom objevuje i ve fázi po uzavření smlouvy – to je spojeno např. s kontrolou plnění, vymáháním řádného splnění, komunikací mezi stranami, s případnými soudními či mimosoudními spory, exekucním řízením atp.

Z celého výše vymezeného okruhu transakčních nákladů se tematika obchodních podmínek pochopitelně nejvíce dotýká aspektu *vyjednávání a uzavření smlouvy*. Oproti individuálně vyjednáváním smlouvám, kdy by se strany

⁷⁹ Transakční náklady vyjadřují rozdíl mezi náklady, který musí obchodní subjekt vynaložit na to, aby si určitý produkt vyrobil sám, a náklady, které musí vynaložit v případě, že produkt odebírá od jiného subjektu skrze smluvní transakci. Samotné výrobní náklady, náklady na práci, stroje, dopravu apod. je potřeba vynaložit v každém případě (musel by je vynaložit subjekt sám i v případě interní výroby, musí je vynaložit i externí dodavatel). Všechno, co se ale v případě tržního směnného vztahu objeví *navíc* (tj. získávání informací, vyjednávání, uzavření smlouvy, dohled, kontrola plnění, vymáhání plnění atd.), je právě náklad samotné transakce, tedy *transakční náklad*. Transakční náklady jsou cenou za využití trhu. Je zřejmé, že transakční náklady mohou být (a jsou) významnou veličinou. Přestože tyto náklady jsou velmi výrazné (tvoří desítky procent HDP), stále se vyplácí je vynakládat, neboť specializace a tržní směna přináší mnohem více, než kdyby si všechny subjekty musely veškeré výrobky a služby produkovat samy. Dokud jsou tedy tržní transakční náklady nižší než přínosy specializace, vyplácí se tržní řešení realizovat.

o obsahu smlouvy podrobně bavily a krok za krokem dojednávaly konkrétní ujednání, představuje odkaz na dopředu připravené standardizované obchodní podmínky výrazné zjednodušení a zlevnění kontraktačního procesu. Oproti dlouhým hodinám náročného zjišťování a vyhodnocování relevantních informací a hledání kompromisních smluvních formulací (k čemuž by strany navíc musely samy mít, či si externě opatřit odpovídající znalosti a dovednosti), se kontrakce v tomto ohledu uskuteční mnohem jednodušším způsobem.

Nelze ale na druhou stranu téma standardizace a obchodních podmínek ztotožňovat. Jde pouze o prolínající se okruhy, které mají v obou směrech přesahy i jinak. Cíle standardizace může být velmi účinně dosaženo i bez obchodních podmínek – např. *formulářovými smlouvami* obsahujícími všeobecně užívaná ujednání přímo v samotném textu smlouvy; mezi konkrétními stranami do budoucna pak i *rámcovými smlouvami*, kdy jednotlivé realizační smlouvy již na žádné obchodní podmínky neodkazují.

Stejně tak i z opačného pohledu obchodní podmínky nemusí být vždy nástrojem standardizace; jejich použití ve formálním smyslu nebrání, pokud budou obsahovat individuálně sjednaná ustanovení (což se zejména v podnikatelské sféře u řady významných kontraktů děje). Je třeba rozlišovat obchodní podmínky jako kontraktačně-technický nástroj, a standardizaci obsahu jako takovou.

Nelze navíc opominout ani význam existence samotné právní úpravy s množstvím *dispozitivních ustanovení*. I to vede při nedostatku individuálního vyjednávání ke standardizaci obsahu – ten se ustálí právě v poloze dispozitivních ustanovení a k úspoře transakčních nákladů též nezanedbatelně přispívá (jde o hlavní důvod existence dispozitivních ustanovení). Zatímco ovšem přímé využití právní úpravy vede k naprosté jednotě příslušných pravidel napříč hospodářskými odvětvími a reáliemi jednotlivých vztahů, umožňují smluvní standardizační nástroje přeci jen určité přizpůsobení konkrétnějším situacím (konkretizace zcela obecných pojmů a lhůt, specifikace individuálních požadavků, vyloučení určitých nevhodných ustanovení, doplnění chybějících pravidel). Přestože tedy nástroje standardizace nutně přinášejí zevšeobecnění a paušalizaci smluvních řešení oproti ryze individuálně sjednávaným

kontraktům, nejedná se o tak generální řešení, k jakému by vedla aplikace samotné zákonné úpravy. Vzhledem k široké oblibě jde zjevně o vhodný kompromis, široce využívaný v obchodní i neobchodní praxi.

1.4.2 Smluvní standardizace a role obchodních podmínek

Obchodní podmínky jsou v českém právu pojímány spíše z formálního pohledu (k tomu viz kapitolu 1.1), kdy rozhodujícím faktorem je to, zda je určité ujednání zahrnuto do vlastního textu smlouvy krytého podpisem stran, anebo je kryté jen inkorporačním odkazem. Jak již bylo zmíněno, obchodní podmínky z tohoto pohledu mohou, ale nemusí být využity jako nástroj smluvní standardizace. Mohou být využity i jen jako nástroj *kontraktálně-technický*, kdy je obsah smluvního textu, přestože třeba i zcela individualizovaný pro daný vztah, nakonec rozčleněn na vlastní smlouvu, a části, na které tato smlouva odkazuje (technické podmínky, dodací podmínky, rozpočty apod.) Důvody k tomu mohou být různorodé (např. administrativní či pragmaticky-technické, kdy se s jednotlivými dokumenty má fyzicky jinak nakládat, případně jejich text finalizují jiné osoby v jiný čas a jsou až následně propojeny vzájemnými odkazy).

V drtivé většině případů však obchodní podmínky představují nástroj *standardizační*, kdy je jejich obsah vytvořen nikoliv jen k použití na jeden konkrétní smluvní vztah, ale k použití vůči většímu, potenciálně neomezenému počtu smluvních partnerů do budoucna, anebo alespoň k použití ve větším množství případů vůči jednomu partnerovi.⁸⁰ Právě s tímto standardizačním použitím se pak pojí hlavní výhody spočívající v redukci transakčních nákladů. Existence hotového připraveného textu smluvních ujednání, které svou vhodně zvolenou koncepcí i konkrétními formulacemi vyhovují jak věcným parametrům dané transakce, tak potřebám konkrétních stran (samozřejmě zejména té, která text podmínek připravuje), přináší celou řadu benefitů.⁸¹

Předně umožňuje nevynakládat prostředky a šetřit čas při samotné tvorbě obsahu smlouvy. Tento proces se redukuje často pouze na několik zcela

⁸⁰ Posledně zmíněného účelu se ale zpravidla dosahuje spíše sjednáním rámcových smluv.

⁸¹ Přičemž ovšem tyto výhody jsou na druhé straně nevyhnutelně vyváženy určitými nevýhodami, které z nich přímo vyplývají, resp. jsou s nimi v nepřímé úměře. K tomu viz níže.

nezbytných individualizačních úkonů (identifikace stran, výběr konkrétního produktu, určení ceny). Vše ostatní je dané právě v obchodních podmínkách, nabízí se v podstatě jako integrální součást „produktu“ samotného a je v teoretické rovině promítnuto do jeho ceny. Ta může být potom v celkovém souhrnu nižší, právě i díky ušetřeným transakčním nákladům.⁸²

Velký praktický význam má v tomto ohledu standardizace obsahu i s ohledem na snížení požadavků na znalostní a dovednostní personální vybavu, zejména na straně poskytovatele hromadně užívaných produktů s mnoha tisíci zákazníků a velkým počtem osob, které za daný podnik smlouvy uzavírají. Fakt, že obchodní podmínky jsou dopředu pečlivě připraveny, jsou kompletně použitelné, a běžní pracovníci (např. na přepážce banky či pojišťovny či v prodejně telekomunikačních služeb) do nich nepotřebují (a často ani nesmí) zasahovat, umožňuje do těchto pozic obsadit i mnohem levnější pracovní sílu, bez výraznějších právních a ekonomických schopností, které by jinak byly potřebné, kdyby bylo třeba náročné smlouvy vyjednávat (případně by musela každý případ nákladně konzultovat s právními experty).

Výše uvedené faktory jsou z ekonomického hlediska nezanedbatelné – snižují transakční náklady až na úroveň, která se již může promítat do finálních cen. V mnohých masových sektorech, kde se počet uzavřených smluv pohybuje ve statisících či milionech, lze předpokládat, že v této úrovni by jinak výše transakčních nákladů byla u málo hodnotných transakcí často prohibitivní (za takovou cenu by nebylo ekonomicky racionální danou transakci vůbec uskutečnit).

Navíc často dochází i k redukci materiálních nákladů na vyhotovení celého obsahu textu včetně nepřímých ujednání. Jsou-li stranám známy, a nemusí být tedy přikládány (případně jde-li o všeobecné podmínky ve smyslu ustanovení § 1751 odst. 3 OZ), postačí k jejich inkorporaci jen odkaz. Při písemném styku prostřednictvím listin dochází tedy k úspoře nákladů fyzického vyhotovení a distribuce.⁸³

Doplňková role obchodních podmínek ve vztahu k transakčním nákladům může být též informační – vzhledem ke svému často komplexnímu

⁸² Může být zároveň mnohem snadněji jednotná napříč trhem, bez rozlišení jednotlivých smluvních partnerů (zákazníků).

⁸³ Při čím dál častější elektronické kontraktaci se však význam této výhody vytrácí; jde spíše o zjednodušení a rozsahové zpřehlednění základního obsahu.

a všeobecnému obsahu přebírajícímu (či mírně modifikujícímu) zákonnou úpravu se strany zpravidla seznámí s relevantními pravidly snáze (rychleji a levněji), než kdyby musely samy vyhledat a prostudovat přímo zákonný text (potenciálně z mnoha různých předpisů), který na vztah dopadá.⁸⁴ Potřeba seznámení se s obsahem vztahu může určité transakční náklady vyvolat v každém případě (pokud by například bylo potřeba řešit spor mezi stranami). Snadno přístupné obchodní podmínky mohou ale tyto náklady snížit.

1.4.3 Některé důsledky vyplývající z použití obchodních podmínek

Seznámení se s obsahem uzavřené smlouvy je důležitým faktorem samo o sobě. Právě z použití obchodních podmínek přitom v tomto ohledu vyplývají některé důležité konsekvence.

Oproti individuálnímu vyjednávání, kdy je obsah smlouvy zásadně výsledkem uvědomělého, kreativního, případně alespoň schvalovacího procesu probíhajícího na obou stranách závazku, v případě obchodních podmínek mnohem častěji nastávají situace výrazné *informační asymetrie*. Odhlédneme-li od atypických situací, kdy podmínky představují jen kontraktačně-technickou součást individuálně sjednané smlouvy (ve smyslu vysvětleném výše), platí, že strana, která podmínky jako standardizovaný obsah připravila, je dokonale zná do každého detailu, zatímco druhá strana se s nimi seznamuje nově, často jen velmi povrchně či zčásti (pokud se s nimi seznamuje vůbec). Druhou stranou mince redukce transakčních nákladů souvisejících s vyjednáváním o obsahu je tedy nutně zvýšení už tak výrazné nedokonalosti informací, spojené navíc s prohloubením informační nerovnováhy.

Řešení problému vysokých transakčních nákladů pomocí obchodních podmínek přináší tedy současně zvýraznění problému jiného. Dokonalost informací a kognitivních schopností obou stran je přitom jedním z předpokladů, na kterých stojí axiomatický základ celé teorie trhu a cenového mechanismu. Jelikož je však tento předpoklad dávno akceptován jako nereálný, je třeba na to vhodnými nástroji reagovat, včetně nástrojů právních. Jeden z důležitých účelů soukromého práva je právě napomáhat vyrovnávat nedostatky,

⁸⁴ CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 30.

které plynou z nedokonalé racionality (nedokonalých informací, nedokonalých kognitivních i rozhodovacích schopností, vůle a dalších aspektů),⁸⁵ a přibližovat tak realitu smluvních vztahů ideálu, ze kterého je možno přesvědčivě dovozovat důvěru v tržní uspořádání ekonomických vztahů.

Podobně jako v řadě jiných případů, nabízí právní regulace určité koncepty, jejichž účel je zaměřen právě tímto směrem. Má-li použití obchodních podmínek v celkovém souhrnu přinášet ekonomické přínosy, má velmi dobré opodstatnění požadavek seznámení se, resp. znalosti interních obchodních podmínek dle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ, případně nevyvratitelné domněnky znalosti všeobecných externích podmínek dle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ (tedy právě takových, u kterých lze znalost z rozumných důvodů presumovat). Stejně tak má dobré opodstatnění klást zvýšené požadavky na inkorporaci a srozumitelnost (nejen obchodních podmínek) v adhezních vztazích dle ustanovení § 1799 a 1800 odst. 1 OZ.

V realitě nicméně není informační úroveň aktérů nikdy dokonalá. Nelze odhlížet od faktu, že samotné využití obchodních podmínek nepřináší v tomto ohledu nijak závratnou změnu; rozhodně nejde o kontrast s jinak panující plnou informovaností obou stran o obsahu závazku. Za alternativu k režimu obchodních podmínek totiž nelze považovat jen ideální případ detailního podrobného individuálního vyjednávání profesně zdatných zástupců obou stran (ten je nereálný právě z výše uvedených důvodů prohibitivních či přinejmenším výrazně vysokých transakčních nákladů), ale spíše rezignaci na vyjednávání jako takové a spoléhání na dispozitivní úpravu (jako např. při samoobslužném prodeji),⁸⁶ případně vyjednávání plné nezáměrných chyb, které by náklady dále zvyšovaly (zvyšovaly by potenciál nesnadno řešitelného sporu mezi stranami).

⁸⁵ O rozpracování konceptu nedokonalé racionality (bounded rationality) se zasloužil především Herbert A. Simon již ve svém příspěvku „A Behavioral Model of Rational Choice“ z roku 1957. K tématu viz KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *The American Economic Review*. 2003, vol. 93, no. 5, s. 1449 a násl.; TISDELL, Clement. *Bounded Rationality and Economic Evolution: A Contribution to Decision Making, Economics, and Management*. Cheltenham: Edward Elgar, 1996; GIGERENZER, Gerd, SELTEN, Reinhard. *Bounded Rationality*. Cambridge: MIT Press, 2002.

⁸⁶ CSACH, Kristián. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 28.

Ani při rezignaci na vyjednávání a využití dispozitivní právní úpravy přitom nelze realisticky předpokládat, že by informace o obsahu závazku byla mezi stranami dokonalá; není na místě roli obchodních podmínek v tomto ohledu přeceňovat a jakkoliv je z pohledu informační asymetrie a priori „démonizovat“. Zatímco ale seznámení se s právní úpravou snižuje náklady při aplikaci v téměř neomezeném počtu jednotlivých případů (např. při všech samoobslužných prodejkách), a tedy dává ekonomicky racionální smysl příslušné náklady na seznámení se s ní vynaložit i v nezanedbatelné výši, náklady seznámení se s obchodními podmínkami konkrétního subjektu není možno ze strany zákazníka v tak velkém počtu případů rozložit. „Rentabilní“ výše vynaložených nákladů je tedy o dost nižší. Druhé smluvní straně se zkrátka v průměru čistě ekonomicky většinou nevyplatí vynakládat takové úsilí k seznámení se s jejich obsahem, vezmeme-li důsledně v úvahu vzácnost zdrojů, zejména času. Zcela pragmaticky je proto třeba počítat s tím, že úroveň detailního seznámení se s obchodními podmínkami bude v praxi nižší nežli v případě právní úpravy a že situace informační asymetrie bude pravidlem.

Nedokonalou informací druhé smluvní strany o obsahu závazku je tedy možno zásadně považovat za víceméně přirozenou protiváhu výhody spočívající ve snížení transakčních nákladů při vyjednávání. Zakotvení zákonné ochrany proti rozumně neočekávatelným ustanovením obchodních podmínek v ustanovení § 1753 OZ je tedy z toho pohledu zcela opodstatněným a logickým krokem zákonodárce. Je třeba akceptovat, že ekonomické důvody vedoucí k používání obchodních podmínek dávají dobrý důvod předpokládat, že subjekty se při uzavření smlouvy s obsahem podmínek seznamují mnohem méně podrobně, případně že je nečtou vůbec. Motivovat proto tvůrce podmínek k tomu, aby zařazovaly do podmínek zásadně jen obsah veskrze očekávatelný, standardní a v jistém smyslu „nudný“, resp. s nižším potenciálem nebezpečnosti pro tu smluvní stranu, která je nezná, je ekonomicky poměrně dobře opodstatněný kompromis. Výhody obchodních podmínek v celospolečenském měřítku jednoznačně převáží jediné tehdy, pokud nebudou přehlušeny nevýhodami spojenými s nedostatečným seznámením se s nimi a nestanou se tedy faktickým popřením skutečného významu smlouvy jako konsensu stran vedoucímu ke zvýšení blahobytu obou z nich.

Ve stejném smyslu je zároveň třeba uvažovat o prvku kontraktační asymetrie z hlediska samotného *ovlivnění obsahu* smlouvy. Nejen informační asymetrie, ale i nemožnost úplné manifestace smluvního vztahu jako ryze Paretovsky efektivní transakce s maximálním přínosem pro obě strany musí být vzata v potaz.

Jak již bylo řečeno, ekonomický smysl dávají obchodní podmínky jako nástroj standardizace hlavně tím, že je jejich obsah dopředu profesionálně připraven jednou stranou a druhá strana k němu fakticky pouze přistoupí. Tím se ovšem nutně nemůže naplnit (v dokonalé podobě jistě beztak nereálný) předpoklad, že smlouva představuje protnutí zájmů kontrahentů v takové podobě, která v plné míře koresponduje s jejich požadavky a skutečně maximalizuje výhody na obou stranách. Přesto lze stále vycházet z toho, že jde o jednání Paretovské (obě strany si polepší, nikdo si nepohorší)⁸⁷. Extrémní situaci zneužití závislosti či dominantní pozice řeší k tomu příslušná úprava.⁸⁸

Částečné řešení ve vztahu k obchodním podmínkám přináší již zmíněný § 1753 OZ; ten však směřuje spíše na problematiku seznámení se s obsahem podmínek (stejně jako k tomu směřují pravidla o inkorporaci); nikoliv na samotnou nevýhodnost, resp. výrazný odklon od toho, co by bylo (potenciálně výhodněji) vyjednáno individuálně.

Nelze nevidět, že v tomto ohledu se téma obchodních podmínek využitých ke standardizačním účelům ve značné míře překrývá s tématem adhezních smluv. Speciální ochranu zakotvuje zejména ustanovení § 1800 odst. 2 OZ, obsahující pro slabší stranu ochranu proti nevýhodným ujednáním. Tímto způsobem bude zřejmě možno dosáhnout překonání nevýhod formálního pojetí obchodních podmínek, ze kterého právní úprava vychází.

Mezi podnikateli je ale využití tohoto ustanovení v podstatě nereálné; vzhledem k dispozitivitě úpravy výslovně vyjádřené v ustanovení § 1801 OZ je totiž

⁸⁷ I když podmínky nemusí být pro některou ze stran ideální, přesto jsou pozitivní. Vzhledem k rozhodnutí smlouvu spíše uzavřít než neuzavřít přináší v celkovém souhrnu stále ještě výhodu. To však samozřejmě souvisí i s výše probíraným tématem informovanosti – nelze hovořit o výhodnosti za předpokladu, že daná strana obsah vůbec nezná. Proto je tolik podstatná řádná inkorporace včetně požadavku seznámení se doplněná o ochranu proti rozumně neočekávatelným ustanovením dle § 1753 OZ.

⁸⁸ V oblasti soukromého práva především úprava adhezních smluv a ustanovení § 433 OZ, ve veřejném právu např. § 10 a 11 ZOHS. Komplexně k této problematice BEJČEK, Josef. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2016, 516 s.

zákonná úprava adhezních smluv v podnikatelských vztazích *de facto* nulitní. Nelze realisticky předpokládat (a dosavadní praktické zkušenosti to potvrzují), že by existoval případ, že by silnější strana nevyužila možnosti prosadit si ve smlouvě s jiným podnikatelem vyloučení adhezní úpravy.

Ve vztahu k obchodním podmínkám (jako ujednáním mimo vlastní text smlouvy) lze nicméně aplikovat alespoň náhradní korektiv hrubého rozporu s obchodními zvyklostmi a zásadou poctivého obchodního styku (viz § 1801 OZ), což může přinést obdobné důsledky⁸⁹. Naopak na vlastní text smlouvy se však ani tento korektiv neuplatní. Využije-li tedy silnější strana pro standardizaci jinou metodu nežli obchodní podmínky, např. podrobnou, dopředu připravenou formulářovou smlouvu (za jinak úplně shodných podmínek), bude zákonné řešení velmi omezené.⁹⁰ To přitom vede nutně k zamyšlení, zda jsou podmínky aplikovatelnosti příslušných nástrojů právní úpravy zvoleny vhodně a zda mají racionální ekonomické opodstatnění. Z ekonomického hlediska platí, že pro ty případy, kdy důvodem použití obchodních podmínek či formulářové smlouvy je standardizace vůči neurčitému počtu smluvních partnerů, a tedy snaha eliminovat náklady vyjednávání, bylo by teleologicky případnější přiklonit se spíše k materiálnímu pojetí obchodních podmínek nežli k pojetí ryze formálnímu. Samotný fakt, že se plně standardizovaný obsah, o kterém se nevyjednává, přesune z obchodních podmínek do formulářové smlouvy, není z uvedených hledisek nijak určující a neměl by vést k diametrálně odlišnému právnímu zacházení, nemá-li dojít k hodnotové nekonzistenci právní úpravy.⁹¹ Je tedy otázkou, zda i ve formální koncepci, ze které právní úprava *de lege lata* vychází, nehledat cestu alespoň k výkladovému řešení skrze ustanovení § 1801 OZ, který by byl aplikovatelný na adhezní obsah bez ohledu na to, zda je či není umístěn mimo vlastní text smlouvy. Přestože samotný text zákona takovému pojetí neodpovídá, cestou dotváření práva skrze analogii by bylo možno dosah pravidla rozšířit (s využitím § 2 odst. 2 *in fine* a § 10 OZ). Z pohledu ekonomické analýzy práva by bylo takové řešení smysluplnější nežli řešení opřené o ryze formální hlediska.

⁸⁹ K tomu viz podkapitolu 2.6.5.

⁹⁰ Slabší straně zbydou patrně pouze korektivy dobrých mravů dle § 588 či využití závislosti dle § 433 odst. 1 OZ.

⁹¹ Ta je přitom obecně nežádoucí. Je-li taková možnost, je třeba právní úpravu vykládat a aplikovat vždy v tom smyslu, který posiluje její celkovou koherenci. Blíže k tomu SOBEK, Tomáš. Koherence práva. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 4, s. 337–369.

2 INKORPORACE OBCHODNÍCH PODMÍNEK

2.1 Obecně k inkorporaci obchodních podmínek do smlouvy

Inkorporace obchodních podmínek *představuje* způsob jejich začlenění do smlouvy, resp. souhrn podmínek, které musí být naplněny, aby se obchodní podmínky staly součástí smlouvy.

Zákonné požadavky kladené na řádné včlenění obchodních podmínek do smlouvy se liší podle toho, zda se jedná o:

- inkorporaci obchodních podmínek vypracovaných odbornými nebo zájmovými organizacemi do smluv uzavíraných mezi podnikateli (§ 1751 odst. 3 OZ) nebo
- inkorporaci ostatních obchodních podmínek do jakýchkoliv závazkových vztahů (ať už podnikatelských, nepodnikatelských či smíšených) nebo inkorporaci obchodních podmínek podle předchozího bodu do smluv neuzavíraných mezi podnikateli (§ 1751 odst. 1 věta první OZ).

V případě, že výše uvedené **záonné požadavky** kladené na inkorporaci obchodních podmínek do smlouvy *nebudou naplněny*, nezpůsobí to neplatnost smlouvy (jejích částí)⁹² ani obchodních podmínek, k obchodním podmínkám se však nebude přihlížet, neboť se vůbec nestaly součástí smlouvy.

Důkazní břemeno týkající se inkorporace i obsahu obchodních podmínek spočívá na tom, kdo se jejich textu dovolává (srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 24. 2. 1998, sp. zn. 5 Cmo 318/97).

V obchodních podmínkách inkorporovaných do smluv uzavíraných se spotřebitelem nesmí být (nad rámec obecného zákazu překvapivých ustanovení podle § 1753 OZ) podle rozhodovací praxe Ústavního soudu⁹³ ujednání o smluvní pokutě nebo rozhodčí doložka.⁹⁴ Ke sjednání smluvní pokuty tak může dojít pouze ve spotřebitelské smlouvě samotné.

⁹² Ledaže by z vůle stran vyplynulo něco jiného (§ 556 OZ).

⁹³ Srov. rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11.

⁹⁴ To s účinností od 1. 4. 2012 vyplývá přímo z novelizovaného zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení, ve znění pozdějších předpisů (srov. jeho § 3 odst. 3). Podle tohoto ustanovení musí být rozhodčí doložka ve vztahu ke spotřebitelským smlouvám sjednána samostatně, tedy nikoliv jako součást obchodních podmínek ani textu smlouvy.

V obchodních podmínkách, jež jsou součástí spotřebitelských smluv, tak mohou být toliko ustanovení spíše „technického“ či „vysvětlujícího“ rázu, reprodukce zákonných ustanovení, rozšíření povinností podnikatele, nikoliv však ustanovení pro spotřebitele nevýhodná. Není vyjasněno, zda jejich součástí mohou (zřejmě jen z teoretické roviny) být ustanovení pro spotřebitele výhodná, ale překvapivě.⁹⁵

2.2 Inkorporace obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ

2.2.1 Aplikační působnost ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ

Ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ⁹⁶ má **širší aplikační působnost než ustanovení § 1751 odst. 3 OZ**⁹⁷. Je tomu tak proto, že ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ se vztahuje na všechny druhy obchodních podmínek a jejich inkorporaci ve všech druzích závazkových vztahů, zatímco ustanovení § 1751 odst. 3 OZ se aplikuje na inkorporaci zvláštního druhu obchodních podmínek (vypracovaných odbornými nebo zájmovými organizacemi) ve vztazích mezi podnikateli.

Jak již bylo uvedeno, inkorporační podmínky podle ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ se vztahují na včleňování obchodních podmínek do smluv v **rámci všech druhů vztahů**, tedy ať už obchodněprávního či občanskoprávního charakteru (vztahy B2C⁹⁸, B2B⁹⁹, B2G¹⁰⁰ a ostatní druhy vztahů¹⁰¹). Daná pravidla se uplatní také pro obchodní podmínky

⁹⁵ K problematice všeobecných obchodních podmínek ve smlouvách uzavíraných se spotřebiteli blíže viz COUFALÍK, Petr. Všeobecné obchodní podmínky ve vztazích se spotřebiteli. *Právní rozhledy*. 2014, roč. 22, č. 20, s. 690–693.

⁹⁶ Podle § 1751 odst. 1 věty první OZ platí, že „část obsahu smlouvy lze určit odkazem na obchodní podmínky, které navrhovatel připojí k nabídce nebo které jsou stranám známy“.

⁹⁷ Podle § 1751 odst. 3 OZ platí, že „při uzavření smlouvy mezi podnikateli lze část obsahu smlouvy určit i pouhým odkazem na obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi“.

⁹⁸ Vztah označovaný jako „B2C“ (*business to consumer*) představuje vztah podnikatele se spotřebitelem.

⁹⁹ Vztah označovaný jako „B2B“ (*business to business*) představuje vztah mezi dvěma podnikateli.

¹⁰⁰ Vztah označovaný jako „B2G“ (*business to government*) představuje vztah podnikatele s veřejnoprávní korporací.

¹⁰¹ Bude se jednat o ostatní druhy vztahů než již zmíněné (tyto lze označovat také jako „B2O“ neboli „*business to others*“), tedy například o vztah dvou fyzických osob-podnikatelů, o vztah podnikatele se spolkem, nadací, ústavem apod.

vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi mimo vztahy mezi podnikateli (*a contrario* viz § 1751 odst. 3 OZ), dobrovolně lze tyto přísnější inkorporační podmínky aplikovat také na vztahy mezi podnikateli, na něž by se jinak uplatnila pravidla podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ.¹⁰²

Kategorii obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ zákon nijak blíže nenazývá. **Může se jednat o obchodní podmínky** vypracované jakýmkoliv subjektem (podnikatelem i nepodnikatelem), ale také o obchodní podmínky vypracované odbornou nebo zájmovou organizací (z pohledu tvůrce obchodních podmínek tedy shodně jako v § 1751 odst. 3 OZ). Tyto obchodní podmínky budou dále označovány jako „*obchodní podmínky*“ bez dalších přívlastků.

2.2.2 Inkorporační podmínky podle ustanovení

§ 1751 odst. 1 věty první OZ

Zákon upravuje jakési „univerzální“ požadavky na inkorporaci obchodních podmínek v ustanovení § 1751 odst. 1 věta první OZ, podle něhož platí, že „*část obsahu smlouvy lze určit odkazem na obchodní podmínky, které navrhovatel připojí k nabídce nebo které jsou stranám známy*“.

Z uvedeného lze dovodit následující způsoby, jakými mohou být obchodní podmínky platně včleněny do smlouvy:

- odkaz na obchodní podmínky a připojení obchodních podmínek k návrhu na uzavření smlouvy (*varianta 1*) nebo
- odkaz na obchodní podmínky a prokazatelná známost obsahu obchodních podmínek smluvním stranám (*varianta 2*) nebo
- kombinace obou variant předchozích (*varianta 3*), a to odkaz na obchodní podmínky, připojení obchodních podmínek k nabídce a jejich současná známost oběma smluvním stranám (poslední uvedené podmínky je však možné naplnit alternativně, nikoliv kumulativně). Tato varianta v sobě obsahuje obě předchozí, lze tedy odkázat na dřívější rozbor.

¹⁰² Tato pravidla se však mohou samozřejmě dobrovolně uplatnit také pro obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi ve vztazích mezi podnikateli, a to navzdory jejich zvláštní inkorporační úpravě obsažené v ustanovení § 1751 odst. 3 OZ. Zvláštní úprava v § 1751 odst. 3 OZ je totiž méně přísná, dobrovolné dodržení podmínek přísnější úpravy obsažené v § 1751 odst. 1 větě první OZ pro ostatní druhy obchodních podmínek je tedy možné.

Právní úprava inkorporace obchodních podmínek zůstala ve své podstatě beze změny oproti dřívější úpravě obsažené v obchodním zákoníku (§ 273 odst. 1 a 2).¹⁰³

Inkorporace obchodních podmínek – varianta 1:

Prvním způsobem inkorporace obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 1 věty první OZ je kumulativní splnění následujících dvou požadavků:

- a) odkaz na obchodní podmínky a
- b) připojení obchodních podmínek.

Ad a) Odkaz na obchodní podmínky

Obchodní podmínky se nestávají součástí smlouvy automaticky ze zákona, ale k tomuto je **nezbytný projev vůle** smluvních stran být konkrétními obchodními podmínkami vázány.

S ohledem na **spjatost obchodních podmínek se smlouvou** (jsou jakýmsi „doplňkem“ smlouvy) je jejich závaznost pro smluvní strany závislá na existenci smlouvy. Primárním předpokladem inkorporace obchodních podmínek do smlouvy je existence smlouvy, která na obchodní podmínky odkazuje. Uzavření smlouvy nemůže být odkazem na obchodní podmínky nahrazeno.¹⁰⁴

Obchodní podmínky lze s ohledem na uvedené považovat také za **určitý druh přílohy smlouvy** (se zákonným řešením případné duplicity jejich textu se smlouvou podle § 1751 odst. 1 věta druhá OZ).

Odkaz na obchodní podmínky musí být učiněn **před uzavřením smlouvy** (přípustné bude vyvěšení obchodních podmínek u vchodu do restaurace, nikoliv však na zadní straně účtu; nepřípustné bude také například natištění obchodních podmínek na letence či lístku na koncert).

¹⁰³ Podle § 273 odst. 1 ObchZ platilo, že „část obsahu smlouvy lze určit také odkazem na všeobecné obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi nebo odkazem na jiné obchodní podmínky, jež jsou stranám uzavírajícím smlouvu známe nebo k návrhu přiložené“. Ustanovení § 273 odst. 2 ObchZ stanovilo, že „odchylná ujednání ve smlouvě mají přednost před zněním obchodních podmínek uvedených v odstavci 1“.

K tomu srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 11. 2008, sp. zn. I. ÚS 2619/08: „Je vždy nezbytné, aby smlouva na obchodní podmínky odkázala (odkaz na obchodní podmínky nelze přirozeně ztotožňovat s odkazem na obchodní zákoník jako celek); u jiných než všeobecných obchodních podmínek je dále navíc nutné, aby byly smluvním stranám známe nebo k návrhu přiložené (pouhá možnost seznámit se s nimi prostřednictvím internetu naprosto nepostačí).“

¹⁰⁴ Srov. rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 22. 5. 2013, sp. zn. 25 Co 99/2013.

Odkaz na obchodní podmínky (inkorporační doložka) by měl být výslovný, určitý, srozumitelný a měl by směřovat ke konkrétním obchodním podmínkám (požadavek jejich nezaměnitelnosti, určitosti a dostupnosti). Nezbytností je podmínka pochopení podstaty odkazu pro osobu průměrného rozumu (§ 4 OZ), a to jak z pohledu obsahového (význam včleňovací doložky), tak formálního (čitelnost, obecná seznatelnost odkazu). Příkladem písemného odkazu na obchodní podmínky může být například následující inkorporační doložka (rovněž také inkorporace obchodních podmínek v užším slova smyslu): „*Nedílnou součástí této smlouvy jsou obchodní podmínky č. XX prodávajícího.*“ Možné je rovněž odkázat na obchodní podmínky dostupné na webových stránkách, k jejich včlenění do smlouvy je však nutno splnit také další podmínky [srov. výklad u písmene b)].

Odkaz může být učiněn také ústním upozorněním na obchodní podmínky jako součást smlouvy či **konkludentně** (například gesto nevzbuzující pochybnosti o významu inkorporace obchodních podmínek),¹⁰⁵ dovoľuje-li to forma smlouvy (forma odkazu je odvozena od formy smlouvy). Odkaz může být učiněn také zřetelným písemným oznámením umístěným na dobře viditelném a dostupném místě u pokladny, na automatu, na dveřích dopravního prostředku apod.¹⁰⁶ Obchodní podmínky musí být přístupné celé, a to buď vyvěšením jejich úplného znění, nebo jiným zpřístupněním plné verze¹⁰⁷. Jak uvádí M. Hulmák,¹⁰⁸ „*pouhá seznatelnost obchodních podmínek nevede k tomu, že se stávají součástí smlouvy*“. Podle L. Tichého¹⁰⁹ se požadavku odkazu na obchodní podmínky učiní zadost, pokud se skutečným způsobem, který „*nerývolává nedorozumění a nelze jej přehlédnout*“.

Existenci odkazu na obchodní podmínky lze prokázat také **zavedenou praxí** mezi smluvními stranami či existující **obchodní zvyklostí**.

¹⁰⁵ Například německý BGB obsahuje výslovnou úpravu včlenění obchodních podmínek do smlouvy při jejím konkludentním uzavření. Blíže viz MATULA, Zbyněk. Inkorporace obchodních podmínek do smlouvy. *Rekodifikace a praxe*. 2013, roč. 1, č. 11-12, s. 9.

¹⁰⁶ Nikoliv však pouhým jejich vyvěšením v provozovně bez zvláštního upozornění či na nedostupném místě.

¹⁰⁷ Například bude vyvěšena pouze část obchodních podmínek s upozorněním, že zbytek jejich textu je přístupný na určitém místě (například u pokladny, na recepci, u vratného apod.).

¹⁰⁸ HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 154.

¹⁰⁹ TICHÝ, Luboš. Kupní smlouva a spotřebitelská kupní smlouva, včetně odpovědnosti za vady. *Bulletin advokacie*. 2014, roč. 2014, č. 7-8, s. 60.

V případě odkazu na obchodní podmínky u ***smluv uzavíraných adhezním způsobem*** musí být splněny zvláštní podmínky podle ustanovení § 1799 OZ (k tomu blíže viz kapitolu 2.6).

Ad b) Připojení obchodních podmínek

Připojení (příložením) obchodních podmínek musí být uskutečněno ***před uzavřením smlouvy***, neboť fakticky nahrazuje podmínku známosti obchodních podmínek, jak vyplývá z *varianty 2* inkorporace obchodních podmínek.

K připojení obchodních podmínek může dojít ***fyzicky (v listinné podobě)***, a to společně s textem smlouvy či jejího návrhu (přicvaknutí ke smlouvě napevno, kancelářskou sponkou apod.), nebo jejich samostatným předáním bez fyzického spojení se smlouvou. Obchodní podmínky nemusí být fyzicky přiloženy tehdy, pokud jsou natištěny (napsány) na druhé straně smlouvy (zadní straně formuláře). I v takovém případě je však odkaz na tyto obchodní podmínky nezbytný (jak ostatně vyplývá z předchozí podmínky).

Obchodní podmínky mohou být připojeny také ***elektronicky***, a to například přiložením jako přílohy e-mailu nebo hypertextovým odkazem v případě, že je smlouva uzavírána elektronicky (a samozřejmě za předpokladu, že lze v tomto hypertextovém odkazu text obchodních podmínek skutečně vyhledat, a to v seznatelné podobě).

Využití prostého odkazu na webové stránky v písemné smlouvě nelze považovat podle Ústavního soudu¹¹⁰ za přiložení obchodních podmínek. K inkorporaci obchodních podmínek na internetu se vyžaduje také prokázání jejich známosti druhé smluvní straně (k tomu viz *varianta 2* níže), v opačném případě se nestávají součástí smlouvy. V režimu ustanovení § 1751 odst. 3 OZ by však takový odkaz mohl postačovat, neboť v podnikatelských vztazích lze předpokládat, že měl podnikatel věnovat kontraktaci dostatek odborné péče a fakt, že se s textem obchodních podmínek neseznámil, by nemělo vést k závěru o neinkorporaci obchodních podmínek – ve vztazích B2B nemůže být riziko alokováno na tu smluvní stranu, která spoléhala na skutečnost, že podnikatel „ví, co činí“.

¹¹⁰ Srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 11 2008, sp. zn. I. ÚS 2619/08.

Inkorporace obchodních podmínek – varianta 2:

Druhým způsobem inkorporace obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ je kumulativní splnění následujících dvou požadavků:

- a) odkaz na obchodní podmínky a
- b) známost obsahu obchodních podmínek smluvními stranám.

Ad a) Odkaz na obchodní podmínky

Ohledně odkazu na obchodní podmínky platí to, co bylo uvedeno u *varianty 1*.

Ad b) Známost obsahu obchodních podmínek smluvními stranám

K naplnění požadavku známosti obsahu obchodních podmínek nedochází pouhým podepsáním smlouvy, v níž je obsažena inkorporační doložka obchodních podmínek (odkaz). Ve vztazích mezi podnikateli (B2B) by však pouhá včleňovací doložka k platné inkorporaci obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ mohla postačovat. Právě u podnikatelů lze totiž předpokládat nejen dostatek péče věnované vlastním záležitostem (§ 4 OZ), ale také potřebnou odbornost (§ 5 odst. 1 OZ). Lze tak vyjít z pre-sumpce známosti obchodních podmínek v podnikatelských vztazích, pokud smlouva obsahuje řádnou doložku o jejich připojení.

Známost obsahu neznamená nutnost prokázání znalosti celého textu obchodních podmínek (jejich jednotlivých ustanovení), ale **seznámení se** s těmito obchodními podmínkami jako jejich celkem. Známost obchodních podmínek může vyplývat také ze zavedené praxe mezi smluvními stranami.

Požadavek na známost obchodních podmínek se vztahuje k **okamžiku uzavření smlouvy**, nikoliv k pozdějšímu časovému okamžiku (například předání dodacího listu, předávacího protokolu, seznámení se s textem obchodních podmínek po nastoupení do placeného přepravního prostoru apod.).¹¹¹ V případě, že dojde nejprve k uzavření smlouvy a teprve poté k připojení obchodních podmínek (samozřejmě se souhlasem obou smluvních stran), bude se jednat o změnu textu smlouvy jejím doplněním o další rozšiřující ustanovení.

¹¹¹ Podle Krajského soudu v Plzni (rozsudek ze dne 22. 5. 2013, sp. zn. 25 Co 99/2013) „vyplnění formuláře a zaškrtnutí souhlasu s ‚podmínkami‘ nelze považovat za projev vůle uzavřít smlouvu, jestliže informace o tom, že se uzavírá smlouva a jaké má podstatné náležitosti, jsou uvedeny teprve v ‚podmínkách‘“.

Zajištění a prokázání faktického seznámení určité osoby s obchodními podmínkami není v praxi téměř možné. Z toho důvodu se ve snaze „odlehčit“ této důkazní situaci ve smlouvě často objevuje klauzule následujícího (typového) znění: „*Smluvní strany prohlašují, že se s textem obchodních podmínek řádně seznámily.*“ Takové ustanovení (pouhé faktické prohlášení) však neznamená, že v konkrétním případě nelze seznámení se s textem obchodních podmínek vyvrátit (byť toto smluvní strana ve smlouvě prohlásila). Vždy je nutno aplikovat ustanovení § 4 odst. 2 OZ, podle něhož se předpokládá, že každá osoba jedná jako osoba případu znalá při zvážení okolností, které jí musely být v jejím postavení zřejmé.

Podle J. Bejčka¹¹² nelze znalost obsahu podmínek dovozovat z pouhé opakované kontraktace, neboť druhá strana je nemusela znát ani v jednom případě předchozí kontraktace.

Známost obchodních podmínek může být prokázána také jednostranným prohlášením smluvní strany (akceptanta), že tyto zná (typicky uvedené u včleňovací doložky). Pouhé prohlášení bez prokázání skutečné známosti obchodních podmínek nebude zřejmě přípustné ve vztazích podnikatele vůči spotřebiteli (B2C).

2.3 Inkorporace obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ

2.3.1 Aplikační působnost ustanovení § 1751 odst. 3 OZ

Jak již bylo uvedeno výše, podle výslovného textu zákona se ustanovení § 1751 odst. 3 OZ na rozdíl od „univerzálně“ (ve smyslu všech druhů obchodních podmínek a všech druhů závazkových vztahů) použitelného inkorporačního ustanovení § 1751 odst. 1 věta první OZ ***vztahuje toliko na určitý druh obchodních podmínek (věcné vymezení) a na určitý okruh závazkových vztahů (osobní vymezení).***

¹¹² BEJČEK, Josef. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 195.

2.3.1.1 Věcné vymezení působnosti ustanovení § 1751 odst. 3 OZ

Ustanovení § 1753 odst. 3 OZ lze z pohledu druhu obchodních podmínek, na které se aplikuje, vykládat restriktivně (tradičně) či extenzivně (novátorsky).

A) Restriktivní (tradiční) výklad obchodních podmínek podle § 1753 odst. 3 OZ

Restriktivní výklad obchodních podmínek podle ustanovení § 1753 odst. 3 OZ lze považovat za tradiční (vychází z prakticky totožného znění § 273 ObchZ) a odpovídající doslovnému znění zákona. Podle tohoto pojetí se § 1753 odst. 3 OZ aplikuje toliko na obchodní podmínky, které vypracovaly tzv. odborné nebo zájmové organizace (nikoliv jiné osoby).

Uvedené *kritérium „tvůrce obchodních podmínek“ (odborné či zájmové organizace)*, které dělá z daných obchodních podmínek zvláštní typ kvalifikovaných obchodních podmínek, je nejasné. Zákon blíže nespecifikuje, o jaké konkrétní organizace by se mělo jednat. Zákonný výraz „organizace“ neodpovídá terminologii občanského zákoníku (chybí legální definice „organizace“) – v použitém smyslu bude nutno výrazu „organizace“ rozumět jako „právnícké osoby“. Odbornými (zájmovými) organizacemi budou zřejmě jakékoliv právnícké osoby, které vykonávají jakoukoliv odbornou (zájmovou) činnost a v jejím rámci vyhotoví obchodní podmínky „univerzálněji“ použitelné pro neurčitý okruh subjektů v daném oboru. Je nesporné, že tyto obchodní podmínky vypracovávají různá podnikatelská sdružení oborová nebo nadoborová, a to tuzemská i mezinárodní.¹¹³ Mohou jimi být například Hospodářská komora; Sdružení českých spotřebitelů; Občanské sdružení spotřebitelů dTest, o. p. s.; Svaz průmyslu a obchodu; Česká leasingová a finanční asociace; Asociace pro elektronickou komerci a další.¹¹⁴

V mezinárodní praxi (nejen) ve stavebnictví¹¹⁵ se využívají po celém světě *smluvní podmínky FIDIC* (z francouzského *Fédération Internationale des*

¹¹³ BEJČEK, Josef. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 195.

¹¹⁴ V uvedeném kontextu se nemusí jevit zcela jasně, zda zájmovou organizací v uvedeném smyslu bude také například zahrádkářský spolek, který vypracuje obchodní podmínky pro případ uzavírání smluv jeho členů-zahrádkářů s jinými podnikateli (například provozovateli restaurací) ohledně výkupu vyprodukovaných surovin. Vše spíše nasvědčuje, že i v takovém případě se bude jednat o „všeobecné obchodní podmínky“.

¹¹⁵ Používá je mj. také Světová banka a Evropská banka v jimi vyhlášených výběrových řízeních.

Ingénieurs-Conseils, česky překládáno jako „Mezinárodní federace konzultačních inženýrů“). FIDIC jsou koncipovány jako všeobecné smluvní vzory (odpovídající spíše českému pojetí všeobecných obchodních podmínek), které mohou být využity pro malé i velké zakázky s možností přizpůsobení se konkrétnímu smluvnímu vztahu.¹¹⁶ Relativně rovnovážným pojetím smluvních podmínek se zmenšuje nebezpečí zneužití silné tržní síly v rámci kontraktace jedním subjektem. Nicméně podmínky FIDIC mohou být předmětem kontraktačních vyjednávání, a tak se mohou v konkrétním případě obsahově lišit od jejich původní vzorové podoby.¹¹⁷

V oblasti regulovaných trhů investičních nástrojů mají jejich pravidla povahu obchodních podmínek. V rámci obchodování s deriváty na kapitálových trzích je běžné využití **vzorových podmínek ISDA** (*International Swaps and Derivative Association*), které dnes tvoří standard pro uzavírání derivátových smluv profesionály na finančním trhu na celém světě.¹¹⁸

Svojí podstatou je také řád stálého Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR všeobecnými obchodními podmínkami.

Charakterem všeobecných obchodních podmínek obecnějšího charakteru než ty, co jsou uvedeny výše, jsou **Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT**, které představují soubor zásad pro oblast mezinárodního obchodního styku aplikovatelný bez ohledu na právní, ekonomické a politické podmínky konkrétní země.

Mezi všeobecné obchodní podmínky lze řadit také **vykládací pravidla Incoterms** (srov. § 1754 OZ). Pravidla Incoterms (*International Commercial Terms* neboli Mezinárodní obchodní podmínky) představují vzorové smluvní podmínky, z nichž si mohou smluvní strany vybrat kombinaci pravidel, která jim pro daný smluvní vztah vyhovují a tato do smlouvy inkorporovat. Pravidla Incoterms jsou určena pro využití toliko při kupních smlouvách.

¹¹⁶ Odkaz na podmínky FIDIC může být například následující: „*Obchodní podmínky této smlouvy, které jsou její nedílnou součástí, jsou tvořeny FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer (First Edition 1999)*.“ Srov. KLEČ, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 5.

¹¹⁷ Viz ONDREJOVÁ, Dana. *Průvodce uzavíráním smluv po rekonstrukci*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 58–61.

¹¹⁸ MAREK, Radan. In: MAREK, Radan, JEŽEK, Václav. *Cenné papíry v novém občanském zákoníku. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2013, s. 279.

Obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi se ***běžně označují jako tzv. všeobecné obchodní podmínky*** (*Allgemeine Geschäftsbedingungen, Standard Terms and Conditions, Termes et Conditions* atd.)¹¹⁹. Toto označení bylo obsaženo explicitně v obchodním zákoníku (§ 273) a je běžně využíváno v praxi. Občanský zákoník tento výraz v právní úpravě obchodních podmínek (§ 1751 až 1753 OZ) nepoužívá, užívá jej však nekonzistentně na jiném místě (§ 1827 odst. 2 OZ¹²⁰).

Jakkoliv je pojem „všeobecné obchodní podmínky“ v praxi zaužívaný, není terminologicky zcela vhodný. Ve skutečnosti nelze hovořit o jakési „všeobecnosti“, když se jedná zpravidla o „odvětvové“ či „oborové“ obchodní podmínky, a to i úzce zaměřené. Přívlastek „obchodní“ není rovněž přiléhavý, neboť svojí podstatou „všeobecné obchodní podmínky“ bývají běžně použity i pro vztah podnikatele ke spotřebiteli (event. jinému nepodnikateli), byť nikoliv v dosahu § 1751 odst. 3 OZ, ale v režimu § 1751 odst. 1 OZ. A konečně samotný výraz „podmínky“ neodpovídá zákonnému významu totožného pojmu užíteho v § 548 a 549 OZ ve smyslu vedlejšího ujednání.

Jako vhodnější pojem, byť nikoliv zavedený, se jeví ***„kvalifikované obchodní podmínky“***¹²¹.

V praxi se někdy výslovně označují jako „všeobecné“ i obchodní podmínky nevypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi (například drobný živnostník takto označí svoje obchodní podmínky). V takovém případě se jedná pouze o terminologickou záležitost (použití tohoto pojmu smluvními stranami, resp. jednou z nich) nemající vliv na zařazení těchto obchodních podmínek do kategorie skutečně „všeobecných obchodních podmínek“. Rozhodující není jejich označení, ale vlastní podstata.

B) Extenzivní výklad obchodních podmínek podle § 1753 odst. 3 OZ

Kromě uvedeného tradičního pojetí obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ lze nastínit také výklad extenzivní (novátorský). Nejedná

¹¹⁹ Blíže srov. ŠPAČKOVÁ, Michala. Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2015, roč. 7, č. 4, s. 106 a násled.

¹²⁰ Podle § 1827 odst. 2 OZ platí, že „uzavírá-li se smlouva za použití elektronických prostředků, poskytne podnikatel spotřebiteli v textové podobě kromě znění smlouvy i znění všeobecných obchodních podmínek“.

¹²¹ ŠVESTKA, Jiří, DVORÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 71.

se pouze o „akademickou hříčku“, neboť při přijetí tohoto výkladu pojetí obchodních podmínek, které mohou spadat pod rozsah § 1751 odst. 3 OZ, lze na tento druh obchodních podmínek aplikovat zjednodušený inkorporační postup podle § 1751 odst. 3 OZ.

Zásadní otázkou je, zda lze za obchodní podmínky „vypracované odbornou nebo zájmovou organizací“ považovat také obchodní podmínky, které vypracoval jakýkoliv třetí subjekt (tedy odlišný od smluvních stran), jenž je nadán aspoň určitou mírou odbornosti. Příkladem by mohla být situace, kdy si dva drobní podnikatelé (např. stavební společnosti) v rámci smlouvy o díle (např. vzájemná subdodávka) dobrovolně ke smlouvě připojí obchodní podmínky třetí osoby, např. významné silné stavební společnosti, které najdou na jejích webových stránkách (učinili by tak z důvodu, že tyto nemusí vypracovávat či/také z důvodu, že se jedná o kompromis v podobě obchodních podmínek třetí osoby, a tedy neprosazující zájmy žádné z těchto smluvních stran). Tito podnikatelé ve smlouvě učiní pouhý odkaz na tyto obchodní podmínky (například dostupné na webových stránkách dané třetí osoby), přičemž nebude prokázána jejich známost žádné ze smluvních stran. Pokud dospějeme k závěru, že jakékoliv obchodní podmínky vypracované třetí osobou (odborníkem v dané oblasti) jsou obchodní podmínky spadající pod rozsah ustanovení § 1751 odst. 3 OZ, poté se v rámci zjednodušeného inkorporačního procesu ke smlouvě řádně připojily. Pokud by se o dané obchodní podmínky nejednalo, musely by být prokázány podmínky inkorporace podle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ, v opačném případě by se součástí závazkového vztahu nestaly.

Pro odpověď na naznačenou otázku je nutno zkoumat primárně ochranný účel ustanovení § 1751 odst. 3 OZ. Je zřejmé, že zákonodárce tento zjednodušený inkorporační proces obchodních podmínek zamýšlel jednak pro vztahy mezi podnikateli (naplnění této podmínky je však v naznačeném případě nesporné), tedy vztahy vyznačující se potřebnou mírou profesionality, jednak pro určitý druh obchodních podmínek. Těmito obchodními podmínkami podle textu zákona jsou „obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi“. Podmínky, které jsou zákonem kladeny na druh obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ, jsou obchodní podmínky vypracované právníkou osobou (organizace), která

se vyznačuje určitou odborností (např. specializace tvůrce v daném oboru) či zájmovostí (např. ochrana výrobců skla). Účelem vyplývajícím z uvedeného je tak pravděpodobně určitá nezávislost tvůrce obchodních podmínek na smluvních stranách (zájmová neutralita vzhledem ke konkrétním smluvním stranám inkorporujícím dané obchodní podmínky) a také jeho odbornost. Navíc – závazkové právo ovládá zásada autonomie vůle (dispozitivnosti) a těžko by se našlo zdůvodnění, proč by měl existovat veřejný zájem na kladení překážek zjednodušené inkorporaci určitých obchodních podmínek za situace, kdy s tím dva podnikatelé (profesionálové) souhlasí (a nejednalo se o adhezi, nutnost chránit slabšího a podobná obecně uznávaná omezení kontraktačního procesu). Naznačený ochranný účel ustanovení § 1751 odst. 3 OZ lze v případě obchodních podmínek vypracovaných třetí osobou, na kterých se smluvní strany shodly, považovat za splněný.

V tomto extenzivním pojetí by tedy mohly být za podmínky spadající pod rozsah ustanovení § 1751 odst. 3 OZ považovány obchodní podmínky vypracované třetí osobu (tedy nikoliv smluvními stranami). Dané obchodní podmínky by se mohly označovat jako tzv. obchodní podmínky vypracované třetími osobami či „externí obchodní podmínky“.

Pouhá skutečnost, že určité obchodní podmínky byly opakovaně použity v rámci smluvních vztahů s více subjekty, z těchto obchodních podmínek nečiní obchodní podmínky všeobecné, tedy podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ. K opačnému závěru však dospívá L. Tichý.¹²² Tento odlišný přístup však svědčí o možnosti ještě vyššího stupně extenzivity výkladu § 1751 odst. 3 OZ než výše naznačený (tam se jednalo o obchodní podmínky třetí osoby, tedy více příhodný důvod pro jakousi „všeobecnost“ obchodních podmínek, na rozdíl od pouhého znaku opakovaného užití s více subjekty).

2.3.1.2 Osobní vymezení působnosti ustanovení § 1751 odst. 3 OZ

Zjednodušený inkorporační proces výše uvedených obchodních podmínek se vztahuje toliko na vztahy mezi podnikateli (B2B), nikoliv na vztahy jiné. Právě u tohoto druhu vztahů lze předpokládat profesionalitu a odbornou

¹²² TICHÝ, Luboš. Kontrola smlouvy, všeobecné obchodní podmínky, formulářové smlouvy a nekalé (zneužívající) klauzule. *Acta Universitatis Carolinae – IURIDICA*. 2015, roč. 16, č. 3, s. 47.

péči o vlastní záležitosti (§ 5 OZ). Presumuje se tak, že podnikatel neučiní součástí smlouvy obchodní podmínky, s jejichž obsahem by nebyl srozuměn (zná je).

2.3.2 Inkorporační podmínky podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ

Ustanovení § 1751 odst. 3 OZ umožňuje v případě výše popsaných obchodních podmínek a smluvního vztahu mezi dvěma podnikateli určité zjednodušení jejich inkorporace, kdy postačí *pouhý odkaz* na ně (ohledně odkazu platí to, co bylo uvedeno v kapitole 2.2.2). Není tak nutné připojení textu obchodních podmínek ani nezbytnost známosti obsahu obchodních podmínek smluvním stranám.

Ke snížení standardu požadavků na inkorporaci obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ dochází z důvodu, že se předpokládá, že jsou dané obchodní podmínky smluvním stranám jako profesionálům v daném oboru známy.

Obchodní podmínky nemusí být *podepsány* smluvními stranami.¹²³ Jejich případný podpis může podpořit také jejich známost (která sice není zákonem vyžadovaná, nemůže však v praxi uškodit).

Účelem odlišného režimu inkorporace obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ je jednak zjednodušení (zrychlení) kontraktačního procesu, jednak využití takových obchodních podmínek, které alespoň v teoretické rovině představují výsledek snah odborných (zájmových) organizací a jsou v daném oboru tzv. univerzálně akceptovatelné (široce využitelné).

2.4 Vztah smlouvy a obchodních podmínek

V případě, že se dostane do kolize text smlouvy (jejího konkrétního ustanovení) s obchodními podmínkami (jejich konkrétním ustanovením), mají před zněním obchodních podmínek *přednost odchylná ujednání ve smlouvě* (srov. § 1751 odst. 1 věta druhá OZ).

Vztah smlouvy a obchodních podmínek tak není vztahem konkurenčním, jako je tomu u vztahu obchodních podmínek každé ze smluvních stran (srov. § 1751 odst. 2 OZ), ale vztahem aplikační přednosti (de facto tedy jakési

¹²³ Srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 24. 2. 1998, sp. zn. 5 Cmo 318/97.

nadřazenosti) smlouvy nad případně kolidujícím textem obchodních podmínek. Někteří autoři v uvedeném kontextu hovoří také o smlouvě jako o tzv. *lex specialis* ve vztahu k obchodním podmínkám, které představují tzv. *lex generalis*.¹²⁴

Pokud tedy dojde ke smluvnímu konsensu ohledně případné změny či neaplikace určitého ustanovení obchodních podmínek, tyto se nemusí přepisovat, aby se dosáhlo požadovaného změny (to by navíc popíralo podstatu obchodních podmínek jako spíše neměnného textu), ale smluvní strany mohou dané pravidlo v textu smlouvy upravit odlišně¹²⁵, nebo vyloučit¹²⁶. Díky tomuto přístupu může zůstat text obchodních podmínek nezměněn i v případě, že se smluvní strany dohodly na jeho dílčích změnách či vyloučení. Nastíněné zákonné řešení je odvozeno ze samotné podstaty obchodních podmínek, které jsou vytvářeny jako modelové podmínky pro určitý druh smluvních vztahů.

Ustanovení § 1751 odst. 1 věta druhá OZ je podle našeho názoru dispoziitivního charakteru, není tedy vyloučeno odchylné ujednání smluvních stran. Takové odchylné smluvní řešení může spočívat například v dohodě smluvních stran na přednosti obchodních podmínek jako celku, určitých ustanovení obchodních podmínek či obchodních podmínek jedné smluvní strany oproti obchodním podmínkám druhé smluvní strany. Nastíněná ujednání však nebývají v praxi příliš častá, neboť smluvní strany zpravidla v případě, že se na nějakém pravidle dohodnou přímo v textu smlouvy, mají skutečnou vůli upřednostnit toto před případným odchylným pravidlem obsaženým v obchodních podmínkách. Účinnost výše uvedených ujednání o odchylném režimu oproti zákonnému v § 1751 odst. 1 větě druhé OZ je však nutno poměřovat interpretačními pravidly – například i přes existenci dohody ve smlouvě o přednosti obchodních podmínek by mohlo mít přednost určité ujednání ve smlouvě odchylné od pravidla obsaženého v obchodních podmínkách, neboť toto bylo vůlí stran v konkrétním případě.

¹²⁴ Srov. PELIKÁNOVÁ, Irena; PELIKÁN, Robert. In: ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V*, (§ 1721 až 2520). Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 70.

¹²⁵ Například následujícím zněním obsaženým v textu smlouvy: „Ustanovení článku 5 obchodních podmínek prodávajícího se mění tak, že vlastnické právo přechází na kupujícího až okamžikem úplného zaplacení kupní ceny.“

¹²⁶ Například následujícím zněním obsaženým v textu smlouvy: „Ustanovení článku 5 obchodních podmínek prodávajícího se nepoužije.“

2.5 Použití obchodních podmínek jako nekalá obchodní praktika?

Využívání obchodních podmínek může být v určitém případě shledáno jako nekalá obchodní praktika podle ustanovení § 4 a násl. ZOS.¹²⁷

Za nekalou obchodní praktiku by mohlo být shledáno použití obchodních podmínek vůči spotřebiteli (nikoliv vůči jiné osobě)¹²⁸ v případě, že by podnikatel:¹²⁹

- využíval jejich rozsáhlých či těžce čitelných textů,
- užíval taková ustanovení, která druhá strana nemohla rozumně očekávat (tzv. překvapivá ujednání ve smyslu § 1753 OZ),
- nerespektoval zákonná ustanovení (§ 1752 OZ) opravňující druhou smluvní stranu vypovědět smlouvu v případě jednostranné změny obchodních podmínek.

Využívání obchodních podmínek podnikatelem při kontraktaci se spotřebitelem ***není možné označit bez dalšího za právně závadné jednání (nekalou obchodní praktiku)***, když jde naopak o způsob právem aprobovaný. ***Nekalý charakter*** však může spočívat ve využívání tzv. překvapivých ustanovení nevýhodných pro spotřebitele v obchodních podmínkách uplatňovaných podnikatelem vůči spotřebiteli (srov. § 1753 OZ), a to jak pro překvapivost obsahovou, tak formální (velmi malé, špatně čitelné písmo, nekонтastní barva podkladu a písma, latinské právnické výrazy apod.). Za nekalou obchodní praktiku by však nemělo být shledáno každé dílčí (jednotlivé)

¹²⁷ Za nekalou obchodní praktiku by bylo možné považovat použití obchodních podmínek v případě, že by podnikatelovo jednání naplňovalo znaky přílohy č. 1 nebo přílohy č. 2 ZOS, znaky klamavé obchodní praktiky (§ 5 a 5a ZOS) či agresivní obchodní praktiky (§ 5b ZOS) nebo znaky generální klauzule nekalých obchodních praktik (§ 4 odst. 1 ZOS), podle níž je „*obchodní praktika nekalá, je-li v rozporu s požadavky odborné péče a podstatně narušuje nebo je způsobila podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele, kterému je určena, nebo který je jejím působením vystaven, ve vztahu ke výrobku nebo službě*“. Přitom platí, že nekalost obchodní praktiky je nutno zkoumat tak, že jednání, které bude shledáno závadným podle uvedených příloh, případně ustanovení o klamavých či agresivních obchodních praktikách, bude nekalou obchodní praktikou a toto nemusí současně naplnit podmínky generální klauzule nekalých obchodních praktik (shodně např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 10. 2014, sp. zn. 7 As 110/2014).

¹²⁸ Srov. § 4 odst. 1 ZOS.

¹²⁹ Za nekalou obchodní praktiku lze označit pouze takovou praktiku, která je uskutečňována podnikatelem ve vztahu ke spotřebiteli, nikoli v jiných druzích vztahů [srov. § 2 odst. 1 písm. o) a § 4 odst. 1 ZOS].

shledání naznačeného pochybení ze strany podnikatele, ale toliko kvalifikované (s ohledem na rozsah, četnost, opakovanost porušení, vědomost o tomto apod.).¹³⁰ K tomu blíže viz kapitolu 4 o obsahové kontrole obchodních podmínek.

K naznačenému přístupu o nekalosti obchodních podmínek, které lze kvalifikovat jako zneužívající ve smyslu směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. 4. 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, se přiklání také *slovenská judikatura*. Krajský soud v Prešově¹³¹ shledal závadnou inkorporaci všeobecných obchodních podmínek podnikatele do smlouvy uzavírané se spotřebitelem, kdy tyto obchodní podmínky byly velmi rozsáhlé a s množstvím odborné právní terminologie a nebyly spotřebitelem podepsané. Ve smlouvě bylo uvedeno, že se spotřebitel s textem obchodních podmínek seznámil a s těmito bez výhrad souhlasí, přičemž inkorporační doložka byla psána menším písmem než samotný text smlouvy.¹³² Soud shledal za netransparentní vlastní inkorporaci obchodních podmínek. Všeobecné obchodní podmínky, pokud se mají stát součástí smlouvy, musí být včleněny na základě transparentní inkorporační doložky. Netransparentní inkorporační doložku lze považovat za nepřijatelnou smluvní podmínku ve spotřebitelské smlouvě. Jak zdůraznil Krajský soud v Prešově, „*nejde o nepřiměřený paternalizmus státu, ale o důsledné naplnění cílů unijního práva*“.

Kvalifikaci výše naznačeného jednání podnikatele jako nekalou obchodní praktiku nevylučuje koncepčně ani K. Csach¹³³ či L. Tichý.¹³⁴

¹³⁰ K tomu blíže viz ONDREJOVÁ, Dana. *Porušení závazkového práva jako nekalá obchodní praktika nebo nekalá soutěž*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2016, 257 s.

¹³¹ Rozhodnutí Krajského soudu v Prešově ze dne 16. 5. 2013, sp. zn. 21 Co 28/2012.

¹³² Krajský soud v Prešově v daném rozhodnutí konkrétně uvedl, že „*spotřebitel se může domnívat (postačí brožba takového rizika), že menší písmo obsahuje text, kterému nemusí připisovat až tak důležitý význam. Ve spojení s úplně miniaturním písmem, při jehož čtení se ztrácí orientace a vyžadují se pomůcky (lupa, pravítko apod.), právě menší písmo může spotřebitele odradit od soustředění se při uzavírání smlouvy*“.

¹³³ CSACH, Kristián. (Niektoré) Zmluvnoprávne aspekty práva proti nekalej súťaži. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2015, roč. 23, č. 1, s. 11.

¹³⁴ TICHÝ, Luboš. Kontrola smlouvy, všeobecné obchodní podmínky, formulářové smlouvy a nekalé (zneužívající) klauzule. *Acta Universitatis Carolinae – IURIDICA*. 2015, roč. 16, č. 3, s. 43 a násl.

2.6 Inkorporace v adhezních smlouvách

2.6.1 Pojem adhezní kontraktace

Adhezní způsob kontraktace vedoucí k uzavření tzv. adhezní smlouvy znamená v pojetí občanského zákoníku (§ 1798 až 1801), že jedna strana „určila“¹³⁵ druhé straně svoje *základní* podmínky, aniž druhá strana měla *skutečnou příležitost*¹³⁶ obsah těchto podmínek *ovlivnit*. Podobnost s úpravou OP je nápadná; naše platná úprava adhezní kontraktace se blíží tomu, co německé právo a obdobně i některé prameny tzv. smluvního soft law znají jako individuálně nesjednané doložky v rámci regulace obchodních podmínek.¹³⁷

Občanský zákoník však i systematicky oddělil úpravu adhezní kontraktace (§ 1798 až 1801) od úpravy obchodních podmínek (§ 1751 až 1755) a vtiskl jí tak obecnější a širší význam. Adhezní kontraktace¹³⁸ se netýká jen inkorporace obchodních podmínek do smlouvy, ale i jednotlivého a individualizovaného sjednávání smluvního obsahu¹³⁹ (v tom je širší), ale vztahuje se jako nástroj ochrany jen na slabší stranu vztahu (v tom je užší). Adhezita kontraktace a její důsledky tedy nepřicházejí v úvahu, pokud není mezi stranami mocenská vyjednávací nerovnováha.

Adhezita kontraktace šetří čas a transakční náklady na obou stranách¹⁴⁰ a může se projevovat i v nižší ceně. Samotná adhezita se někdy chápe jako

¹³⁵ Tzv. „jednostranně určené“ podmínky jsou však obsahem smlouvy, tedy druhá strana s nimi souhlasila – nejde tedy pojmově striktně vzato o „určení“ podmínek, ale o jejich návrh, který druhá strana (s větší či menší vnitřní rezervací) akceptovala.

¹³⁶ Tedy nejen příležitost formální a jen „naoko“.

¹³⁷ Pojem „adhezní kontraktace“ naopak německé právo nezná.

¹³⁸ Důvodová zpráva k občanskému zákoníku označuje pojem „adhezní smlouvy“ poněkud štitivě za slangový (byť i přes tuto údajnou výrazovou pokleslost byl u nás dlouhou dobu termínem kodifikovaným – srov. § 262 odst. 4 ObchZ). Obratná zkratka „adhezní smlouvy“ (ve srovnání s těžkopádným souslovím „smlouvy uzavírané adhezním způsobem“) se však v odborných a kultivovaných právních kruzích i ve světě běžně používá (včetně směrnice EU 93/13), byť adjektivum „adhezní“ necharakterizuje druh smlouvy z hlediska předmětu plnění. Tento znak se však nenaplní ani u dělení smluv na písemné („smlouvy uzavírané v písemné formě“) a ústní, u dělení smluv na reálné, nebo konsensuální, aniž se zpochybňuje účelnost používání přívlastku. Proto termín „adhezní smlouva“ považujeme za korektní, účelný a srozumitelný a pracujeme s ním.

¹³⁹ Adhezita nemusí znamenat automaticky *absenci individuální negociace*, neboť ani individuální projednání podmínek (typicky „pro forma“) ještě nezajišťuje onu *skutečnou* příležitost ovlivnit obsah základních podmínek.

¹⁴⁰ Přičemž zákazníkovi – adherentovi – relativně více, protože na rozdíl od navrhovatele smlouvy nemá tolik možností, jak transakční náklady rozptýlit do většího počtu transakcí (srov. WOODWARD, William J. Legal Uncertainty and Aberrant Contracts: The Choice of Law Clause. *Chicago-Kent Law Review*. 2014, vol. 89, no. 1, s. 198).

procedurální nepoctivost, jež se však nemusí nutně projevit v nepoctivosti vlastního obsahu takto vzniknuvší smlouvy, podobně jako ani „procedurálně opravdu vyjednaná“ smlouva automaticky nezaručuje obsahovou vyváženost a korektnost a běžné standardy poctivosti. Právní úprava adhezní kontraktace v OZ se však obecnou adhezí smluv nezabývá a soustřeďuje se jen na případy možného zneužití adhezních smluv v *neprosběch slabší strany*.¹⁴¹

Samotný fakt nezměnitelné klauzule naplňující znak „základní podmínky“ ovšem neindikuje slabost adresáta takové podmínky. Zákon navíc hovoří o základních podmínkách v plurálu¹⁴² a o skutečné příležitosti k ovlivnění základních podmínek *slabší* stranou, a nikoliv prostě „adresátem“, „příjemcem“ podmínek nebo „druhou stranou“. Dikce zákona (a navíc opakovaná) sotva mohla být nahodilá. Naše právní úprava pojem adhezních smluv zužuje a upravuje zvláštní právní důsledky jen pro případ, že adherentem je slabší smluvní strana.¹⁴³ Adhezní kontraktace, při níž nejde o vztah (výrazně) slabší strany k (výrazně) silnější straně, upravě v § 1798 až 1801 OZ nepodléhá.

Další otevřená otázka je, co se má rozumět pod *základními podmínkami*. Nebudou to určitě základní ustanovení (či tzv. podstatné náležitosti)¹⁴⁴

¹⁴¹ Adhezní kontraktace může též naplnit skutkovou podstatu veřejnoprávního deliktu zneužití dominantního postavení (vynucování nepřiměřených smluvních podmínek dominantním soutěžitelem, vynucování nesouvisejících plnění – junktimace). Některé případy zneužití adhezní kontraktace by mohly spadat i do působnosti ZVTS. Soukromoprávní úprava v OZ a veřejnoprávní úprava v ZOHS a ZVTS jsou však na sobě nezávislé.

¹⁴² Cena např. základní jednotlivou podmínkou zásadně bude, ale trvání na ní nebude znamenat adhezitu kontraktace.

¹⁴³ Na rozdíl od úpravy v inspiračním zdroji OZ – Quebecém občanském zákoníku, který v čl. 1379 pokládá za adhezní smlouvu takovou, která nebyla individuálně vyjednatelná (negotiable) z toho důvodu, že její základní ustanovení byla vnučena nebo navržena (imposed or drawn up) *jednou ze stran*. Srov. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>. To, že tu v definici chybí atribut strany silnější, nemusí být někdy významné, ale jindy třeba naopak ano. Někdy může podmínky navrhnout strana slabší (ty by ovšem asi byly individuálně vyjednatelné), ale sotva je může silnější straně vnučovat. Jindy ovšem může podmínky vnučovat právě silnější strana. Může tedy jít o jednu ze součástí testu na existenci slabší vyjednávací pozice, nikoliv však o jediný a kardinální důkaz. Některé základní obchodní podmínky může z dobrých racionalizačních důvodů vnučovat i strana, která by podle jiných hledisek měla slabší vyjednávací pozici. Podobně se k problému staví Návrh společného smluvního rámce (DCFR), jenž hovoří u adhezní kontraktace jen o „straně“ (party), nikoliv o „slabší“ straně. Srov. II. – 1:110: Terms “not individually negotiated”. In: BAR, Christian von, CLIVE, Eric M. (eds.). *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*. Volume 1. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 185.

¹⁴⁴ To by zákonodárce nepoužil odlišný termín pro stejný denotát. Srov. PETROV, Jan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 344.

typových smluv, ani celková koncepce smluvního vztahu – tu „určuje“ (lépe řečeno „navrhuje“ a „prosazuje“) vesměs jedna strana i při individuálním vyjednávání a bez ohledu na vyjednávací sílu. Návrh smlouvy přece také nedává jen silnější strana. Ani zadavatel veřejné zakázky, určující podmínky smlouvy, nemusí mít postavení silnější strany; naopak může být na uchazečích dost závislý. Pravděpodobně bude interpretace taková, že jde o *jakékoliv významné smluvní podmínky*, které v konkrétním kontextu mohou kvůli adhezni kontraktaci vést k *vytrváření nebo využití závislosti* slabší strany a k *dosažení zřejmé a bezdůvodné nerovnováhy* ve vzájemných právech a povinnostech stran.¹⁴⁵ Bude nutné kontextové posouzení, na rozdíl od neměnných podstatných náležitostí konkrétního smluvního typu.

Slabší stranou přitom nemusí být jen nepodnikatel či dokonce jen spotřebitel, ale i *podnikatel*, vůči němuž jiný podnikatel zneužil svou kvalitu odborníka nebo svoje hospodářské postavení a vytvořil tak (nebo využil existující) závislost slabší strany a dosáhl zřejmé a neodůvodněné nerovnováhy ve vzájemných právech a povinnostech.¹⁴⁶

2.6.2 Důsledky adhezni kontraktace pro inkorporaci obchodních podmínek

Jsou-li ony základní podmínky předvídané v ustanovení § 1798 odst. 1 OZ předkládány ve formě podmínek obchodních, uplatní se tedy důsledky adhezni kontraktace podle § 1799 až 1801 OZ i na inkorporaci takto vnucených obchodních podmínek za předpokladu, že adresát podmínek má postavení slabší strany. Vyvratitelná právní domněnka slabší strany se formuluje v ustanovení § 433 odst. 2 OZ jen nepřímou ve vztahu k nepodnikateli a musel by ji vyvracet podnikatel; pojmové znaky slabší strany s podnikatelským statutem zákon nevymezuje.¹⁴⁷

Tyto důsledky spočívají v tom, že včleňovací doložka v adhezni smlouvě, odkazující na (mj. též obchodní) podmínky umístěné mimo vlastní text smlouvy je platná, jen byla-li slabší strana s doložkou a jejím významem seznámena, nebo

¹⁴⁵ Srov. § 433 OZ.

¹⁴⁶ Srov. tamtéž.

¹⁴⁷ K tomu srov. podrobněji BEJČEK, Josef. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, zejm. s. 30 a násl. V této kapitole též používáme závěry dřívější obecnější studie a navazujeme na ně. Srov. BEJČEK, Josef. Soukromoprávní ochrana slabšího obchodního partnera. *Bulletin advokacie*. 2015, roč. 2015, č. 7-8, s. 24–36.

prokáže-li se, že význam doložky musela znát (§ 1799 OZ). Tento důsledek (nepřímo definovanou neplatnost doložky) zákon spojuje jen s písemnou formou hlavní smlouvy. Z povahy věci bude písemná i ona včleňovací doložka.¹⁴⁸

Toto řešení má evidentní právně politickou logiku; informační zátěž o obsahu OP by měla nést strana, která na ně odkazuje – pro ni je i jedno-
duché připojit je k nabídce.¹⁴⁹

Úprava adhezní kontraktace je spojena s úpravou obchodních podmínek (§ 1751 OZ). Obchodní podmínky stanovené ústně nedávají praktický smysl¹⁵⁰ – jednak by ztratily podstatnou část svých funkcí, a navíc by nebyl průkazný nejen jejich obsah, ale ani samotná jejich existence. Odtud též plyne, že slabší smluvní strana ev. bezformální adhezní kontraktace nebude *prakticky* pod ochranou příslušných ustanovení zákona.

Touto úpravou zákon brání slabší stranu a autonomii její vůle – smluvní autonomii v jejím materiálním (a nejen formálním) smyslu, mimo níž se nesmí slabšímu vnutit neznámý smluvní obsah jen proto, že smlouva je adhezně uzavřena. V takovém případě se doložky obsažené mimo text adhezně uzavřené smlouvy její součástí nestanou.¹⁵¹

¹⁴⁸ Každý, kdo podepisuje smlouvu obsahující včleňovací doložku, tím dává najevo, že souhlasí s obsahem smlouvy včetně doložky. Přinejmenším by se dalo tvrdit, že o doložce nemohl slabší partner nevědět. Taková interpretace by však postrádala smysl. Jistější bude tedy na tuto doložku upozornit zvlášť, nejlépe zvláštní a zvýrazněnou informací. Má-li se však týkat ona zákonem požadovaná znalost reálného právního významu doložky, a nikoliv jen formální vědomosti o tom, že je doložka v textu smlouvy obsažena, stává se kategorií subjektivně psychologickou. Zákon však požaduje buď pouhé *seznámení* (nikoliv pochopení), nebo důkaz, že i přes absenci seznámení slabší strana význam doložky *musela* znát. Jedna z těchto skutečností musí nastat v okamžiku uzavření smlouvy obsahující včleňovací doložku. Protože smysl ustanovení § 1799 OZ je evidentně v tom, aby pouhý podpis smlouvy s včleňovací doložkou nezavázal slabší stranu bez porozumění vlastního významu, nebude jisté odbýt seznamovací povinnost pouhým podpisem nezvýrazněného prohlášení. Jistější bude věnovat tomuto seznámení zvláštní bod smlouvy, zvýraznit jej i graficky a ev. doplnit text stručným vysvětlením, co zařazení externě umístěných obchodních podmínek znamená.

¹⁴⁹ Srov. KRUISINGA, Sonja A. Incorporation of standard terms according to the CISG and the CESL: Will these Competing Instruments Enhance Legal Certainty in Cross-Border Sales Transactions? *European Business Law Review*. 2013, vol. 24, no. 3, s. 350, s odkazem na německou judikaturu (BGH IHR 2002/1, 14–16, z 31. 10. 2001).

¹⁵⁰ Srov. výše cit. německou doktrínu a judikaturu, která naopak za obchodní podmínky v tamním smyslu pokládá i jejich „umístění“ v hlavě uživatele pro budoucí opakované použití.

¹⁵¹ Podobný účinek má úprava v § 1753 OZ, podle níž se součástí smlouvy nestane takové ustanovení obchodních podmínek, které druhá strana nemohla rozumně očekávat, nepřijala-li je výslovně (nestačí tedy odkaz na obchodní podmínky). Adhezně vnučená včleňovací doložka by k řadě takových překvapivých a neočekávatelných ustanovení mohla vést. Blíže o této otázce pojednává kapitola 4 věnující se obsahové kontrole obchodních podmínek.

Slabší strana je tedy při adhezni kontraktaci chráněna *proti informační asymetrii a neporozumění* smyslu kontraktace a jejímu rozsahu (a obsahu). Má se tedy mj. dosáhnout toho, aby slabší strana vědomě kontrahovala se znalostí významu, jaký má doložka včleňující do obsahu smlouvy obchodní podmínky, které nejsou obsaženy ve vlastním textu smlouvy.¹⁵²

Pravidla o adhezni kontraktaci chrání svobodu vůle slabší strany také ve vztahu k transparentnosti obsahu (již do smlouvy včleněné) doložky.¹⁵³ Zaměřují se také na obsahovou kontrolu správnosti doložky včleněné adhezním způsobem do smlouvy a stanoví neplatnost na základě poměrně obecně formulovaných hodnotových hledisek, ovšem zmírněných v případech doložek (tedy i obchodních podmínek) ve vztazích mezi podnikateli.¹⁵⁴

Zákon připouští¹⁵⁵ dohodu na platnosti doložky včleňovací bez respektování pravidel podle ustanovení § 1799 OZ (smluvní podmínky umístěné mimo vlastní text smlouvy). Hranice obsahové kontroly (a tedy liberálnost posuzování „spravedlnosti“ smlouvy) je tu však vyšší: včleňovaná doložka navržená silnější stranou musí *hrubě* odporovat obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku – jen prokáže-li tyto parametry slabší strana, je doložka neplatná. To je jistě kvalifikovanější požadavek než pouhá „újma“ nebo „zvláštní nevýhodnost bez rozumného důvodu.“¹⁵⁶

¹⁵² Znalosti významu této včleňovací doložky slabší stranou se dá dosáhnout jejím *poučením* (to nemusí nutně zajišťovat silnější strana, byť by je zásadně musela prokazovat); poučení o doložce a jejím významu *není nutné* jen v případě, že *význam doložky slabší strana znát musela i přes chybějící poučení o významu doložky*. Vlastního obsahu doložek neobsažených ve vlastním textu smlouvy se ustanovení § 1799 OZ o včleňovacích doložkách netýká.

¹⁵³ Srov. § 1800 odst. 1 OZ.

¹⁵⁴ Srov. § 1800 odst. 2 OZ a § 1801 OZ. I v této souvislosti odkazujeme na kapitolu 4 věnovanou obsahové kontrole obchodních podmínek.

¹⁵⁵ § 1801 OZ, druhá věta.

¹⁵⁶ Toto „*dvójí morální jistění*“ obsahové korektnosti standardně uzavřené smlouvy je ovšem velmi nejasné. Pokud je doložka zvlášť nevýhodná bez rozumného důvodu (§ 1800 odst. 2 OZ), je *ex lege* neplatná. Dohodnou-li se strany, že pravidlo podle § 1800 odst. 2 OZ se nepoužije a sjednaná doložka hrubě odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku (což asi není totéž co zvláštní nevýhodnost bez rozumného důvodu, protože by se v souladu s pravidly legislativní techniky tentýž obsah nevjadřoval jinými slovy), dohoda o vyloučení § 1800 odst. 2 OZ se nepoužije a jeho ustanovení tedy stále platí. Bude se tedy potom zkoumat, zda je doložka pro slabší stranu bez rozumného důvodu zvlášť nevýhodná, ale to až poté, co se zjistilo, že hrubě odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku.

2.6.3 Adhezita celková a částečná?

Platnost inkorporace obchodních podmínek, resp. platnost již inkorporovaných obchodních podmínek není nezbytně nutné posuzovat jako umělý monolit. V konkrétním případě té či oné včleněné doložky nemusí být její obsah totiž vůbec důsledkem adhezí kontraktace.

Je otázka, zda smlouva musí mít adhezní nebo neadhezní povahu *jako celek*¹⁵⁷, či zda se za adhezní může ev. považovat jen její část sjednaná za podmínek ustanovení § 1798 OZ. Jde o to, zda podmínky adhezity mohou být naplněny jen zčásti, třeba i u smlouvy jinak korektně individuálně vyjednané s reálnou možností ovlivnit obsah většiny základních podmínek u obou stran, pokud některá z důležitých podmínek tento předpoklad smluvního sebeurčení nenaplnila.

Zákon sice hovoří o *smlouvě* (tedy jako o *celku*) uzavřené adhezním způsobem,¹⁵⁸ takže by se dalo striktně vzato o adhezitu smlouvy skutečně uvažovat jen „černobíle“ (dichotomicky, nespojitě): smlouva podle tohoto přístupu tedy buď je, nebo není adhezní jako celek, a to podle toho, zda naplnila, či nikoliv znaky podle ustanovení § 1798 OZ. Důsledky tohoto formálního pojetí¹⁵⁹ jsou dvojí:

- nejsou-li adhezním způsobem sjednány základní podmínky, ale jsou-li vyjednaný individuálně, smlouva se neposoudí jakožto adhezní s důsledky podle ustanovení § 1799 a § 1800 OZ, přestože třeba všechny ostatní podmínky (jiné než základní) byly sjednány adhezně (nikoliv individuálně);

¹⁵⁷ K tomu se kloní ve Velkém komentáři k OZ V (HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část* (§ 1721–2054). *Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 342 a násl.) Jan Petrov a rovněž doktorand Michal Vítek, jemuž vdčíme za opo-
nentní impuls.

¹⁵⁸ Srov. § 1799 OZ. Přestože je předmětem úpravy § 1799 OZ jen doložka včleňovací, není vyloučena ani taková interpretace § 1801 OZ, že v *důsledku* nekorektního seznámení s včleňovací doložkou uzavřel slabší podnikatel se silnějším podnikatelem smlouvu ve znění externě umístěných doložek navržených silnějším partnerem, které *hrubě* odporuje obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku. Z podobných důvodů jako o ceně „se nemusí diskutovat“ o technických podmínkách, zárukách, smluvních pokutách apod.

¹⁵⁹ Podobně PETROV, Jan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část* (§ 1721–2054). *Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 343.

- byly-li adhezně sjednány podmínky základní,¹⁶⁰ podléhá režimu adhezních smluv i soubor veškerých dalších smluvních podmínek, byť by byly sjednány zcela individualizovaně.¹⁶¹

Je však možné zaujmout i méně formalistický přístup: totiž že adhezita jediné doložky nečiní z celé smlouvy smlouvu adhezní, pokud jde o její obsah, ale že má rozumný smysl posuzovat z hlediska adhezity *každou doložku o některé ze základních podmínek* (tedy i podmínek obchodních) odděleně. Je to podobné, jako u neplatnosti právního jednání, která také není vystavena „černobílému“ testu „je“, nebo „není“, ale hodnotí se jako celková nebo částečná. Zákon ostatně (v souladu s tradiční zásadou preferovat dílčí neplatnost před neplatností celkovou¹⁶²) upravuje konkrétní důsledky adhezity jen u jednotlivých adhezních doložek (podmínek),¹⁶³ a nikoliv u smluv jako celku.¹⁶⁴

Vztahovat důsledky adhezity na celou smlouvu včetně individuálně sjednaných podmínek by mohlo znamenat i popření smluvní autonomie a závaznosti smluv, zejména ve vztazích mezi profesionály. Jaký má smysl (samozřejmě při zachování obecné obsahové kontroly správnosti smluv) testovat „zvláštní nevýhodnost“ individuálně sjednané podmínky¹⁶⁵ jen proto, že „sousedí“ v jedné smlouvě s typovou základní podmínkou individuálně

¹⁶⁰ Hypotetický formalista by přitom mohl argumentovat slovy zákona, že ony základní podmínky musejí být nejméně dvě, a že tedy jediná základní podmínka sjednaná adhezně nestačí; to by však vesměs nedávalo smysl a rozumným výkladem by se to dalo překlenout. Předpokládáme tedy, že by stačilo sjednat i jen jednu základní podmínku adhezním způsobem. Na druhé straně by se ovšem jakákoliv smlouva individuálně sjednaná s výjimkou jediné (a to nepochybně základní) podmínky (doložky) o ceně, která je pro všechny (slabší) partnery stanovena stejně prostřednictvím závazného vyhlášeného ceníku, musela pokládat za adhezní smlouvu. Přitom by třeba silnější strana smlouvy ani jinak postupovat nemohla, aby neporušila zákaz zneužití dominantního postavení na trhu v podobě diskriminačního chování v podobě uplatňování rozdílných cen za stejné plnění. Toto expanzivní pojetí adhezity není také rozumné. Podobně jako „ceníková cena“ se může chovat technický standard vyhlášený v technických podmínkách, které jsou jako celek a pro všechny obchodní partnery stejně zvláštní ucelenou součástí obchodních podmínek; podobně to může být třeba u platebních, přepravních a dalších podmínek.

¹⁶¹ Podle německého „materiálního“ pojetí všeobecných obchodních podmínek se adhezita naopak předpokládá u každé jednotlivé všeobecné obchodní podmínky – nevztahuje se tedy na smlouvu jako celek.

¹⁶² Srov. § 574 a 576 OZ.

¹⁶³ Srov. § 1799 a 1800 OZ.

¹⁶⁴ I když obsahuje nad § 1798 poněkud matoucí marginální rubriku „Smlouvy uzavírané adhezním způsobem.“

¹⁶⁵ Podle § 1800 odst. 2 OZ.

nevyjednanou? Podobně to platí o testování platnosti doložky individuálně vyjednané, pokud slabší strana prohlásí, že pro ni jako pro osobu průměrného rozumu je ona doložka nesrozumitelná¹⁶⁶ a že je současně obsažena ve smlouvě, která je jako celek podřízena posuzování adhezních smluv kvůli jiné (jediné a základní) podmínce nesjednané individuálně. To může hraničit již se zneužitím práva.

Další argument proti zjednodušujícímu formalistickému pojetí adhezity¹⁶⁷ může vyplynout ze zákonného předpokladu, že adhezní je smlouva jen za předpokladu mocenské asymetrie, tedy v poměru tzv. silnějšího k tzv. slabší straně.¹⁶⁸ Zvláštní režim adhezních smluv je konkretizací generální klauzule ochrany slabší strany.¹⁶⁹ Je myslitelný případ, že v některých smlouvách a při některých doložkách se mohou pozice stran slabší a silnější obrátit a informační asymetrie v jednotlivosti bude opačná nežli vcelku či ve většině jiných položek smlouvy, týkajících se také tzv. základních podmínek. Formalistický přístup k adhezitě by samozřejmě i takovou smlouvu, v níž by třeba i jen jediná základní podmínka byla určena silnější stranou a všechny ostatní základní podmínky byly určeny stranou slabší, pokládal za adhezní.

Není patrně rozumný důvod testovat a zpětně zpochybňovat relativně ucelené součásti standardních obchodních podmínek (ve formálním pojetí) v podobě technických nebo platebních a dalších podobných „subpodmínek“ připojených k všeobecným obchodním podmínkám nebo tvořících jejich samostatnou strukturální součást jen proto, že některá ze základních podmínek nebyla individuálně sjednána.

„Celková“ a „částečná“ adhezita se může také chápat jako důsledek rozdílu mezi obchodními podmínkami, které jsou partnerovi nabídnuty jako celek, tedy bez jakékoliv možnosti se od nich jakkoliv odchýlit, a na druhé straně podmínkami, které obsahují nezměnitelné jádro, jež však nebrání individualizovaným ujednáním o zbytku do onoho jádra nezahrnutém. Jako

¹⁶⁶ Podle § 1800 odst. 1 OZ.

¹⁶⁷ Dá se hovořit i o *absorpčním pojetí*, protože jediná (a přitom obsahově dobře posouditelná) základní podmínka nevyjednaná individuálně „absorbuje“ do režimu adhezních smluv i prokazatelně individuálně projednané a oboustranně schválené doložky.

¹⁶⁸ Srov. § 1798 odst. 2 OZ, § 1799 OZ.

¹⁶⁹ Srov. § 433 OZ.

adhezní by se tedy nemusela chápat celá smlouva (to bývá případ u adhezních smluv typových z úsporných důvodů), ale třeba jen některé klauzule. Bude pro ně platit obdobně to, co pro adhezní smlouvu jako celek, za předpokladů daných zákonem (zejména musí jít o takové klauzule, které se týkají tzv. základních podmínek, a nikoliv podružností).

Formalistní přístup ovšem opět může namítnout, že se tím řeší až celkové nebo částečné *důsledky* adhezity smlouvy, ale ne *samotná adhezita*, která nastane „kontaminací“ libovolného množství podmínek individuálně sjednaných jakoukoliv individuálně nesjednanou základní podmínkou, byť třeba i jedinou. Není asi nezbytné vytvářet nové pojmy, které navíc neladí s ne právě domyšlenou právní úpravou. Rozumný a s účelem zákona konformní výklad¹⁷⁰ by stejně neměl rozšiřovat dopad ustanovení § 1799 a 1800 OZ tak, aby ovlivňoval jiné vůdčí zásady občanského práva vedle ochrany slabší strany, a to především zásadu autonomie vůle, závaznosti smluv a zákazu zneužití práva.

Takže jakkoliv se třeba formálně¹⁷¹ označí *smlouva* jako celek jakožto adhezní v souladu s ustanovením § 1798 odst. 1 OZ, budou se fakticky – jakožto adhezním způsobem uzavřené – posuzovat podle pravidel pro posuzování adhezních smluv stejně jen jednotlivě nevyjednané *podmínky*, a to podmínky *základní*.

Domněnku adhezity kontraktu by mohl vyvrátit silnější smluvní partner i jen pouhým důkazem o tom, že druhá strana měla skutečnou (nikoliv hypotetickou) *příležitost* některou z tzv. základních podmínek vyjednat individuálně. To ovšem neznamená, že si ji slabší partner nutně musel také *prosadit*; při obchodním smlouvání jde vždy o vztah plnění a protiplnění.

Existence *skutečné* příležitosti se může v konkrétním případě dovodit, byť třeba nakonec ona příležitost byla *zmařena*, např. úmyslnou a vědomou rezignací slabšího na jednání, k němuž byl vyzván, odmítnutím kontraktace nebo i nedosažením dohody za existujících podmínek. V žádném případě nelze brát ani podpůrně za indikátor existence „skutečné příležitosti“ pouhé prohlášení smluvní strany s tímto obsahem ve smlouvě. To je stejně irelevantní jako prohlášení o tom, že smlouva nebyla uzavřena v tísní a za nápadně nevýhodných podmínek. I tato prohlášení se budou muset

¹⁷⁰ Srov. § 2 OZ.

¹⁷¹ A přiznejme si, že nepotřebně...

poměřovat se skutečností – i ona totiž mohou být projevem a potvrzením adhezní kontraktace, resp. nápadně nevýhodných podmínek zahrnujících i donucení k oné nepravdivé deklaraci.

2.6.4 Formulářová kontraktace

Domněnka, že adhezitu kontraktace indikuje použití formulářů nebo jiných podobných prostředků¹⁷² při jednání se slabší stranou, je vyvratitelná. Není tedy pro adhezitu smlouvy v pojetí OZ nutná kombinace dvou prvků, tedy standardní formy a nevýjednatelnosti (*nonnegotiability*),¹⁷³ nýbrž stačí posléze uvedený prvek – že se o podstatě smlouvy vůbec nepřipouští seriózní jednání. Dojednaná smlouva je tedy protiklad smlouvy adhezní. To platí i pro obchodní podmínky.

Zákon pojem „formuláře nebo jiných podobných prostředků“ nedefinuje a ponechává jeho výklad běžnému jazykovému citění. Jde o jakýkoliv prostředek omezující možnosti druhé (a to bezpodmínečně slabší) strany projevít skutečnou vůli a ovlivnit tzv. „základní podmínky“ smlouvy. Zpravidla půjde o papírový nebo „proklikávací“ elektronický formulář obligatorně typizující (a tedy omezující) možnosti volby toho, kdo jej vyplňuje, resp. činí podobné úkony. Právě tato podobnost v dopadu na smluvní sebeurčení adresáta formuláře je rozhodujícím znakem, nikoliv snad název nebo papírová forma onoho usměrňujícího nástroje (formuláře). Může jít třeba o nezměnitelné nabídky formou SMS, ale asi i o „instantní“ telefonickou nabídku, či „proklikávací“ způsob kontraktace na internetu bez možnosti doplnit něco jiného než identifikační údaje klienta apod.

Z hlediska praktického je důležité, aby si podnikatelé byli vědomi, že se při použití *smluvních formulářů* a podobných prostředků při sjednávání smlouvy (vůči pravděpodobně slabší straně) možná změní jejich *postavení a důkazní pozice* a že jim v důsledku toho vzniknou zvláštní dodatečné povinnosti při kontraktaci. To platí především u jednostranných obchodů (spotřebitelských smluv).

¹⁷² Srov. § 1798 odst. 2 OZ.

¹⁷³ SCHWARTZ, Andrew A. Consumer Contract Exchanges and the Problem of Adhesion. *Yale Journal on Regulation* [online]. 2011, vol. 28, no. 2, s. 346 [cit. 16. 9. 2016]. Tamtéž na s. 347 se přirovnává adhezní kontraktace k situaci mouchy a mucholapky, v níž adherent sotva dobrovolně souhlasí s podmínkami mucholapky. Proto se na takové situace, které nejsou smlouvami v pravém (tradičním) slova smyslu kvůli absenci skutečného souhlasu, ani nedá použít klasická kontraktační teorie.

Samotné použití formulářů nebo podobných prostředků v obchodní praxi podnikatelů ve vztahu s jinými podnikateli nemusí být nutně automatickým odkazem na pravidla o adhezni kontraktaci. I formuláře či podobné prostředky mohou být totiž svazující v různé míře, resp. mohou obsahovat i tolik variant a „typizovaných“ stupňů volnosti, že poskytují slabší straně *množství voleb* a nelze hovořit o *určování* základních podmínek silnější stranou. Nelze vyloučit ani možnost, že „formulář“ zachycuje všechny reálně myslitelné volby, třeba i včetně individualizované sběrné kategorie „jiné řešení“.

„Formulářová domněnka“ bude tedy podléhat testu faktického *určení* základních podmínek, který by měl odpovědět na otázku, zda druhá strana má či nemá *reálnou možnost* volby nebo aspoň (užšího) výběru základních podmínek. Pokud odpověď na tuto otázku bude záporná, půjde o formulář (*largo sensu*) a domněnka stanovená ve prospěch slabší strany se uplatní. Silnější strana, která formulářový styk vyžaduje, bude mít možnost tuto domněnku vyvrátit důkazem opaku – tedy že ani přes použití formuláře (*largo sensu*) nebyla slabší strana zbavena možnosti ovlivnit obsah základních podmínek smlouvy.¹⁷⁴

Použití formulářů nebo jiných podobných prostředků znamená ve většině případů *formální způsob kontraktace*. Písemná forma kontraktace však není nutnou podmínkou aplikace ustanovení o adhezni smlouvách. Může hypoteticky existovat i adhezni smlouva uzavřená ústně. Protože se však ochrana slabšího při adhezni kontraktací projevuje stanovením zvláštních nároků na včleňovací doložku nebo na čitelnost, srozumitelnost a zvláštní nevýhodnost, není právní úprava *prakticky* použitelná při jiných než písemných doložkách.

Vzniká otázka, zda do širokého pojetí „formuláře“ podle ustanovení § 1798 odst. 2 OZ se dá zahrnout i použití obchodních podmínek, tedy zda použití obchodních podmínek zakládá domněnku adhezni kontraktace. V pragmatickém a tradičním „formálním“ pojetí obchodních podmínek jakožto vedlejšího smluvního ujednání a v rámci české platné úpravy není důvod odpovědět na tuto otázku kladně. V širokém „materiálním“ pojetí obchodních podmínek, jakožto jakéhokoliv individuálně nevyjednaného obsahu

¹⁷⁴ Srov. § 1798 odst. 1 OZ.

smlouvy použitého či jen pouze zamýšleného pro vícenásobné použití,¹⁷⁵ by to ovšem možné bylo. Toto pojetí nesdílíme a nenásvědčuje mu ani platná úprava v OZ a dosavadní tuzemská judikatura.

Zobecnění snah o omezení obsahu obchodních podmínek v tradičním „formálním“ smyslu na technická a méně významná ujednání¹⁷⁶ není podle našeho názoru oprávněné a porušovalo by zásadu smluvní volnosti a autonomie vůle. Je pravda, že by se při obsahově bohatých obchodních podmínkách mohl setřít rozdíl mezi obchodními podmínkami a rámcovými smlouvami, ale ani (jakkoliv snad teoreticky libé) zachování tohoto rozdílu by nemělo mít přednost před autonomií vůle a smluvním sebeurčením stran.

2.6.5 Adhezní kontraktace a inkorporace

Samotné použití obchodních podmínek ani v případě kontraktace se slabší stranou nemusí založit vyvratitelnou právní domněnku tzv. adhezní kontraktace podle ustanovení § 1798 odst. 2 OZ.¹⁷⁷ Takový závěr neplyne ani z textu, ani ze smyslu ustanovení. Mimo jiné by to v případě použití obchodních podmínek oběma stranami znamenalo domněnku adhezivy kontraktace z obou stran, což nedává rozumný smysl.

Úprava smluv uzavíraných adhezním způsobem podle ustanovení § 1798 a násl. OZ má širší dopad nežli jen na obchodní podmínky. Týká se totiž na rozdíl od OP i uzavírání jednotlivé smlouvy, jejíž základní (tedy ne veškeré) podmínky byly určeny jednou ze smluvních stran nebo podle jejích pokynů – bez skutečné příležitosti druhé strany ovlivnit obsah tzv. základních podmínek. Druhá strana přitom musí mít postavení strany slabší. To pro obchodní podmínky obecně neplatí. Využití OP nemusí mít nic společného se zneužitím vyjednávací pozice; obchodní podmínky mohou používat a používají i menší podnikatelé vůči velkým z důvodů racionalizačních (např. pro potřeby standardizace informačního zpracování masové agendy).

¹⁷⁵ Podle § 305 a násl. německého BGB. Německé právo totiž upravuje v rámci všeobecných obchodních podmínek adhezní kontraktaci. Za obchodní podmínky v materiálním smyslu pokládá jakýkoliv individuálně nesjednaný obsah, nikoliv vedlejší smluvní ujednání. Naše právo adhezní kontraktaci pojímá širěji a nespojuje ji pouze s použitím obchodních podmínek ve formálním smyslu.

¹⁷⁶ Názor lze vyčíst z nálezu ÚS ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11, ovšem jen ve vztahu ke spotřebitelským smlouvám.

¹⁷⁷ Opačně HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 151.

Adhezní kontraktace však zahrnuje i kontraktaci s využitím obchodních podmínek, pokud se základní podmínky smlouvy určují prostřednictvím obchodních podmínek a mezi stranami panuje v okamžiku kontraktace mocenská nerovnováha (OP se určují jako individualizovaně neprojednatelné vůči slabší straně).

Přitom může nastat několik situací:¹⁷⁸

- a) Při „určení“ podmínek je zřejmé, že se odchylka nepřipouští, a že má protistrana jen a pouze možnost podmínky akceptovat, nebo smlouvu neuzavřít. „Sjednat“ základní podmínky není totéž co „navrhnout“ je ani totéž co „projednat“.¹⁷⁹ Deklarovaná nemožnost nemusí být rozhodující, pokud se obsah základních podmínek dodatečně individualizuje. Nejistota ovšem panuje o tom, co se rozumí pod oněmi „základními“ podmínkami. Jde o neurčitý zákonný pojem, který asi nebude možno platně vymezit se zákonnými důsledky pouze smluvně.
- b) Základní podmínky může též smluvní strana nabídnout jako východisko pro jednání. Druhá strana přitom ba) může, nebo bb) nemusí projevit přání změnit podmínky.

V prvním případě (sub ba) záleží na tom, zda návrhové míní opravdově a vážně svoji připravenost umožnit akceptantovi změnit podmínky, nebo zda jde jen o předstíranou ochotu. Může dojít baa) ke změně podmínek, nebo bab) se podmínky nezmění ani navzdory konkrétnímu podnětu. Mohou se použít i tzv. „balíčková řešení“.¹⁸⁰

Přitom stále ještě může jít o individuální vyjednání podmínek smlouvy, pokud ovšem návrhové obchodních podmínek požadovanou změnu kategoricky neodmítne. Stane-li se to, je zřejmé, že není připraven podmínky změnit a že se tedy jeho partner nerozhoduje svobodně, ale akceptuje vnučené podmínky. Nezáleží přitom vůbec na tom, zda jde o zákazníka-spotřebitele nebo zákazníka-podnikatele.

¹⁷⁸ Podobně KAUFHOLD, Sylvia. „Echte“ und „unechte“ AGB in der Klauselkontrolle. *Betriebs-Berater*. 2012, Jg. 67, H. 20, s. 1237–1238 a násl.

¹⁷⁹ Úvahy a rozdíl doplněné příslušnou německou judikaturou srov. in: KOCH, Raphael. Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung? *Betriebs-Berater*. 2010, Jg. 65, H. 31, s. 1811.

¹⁸⁰ Např. výhodnější cena při akceptaci původních podmínek.

Ve druhém případě (sub bb) jde o vlastní rozhodnutí obchodníka, jehož následky ponese on sám.¹⁸¹ Není důvod jej v takové situaci chránit před ním samotným. Připravenost navrhovatele jednat o změně ve spojení s tím, že druhá strana tuto možnost nevyužije, se i v německé doktríně chápe jako situace individuální dohody.¹⁸²

Standard obecné ochrany proti adhezním smlouvám podle ustanovení § 1799, 1800 OZ je vysoký a umožňuje zneplatnění závadných doložek při informačním deficitu či je-li doložka nesrozumitelná či nečitelná nebo překvapivá. Takto velkorysá ochrana by ovšem byla neadekvátní v oboustranně podnikatelských vztazích.¹⁸³ Proto se zásadně umožňuje vyloučit ve vztazích mezi podnikateli preventivně ochranný účel ustanovení § 1799 i 1800 OZ.

Obsahová kontrola smlouvy má však i tady zabudovány limity poctivosti. Ty se vyjadřují tak, že doložka uvedená *mimo hlavní text* smlouvy¹⁸⁴ nesmí ani při vyloučení platnosti § 1799 nebo 1800 OZ hrubě odporovat obchodním zvyklostem a¹⁸⁵ zásadě poctivého obchodního styku.

¹⁸¹ Ponecháváme mimo podrobnější úvahy situaci, kdy strana sice vnitřní přání ke změně podmínek má, ale neodváží se je prezentovat z obavy, že by uzavření smlouvy nedosáhla. V podnikatelských smlouvách je to irelevantní a nevyužití reálné možnosti změnit smlouvu znamená souhlas s podmínkami nabídnutými partnerem. V excesivních případech se samozřejmě i tak mohou uplatnit obecné korektivy obsahové správnosti smluv. V některých situacích se zákon staví zájmově na jednu stranu vztahu a ve prospěch právní jistoty (a také v neprospěch spravedlnosti a efektivnosti) a určité podmínky pro takové situace zakazuje jako neplatné. Srov. kritický rozbor tohoto řešení obsaženého v zákoně o významné tržní síle č. 395/2009 Sb., ve znění zákona č. 50/2016 Sb., in: BEJČEK, Josef. Regulace obchodu mezi (ne)efektivností a (ne)spravedlností. *Právní rozhledy*. 2016, roč. 24, č. 17, s. 573 a násl.

¹⁸² KOCH, Raphael. Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung? *Betriebs-Berater*. 2010, Jg. 65, H. 31, s. 1813; GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich. Kollision von Einkaufs- u. Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß. *Der Betrieb* [online]. 1976, Jg. 29, H. 28, s. 1317 [cit. 3. 7. 2016].

¹⁸³ Ochrana před překvapivými klauzulemi podle § 1753 OZ se takto statusově nediferencuje. Zabýváme se jí na jiném místě této publikace (viz kapitolu 4.1).

¹⁸⁴ Což je mj. dokladem tzv. formálního pojetí obchodních podmínek v platné úpravě. Doložka uvedená ve „vlastním textu“ smlouvy může samozřejmě mít adhezní povahu, ale nemůže jít o obchodní podmínky ve smyslu § 1751 OZ, a nemá smysl uvažovat o inkorporaci, protože doložka součástí smlouvy je již sama o sobě.

¹⁸⁵ O kumulativním významu spojky „a“ lze mít pochybnosti. I kdyby v konkrétním případě byl formálně naplněn jen jeden znak, dala by se neplatnost doložky dovodit z obecného ustanovení § 580 odst. 1 OZ. Podle něho je *neplatné právní jednání, které se přiči dobrým mravům, jakož i právní jednání, které odporuje zákonu, pokud to smysl a účel zákona vyžaduje*. Navíc jsou pojmy obchodních zvyklostí a zejména zásady poctivého obchodního styku mimořádně pružné a zčásti zaměnitelné, takže v praxi nemusí být gramatický výklad poslední věty § 1801 OZ tak důležitý.

Pojem obchodních zvyklostí vymezil Nejvyšší soud ČR:¹⁸⁶ *Obchodní zvyklostí je ustálená obchodní praxe (pravidla v ní zachovávaná), která je dodržována účastníky obchodních vztahů. Některá pravidla jsou uplatňována všeobecně v obchodě, jiná jen v některém obchodním odvětví. Další zvyklosti se mohou vztahovat jen k některému obchodnímu odvětví. Další obchodní zvyklosti se mohou vztahovat jen k určitému druhu obchodů či k určitému druhu zboží (dílů), nebo mohou být omezeny jen na určitou územní oblast. I když obchodní zvyklosti regulují chování subjektů práva, neuplatňují svoji regulativní schopnost samy, ale na základě příslušných ustanovení právních předpisů. Nejsou samy o sobě právní normou ani pramenem práva a právního významu nabývají jen na základě a v rámci právní normy...Ne každé chování účastníků obchodních vztahů je obchodní zvyklostí, zejména v případech opakovaného porušování práv a povinností. Porušení povinnosti splnit včas a řádně závazek, i kdyby šlo o jev déletrvající a rozšířený v celém odvětví, nelze považovat za obchodní zvyklost.*

Na rozdíl od dlouhodobosti uplatňování obchodní zvyklosti je základem zásad poctivého obchodního styku morální základ; rozdíl oproti zásadě dobrých mravů je mnohdy těžké určit. Obecně připouštějí zásady poctivého obchodního styku tvrdší měřítka souladná s konkurenčním bojem podnikatelů nežli obecné dobré mravy. Nemají prvotně ochranný účel.

Specifická pravidla pro adhezni smlouvy nejsou jako nástroj ochrany obsahové korektnosti smluv dostačující a nevylučují jiné nesespecifické prostředky. Stejně tak vyloučení těchto pravidel v oboustranně podnikatelských vztazích podle ustanovení § 1801 OZ tyto ochranné mechanismy nevylučuje. Adhezita je v podstatě jen poněkud přesněji strukturovaný druh vad kontraktačního procesu a představuje *species* obecnější (i mimokontraktační) ochrany slabší strany podle § 433 OZ. Tato obecná ochrana slabší strany je zase jen *species* ochrany poctivosti a dobrých mravů podle § 6 OZ a též zákazu zneužití práva podle § 8 OZ.

¹⁸⁶ V rozsudku ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. 32 Cdo 4932/2009.

2.7 Kolize obchodních podmínek

2.7.1 Úvodem o kolizi obchodních podmínek

Ve vztazích mezi podnikateli není na rozdíl od vztahů nepodnikatelských výjimkou, že se kontraktace racionalizuje standardizovanými postupy. Strany si vyměňují typizované smluvní projevy a obě v nich (někdy nepromyšleně a z nepozornosti k typově používaným vyjádřením) odkážou na podpůrnou platnost svých vlastních obchodních podmínek. Ty však mohou tutéž otázku řešit jiným způsobem.¹⁸⁷ Obojí podmínky přitom strany včlenily do obsahu smlouvy. Problém je, co a v jakém rozsahu z těch či oněch rozporných nebo ne zcela kompatibilních obchodních podmínek platí. V literatuře se problém řeší pod metaforickým vyjádřením „bitvy formulářů“¹⁸⁸ (*battle of the forms*).¹⁸⁹

Ve spotřebitelských smlouvách (B2C) z povahy věci konflikt obchodních podmínek prakticky nenastane. Spotřebitelé totiž obchodní podmínky nevypracovávají z různých důvodů – nikoliv z pohodlnosti, ale hlavně proto, že to buď nepotřebují (dostatečně je chrání právní úprava), nebo se jim to nevyplatí kvůli jednorázovosti jejich vztahu k podnikateli. A i kdyby je ev. chtěli a uměli vytvořit, podnikatel by stejně prosazoval podmínky svoje, na něž je „zaveden“.¹⁹⁰

V jiných jednostranných obchodech (B2G) by konflikt obchodních podmínek hypoteticky nastat mohl, pokud např. veřejnoprávní korporace ve svém smluvním projevu odkazuje jako objednatel na obchodní podmínky vypracované zájmovou organizací (např. typu FIDIC) a zhotovitel díla zase na své vlastní odlišné obchodní podmínky.

¹⁸⁷ Pouhé jiné vyjádření téhož obsahu samozřejmě nevádí, jde o rozdílný obsah.

¹⁸⁸ Do češtiny se někdy tento pojem nesprávně překládá pod matoucím označením „bitva forem“.

¹⁸⁹ Srov. např. RÜHL, Giesela. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2003, vol. 24, no. 1, s. 189–224; BEN-SHAHAR, Omri. *An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms* [online]. 2004 [cit. 21. 7. 2016]. Law & Economics Working Papers 2003–2009. University of Michigan Law School, s. 1–28; COLLINS, Peter. *Battle of the Forms* [online]. Spring 2011 Published Works. Field Law.

¹⁹⁰ Hypoteticky však nelze pokus o vytvoření obchodních podmínek organizovanou skupinou spotřebitelů v určitých segmentech trhu vyloučit, ale spotřebitel by musel ve smlouvě na takové podmínky odkazovat.

Z povahy věci¹⁹¹ je konflikt obchodních podmínek záležitostí tzv. dvoustranných či vícestranných obchodů (B2B). Podnikateli jako profesionálové by tedy takový konflikt uniknout neměl a smlouvu by s nejistotou o jejím skutečném obsahu uzavřít neměl.

K řešení konfliktu (a to ideálnímu) může samozřejmě dojít už v průběhu samotné negociace, kdy některá ze stran rezignuje na své obchodní podmínky, ať již zcela či jen ve sporné části. Nebo bude výsledkem kompromisu v podobě opuštění podmínek obou partnerů, který uvolní cestu dispozitivním pravidlům. Variantou je i vytvoření konsensuálního mixu individuálně vyjednaných pravidel.

Ne vždy je ovšem reakce stran takto transparentní a jednoznačná. Nelze vyloučit, že dojde k výměně smluvních projevů, u nichž každá ze stran odkáže na své podmínky – a následně přesto dojde k plnění. Strany přitom explicitně neurčí, či obchodní podmínky mají přednost. Kontrakt samotný je jim tedy přednější než vyjasnění kolize obchodních podmínek.

Konflikt má dva rozměry: 1) Spor lze předně vést o to, zda vůbec došlo k uzavření smlouvy. Pokud ano, klade se otázka, 2) co je vlastně jejím obsahem?

2.7.2 Konflikt obchodních podmínek – fatální absence konsensu stran nebo jen dílčí neplatnost smlouvy?

Dřívější obecná úprava v občanském zákoníku 1964, podle níž se kvůli neexistenci úpravy zvláštní musel posuzovat i konflikt obchodních podmínek uzavřených mezi podnikateli, byla založena na principu úplného konsensu¹⁹² a odpovídala spíše tradiční anglosaské doktríně (přístupu „no contract“).

V českém právu přitom mohly být výsledkem dva závěry. První z nich vycházel toliko z dílčí neplatnosti kolidujících ustanovení podmínek. Pokud tedy obě strany odkázaly na svoje vlastní podmínky jako na součást smlouvy a tyto podmínky se neshodovaly, bylo možno to vyložit jako neurčitost (rozpornost) projevu vůle o obsahu smlouvy; pokud by nebylo bývalo možné

¹⁹¹ Shodně ŠPAČKOVÁ, Michala. Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2015, roč. 7, č. 4, s. 108.

¹⁹² Srov. § 37 odst. 1 a § 44 odst. 2 ObčZ 1964.

zjistit u soudu skutečnou vůli stran z vlastní smlouvy a konstatovat, že jde o vadu zhojitelnou výkladem,¹⁹³ byla by navzájem kolidující ustanovení obchodních podmínek neplatná a použila by se podpůrně zákonná úprava.¹⁹⁴

Druhým z možných řešení kolize byl závěr, že smlouva nebyla uzavřena vůbec. Kolize obchodních podmínek, na které odkazovala každá ze stran, by v tomto případě byla pouze příkladem situace, kdy nebylo dosaženo úplného konsensu stran a smlouva tedy nevznikla – stejně, jako je tomu u individuálně ujednávaných ustanovení. Jinak řečeno, konfliktem v obchodních podmínkách strany propásly příležitost uzavřít kontrakt¹⁹⁵.

Takové důsledky – byť možná dogmaticky bezchybné – však nebyly dlouhodobě akceptovatelné pro praxi, což platí i pro praxi zahraniční. Kolizi obchodních podmínek strany často nechávaly neřešenou, často i z racionálních důvodů, a poskytovaly (přijímaly) plnění protistrany. Očekávaly přitom, že na obchodní podmínky vlastně vůbec nedojde, když základní otázky stejně řeší smlouva, a pokud celá transakce proběhne bez potíží, nebude pro aplikaci nepřímých smluvních ujednání důvod. Anebo spoléhaly na to, že se vlastní obchodní podmínky (zpravidla sestavované profesionály, tedy vyzdobené řadou obranných ustanovení) přeci jen „nějak“ prosadí – či (alespoň) nedojdou uplatnění obchodní podmínky protistrany.

¹⁹³ Podle § 266 odst. 4 ObchZ.

¹⁹⁴ Tento rigidní způsob se někdy označuje jako „*mirror image rule*“.

¹⁹⁵ Srov. dále KOČER, Jan. *Obchodní podmínky*. Právnická fakulta Univerzity Karlovy [online]. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, © 2013–2015 [cit. 7. 7. 2016]. Univerzita Karlova, Právnická fakulta; který odkazuje mj. na rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, rozsudek ze dne 29. 6. 1998 ve věci vedené pod sp. zn. 5 Cmo 55/97, z něhož mj. plyne následující: „*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.*“. Podle Kočera pak není důvod, proč plně neaplikovat zmíněný § 44 odst. 2 ObčZ a konstatovat, že kolidující obchodní podmínky nejsou toliko neurčitým projevem vůle, který je možné překlénout výkladem, nýbrž jsou překážkou, za níž k uzavření smlouvy vůbec nedojde. S detailnějším řešením se setkáme např. v dánském či norském právu, které zohledňuje kvalitu konfliktu a u zásadních kolizí dává podpůrně přednost dispozitivnímu řešení, zatímco u nepodstatných kolizí má rozhodovat *last shot rule* (blíže k tomu SCHNEIDER, Christof Alexander. *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012, s. 37, pozn. pod čarou č. 106).

Tento postup není zcela nepochopitelný. Svou roli hrají nezanedbatelné náklady věnované studiu obchodních podmínek druhé strany, které nemusí být v rozumném poměru k ziskům z realizované (a pracně „individualizované“) transakce.

Doktrína a judikatura začaly brzy reflektovat rozdíly mezi přímým a nepřímým smluvním ujednáním, a tedy rozdíly v kontraktačním mechanismu, který odráží rozdíly v původu jednotlivých ustanovení. Výsledkem je několik způsobů řešení kolize podmínek. Neuzavření smlouvy je samozřejmě stále jedním z nich, díky ustanovení § 1751 odst. 2 OZ ovšem bude v českém právu méně častý.

Přesto nelze závěr o neplatnosti smlouvy v případě kolize nikdy vyloučit. Bude totiž záležet na tom, zda je odchylná smluvní podmínka umístěna v přímé odpovědi na návrh smlouvy nebo v obchodních podmínkách.

V prvním případě smlouva spíše uzavřena nebude (§ 1726 věta první a 1740 odst. 3 OZ), ve druhém případě uzavřena spíše bude, a to i v případě, že se podstatně mění podmínky nabídky stanovené v později včleněných obchodních podmínkách (§ 1751 odst. 2 OZ). Doporučuje se proto v nejasném novém právním prostředí s absentující judikaturou nekonzistentní právní úpravu vyřadit smluvně a vyloučit relevanci jakýchkoliv výslovně nesjednaných odchylek od návrhu smlouvy podle ustanovení § 1751 odst. 2 nebo 1740 odst. 3 OZ.¹⁹⁶ Cesta ke zjednání právní jistoty o existenci a obsahu smlouvy v případě kontraktace za použití obchodních podmínek spočívá buď ve výslovném vyloučení inkorporace partnerových obchodních podmínek do smlouvy bezodkladně po výměně smluvních projevů (přímý způsob),¹⁹⁷ nebo ve výhradě oferenta již v nabídce, že odmítá změny či dodatky při akceptaci oferty (nepřímý způsob).¹⁹⁸ Podobný účinek má i výčet náležitostí, dohoda o nichž se považuje¹⁹⁹ za předpoklad uzavření smlouvy. Riziko a nejistotu sníží zařazení takových výhrad přímo do hlavní smlouvy (a ne do obchodních podmínek), a to nejlépe nápadným

¹⁹⁶ Srov. ŠPAČKOVÁ, Michala. Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po re-kodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2015, roč. 7, č. 4, s. 111.

¹⁹⁷ § 1751 věta druhá OZ.

¹⁹⁸ § 1740 odst. 3 OZ.

¹⁹⁹ Ve smyslu ustanovení § 1726 věty druhé OZ.

a nesporným způsobem, který vyloučí jejich kvalifikaci jakožto překvapivých či nečekaných klauzulí.²⁰⁰

2.7.3 Možné řešení konfliktu obchodních podmínek²⁰¹

Drtivá většina právních řádů favorizuje u kolize obchodních podmínek stran řešení ve prospěch platné smlouvy. Tím ovšem jednota v přístupech končí. Otázkou totiž zůstává, co potom tedy je vlastním obsahem smlouvy. Způsobů, jak to určit, je nejméně pět a liší se mj. také tím, zda ultimativně upřednostní obchodní podmínky jedné ze stran jako celku, odmítne obě konkurenční sady či připustí jejich aplikaci v okleštěné či dokonce kombinované podobě.

2.7.3.1 Pravidlo prvního výstřelu

První z ultimativních řešení kolize divergentních obchodních podmínek nabízí doktrína „prvního výstřelu“ (*first shot rule, Theorie des ersten Wortes*). V právních rádech členských států EU je spíše výjimečná²⁰² a v judikatuře se více neprosadila. Při hledání odpovědi na otázku, které ze soutěživých obchodních podmínek mají – za podmínky, že smlouva je jinak perfektní – ovládnout smluvní vztah, vychází tato koncepce z preference prvního odkazu v rámci kontraktačního procesu. Zjednodušeně řečeno: rozhoduje komunikace strany, která poprvé odkázala na své obchodní podmínky (obvykle tedy oferenta).

Strana, která nabídku přijímá, má možnost (resp. dokonce musí) vyjasnit případné kolize podmínek a prosadit případně „svou“ – to platí ovšem, jen dokud návrh nepřijme. V opačném případě – pokud nepostupuje kvalifikovaným způsobem, např. explicitně neodmítá navržené podmínky – nese riziko, že bude vázána nepřímým smluvním ujednáním z dílny protistrany.

Druhá strana samozřejmě může v rámci jednání obchodní podmínky odmítnout, „první moment“ je ovšem zvýhodněn – např. tím, že k odmítnutí již

²⁰⁰ Srov. § 556, 558, event. 1753 OZ.

²⁰¹ Následující část vychází zejména z textu KOTÁSEK, Josef. Konflikty obchodních podmínek a jejich řešení. *Obchodní právo*. 2015, roč. 24, č. 10, s. 346–351.

²⁰² HESSELINK, Martijn W., VRIES DE, Gerard J. P. *Principles of European Contract Law*. Deventer: Kluwer, 2001, s. 122.

musí dojít kvalifikovaně (výslovně)²⁰³. Výhody tohoto přístupu oproti *last shot rule* jsou nasnadě: ve sporu je často jednodušší určit, která ze stran poprvé odkázala na své obchodní podmínky (obvykle oferent při první nabídce), než stanovit, která ze stran na nich naposledy trvala²⁰⁴.

Zastánci *first shot rule* obvykle uvádí, že druhá strana má poté, co smluvní partner odkázal na své podmínky, mít možnost odstranit případné kolize tím, že se proti nim jednoznačně negativně vymezí²⁰⁵. Doktrína prvního výstřelu zvyšuje nároky na projevy vůle té strany, která byla konfrontována odkazem na obchodní podmínky protistranou. Tyto obchodní podmínky se pak stávají kontextem, se kterým se musí druhá strana nezbytně vypořádat, nemá-li nastoupit pro ni nepříznivý automatismus preference prvního odkazu. Motivy takového zvýhodnění se zdají být přitom čistě temporální povahy, což pro řadu kritiků není dostatečným důvodem pro zásah do autonomie vůle partnera²⁰⁶.

V zemích, kde byla doktrína prvního výstřelu přijata, je kodifikována přímo v zákoně; shora uvedené paušalizace lze patrně s větší dosáhnout v rámci sjednocování soudní judikatury v systémech precedenčního práva²⁰⁷.

Za příklad kodifikované – a částečně modifikované – doktríny prvního výstřelu může posloužit právní úprava nizozemská. Ustanovení čl. 6:225 odst. 3 Burgerlijk Wetboek²⁰⁸ stanoví, že pokud nabídka a přijetí odkazují na odlišné obchodní podmínky, „*druhý odkaz je bez účinku, pokud výslovně neodmítá použití obecných podmínek uvedených v prvním odkaze*“²⁰⁹. Výslovné odmítnutí obchodních podmínek

²⁰³ *Cum grano salis* je nakonec pro tuto stranu výhodnější formální „ukončení“ negociace a zahájení „zcela nového“ vyjednávání, kde tentokrát jako první navrhne použití vlastních obchodních podmínek (s nadějí, že v případném sporu nebude druhé stadium kvalifikováno jako pokračování původní negociace).

²⁰⁴ ROSE, Francis D. (ed.). *Lex mercatoria: Essay on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*. London: LLP, 2000, s. 202.

²⁰⁵ SCHNEIDER, Christof Alexander. *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012, s. 21.

²⁰⁶ Srov. K tomu EGELER, Simone. *Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht*. St. Galler Studien zum internationalen Recht 16. St. Gallen: Dike-Verlag, 1994, s. 193 a násl.

²⁰⁷ V SRN či Rakousku se sporadicky setkáme s rozhodnutími, která přitakávají doktríně *first shot*, jde však o rozhodnutí překonaná (blíže k tomu CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 63).

²⁰⁸ Úprava nabyla účinnosti 1. 1. 1992.

²⁰⁹ Překlad vychází z TROJANOVÁ, Kamila. *Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě* [online]. Praha, 2011 [cit. 2. 7. 2016]. SVOC. Univerzita Karlova, Právnická fakulta. Vedoucí práce Monika Pauknerová, s. 24.

má pak za následek neuzavření smlouvy. Pokud strany následně poskytují plnění dle smlouvy, vychází se z toho, že smlouva je perfektní i přes irelevanci obchodních podmínek. Na jejich místo pak nastupují dispozitivní ustanovení²¹⁰.

2.7.3.2 Pravidlo posledního výstřelu

Doktrína posledního výstřelu (*last shot rule*, *Theorie des letzten Wortes*) obecně generuje obdobný výsledek, jako je tomu u *first shot rule*: jedny ze soupeřících obchodních podmínek se prosadí vítězně *en bloc*, aby se z druhých stala v podstatě makulatura²¹¹. *Tertium non datur*. Doktrína posledního výstřelu stále dominuje v zemích angloamerického okruhu, kde ovšem (až na výjimku, ostatně spornou, kterou je úprava *battle of forms* u kupní smlouvy na movité věci v americkém UCC²¹²) není zákonem kodifikována.

Způsob, jakým se vybrané obchodní podmínky prosadí, připomíná ping-pongový zápas²¹³. Každé přijetí nabídky odkazující na vlastní obchodní podmínky je považováno za odmítnutí (*rejection*) a vlastní nový návrh (*counter-offer*); k uzavření smlouvy tedy prozatím nedojde²¹⁴. Přijetí se stává novou nabídkou vyžadující akceptaci protistrany. Pokud tato strana odkáže na své vlastní (kolidující) obchodní podmínky, celý proces pokračuje (*battle of forms*²¹⁵), dokud nedojde k plnění jedné ze stran, které je klasifikováno jako přijetí návrhu (*acceptance by conduct*) včetně posledních obchodních podmínek.

Doktrína posledního výstřelu vychází z toho, že zájem stran na dosažení kontraktu v určitém okamžiku převážil nad zájmem prosadit své vlastní obchodní podmínky. Teorie posledního výstřelu tím v sobě integruje dvě jinak samostatné otázky: kdy je smlouva uzavřena a co je jejím obsahem. Smlouva buď

²¹⁰ SCHNEIDER, Christof Alexander. *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012, s. 87.

²¹¹ Která ovšem může mít určitý residuální význam. Opuštěné či neprosazené podmínky mohou být např. jako negativní zrcadlo pomůckou pro interpretaci „vítězných“ obchodních podmínek.

²¹² Srov. § 2-2007 Uniform Commercial Code.

²¹³ GRAF V. WESTPHALEN, Friedrich. Kollision von Einkaufs- u. Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß. *Der Betrieb* [online]. 1976, č. 28, s. 1317 [cit. 3. 7. 2016].

²¹⁴ Výjimku představují pouze vyjádřené návrhy či přání bez právní relevance, dodatky výhradně směřující ve prospěch druhé strany, popř. ornamentální „*meaningless terms*“.

²¹⁵ Do češtiny se někdy tento pojem nesprávně překládá pod matoucím označením „bitva forem“.

vůbec nevznikne, nebo je uzavřena, a to s obchodními podmínkami asertivněji postupující smluvní strany. Jinak řečeno, řešení otázky, zda byla smlouva uzavřena, je současně obsahovým řešením konfliktu obchodních podmínek.

Situace, kdy se konkludentní přijetí považuje za souhlasný projev vůle s celým obsahem modifikované akceptace, nese s sebou ovšem určitá rizika. Jak případně uvádí K. Šejdová „*dává vzniknout situacím, kdy strany, ve snaze plně ovládnout smluvní vztah a bez zbytku jednostranně určit jeho podmínky, pokračují ve výměně kontraofert tak dlouho, dokud jedna z nich nezačne plnit dle smlouvy. Last shot rule tedy udržuje strany v pochybnostech o vzniku smlouvy a jejím obsahu až do okamžiku plnění*“²¹⁶.

Pokud obě strany postupují dostatečně konsekventně a trvají na svých obchodních podmínkách, nedojde k uzavření smlouvy, neboť nebude dosaženo konsensu: *it is possible by careful draftsmanship to avoid losing the battle of forms but not (if the other party is equally careful) to win it*²¹⁷.

V minulosti doktrínu posledního výstřelu zastávala německá, rakouská či švýcarská²¹⁸ praxe, aby ji pak ve všech jmenovaných zemích opustila ve prospěch pravidla průniku. Obrat v judikatuře byl reakcí na dlouhodobou kritiku literatury. Ta německá např. poukazovala na nahodilost, s jakou se jedna ze stran ocitne v pozici „šťastlivce“, který naposledy odkázal na své podmínky. Paušální zvýhodnění naposledy reagující strany se navíc nezdá přesvědčivé v situacích, kdy obě strany deklarovaly svůj zájem na inkorporaci svých vlastních obchodních podmínek²¹⁹.

Obvyklou obětinou na oltáři právní jistoty např. u kupní smlouvy jsou obchodní podmínky kupujícího. Prodávající tím, že potvrzuje přijetí objednávky a odkazuje přitom na své obchodní podmínky, získává výhodu oproti druhé straně. Smlouva buď není uzavřena, nebo bude – na základě reálného

²¹⁶ ŠEJDOVÁ, Kateřina. *Uzavírání smluv – plný konsensus ano či ne?* Právnická fakulta Univerzity Karlovy [online]. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, © 2013–2015 [cit. 24. 7. 2016]. Výjezdní seminář z obchodního práva. Univerzita Karlova, Právnická fakulta.

²¹⁷ GUEST, Anthony Gordon (general ed.). *Chitty on Contracts. Volume I, General Principles*. 24. ed. London: Sweet & Maxwell, 1977, s. 194.

²¹⁸ EUGSTER, Bruno. *Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten und Akzeptanten*. *Schweizerische Juristen-Zeitung*. 1978, Jg. 74, H. 3, s. 344.

²¹⁹ Srov. literaturu uvedenou in: SCHNEIDER, Christof Alexander. *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012, s. 48.

jednání kupujícího – uzavřena s obchodními podmínkami prodávajícího. Dokud nedojde k plnění, má přitom prodávající možnost z kontraktu uniknout, což je v rozporu s jeho dřívějším chováním.

Pro kupujícího to neplatí. Ten buď přistoupí k provádění smlouvy (a tím akceptuje podmínky protistrany), nebo tak neučiní, pak se ale nemůže dovolávat platně uzavřené kupní smlouvy. Jak bylo uvedeno výše, východiskem z tohoto dilematu je důsledné trvání na svých obchodních podmínkách, což v praxi vede k zahlcení komunikace mezi stranami, které stále nemají jasno v základní otázce: je smlouva vůbec uzavřena?

Jestliže strany pokračují v přetahované o své obchodní podmínky, a přitom jednají dle smlouvy, zdá se být spíše věcí náhody, kdo nakonec podlehne tím, že opomene odkázat na své podmínky.

Rozpor obchodních podmínek partnerů, které vyjadřují nejen komplementární, ale především konkurenční zájmy, je zcela přirozený a pravidelný a měl by být řešen s proporcionálním respektem k zájmům obou stran. Formalistické pravidlo „posledního výstřelu“ v praxi bude bonifikovat prodávajícího, resp. poskytovatele, neboť zájemce většinou u něj poptává. Toto pravidlo je z hlediska stimulace kontrahentů sporné a je vzdáleno realitě již jen intuitivně – proč by vlastně fakt, že návrh je poslední, měl být důvodem k domněnce akceptace druhou stranou? Toto pravidlo může navíc vést k navrhování nenáročných a neefektivních formulací, které nevzbudí pozornost druhé strany, a tudíž ani její zájem tyto podmínky „přebíjet“ vlastním návrhem.

Pravidlo „posledního slova“ formalisticky a arbitrárně preferuje stranu, která poslala poslední návrh, a to právě jen kvůli této skutečnosti, a nikoliv pro věcnou výhodnost návrhu. Neodráží a nevyjadřuje smluvní konsensus a vyvolává transakční náklady. Uplatní se, jen když návrhy stran nejsou v rozporu, takže může zabránit vzniku smlouvy i proti opačné skutečné vůli stran, které by chtěly být smluvně vázány.²²⁰

²²⁰ RÜHL, Giesela. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2003, vol. 24, no. 1, s. 211. Zde se uvádí příklad, že strany se dohodly na nejdůležitějších podmínkách dodávky, ceně, množství a kvalitě zboží, a to výměnou obchodních podmínek. Smlouva má vzniknout okamžikem dodání zboží – jakmile je kupující přijme. Přestože se nedohodly na všem, chtějí být vázány již ode dne dohody. Nicméně nebudou moci vynucovat vzájemně sjednanou dohodu dříve než okamžikem dodání zboží.

Toto pravidlo také stimuluje strany k rozsáhlejší výměně obchodních podmínek a formulářů, protože při vědomí, že „poslední slovo platí“, se chtějí vzájemně „přebít“; to stojí ovšem čas a prostředky. Obchodníci se podle průzkumů²²¹ v takových případech snaží o „poslední výstřel“ připojováním standardních podmínek k jakékoliv písemnosti zasílané zákazníkům. Drahé pokusy o maximalizaci vlastního užitku nemaximalizují nezbytně společný užitek obou stran. Transakční náklady se mohou ušetřit při aplikaci této metody snad jen tím, že se díky striktnímu pravidlu nemusí pracně a zdlouhavě za pomoci flexibilních pravidel hledat odpověď na otázku, zda smlouva vůbec vznikla, a v jakém znění.

2.7.3.3 Pravidlo posledního výstřelu ve Velké Británii

Za „mateřskou“ zemi *last shot rule* můžeme stále považovat Velkou Británii, která byla inspirací pro ostatní země angloamerického okruhu.

Na případu *British Road Services Ltd. v Arthur V. Crutchley and Co.*²²² lze *last shot doctrine* demonstrovat ve své čisté podobě. Souboj obchodních podmínek u kupní smlouvy na dodávku whisky soud vyřešil ve prospěch obchodních podmínek kupujícího. Svůj závěr soud opřel o následující skutková zjištění: Dodavatel vyznačil na dodacích listech odkaz na „conditions of carriage“. Kupující poté na tento dodací list vyznačil razítkem „received under (jméno odběratele) conditions“ a následně prodávající zboží kupujícímu předal.

Nejčastěji je s doktrínou posledního výstřelu spojováno rozhodnutí *Butler Machine Tool Co. Ltd. v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.* vydané Court of Appeal v roce 1979²²³. Podobně jako v předchozím případě šlo o kolizi obchodních podmínek u kupní smlouvy, jejímž nepřímým předmětem bylo

²²¹ RÜHL, Giesela. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2003, vol. 24, no. 1, s. 213 s odkazem na článek H. Beale a T. Dugdale (BEALE, Hugh, DUGDALE, Tony. Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies. *British Journal of Law and Society*. 1975, vol. 2, no. 1, s. 49–50) a na práci G. Murray (MURRAY, Grant. A Corporate Counsel's Perspective of the “Battle of the Forms”. *Canadian Business Law Journal*. 1980, vol. 4, no. 13, s. 290, 293).

²²² Cit. dle SCHNEIDER, Christof Alexander. *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012, s. 60.

²²³ Butler Machine Tool Co. Ltd. v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd. In: *IUS COMMUNE CASEBOOKS FOR THE COMMON LAW OF EUROPE. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Law* [online]. Ius Commune Casebook Project, © 1994–2016 [cit. 25. 8. 2016].

strojní zařízení. Prodávající u svého návrhu odkázal na své obchodní podmínky obsahující jednoduchou obrannou klauzuli. Kupující návrh přijal s odkazem na své vlastní podmínky a současně požádal o potvrzení akceptace na vlastním přiloženém formuláři. To prodávající strana učinila, připojila však k tomuto formulářovému potvrzení dopis, ve kterém paušálně odkázala na svoji původní nabídku. Poté bylo zboží dodáno. *Court of Appeal* kolizi posoudil ve prospěch obchodních podmínek odběratele. Podle soudu byla objednávka přijata s tím, že odkaz na vlastní podmínky objednatele představoval protinávrh, který prodávající akceptovala na přiloženém formuláři. Paušální odkaz na původní nabídku v původním dopise byl irelevantní, neboť se přímo nevyjádřil k obchodním podmínkám. Pravidlo *last shot* se uplatní i v případě, že obchodní podmínky obsahovaly ustanovení, které si vymínělo přednost před jakýmkoli odlišnými podmínkami obsaženými v akceptaci. Přijetím konkurenčních podmínek, byla totiž první sada vytěsněna ve svém celku, tedy včetně tohoto ustanovení.

Citované závěry jsou sice podrobeny kritice v literatuře²²⁴, nicméně lze konstatovat, že soudní praxe ve Velké Británii i nadále aplikuje doktrínu *last shot*.

2.7.3.4 Pravidlo posledního výstřelu v CISG?

Zajímavá je situace u Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (CISG). Pravidlo, které by explicitně pamatovalo na konflikty obchodních podmínek, v ní nenajdeme. V minulosti to vedlo některé autory k závěru, že otázku je třeba řešit dle rozhodného vnitrostátního práva, neboť jde o věc „*platnosti smlouvy nebo kteréhokoli jejího ustanovení nebo jakékoliv zvyklosti*“ ve smyslu negativního vymezení v čl. 4 CISG²²⁵. Jindy byla kolize řešena jako regulatorní interní mezera CISG, tj. „*podle obecných zásad, na nichž Úmluva spočívá nebo, jestliže takové zásady chybějí, podle ustanovení právního řádu rozhodného podle ustanovení mezinárodního práva soukromého*“ (čl. 7 odst. 2 CISG)²²⁶, což vedlo k obdobnému výsledku.

²²⁴ Podporu nalézají kritici doktríny *last shot* mj. i v separátním votu soudce Denninga, který navrhuje rozlišovat otázku uzavření smlouvy a určení jejího obsahu.

²²⁵ HÜBER, Ulrich. Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1979, Jg. 43, H. 3, s. 444.

²²⁶ Takto např. rozsudek rakouského OLG v Linci ze dne 23. 3. 2005., sp. zn. 6 R 200/04f.

Většinově je ovšem za potvrzení doktríny *last shot rule* považováno²²⁷ ustanovení čl. 19 CISG. Citované ustanovení zní následovně:

„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 vznese 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“.

S pojetím, že citované ustanovení řeší kolizi obchodních podmínek pomocí pravidla posledního výstřelu, se ovšem nelze ztotožnit z důvodů, které byly např. uváděny u rakouské či německé judikatury do převzetí pravidla průniku. Pokud totiž strany i přes kolizi obchodních podmínek započaly s plněním, lze mít spíše za to, že pro ně prosazení vlastních obchodních podmínek není kruciální. Vycházet z toho, že strana, která naposledy odkázala na své obchodní podmínky, prosadí své podmínky zcela, je pouhou fikcí, která neodpovídá realitě běžného obchodního života ani představě spravedlivého uspořádání vztahů²²⁸.

Ani ustanovení čl. 19 odst. 2 CISG nevede k jinému závěru. Pokud totiž odkaz na vlastní obchodní podmínky obláta neznamená podstatnou změnu nabídky, platí – pokud oferent nereagoval negativně – smlouva za perfektní a součástí smluvního vztahu jsou pak nejen podmínky oferenta, nýbrž také podmínky navrhovatele: v rozsahu, ve kterém nebyly modifikovány kontra-ofertou²²⁹. S doktrínou posledního výstřelu tento závěr ovšem nemá nic spo-

²²⁷ Rozsudek rakouského OLG Köln ze dne 24. 5. 2006., 16 U 25/06. Kriticky k tomu GADE, Marcel. *Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014, s. 227.

²²⁸ MAGNUS, Ulrich. *Last Shot vs. Knock Out – Still Battle over Battle of Forms Under the CISG* [online]. Pace Law School Institute of International Commercial Law, © 2009 [cit. 10. 7. 2016].

²²⁹ GADE, Marcel. *Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014, s. 228.

lečného, jde toliko o zohlednění mechanismu kontraktace, a nikoliv o upřednostnění jednoho nepřímého smluvního ujednání *en bloc*.

2.7.3.5 *Best shot rule*

Třetí z možných řešení přináší doktrína *best shot rule*²³⁰. Soud by podle tohoto pravidla měl dát přednost při řešení konfliktu obchodních podmínek nikoliv hlediskům formalistickým, ale ekonomicky nejrozumnějším, ovšem v předvídatelné podobě.²³¹

Při použití tohoto pravidla v konfliktu obchodních podmínek s nadsázkou vítězí nikoliv jedna ze stran, nýbrž kvalita jejich obchodních podmínek. Pro konečný verdikt má být totiž rozhodující věcná otázka – to, které obchodní podmínky jsou „lepší“ ve smyslu vyváženého a efektivního řešení. Právě těm pak má být dána přednost s tím, že v dlouhodobém horizontu se prosadí kvalitní a vyvážená díla. V literatuře se proto hovoří o „efficiency-based best shot rule“²³².

Tato doktrína žije jen v podobě neověřených (a neověřitelných) hypotéz v odborné literatuře. V této bezpečné rezervaci bude – doufejme – pobývat i nadále.

Podle *best shot rule* by byla každá ze stran motivována k tvorbě nejvíce „efektivních“ podmínek. Obavy z technicky dokonale efektivních, přehledných a transparentních – nicméně značně nevyvážených – podmínek se snaží rozptýlit např. G. Rühl²³³ s odkazem na skutečnost, že při tvorbě podmínek je až nečekaně často brán ohled na zájmy druhé strany a že příliš nevýhodné ustanovení může být navíc předmětem materiální kontroly.

²³⁰ Autorství je připisováno V. Goldbergovi (srov. GOLDBERG, Victor P. The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule. *Oregon Law Review*. 1997, vol. 76, no. 1, s. 155).

²³¹ Tak BEN-SHAHAR, Omri. *An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms* [online]. 2004 [cit. 21. 7. 2016]. Law & Economics Working Papers 2003–2009. University of Michigan Law School, s. 3 s odkazem na práci Bairda a Weisberga: BAIRD, Douglas G., WEISBERG, Robert. Rules, Standards and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2–207. *Virginia Law Review*. 1982, vol. 68, no. 6, s. 1217, 1252–1257.

²³² RÜHL, Giesela. The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Law* [online]. 2014, vol. 24, no. 3, s. 34 [cit. 21. 7. 2016].

²³³ Tamtéž, s. 35.

Nedostatky jsou ovšem zřejmé na první pohled. Flexibilní *best shot rule* vychází z idealistické představy, že existují jednoznačná správná řešení a že je dokonce v možnostech smluvních stran i soudu toto řešení najít²³⁴. Po účastnících i soudech tím ale žádá nemožné. Soud by např. musel provést zevrubnou komparaci obou kolidujících podmínek a teprve po zhodnocení jejich „efektivnosti“ by se mohl definitivně rozhodnout pro jedno z nich. Zda je taková kalkulace vůbec v jeho silách, je další otázkou – soud bude jen stěží moci zhodnotit „efektivnost“ ustanovení čistě technické povahy a pro řadu otázek by tak bylo třeba angažovat znalce v oboru. S nepředvídatelností výsledku souvisí i další výhrada. Nelze očekávat, že by soud za „dobré“ považoval obchodní podmínky jedné strany ve svém celku. Jistě budou případy, kdy by v jiném aspektu dal přednost úpravě protistrany. Výsledek by pak nutně byl skládkou „ideálních“ ustanovení, což násobí míru nejistoty.

K pokusům prosazovat nestrukturované a arbitrární pravidlo jakéhosi „nejlepšího výstřelu založeného na efektivnosti“²³⁵ by se mělo přistupovat skepticky. Šlo by vlastně o faktický přesun rozhodnutí o obsahu smlouvy na paternalistický moudrý soud, který by měl rozhodnout, co je vlastně pro smluvní strany nejlepší, když už se tedy na tom nedokázaly samy shodnout. Jako normativní obecné řešení, které by mělo být jasné a předvídatelné, se toto kritérium nehodí.

2.7.3.6 Další pausální řešení

Množinu ultimativních řešení uzavírají rezortní či jinak speciální přístupy, které preferují (či navrhuji preferovat) buď podmínky kupujcího (tj. jen u kupních smluv) či – v inspiraci mezinárodním právem soukromým – podmínky dodavatele charakteristického plnění²³⁶. Uvedené koncepce se ovšem

²³⁴ O určitý „návod“ se pokouší např. BEN-SHAHAR, Omri. *An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms* [online]. 2004 [cit. 21. 7. 2016]. Law & Economics Working Papers 2003–2009. University of Michigan Law School, s. 1–28.

²³⁵ Srov. GADE, Marcel. *Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht*. Berlín: Duncker & Humblot, 2014, s. 228.

²³⁶ Takto např. FORSTMOSER, Peter. Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht. In: KUMMER, Max; MERZ, Hans; SCHLUEP, Walter R. (Hrsg.). *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*. Bern: Stämpi, 1980, s. 99.

neprosadily a autorům není známo, že by některá ze zemí EU takovou zvláštní úpravou v neprospěch jedné ze stran disponovala.

Někdy je systematická preference jedné ze stran dovozována z výkladových pravidel. V této souvislosti je zajímavé starší rozhodnutí belgického soudu²³⁷, který kolizi obchodních podmínek prodejce a kupujícího řešil odkazem na čl. 1602 odst. 2 belgického Code Civil. Dle citovaného ustanovení se nejasné výrazy či výrazy připouštějící různý význam interpretují v neprospěch prodávajícího. („*Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.*“) Kolizi obchodních podmínek tak soud vyřešil tak, že platí obchodní podmínky kupujícího. Tento přístup byl po právu podroben kritice v literatuře, neboť směřuje otázku interpretace ustanovení smlouvy (resp. obchodních podmínek) s otázkou, zda jsou podmínky vůbec součástí kontraktu.

I když právní řád preferuje výklad k tíži prodávajícího, je toto pravidlo pro řešení konfliktu obchodních podmínek nepoužitelné. Předbíhá totiž podstatnější otázku: je vůbec smlouva uzavřena a čím obchodní podmínky ovládnou smluvní vztah? Výklad ve prospěch kupujícího má přitom svou logiku, fakticky je jen jinak formulovanou výkladovou instrukcí *contra proferentem* (v praxi je to totiž obvykle prodávající, kdo formuluje své podmínky). Kdo je však navrhovatelem v situaci, kdy obě strany odkazují na své obchodní podmínky? Systematické zvýhodnění jedné ze stran (zde kupujícího, ale stejně tak může být argumentováno pro obchodní podmínky obláta či dodavatele charakteristického plnění) postrádá v takových případech věcný důvod. Pozice obou stran jsou přitom srovnatelné. Oba účastníci smlouvy ponechali otázku, čím obchodní podmínky se prosadí, otevřenou. Oba přitom shodně a ve stejné míře trvají na svém. Pro schematickou preferenci jedné ze stran nevidíme v takové situaci žádné věcné důvody.

2.7.3.7 Flexibilní přístupy

Dílčí popularitu si v evropské odborné literatuře (v minulosti zejména v severských zemích²³⁸) získalo řešení kolizních konstelací, které se vzpírá

²³⁷ Comm. Bruxells ze dne 29. 5. 1956 – S.p.r.l. Climabel c. Gillard, cit. dle SCHNEIDER, Christof Alexander. *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012, s. 29.

²³⁸ Srov. KAUSCHE, Wolfram G. *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im skandinavischen Recht – Eine vergleichende Darstellung*, Kiel, 1971, s. 105 a násl.

jakékoliv paušalizaci a nepředjímá žádný z možných závěrů. Ten má být až výsledkem pečlivého posouzení okolností daného případu. Výhodou tohoto přístupu je flexibilita ve výsledku, který je šit „na míru“ parametrům konkrétního případu a odráží okolnosti, které bychom do svých úvah jinak nezahrnuli. Nevýhodou je pak nepředvídatelnost soudního rozhodnutí a očekávatelné potíže se sjednocováním judikatury, která reflektuje konkrétní specifika účastníků a vzpírá se pokusům o generalizaci.

Určitá flexibilita rozhodnutí o kolizi obchodních podmínek je ovšem imanentní, neboť ani výslovné převzetí kterékoliv z koncepcí, nebrání zohlednit dobré mravy, zvyklosti či zavedenou praxi mezi stranami (§ 545 OZ).

2.7.4 Určení obsahu smlouvy v OZ: pravidlo průniku

Poslední z možných řešení konfliktu obchodních podmínek představuje pravidlo průniku: obchodní podmínky se prosadí jen v tom rozsahu, v jakém jsou konsonantní. Konflikt podmínek tedy nemá vítěze, je odstraněn ze světa tím, že v divergujícím rozsahu se neprosadí žádná z nich.

V literatuře se pro způsob, kterým se uplatní toliko shodná ustanovení, používají různá označení: doktrína kongruenční či zbytkové platnosti, *knock out rule* či doktrína částečného disensu nebo kongruenční teorie. Dále budeme obvykle používat jednoduché označení „pravidlo průniku“.

Určení obsahu smlouvy zde reflektuje zvláštní způsob tvorby obchodních podmínek, které nejsou výsledkem individuálních smluvních ujednání, ale bývají často přebírány jako celek. K doktríně průniku se přihlásili tvůrci občanského zákoníku, když v ustanovení § 1751 odst. 2 OZ stanovili následující:

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.

Obdobné řešení najdeme v čl. 1. 22 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 and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

O trochu podrobnější úpravu obsahuje čl. 2:209 PECL, který je s nepodstatnou modifikací převzat do čl. 4:209 DCFR nebo do čl. 38 odst. 3 CESL. Ustanovení čl. 2:209 PECL (Conflicting General Conditions) zní následovně:

(1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.

(2) However, no contract is formed if one party: (a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or (b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.

(3)...

Jak uvidíme níže, tvůrci občanského zákoníku sice pravidlo průniku v jeho základu převzali, zčásti se od shora uvedených zdrojů inspirace odchylojí. Výsledkem konfliktu podmínek má být dle PECL či UNIDROIT kompromisní průnik ustanovení, tj. to, co podmínky obou stran mají společné (*common in substance*). Český občanský zákoník obsah smlouvy limituje rozsahem „v jakém obchodní podmínky nejsou v rozporu“. Důvody tohoto odchýlného řešení nejsou zřejmé. Důvodová zpráva se o kolizi obchodních podmínek vůbec nezmiňuje a ani z dalších zdrojů není jasné, proč občanský zákoník jednoduše nepřebíral řešení, které zvolily všechny modelové předpisy (viz k tomu dále).

2.7.4.1 Předpoklady aplikace pravidla průniku v OZ

Z textu občanského zákoníku lze konstatovat následující předpoklady průniku obchodních podmínek. Prvním je skutečnost, že v rámci kontraktace jak oferent, tak oblát, **odkazují na obchodní podmínky**.

O původu těchto podmínek zákon nic bližšího nestanoví. Obvykle půjde o vlastní sady podmínek dotčených stran. Nelze ovšem vyloučit, že jedna ze stran odkáže např. na všeobecné obchodní podmínky, tj. podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi, či dokonce (poněkud nebo zcela „parazitně“) na podmínky z jiného zdroje. Pro uplatnění průniku je tato okolnost bezvýznamná.

To, že strany „odkazují“ na obchodní podmínky, nelze vnímat ve smyslu ustanovení § 1751 odst. 3 OZ, tj. v kontextu jednoduchého „odkazu“ u všeobecných obchodních podmínek. Strany tedy musí mít možnost se s obchodními podmínkami seznámit, typicky tím, že je účastník smlouvy přiloží k návrhu či k akceptaci nebo k nim zjedná přístup jinak.

Tento „odkaz“ na obchodní podmínky současně nesmí být (co do obsahu) vyloučením pravidla průniku ve smyslu ustanovení § 1751 odst. 2 věty druhé OZ (více k tomu dále v oddíle 2.7.4.2).

Druhým předpokladem aplikace ustanovení § 1751 odst. 2 OZ je ***konflikt obchodních podmínek, který by obvykle (pokud by zde nebylo pravidlo průniku) mařil uzavření smlouvy.*** V daném kontextu to vyžaduje dosažení smluvního konsensu, s výhradou možné ne-dohody o obchodních podmínkách, kde zasahuje podpůrné řešení občanského zákoníku. Je ovšem otázkou, zda k aplikaci podpůrných pravidel dojde vždy. Jinak řečeno: aktivuje pravidlo průniku jakýkoliv rozdíl v obchodních podmínkách? Kolize mezi obchodními podmínkami nemusí být totiž zásadní, nehledě k situacím, kdy je konflikt pouze zdánlivý.

O domnělý konflikt jde tehdy, pokud „rozdíl“ spočívá v tom, že jedny z obchodních podmínek ve sporné části jen memorují dispozitivní ustanovení zákona. Opticky se tedy podmínky liší, ovšem dispozitivní pravidla jsou (nepsanou) součástí i zdánlivě konkurenčního díla. Stejně tak o konflikt obchodních podmínek nejde tam, kde se pravidla liší jen zvolenou terminologií, věcně jsou ale v souladu. Rozhoduje samozřejmě shoda ve výsledku. Strany mohou pro identické řešení zvolit odlišné pojmosloví. Striktně viděno, budou takové podmínky rozdílné, ve skutečnosti půjde ovšem jen o optický klam, jehož odhalení ovšem může vyžadovat značné úsilí.

V této souvislosti se lze setkat s názorem, že pokud jsou věcné rozdíly nepodstatné, je možný i ten závěr, že je smlouva uzavřena s obchodními podmínkami obláta, třebaže se od podmínek oferenta (nepodstatně) liší. To má platit za podmínky, že oferent takovouto akceptaci bez zbytečného odkladu neodmítne, případně si toto odmítnutí nevyhradil předem, např. právě i ve svých obchodních podmínkách (srov. § 1740 odst. 3 OZ). Tento velmi sporný přístup redukuje ustanovení § 1751 odst. 2 OZ na případy, kdy se obchodní podmínky odlišují podstatným způsobem. Drobnější rozdíly by tedy vůbec neaktivovaly spuštění pravidla průniku, tj. selekci souladných ustanovení.

Pragmaticky nelze nevidět jednu z výhod pravidla průniku, kterou je relativní rychlost a komfort, s jakou si „odargumentujeme“ ustanovení kolidujících podmínek a následně prázdno nahradíme dispozitivní úpravou, případně jinou „výplní“ (více k tomu dále).

Naproti tomu, pokud připustíme možnost uzavřít smlouvu i v případě, že přijetí nabídky mění (nepodstatně) obsah nabídky, předpokládá to náročnější kontrolu souladu všech ustanovení obchodních podmínek a ověření jejich „podstatnosti“. I pragmatický pohled dává tušit, že ustanovení § 1751 odst. 2 OZ bude aplikováno bez ohledu na míru rozporů mezi konkurujícími si obchodními podmínkami. Jak dalece je tato otázka relevantní, ukáže až budoucí praxe. Lze očekávat, že kolize obchodních podmínek tak jako tak bude v drtivé většině případů podstatného charakteru (bude se např. týkat limitace odpovědnosti, cenových doložek, volby práva apod.) a pravidlo průniku tak bude, za splnění dalších předpokladů, aplikováno vždy.

2.7.4.2 *Včasně vyloučení pravidla průniku*

Další podmínkou pro uplatnění pravidla průniku je ***marné uplynutí lhůty*** „bez zbytečného odkladu“ po výměně projevů vůle, ve které mohla být ještě smlouva dodatečně odstraněna ze světa.

Každá ze smluvních stran může po výměně projevů vůle smlouvu zrušit s účinky *ex ante*. Podobnou možnost má smluvní strana, jejíž oferta byla přijetím jen nepodstatně modifikována, shodná je ostatně i lhůta, ve které lze uzavření smlouvy odmítnout.

Pro stranu, která vinou pravidla průniku přišla o své obchodní podmínky, resp. jejich podstatnou část, to může znamenat vážný problém, který lze obecně označit za **ztrátu kontextu**. Pokud např. v kupní smlouvě ujednaná dodací lhůta odráží způsoby dodání specifikované v obchodních podmínkách, je po jejich ztrátě ujednaná dodací lhůta nereálná. Zejména to pak platí o ceně, kterou prodávající kalkuluje s ohledem na další podmínky specifikované v obchodních podmínkách.

Platí přitom, že i v případě, kdy je možné prohlásit neplatnost části smlouvy ve smyslu ustanovení § 576 OZ a smlouvu ve zbytku zachovat v platnosti, se ptáme, zdali by strana bývala byla uzavřela platnou smlouvu i bez této části²³⁹. Citované ustanovení se na danou situaci nevztahuje, nicméně situace je u ztráty obchodních podmínek obdobná. Lze mít tedy za to, že pokud je z projevů strany zřejmé, že po ztrátě konkrétních pravidel nebude mít o uzavření smlouvy zájem, smlouva vůbec nevznikne.

Účinky ustanovení § 1751 odst. 2 OZ nelze vyloučit v obchodních podmínkách, naproti tomu je možné uplatnění pravidla průniku odmítnout již v nabídce či v přijetí²⁴⁰.

Co vše je tímto odmítnutím („vyloučením“ ve smyslu § 1751 odst. 2 věty druhé OZ), bude v praxi často předmětem sporů. „Vyloučením“ v tomto smyslu samozřejmě není pouhý odkaz na své vlastní obchodní podmínky („vaši nabídku akceptujeme, platí naše obchodní podmínky“). Právě pro tuto situaci je psáno pravidlo průniku, které preferuje platnost smlouvy s průnikem shodných ustanovení.

Na druhou stranu ono „vyloučení“ nemusí mít nutně podobu explicitního a jednoznačného zúčtování s pravidlem průniku – např. slovy „odmítáme aplikaci § 1751 odst. 2 občanského zákoníku“ či (vlastně ještě konsekventněji) „vycházíme z toho, že smlouva z důvodů rozporu našich obchodních podmínek nevznikla“.

²³⁹ Srov. také ŠEJDOVÁ, Kateřina. *Uzavírání smluv – plný konsensus ano či ne?* Právnická fakulta Univerzity Karlovy [online]. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, © 2013–2015 [cit. 24. 7. 2016]. Výjezdní seminář z obchodního práva. Univerzita Karlova, Právnická fakulta.

²⁴⁰ Shodně HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Záväzkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 154.

Mezi oběma póly „neassertivního odkazu“, který vpustí do arény pravidlo průniku, a kvalifikovaným vyloučením průniku, které má za následek neuzávření smlouvy, se budou pohybovat méně jednoznačná vyjádření, jež bude nutno vykládat s přihlédnutím k okolnostem daného případu a s pomocí výkladových pravidel (§ 556 OZ).

Z vyjádření „potvrzujeme uzavření smlouvy, nicméně i nadále trváme na svých obchodních podmínkách jako celku“ ukazuje („nicméně i nadále“), že zachování vlastních obchodních podmínek („jako celku“) je pro stranu natolik zásadní, že mu raději obětuje osud kontraktu. Potíže nastanou u méně jednoznačných vyjádření typu „nabídku akceptujeme, ale platí naše obchodní podmínky“, která zpravidla povedou k aplikaci pravidla průniku.

2.7.4.3 Obsah smlouvy

Přístup „*knock-out-rule*“ lépe vyhovuje požadavku předvídatelnosti, byť „nejmenší společný jmenovatel“ v obou rozporných obchodních podmínkách nemusí představovat optimální ekonomické řešení (nejvyšší celkový užitek plynoucí ze smlouvy).

Vzhledem ke speciálnímu ustanovení § 1751 odst. 2 OZ nebude patrně soud ochoten uplatnit svoji diskreci podle § 577 OZ,²⁴¹ i když ono vážení se týká případů neplatnosti obchodních podmínek pro jejich rozpor a mohlo by se týkat toho obsahu obchodních podmínek, který se (pro neplatnost v důsledku rozporu) součástí smlouvy nestal.²⁴²

²⁴¹ Je-li důvod neplatnosti jen v nezákonném určení množstevního, časového, územního nebo jiného rozsahu, soud rozsah změni 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.

²⁴² V. P. Goldberg navrhoval v této souvislosti (viz GOLDBERG, Victor P. The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule. *Oregon Law Review*. 1997, vol. 76, no. 1, s. 155, cit. podle BEN-SHAHAR, Omri. *An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms* [online]. 2004 [cit. 21. 7. 2016]. Law & Economics Working Papers 2003–2009. University of Michigan Law School, s. 13), aby soud nebyl vázán časovým pořadím různých obchodních podmínek, ale jejich pořadím „rozumnosti“ („*reasonable shot rule*“). Vedou se též těžko uchopitelné dispute (BEN-SHAHAR, op. cit., s. 13 a násl.), že rozumnější řešení nemusí být to nejférovější, ale to „nejrozumnější“, čímž se rozumí růst celkové hodnoty transakce, a nikoliv pouhé transfery mezi jejími účastníky („hra s nulovým součtem“). Jde o hledisko tzv. „*total welfare*“, které však zavání tzv. vnějšími (tzv. celospolečenskými) parametry, jejichž sledování nepatří k cílům závazkového práva soukromého. Důvodem pro nejasné pravidlo o přednosti nejrozumnějšího řešení má být to, že podpůrná úprava nastupující v případech, že se strany nedohodly („*gap-fillers*“), není tak úplně rozumná a nepředstavuje prý to, co by si strany usilující o maximální užitek dohody (tamtéž, s. 26).

Toto „vylučovací pravidlo“ umožňuje vznik smlouvy i přesto, že se nabídka a akceptace plně neshodují.²⁴³ Kromě USA, Francie a Německa se tento princip uplatňuje podle principů UNIDROIT a podle zásad evropského smluvního práva.²⁴⁴

„Vylučovací pravidlo“ posiluje autonomii vůle stran a nevnučuje jim řešení, s nímž by nebyly srozuměny, přičemž ani u něj se nemusí návrh a akceptace dokonale překrývat. Nekonečné výměny standardizovaných formulářů se jím také nestimulují a podporuje se rovnost smluvních stran v tom smyslu, že se neumožňuje žádné z nich mít smlouvu pod kontrolou. Nevýhoda spočívá v tom, že se strany mohou svými vylučujícími se návrhy a protinávrhy vzájemně „vyblokovat“ a nechtěně se dopracovat k řešení, které vlastně žádná z nich nechtěla, totiž k zákonným podpůrným standardům.²⁴⁵

„Vylučovací pravidlo“ pro konflikt obchodních podmínek, které přijal i občanský zákoník, se dá považovat za efektivnější řešení, konformní se zásadami soukromého práva i se snahou o stimulaci ke snižování transakčních nákladů kontraktace.

Díky pravidlu průniku bude smlouva uzavřena i přes nedosažení konsensu o obchodních podmínkách. Poté, co jsou splněny zákonné podmínky

²⁴³ Úprava vzniku smlouvy podle § 153 Hospodářského zákoníku č. 109/1964 Sb. byla ostatně založena na podobném principu. Ke smlouvě došlo při dohodě o předmětu a čase plnění, event. o náležitosti vyhrazené jednou ze stran jakožto podmínky vzniku smlouvy. Dohoda o podstatných náležitostech smlouvy mohla být několika způsoby nahrazena, a pokud smlouva vznikla, ale strany se nedohodly o tzv. nepodstatných náležitostech, byla smlouva zásadně uzavřena ve znění změn a doplňků uvedeném v přijetí návrhu smlouvy, nepožádal-li navrhovatel o rozhodnutí o znění smlouvy hospodářskou arbitráž. V módní metaforické terminologii by se to dalo rovněž označit jako aplikace pravidla „last shot rule“.

²⁴⁴ Jak konstatuje RÜHL, Giesela. *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2003, vol. 24, no. 1, s. 199.

²⁴⁵ Tzv. *default rules*. Srov. tamtéž, s. 217. Jak se tu konstatuje, tato pravidla nemusí být optimální pro řešení konkrétního vztahu – mohou se sice navenek a v abstrakci jevit hezky, ale nemusí moc dobře působit ve prospěch určitého konkrétního obchodu. Jedna strana např. může navrhnout dvouměsíční reklamační lhůtu, druhá tříměsíční. Nedohodnou se a jejich návrhy se vyruší a bude platit zákonná podpůrná lhůta týdenní. Tento příklad by se v podmínkách naší úpravy – a při rozumném výkladu – neuplatnil. Lze totiž (vzhledem k jasné vůli stran mít reklamační lhůtu delší nežli zákonnou) vyložit „neexistenci rozporu obchodních podmínek“ podle § 1751 odst. 2 OZ tak, že v délce 2 měsíců rozpor nenastal, ale jenom různé; vůle stran a zřejmému účelu smluvního ujednání mnohem lépe odpovídá dvouměsíční lhůta než podpůrná zákonná lhůta týdenní. Každá ze stran, kdyby si měla vybrat, by určitě dala přednost tomuto „průniku zájmů“ před („právně čistým“, ale neúčelným) podpůrným zákonným řešením.

a žádná ze stran po ztrátě svých obchodních podmínek (ztrátě kontextu) kontrakt nezrušila, dostáváme se ke klíčové otázce: **co** je tedy vlastně obsahem smlouvy? Smlouva je uzavřena s „*obsahem určeným v tom rozsahu, v jakém obchodní podmínky nejsou v rozporu*“. Naproti tomu je obsahem smlouvy dle PECL to, co je podmínkám „*common in substance*“, obdobně úprava UNIDROIT.

To je ovšem zásadní rozdíl²⁴⁶: pokud např. obchodní podmínky kupujícího detailně upravují fakturaci, zatímco podmínky prodávajícího o ní neuvádí nic, lze pak mít za to, že je smlouva uzavřena i s „nekonfliktním“ ujednáním o fakturaci? Nebo má být výsledný obsah opravdu jen průnikem konsonantních pravidel s tím, že ujednání v nepřímé kolizi (vznikající tím, že podmínky jedné strany řeší určitou otázku, zatímco podmínky strany druhé o ní mlčí) nebudou brány v potaz?

Podstata problému je v tom, jak máme interpretovat mlčení strany. Formulováno jinak: jestliže např. navrhovatel ve svých obchodních podmínkách vědomě vynechal určitou otázku, šlo o výraz jeho spokojenosti s pozitivním řešením, či jen o jeho nedůslednost? Ve většině případů můžeme (ba dokonce i musíme) předpokládat první variantu. Nepsanou součástí obchodních podmínek jsou tedy dispozitivní ustanovení, která tvoří se smlouvou a obchodními podmínkami provázaný komplex. V právním styku podnikatelů k tomu navíc přistupují dokonce ještě před dispozitivními ustanoveními obchodní zvyklosti (srov. § 558 odst. 2 OZ).

Jestliže druhá strana ve svých obchodních podmínkách laboruje s odchylným řešením, jsou podmínky v (nepřímém) kolizním postavení. Aplikujeme-li pravidlo průniku, bude jeho výsledkem „přežití“ toliko obsahově souladných ustanovení²⁴⁷.

Ve zbytku se uplatní dispozitivní úprava či obchodní zvyklosti dle ustanovení § 558 odst. 2 OZ. Zda je prostor pro soudcovské doplňování smlouvy, bude otázkou konkrétních okolností, vyloučit jej úplně nelze. Ztráta části nepřímých ujednání je ukázkovou situací mezery, na kterou účastníci nepomysleli – vzniká ostatně dodatečně a obvykle nechtěně. Prostor pro soudcovské

²⁴⁶ Srov. zejména CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 99.

²⁴⁷ Tamtéž, s. 100.

doplnění smlouvy tedy nominálně je (srov. zejména § 545 OZ). Jeho přípustnost je ovšem obecně sporná. Naráží mj. i na text důvodové zprávy k § 555 OZ, který jej výslovně vylučuje²⁴⁸, třebaže jej samotný občanský zákoník u některých ustanovení imanentně předpokládá²⁴⁹.

2.7.4.4 Redukce na společné minimum

Další nejasnosti vzbuzuje situace, kdy obchodní podmínky obou účastníků upravují určitou věc odlišně od dispozitivní úpravy, liší se však v míře tohoto odchýlného řešení, tj. obvykle jen ve kvantitativním ohledu.

Příklad: obě sady podmínek stanoví úroky z prodlení výše/níže, než činí zákonná sazba (§ 1970 OZ). Odporují si tedy v její výši. Obdobně se mohou lišit záruční doby. Paušální řešení zde patrně budeme těžko hledat, u zemí s pravidlem průniku se teoreticky uplatní buď dispozitivní úprava, či redukce na společné minimum.

Zahraniční literatura²⁵⁰ se v tomto ohledu velmi opatrně přiklání²⁵¹ k tomu, že zpravidla má být dána přednost společnému minimu²⁵², jak sazba úroků z prodlení, tak záruční doba, by tedy byly ujednány v míře, ve které se konkurenční obchodní podmínky „potkaly“. Klade se ovšem důraz na nutnost zjištění konkrétních okolností případu a pečlivé srovnání s řešením spočívajícím na dispozitivní úpravě, vše v kontextu ostatních ujednání.

²⁴⁸ Důvodová zpráva mj. uvádí, že „bylo zvažováno, zda nepřevzít i druhý odstavec tohoto ustanovení (myšlen je čl. II 9. 01. odst. 2 DFCR.), zakládající soudu pravomoc doplnit projev vůle o ustanovení, které v ní chybí, ač se jeví jako nezbytné. (...) osnova sama poskytuje stranám dostatečný prostor k tomu, aby si možnost doplnění projevů jejich vůle osobou třetí nebo soudem ujednaly a umožňuje jim i zhojit vadu právního jednání spočívající v neurčitosti nebo nesrozumitelnosti projevu vůle. Pokud jde o jiné myslitelné případy, vychází se z pojetí, že zákonná direktiva sledující dání přednosti platnosti právního jednání před neplatností je ve spojení s dalšími (zejména úvodními) ustanoveními dostatečná a že není důvod, nejde-li o mimořádné případy zvláště upravené, otvírat soudu jako orgánu veřejné moci příliš velký prostor k tomu, aby do projevů vůle soukromých osob ze své moci a bez návrhu vstupoval a aby obsah jejich právního jednání doplňoval nebo měnil.“

²⁴⁹ Z prostorových důvodů je tato otázka vyhrazena samostatnému příspěvku.

²⁵⁰ Myšleny jsou země, které zavedly pravidlo průniku, u zemí s doktrínou prvního či posledního výstřelu žádné „společné minimum“ dosaženo nebude.

²⁵¹ Takto např. M. Gade u rozboru čl. 2. 1. 22 UNIDROIT in: GADE, Marcel. *Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht*. Berlín: Duncker & Humblot, 2014, s. 235.

²⁵² Srov. také HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 157.

U úroků z prodlení je patrně situace nejjednodušší: pokud jdou úroky v každém případě nad zákonnou sazbu, nabízí se redukce, neboť i ta strana, která na tomto průniku trátí, bude stále v lepším postavení než v rámci dispoziitivní úpravy. Jde-li naopak konkurenční sazba pod zákonnou úroveň, nabízí se hledat ideální řešení v dispoziitivní úpravě.

2.8 Obchodní podmínky v elektronické kontraktaci

2.8.1 Exkurs – obecné otázky elektronické kontraktace

2.8.1.1 Elektronická komunikace, elektronický obchod a elektronická kontraktace

Kontraktace a uzavírání smluv prostřednictvím vymožeností moderního světa informačních technologií je vzrůstajícím trendem poslední doby. Tento jev je nejen reálně pozorovatelný a zachytitelný, ale také žádoucí.²⁵³ Na zákonodárci pak je, aby na tuto skutečnost adekvátně reagoval.

Již neúčinný občanský zákoník z roku 1964 obsahoval základní úpravu elektronické kontraktace v ustanovení § 40 odst. 3. To stanovilo, že právní úkon učiněný elektronickými prostředky lze podle zvláštních předpisů elektronicky podepsat. V ustanovení § 40 odst. 4 potom občanský zákoník z roku 1964 uváděl, že písemná forma je zachována, je-li právní úkon učiněn telegraficky, dálnopisem nebo elektronickými prostředky, jež umožňují zachycení obsahu právního úkonu a určení osoby, která právní úkon učinila. V ustanovení § 53²⁵⁴ pak tento již neúčinný občanský zákoník u spotřebitelských smluv obsahoval demonstrativní výčet prostředků, které lze využít ke komunikaci na dálku (což jsou většinou právě prostředky elektronické komunikace).²⁵⁵

²⁵³ Viz například body 2 a 3 recitálu Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2000/31/ES ze dne 8. 6. 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu. Zde se například uvádí: „*Rozvoj elektronického obchodu v informační společnosti nabízí zásadní možnosti pro zaměstnanost (...) a podněcuje hospodářský růst evropských podniků.*“ Ještě jasnější je pak bod 37, který mluví výslovně o závazku států odstraňovat překážky používání elektronicky uzavíraných smluv.

²⁵⁴ Konkrétně uváděl, že „*prostředky komunikace na dálku se rozumí zejména neadresovaný tisk, adresovaný tisk, typový dopis, reklama v tisku s objednávkovým tiskopisem, katalog, telefon s (lidskou) obsluhou, telefon bez (lidské) obsluhy (automatický volací přístroj, audiotext), rozhlas, videotelefon (telefon s obrazovkou), videotext (mikropočítač a televizní obrazovka), elektronická pošta, faxový přístroj, televize (televizní nákup, teleshopping), veřejná komunikační síť, například internet.*“

²⁵⁵ Prostředky elektronické komunikace mohou být k uzavírání smluv samozřejmě používány i v případech, kdy se kontrahující osoby nacházejí v jediné místnosti. Pak se v pravém smyslu nejedná o komunikační prostředky na dálku. Tyto případy však nejsou tak časté, a proto následující výklad pojednává především o elektronických komunikačních prostředcích, které jsou skutečně využívány ke komunikaci na dálku.

Současný občanský zákoník na předchozí právní úpravu navázal a v mnohém ji rozšířil. Ani on neobsahuje výslovnou právní úpravu či vymezení elektronické kontraktace či jiného souvisejícího pojmu. Z jednotlivých ustanovení je však patrné, že s elektronickou komunikací, resp. kontraktací, počítá.²⁵⁶ Oproti právní úpravě před rekodifikací nabízí současný občanský zákoník dokonce v mnohém konkrétnější právní úpravu elektronického právního jednání.

Prvním příkladem je ustanovení § 562 OZ ve spojení s ustanovením § 561 odst. 1 OZ, která řeší vztah elektronické kontraktace a písemné formy. Spornou situací bude v praxi především elektronická kontraktace prostřednictvím e-mailové korespondence. Občanský zákoník se (ačkoliv ne výslovně) dále nově věnuje i SMS, MMS a dalším prostředkům elektronické komunikace v právním styku, a to především prostřednictvím vyvratitelné právní domněnky v ustanovení § 562 odst. 2 OZ.²⁵⁷ Podle ní se má za to, že záznamy údajů o právních jednáních v elektronickém systému jsou spolehlivé, pokud se provádějí systematicky, posloupně a jsou chráněny proti změnám. Elektronickým systémem může být např. systém soukromé elektronické pošty v mobilním telefonu, případně elektronický systém na poštovním serveru třetí osoby v kyberprostoru.²⁵⁸

Elektronické komunikace se dále dotýká i ustanovení § 570 OZ, které upravuje právní jednání vůči nepřítomné osobě. Soubor ustanovení spotřebitelského práva zase upravuje zvýšenou informační povinnost podnikatele v případech, kdy při komunikaci se spotřebitelem využívá elektronického prostředku²⁵⁹, případně kdy spotřebitel prostřednictvím elektronického prostředku odesílá objednávku.²⁶⁰

Občanský zákoník však upravuje pouze některé aspekty související s elektronickou kontraktací. Pojmů, které se snaží v různé míře reagovat na digitalizaci současného věku informační společnosti, je napříč právním řádem

²⁵⁶ Ačkoliv občanskému zákoníku údajně kritici vyčítali, že na současnou moderní společnost sítí nereaguje dostatečně. K tomu srov. úvod článku *I. Tele. TELEEC*, Ivo. Nový občanský zákoník ve společnosti sítí. *Právní rozhledy* [online]. 2012, roč. 20, č. 23-24, s. 853 [cit. 28. 7. 2016].

²⁵⁷ Tamtéž.

²⁵⁸ Tamtéž.

²⁵⁹ Jedná se o ustanovení § 1824 až 1827 OZ.

²⁶⁰ Zejména ustanovení § 1827 OZ.

(případně doktrínou) mnohem více.²⁶¹ Ačkoliv se často jedná pouze o definice používané pro účely konkrétního právního předpisu, lze na jejich základě vymezit, čím vším může elektronická kontraktace být a čím naopak být nemůže.

Patrně nejobecnější pojem, který současný právní řád ve vztahu k elektronizaci (digitalizaci) právních vztahů užívá, je pojem *elektronických komunikací* v zákoně o elektronických komunikacích. Zákon o elektronických komunikacích však užívá tento pojem ve smyslu sítě (infrastruktury), jejímž prostřednictvím dochází ke komunikaci. Elektronické komunikace jsou tedy v tomto smyslu technologické komunikační rozvody, jejichž prostřednictvím se poskytuje služba elektronických komunikací (přenos signálů). Zákon o elektronických komunikacích proto nereguluje elektronickou komunikaci obecně, ale pouze způsob jejího poskytování a přenosu. Proto je třeba pojem *elektronická komunikace* od pojmu *elektronických komunikací* ve smyslu zákon o elektronických komunikacích důsledně odlišit. Elektronická komunikace představuje pro účely této publikace zcela obecný pojem, který zahrnuje jakýkoliv přenos informací prostřednictvím služby elektronických komunikací. Elektronická komunikace je pojmem nadřazeným elektronické kontraktaci, neboť elektronická kontraktace představuje pouze jeden z možných obsahů elektronické komunikace, přičemž specifickým výsledkem elektronické kontraktace je smlouva (nejméně dvoustranné právní jednání, které smluvní strany učinily za použití technologického prostředku na dálku).

Dalším souvisejícím pojmem je *elektronická pošta* dle zákona o některých službách informační společnosti. Elektronická pošta je jedním z elektronických prostředků²⁶²; jedná se tedy o formu, jejímž prostřednictvím se může realizovat elektronická kontraktace. Předpokladem pro její realizaci je přitom existence elektronických komunikací ve smyslu zákona o elektronických

²⁶¹ Pojednání v této kapitole neobsahuje úplný výčet všech právních regulací, v nichž se objevuje právní úprava elektronické kontraktace. Další úprava se objevuje například v ustanovení § 28 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, případně konkrétněji například v ustanovení § 213 či 215 tohoto zákona. Tato ustanovení dohromady podávají legální definici pojmu elektronický nástroj. Dále také podrobněji upravují elektronické katalogy, elektronické aukce a podobně. Obdobně se jednalo o ustanovení § 149 již neúčinného zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, které vymezovalo autonomní legální definici elektronických prostředků a elektronických nástrojů. Tato oblast je však poměrně specifická, a proto o ní tato publikace blíže nepojednává.

²⁶² K tomu srov. ustanovení § 2 písm. b) a c) ZSIS.

komunikacích.²⁶³ V praxi se bude jednat o elektronickou komunikaci prostřednictvím e-mailové korespondence, případně korespondenci v rámci chatovacích programů a stránek typicky uvnitř sociálních sítí a dalších nástrojů dvoustranné komunikace (např. Skype). Zákon o některých službách informační společnosti nicméně reguluje pouze jednu z částí elektronického kontraktačního procesu, a to možnost podnikatele uskutečnit prostřednictvím elektronických prostředků ofertu. Další soukromoprávní rovinu elektronické kontraktace právní úprava v ZSIS neupravuje (například akceptaci nabídky druhou smluvní stranou). ZSIS neobsahuje dokonce ani regulaci obsahu učiněné oferty. Z hlediska soukromoprávní kontraktace je tedy právní úprava v ZSIS relevantní jen ve velmi dílčím rozsahu.

V doktríně se hovoří dále o *elektronickém obchodu*; současný právní řád však *elektronický obchod* jako legislativní pojem v podstatě nezná.²⁶⁴ S pojmem elektronický obchod však pracuje unijní právo, a to konkrétně směrnice o elektronickém obchodu.²⁶⁵ Ani ta sice neobsahuje jeho definici; z jejího kontextu a systematického pojetí lze však soudit, že elektronický obchod představuje souhrnné označení pro elektronické obchodní transakce. V podstatě jde tedy o vyvíjení podnikatelské činnosti za pomoci nových technologických prostředků, které se odehrává zpravidla tzv. na dálku.²⁶⁶ S ohledem na nadnárodní zaměření směrnice hrají pak technologické prostředky významnou roli, neboť jednotlivé účastníky smluvních vztahů mohou dělit stěží překonatelné vzdálenosti; u řady smluv lze proto předpokládat, že by bez pomoci technologických prostředků vůbec nedošlo k jejich uzavření. Elektronický obchod lze tedy chápat jako vůbec nejširší pojem, který zastřešuje jednotlivá elektronická právní jednání, jejichž účelem je realizace konkrétních hospodářských plnění (např. koupě, úvěr...).

²⁶³ K tomu viz ustanovení § 2 písm. c) ZSIS.

²⁶⁴ Vyskytuje se pouze v dílčích právních předpisech, které upravují působnosti jednotlivých ministerstev. Jedná se však pouze o marginální zmínky, které samy o sobě tento pojem nijak nedefinují.

²⁶⁵ Přesněji Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES ze dne 8. 6. 2000, o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu („směrnice o elektronickém obchodu“).

²⁶⁶ V tomto případě aniž jsou účastníci smlouvy fyzicky na tomtéž místě. Obecně však nejsou vyloučeny ani případy, kdy účastníci uzavřou smlouvu prostřednictvím prostředků komunikace na dálku, ale fyzicky se na stejném místě nacházejí budou. RAINER, Arnold. Elektronický obchod jako výzva pro Evropskou unii. *Evropské právo* [samostatná příloha časopisu Právní rozhledy] [online]. 2000, roč. 4, č. 10, s. 1 a násl. [cit. 28. 7. 2016].

Poslední pojem, který používá v souvislosti s digitalizací právního styku odborná literatura²⁶⁷, je *elektronické právní jednání*. Lze jej chápat jako *konkrétní* právní jednání, kterým adresát právní normy zamýšlel vyvolat *konkrétní* právní důsledky a zvolil pro něj elektronickou formu, která předpokládá využití elektronického komunikačního prostředku. Elektronickým právním jednáním může být smlouva jako nejméně dvoustranné právní jednání, ale také její jednotlivé kontraktační fáze (nabídka, akceptace). Elektronické právní jednání je třeba hodnotit z hlediska všech podstatných náležitostí právního jednání, zejména náležitostí vůle a projevu vůle.

Elektronickou kontraktaci je tedy možné chápat jako takovou elektronickou komunikaci, jejímž prostřednictvím se realizuje elektronický obchod v širším i užším smyslu. Elektronický obchod v širším slova smyslu odpovídá globálnímu pojetí unijní právní úpravy a zahrnuje předem neurčitou množinu různých právních vztahů, které vznikají za účelem realizace podnikatelské činnosti prostřednictvím technologických komunikačních prostředků. Elektronický obchod v užším slova smyslu naproti tomu znamená jednotlivou smluvní transakci mezi smluvními stranami, jejímž účelem je realizovat konkrétní hospodářské plnění (znamená tedy smlouvu ve smyslu elektronického právního jednání).

Pro účely elektronické kontraktace v soukromoprávním pojetí jsou zvláště významné především následující varianty kontraktačního procesu, které odpovídají tomu, jakým způsobem k elektronické kontraktaci dochází v praxi.²⁶⁸ Jedná se o elektronickou kontraktaci uskutečněnou:

- prostřednictvím elektronické pošty (e-mail, Skype, Facebook, ale také například textové zprávy, hlasové zprávy, MMS a podobně);
- prostřednictvím webových stránek (e-shop);
- telefonicky (do této kategorie lze zahrnout jen hlasové telefonáty)²⁶⁹.

²⁶⁷ POLČÁK, Radim. Elektronické právní jednání – změny, problémy a nové možnosti v zákoně č. 89/2012 Sb. *Bulletin advokacie*. 2013, roč. 2013, č. 10, s. 34 a násl.

²⁶⁸ S ohledem na pojem komunikace ve smyslu vzájemného sdělování informací nelze spíše pod prostředky elektronické kontraktace zařadit rozhlas, videotext nebo televizní vysílání. Tyto komunikační prostředky jsou vhodné pro jednostrannou komunikaci ve smyslu učinění oferty, avšak následná akceptace již předpokládá využití jiných prostředků.

²⁶⁹ Simultánní hlasový telefonní rozhovor nesplňuje podmínku uložitelnosti zprávy v síti nebo v koncovém zařízení uživatele do doby, než si ji uživatel vyzvedne, a proto se nemůže jednat o elektronickou poštu. K tomu srov. MAISNER, Martin. *Zákon o některých službách informační společnosti* [online]. Komentář k § 2. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 11 [cit. 26. 7. 2016].

Výše uvedené pojetí je poměrně široké, a tím se odlišuje od pojetí části odborné literatury²⁷⁰, které pojímá elektronickou kontraktaci jako kontraktaci omezující se pouze na e-mailovou korespondenci a komunikaci prostřednictvím webu. S ohledem na dílčí otázky právní úpravy obchodních podmínek (zejména jejich inkorporaci) se však jako vhodnější jeví elektronickou kontraktaci chápat právě v širším slova smyslu (tedy včetně komunikace prostřednictvím telefonického hlasového spojení).

2.8.1.2 Elektronicky a písemně

Specifika elektronické kontraktace otevírají z hlediska soukromoprávního prostor pro diskuse o zastupitelnosti listinné a elektronické písemné formy. Sporné otázky se vyskytují ostatně již ohledně samotného pojmu „listinná“ forma. První přístup uvádí, že listinnou formu lze chápat jako samostatnou formu odlišnou od formy (prosté) písemné.²⁷¹ Druhý přístup se naopak přiklání k tomu, že listinnou a písemnou formu lze chápat jako totéž.²⁷² S ohledem na skutečnost, jak o obou formách nepřímě hovoří občanský zákoník, je však třeba přijmout závěr, který se nachází někde uprostřed. Písemná forma je ve vztahu k formě listinné nadřazeným pojmem (jehož opakem je forma nepísemná, tedy volní projev nezaznamenaný písmem – zejména forma ústní²⁷³). Písemná forma má v současné době dvě podoby – listinnou a elektronickou, které se navíc (jak vyplývá z výše uvedeného) vzájemně stále přibližují. Zákodárce sice používá na několika místech výslovně pojem listina (např. v ustanovení § 563 OZ), ovšem pouze aby naznačil, že se jedná o písemnou formu zachycenou na hmotném substrátu – nikoliv proto, aby vytvořil další kategorii stojící vedle prosté písemné formy. Alternativou listinné písemné formy je potom právě forma elektronická.

²⁷⁰ Např. WANG, Faye Fangfei. *Law of electronic commercial transactions: contemporary issues in the EU, US and China*. London: Routledge, 2010, s. 33.

²⁷¹ Někteří autoři rozlišují listinnou formu, která se liší od běžné písemné formy, právě kvůli tomu, že musí být učiněna na listině (kterou však nelze zaměnit s papírem). MELZER, Filip. Komentář k ustanovení § 559. In: MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*. 1. vyd. Praha: Leges, 2014, s. 627 a násl.

²⁷² K tomu srov. HULEŠ, Jan. K ustanovení o formě právních jednání v občanském zákoníku. *Právní rozhledy* [online]. 2015, roč. 23, č. 1, s. 27 [cit. 28. 7. 2016]. J. Huleš listinnou a písemnou formu chápe jako totéž, přičemž doplňuje, že listina je kvalifikovaná písemná forma (ve smyslu veřejné listiny) a prostá písemná forma je text umístěný na běžném papíru.

²⁷³ Srov. tamtéž.

Pro praxi je velmi podstatné především zodpovězení otázky, zda může elektronická písemná forma plnohodnotně zastoupit listinnou písemnou formu. Pakliže elektronickou formu pro účely tohoto textu chápeme v širším slova smyslu (spíše jako prostředky komunikace na dálku), je zřejmé, že písemnou formu nemůže naplnit elektronická komunikace učiněná prostřednictvím hlasového telefonického spojení. Otázka písemné formy je naopak relevantní v případě e-mailové korespondence²⁷⁴, datové schránky, komunikace uskutečněné přes profily na sociálních sítích, případně přes Skype. Písemnou formu zřejmě mohou mít i smlouvy uzavírané přes webové stránky (e-shopy), ačkoliv samotný kontraktační proces zpravidla nebude písemně zachycený. Právě v uvedených situacích doposud vyvstávají pochybnosti ohledně toho, zda (případně za jakých podmínek) může právní jednání učiněné elektronickými prostředky nahradit listinnou písemnou formu. Co to však vlastně znamená, že je právní jednání učiněno v určité „formě“?

V souladu se současným doktrinálním pojetím by forma právního jednání (v tomto případě tedy forma písemná) měla plnit následující funkce²⁷⁵:

- a) funkci varovnou,
- b) funkci důkazní a vysvětlující,
- c) funkci poradní,
- d) funkci kontrolní.

Co se **varovné funkce** týče, její podstata spočívá ve snaze zabránit unáhlenému právnímu jednání, které vyvolá právní důsledky, aniž je účastník právního vztahu dostatečně promyslí.²⁷⁶ V podstatě se jedná o prevenci nedostatečně vážné vůle smluvních stran. Čím kvalifikovanější forma právního jednání, tím zodpovědněji k němu adresáti právních norem budou přistupovat. V tomto smyslu listinná písemná forma plní svoji funkci podstatně lépe než forma elektronická. Vzhledem k flexibilitě, s jakou lze smlouvu elektronicky uzavřít (například pouze odesláním objednávky na interaktivním webu, souhlasnou odpovědí na e-mail a podobně) lze předpokládat, že účastník

²⁷⁴ Obdobně lze uvažovat ještě o telefaxu a telegramu, avšak s ohledem na mizivé užití těchto prostředků v praxi jsou ponechány pro účely tohoto textu stranou.

²⁷⁵ K tomu srov. HANDLAR, Jiří. Komentář k ust. § 559. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2010 a násl.

²⁷⁶ Tamtéž, s. 2011.

bude k elektronickému právnímu jednání často přistupovat méně zodpovědně, než jak by činil při právním jednáním v klasické písemné formě²⁷⁷. Tato interaktivní unáhlenost se může dále projevovat také v tom, že elektronickou kontraktaci (například právě odeslání objednávky v e-shopu) lze započít v podstatě kdekoliv a kdykoliv. Ve srovnání například s bankovní úvěrovou smlouvou může unáhlenost v rozhodování subjektu podpořit již jen skutečnost, že není třeba se nejprve za účelem uzavření smlouvy v určitý čas na určité místo dostavit, případně o ní jednat. Varovnou funkci tedy elektronická forma plní podstatně méně než forma listinná. Riziko unáhleného rozhodnutí (právního jednání) se může zvyšovat.

Důkazní a vysvětlující funkce zakládá účastníkům jistější důkazní pozici, a tudíž i vyšší stupeň právní jistoty mezi nimi. V praxi elektronické kontraktace je třeba za nejproblematictější specifikum považovat právě pochybnosti o zachycení obsahu právního jednání a důvěryhodné identifikaci osoby, která právní jednání učinila. Jednotlivé prostředky elektronické komunikace pak mohou (a nemusejí) v závislosti na splnění těchto podmínek vyhovovat požadavku písemné formy. I elektronické právní jednání pochopitelně nese významnou důkazní sílu. I v současné době ovšem přetrvává názor²⁷⁸, že elektronické právní jednání je podstatně náchylnější k nejrozumnějším způsobům zneužití (například vydáváním se za jinou osobu, využití znalosti hesla k e-mailu, případně přímo odcizení tohoto hesla). V tomto směru je však třeba si uvědomit, že procesní právo, které v tomto případě hraje výraznou roli, chrání spíše „zneužitého“, a to právě tak, že důkazní břemeno následně nese žalobce. Kromě toho – ačkoliv v praxi zřejmě nelze uvažovat o výraznější aplikaci – se ve výše uvedených případech jedná o zjevně

²⁷⁷ Ačkoliv se níže jedná o příklad zcela mimo oblast práva, v principu vlastně přináší obdobný poznatek. Podobný trend lze totiž sledovat například u fotografií. První fotografie byla pořízena v roce 1838. V dnešní době se odhaduje, že stejný počet fotografií jako v průběhu 19. století je dnes pořízen za dvě minuty. Stejně jako v případě fotografií tak i v případě elektronických obchodů klesá spolu s klesajícím transakčními náklady i uvážlivost adresátů právních norem. V podrobnostech viz BRYNJOLFSSON, Erik, MCAFEE, Andrew. *Druhý věk strojů*. Přeložil Filip Drlik. Příbram: Jan Melvil Publishing, 2015, s. 125.

²⁷⁸ Přetrvávající nedůvěru ilustrují ostatně i snahy Evropské unie o zvýšenou a jednotnou regulaci elektronického podpisu, vyjádřené především v aktuální strategii Evropa 2020 a její iniciativě Digitální agenda pro Evropu z roku 2010. Více viz KORBEL, František, KOVÁŘ, Dalibor. Změny v regulaci elektronických podpisů (eIDAS). *EU Právní novinky* [online]. 2015, č. 12, s. 6 a násl. [cit. 28. 7. 2016].

zneužití práva, které je samozřejmě v rozporu se zásadou poctivého právního jednání v ustanovení § 6 OZ, resp. § 8 OZ, a nemělo by vůbec požívat právní ochrany. Díky tomu může i elektronické právní jednání plnit důkazní a vysvětlující funkci.

Pokud má být současně elektronická kontraktace postavena na roveň listinné písemné kontraktaci, posiluje navíc zákonodárce – stejně jako za předchozí právní úpravy v již neúčinném občanském zákoníku – důkazní a vysvětlující funkci ustanovením § 562 OZ. Jeho prostřednictvím klade na účastníky smluvního vztahu zvýšené požadavky ohledně volby vhodného technologického prostředku (o čemž podrobně pojednává kapitola 2.8.2).

O funkci poradní a funkci kontrolní pak v případě elektronických právních jednání spíše hovořit nelze. Poradní funkci plní veřejná listina, jejíž znaky elektronické právní jednání (prozatím) nenaplňuje. Funkce kontrolní, která vyjadřuje možnost kontroly ze strany veřejných orgánů, v tomto případě také není naplněna. To je však podmíněno samotnou podstatou věci a právní úprava může tuto odlišnost jen stěží regulovat.

Pro výše uvedené rozdíly tedy současná právní úprava (stejně jako minulá) nečiní mezi písemnou formou v podobě listiny a písemnou formou učiněnou elektronicky rovnítko. Z ustanovení § 562 OZ plynou dvě základní podmínky, které musí být splněny, aby písemná forma zůstala zachována i přes užití elektronických nebo jiných technických prostředků. Jedná se o:

- a) způsobilost zachytit obsah právního jednání a současně
- b) způsobilost identifikovat jednající osobu.

Zatímco splnění první podmínky nečiní větších problémů, otázka identifikace jednající osoby je v odborných kruzích spíše sporná. Je třeba se především ptát, zda bude pro zachování písemné formy nezbytné, aby bylo právní jednání opatřeno elektronickým podpisem jednajícího, anebo postačí jakákoliv možnost určení jednající osoby (např. podle jeho e-mailové adresy).²⁷⁹ I na elektronickou formu právního jednání se vztahuje požadavek v ustanovení § 562 OZ, které zmiňuje nezbytnost podpisu jednající osoby. Pokud má být zachována písemná forma právního jednání, nesmí ani zde

²⁷⁹ K tomu srov. HRDLÍČKA, Miloslav. Komentář k ustanovení § 562. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2026.

elektronický podpis chybět, neboť vztah ustanovení § 562 OZ nelze považovat za *lex specialis* ve vztahu k ustanovení § 561 OZ.²⁸⁰ V tomto směru tedy zřejmě nevznikají žádné pochybnosti. Sporná je však odpověď na otázku, jaký druh elektronického podpisu zákon vlastně vyžaduje, resp. co všechno lze ještě za elektronický podpis požadovat.

Od 1. 7. 2016 nabylo účinnosti Nařízení č. 910/2014 ze dne 23. 7. 2014 o elektronické identifikaci a službách vytvářejících důvěru v elektronické transakce na vnitřním trhu a zrušení směrnice 1999/93/ES (zkráceně také „eIDAS“ a dále v textu jen „eIDAS“). V důsledku přímého účinku tohoto nařízení k 1. 7. 2016 dosavadní soustava druhů elektronických podpisů, jak jej znal zákon o elektronickém podpisu, zanikla. Kromě jiných změn se nově zavádí tzv. kvalifikovaný elektronický podpis (*qualified electronic signature*). Jedná se o zaručený elektronický podpis, který je založený na kvalifikovaném certifikátu a zároveň vytvořený prostřednictvím kvalifikovaného zařízení sloužícího přímo k tomuto účelu.²⁸¹ Vedle kvalifikovaného elektronického podpisu i nadále zůstává kategorie zaručeného elektronického podpisu. Rozdíl mezi zaručeným a kvalifikovaným elektronickým podpisem spočívá v tom, že na kvalifikovaný elektronický podpis eIDAS neklade povinnost využívat speciálních zařízení pro tvorbu samotného podpisu, ale postačí, pokud bude podpis vytvořený pomocí dat, které může podepisující osoba s vysokou úrovní důvěry použít pro svou výhradní kontrolu. To je podstatný rozdíl, neboť dosavadní směrnice a zákon o elektronickém podpisu dosud požadovaly, aby osoba tyto prostředky *měla a udržela* pod svou *výhradní* kontrolou.²⁸² Použití prostředků s vysokou úrovní důvěry pochopitelně posouvá limity oproti předchozí právní úpravě výrazně níže. Podstatnou novinkou je potom čl. 25 eIDAS, který stanoví, že kvalifikovaný elektronický podpis má mít ve všech členských státech stejné právní účinky jako vlastnoruční podpis. V důsledku eIDAS se tedy rozdíl mezi elektronickým písemným a listinným písemným jednáním o poznání více stírá a otevírá prostor pro digitalizaci smluv.

²⁸⁰ HRDLIČKA, Miloslav. Komentář k ustanovení § 562. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2026 a násl.

²⁸¹ KORBEL, František, KOVÁŘ, Dalibor. Změny v regulaci elektronických podpisů (eIDAS). *EU Právní novinky* [online]. 2015, č. 12, s. 6 a násl. [cit. 28. 7. 2016].

²⁸² K tomu srov. ustanovení § 2 písm. b) již neúčinného zákona o elektronickém podpisu.

Zákonodárce reagoval na nové pojetí v eIDAS přijetím zákona č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce. Tento zákon rozlišuje kvalifikovaný elektronický podpis a uznávaný elektronický podpis, aniž by je však blíže definoval. Z pohledu soukromoprávního tak již nelze kategorie podpisů ve veřejnoprávních předpisech pojímat jako významné vodítko (což ostatně nebylo žádoucí ani dříve); spíše je třeba zabývat se elektronickým podpisem jako soukromoprávním institutem bez ohledu na to, do jaké kategorie jej řadí příslušné nařízení či jiné právní předpisy.

Již dříve se literatura zabývala otázkou, zda e-mailová korespondence naplňuje znaky písemné formy a dospěla ke kladnému závěru (a to dokonce i v případech, kdy k e-mailu náleží pouze „obyčejný“ elektronický podpis).²⁸³ Vyvrátila například argument, že e-mail neumožňuje adresátu seznámit se s obsahem právního jednání v něm zachyceném bez dalších technických zařízení (počítače); i obsah e-mailu lze hmatatelně reprodukovat na papír, čímž se e-mailová komunikace přibližuje klasické komunikaci písemné.²⁸⁴

V souvislosti s právní úpravou elektronického podepisování se následně objevila otázka, zda vůbec pouhé uvedení jména v závěru e-mailové zprávy lze považovat alespoň za obyčejný elektronický podpis ve smyslu zákona o elektronických podpisech. I s tím se však literatura vypořádala²⁸⁵ a její stanovisko v současné době patrně ještě podporuje nová právní úprava elektronického podepisování vyvolaná přijetím nařízení eIDAS.

Taktéž jazykový výklad ustanovení § 562 odst. 1 OZ podporuje závěr o tom, že postačí prostý podpis v závěru e-mailu bez ohledu na to, zda se jedná

²⁸³ FRIMMEL, Martin. *Elektronický obchod: právní úprava*. 1. vyd., Praha: Prospektrum, 2002, s. 30. M. Frimmel upozorňuje dále na skutečnost, že například v případě telegramu se jedná v podstatě o tentýž způsob přenosu informace, přičemž u telegramu nevznikají ohledně písemné formy žádné pochybnosti. K tomu srov. tamtéž, s. 31.

²⁸⁴ Tamtéž, s. 32.

²⁸⁵ F. Korbel a F. Melzer se kloní k názoru, že napsání jména na konci e-mailu nebylo jednoduchým elektronickým podpisem ve smyslu zákona o elektronickém podpisu, neboť neobsahovalo potvrzení identity. I když však nebude prostý podpis na konci e-mailu elektronickým podpisem, není to podle nich překážkou pro platnost písemného jednání. Lze totiž souhlasit s tím, že ačkoliv „prostý e-mail s pouhým uvedením jména v textu není elektronicky podepsán dle § 561 odst. 1 věty 1 a věty 3 ve spojení se ZEP, jde přesto o platné písemné právní jednání, a to podle okolností buď proto, že jde o obvyklou náhradu podpisu dle § 561 odst. 1 věty 2, nebo o určitou osobu i bez podpisu jednajícího dle zvláštního § 562 odst. 1“. K tomu srov. KORBEL, František, MELZER, Filip. Písemnost, elektronický a biometrický podpis elektronického právního jednání. *Bulletin advokacie*. 2014, roč. 2014, č. 12, s. 34.

o elektronický podpis ve smyslu zvláštních zákonů. Toto ustanovení uvádí, že předpokladem pro zachování písemné formy je *možnost* určení jednající osoby. Současné znění však neurčuje požadovanou míru jistoty určení jednající osoby; postačí proto potenciální identifikace osoby, tedy pouhá *možnost* konkrétní osobu identifikovat.²⁸⁶ Zákon nepoužívá jinou dikci, jako je např. „zajišťuje“, „zaručuje“, „zabezpečuje“; není proto nezbytně nutné, aby bylo určení osoby v každém jednotlivém případě nepochybné.²⁸⁷ Zdá se, že tento argument míří proti účelu a jednotlivým funkcím podpisu a písemné formy; ve skutečnosti ovšem spíše jen odmítá příliš formalistický náhled na zachování písemné formy, který je v současném digitalizovaném světě neudržitelný. Vždyť i prostý elektronický podpis v závěru e-mailu (za předpokladu znalosti hesla e-mailové schránky)²⁸⁸ požadavek možnosti určení jednající osoby obstojně splňuje. Navíc odpovídá i presumpci poctivého právního jednání zakotvené v ustanovení § 7 OZ.

I prostým elektronickým podpisem dochází k naplnění důkazní a vysvětlující funkce písemné formy.²⁸⁹ Funkce varovná, poradní a kontrolní se v případě elektronického právního jednání uplatní patrně v menší míře, než je tomu u písemné listinné formy. Na druhou stranu tyto pojmové rozdíly reflektuje i zákonodárce, když v ustanovení § 562 odst. 1 OZ jasně stanoví, že postačuje zachování funkce důkazní a vysvětlující.

Identifikaci jednající osoby umožňují proto všechny varianty elektronických podpisů. Půjde nejen o uznávaný a kvalifikovaný elektronický podpis podle

²⁸⁶ Autoři uvádějí, že „*smyslem požadavku určitelnosti je, aby takové prokázání bylo vůbec možné, nikoli nutné, aby bylo vždy úspěšné.*“ KORBEL, František, MELZER, Filip. Písemnost, elektronický a biometrický podpis elektronického právního jednání. *Bulletin advokacie*. 2014, roč. 2014, č. 12, s. 35.

²⁸⁷ FRIMMEL, Martin. *Elektronický obchod: právní úprava*. 1. vyd., Praha: Prospektrum, 2002, s. 30 a násl.

²⁸⁸ Jedná se ostatně o stejný princip identifikace osoby odesílající datovou zprávu jako je tomu v případě datových schránek (viz níže). Předpoklad, že uživatelské jméno a heslo bude svým uživatelem chráněno, zmiňuje také P. Mates. MATES, Pavel. Podání datovou schránkou. *Právní rozhledy* [online]. 2016, roč. 24, č. 10, s. 370 [cit. 5. 8. 2016].

²⁸⁹ R. Polčák se kloní k názoru, že i prostý elektronický podpis plní identifikační funkci a je zákonem považován za elektronický podpis, byť v menší míře. Podle něj proto jakákoli data označující původce příslušného dokumentu, byť jde pouze o automatickou patičku doplňovanou tzv. e-mailovým klientem, mají základní účinky elektronického podpisu. POLČÁK, Radim. Praxe elektronických dokumentů. *Bulletin advokacie*. 2011, roč. 2011, č. 7-8, s. 56. Stejně také ještě dříve V. Chum a J. Matejka. CHUM, Václav, MATEJKA, Ján. K právní úpravě elektronického podpisu. *Bulletin advokacie*. 2002, roč. 2002, č. 3, s. 31.

zvláštního zákona, ale také o elektronický podpis, který je pouhým uvedením jména na konci e-mailu.²⁹⁰ Požadavky na písemnou formu právních jednání tak splňuje jak prostý e-mail s elektronickým podpisem podle zvláštního zákona, tak i s pouhým uvedením jména v závěru datové zprávy. Lze se proto přiklonit k většinovému stanovisku²⁹¹ a obecně jakoukoliv e-mailovou korespondenci chápat jako písemnou formu ve smyslu ustanovení § 562, resp. § 561 OZ.

2.8.1.3 Písemná forma a datové schránky

Ustanovení § 2 odst. 1 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů definuje datovou schránku jako elektronické úložiště, které je určeno k doručování orgány veřejné moci, provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci a dodávání dokumentů fyzických a právnických osob. Cílem datových schránek je především komunikace s orgány veřejné moci, která také z toho důvodu není nijak zvlášť zpoplatněna. Záměrem bylo odstranění poměrně složité situace, kdy podle procesních předpisů (například § 42 odst. 2 a 3 OSŘ) je sice možné učinit podání v elektronické podobě, toto však musí být do tří dnů doplněno předložením písemného originálu, jinak k němu soud nepřihlíží. Výjimkou z povinnosti předložení písemného originálu bylo pouze elektronické podání podepsané uznávaným elektronickým podpisem²⁹².

Tento záměr však v počátcích nebyl reflektován dalšími právními předpisy. Například výše citovaný § 42 OSŘ zohledňuje datové schránky až od novely provedené zákonem č. 293/2013 Sb. účinné od 1. 1. 2014. Systém datových schránek však již funguje od účinnosti zákona o elektronických úkonech, tedy od 1. 7. 2009. V tomto mezidobí se právní praxe potýkala s nepochopením ze strany orgánů veřejné moci, které vyžadovaly, aby podání učiněná

²⁹⁰ A to ačkoliv mohou mít některé varianty elektronického podepisování ve vztahu k dokazování určité obtíže a limity. KORBEL, František, MELZER, Filip. Písemnost, elektronický a biometrický podpis elektronického právního jednání. *Bulletin advokacie*. 2014, roč. 2014, č. 12, s. 35.

²⁹¹ Oponentní stanovisko zastával zejména M. Hulmák. K tomu srov. HULMÁK, Milan. Elektronický právní styk. *Právní rozhledy* [online]. 2005, roč. 13, č. 7, s. 231 [cit 5. 8. 2016].

²⁹² Tento záměr zákonodárce je zřejmý také z důvodové zprávy k zákonu o elektronických úkonech, ve které se výslovně uvádí: „*Ke zprávám nebude nutné připojit zaručený elektronický podpis (přihlášení do informačního systému datových schránek jej v případě provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci nabrazuje...)*.“

prostřednictvím datové schránky byla podepsána uznávaným podpisem nebo do tří dnů od doručení doplněna originálem. Dokonce legislativní odbor České advokátní komory vydal stanovisko, kterým nabádá advokáty k tomu, aby svá podání odesílaná prostřednictvím datové schránky podepisovali zaručeným elektronickým podpisem²⁹³.

Situaci tak vyjasnil až rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 2. 2012, sp. zn. 8 As 89/2011, ve kterém NSS konstatuje, že při splnění zákonných podmínek není nutné, aby bylo podání zasláno datovou schránkou podepsáno zaručeným elektronickým podpisem, neboť fikce písemného a podepsaného úkonu nastává přímo ze zákona. S odstupem pak reagoval zákonodárce výše zmíněnou novelou OSŘ.

Lze tedy shrnout, že po úvodním nepochopení se nakonec podařilo dospět do stavu, kdy podání učiněné prostřednictvím datové schránky oprávněnou osobou není třeba podepisovat zaručeným elektronickým podpisem.

2.8.1.4 K dalším rizikům elektronické kontraktace

Specifickým pro elektronickou komunikaci se dále může jevit **pomíjivost elektronické smlouvy** jakožto výsledku elektronické kontraktace (existence smlouvy pouze v datové, nikoliv hmatatelné podobě). V tomto směru se však elektronická forma listinné formě vyrovná. Pokud jde o zachycení e-mailové korespondence, jejímž prostřednictvím byla uzavřena smlouva, mají ji k dispozici obě smluvní strany, což lze srovnat s obdržáním jednoho vyhotovení smlouvy v písemné podobě. Co se týče uzavření smlouvy prostřednictvím webových stránek, i v tomto případě zpravidla po objednání smluvní strana obdrží potvrzení objednávky s rekapitulací základních údajů o uzavřené smlouvě. Kromě toho v současné době jsou informace šířené elektronickými prostředky natolik trvalé, že je spíše problematické se jich jednou provždy zbavit (v řadě případů existuje riziko, že informace mohou nějakým způsobem „obživnout“).²⁹⁴ Nadto lze pochopitelně každou datovou

²⁹³ Legislativní odbor v závěru stanoviska výslovně uvádí: „Doporučujeme opatřovat veškeré dokumenty obsahující vlastní podání zaručeným elektronickým podpisem rovněž tebdy, pokud je advokát hodlá zaslat prostřednictvím datové schránky“. Stanovisko České advokátní komory je dostupné z: <http://www.cak.cz/scripts/detail.php?id=8630>

²⁹⁴ V tomto smyslu se hovoří stále častěji o tzv. „*right to be forgotten*“. Právo být zapomenut bylo přiznáno Soudním dvorem EU v rozsudku ze dne 13. 5. 2014, věc C-131/12.

zprávu také vytisknout, čímž dojde k jejímu zhmotnění, aniž by byla narušena integrita dokumentu.²⁹⁵

Problematická může být dále skutečnost, že na rozdíl od klasické listinné podoby není smlouva v jediném dokumentu. Elektronickou smlouvu jako soubor přímých a nepřímých ujednání charakterizuje většinou **roztržitě-nost do více elektronických dokumentů**. To má velký význam zejména pro zajištění toho, že se účastník skutečně seznámil s obsahem smlouvy v celém jejím rozsahu (ve smyslu všech jejích přímých i nepřímých ujednání). Pokud by tomu tak nebylo, jedná se o zásadní vadu vůle, kterou nebude možné považovat za skutečnou (adresát musí mít možnost se s celým textem smlouvy včetně veškerých nepřímých ujednání seznámit a ve vztahu ke všem z nich projevit souhlas). Velmi problematickou se potom tato skutečnost stává především ve vztahu k nepřímým smluvním ujednáním, která může smlouva (resp. oferta nebo akceptace) obsahovat. Takových nepřímých ujednání přitom může být celá řada a mohou existovat na několika úrovních. Kromě standardních obchodních podmínek pravidelně bývají součástí smluv například různé ceníky, které samy též mohou mít povahu obchodních podmínek.²⁹⁶ V tomto případě pak přichází na řadu posouzení účinné inkorporace nepřímých smluvních ujednání do vlastního textu smlouvy, jejímž předpokladem je zajištění dostatečné formální možnosti adresáta obchodních podmínek se s nimi seznámit, případně následně prokázání, že adresát jejich obsah v době uzavírání smlouvy skutečně znal.²⁹⁷

S ohledem na specifika kontraktačního procesu (zejména pokud se odehrává prostřednictvím e-shopů) dlouho nebylo zřejmé, zda lze vystavení určitého produktu či inzerci určité služby na webových stránkách považovat za ofertu. Ačkoliv v současné době již o této otázce patrně není sporu, i na ní lze ilustrovat specifické riziko elektronické kontraktace, kterým jsou **tzv. automatické odpovědi**. Již dříve totiž literatura upozorňovala na skutečnost, že je přinejmenším sporné, zda lze automatické odpovědi učiněné počítačovými programy vůbec považovat za lidský projev vůle, k němuž

²⁹⁵ Na toto velmi jednoduché řešení upozorňuje již M. Frimmel. FRIMMEL, Martin. *Elektronický obchod: právní úprava*. 1. vyd., Praha: Prospektrum, 2002, s. 32.

²⁹⁶ MATULA, Zbyněk. Inkorporace obchodních podmínek do smlouvy. *Rekodifikace a právo*. 2013, roč. 1, č. 11-12, s. 11, v pozn. pod čarou č. 14.

²⁹⁷ Podrobněji bude o této problematice pojednáno níže.

dochází pomocí počítače.²⁹⁸ Problematické by zde bylo především posouzení skutečnosti (danosti) vůle.²⁹⁹ Podle dřívější právní úpravy by proto bylo sporné, zda došlo k uzavření smlouvy, pokud kupující zareagoval svojí nabídkou na webovou inzerci prodávajícího a ten odpověděl pouze automatickým potvrzením objednávky – akceptací, kterou vygeneroval počítač.³⁰⁰ Dnes již zákonodárce vhodnou formou uvedený problém částečně vyřešil.³⁰¹

Konečně je také v procesu elektronické kontraktace specifická **tvorba vůle účastníka právních vztahů obecně**. Vždyť vůli být vázán smlouvu lze projevit pouze jediným kliknutím myši, což se může stát omylem.³⁰² I technologické zázemí kontraktačního procesu by se tedy na toto riziko mělo připravit (v případě e-shopů lze například uvažovat o rekapitulaci objednávky – vyjádřené vůle – s možností učinit krok zpět a podobně).

2.8.2 Elektronický kontraktační proces a jeho specifika

Soukromoprávní teorie uzavírání smluv nemusí být na elektronickou kontraktaci ve všech jejích podobách připravena. Některé její základní postupy je proto třeba modifikovat způsobem, který odpovídá současné realitě.

Jedním z těchto postupů, které nejsou ve své klasické podobě vhodné pro elektronickou kontraktaci, je otázka adresnosti či neadresnosti nabídky na uzavření smlouvy. Tuto skutečnost můžeme pozorovat v ustanovení § 1731 OZ, který stanoví náležitosti oferty tak, že mimo identifikace oferenta a nabízené smlouvy je třeba také určit osobu (či okruh osob), vůči které se taková nabídka činí. Oferta je tedy obecně vzato právní jednání adresované³⁰³, což je pro dnešní moderní dobu e-shopů a různých dalších

²⁹⁸ K tomu viz přehledné shrnutí diskuse (především z řad německých autorů) v publikaci FRIMMEL, Martin. *Elektronický obchod: právní úprava*. 1. vyd., Praha: Prospektrum, 2002, s. 30 a násl.

²⁹⁹ Tamtéž, s. 22 a násl.

³⁰⁰ Současný občanský zákoník na tuto situaci pamatuje v ustanovení § 1732 odst. 2 OZ, o čemž pojednává následující podkapitola.

³⁰¹ O této problematice pojednává podkapitola 2.8.2 této publikace.

³⁰² Zvláště ve spotřebitelském právu unijní předpisy upravují řadu otázek elektronické kontraktace podrobněji právě za účelem zajištění tvorby a vyjádření skutečné vůle smluvní strany (spotřebitele). Nepochybně však lze obdobné principy aplikovat i v případě čistě podnikatelských vztahů. BRUIN DE, Ronald. *Consumer Trust in Electronic Commerce: Time for Best Practice*. Hague: Kluwer Law International, 2002, s. 21 a násl.

³⁰³ HULMÁK, Milan. Komentář k ustanovení § 1731. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závažkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 69.

internetových i jiných nabídek poněkud nepraktické. Z této koncepce vycházel ještě občanský zákoník 1964, podle kterého nebylo možné v občanskoprávních vztazích adresovat nabídku na uzavření smlouvy neurčitému okruhu osob³⁰⁴. Jako příklad lze uvést rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 10. 2009, sp. zn. 33 Cdo 3210/2007, ve kterém Nejvyšší soud došel k tomuto závěru: „*Formulář vystavený na webových stránkách žalobkyně nevyhovuje požadavku adresnosti návrhu na uzavření smlouvy podle § 43a odst. 1 obč. zák., neboť není určen (adresován) konkrétní osobě (osobám)*“. Dále se pak v textu uvádí: „*Formulář vyplněný návštěvníkem webových stránek žalobkyně slouží cestovní kanceláři ke sdělení jeho (zákazníkov) zájmu o zájezd do konkrétní lokality v blíže určeném období a k získání jeho osobních údajů, nezbytných k předložení návrhu cestovní smlouvy; je impulsem k iniciativě cestovní kanceláře předložit adresovaný písemný návrh smlouvy zákazníkovi*“. Pouze v obchodních vztazích pak bylo možné využití ustanovení § 276 a násl. ObchZ a zde zakotveného institutu veřejného návrhu.

Na tuto situaci (zřejmě správně) zareagoval zákonodárce začleněním dvou ustanovení, která elektronickou kontraktaci z právního pohledu výrazně zjednoduší³⁰⁵. Prvním z nich je ustanovení § 1732 odst. 2 OZ. To zakládá vyvratitelnou právní domněnku toho, že návrh dodat zboží nebo poskytnout službu za určenou cenu učiněný při podnikatelské činnosti reklamou, v katalogu nebo vystavením zboží, je nabídkou s výhradou vyčerpání zásob nebo ztráty schopnosti podnikatele plnit. Aplikovatelnost tohoto ustanovení je splněna tehdy, pokud je zde podnikatelská činnost na straně navrhovatele. Je přitom nerozhodné, zda akceptantem takového návrhu bude podnikatelský či nepodnikatelský subjekt. Jde o projev vyšší odpovědnosti podnikatele za své projevy učiněné navenek související s jeho profesionalitou dle ustanovení § 5 OZ. Ustanovení § 1732 odst. 2 OZ uvádí, že pokud podnikatel při své podnikatelské činnosti některým z uvedených způsobů

³⁰⁴ MAREŠOVÁ, Marcela. Je vystavování zboží v e-shopu podle nového občanského zákoníku závazným návrhem na uzavření smlouvy? *Bulletin advokacie*. 2014, roč. 2014, č. 12, s. 50.

³⁰⁵ Výrazně jednodušší a výhodnější by bylo ovšem řešení, kdy je vystavení zboží v e-shopu považováno za ofertu a reakce kupujícího za akceptaci. Tento proces se pojí s nižšími náklady (a to především časovými) na uzavření smlouvy. Již zde totiž dochází v drtivé většině případů k průniku vůlí obou stran a smlouva by tedy měla být uzavřena bez dalšího. Při hodnocení reakce kupujícího pouze jako výzvy k podání nabídky je třeba celý proces ještě jednou zopakovat a celý kontraktační proces je tak teoreticky dvakrát dražší než v předchozím případě.

prezentuje svou dostatečně popsanou službu či zboží a spolu s tím uvede cenu, je taková prezentace návrhem na uzavření smlouvy, ledaže to podnikatel v nabídce vyloučí. To plyne z povahy normy, v níž zákonodárce konstruuje vyvratitelnou právní domněnku. Smlouva je pak uzavřena již doručením akceptace podnikateli. K samotné nabídce pak může docházet prostřednictvím reklamy, katalogem či vystavením zboží. Vystavení se může dít fyzicky i elektronicky. Může jít o pouhé vyobrazení či popis, přičemž není rozhodné, zda se tak děje mezi přítomnými, či nepřítomnými osobami³⁰⁶. Zcela typické využití tohoto ustanovení bude v případě e-shopů. Mezi další možnosti pak zařadíme třeba užití u různých televizních nabídek, inzerce fyzické i například e-mailové, ale také při vystavení zboží na různých předváděcích akcích či veletrzích nebo jeho prezentace na citylightu.

Velmi zajímavá je tato otázka z pohledu inkorporace obchodních podmínek. Ustanovení § 1732 odst. 2 OZ je aplikovatelné v případě elektronické i neelektronické kontraktace. Inkorporační doložka a objektivní možnosti seznámení se s obsahem obchodních podmínek před uzavřením smlouvy jsou obligatorními předpoklady řádné inkorporace obchodních podmínek. Z hlediska citylightu, letáků, katalogů či jiné obdobné prezentace není vyloučeno, že bude možné požadavkům na inkorporaci obchodních podmínek dostát, avšak dle okolností konkrétního případu je třeba zvážit, zda se pojmově ještě jedná o obchodní podmínky ve smyslu nepřímého ujednání, anebo již o vlastní text smlouvy³⁰⁷. Je zřejmé, že tyto prostředky prezentace ani nejsou primárně určeny k přenosu zásadnějšího množství textu (souboru nepřímých smluvních ujednání). Ještě o poznání horší situace pak nastane v případě nabídky učiněné fyzickým vystavením zboží. Zde by bylo nutné k platnému začlenění obchodních podmínek výrazným způsobem upozornit na skutečnost, že tyto budou součástí následně uzavřené smlouvy. Tento požadavek je možné splnit například na samotných cenovkách u zboží nebo samostatným oznámením se sdělením, jak a kde je možné se s obchodními podmínkami seznámit (například že jsou k vyžádání u obsluhy). Při fyzické kontraktaci však není dostatečnou možností seznámení se s nimi odkaz na internetové stránky. Lze proto shrnout, že požadavek na to, aby nabídka

³⁰⁶ HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 78.

³⁰⁷ To však bude v řadě případů zřejmě teprve až po uzavření konkrétní smlouvy.

obsahovala inkorporační doložku obchodních podmínek a existovala možnost se s těmito seznámit, je nutné zachovat i tehdy, pokud se na daný případ aplikuje domněnka dle ustanovení § 1732 odst. 2 OZ.

Jak již bylo uvedeno, aplikace zmíněného ustanovení je omezena podmínkou, že nabídka musí být učiněna při podnikatelské činnosti oferenta. Téměř stejnou oblast právních vztahů však pokrývají i ustanovení § 1780 a násl. OZ, která upravují institut veřejné nabídky, a to na rozdíl od předchozí právní úpravy obecně, nikoliv pouze ve vztahu k podnikatelské činnosti oferenta. O veřejnou nabídku se jedná tehdy, pokud se projev vůle navrhovatele obrací s návrhem na uzavření smlouvy k neurčitým osobám. Rozhodné pro rozlišení dvou posledně zmíněných ustanovení pak bude, zda je u navrhovatele možné dovodit vůli být vázán v případě akceptace. Podstatný rozdíl spočívá v tom, že ustanovení o veřejné nabídce se použije ve všech druzích soukromoprávních vztahů, tedy i ve vztazích C2C. Pokud si představíme například internetový inzerát nepodnikatele, ze kterého budou zřejmé jak podmínky nabízené smlouvy, tak i vůle být v případě přijetí vázán návrhem, bude takový inzerát veřejnou nabídkou, a tedy i ofertou. Nepoužijí se tedy dřívější závěry Nejvyššího soudu vyjádřené v rozsudku ze dne 26. 6. 2002, sp. zn. 25 Cdo 1454/2000³⁰⁸, ve kterém bylo uvedeno, že inzerát není návrhem na uzavření smlouvy, ale pouhou výzvou k podávání nabídek. V posuzovaném případě však šlo právě o vztah, v režimu občanského zákoníku 1964, který neobsahoval úpravu veřejné nabídky, a proto nebyl inzerát považován za ofertu. Současně je třeba ve vztahu k institutu veřejné nabídky upozornit na informační povinnost dle ustanovení § 1783 a 1784 OZ. Tato povinnost bude pak dopadat také na vztahy podřízené ustanovení § 1732 odst. 2 OZ, a to z důvodu naplnění podmínek nejen tohoto ustanovení, ale i vymezení veřejné nabídky³⁰⁹.

Pokud jde o otázku obchodních podmínek, lze si jen s velkou dávkou kreativity představit nepodnikatele, který při své kontraktaci používá obchodní podmínky. Pokud by se taková situace však přihodila, lze pro řešení otázky začlenění obchodních podmínek do smlouvy odkázat na výklad výše vztahující

³⁰⁸ Toto rozhodnutí v souladu s dřívější právní úpravou výslovně uvádí, že inzerát není veřejným příslibem ani návrhem na uzavření smlouvy.

³⁰⁹ HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 79.

se k ustanovením § 1751 odst. 2 OZ či § 1780 a násl. OZ, neboť neexistuje žádný relevantní rozdíl, který by odůvodňoval v této otázce odlišný přístup.

Zcela rozdílné nároky konečně vyžaduje situace, kdy nabídku na uzavření smlouvy činí podnikatel jednající v souvislosti se svou podnikatelskou činností, zatímco akceptantem je spotřebitel. V takovém případě je třeba zohlednit také specifika takového vztahu obsažená v ustanoveních § 1810 a násl. OZ o závazcích ze smluv uzavíraných se spotřebitelem. Jedním z těchto specifik je informační povinnost dle ustanovení § 1811 a 1820 OZ, která musí být podnikatelem vůči spotřebiteli splněna v dostatečném předstihu před tím, než je spotřebitel vázán svým projevem vůle. Z toho plyne požadavek na inkorporaci obchodních podmínek spočívající v tom, že spotřebitel musí mít dostatek času k tomu, aby se mohl s obchodními podmínkami seznámit³¹⁰. K nedodržení tohoto požadavku může dojít například tehdy, pokud je vyplňování objednávky spotřebitele časově omezeno typicky z důvodu rezervace vybraného zboží³¹¹. Pro oblast elektronické, resp. distanční, komunikace je informační povinnost zmírněna v ustanovení § 1824 odst. 2 OZ, podle kterého je možné některé povinné sdělované údaje sdělit spotřebiteli až po uzavření smlouvy, a to až do doby plnění. Na elektronickou kontraktaci se vztahuje také ustanovení § 1826 OZ, které upravuje informační povinnost spotřebitele o převážně technických otázkách kontraktace³¹². Dle ustanovení § 1827 OZ je pak podnikatel povinen potvrdit spotřebiteli neprodleně uzavření smlouvy a poskytnout mu její znění spolu s textem obchodních podmínek.

³¹⁰ Tento požadavek lze vztáhnout na inkorporaci jako takovou. V podnikatelských vztazích je však dle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ možné inkorporovat obchodní podmínky i pouhým odkazem s tím, že se předpokládá jejich znalost. V takovém případě pak bude poskytnutí doby k pročetí obchodních podmínek zcela zbytečné.

³¹¹ Jedná se o situaci, kdy má podnikatel k dispozici pouze omezené množství prodávaného zboží, například letenek na konkrétní let. V okamžiku, kdy si spotřebitel zvolí letenky v rámci e-shopu, jsou tyto „předrezervovány“ tak, že si je jiný spotřebitel po tuto dobu nemůže zvolit. Aby nedocházelo k blokaci těchto letenek po nepřiměřenou dobu, může být vyplňování objednávky omezeno časovým limitem, po kterém dojde ke zrušení objednávky a předrezervace letenek. V takovém případě však nevyhnutelně dochází také k omezení spotřebitelova času na studium obchodních podmínek. Bude tedy záležet na nastavení konkrétního obchodu (zda jsou podmínky dostupné i mimo objednávku, jak dlouhá je lhůta k vyplnění objednávky apod.) při posouzení, zda toto pravidlo není zasaženo.

³¹² Zda bude uzavřená smlouva spotřebiteli přístupná, v jakých jazycích lze smlouvu uzavřít, jaký je proces uzavírání smlouvy, o možnosti opravy chyb při vyplňování a o dodržovaných kodexech chování podnikatele.

2.8.3 Obchodní podmínky jako součást elektronické kontraktace

Využití elektronických komunikačních prostředků se pojí s určitými odlišnostmi nejen ve vztahu ke kontraktačnímu procesu jako celku, ale také k jeho dílčím prvkům, mimo jiné právě k použití obchodních podmínek. Požadavek na písemnost elektronického právního jednání nebude u obchodních podmínek tak těžké naplnit jako v případě vlastního textu smlouvy. U obchodních podmínek jako nepřímých smluvních ujednání zákon obecně nepočítá s tím, že budou podepsány; podpis neplní krycí funkci jako v případě vlastního těla smlouvy, jehož jsou součástí. Pokud vyžaduje uzavírání smlouva písemnou formu, vztahuje se samozřejmě požadavek písemné formy také na obchodní podmínky. S ohledem na formu nepřímého smluvního ujednání však nemusí být splněna podmínka identifikace jednající osoby přímo z textu obchodních podmínek, jak ji předvídá ustanovení § 562 OZ. K zachování písemné formy elektronického právního jednání postačí, pokud bude vlastní text smlouvy zachycený standardními prostředky elektronické komunikace (e-mailová korespondence) a podepsaný jednající osobou – byť pouze obyčejným elektronickým podpisem či dokonce pouhým uvedením jména v záhlaví datové zprávy. U obchodních podmínek je pak třeba³¹³, aby byl jejich obsah nesporně zachycený – nejčastěji půjde zřejmě o dokumenty ve formátu *.doc*, případně jiném obdobném formátu. Technologický prostředek pro zachycení obsahu je pak třeba volit tak, aby byla zachována integrita dokumentu a aby nedocházelo k jeho excesivním změnám (do textu formátu *.doc* je nepochybně mnohem snazší zasáhnout, než je tomu u formátu *.pdf*). Současné technologické prostředky však většinou umožňují i dodatečně zjistit, zda nebyl obsah elektronického dokumentu měněn.

Významným tématem je inkorporace obchodních podmínek. Ta se v zásadě neliší v situacích, kdy je smlouva uzavírána pomocí prostředků elektronické kontraktace, od situace, kdy je uzavírána jinými způsoby. Inkorporace obchodních podmínek se však bude lišit podle toho, zda se jedná o kontraktaci prostřednictvím elektronické pošty, webových stránek (e-shopu) nebo

³¹³ Jednak s ohledem na důkazní situaci, ale dále také s ohledem na skutečnost, že obchodní podmínky mohou existovat z povahy věci pouze v písemné formě, resp. musí být jednoznačně zachycený jejich obsah. Odlišný je samozřejmě přístup v případě tzv. materiálního pojetí obchodních podmínek, k němuž se kloní německá doktrína. Více k tomu viz kapitulu 1.1.

učiněnou telefonicky (o čemž podrobně pojednává výklad níže). Ve všech případech však – pokud se nejedná o obchodní podmínky vypracované zájmovými nebo odbornými organizacemi – musí být splněny podmínky v ustanovení § 1751 odst. 1 OZ. Jednak je třeba ve vlastní smlouvě jasně odkázat na to, že součástí smlouvy jsou i obchodní podmínky, a současně dát druhé smluvní straně dostatečnou možnost se s jejich zněním předem seznámit (buď jejich přiložením, anebo ji s nimi seznámit fakticky). V některých případech bude z povahy věci problematické zajistit přiložení obchodních podmínek (typicky v případě hlasové telefonické komunikace), takže jedinou myslitelnou variantou bude s nimi druhou smluvní stranu skutečně seznámit (a případně to následně prokázat).

Za situace, kdy při klasické i elektronické kontraktaci má druhá smluvní strana dostatečnou možnost se s textem obchodních podmínek seznámit, není legitimní vyžadovat u elektronické kontraktace odlišnou obsahovou kontrolu. U elektronických obchodních podmínek připadá však v úvahu specifická aplikace ustanovení § 1753 OZ o neúčinnosti překvapivých ujednání. Zvláště při kombinaci více elektronických obchodních podmínek, případně dalších nepřímých smluvních ujednání obecně může vyvstat zvýšené riziko toho, že ustanovení bude překvapivé pro způsob jeho vyjádření. Navíc v případě elektronických právních jednání lze hůře zajistit, že druhá smluvní strana výslovně přijme určitá ustanovení a tím zabráni důsledkům aplikace ustanovení § 1753 OZ. V případě listinných písemných právních jednání k výslovnému přijetí dochází zpravidla tak, že druhá smluvní strana podepíše prohlášení, že se seznámila s určitými ustanoveními, jejichž text bude v tomto prohlášení obsažen. V případě e-mailové korespondence si lze představit situaci, kdy jedna smluvní strana zašle druhé smluvní straně e-mail se zněním předmětných ustanovení obchodních podmínek a požádá ji, aby v odpovědi potvrdila, že se s nimi seznámila. Oproti písemnému listinnému právnímu jednání však chybí bezprostřednost jednotlivých fází kontraktace, neboť při uzavírání smlouvy e-mailovou korespondencí obvykle vznikají časové prodlevy. Pro druhou smluvní stranu proto může být snazší na e-mailovou zprávu nereagovat. Řešením je výčet ustanovení obchodních podmínek zaslat současně s nabídkou smlouvy nebo akceptací, k níž jsou připojeny obchodní podmínky. S ohledem na požadavek *výslovného* přijetí

určitě nelze dovozovat, že by mohlo mlčení smluvní strany (absence její reakce na e-mail) znamenat souhlas. Obdobně by asi požadavku výslovného přijetí neodpovídala ani situace, kdy jedna smluvní strana druhé straně zašle prostřednictvím e-mailu výčet určitých ustanovení v obchodních podmínkách se lhůtou pro tzv. „opt-out“, po jejímž marném uplynutí by se nečinnost smluvní strany považovala za přijetí těchto ustanovení.

Výslovné přijetí překvapivých ustanovení je možné řešit také v případě e-shopů. Lze si představit, že kromě standardního políčka vyjadřujícího souhlas s obchodními podmínkami mohou následovat ještě další okna, v nichž se zobrazí znění vybraných ustanovení a systém zákazníkovi neumožní pokračovat v objednávce (zejména ji odeslat), dokud neodsouhlasí znění těchto ustanovení. Následku neúčinnosti konkrétních ustanovení pro jejich překvapivost se lze vyhnout také tím, že osoba předkládající obchodní podmínky zajistí, že určitá ujednání nebudou pro druhou stranu neočekávatelná.³¹⁴ To lze zajistit například tak, že bude potenciální akceptant při přijímání obchodních podmínek výslovně upozorněn na konkrétní (potenciálně překvapivá) ustanovení i s jejich stručným obsahem.

Aby nebyla následně zpochybněna skutečná vůle smluvních stran, je třeba věnovat zvláštní pozornost i samotnému technickému zajištění souhlasu s obchodními podmínkami. Riziko, že byly obchodní podmínky odsouhlaseny omylem, lze zmírnit přinejmenším tím, že souhlas s obchodními podmínkami nebo jejich ustanoveními nebude automaticky přednastaven, ale webový formulář bude vyžadovat jednak označení políčka souhlasu s obchodními podmínkami, jednak kliknutí na tlačítko „odeslat objednávku“ a podobně. K projevu vůle se tedy bude vyžadovat nikoliv jedno, ale dvě samostatná kliknutí myši. Pak si lze – v případě podnikatelských právních vztahů – jen stěží představit argumentaci, která by zpochybňovala skutečnou vůli jednatelů a její projev.

³¹⁴ Teorie práva rozlišuje dva způsoby, jak se vyhnout následku stanovenému určitou právní normou. Prvním z těchto způsobů je zpochybnění hypotézy normy, což v konkrétním případě znamená vyloučení překvapivosti ujednání. Druhým způsobem je pak aplikace protinormy, v případě překvapivosti tedy výslovného přijetí. Blíže k tomu CHALUPA, Radim. Vybrané otázky důkazního břemene v řízení o zaplacení směnečného nároku. *Bulletin advokacie*. 2015, roč. 2015, č. 12, s. 26.

2.8.4 Jednotlivé oblasti inkorporace obchodních podmínek v elektronických právních jednáních

2.8.4.1 *Varianty elektronických obchodních podmínek využívaných v obchodním styku a jejich inkorporace*

Volba konkrétní podoby inkorporační doložky a případného zajištění známosti obchodních podmínek akceptantovi tak, aby byly zajištěny požadavky zákona, velmi výrazně závisí na konkrétním zvoleném komunikačním prostředku, prostřednictvím kterého dochází k uzavření smlouvy, resp. k nabídce. V návaznosti na předchozí text zachováváme předchozí členění elektronické komunikace na kontraktaci prostřednictvím elektronické pošty, webových stránek a telefonicky.

Obchodní podmínky a elektronická pošta

Jako nejčastější prostředek elektronické kontraktace si lze v dnešní době představit kontraktaci prostřednictvím internetu. Zde je však nutné oddělit dva relativně samostatné režimy. Klasickým způsobem je uzavírání smlouvy výměnou **elektronické pošty**. Tento způsob má jisté výsadní postavení v rámci internetové kontraktace, neboť se v zásadě jedná o obdobu běžné kontraktace korespondenční, pouze využitím jiného prostředku přepravy zpráv. Tuto skutečnost zohledňuje například ustanovení § 1827 odst. 1 OZ, které označuje elektronickou poštu za individuální komunikaci. Pokud jde o samotnou otázku inkorporace obchodních podmínek při e-mailové komunikaci, tato v praxi nečiní výraznějších problémů. Obchodní podmínky stačí pouze přiložit jako přílohu zprávy a odkázat na ně v textu, aby nedošlo k jejich přehlédnutí. Pouhé přiložení obchodních podmínek jako přílohu e-mailu nenaplní podmínku odkazu vyžadovaného ustanovením § 1751 odst. 1 OZ. Nutností však je (což se vztahuje i na ostatní způsoby elektronické kontraktace), aby přiložené obchodní podmínky byly poskytnuty v některém z obvyklých formátů, u kterých lze legitimně očekávat, že i druhá strana bude technicky způsobilá takový formát zobrazit³¹⁵. Jako vhodné formáty lze uvést například formáty *.doc .docx .pdf .xls* či *.xlsx*. Obchodní podmínky je možné také připojit v některém z obrázkových formátů, například

³¹⁵ CSACH, Kristián. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 83.

.jpg nebo *.gif*; v těchto případech však může být problematické, že v takto poskytnutých podmínkách není možné fulltextové vyhledávání, což může dramaticky ztěžovat orientaci v textu (například vyhledání všech smluvních pokut, které podmínky obsahují). Při výměně elektronické pošty také pravděpodobně nebude docházet k problémům s dobou potřebnou k seznámení se s předloženými obchodními podmínkami, ledaže by navrhovatel závaznost své nabídky omezil na nepřiměřeně krátký čas.

Obchodní podmínky v e-shopech

Druhým obvyklým způsobem uzavírání smluv na internetu je prostřednictvím webových stránek, tedy různých **e-shopů**. Pro tuto formu elektronické kontraktace jsou obchodní podmínky zcela typické a jen s velkými obtížemi bychom hledali internetový obchod, který nemá vlastní obchodní podmínky. K samotnému začlenění obchodních podmínek postačí opět odkaz ve smlouvě a současně jejich dostupnost. Zde je však třeba na rozdíl od elektronické pošty dbát na to, aby tento odkaz na obchodní podmínky byl na dostatečně výrazném místě, a bylo tak eliminováno riziko jeho přehlédnutí. Proto nelze než doporučit umístění odkazu na samostatnou stránku, ze které je nutné následně aktivně pokračovat dále (například kliknutím na tlačítko „*souhlasím s podmínkami a chci pokračovat v objednávce*“ – pro tento způsob inkorporace se vžilo označení „**click-wrap**“³¹⁶). Za minimum lze považovat alespoň nutnost aktivního označení, že byl objednávající seznámen s obchodními podmínkami a s těmito souhlasí. Tento mechanismus bude funkční především v případě, že políčko pro souhlas nebude předvyplněné; v opačném případě by mohlo dojít k přehlédnutí této inkorporační doložky. Pokud jde o samotné seznámení se s textem obchodních podmínek, či o možnost se s těmito seznámit, existuje zde celá řada technických řešení, s nimiž v zásadě není z právního hlediska žádný problém a lze je považovat za správná. Může jít například o možnost stažení souboru s obchodními podmínkami (zde lze odkázat výše na předcházející text o formátech

³¹⁶ K tomu viz CHALOUPOKOVÁ, Helena. Komentář k ustanovení § 2373. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část* (§ 2055–3014). Komentář. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 631. Rozlišování click-wrap, click-through či browse-wrap se objevuje především ve vztahu k licenčním smlouvám; vzhledem k obecnosti fungování jednotlivých mechanismů však lze tyto aplikovat i na jiné smluvní typy. K tomu viz ŠCERBA, Tomáš. *Elektronická kontraktace v právní praxi* [online]. Brno, 2009 [cit. 22. 7. 2016]. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

souborů), jejich přímé zobrazení, ať již v celém okně objednávky, či jen v jeho části, nebo o pouhý průklepový odkaz s možností podmínky zobrazit (pokud je tento funkční). Objevují se také velice spolehlivé způsoby, jakými jsou například do stránky vložená okna s podmínkami, která umožní pokračování v kontraktaci až po jejich úplném skrolování, tj. po „přečtení“ obchodních podmínek. Z hlediska inkorporace není mezi uvedenými způsoby rozdíl. Problematické naopak mohou být obchodní podmínky obsažené ve vyskakovacích oknech, u nichž je dnes běžnou praxí a funkcí internetových prohlížečů jejich blokování³¹⁷.

Dle již zmíněného ustanovení § 1827 odst. 2 OZ je třeba spotřebiteli zaslat neprodleně po uzavření smlouvy znění smlouvy i s obchodními podmínkami. Nabízí se otázka, zda je povinnost poskytnout po uzavření smlouvy (již jednou odsouhlasené) obchodní podmínky také smluvnímu partnerovi, který spotřebitelem není, tedy v jiných než B2C vztazích. Výslovně taková právní povinnost z občanského zákoníku, ani z jiného právního předpisu, nevyplývá. Argumentem pro implicitní zakotvení této povinnosti by mohlo být znění ustanovení § 6 OZ týkajícího se zásady poctivosti ve spojení s ustanovením § 545 OZ, které uvádí, že právní jednání vyvolává následky vyplývající nejen z jeho jazykového vyjádření, ale též z dobrých mravů, zvyklostí a zavedené praxe stran. V konkrétním případě by v závislosti na okolnostech mohlo být možné dovodit, že povinnost zaslat komplexní smlouvu včetně jejich nepřímých ujednání z dobrých mravů i zvyklostí plyne. Pokud by pak kompletní text smlouvy poskytnut nebyl, jednalo by se o porušení smluvní povinnosti na straně toho ze smluvních partnerů, o jehož obchodní podmínky by v konkrétním případě šlo, případně i obou smluvních stran.

Nelze pak než doporučit zaslání kompletní smlouvy i akceptantům, kteří nejsou spotřebiteli. V opačném případě u nespotebřitelů sice teoreticky dojde k uzavření smlouvy i s obchodními podmínkami³¹⁸, nicméně pak lze důvodně namítat, že takové „zatajování“ podmínek naplňuje znaky jednání v rozporu s obchodními zvyklostmi či požadavkem poctivosti dle ustanovení § 6 OZ.

³¹⁷ CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 82.

³¹⁸ Ustanovení § 1751 OZ vyžaduje pouze, aby byly obchodní podmínky připojeny k nabídce. Za splnění této podmínky má akceptant možnost se s nimi seznámit a při uzavírání smlouvy jejich obsah vyhodnotit.

Obchodní podmínky a telefonická kontraktace

Poměrně zvláštní případ inkorporace obchodních podmínek můžeme pozorovat u **telefonické kontraktace**. Telefonickou komunikaci, ač může být vhodným prostředkem pro uzavírání smluv, lze stěží považovat za vhodný prostředek pro začleňování obchodních podmínek. Velmi těžko se totiž budou při telefonické komunikaci připojovat k nabídce obchodní podmínky. Teoreticky si lze představit situaci, kdy budou druhé smluvní straně obchodní podmínky do telefonu přečteny (ať již osobou, případně puštěny ze záznamu). V takovém případě se však stávají součástí hlavní smlouvy a ztrácí tak svou povahu vedlejšího smluvního ujednání. V popsaném případě také narážíme na podmínku poskytnutí druhé smluvní straně dostatek času k tomu, aby se mohla s obchodními podmínkami seznámit.

Jako určité řešení výše uvedeného problému lze považovat situaci, kdy se druhá smluvní strana s obchodními podmínkami seznámí jinak, přičemž poté do telefonu pouze prohlásí, že jí jsou obchodní podmínky známy. Prakticky může taková situace vypadat například tak, že navrhovatel zavolá potenciální druhé smluvní straně (v případě spotřebitele ji v souladu s ustanovením § 1825 OZ informuje o sobě a o účelu hovoru) a nabídne jí uzavření smlouvy o určitém obsahu (podstatných náležitostech) s tím, že současně sdělí, že součástí případné smlouvy budou obchodní podmínky, se kterými je možné se seznámit na sděleném místě (typicky na internetu, ale například i na pobočce podnikatele). Následně dojde k ukončení hovoru. Po nějakém čase nutném k seznámení se s obchodními podmínkami opět proběhne hovor, kde již akceptant prohlásí, že jsou mu obchodní podmínky známy, s těmito se seznámil, a souhlasí s nimi. Při takovém postupu se obchodní podmínky stanou součástí smlouvy, byť tato byla uzavřena ústně a prostřednictvím telefonu. V případě spotřebitele je pak opět třeba zaslat mu úplné znění smlouvy i obchodních podmínek v textové podobě.

Obchodní podmínky a SMS zprávy

Pokud pak jde o zvláštní druh elektronické pošty, kterým je kontraktace pomocí **SMS zpráv**, zde je prakticky nemožné začlenění obchodních podmínek jiným způsobem, než jak je uvedeno v předchozí části o telefonické kontraktaci, tedy jejich poskytnutí jiným způsobem. Samotná povaha SMS

zpráv neposkytuje dostatek prostoru k obsáhlejšímu sdělení. I pouhá inkorporační doložka bude u tohoto prostředku problematická. Při užívání odlišných způsobů předložení obchodních podmínek, než jakými probíhá samotná kontraktace, je však nutné zohlednit i případnou nedostupnost těchto prostředků pro druhou smluvní stranu. Ani v dnešní technické době nemůžeme bez dalšího tvrdit, že přístup k internetu je běžnou součástí života všech³¹⁹. Nelze proto v žádném případě za dostatečnou inkorporaci obchodních podmínek považovat odkaz na internetovou stránku, vyjma případů, kdy by sama kontraktace byla prováděna prostřednictvím internetu.

2.8.4.2 *Shrink-wrap smlouvy*

Rozvoj informačních technologií přinesl ještě další způsoby inkorporace obchodních podmínek. Specifikum zde nespočívá v uzavírání smlouvy prostřednictvím elektronické kontraktace, ale jde o zvláštní produkt a jeho specifickou distribuci zákazníkům.

Samostatnou kategorií inkorporace obchodních podmínek představují ***shrink-wrap*** obchodní podmínky. Jedná se zpravidla o nákup digitálních nosičů či dalšího zboží distribuovaného v ochranném obalu, s jehož otevřením smlouva spojuje následek souhlasu s podmínkami, které jsou však dostupné až po jeho otevření³²⁰. Zpravidla se jedná o datový obsah – například software, filmy, hudbu apod., u něhož po otevření ochranného obalu není možné ani odstoupení od smlouvy dle spotřebitelského ustanovení § 1837 písm. l) OZ. U těchto shrink-wrap dohod spočívá hlavní problém právě v tom, že akceptant nemá možnost se s obchodními podmínkami seznámit předem, a proto se tyto nemohou stát součástí uzavřené smlouvy.

V souvislosti s nákupem digitálního obsahu je však nutné rozlišit dvě různé situace. První z nich je stav, kdy do hry vstupují pouze dva subjekty, tedy dodavatel a odběratel. Dodavatel uzavře s odběratelem smlouvu například

³¹⁹ Dle zprávy Krajské pobočky Českého statistického úřadu v Brně byla v roce 2014 vybavenost domácností internetem v Jihomoravském kraji 73,1 %. Jednotlivců užívajících internet pak v Jihomoravském kraji bylo 77 %. S ohledem na stáří dat lze sice očekávat již poněkud vyšší čísla, v žádném případě však nepůjde o hodnoty odůvodňující závěr o všeobecné dostupnosti a užívání internetu. Dostupné z: <https://www.czso.cz/csu/xb/pocitace-a-internet-v-domacnostech-2014>

³²⁰ CSACH, Kristián. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 84.

o koupi určitého datového obsahu na fyzickém nosiči. Na obalu tohoto nosiče bude uvedeno, že jeho otevřením odběratel souhlasí se zněním obchodních podmínek, které jsou uvnitř obalu. V takovém případě nemůže dojít k platné inkorporaci obchodních podmínek z prostého důvodu, že tyto nebyly známy odběrateli před uzavřením smlouvy. V okamžiku otevření ochranného obalu již smluvní vztah existuje v ujednaném obsahu a existence obchodních podmínek uvnitř obalu na tom nic nezmění. Tato situace může nastat prakticky pouze v případech, kdy je dodavatelem přímo autor digitálního obsahu.

Odlišná a o poznání komplikovanější situace však nastane v případě, že dodavatel a autor obsahu budou odlišné osoby. Typickým příkladem je nákup software na hmotném nosiči v supermarketu. Odběratel si v supermarketu zakoupí hmotný nosič (například DVD) se softwarem a uhradí za něj kupní cenu. Tím je tedy uzavřena kupní smlouva, jejímž předmětem je právě toto DVD. K užívání tohoto digitálního obsahu se však po odběrateli ještě navíc vyžaduje, aby vstoupil do smluvního vztahu zpravidla s autorem digitální informace³²¹. Odběratel se tedy dostává do situace, kdy již sice zaplatil cenu za odebraný software, avšak k jeho používání musí uzavřít další smluvní vztah, zpravidla na základě licenční smlouvy. Je otázkou, jakým způsobem je možné řešit situace, kdy odběratel nebude souhlasit se zněním licenční smlouvy, a také, zda má odběratel možnost se nějakým způsobem domoci vrácení již uhrazené částky v případě, že nebude ochoten uzavřít takto interně vyžadovanou licenční smlouvu. Řešení obou otázek závisí na tom, zda se v takovém případě podaří nějakým způsobem zpochybnit uzavřenou kupní smlouvu se supermarketem, kterému byly peníze vyplaceny. Lze se proto domnívat, že jedinou možností je cesta prostřednictvím nároků z vad prodané věci, tj. argumentace skutečností, že licenční podmínky se ve smyslu ustanovení § 2099 OZ ve spojení s ustanovením § 2095 OZ natolik vymykaly běžnému a očekávatelnému standardu, že prodaný nosič v jejich

³²¹ Jde o klasické licenční podmínky typicky při užívání software, tzv. EULA (End User License Agreement) – licence koncového uživatele. Tyto licenční podmínky například upravují, jakým způsobem smí odběratel zasahovat do software, že jej nesmí dále šířit apod.

důsledku nebyl vhodný pro účel patrný ze smlouvy³²². Lze samozřejmě namítat, že prodejce software nemá možnost žádným způsobem kontrolovat či dokonce ovlivnit licenční podmínky jím prodáváného softwaru. Stále má však podstatně lepší možnost ovlivnit takové riziko i zasadit se o další případné řešení situace (například vrácení ze stejného důvodu softwaru zpět autorovi), než je tomu v případě odběratele.

³²² Možnost vrácení v případě nesouhlasu s licenčními podmínkami dovedl v obdobném případě také Odvolací soud pro sedmý obvod Spojených států amerických v kauze ProCD, Inc. v. Zeidenberg, v tomto soud dovedl, že konečný uživatel je vázán i licenční dohodou, kterou v rámci užívání software odsouhlasil. Pokud s ní však nesouhlasí, má právo produkt vrátit prodejci.

3 INTERPRETACE OBCHODNÍCH PODMÍNEK

3.1 K výkladu smluvních ujednání

Význam obchodních podmínek, stejně jako význam jakéhokoliv jiného právně relevantního textu, může být pro běžného adresáta patrný bez většího intelektuálního úsilí. V takových případech sporný text obchodních podmínek bez obtíží – a aniž bychom řešili jejich podstatu – posoudíme podle jejich obsahu (§ 555 odst. 1 OZ). Vynaložené úsilí může být tak zanedbatelné, že se někteří autoři³²³ dokonce zdráhají označit je za „výklad“. Obtížnost ovšem není nutným znakem každého výkladu. Interpretace výrazů, jejichž význam a smysl nevzbuzuje žádné pochybnosti, může být skutečně velmi prostá – přesto však bude výkladem. Již rozhodnutí o tom, že znění textu je jednoznačné a nevyžaduje interpretaci, je totiž věcí výkladu, jakkoliv banální by takový „výklad“ byl.

Jako právníci se obvykle setkáváme s případy, které ovšem jednoduché nejsou, resp. jeví se tak jen na první pohled. U právně relevantních vyjádření – např. právě u obchodních podmínek – projevy účastníků často připouštějí různé výklady, resp. se různost výkladů objeví později – poté, co dojde ke sporu mezi stranami.

To je dáno zkušeností a zájmy tvůrce projevu, které se budou lišit od zkušeností a zájmů jeho příjemce (u adresného právního jednání), nemluvě o obdobných limitech na straně interpreta.

U písemně zachycených projevů k tomu přistupuje imanentní nedostatek každého textu: dokonale srozumitelný a jasný text je utopií. Vždy jsou zde nějaké zamlčené předpoklady, neznámý kontext či okolnosti, na které autoři nepamatovali či nemohli pamatovat. Text jako konzervovaná řeč přitom zpravidla není schopen sám nabídnout vysvětlení svých nejasných pasáží, a je tak nutné brát v úvahu i okolnosti stojící mimo něj.

³²³ Srov. např. Schmidt, H. Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth, 40. Edition. www.beck-online.de: „Da, wo der Wortlaut einer Klausel *eindeutig* ist, ist kein Raum für eine Auslegung“ (v pracovním překladu: „pokud je znění klauzule jednoznačné, není žádný prostor pro výklad“).

U právního jednání se obvykle rozeznávají dva typy výkladu – **jednoduchý** a **doplňující**³²⁴. V rámci jednoduchého výkladu můžeme rozlišovat tři interpretační postupy, jež se – zjednodušeně řečeno – liší mírou respektu interpreta ke skutečné vůli tvůrce.

V prvním z nich interpret zjišťuje vůli tvůrce v okamžiku právního jednání, hovoříme proto o empirickém či subjektivním výkladu. Nemusí jít nutně o náročnou a sofistikovanou interpretaci, často jde spíše jen o prostou recepci či jednoduchá skutková zjištění o (nejasně či nedostatečně projevené) vůli tvůrce projevu.

Druhá metoda výkladu projevu vůle směřuje k významu, který by mu dala **konkrétní protistrana**, jíž byl projev určen. V případě pochybností se ovšem výklad „normativizuje“ a jako referenční subjekt pak vystupuje **objektivní adresát** (*objektiver Empfänger, reasonable recipient, homme raisonnable*). V tomto smyslu se hovoří o objektivizujícím výkladu, který ovšem může být i zcela vědomou a aprobovanou misinterpretací, neboť se může lišit od skutečné vůle jednajícího.

Paušalizace je pak ještě více posílena u třetí varianty výkladu, kde již zcela odhlédneme od reálných účastníků a jejich konkrétních poměrů, když rozhoduje toliko **typický význam** sporného textu.

Shora uvedené základní interpretační postupy najdeme téměř ve všech národních právních řádech. Vyskytují se v různých podobách, poměrech a kombinacích a liší se důrazem buď na zjištění skutečné vůle, či na objektivní význam projevu. Obvykle je preferován empirický výklad s tím, že další etapy nastupují až v případě trvajících pochybností.

Co je vyjádřeno (ať již slovy, nebo jiným způsobem), vyloží se podle úmyslu jednajícího, byl-li takový úmysl druhé straně znám, anebo musela-li o něm vědět. Nelze-li zjistit úmysl jednajícího, přisuzuje se projevu vůle význam, jaký by mu zpravidla přikládala osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen. V právním styku s podnikatelem se výrazy připouštějící různý výklad posoudí podle pravidelného významu.

³²⁴ Ten není ani v rámci výkladu obchodních podmínek vyloučen. Blíže k předpokladům doplňujícího výkladu srov. v české literatuře zásadní příspěvek F. Melzera in: MELZER, Filip, TĚGL, Petr a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*. 1. vyd. Praha: Leges, 2014, s. 490 a násl.

Občanský zákoník tedy favorizuje empirický (subjektivní) výklad. Předpokládá v první řadě výklad dle úmyslu jednajícího; primárně jde vlastně spíše o skutková zjištění než o nějakou sofistikovanou interpretaci. Text pak má ustoupit vůli jednajícího, která je rozhodným prvkem interpretace (srov. znění § 556 odst. 1 OZ: „vyloží se podle úmyslu jednajícího“).

To však platí jen za podmínky, že o úmyslu druhá strana věděla, či o něm musela vědět. Subjektivní výklad se tedy za určitých podmínek „objektivizuje“ ve prospěch adresáta projevu. Pokud o úmyslu druhá strana nevěděla, lze výklad vést v intencích úmyslu jednajícího jen tehdy, pokud tato neznalost tkví v nedostatečné bdělosti a úsilí protistrany.

Ve frontě na realitu ovšem podle tvůrců občanského zákoníku nemá (resp. nemůže) interpret čekat věčně. Pokud není empirický výklad úspěšný, je na řadě druhá etapa, tj. objektivní (případně normativní) interpretace, kde projevy poměrujeme modelem obvyklého adresáta, tj. *in abstracto*.

Výklad typický pak nastupuje pouze v případech trvajících pochybností a bez dalšího pouze tam, kde jde o vztahy s podnikatelem. V případě, že ve vztahu figuroval nepodnikatel, je typický výklad možný pouze tehdy, pokud straně musel být obvyklý význam textu znám (srov. v podrobnostech ustanovení § 558 odst. 1 OZ).

Občanský zákoník současně stanoví kritéria, ke kterým se má při empirické interpretaci projevu vůle „přihlédnout“. Dle ustanovení § 556 odst. 2 OZ se má při výkladu projevu vůle zohlednit *a)* praxe zavedená mezi stranami v právním styku, *b)* to, co právnímu jednání předcházelo, *c)* to, jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají.

Systém výkladových pravidel pak doplňuje ustanovení § 557 OZ pravidlem výkladu *contra proferentem*, tj. výkladem vedeným k tíži toho, kdo sporného výrazu užil jako první³²⁵.

3.2 Specifika výkladu obchodních podmínek

U výkladu obchodních podmínek se pak objeví následující otázky: lze bez dalšího aplikovat pravidla pro výklad právních jednání? Nebo se od nich

³²⁵ K tomu srov. samostatný oddíl této kapitoly 3.4.

máme odklonit a aplikovat rezortní výkladové nástroje šité na míru obchodním podmínkám? Anebo ty obecné pouze doplníme o dodatečná interpretační kritéria – tak, abychom náležitě zohlednili zvláštní povahu obchodních podmínek?

Postoje v odborné literatuře i v (zahraniční) praxi u výkladu obchodních podmínek oscilují mezi dvěma hraničními póly, mezi kterými neurčitě meanduje „zlatá střední cesta“.

Na jedné straně stojí striktně objektivní metody interpretace, které často nedělají větší rozdíly mezi výkladem zákona a výkladem textu podmínek³²⁶.

Zastánci tohoto přístupu samozřejmě akceptují fakt, že obchodní podmínky nejsou zákonem, nicméně zohledňují „sociologickou“ podobnost obou pramenů – obvykle jsou určeny pro neurčitý širší okruh subjektů a vznikají bez účasti adresáta – tj. druhé strany – u tzv. všeobecných obchodních podmínek dokonce bez účasti obou stran.

Výklad má být proto veden s vědomím toho, že se týká většího množství standardizovaných kontraktů a není prostor pro zohlednění individuálních poměrů stran. Namísto je tak striktně objektivní výklad obchodních podmínek.

Negativa jsou zřejmá: pokud obchodní podmínky bereme jako „kvazizákon“ a tak jej také vykládáme, přijdeme o subjektivní okolnosti právního jednání, případně všechny další konkrétní okolnosti případu, jež bychom u právního jednání jinak zohlednili (zejména úmysl stran, pokud nebyl pro „interpretujícího“ dostatečně artikulován v textu „kvazizákona“).

Nevýhody lze demonstrovat i jinak. Jedním z výkladů u zákonných předpisů je výklad historický (originalistický), u kterého je – stručně řečeno – zákon poměřován předchozí právní úpravou. V kontextu obchodních podmínek to tedy znamená, že např. novou verzi jedné podmínek budeme srovnávat s dřívější verzí. Z těchto rozdílů pak dovodíme záměr odchýlného řešení určité otázky. Použijeme-li tento výklad u obchodních podmínek, opřeme interpretaci o dokument, který druhé straně vůbec nemusel být k dispozici. To se na první pohled jeví jako nelegitimní a neudržitelné. Na druhý pohled

³²⁶ Pro zjednodušení textu se omezujeme na obchodní podmínky zachycené v písemné formě, jakkoliv si lze představit i obchodní podmínky v ústní podobě.

to tak již být nemusí: představme si, že strany použily odkaz na obchodní podmínky vypracované odbornou či zájmovou organizací (§ 1752 odst. 3 OZ), která zde plní roli „faktického normotvůrce“, jemuž se strany dobrovolně podřídily s vědomím a znalostí geneze „předpisu“.

Protipólem shora prezentovaného objektivního výkladu je paušální aplikace interpretačních pravidel, která jsou stanovena pro (adresovaná) právní jednání – jako kdyby se obchodní podmínky od běžné smlouvy lišily jen opticky, a proto není nutno zohledňovat jejich specifika, tj. zejména skutečnost, že podmínky jako nepřímá ujednání zpravidla nevznikají jako výsledek „meetings of minds“ smluvních stran a jsou prosazovány a používány pro širší okruh osob vůli jedné ze stran.

V meziprostoru pak oscilují smířlivější či ambivalentní koncepce založené na kombinaci obou přístupů či vycházející z okolností daného případu.

3.3 Návrh interpretačního postupu při výkladu ustanovení obchodních podmínek

V rámci úvah o výkladu obchodních podmínek je předně nutné vyjít z jejich povahy. Autoři této publikace vycházejí z tzv. formálního pojetí obchodních podmínek, pro které je klíčové, zda jsou obchodní podmínky formálně odděleným dokumentem, na který se odkazuje. Jak již bylo uvedeno na jiném místě publikace, zahraniční právní řády³²⁷ ale podmínky obvykle pojmají materiálně, tj. podle toho, zda jde o předem připravená, opakovaně užívaná ustanovení, která přitom nejsou výsledkem individuální negociace³²⁸.

To vede např. k tomu, že jeden a týž dokument bude v ČR pojímán jako text obchodních podmínek, v SRN ale nikoliv. Představme si například, že část

³²⁷ Srov. také čl. 2. 1. 19. odst. 1 UNIDROIT: „Standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party“.

³²⁸ Srov. např. ustanovení § 305 odst. 1 německého BGB: „Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.“

textu obchodních podmínek bude výsledkem individuálních úprav provedených na žádost strany, které byly podmínky předloženy. Podle našeho práva i nadále půjde o obchodní podmínky, neboť rozhoduje kritérium formální (odkaz na externí pramen) a to bude naplněno: „individuálně“ adjustovaný text zůstává formálně součástí obchodních podmínek, které jsou přiloženy ke smlouvě. V SRN by ovšem tato pasáž obchodní podmínkou nebyla (§ 305 odst. 1 in fine BGB).

V obráceném gardu je rozdíl v přístupech ještě markantnější: bude-li část obchodních podmínek zkopírována do smlouvy (což je proces trvající u textových editorů několik sekund), ztrácí podle českého práva (připustíme-li, že český občanský zákoník vychází z formálního pojetí) kvalitu obchodních podmínek a je na ni dále nahlíženo jako na smlouvu. Ochrana druhé strany je v takovém případě zajištěna „jen“ právní úpravou adhezních smluv. V Německu je nerozhodné, kde jsou obchodní podmínky obsaženy, rozhoduje kritérium materiální. Jako obchodní podmínky jsou běžně klasifikovány celé pasáže ze smlouvy. Uvedené je potřeba mít na paměti při přejímání závěrů z německé doktríny, mj. právě z oblasti interpretace obchodních podmínek.

Pro určení pořadí interpretačních postupů bude podle našeho práva rozhodný **původ** vykládaného pojmu. Půjde-li o pasáže či výrazy v podmínkách, které byly „vyjednány“ stranami individuálně, jde sice podle našeho práva stále o součást obchodních podmínek, ovšem náš přístup se nebude příliš lišit od výkladu „běžné“ smlouvy. Z hlediska interpretace je pak vlastně nerozhodné, že jde o nepřímé ujednání. Jeho výklad se nebude lišit od standardní interpretace smlouvy.

Odchylná ujednání ve smlouvě mají mít samozřejmě přednost před zněním obchodních podmínek (k preferenci smlouvy srov. kapitolu 2), touto „podřízeností“ (která může být ovšem zdánlivá s ohledem na stejný způsob negociace a provázanost obou pramenů) veškeré rozdíly končí. Nastupují standardní interpretační postupy, které při zjištění obsahu (§ 555 OZ) začínají zjištěním úmyslu stran či jedné z nich – byl-li tento úmysl druhé straně znám, anebo musela-li o něm vědět. Nejsou-li tyto podmínky splněny, výklad se dále objektivizuje způsobem popsáním v oddíle 3.1 této kapitoly.

U obchodních podmínek vytvořených jednou ze stran, které nebyly předmětem individuální negociace a byly protistranou „přijaty“ paušálně (a takových bude v praxi většina), nebude už pro empirický výklad tolik prostoru. Nicméně ani pak nebude takový výklad vyloučen. Lze si např. představit, že text, který bychom bez dalšího interpretovali objektivně a odosobněně (např. skrze model průměrného adresáta či výkladem typickým), bude nakonec přeci jen vyložen podle úmyslu stran, neboť obě strany při realizaci smlouvy daly ve shodě najevo, jaký obsah a význam danému ujednání v obchodních podmínkách přikládají (§ 556 odst. 2 OZ) – a teprve poté se jejich „interpretace“ účelově rozešly.

Ani u obchodních podmínek, které se v podnikatelských vztazích mohly stát nepřímým ujednáním v souladu s ustanovením § 1751 odst. 3 OZ, není subjektivní výklad vyloučen (byť je přeci jen méně pravděpodobný). Žádnou ze stran sice nelze považovat za empirického autora obchodních podmínek – odpadá tak pátrání po jeho vůli i po tom, zda ji měla „zavnímat“ i druhá strana. Následné dodatečné postupy stran (např. komunikace o formulačně sporné podmínce, chování strany) ovšem mohou podmínky „subjektivizovat“ – a být tedy oporou pro výklad zohledňující vůli stran. U těchto tzv. všeobecných obchodních podmínek půjde ovšem spíše o výjimku: obvykle u nich budeme rovnou volit objektivizující způsoby výkladu.

3.4 Výklad contra proferentem

S výkladovým pravidlem, dle kterého má být pochybný výraz ve smlouvě vykládán k tíži toho, kdo jej zformuloval a prosadil, se setkáme ve většině právních řádů. Interpretace contra proferentem se zdá být pravidlem, jež je schopno prosadit se, i kdyby jej tvůrci tohoto či onoho předpisu ve svém „dobovém tanci“ opomenuli vyjádřit. Pro soudní praxi představuje velmi přitažlivý způsob interpretace, čemuž odpovídá i relativně intenzivní zájem doktríny. Starobylé a latinsky formulované pravidlo je intuitivně vnímáno jako „spravedlivé“, vždyť kdo jiný než autor sporného pojmu by měl snášet důsledky nejednoznačnosti svých slov. Výklad k tíži proferenta skvěle odůvodní tolik oblíbený kazatelský tón a samozřejmost,

s nimiž – od druhých – požadujeme jednoznačnou a dokonalou artikulaci³²⁹. Hodit se může i nejednoznačnost předpokladů jeho aplikace, neboť „pochybnosti“ o určitém výrazu si lze vytvořit bez většího intelektuálního úsilí a kdykoliv se to hodí. O jejich odstranění to zdaleka neplatí.

V rámci výkladu obchodních podmínek se výklad k tíži navrhovatele obchodních podmínek nabízí jako jeden z hlavních interpretačních postupů. Německý BGB jej ostatně normuje právě u obchodních podmínek jako hlavní výkladovou metodu.

Občanský zákoník převzal dosavadní řešení v ustanovení § 266 odst. 4 obchodního zákoníku: „*Projev vůle, který obsahuje výraz připouštějící různý výklad, je třeba v pochybnostech vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu použila.*“ Nominální resortnost úpravy *contra proferentem* v obchodním zákoníku poněkud mátlá některé české soudy, které limitovaly jeho aplikaci toliko na obchodně-právní vztahy³³⁰. Názornější ukázka negativních důsledků dualismu českého obligacního práva snad ani nemohla být podána.

Zejména díky rozhodovací činnosti Ústavního soudu, byl však postupně uznán univerzální charakter pravidla *contra proferentem*, které tak bylo aplikováno i na občanskoprávní volní projevy³³¹. Nyní je pravidlo *contra proferentem* formulováno v ustanovení § 557 OZ takto: „*Připouští-li použitý výraz různý výklad, vyloží se v pochybnostech k tíži toho, kdo výrazu použil jako první.*“ Tvůrci občanského zákoníku tak opustili mírnost formulace ObchZ svědčící spíše

³²⁹ KOTÁSEK, Josef. (Ne)žádoucí důslednost při výkladu *contra proferentem*. *Súkromné právo*. 2016, roč. 2, č. 1, s. 31.

³³⁰ Např. Nejvyšší soud (naštěstí jen spíše v podobě *obiter dictum*) ve svém rozsudku ze dne 29. 10. 2008, sp. zn. 32 Odo 763/2006, dospěl k závěru, že pro výklad sporného ustanovení pojistné smlouvy (!), která se tehdy neřídila obchodním zákoníkem, je „*interpretační pravidlo obsažené v § 266 ObchZ odst. 4 (...) z důvodu vyloučené aplikace obchodního zákoníku irelevantní, a proto není možné obtížnost jeho výkladu k tíži dovolatele přičítat.*“

³³¹ Srov. zejména nálezy Ústavního soudu ze dne 30. 11. 2001, sp. zn. IV. ÚS 182/2001, ve kterém soud u výkladu nejasných pojmů a ujednání kupní smlouvy uzavřené v režimu občanského zákoníku dovodil, že má „být aplikována zásada, že takové pojmy a ujednání je třeba vykládat v neprospěch toho, kdo je použil (...)“. Na to pak navazuje nálezy Ústavního soudu ze dne 2. 6. 2010, sp. zn. I. ÚS 2232/2007, podle kterého jsou obecné soudy při zjišťování obsahu smlouvy povinny použít každé interpretační pravidlo či princip, který je přiblíží spravedlivému výkladu právního úkonu vzhledem ke všem souvislostem a okolnostem případu, což však obecné soudy dle názoru Ústavního soudu v posuzovaném případě neudělaly, když nevykládaly mezi účastníky řízení sporné ujednání o výši nájemného k tíži strany, která výrazu použila jako první.

standardu než zákonnému pravidlu („je třeba“) a výklad k tíži toho, kdo výrazu užil jako první, formulují jednoznačně; navíc bez ohledu na to, kdy a kde bylo výrazu užito.

U obchodních podmínek se výklad contra proferentem nabízí jako dominantní výkladová metoda. Potíže ovšem nastanou s jeho „načasováním“.

Na první pohled je vyloučeno, že by se výklad contra proferentem zařadil do empirických výkladových postupů – o zjištění skutečné vůle u něj opravdu nejde. Vůle uživatele sporného pojmu je právě zde zcela irelevantní. Pro určení významu sporného pojmu je v zásadě významná toliko „výhodnost“ interpretačního výsledku poměřovaná optikou druhé strany. Nelze teoreticky vyloučit, že výsledek bude totožný se skutečnou vůlí oferenta, kterou nebylo možno určit empirickým výkladem (např. pokud pro sebe nevýhodný výsledek oferent skutečně zamýšlel a teprve následně začal taktizovat s neurčitostí významu).

Komplikovanější situace je u normativních, resp. typizovaných výkladových metod, u kterých je vůle účastníků (vzhledem k tomu, že ji nelze zjistit, resp. ji zjistit lze, ale druhá strana o ní nemohla vědět) bez významu a výraz posuzujeme podle normativního obvyklého adresáta či podle pravidelného významu. Ignorancí skutečné vůle jednajícího se pravidlo contra proferentem těmto výkladům blíží. Interpretační výsledek, který by jinak „dodal“ až výklad contra proferentem, dost možná poskytne již objektivní výklad z pohledu obvyklého adresáta.

Formulace výkladu contra proferentem v samostatném ustanovení dává tušit, že jeho zařazení do systému výkladových metod nebude až tak jednoduché. Teoreticky můžeme vycházet ze tří možností vztahu doktríny contra proferentem k normativnímu výkladu³³². S nadsázkou je možné tyto možnosti charakterizovat pomocí předložek „po“, „před“ a „během“ naznačujících časový okamžik, kdy se tento výklad aplikuje.

³³² HELLWEGE, Phillip. *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgelehrte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 278 a 507. V češtině k tomu AUGUSTÍNOVÁ, Kateřina. *Hierarchie metod při interpretaci smluvního textu*. Brno, 2015, 55 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Josef KOTÁSEK.

V první z nich (varianta „po“) leží výklad contra proferentem mimo pravidla normativního výkladu, není tedy s nimi v kolizi či v konkurenci. Výklad k tíži uživatele sporného pojmu je uplatněn až poté, co všechny empirické a normativní metody výkladu selhaly. Je tedy jakousi poslední zábranou před neplatností. Tento přístup je většinově zastáván v německé doktríně a judikatuře³³³. Striktně viděno, výklad contra proferentem by nebyl dokonce ani výkladovým pravidlem³³⁴. L. Raiser³³⁵ v této souvislosti upozaduje jeho účel, když uvádí, že cílem není ani ochrana smluvního partnera, penalizace uživatele sporného pojmu ani přenos interpretačního rizika k jeho tíži. Pravidlo contra proferentem podle něj primárně slouží veřejnému zájmu: „*Die Regel gilt nur subsidiär. Sie soll im öffentlichen Interesse verhindern, dass die Unklarheit der AGB, zu allgemeiner Rechtsunsicherheit führt.*“

Podobné pojetí lze ilustrovat např. na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 26. 1. 2012, sp. zn. 32 Cdo 6/2011 (k tomu ještě v podrobnostech dále). Podporuje ho např. stanovisko Z. Kovaříka, který uvádí, že význačným výrazům lze rozumět v tom smyslu, který je pro adresáta právního úkonu výhodnější, a k tíži osoby, která jej užila prvně, jen tehdy, když se význačný výraz nepodaří vyložit s přihlédnutím k tomu, co takový výraz v obchodním styku obvykle znamená, a dále s přihlédnutím ke všem okolnostem, za nichž došlo k projevu vůle, o jehož obsahu je sporu³³⁶. Přiklonit se k takovému výkladu, který jde k tíži strany, která význačného výrazu užila jako první, je možné podle něj až tehdy, nepodaří-li se tento výraz vyložit s přihlédnutím k okolnostem, za nichž k projevu došlo (z nichž může vyplynout úmysl jednající osoby a rovněž to, že tento úmysl byl nebo musel být druhé

³³³ Srov. zejména ilustrativní rozhodnutí německého BGH ze dne 29. 5. 2009, sp. zn. V ZR 201/08, podle kterého je pravidlo contra proferentem (upravené u obchodních podmínek v § 305c odst. 2 BGB) „ist nicht schon dann anzuwenden, wenn Streit über die Auslegung besteht, sondern erst dann, wenn nach Ausschöpfung der für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Betracht kommenden Methoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar sind“. Rozhodnutí obsahuje řadu odkazů na starší literaturu a judikaturu.

³³⁴ P. Hellwege jej v tomto pojetí přirovnává k ustanovení § 140 BGB upravujícímu konverzi (jehož ekvivalentem v českém právu je ustanovení § 575 OZ). HELLWEGE, Phillip. *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 507.

³³⁵ RAISER, Ludwig. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. 1935, s. 262. cit. dle HELLWEGE, op. cit., s. 279.

³³⁶ KOVÁŘÍK, Zdeněk. In: POKORNÁ, Jarmila a kol. *Obchodní zákoník. Komentář. II. díl*. 1. vyd., Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 1081.

straně znám), a dále k obvyklému významu sporného výrazu, který má tento v rámci obchodního styku³³⁷.

Ve druhé variantě („před“) se poměry zcela obracejí. Výklad *contra proferentem* je aplikován přednostně před pravidly normativního výkladu. Je-li zde prostor pro možný výklad, má být bez dalšího zaplněn výkladem k tíži uživatele výrazu. S tak přímočarou dominancí pravidla *contra proferentem* se v kontinentální literatuře ani judikatuře nikde nesetkáme. V tomto ohledu lze souhlasit s argumentací uvedenou v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 26. 1. 2012, sp. zn. 32 Cdo 6/2011, v němž se uvádí, že je z povahy věci vyloučeno, abychom sporné právní jednání vyložili podle pravidla *contra proferentem* bez zjištění úmyslu účastníků. Podle soudu by takový výklad popíral základní zásadu výkladu obchodněprávních úkonů, kterou je zásada zjištění úmyslu toho, kdo jednal.

Vyloučit variantu „před“ zcela ovšem přesto nemůžeme, byť spíše jen z faktických důvodů. U spotřebitelských smluv jí nabízí oporu čl. 5 věty druhé Směrnice Rady 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. Citované ustanovení v pochybnostech o výkladu spotřebitelských smluv preferuje výklad nejpříznivější pro spotřebitele³³⁸. Do českého práva jej transponuje § 1812 OZ: „Lze-li obsah smlouvy vyložit různým způsobem, použije se výklad pro spotřebitele nejpříznivější.“ Nominálně tedy nejde o interpretaci *contra proferentem*, neboť zájem spotřebitele je při výkladu upřednostněn (v zásadě) bez ohledu na to, kdo sporný výraz formuloval a do smlouvy prosadil. Co do výsledku se obě pravidla nakonec neliší – v postavení proferenta bude totiž téměř vždy podnikatel³³⁹. Rozchod obou pravidel ovšem nelze teoreticky vyloučit, stejně tak jako možnost, že budou stát proti sobě (sporný výraz prosadí do smlouvy asertivní spotřebitel³⁴⁰).

³³⁷ Srov. také URBANOVÁ, Veronika. *Výklad právních úkonů z pohledu obchodněprávní teorie a judikatury*. Brno, 2013. 60 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Josef ŠILHAN.

³³⁸ Do českého práva jej transponuje § 1812 OZ: „Lze-li obsah smlouvy vyložit různým způsobem, použije se výklad pro spotřebitele nejpříznivější.“

³³⁹ Jak k tomu uvádí V. Pilík (PILÍK, Václav. Výklad právních jednání *contra proferentem*. *Právní rozhledy*. 2013, roč. 21, č. 6, s. 201), „lze přitakat i zcela jednoznačně vyznívajícím názorům, že v citovaném ustanovení evropské směrnice nejde o nic jiného než o pravidlo *contra proferentem*“ (srov. také literaturu uvedenou v citované publikaci).

³⁴⁰ Pak se klade otázka, zda má dostat ochrana spotřebitele přednost i tehdy, když neurčitý pojem vzešel právě od něj. Na druhou stranu lze argumentovat profesionalitou podnikatele, který měl nevhodnost navrženého textu včas rozpoznat.

Konečně je nutno zmínit třetí variantu, u které bude výklad contra proferentem použit v průběhu interpretace jako součást normativního výkladu bez jednoznačně stanoveného načasování.

Jak vidíme z výše uvedeného, v českém právu můžeme vyloučit druhou z variant (aplikační přednost contra proferentem), nejednoznačný ovšem zůstane výsledek souboje varianty první a třetí.

Při podrobnějším pohledu zjistíme příčinu potíží se zařazením mezi další normativní výklady. Zjištění obsahu právního jednání podle úmyslu, podle pravidelného významu u adresáta či podle pravidelného významu v příslušné branži (§ 556, § 558 odst. 1 OZ) totiž určuje, *jak* máme výraz vyložit. Stanoví tedy spíše výkladovou metodu, způsob, jakým se máme dobrat interpretačního výsledku a co vše máme zohlednit. Naproti tomu je u pravidla contra proferentem rozhodné až to, *co vše je možným* výsledkem interpretace (a v efektu výhodným pro druhou stranu), nikoliv proces, s jakým jsme k výsledku dospěli.

I z tohoto důvodu se nejví jako šťastné vytvářet mezi pravidlem contra proferentem a ostatními pravidly nějaké žebříčky tak, jak to rezolutně učinil Nejvyšší soud, když v rozhodnutí NS ze dne 26. 1. 2012, sp. zn. 32 Cdo 6/2011, konstatoval, že „ustanovení § 266 odst. 4 obch. zák. lze aplikovat pouze v tom případě, že projev vůle nelze vyložit podle odstavce 1, tedy podle úmyslu jednající osoby (a nelze jej vyložit ani podle odstavce 2). Kombinovat postupy podle ustanovení § 266 odst. 1 a podle ustanovení § 266 odst. 4 obch. zák. je z povahy věci vyloučeno“.

Rezolutnosti ubírají na síle dvě skutečnosti. Za prvé, výklad k tíži autora a iniciátora sporného výrazu bude *de facto* veden skrze ustanovení § 556 odst. 1 věty druhé OZ. („Nelze-li zjistit úmysl jednajícího, přisuzuje se projevu vůle význam, jaký by mu zpravidla přikládala osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen.“) A za druhé – pokud se pravidlo contra proferentem týká výsledku interpretace, je zbytečné stanovovat nějaké pořadí a dávat jej na konec pelotonu – jde totiž o jinou „disciplínu“, neboť interpretační výsledek dovozujeme podle jiných kritérií.

3.5 Contra proferentem – opravdu do důsledků?³⁴¹

V souvislosti s výkladem contra proferentem je třeba upozornit na nutnost velmi opatrné kalkulace toho, co je či není pro proferenta skutečně „nevýhodné“. Zajímavou výzvu pro interpreta aplikujícího výklad contra proferentem představují totiž ta ustanovení smlouvy, která vyvolávají hned dvojí pochybnost: předně o tom, co vlastně bylo ujednáno, tj. co je obsahem právního jednání a (následně či současně) o souladu zjištěného s právem.

Na tento problém narazíme patrně u všech případů obsahové kontroly právních jednání v občanském zákoníku, např. (pomineme-li obecněji koncipované podstaty) u překvapivých klauzulí v obchodních podmínkách (§ 1753 OZ), u nevýhodných doložek v adhezních smlouvách uzavřených se slabší stranou (§ 1800 OZ), v ujednáních o nepřiměřeně nízkých úrocích z prodlení (§ 1972 OZ) či o neúměrně dlouhé době splatnosti ceny (§ 1963 OZ).

Pokud jsou např. hrubě nespravedlivá ujednání o času plnění či úrocích z prodlení obsažena v obchodních podmínkách, může se jejich neúčinnosti dovolávat i právnická osoba založená na ochranu zájmů malých a středních podnikatelů (srov. § 1972 odst. 2 a § 1964 odst. 2 OZ³⁴²). Jestliže je ale obsah podmínky nejasný a je použit výklad k tíži navrhovatele obchodních podmínek, může být v daném případě kontrola ze strany právnických osob vyřazena ze „hry“ paradoxně tím, že sporné ustanovení vykládáme k tíži uživatele podmínek (tj. až ne tak „nespravedlivě“, jak by to potenciálně bylo možné). Nejasná formulace pak vede k otázce, jak důslední tu vlastně máme být, pokud máme skutečně dovodit výsledek nevýhodný pro navrhovatele obchodních podmínek se sporným pojmem.

V těchto případech by výklad právního jednání vedený prvoplánově k „tíži proferenta“ mohl být nakonec ve výsledku v jeho prospěch. To platí v případě, že je pro něj prima facie „nevýhodná“ varianta stále zajímavější než neplatnost či neúčinnost (ze které mu neplyne buď nic, nebo „toliko“ ekonomicky nezajímavé dispozitivní pravidlo).

Řešení můžeme hledat ve vztahu mezi výkladem contra proferentem a obsahovým hodnocením. Shora popsáný paradox bude totiž paradoxem jen

³⁴¹ Tato pasáž vychází z příspěvku KOTÁSEK, Josef. (Ne)žádoucí důslednost při výkladu contra proferentem. *Súkromné právo*. 2016, roč. 2, č. 1, s. 31.

³⁴² Stranou pozorností ponechávám problematický vztah obou ustanovení.

do té chvíle, dokud princip výkladu contra proferentem považujeme za pravidlo směřující k určení obsahu právního jednání, který potom má „logicky“ přednost před obsahovým posouzením. Tím ovšem tento výklad není, resp. nemá být. Primárně je sankcí za formulační nedovednost či nedůslednost, sankcí, která nezjišťuje skutečnou vůli účastníků (výklad dle vůle smluvní strany) a nesnaží se ji ani simulovat (objektivním výkladem dle ideálního adresáta). Pokud má tuto funkci plnit, nezbyvá než sankci brát důsledně a domýšlet ji v kontextu obsahové kontroly právního jednání.

Jak taková kalkulace může vypadat v praxi, dobře demonstuje německá doktrína i judikatura. V SRN je výklad contra proferentem výslovně upraven právě v souvislosti s obchodními podmínkami v ustanovení § 305c odst. 2 BGB³⁴³, obsahová kontrola (Inhaltskontrolle) pak zejména v ustanoveních § 307 a 308 BGB.

Německá praxe dříve rozlišovala mezi individuálním uplatňováním práva a abstraktním řízením na zdržení se protiprávního jednání („abstraktem Unterlassungsverfahren“) vedeným sdruženími podle zvláštního zákona³⁴⁴. U sporů z prvního okruhu byla sporná klauzule interpretována k tíži uživatele obchodních podmínek. V řízení o zdržení se protiprávního jednání byl volen naopak výklad k tíži zákazníka („kundenfeindlichste Auslegung“) – a to **právě proto**, aby se tím z preventivních důvodů³⁴⁵ co nejvíce otevřela cesta k obsahové kontrole skrze spotřebitelská sdružení³⁴⁶.

³⁴³ Dle citovaného ustanovení jdou pochybnosti při výkladu obchodních podmínek k tíži uživatele (v originále „(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders“). Pravidlo se označuje jako „Unklarheitenregel“ a znal jej i předchůdce § 305c BGB, a to zákon o obchodních podmínkách (AGBG) v § 5. Výklad k tíži proferenta byl v SRN dlouhou dobu doprovázen tzv. restriktivním výkladem obchodních podmínek (Restriktionsprinzip), který velel práva tvůrce obchodních podmínek interpretovat úzce. Dnes je v doktríně většinově zastáváno mínění, že restriktivní výklad jako princip neobstojí vedle pravidla contra proferentem a je považován za nepřijatelný – judikatura je ovšem méně rezolutní a od principu restriktivního výkladu obchodních podmínek se ještě jednoznačně nedistancovala (blíže judikatura uvedena in: HORLER, Sally. *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 2012, s. 100, pozn. pod čarou č. 281).

³⁴⁴ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG), zákon ze dne 27. 8. 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346).

³⁴⁵ HORLER, op. cit., s. 99.

³⁴⁶ Srov. např. NEUMANN, Johannes. *Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, s. 98.

Z mnoha rozhodnutí tohoto druhu³⁴⁷ lze uvést rozsudek LG Hamburg ze dne 5. 9. 2003, sp. zn. 324 O 224/03 („Bitte als AGB“). Rozhodnutí je zajímavé nejen aplikací výkladu contra proferentem. Soud v něm posuzoval přípustnost „ujednání“ v obchodních podmínkách, která v rámci odpovědnosti za vady zboží upravovala mj. „prosbu“ na okamžitou reklamaci zjevných materiálových a výrobních vad. (V originále: „*Sollten gelieferte Artikel offensichtliche Material- oder Herstellungsfehler aufweisen, wozu auch Transportschäden gehören, so reklamieren Sie bitte solche Fehler sofort gegenüber uns oder dem Mitarbeiter von... der die Artikel anliefert.*“) Žalobu vedla právnická osoba oprávněná hájit zájmy spotřebitelů.

Soud se předně musel vypořádat s otázkou, jak u takového sporu interpretovat ustanovení obchodních podmínek, které je formulováno jako zdvořilá prosba či žádost. Bez ohledu na subtilní formulaci tuto „prosbu“ kvalifikoval jako součást obchodních podmínek, tj. za projev uživatele obchodních podmínek, se smluvně relevantním obsahem. Vyšel přitom z toho, jakým způsobem rozlišuje závazné obchodní podmínky od prostých právně nezávazných proseb, doporučení či praktických pokynů průměrný adresát („*Empfängerhorizont*“).

V souladu se starší judikaturou německého BGH týkající se obdobných „zdvořilých proseb“ na překládání obsahu tašek v supermarketech (srov. zejména rozhodnutí BGH ze dne 3. 6. 1996, sp. zn. VIII ZR 221/95, „*Höfliche Bitte und Taschenkontrolle im Supermarkt II*“³⁴⁸) pak dospěl k závěru, že i tato „prosba“ představuje obchodní podmínku ve smyslu ustanovení § 305 odst. 1 BGB (definici ustanovení obchodních podmínek v německém právu). Vyvolává totiž u adresátů dojem, že jsou s ní spojeny nějaké právní následky („*beim Empfänger den Eindruck hervorruft, es solle damit der Tatbestand eines vertraglichen Rechtsverhältnisses bestimmt werden*“).

³⁴⁷ Srov. judikaturu uvedenou in: SCHLOSSER, Peter. *Ständer BGB. § 305–310. UKlag. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Berlín: Sellier der Gruyter, 2013, s. 157.

³⁴⁸ Soud v tomto rozhodnutí řešil právní povahu oznámení umístěném na vstupu do maloobchodu: „*Informace a příjem tašek. Vážení zákazníci! Zdvořile vás žádáme, abyste zde před vstupem do obchodu odložili své tašky.*“ doplněném již méně zdvořilým textem: „*V opačném vás zdvořile upozorňujeme, že budeme nuceni u pokladny provést namátkovou kontrolu obsahu tašky.*“ Dle BGH představují tato prohlášení obchodní podmínky ve smyslu (tehdy) zvláštního předpisu a jsou současně nepřiměřeným ujednáním, které se protívá zákonné úpravě, dle které lze kontrolu tašky provést jen v případě konkrétního podezření na krádež.

Spotřebitel tuto „prosbu“ může interpretovat – při tom snad nejhorším možném výkladu – i tak, že mu v případě včasného neoznámení vady hrozí ztráta práv z odpovědnosti. Ostatně šlo o pasáž z rubriky nadepsané „odpovědnost“, kde se obvykle nevyjadřují pouhá přání a prosby. Soud tedy v řízení na zdržení se iniciovaném spotřebitelským sdružením zvolil abstraktní výklad podmínky co možná **nejvíce v neprospěch zákaz-níka** („nach der bei Verbandsklagen anzuwendenden Regel der kundenfeindlichsten Auslegung unklarer Regelungen in AGB“), aby tím otevřel cestu obsahovému přezkumu a v důsledku toho i závěru o neúčinnosti doložky³⁴⁹. V individuálním sporu by soud považoval „prosbu“ za právně irelevantní (tj. bez jakýchkoliv dopadů na postavení zákazníka).

Shora popsany postup má ovšem jednu obecnou nevýhodu: obchodní podmínka bude jednou vyhodnocena jako platná a účinná (skrze výklad contra proferentem v individuálních sporech, tj. v rozsahu, který jde ve prospěch zákazníka), podruhé bude vyložena jako nepřipustná, a tudíž neúčinná (u řízení iniciovaných právníckými osobami).

V novější německé literatuře i judikatuře se proto v poslední době setkáváme s odlišným přístupem: rovněž u individuálních případů má být primárně volen výklad právního jednání k tíži zákazníka tak, aby bylo možno výsledek podrobit (jen zdánlivě až následně) obsahové kontrole³⁵⁰. Pokud v této kontrole výsledek „obstojí“, je pak namísto výklad ve prospěch zákazníka³⁵¹.

V naznačené technické „kolizi“ mezi výkladem k tíži či ve prospěch uživatele obchodních podmínek německé soudy volí nyní následující postup: vycházejí z toho, že rozhodující je zájem zákazníka (protistrany uživatele obchodních podmínek). Na jednu miskou vah je třeba dát řešení, které generuje výklad contra proferentem, tj. výklad ve prospěch zákazníka. To pak srovnáme s řešením, které naopak poskytne (účelově použitý) výklad k tíži zákazníka, který následně neprošel testem obsahové kontroly a otevřel tím

³⁴⁹ Ve smyslu ustanovení § 307 odst. 1 a § 475 odst. 1 BGB.

³⁵⁰ Z literatury srov. např. LINDACHER/HAU in: WOLF/LINDACHER/PFEIFFER. *AGB-Recht. Kommentar*. C. H. Beck, 2013, marg. pozn. 131 ff; ULMER/SCHÄFER in: ULMER/BRANDNER/HENSEN. *AGB-Recht*. 2011, Rn 91; PALANDT/GRÜNEBERG marg. pozn. 18; obdobně a také novější judikatura (BGH BeckRS 2011, 24125; NJW 2011, 1342, 1344; NJW 2011, 139, 141; NJW 2009, 2671, 2673; NJW 2009, 2051, OLG Schleswig ZIP 1995, 762).

³⁵¹ HORLER, op. cit., s. 100.

cestu dispozitivní úpravě (dle § 306 odst. 2 BGB). Vítězí pak ta varianta, která je pro spotřebitele výhodnější: buď se tedy uplatní podpůrné řešení v zákoně, nebo – pokud je opravdu výhodnější – výklad contra proferentem. Pouze tam, kde je dispozitivní úprava výjimečně méně výhodná pro spotřebitele, má být aplikován výklad contra proferentem bezprostředně.

Pokud je určité ujednání v obchodních podmínkách třeba interpretovat, bude ujednání vyloženo *skutečně* k tíži jejich uživatele. To nemusí být nutně varianta, kterou prvoplánově generuje výklad k tíži proferenta. Naopak. Pokud totiž podmínka bude kvalifikována jako protiprávní (tj. neúčinná) a dispozitivní zákonné řešení je pro klienta výhodnější než výklad contra proferentem, je třeba interpretovat právě „ve prospěch proferenta“ (srov. rozhodnutí německého BGH, rozsudek ze dne 29. 4. 2008, sp. zn. KZR 2/07³⁵², který konstatoval mimo jiné, že: „auch im Individualprozess ist eine mehrdeutige Allgemeine Geschäftsbedingung im ‚kundenfeindlichsten‘ Sinne auszulegen, wenn diese Auslegung zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dies dem Kunden günstiger ist“³⁵³).

³⁵² Částečný rozsudek BGH ze dne 29. 4. 2008, sp. zn. KZR 2/07 (OLG Dresden) – publikován v časopise *Neue Juristische Wochenschrift*. 2008, s. 2172. Z odůvodnění plyne mj. následující: „Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Nach ständiger Rechtsprechung führt diese Auslegungsregel im Verbandsprozess dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen ist, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt (s. nur BGHZ 139, 190, 199; 158, 149, 155). Denn damit ist die scheinbar ‚kundenfeindlichste‘ Auslegung im Ergebnis regelmäßig die dem Kunden günstigste. Diese Regel gilt aber nicht nur im Verbandsprozess, sondern kann auch im Individualprozess anwendbar sein (Basedow in MünchKomm. BGB, 5. Aufl., § 305c Rdn. 20, 35; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 305c Rdn. 20; jeweils m.w.N.; beachtliche Argumente hierfür sieht bereits BGH, Urt. v. 11. 2. 1992 – XI ZR 151/91, NJW 1992, 1097, 1099; Urt. v. 10. 5. 1994 – XI ZR 65/93, NJW 1994, 1798, 1799; auf die kundenfeindlichste Auslegung stellt ohne weiteres im Individualprozess ab BGH, Urt. v. 20. 12. 2007 – III ZR 144/07, NJW 2008, 987 Tz. 9; für eine ‚kundenfeindliche‘ Anwendung der Unklarheitenregel wohl auch BGH, Urt. v. 20. 10. 2004 – VIII ZR 378/03, NJW 2005, 425, 426). Führt die kundenfeindlichste Auslegung zur Unwirksamkeit der Klausel und begünstigt dadurch den Kunden, ist diese Auslegung zugrunde zu legen. Erst wenn sich die Klausel nach jeder in Betracht kommenden Auslegung als wirksam erweist, ist bei der Anwendung der Klausel die dem Kunden günstigste Auslegung maßgeblich. Hierdurch wird vermieden, dass die Entscheidung im Individualprozess auf eine Klausel gegründet wird, die im Verbandsprozess für unwirksam zu erklären wäre.“

³⁵³ V češtině (pracovní překlad autora): „Také v případech individuálních řízení je nutno výslovně obchodní podmínku vyložit k tíži zákazníka, pokud je tento výklad vede k neúčinnosti ujednání a je pro zákazníka výhodnější.“

Tento trend („výhodnost“ se posuzuje i v kontextu obsahové kontroly) potvrzuje řada novějších rozhodnutí německého BGH. Ilustrativní je jeho rozsudek ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. VIII ZR 316/06, kde soud posuzoval přípustnost ujednání stanovujícího povinnost vrátit pronajatý byt po ukončení nájmu řádně zrenovovaný („Wohnung fachgerecht renoviert zurückgeben“). Soud při interpretaci této doložky dovodil, že povinnost k renovaci stanovená v obchodních podmínkách sice může směřovat toliko k dlouhodobým nájům a netýká se tedy paušálně všech (i kratších) nájemních vztahů, nicméně nelze vyloučit i takový výklad, podle kterého renovovat je nutno bez ohledu na délku trvání nájmu či realizované průběžné opravy. Právě tuto pro nájemce nevýhodnou interpretační variantu soud podrobil obsahovému přezkumu – a dospěl k závěru, že takové ujednání je nepřiměřené a neplatné ve smyslu ustanovení § 307 BGB³⁵⁴.

Pohled do německé judikatury naznačuje možný přístup českých soudů při aplikaci pravidla contra proferentem v situacích, kdy je jeden z možných interpretačních výsledků obsahově problematický (v jedné z možných interpretací by byl např. zvláště nevýhodnou doložkou pro slabší stranu u adhezní smlouvy podle ustanovení § 1800 odst. 2 OZ, tj. neplatným ujednáním).

Výklad contra proferentem je tak třeba chápat v kontextu s podpůrným řešením, které by následovalo po konstatování protiprávnosti (u adhezních smluv přitom nelze vyloučit rozhodnutí soudu podle ustanovení § 577 OZ³⁵⁵). Pokud má být výklad veden k tíži proferenta, musí tak být veden konsekventně. Není vyloučeno, že sporné ustanovení bude předběžně vyloženo ve prospěch proferenta – pokud důsledky tohoto výkladu ve finále půjdou proti jeho zájmům.

Na druhou stranu nelze nevidět i nebezpečí shora popsaného „dvoufázového“ postupu nabádající k určité opatrnosti a uměřenosti při jeho použití. Připustíme-li v individuálních sporech i výklad k tíži zákazníka (který pak „samozřejmě“ neprojde obsahovou kontrolou), otevíráme Pandořinu

³⁵⁴ Tento závěr platí podle soudu i v případě, že by nájemce neměl povinnost k průběžně prováděným opravám. („Eine Endrenovierungspflicht des Mieters, die unabhängig ist vom Zeitpunkt der letzten Renovierung und vom Zustand der Wohnung bei seinem Auszug, benachteiligt ihn auch dann unangemessen, wenn ihn während der Dauer des Mietverhältnisses keine Schönheitsreparaturverpflichtung trifft.“)

³⁵⁵ Za předpokladů uvedených v ustanovení § 1800 odst. 2 OZ.

skříňku. Soudu se nabízí velmi jednoduchý a univerzální způsob, jak „odargumentovat“ každé ustanovení, byť jen s drobnou interpretační flexibilitou – tím, že uměle vytvoří „nevýhodnou“ výkladovou variantu (jakkoli absurdní) a následně ji klasifikuje jako protiprávní³⁵⁶.

³⁵⁶ Odstrašující ukázkou nám budiž rozhodnutí německého BGH, BGHZ 184, 345. V citovaném případě soud posuzoval přípustnost ujednání v nájemní smlouvě upravující renovační povinnosti nájemce po ukončení nájemního vztahu. Povinnosti k opravám estetických vad a nedostatků jako škrábanců a drobných poškození („Schönheitsreparaturen“) byla v obchodních podmínkách formulována za použití pasíva, slovy „ausführen zu lassen“ (tj. nechat provést). Podle soudu lze proto takové ujednání vyložit i tak, že se zapovídá možnost opravy samotným nájemcem. Slově „ausführen zu lassen“ může být dán i ten význam, že opravy musí vždy provést jiný subjekt než nájemce. Takové omezení by ovšem podle soudu bylo nepřijatelnou obchodní podmínkou ve smyslu § 307 BGB. Soud tak nejprve krkolomně zvolil nerealistickou a vratkou výkladovou variantu, aby ji pak „shodil“ skrze ustanovení o zákazu znevýhodňujících ustanovení.

4 SPECIFICKÁ OBSAHOVÁ KONTROLA OBCHODNÍCH PODMÍNEK

Jeden z možných způsobů soukromoprávní kontraktace spočívá v tom, že smluvní strany vyjednávají o obsahu jednotlivých částí smlouvy. Nejprve vyjednávají o podstatných náležitostech smlouvy a postupně se propracovávají ke stále podružnějším otázkám. Výsledkem pak je smlouva, která je průnikem vůlí obou smluvních stran a zachycuje jejich konsensus k okamžiku vzniku smluvního vztahu. Tento tradiční přístup však neodpovídá realitě ani ekonomickému přístupu ke vzniku smluvních vztahů³⁵⁷.

Zdaleka ne všechny smlouvy vznikají postupem, kdy budou obě smluvní strany dlouhé hodiny sedět v jedné místnosti a vyjednávat různé smluvní doložky od úvodních ustanovení preambule, přes formulaci předmětu smlouvy a protiplnění, způsoby ukončení smluvního vztahu, smluvní sankce, až po ustanovení závěrečná, nemluvě pak o přílohách smlouvy. Smluvní strany při uzavírání smlouvy často jednájí v souladu s tzv. teorií úplné (kompletní) smlouvy³⁵⁸. Tato teorie se zakládá na myšlence, že smluvní vztah musí reagovat na všechny možné situace, které mohou v jeho průběhu nastat. Některé z těchto situací jsou však tak málo pravděpodobné, že se smluvním stranám³⁵⁹ nevyplatí investovat svou energii, čas a prostředky do jejich individuálního sjednávání. V těchto „opomenutých“ otázkách, ať již úmyslně či nikoliv, se pak smluvní vztah řídí úpravou ke smluvnímu textu subsidiární, což může být úprava obsažená v obchodních podmínkách v jejich formálním pojetí, v obchodních zvyklostech či v zákonné úpravě. Se zvyšující se cenou času dochází k tomu, že stále méně smluvních podmínek je výsledkem

³⁵⁷ V této části věnované obchodním podmínkám v prostředí rovných vztahů (tj. B2B či C2C) je popsána tzv. teorie transakčních nákladů a informační asymetrie. Další z teorií založená na ochraně slabší smluvní strany bude rozebrána v části věnované obsahové kontrole obchodních podmínek ve spotřebitelských vztazích. Blíže k teorii obsahové kontroly smluv viz CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 109 a násl.

³⁵⁸ V českém jazyce viz například FRYŠTENSKÁ, Marcela. *Ekonomická analýza civilního práva*. 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2015, s. 100 a násl.

³⁵⁹ Označovat v této předkontraktační fázi aktéry jako „smluvní strany“ je předčasné. Jde fakticky spíše o kontraktační strany či budoucí potenciální účastníky smluvního vztahu. Pro zjednodušení a zřehlednění textu je však použit pojem „smluvní strany“.

individuální kontraktace stran a naopak stále více částí smluvního vztahu je jednoduše převzato z některé existující úpravy typicky obchodních podmínek či zákona.

Obtíže pak nastávají v situaci, kdy se na jedné straně smluvní kontraktace zužuje, někdy až na pouhé vyjednávání podstatných náležitostí smlouvy, a současně právní úprava stále vychází z představy individuální kontraktace jednotlivých doložek a ustanovení. Klasická právní teorie předpokládá, že každá z doložek je průnikem individuální vůle stran, a proto bez dalšího strany zavazuje. Realita je však často jiná.

Na tuto situaci musí pozitivní právo nějakým způsobem reagovat. Důvod je nasnadě – ne všechna smluvní ujednání jsou výsledkem průniku vůlí smluvních stran, a proto nejde o smlouvu jakožto o dvou- či vícestranné právní jednání, jehož obsah tvoří informace o vzájemných právech a povinnostech smluvních stran; o projev vůle stran, který směřuje k založení jejich závazku³⁶⁰. Je tedy třeba nějakým způsobem zaručit, aby pravidla obsažená v obchodních podmínkách nebyla v rozporu s vůlí stran při uzavírání smlouvy.

Tento rozpor nemůže nastat u textu právního předpisu nebo ze zavedené praxe stran. U těchto zdrojů právních pravidel se předpokládá jejich známost. U zavedené praxe stran je zdrojem této předpokládané známosti její dlouhodobé opakování, u zákona pak jde o výraz zásady *ignorantia iuris non excusat*. Smluvní stranu naopak mohou zaskočit obchodní podmínky.

Smluvní strana, které jsou obchodní podmínky předkládány, nemusí vždy dokonale znát jejich obsah. Proto i projev vůle, kterým s těmito obchodními podmínkami souhlasí, nemusí vždy plně pokrývat celý jejich text. Toto je základní myšlenkové východisko pro obsahovou kontrolu obchodních podmínek.

Na to zareagovala judikatura³⁶¹ a následně i právní úprava ochranou před těmito smluvními ustanoveními, jejichž vznik zcela neodpovídá klasické představě smlouvy jakožto výsledku individuální kontraktace. Konkrétně se tato reakce projevila v podobě obsahové kontroly obchodních podmínek a adhezních smluv.

³⁶⁰ POLČÁK, Radim. Elektronické právní jednání – změny, problémy a nové možnosti v zákoně č. 89/2012 Sb. *Bulletin advokacie* [online]. 2013, roč. 2013, č. 10, s. 34 [cit. 28. 7. 2016].

³⁶¹ Např. rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 27. 3. 1997, sp. zn. 2 A 9/96.

Nástroje obsahové kontroly je třeba rozlišit na nástroje obecné a nástroje speciální. Obecnými nástroji obsahové kontroly obchodních podmínek jsou instituty, které jsou použitelné univerzálně na jakákoliv ujednání, ať již jsou součástí samotné smlouvy, či jsou v samostatném dokumentu, tedy v obchodních podmínkách. Takových nástrojů lze zmínit celou řadu – jedná se o běžné nástroje soukromého práva jako například kogentní ustanovení právních předpisů, hmotněprávní korektivy (například institut dobrých mravů či institut zákazu zneužití práva) či korektivy související spíše s právem procesním, například možnost soudní moderace v případě nepřiměřeně vysoké smluvní pokuty. Tato publikace se však dále věnuje převážně institutům určeným speciálně pro obsahovou kontrolu obchodních podmínek, a neposkytuje tak vyčerpávající seznam možností, jak napadnout nevyhovující doložku v obchodních podmínkách.

4.1 Ochrana proti překvapivým ujednáním dle ustanovení § 1753 OZ

Prvním obsahovým korektivem je ustanovení § 1753 OZ upravující tzv. překvapivá ujednání³⁶². Důvodová zpráva k OZ je k tomuto ustanovení velmi strohá a pouze uvádí, že jeho inspiračním zdrojem bylo pravidlo č. 2.20 Zásad mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT.

Zákonodárce zohledňuje skutečnost, že obchodní podmínky jsou z různých důvodů před uzavřením smluvního vztahu čteny druhou smluvní stranou jen málokdy. Tato snížená pozornost věnovaná obchodním podmínkám, byť nikdo jistě nepochybuje o jejich významu pro obsah právního vztahu, může mít mnoho příčin. Může se jednat o opomenutí na straně druhé smluvní strany (tedy té, které byly obchodní podmínky předloženy), může jít o její racionální volbu na základě výše uvedené nákladové úvahy, či může také jít o obyčejnou rezignaci na jejich kontrolu s ohledem na faktickou nemožnost jejich změny.

Právní úprava překvapivých obchodních podmínek pak tuto realitu zohledňuje v tom smyslu, že odnímá právní účinky takovému ustanovení

³⁶² Text tohoto ustanovení zní: „*Ustanovení obchodních podmínek, které druhá strana nemohla rozumně očekávat, je neúčinné, nepřijala-li je tato strana výslovně; k opačnému ujednání se nepřiblíží. Zda se jedná o takové ustanovení, se posoudí nejen vzhledem k jeho obsahu, ale i ke způsobu jeho vyjádření*“.

obchodních podmínek, které druhá strana nemohla rozumně očekávat, ledaže by taková ujednání byla přijata výslovně.

4.1.1 Neúčinnost ustanovení

Z teoretického hlediska je obtížné odhalit, co zákonodárce rozumí pod pojmem „neúčinnost“ ustanovení obchodních podmínek. Občanský zákoník používá pojem relativní neúčinnosti právního jednání, a to v ustanoveních § 589 a násl. OZ. Jeho vymezení pak nalezneme v ustanovení § 595 OZ, kde je uvedeno, že neúčinnost právního jednání zakládá věritelovo právo domáhat se uspokojení pohledávky i z toho, co neúčinným jednáním ušlo z dlužníkovu majetku. Zde však jde zjevně o zcela jiný institut zaměřený na odlišné skutkové i právní situace. Stejně jako neúčinnost vypořádání společného jmění dle ustanovení § 737 OZ se tato neúčinnost vztahuje vždy pouze ke konkrétní osobě, což souvisí s blízkým vztahem těchto institutů s právy věcnými. V ustanovení § 1581 OZ pak zákonodárce ztotožňuje pojem neúčinnosti s právním následkem nepřihlížení k určitému právnímu jednání. I z důvodu této „pojmové bezstarostnosti“ zákonodárce je poměrně obtížné následek překvapivých ustanovení obchodních podmínek přesně kvalifikovat. Pro potřeby právní praxe bohatě postačí zjevné konstatování, že následkem překvapivých ujednání je odnětí jejich právních účinků *ex tunc, ex officio a erga omnes*³⁶³. Vzhledem ke skutečnosti, že neúčinnost právního jednání je v tomto případě založena pouze v zájmu jedné ze smluvních stran, a to té, které byly obchodní podmínky předloženy³⁶⁴, lze dovodit, že tato chráněná druhá strana má možnost jí zákonem poskytované

³⁶³ Konstatování o právních účincích *erga omnes* se může zdát v kontextu obligačních právních vztahů poněkud nadbytečným. Je však třeba si uvědomit, že občanský zákoník velmi zdůrazňuje vliv smluvního vztahu i na další subjekty, než jsou jen samotné smluvní strany smlouvy. Lze například poukázat na ustanovení § 2913 odst. 1 OZ, který zakotvuje náhradu škody pro osobu, která sice není smluvní stranou, ale jejímu prospěchu měla smlouva zjevně sloužit.

³⁶⁴ Zcela přirozeně nelze očekávat překvapivost doložek v obchodních podmínkách u osoby, která je druhé smluvní straně při kontraktaci předložila. Nepochybně i takové situace v právní praxi nastanou, typicky v případech, kdy jsou obchodní podmínky výsledkem práce právního oddělení či dokonce externích právníků, a následně nejsou odpovědnými osobami ani přečteny. Možnost dovolat se překvapivosti obchodních podmínek na straně jejich předkladatele by však byla až přílišnou legitimizací nepozornosti a možná až vypočítavosti smluvních stran. Analogicky zde lze odkázat na pravidlo *contra proferentem* obsažené v § 557 OZ.

ochrany nevyužít a dovolat se účinnosti překvapivého ujednání³⁶⁵. Zde lze analogicky odkázat na ustanovení § 1815 OZ upravující následky nepřiměřených ujednání ve spotřebitelských smlouvách³⁶⁶. Opačný názor by totiž vedl k situaci, kdy je druhé smluvní straně zákonem nucen určitý právní následek i přes to, že si jej tato smluvní strana nepřeje, a to ještě s odůvodněním, že je to v zájmu její ochrany.

Pokud pak jde o otázku aplikovatelnosti materiálního korektivu překvapivosti ujednání, tento není občanským zákoníkem nijak omezen, a to ani výslovným textem, ani svým systematickým zařazením. Nelze tedy než dovést, že tento materiální korektiv je použitelný ve všech typech smluvních vztahů, se kterými se lze setkat. Může jít přitom jak o smluvní vztahy v zásadě rovné (nejčastěji B2B, C2C či B2G), tak i o vztahy pojmově nerovné (nejčastěji B2C). Povaha vztahu však bude určující při posuzování naplnění jednotlivých podmínek aplikovatelnosti tohoto ustanovení. Jde o projev ustanovení § 4 odst. 1 a § 5 odst. 1 OZ zakotvujících kritéria průměrného člověka a odborné péče. Od osoby podléhající ustanovení § 5 odst. 1 OZ lze důvodně očekávat vyšší standard předvídavosti, a bude tedy naopak menší prostor pro překvapivá ujednání. Tedy i ujednání, která by u osoby s očekávaným běžným rozumem byla již považována za překvapivá, tak nemusí být vyhodnocena ve vztahu k profesionálům. Ačkoliv je tedy pravidlo formálně jednotné, bude při jeho aplikaci třeba zohledňovat také konkrétní okolnosti, v tomto případě status zúčastněných stran. Byť tedy jedním z často zmiňovaných atributů občanského zákoníku mělo být odstranění dvoukolejnosti právní úpravy, lze si snadno představit její opětovné přetrvávání ve dvojím režimu posuzování některých doložek či ustanovení, jakým je právě § 1753 OZ.

4.1.2 Překvapivost ujednání

Pro aplikaci obsahové kontroly obchodních podmínek prostřednictvím institutu překvapivých ujednání je zásadní vymezení, jaká ujednání je možné

³⁶⁵ Shodně též HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 173.

³⁶⁶ Právě i skutečnost, že právní následky jsou určeny pouze pro ochranu jedné ze smluvních stran, a tedy je možné pro chráněnou stranu se jich vzdát, dále ztěžuje případné teoretické zařazení sankce.

považovat za překvapivá. Ustanovení § 1753 OZ vymezuje překvapivá ujednání jako ustanovení, která „nemohla druhá strana rozumně očekávat“. M. Hulmák³⁶⁷ dovozuje, že naplnění této podmínky závisí na naplnění **objektivního a subjektivního znaku**. *Subjektivní znak* je vyjádřen textací příslušného ustanovení, jedná se o očekávání druhé smluvní strany. Vzhledem k tomu, že každý právně relevantní stav musí být určitým způsobem objektivizovaný, není možné vycházet pouze z tohoto subjektivního znaku a aplikaci ustanovení s natolik závažným právním následkem, jakým neúčinnost ujednání bezesporu je, ponechat pouze na tvrzení jedné ze smluvních stran, že takové ustanovení neočekávala. Nalezneme zde tedy jistý materiální korektiv spočívající v *objektivním znaku*. Tento znak obsahově vychází z již výše zmíněných ustanovení § 4 a 5 OZ zakotvujících očekávatelný standard péče od průměrného člověka a od odborníka³⁶⁸. Tento obsahový znak lze charakterizovat tím, zda konkrétní ujednání mohlo být z pozice osoby v postavení druhé strany rozumně očekávatelné, jedná se tedy o jakousi objektivní neobvyklost ujednání.

Druhá věta předmětného ustanovení § 1753 OZ pak uvádí: „Zda se jedná o takové ustanovení, se posoudí nejen vzhledem k jeho obsahu, ale i ke způsobu jeho vyjádření“. Na základě této věty lze rozlišit dvě základní kritéria posuzování překvapivosti, a to jsou ujednání překvapivá z hlediska svých **právních důsledků** a ujednání překvapivá z hlediska svého **způsobu vyjádření**³⁶⁹. Kritériem rozlišení obou kategorií překvapivých ujednání je skutečnost, zda jádro problému spočívá v dopadu konkrétního ustanovení (tj. v obsahu práv a povinností, které zakládá), nebo v jeho vnějším vyjádření (kam patří například i příliš odborně psaný text).

Překvapivost dle právních důsledků je nutné posuzovat v kontextu jak kritérií obecných, která se uplatní bez ohledu na další okolnosti, tak v kontextu kritérií speciálních, která se uplatní pouze v některých případech.

³⁶⁷ Srov. HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část* (§ 1721–2054). Komentář. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 170.

³⁶⁸ Srov. rozsudek Spolkového soudního dvora SRN ze dne 7. 6. 2011, sp. zn. XI ZR 388/10, ve kterém se výslovně uvádí: „Všeobecné obchodní podmínky je třeba jednotně vykládat dle jejich objektivního obsahu a typického smyslu, vycházející z rozpoznávacích možností právně nezředěného průměrného klienta, jak by jejich znění bylo chápáno uvědomělým a poctivým smluvním partnerem při zvažování zájmů obvykle zúčastněných subjektů.“

³⁶⁹ Obdobně též ONDREJOVÁ, Dana. *Průvodce uzavíráním smluv po rekodifikaci*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 56.

Obecná kritéria překvapivosti jsou taková, která je nutno aplikovat na obchodní podmínky každé smlouvy, bez ohledu na další okolnosti nastíněné u kritérií speciálních. Je možné říci, že obecnými kritérii překvapivosti je takový obsah, který je možné očekávat v obchodních podmínkách jako takových; jako ve zvláštním technickém způsobu kontraktace. Okruh těchto přípustných a nepřípustných ustanovení v obchodních podmínkách je nutné dovozovat ze samotné podstaty a funkce obchodních podmínek detailně popsané v úvodní kapitole této publikace. V tomto kontextu lze také odkázat na nálezh Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11, ve kterém se uvádí, že „*obchodní podmínky ve spotřebitelských smlouvách mají sloužit hlavně k tomu, aby nebylo nezbytné do každé smlouvy přepisovat ujednání technického a vysvětlujícího charakteru. Naopak nesmí sloužit k tomu, aby do nich v nepřehledné a složité formulované a malým písmem psané formě dodavatel skryl ujednání, která jsou pro spotřebitele nevýhodná a o kterých předpokládá, že pozornosti spotřebitele nejspíše uniknou*“³⁷⁰. Ačkoliv se uvedený text vztahuje výslovně k obchodním podmínkám ve spotřebitelských smlouvách, jeho závěry lze jistě použít i pro jiné typy smluvních vztahů. Podstatou, a tedy i předpokládaným obsahem, obchodních podmínek tak jsou především ustanovení technického charakteru obsahující takovou regulaci, u níž odklon od zákonné úpravy nepředstavuje výraznější zásah do právního postavení druhé smluvní strany. Jako typická ustanovení, která je možné očekávat v obchodních podmínkách, lze zmínit například ustanovení upravující definici pojmů, splatnost plnění, náležitosti jednotlivých dokumentů užívaných v rámci smluvního vztahu, ujednání doručovacích adres, osoby oprávněné zastupovat smluvní strany, doporučené podmínky uplatnění reklamace, vymezení obchodního tajemství či naplnění poučovací povinnosti například ve vztahu ke spotřebiteli³⁷¹. Naopak z hlediska překvapivosti podle právních důsledků mohou být problematická ustanovení, která podstatně modifikují zákonnou úpravu v tom smyslu, že odnímají druhé smluvní straně její zákonem daná práva nebo rozšiřují její povinnosti. Do této kategorie také patří ujednání, která sice formálně zákonem daná práva zachovávají, avšak jejich uplatnění podmiňují dalšími úkony, podmínkami, lhůtami či jinak, čímž jsou tato práva

³⁷⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11.

³⁷¹ Tuto povinnost zakotvuje např. § 1811 OZ, § 1820 OZ či z dalších předpisů například § 14 zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů.

podstatně omezena. Jako příklad takového obsahově překvapivého ujednání pak lze jmenovat ujednání o vyloučení práv odběratele z odpovědnosti za vady, stejně jako ujednání, podle kterého je možné uplatnit práva odběratele z odpovědnosti za vady pouze v případě, že odběratel notifikuje vadu předmětu plnění do 24 hodin od převzetí dodávky. Stejná situace v opačném postavení nastává, pokud jsou práva předkladatele smluvních podmínek těmito podstatně rozšiřována nad rámec zákonné úpravy nebo jsou odstraňovány podmínky jejich uplatnění. Příkladem může být ujednání o tom, že v případě vadného plnění dodavatele má odběratel libovolné nároky z odpovědnosti za vady dodavatele, přičemž tyto je třeba uplatnit v nepřiměřeně dlouhé reklamační lhůtě a je možné je kdykoliv měnit.

Za překvapivá, a tedy neúčinná ustanovení obchodních podmínek je nutno také považovat ta ujednání, která jsou v rozporu se zákonem. Může se jednat například o nepřiměřená ujednání ve spotřebitelských smlouvách ve smyslu § 1813 a 1814 OZ, o nedovolené vzdání se práva dle § 2898 OZ, o ujednání, které je nekalou obchodní praktikou ve smyslu § 4 zákona o ochraně spotřebitele³⁷² nebo o ujednání, kterým dojde ke zneužití dominantního postavení na trhu ve smyslu § 11 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů. Právě poslední jmenovaný případ byl řešen v rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 27. 3. 1997, sp. zn. 2 A 9/96. V tomto rozsudku z dob, kdy byla obsahová kontrola obchodních podmínek v samých počátcích, je výslovně uvedeno: „*Soud nepochybně právo žalobce ve smlouvě řešit otázky ve smyslu příslušných ustanovení občanského a obchodního zákoníku, avšak s výhradou shora rozvedenou, že tato ujednání nemohou překročit rámec kogentních právních předpisů. Přitom poukaz na § 273 ObchZ³⁷³ není na místě, neboť sice nepochybně lze poukázat na obchodní podmínky, avšak ani tyto nelze nadřadit kogentnímu ustanovení zákona, tedy nesmějí být s ním v rozporu*“. Je samozřejmě možné namítat, že v kontextu občanského zákoníku po rekodifikaci soukromého práva se závěry tohoto rozhodnutí již neuplatní s odkazem na ustanovení § 580 a 588 OZ, podle kterých je ujednání rozporné se zákonem neplatné pouze tehdy, pokud to vyžaduje smysl

³⁷² K možnosti naplnění znaků nekalé obchodní praktiky smluvním ujednáním a jeho následkům vizte ONDREJOVÁ, Dana. *Porušení závazkového práva jako nekalá obchodní praktika nebo nekalá soutěž*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2016, s. 16.

³⁷³ Ustanovení o možnosti odkazu na obchodní podmínky.

a účel zákona a pokud je takové ujednání v rozporu s dobrými mravy nebo zjevně narušuje veřejný pořádek. Tato úvaha je však principiálně nesprávná z toho důvodu, že se zaměřuje na zcela jinou otázku. Tato část publikace se nezaměřuje na otázku platnosti či neplatnosti běžného smluvního ujednání, nýbrž na otázku překvapivosti či nepřekvapivosti ujednání obsaženého v obchodních podmínkách. Lze považovat za zcela logický závěr, že není objektivně možné očekávat v obchodních podmínkách ujednání, které odporuje zákonu. Vzhledem k tomu, že dle ustanovení § 6 odst. 1 OZ má každý povinnost jednat v právním styku poctivě, může druhá strana jen stěží očekávat, že budou předložené obchodní podmínky obsahovat ustanovení rozporné se zákonem. Tato objektivní neočekávatelnost tak dělá z takového ustanovení neúčinné ujednání ve smyslu § 1753 OZ, ledaže je druhá strana přijme výslovně, a to bez ohledu na to, jaké jsou následky samotného rozporu se zákonem. Pokud tedy bude součástí obchodních podmínek například některé ustanovení z výčtu dle § 1814 OZ, bude toto neúčinné hned ze dvou důvodů, a to jeho překvapivosti a nepřiměřenosti. Neúčinnost z důvodu překvapivosti lze zhojit jeho výslovným přijetím, což však z praktického hlediska nebude mít faktický vliv z toho důvodu, že stále bude toto ustanovení neúčinné dle § 1815 OZ.

Jako samostatný druh obecných překvapivých ujednání lze zmínit také ujednání tzv. úskočná. Jedná se o taková ustanovení obchodních podmínek, která se přímo dotýkají oblasti, která je již řešena v textu samotné smlouvy, a dále ji upravují ve prospěch navrhovatele obchodních podmínek. Jako příklad lze uvést problematiku výpovědních důvodů. Lze si představit situaci, že smlouva upravuje možnost jedné smluvní strany, předkladatele obchodních podmínek, smlouvu vypovědět na základě tří v ní vymezených výpovědních důvodů. V textu samotné smlouvy není uvedeno, že by tento výčet byl úplný³⁷⁴. Obchodní podmínky pak budou obsahovat ustanovení, které nad rámec důvodů uvedených ve smlouvě umožní předkladateli obchodních podmínek vypovědět smluvní vztah i bez udání důvodu. Překvapivost takového ujednání spočívá v legitimním očekávání druhé strany, že předmětná otázka (v tomto případě výpovědní důvody) byla komplexně a úplně upravena ve smlouvě, rozšiřující úprava obchodních podmínek je pak bez dalšího neočekávatelná.

³⁷⁴ Aby nebylo možné řešit situaci aplikací ustanovení § 1751 věty druhé OZ o přednosti smluvní úpravy před úpravou v obchodních podmínkách.

Speciálními kritérii, na základě kterých je nutné posuzovat překvapivost konkrétního ujednání v obchodních podmínkách, jsou taková kritéria, která se liší v závislosti na konkrétním případě³⁷⁵. Jedná se například o obor činnosti smluvních stran, smluvní typ či inominátní povahu smlouvy, systematiku smlouvy, úroveň profesionality smluvních stran, komunikaci stran před uzavřením smlouvy, předchozí praxi zavedenou mezi stranami i běžně uznávanou v oboru, úroveň právní vědy a závěrů judikatury k době sjednávání smlouvy apod. Veškeré tyto uvedené a jistě i mnohé další skutečnosti budou mít vliv na to, zda bude konkrétní ustanovení v individuálním případě uznáno překvapivým, či nikoliv. I ustanovení totožného znění může být v rozdílných situacích kvalifikováno zcela opačně³⁷⁶.

Poměrně spornou otázkou v odborné literatuře je otázka nepřiměřených předvídatelných ustanovení³⁷⁷. Stěžejní otázkou v tomto sporu je, zda lze za překvapivá považovat i ta ujednání, která jsou sice hrubě nepřiměřená (z povahy věci se tato diskuse vede především o B2B vztazích, v B2C vztazích je předem vyřešená ustanovením § 1813 OZ), avšak v kontextu běžné obchodní praxe v oboru očekávatelná. Každý odborník pohybující se v příslušném oboru tak musí očekávat, že taková nepřiměřená klauzule bude obsažena v jemu předložených obchodních podmínkách³⁷⁸. Lze i v takové situaci označit ustanovení za překvapivé? Část odborné veřejnosti se kloní k názoru, že takové nepřiměřené očekávatelné ustanovení za překvapivé označit lze³⁷⁹. Tento názor je odůvodněn podobně jako výše uvedený rozpor

³⁷⁵ Srov. HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 171.

³⁷⁶ Například ustanovení o sjednání vyššího než zákonného úroku z prodlení bude jinak posuzováno v případě smlouvy uzavřené mezi dvěma bankami o společném financování investičního projektu, než by tomu bylo v případě smlouvy uzavřené mezi dvěma podnikateli o běžné dodávce zboží, když v žádném z předchozích desítek vztahů takové ustanovení nikdy obsaženo nebylo a nebylo také předmětem žádné komunikace či kontraktace.

³⁷⁷ Srov. TICHÁ, Monika. Dodavatelské smlouvy a ochrana před tzv. adhezními smlouvami. *Obchodněprávní revue*. 2015, roč. 7, č. 3, s. 85.

³⁷⁸ Jako příklad takové klauzule, která je předvídatelná i velmi přísná současně, lze užít klauzuli o úplném podřízení se propagační politice obchodního centra ve smlouvě o nájmu prostoru sloužícího podnikání nacházejícím se v takovém obchodním centru. Taková klauzule může jít tak daleko, že bude ovlivňovat otevírací dobu, způsob propagace i například vzhled personálu konkrétního podnikatele.

³⁷⁹ TICHÁ, op. cit., s. 85; HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 172.

se zákonem ustanovením § 6 OZ a povinností jednat v právním styku poctivě. I přes to, že je toto zjevně nepřiměřené ujednání obvyklé, stále je v rozporu s požadavkem poctivosti. Druhá smluvní strana pak může od navrhovatele obchodních podmínek očekávat poctivé jednání, které v sobě zahrnuje i absenci nepřiměřených podmínek. Jejich návrh je tedy v rozporu s právní povinností jednat poctivě a rozpor se zákonem je přirozeně neočekávatelný a překvapivý. Obdobný princip je vyjádřen též v ustanovení § 1800 odst. 2 OZ. Tento názor je však veden spíše než právní úvahou tendenčním výkladem směřujícím k neplatnosti takových ujednání. Účelem právní úpravy překvapivosti obchodních podmínek je ochrana před ustanoveními, která nemohla druhá strana očekávat. Pokud je nějaká klauzule, byť by byla nepřiměřeně přísná, pro konkrétního kontrahenta očekávatelná, není již naplněna její podmínka neočekovatelnosti. Pro tyto případy je tedy nutné najít jiný korektiv právního jednání, nikoliv však institut překvapivých ujednání v obchodních podmínkách.

Překvapivost dle způsobu vyjádření je založena na tom, jak je text vyjádřen, na jeho vnější formě, a na způsobu jeho sdělení druhé straně. Účel je zde zřejmý – zabránit předkladateli obchodních podmínek v tom, aby ztěžoval druhé smluvní straně seznámení se s textem obchodních podmínek, případně jej od této snahy neodrazoval již samotným vzhledem obchodních podmínek. Taková úprava je v evropském kontextu dnes již běžná. Jako příklad lze uvést ustanovení § 53c slovenského občanského zákoníku³⁸⁰ a § 1 b jej provádějícího nařízení vlády³⁸¹, která zakotvují přímo výslovně minimální velikost písma spotřebitelské smlouvy a jejích obchodních podmínek na 1,9 mm. Nedodržení této hranice je sankcionováno absolutní neplatností

³⁸⁰ § 53c zákona č. 40/1964 Zb., občiansky zákonník, ve znění pozdějších předpisů stanovuje: „*Ak je spotrebiteľská zmluva vyhotovená písomne, predmet a cena nesmú byť uvedené menším písmom ako iná časť takejto zmluvy s výnimkou názvu zmluvy a označení jej častí. Ustanovenia spotrebiteľskej zmluvy, ako aj ustanovenia obsiahnuté vo všeobecných obchodných podmienkach alebo v akýchkoľvek iných zmluvných dokumentoch, ktoré so spotrebiteľskou zmluvou súvisia, nesmú byť uvedené pre spotrebiteľa nečitateľným a menším písmom, ako ustanoví vykonávací predpis. Zmluva uzatvorená v rozpore s týmto ustanovením je neplatná.*“

³⁸¹ § 1 b nariadenie vlády č. 87/1995 Z.z., ktorým sa vykonávajú niektoré ustanovenia Občianskeho zákonníka, ve znění pozdějších předpisů stanovuje: „*Ustanovenia spotrebiteľskej zmluvy, ako aj ustanovenia obsiahnuté vo všeobecných obchodných podmienkach alebo v akýchkoľvek iných zmluvných dokumentoch súvisiacich so spotrebiteľskou zmluvou musí dodávateľ uviesť písmom, ktorého výška je najmenej 1,9 mm.*“

uzavřené smlouvy³⁸². Česká právní úprava je vedle toho o poznání méně kasuistická a formální. Jak je uvedeno, formální vyjádření textu je pouze jedním z hledisek pro závěr o případné překvapivosti nebo nepřekvapivosti ujednání obsaženého v obchodních podmínkách. Je však nutno zmínit, že ujednání může být překvapivé i pouze pro naplnění překvapivosti dle způsobu vyjádření bez ohledu na svůj obsah. I ujednání obsahově korektní tak může být prohlášeno překvapivým, pokud je stíženo závažnými formálními vadami. Na rozdíl od překvapivosti dle právních dopadů rozeznáváme pouze kritéria obecná. Vnější vyjádření podoby obchodních podmínek a nároky na něj kladené se nijak nemění v závislosti na konkrétním smluvním typu, povaze smluvních stran apod.

Konkrétní znaky překvapivosti ujednání dle jejich vyjádření v obchodních podmínkách mohou tedy být například³⁸³ tyto:

Nečitelnost textu – pravděpodobně nejširší kategorií z celého výčtu je nečitelnost textu. Tato může být způsobena různými okolnostmi jako je například velikost písma, barva písma, výběr stylu písma, kvalita tisku, použitý papír apod. Pokud pak jde o tyto prvky, například o velikost písma, při hodnocení bude třeba přihlížet i k tomu, že adresátem takové smlouvy je například starší osoba. To však pouze v těch situacích, kdy je možné od předkládající strany tento předpoklad legitimně očekávat³⁸⁴.

Formátování textu – do této kategorie spadá jak samotný tok textu (tj. jeho členění na články, body a odstavce podle logických obsahových celků), tak i například technická možnost jeho vyjádření. Je podstatný rozdíl, zda jsou obchodní podmínky poskytnuty v písemné podobě, nebo v podobě elektronické s možností fulltextového vyhledávání, a to především u podmínek

³⁸² Jak to dovodil Okresný soud Stará Lubovňa v rozsudku ze dne 6. 8. 2015, sp. zn. 5 C 143/2013.

³⁸³ Vzhledem k tomu, že dotčené ustanovení nemělo v předchozí právní úpravě obdobu, neexistuje rozhodovací praxe a pouze stěží lze nyní (bude-li to vůbec někdy možné) vytvořit taxativní výčet znaků formální překvapivosti.

³⁸⁴ Pokud si představíme například e-shop, banku či jinou obdobnou instituci, tak tato zcela logicky nemůže vědět, jaké konkrétní charakteristiky bude mít čtenář jejích obchodních podmínek. Nelze tedy od takových institucí vyžadovat například neobvykle velké písmo pro případ, že by jej někdy měla číst starší osoba. Naopak pokud půjde o obchodní podmínky domova seniorů, na tyto lze zmíněný požadavek bez dalšího vztahovat.

většího rozsahu³⁸⁵. Jak uvádí D. Ondřejová³⁸⁶, lze za problematické považovat i ujednání založené na kombinacích odkazů na jednotlivé články smlouvy a obchodních podmínek.

Obsahové členění textu – základním požadavkem v této kategorii je logické uspořádání textu, kdy například v úvodu budou uvedena ustanovení vztahující se ke kontraktaci, následně ustanovení vztahující se k plnění smlouvy, k jejímu ukončení a v závěru k jejímu porušení a další ustanovení. Naopak výrazným ukazatelem pro překvapivost je zařazení ustanovení do části, kam toto obsahově nepatří (například zařazení výpovědního důvodu mezi ustanovení o výkladu či mezi definiční ustanovení).

Použitý jazykový styl – problematickým může být například nepřiměřeně odborný styl v situacích, kdy toho není nezbytně potřeba³⁸⁷. Také může být za překvapivé považováno ustanovení, které je psáno stylem archaickým či jinak jazykově nadměru složitým.

Délka textu – celková délka textu obchodních podmínek může být sama o sobě odrazující. Není však možné a priori říci, že by existovala nějaká hranice, nad níž budou obchodní podmínky považovány za přespříliš dlouhé, a proto překvapivé. V posuzování délky obchodních podmínek je nutné přihlížet například k informační povinnosti některé ze smluvních stran³⁸⁸, jejíž samotné plnění může výrazně prodloužit obchodní podmínky. Naopak přitěžujícím znakem bude časté bezvýznamné opakování zákonných ustanovení, které může značit snahu o protažení textu za účelem odrazení čtenáře.

³⁸⁵ Ostatně tento rozdíl zohlednil též zákonodárce v právní úpravě. Ustanovení § 5 odst. 1 zákona č. 340/2015 Sb., o zvláštních podmínkách účinnosti některých smluv, uveřejňování těchto smluv a registru smluv, uvádí, že smlouva se uveřejňuje „vložením elektronického obrazu textového obsahu smlouvy v otevřeném a strojově čitelném formátu“. Tento požadavek výrazně usnadňuje čtenáři vyhledávání klíčových informací (například o smluvní pokutě). Je proto možné jej vztáhnout i na obchodní podmínky, resp. jej při jejich posuzování zohlednit.

³⁸⁶ ONDŘEJOVÁ, Dana. *Průvodce uzavíráním smluv po rekonstrukci*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 57.

³⁸⁷ Opět bude nutné zohlednit možná očekávání strany předkládající obchodní podmínky. Jiná úroveň právního či jiného odborného jazyka bude přijatelná při vysoce kvalifikovaných smlouvách například mezi bankami či ve smlouvě pojistné, jiná pak při běžných dodavatelských smlouvách, například v případech kancelářských potřeb, kde je spektrum možných zákazníků velmi široké.

³⁸⁸ Opět lze poukázat na § 1811 a 1820 OZ či na § 9, 10a, 11, 11a, 12, 13 a 14 ZOS.

Lze tedy shrnout, že k tvorbě obchodních podmínek je nutno přistupovat především v kontextu potenciálního čtenáře a jeho legitimních a předvídatelných schopností, znalostí, dovedností a očekávání.

4.1.3 Vymezení výslovného přijetí s praktickými příklady

Právní úprava ustanovení § 1753 OZ uvádí, že překvapivé ujednání v obchodních podmínkách je neúčinné, ledaže jej druhá strana přijala výslovně. V této koncepci lze spatřovat zjevnou nelogičnost. Pokud bude některé ustanovení přijato výslovně, již nepůjde o překvapivé ujednání a sankce neúčinnosti tak na něj již nedopadne nikoliv z důvodu výslovného přijetí dle zákona, nýbrž z důvodu nesplnění předpokladů.

Praktickou otázkou bude, jak posuzovat splnění podmínky výslovného přijetí, kdy bude konkrétní ujednání obchodních podmínek výslovně přijato a nehrozí mu sankce neúčinnosti. V praxi se od přijetí občanského zákoníku objevilo několik možných přístupů k této otázce a cest, jak výslovně upozornit na konkrétní ujednání. Nejčastější varianty, byť ne vždy účinné, jsou tyto:

1. zopakování překvapivého ujednání v textu smlouvy,
2. převzetí překvapivého ujednání do textu smlouvy,
3. upozornění ve smlouvě na překvapivé ujednání s označením jeho obsahu (např. větou: Překvapivá mohou být ujednání: čl. 6.1. Smluvní pokuta v případě nedodání zboží včas),
4. upozornění ve smlouvě na překvapivé ujednání bez označení jeho obsahu (např. Překvapivá mohou být ujednání: čl. 6.1.),
5. výslovné upozornění ve smlouvě, že obchodní podmínky mohou obsahovat překvapivá ujednání,
6. vytknutí překvapivých ujednání na samostatné místo obchodních podmínek,
7. podpis obchodních podmínek jako celku,
8. grafické zvýraznění překvapivých ujednání v obchodních podmínkách,
9. podpis umístěný na té straně obchodních podmínek, která obsahuje překvapivé ujednání,
10. podpis u konkrétního překvapivého ujednání.

Řešení této otázky je nutné dovodit ze samotného textu právní úpravy, který zní: „*nepřijala-li je* (tj. ustanovení obchodních podmínek) *tato strana výslovně*“. Základním požadavkem na přijetí konkrétního překvapivého ustanovení je tedy vztah ke konkrétnímu ustanovení. Druhou podmínkou je výslovnost přijetí. Třetí podmínkou pak je skutečnost, že přijetí musí být projevem vůle druhé strany, které jsou obchodní podmínky předkládány. Kde se bude dále v této souvislosti mluvit o podpisu, rozumí se jím proto podpis této druhé smluvní strany. Pro posuzovanou otázku je zcela nerozhodné, zda podpis připojila také strana předkládající.

Pokud tedy jde o výše nastíněné způsoby výslovného přijetí, zcela nepochybně budou účinné způsoby **č. 1 a 2**. Zde však nedochází k přijetí konkrétního ustanovení jakožto způsobu ochrany před aplikací neúčinnosti ve smyslu ustanovení § 1753 OZ, nýbrž k úplnému vyhnutí se jeho dopadu, a tedy i samotnému posuzování překvapivosti. Způsoby **č. 3 a 4** znamenají pravděpodobně nejpraktičtější variantu výslovného přijetí ustanovení obchodních podmínek jako ochrany před neúčinností³⁸⁹. Tento způsob na jedné straně nevyžaduje opis konkrétního ustanovení do smlouvy, na druhou stranu je dostatečně určitý ve vztahu ke konkrétnímu ujednání obchodních podmínek. Pokud druhá smluvní strana ani přes takto výrazné upozornění nebude věnovat konkrétním ustanovením smluvních podmínek dostatečnou pozornost, lze její jednání hodnotit jako nedbalé, zatímco na straně předkladatele obchodních podmínek lze vysledovat dostatečnou úroveň odborné péče o to, aby měla druhá smluvní strana možnost nebýt překvapena. Pokud jde o způsoby pod **čísly 5, 6, 7, 8 a 9**, u těchto absentuje projev vůle směřující ke konkrétnímu ustanovení. Vždy je zde podpis druhé smluvní strany připojován k většímu množství pravidel. Tyto způsoby lze proto vyhodnotit jako nedostatečné³⁹⁰. Naopak poslední způsob pod **č. 10** lze také hodnotit jako souladný se smyslem, účelem i textem právní úpravy, a tedy jako účinný. Podpisem druhé smluvní strany u konkrétního ustanovení lze snadno naplnit individuální zaměření projevu vůle týkajícího se přijetí konkrétního ujednání.

³⁸⁹ Závěr o přípustnosti tohoto způsobu upozornění potvrzuje též ONDREJOVÁ, Dana. *Průvodce uzavíráním smluv po rekodifikaci*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 58.

³⁹⁰ Shodně též HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 171.

Otázkou je, kdy musí dojít k onomu výslovnému přijetí překvapivého ujednání, aby ustanovení nebylo stiženo sankcí neúčinnosti. Zákon sám tento okamžik nijak neurčuje, a to ani na jedné straně (není například uvedeno, že by to muselo být při uzavření smlouvy). Lze si tedy představit i situaci, kdy bude překvapivé ustanovení výslovně přijato až dodatečně jako součást samostatného právního jednání³⁹¹.

Právní praxe zcela jistě nalezne i další výše nevyjmenované způsoby přijetí překvapivého ujednání obchodních podmínek. Vždy však bude nutno posuzovat, zda se jedná o projev vůle strany, již jsou obchodní podmínky předkládány, který se vztahuje ke konkrétnímu ustanovení a z něhož je možné dovodit, že toto ustanovení mělo být tímto projevem vůle přijato.

4.1.4 Dopady ochrany před překvapivými ujednáními z hlediska racionálního přístupu akceptantů

Smysl ustanovení § 1753 OZ o neúčinnosti překvapivého ujednání je zjevný. Jde o zohlednění výše popsané skutečnosti, že kontraktace s užitím obchodních podmínek se zásadním způsobem liší od kontraktace klasické. Na obchodní podmínky proto není možné aplikovat obecný civilně-právní přístup nevědomosti vyvolané skutečností, že druhá smluvní strana obchodní podmínky nečetla, byť k tomu měla možnost. Ochrana před překvapivostí proto poskytuje jakousi legální omluvu racionální volby akceptanta, který se rozhodne z jakéhokoliv důvodu obchodní podmínky nečíst. Akceptant přitom poté vychází z předpokladu korektnosti a poctivosti druhé smluvní strany v souladu s § 6 OZ³⁹². Zároveň při této apatii vychází akceptant z obecného zákazu zneužití práva, jež je do občanského zákoníku promítnut v § 7. Tuto možnost navíc zákon dává bez ohledu na status akceptanta, tedy i podnikateli.

Současně však právní úprava překvapivých obchodních podmínek přináší vysoké riziko tzv. morálního hazardu. Jedná se o stav, kdy akceptant nečte

³⁹¹ Tato cesta pak může být východiskem z pojmové nesprávnosti popsané v úvodním odstavci pojednání o přijetí překvapivých ujednání. V takovém případě bychom mohli získat ujednání, které bylo v okamžiku uzavření smlouvy překvapivým, avšak následek neúčinnosti by byl dodatečně zhojen dalším právním jednáním – výslovným přijetím.

³⁹² Shodně BEJČEK, Josef. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 23, č. 18, s. 611.

obchodní podmínky zcela záměrně s vědomím toho, že případné překvapivé ujednání bude bez ohledu na jeho vědomost neúčinné a čtením obchodních podmínek proto nezíská žádný prospěch.

Takovýto přístup, byť jej můžeme hodnotit jako nepoctivý, se od předchozího legitimního předpokladu poctivosti obchodních podmínek liší pouze ve vnitřní motivaci akceptanta, a je tedy velmi těžké je od sebe objektivně odlišit. Je pravda, že každé ochranné ustanovení je možné zneužít³⁹³, a je pouze na úvaze zákonodárce a jeho hodnotovém rozhodnutí, zda přízná větší ochranu předkladatelům obchodních podmínek, či jejich akceptantům. Z hlediska uživatelů obchodních podmínek pak nelze než doporučit dostatečné upozornění na případná překvapivá ujednání obchodních podmínek přímo v hlavní smlouvě.

4.1.5 Hrubý rozpor s obchodními zvyklostmi a poctivým obchodním stykem dle ustanovení § 1801 OZ

Ustanovení § 1798 až 1801 OZ obsahují ochranu před smlouvami uzavíranými adhezním způsobem. Užití obchodních podmínek při kontraktaci zakládá předpoklad adhezního uzavírání smlouvy a současně jednou ze skutkových podstat ochrany u adhezní smlouvy je i možnost dotčení platnosti inkorporační doložky obchodních podmínek ve smlouvě obsažené. Současně ustanovení § 1801 OZ upravuje obsahovou kontrolu v případě, že si podnikající smluvní strany vyloučí užití pravidel o smlouvách uzavíraných adhezním způsobem.

Je proto patrné, že otázka adhezních smluv se dotýká také obsahové kontroly obchodních podmínek. Tento výklad je však z důvodu systematickosti a jednotnosti zahrnut v kapitole 2.6 této publikace týkající se adhezních smluv.

³⁹³ V této souvislosti lze připomenout například opakované stížnosti provozovatelů českých e-shopů na to, že spotřebitelé stále častěji zneužívají svého práva odstoupit od smlouvy dle ustanovení § 1829 OZ. Ilustrativní může být například článek ze dne 26. 8. 2014, který popisuje zkušenosti prodejců s vrácením zboží, dostupný z: <https://zpravy.aktualne.cz/finance/nakupovani/eshop-vraceni-zbozi-odstoupeni-od-kupni-smlouvy/r~f1eef0502c6211e48975002590604f2e/?redirected=1473690088>

4.2 Další omezení a korektivy týkající se obchodních podmínek

4.2.1 O obsahu obchodních podmínek

Jak již bylo výše uvedeno, obchodní podmínky jsou technickým nástrojem zjednodušení a standardizace kontraktačního procesu, který by však neměl být zneužíván³⁹⁴. Tím jsou dány i základní obsahové mantinely ujednání, která mohou být obsažena v obchodních podmínkách.

Podle některých názorů³⁹⁵ jsou obchodní podmínky textem, který na základě inkorporace doplňuje samostatně stojící smlouvu, a aby byla smlouva schopna sama o sobě obstát, musí obsahovat minimálně podstatné náležitosti konkrétního smluvního typu. Tento závěr vychází z názoru, že od obchodních podmínek se očekává úprava toliko otázek technických, procesních nebo takových, o kterých to předpovídá zákon. Tyto náležitosti tedy musí být obsahem smlouvy samotné, nikoliv pak obchodních podmínek. Obchodní podmínky by pak mohly obsahovat pouze náležitosti pravidelné či nahodilé. S tímto se nelze ztotožnit. Důvodem nesouhlasu je skutečnost, že pokud jsou obchodní podmínky řádně inkorporovány, stávají se legitimní součástí smlouvy. Je pak zcela na smluvních stranách, zda vymezení předmětu smlouvy zahrnout do samotného jejího textu, nebo do samostatně stojícího řádně inkorporovaného dokumentu. Ostatně je též běžnou praxí, že se vymezení předmětu díla děje prostřednictvím různých seznamů, plánek či popisů v přílohách smlouvy. Je však nutné konstatovat, že případné změny či úpravy předmětu díla obsažené v obchodních podmínkách, na které není dostatečně upozorněno v textu hlavní smlouvy, mohou zakládat překvapivost ve smyslu ustanovení § 1753 OZ.

4.2.2 Zvláštní legitimace zájmových právnických osob dle ustanovení § 1964 odst. 2 a 1972 odst. 2 OZ

Dalším obsahovým korektivem obchodních podmínek je úprava úroku z prodlení, na kterou dopadají ustanovení § 1964 a 1972 OZ. Tato dvě ustanovení jsou svým textem i obsahem velmi podobná. Podobnost je dokonce

³⁹⁴ Šrov. nález Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11.

³⁹⁵ ŠPAČKOVÁ, Michala. Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2015, roč. 7, č. 4, s. 106.

taková, že odborná literatura³⁹⁶ zaujala stanovisko, že je třeba tuto duplicitu posuzovat jako pochybení zákonodárce a obě ustanovení vykládat ve vzájemném kontextu tak, jako by šlo o ustanovení jedno. Výslovně se dokonce uvádí, že „... je možno od § 1964 zcela abstrahovat. Ustanovení § 1964 nepřináší v otázce úroků z prodlení nic, co by nebylo výkladem možno dovodit ze samotného § 1972“³⁹⁷. O obou ustanoveních proto bude veden výklad jakožto o ustanovení jediném, a to o ustanovení § 1972 OZ, které je svým obsahem i dopadem širší.

Ustanovením dochází k implementaci směrnice o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích³⁹⁸. Tato směrnice dle svého recitálu reaguje na praxi spočívající v tom, že dodávky zboží či služeb na trhu jsou realizovány na základě odložených plateb, kdy dodavatel poskytne zákazníkovi čas na zaplacení faktury. Tyto lhůty však často nejsou dodržovány, tedy se dlužník dostává do prodlení. Na straně věřitele dochází k negativnímu dopadu na likviditu a komplikuje se tím finanční řízení závodu³⁹⁹. Z toho důvodu se Evropská unie rozhodla jmenovanou směrnicí korigovat smluvní volnost v oblasti splatnosti, úroku z prodlení a nákladů na vymáhání pohledávek. Tato směrnice byla provedena jak na různých místech občanského zákoníku, tak i pomocí zvláštního předpisu⁴⁰⁰. Pro účely této publikace je však klíčové především ustanovení § 1963 OZ, které upravuje limity bezpečného ujednání o splatnosti. Sankcí za vybočení z rámce ustanovení § 1963 OZ je dle textu zákona možnost dovolání se neúčinnosti dle ustanovení § 1964 OZ, které je tak omezeno pouze na otázky splatnosti. Naproti tomu širší ustanovení § 1972 OZ dopadá na jakékoliv ujednání o úroku z prodlení, které se odchyluje od zákona tak, že se zřetelem ke všem okolnostem a podmínkám případu zhoršuje věřitelovo postavení,

³⁹⁶ ŠILHÁN, Josef. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1084.

³⁹⁷ Tamtéž.

³⁹⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2011/7/EU ze dne 16. 2. 2011 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích (dále jen „směrnice 2011/7“).

³⁹⁹ Bod 3 recitálu směrnice 2011/7.

⁴⁰⁰ Tímto je nařízení vlády č. 531/2013 Sb., kterým se určuje výše úroků z prodlení a nákladů spojených s uplatněním pohledávky, určuje odměna likvidátora, likvidačního správce a člena orgánu právnické osoby jmenovaného soudem a upravují některé otázky Obchodního věstníku a veřejných rejstříků právnických a fyzických osob.

aniž je pro takovou odchylku spravedlivý důvod. Soud může takové ujednání prohlásit za neúčinné. Důsledkem pak bude aplikace zákonného režimu, ledaže soud určí jinak.

Pro oblast zájmu této publikace je pak klíčový druhý odstavec § 1972 OZ, který dává právo dovolat se neúčinnosti obchodních podmínek v rozsahu výše popsaném i právnické osobě založené k ochraně zájmů malých a středních podnikatelů. Pokud jde o rozsah dopadu tohoto ustanovení, toto není bezprostředně navázáno na ustanovení § 1964 OZ, a proto je možné jeho použití i v jiných vztazích než mezi podnikateli či podnikatelem a veřejnoprávní korporací. Ustanovení je pak provedením čl. 7 odst. 5 směrnice 2011/7, podle kterého musí stát zajistit „*ustanovení, podle nichž mohou organizace, které jsou oficiálně uznávány jako zástupci podniků nebo které mají na zastupování podniků oprávněný zájem, v souladu s platným vnitrostátním právem podat podnět k zahájení řízení před příslušným soudem nebo správním orgánem ve věci smluvních podmínek či praxe, které jsou hrubě nespravedlivé...*“. Požadavky směrnice tedy mluví o smluvních, nikoliv o obchodních podmínkách. Z toho lze dovodit, že tato obsahová kontrola se vztahuje na jakákoliv ujednání, ať jsou již obsažena v obchodních podmínkách jako samostatném dokumentu, či ve smlouvě samotné.

Český zákonodárce však provedl směrnici takovým způsobem, že dle ustanovení § 1972 odst. 2 OZ je možné dovolávat se neúčinnosti ujednání jen tehdy, je-li součástí obchodních podmínek⁴⁰¹. Naplnění či nenaplnění směrnice tak bude do značné míry záviset na tom, k jaké koncepci pojmání obchodních podmínek (zda pouze jako samostatného dokumentu odlišného od hlavní smlouvy, či jako ne individuálně sjednaných ujednání) se přikloní soudní praxe.

Stěžejním obsahem popisovaného ustanovení § 1972 odst. 2 OZ pak je skutečnost, že neúčinnosti ujednání v obchodních podmínkách, které bez spravedlivého důvodu zhoršuje postavení věřitele, se může dovolávat nejen sám věřitel, ale i právnická osoba založená za účelem ochrany zájmů malých

⁴⁰¹ Tento rozpor není patrný ani z důvodové zprávy k občanskému zákoníku. Zpráva výslovně uvádí, že vzorem byl právě čl. 7 odst. 5 směrnice 2011/7, poukazuje na omezení pouze na obchodní podmínky, avšak uvádí, že toto je v souladu se smyslem směrnice. Jednou z možností je však chybný překlad do českého jazyka z původního pojmu „contractual terms“.

a středních podnikatelů. Hranice a definice malých a středních podnikatelů nalezneme v příloze č. 1 nařízení Komise č. 800/2008⁴⁰², kde se pro jejich určení používá kritérií obratu a počtu zaměstnanců.

Účel ustanovení je zřejmý. Cílem ustanovení je rozšíření okruhu subjektů, které mohou zahájit řízení o obsahové kontrole obchodních podmínek co do úroků z prodlení nad rámec dotčených věřitelů. Myšlenka bude pravděpodobně stejná jako v případě aktivní legitimace spotřebitelských sdružení proti nekalé soutěži dle ustanovení § 2989 odst. 1 OZ. Jde o stav, kdy újma vzniknuvší jednomu poškozenému (spotřebiteli zasaženému nekalou soutěží stejně jako věřiteli při opožděné platbě) je zanedbatelná s ohledem na rizika spojená se soudním sporem a negativními následky pro další spolupráci, a tak je legitimní strategií poškozeného jistá racionální apatie. Proto je třeba najít jiný subjekt, v tomto případě právnickou osobu založenou za účelem ochrany malých a středních podnikatelů, který bude tato práva za samotné věřitele uplatňovat bez rizika například v podobě ztráty odběratele a z jakési oficiality, resp. svého vlastního účelu.

Lze tedy shrnout, že co se týče ujednání o úroku z prodlení, jeho zařazení do obchodních podmínek (ve smyslu samostatného dokumentu) zvyšuje riziko jeho napadení, protože mezi aktivně legitimované subjekty řadí také právnické osoby založené za účelem ochrany zájmů malých a středních podnikatelů.

4.2.3 Ochrana osobních údajů, souhlas se zasíláním obchodních sdělení

Při uzavírání a následném plnění smlouvy, u které nevystupují na všech stranách právnické osoby, dochází prakticky vždy ke zpracovávání osobních údajů ve smyslu zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOOÚ“). Osobní údaj je definován v ustanovení § 4 písm. a) tohoto předpisu takovým způsobem, že se jedná o jakoukoliv informaci týkající se určeného nebo určitého subjektu údajů, přičemž podle písm. d) téhož paragrafu daného předpisu je takovým subjektem údajů každá fyzická osoba. I v případě osoby podnikající na základě živnostenského

⁴⁰² Nařízení Komise (ES) č. 800/2008 ze dne 6. 8. 2008, kterým se v souladu s články 87 a 88 Smlouvy o ES prohlašují určité kategorie podpory slučitelné se společným trhem (obecné nařízení o blokových výjimkách).

oprávnění je tedy vysoká pravděpodobnost dispozice například s jeho jménem a příjmením, tedy s osobními údaji fyzické osoby. Je proto třeba se v rámci smlouvy vypořádat i s touto otázkou. Klíčovým je v této oblasti ustanovení § 5 odst. 2 písm. b) ZOOÚ, které uvádí, že správce uděluje generální zmocnění ke zpracovávání osobních údajů i bez souhlasu subjektu těchto údajů, jestliže je zpracování nezbytné pro plnění smlouvy, jejíž smluvní stranou je subjekt údajů, nebo pro jednání o uzavření nebo změně smlouvy usku- tečněné na návrh subjektu údajů. Klausule tedy nahrazuje souhlas se zpra- cováním osobních údajů pro účely běžného plnění smlouvy. Ani tato však nezabývá správce osobních údajů⁴⁰³ povinnosti poskytnout subjektu údajů informace dle ustanovení § 11 ZOOÚ. Jak již bylo uvedeno výše, obchodní podmínky jsou vhodným nástrojem k plnění informační povinnosti dle růz- ných ustanovení, mezi které lze zařadit i to posledně jmenované.

O poznání složitější je však situace v případě, kdy hodlá správce osobních údajů užívat poskytnuté osobní údaje k jinému účelu, než přímo souvisí s plněním práv a povinností ze smluvního vztahu. Takovým účelem může být například marketing, předávání osobních údajů dalším osobám, posky- tování těchto údajů do registru dlužníků apod. Takové zpracování osobních údajů již není kryto zákonnou klauzulí ustanovení § 5 odst. 2 ZOOÚ, a tedy je možné jej provádět pouze se souhlasem subjektu údajů a při dodržení informační povinnosti dle ustanovení § 11 ZOOÚ.

Vzniká tedy otázka, zda je možné souhlas se zpracováním osobních údajů pro jiné účely než je plnění smlouvy, udělit v rámci obchodních podmínek. Náležitosti souhlasu se zpracováním osobních údajů vymezuje ustanovení § 4 písm. n) ZOOÚ tak, že souhlas musí být svobodný a vědomý projev vůle subjektu údajů, jehož obsahem je svolení subjektu údajů se zpracová- ním osobních údajů. Klíčová pro řešení výše nastíněné otázky je ona nut- nost vědomého souhlasu. Vzhledem k tomu, že zvláštního souhlasu je třeba pouze pro takové zpracování osobních údajů, které přímo nesouvisí s plně- ním uzavřené smlouvy, lze bez nadsázky tvrdit, že takový souhlas je jaksi nad rámec uzavíraného smluvního vztahu. Bylo by tedy možné reálně zvažovat

⁴⁰³ Správcem osobních údajů je dle § 4 písm. j) každý subjekt, který určuje účel a prostředky zpracování osobních údajů, provádí zpracování a odpovídá za něj. Je jím tedy i každá smluvní strana smluvního vztahu, jehož dalším subjektem je fyzická osoba.

názor, že takovéto ustanovení obchodních podmínek je překvapivé ve smyslu § 1753 OZ, a tedy neúčinné. Nad rámec toho je však důležité uvést, že podle ustáleného názoru Úřadu pro ochranu osobních údajů⁴⁰⁴ je nutné, aby souhlas se zpracováním osobních údajů nad rámec plnění smlouvy nebyl podmínkou, která by při svém nenaplnění sama o sobě znemožňovala uzavření smluvního vztahu. Dle tohoto sdělení je tedy třeba nejen akceptovat vůli subjektu údajů tento souhlas neudělit⁴⁰⁵, ale současně dát subjektu údajů možnost takovou vůli relevantně projevit, a to i v rámci obchodních podmínek. To lze zajistit například tak, že v obchodních podmínkách bude samostatně k zaškrtnutí souhlas s tímto zpracováním doplněný o podpis. V takovém případě lze pak také považovat tento souhlas za individuálně přijatý a nespádající pod překvapivá ujednání. Je však nezbytné mít neustále na paměti skutečnost, že souhlas se zpracováním osobních údajů je jednostranným právním jednáním subjektu údajů adresovaným jejich správci. Jako takové je tedy kdykoliv odvolatelné a toto odvolání je účinné v okamžiku, kdy dojde správci osobních údajů⁴⁰⁶. Současně ve stanovisku Úřad také upozorňuje na skutečnost, že souhlas se zpracováním osobních údajů musí být dán aktivně. Pokud jsou tedy obchodní podmínky měněny postupem popsaným v kapitole 5 této publikace, kdy souhlas je dovozován z neodmítnutí změny, nesmí být tímto postupem do obchodních podmínek přidán souhlas se zpracováním osobních údajů. Z mlčení nelze dovodit naplnění podmínky aktivního udělení.

Velmi podobnou otázkou je také otázka souhlasu se zasíláním obchodních sdělení elektronickou formou ve smyslu zákona č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti, ve znění pozdějších předpisů. Tento předpis upravuje otázku šíření obchodních sdělení v ustanoveních § 7 odst. 2 a 3. Ustanovení § 7 odst. 3 zákona o některých službách informační společnosti uvádí, že fyzická nebo právnická osoba je oprávněna

⁴⁰⁴ Tento názor byl vyjádřen ve stanovisku ÚOOÚ ze srpna 2011. Stanovisko č. 2/2011: Zpracování osobních údajů na základě souhlasu ve smlouvě nebo Všeobecných obchodních podmínkách a s tím související problémy [online]. *Úřad pro ochranu osobních údajů*, 2011 [cit. 16. 9. 2016].

⁴⁰⁵ Tuto vůli lze projevit například přeškrtnutím příslušné části obchodních podmínek či v poznámce v internetovém formuláři.

⁴⁰⁶ Stanovisko ÚOOÚ č. 2/2011, op. cit.

užít podrobnosti elektronického kontaktu⁴⁰⁷ k zasílání obchodních sdělení tehdy, pokud je získala od svého zákazníka a užije je k další propagaci svých obdobných výrobků či služeb. V případě, že tyto podmínky nejsou naplněny (typicky při zasílání obchodních sdělení třetích stran či osobám, které dříve nebyly zákazníky zasílatele), uplatní se odstavec 2 uvádějící, že obchodní sdělení je možné zasílat pouze se souhlasem uživatelů. Otázkou pak je, zda je možné tento souhlas se zasílám obchodních sdělení včlenit právě do obchodních podmínek. Zde je třeba zaujmout negativní stanovisko. Tento názor je opřen o skutečnost, že i podrobnosti elektronického kontaktu jsou osobním údajem ve smyslu ZOOÚ a vztahují se na něj tedy výše uvedené podmínky překvapivosti a možnosti jednostranného odvolání. Shodný je i postoj Úřadu pro ochranu osobních údajů, který v jiném svém stanovisku⁴⁰⁸ s podrobnostmi elektronického kontaktu jakožto s osobními údaji pracuje bez dalšího. Současně pak Úřad prosazuje stanovisko, že souhlas se zasíláním obchodních sdělení musí být dán samostatně, aktivně a nezávisle na možnosti uzavření smlouvy. Z technického hlediska proto nelze než odkázat na předchozí odstavec a doporučit i tento souhlas zvlášť vyčlenit jako samostatnou doložku obchodních podmínek s opt-in režimem. Současně se i na takovéto zpracování osobních údajů vztahuje informační povinnost dle ustanovení § 11 ZOOÚ⁴⁰⁹.

4.2.4 Smluvní pokuty a rozhodčí smlouvy

Problematickou doložkou v obchodních podmínkách může být také rozhodčí doložka. Snadná je situace u spotřebitelských smluv, kde nalezneme v ustanovení § 3 odst. 3 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů výslovný zákaz. Doslova se zde uvádí: „*Sjednává-li se rozhodčí smlouva pro řešení sporů ze spotřebitelských smluv, musí být sjednána samostatně a nikoliv jako součást podmínek, jimiž se řídí smlouva hlavní, jinak je neplatná*“. Zahrnutí rozhodčí doložky do obchodních podmínek ve spotřebitelských vztazích je tedy vyloučeno.

⁴⁰⁷ Těmito podrobnostmi jsou telefonní číslo, e-mailová adresa apod.

⁴⁰⁸ Stanovisko č. 5/2012: Poskytnutí informací a získání souhlasu subjektu údajů v elektronické komunikaci [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů, 2012 [cit. 16. 9. 2016].

⁴⁰⁹ Otázka souhlasu se zasíláním obchodních sdělení je podrobně rozebrána v publikaci MAISNER, Martin. *Zákon o některých službách informační společnosti. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2013, s. 152.

Ve smlouvách ostatních se pak uplatní obecné pravidlo vyjádřené v ustanovení § 3 odst. 2 výše citovaného zákona: „*Tvoří-li však rozhodčí doložka součást podmínek, jimiž se řídí smlouva hlavní, k níž se rozhodčí doložka vztahuje, je rozhodčí doložka platně ujednána i tehdy, jestliže písemný návrh hlavní smlouvy s rozhodčí doložkou byl druhou stranou přijat způsobem, z něhož je patrný její souhlas s obsahem rozhodčí smlouvy*“. Z tohoto ustanovení lze dovodit dva závěry. Prvním z nich je skutečnost, že rozhodčí doložka obsažená v obchodních podmínkách je z pohledu zákona o rozhodčím řízení běžně akceptovatelná. Jak v komentáři výslovně uvádí A. Bělohávek: „*Ustanovení § 3 odst. 2 RozŘŘ aprobejue plně v souladu s mezinárodní a zahraniční praxí uzavření rozhodčí smlouvy tak, že součástí smluvních ujednání se stávají (vše)obecné smluvní podmínky obsahující rozhodčí doložku*.“⁴¹⁰ Samotné obsažení rozhodčí doložky v obchodních podmínkách je tedy v souladu se zákonem. Druhou skutečností, kterou lze z předmětného ustanovení dovodit, je fakt, že překážkou takového ujednání rozhodčí doložky není ani skutečnost, že se formálně jedná o dvě samostatné smlouvy. První je sama hmotněprávní smlouva obsažená v hlavní smlouvě a řádně podepsaná, druhou pak je procesněprávní smlouva obsažená toliko v obchodních podmínkách a bez podpisu. Projev vůle s hlavní hmotněprávní smlouvou je proto nutné nějakým způsobem vztáhnout i na druhou procesněprávní smlouvu, k čemuž slouží právě ustanovení § 3 odst. 2 zákona o rozhodčím řízení⁴¹¹. Rozhodčí doložka v obchodních podmínkách je tedy přípustná.

Otázkou však je případná aplikovatelnost ustanovení o překvapivosti rozhodčí doložky v obchodních podmínkách. V souladu se zásadou jednotnosti právního řádu a s odkazem na předcházející odstavec proto lze říci, že a priori není možné rozhodčí doložku v obchodních podmínkách považovat za překvapivou. Překvapivost je však nutné posuzovat s ohledem na konkrétní okolnosti případu. V individuálním případě proto není možné překvapivou povahu rozhodčí doložky v obchodních podmínkách vyloučit⁴¹².

⁴¹⁰ BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 241.

⁴¹¹ Shodný názor zaujal také Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 31. 5. 2011, sp. zn. 29 Cdo 1130/2011.

⁴¹² Například v případě, kdy po dlouhodobější spolupráci budou druhou smluvní stranou předloženy bez jakéhokoli varování obchodní podmínky obsahující rozhodčí doložku, která ve dřívějších podmínkách obsažena nebyla.

Lze tedy shrnout, že zatímco u spotřebitelských smluv je rozhodčí doložka v obchodních podmínkách *ex lege* zakázána, v ostatních smlouvách je zásadně přípustná, ledaže by narážela na jiný obsahový korektiv, například překvapivost.

V zásadě stejné závěry pak lze konstatovat ve vztahu ke smluvní pokutě obsažené v obchodních podmínkách. Tato je pro oblast spotřebitelských vztahů znemožněna nálezem Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11, jehož *ratio decidendi* zní: „*V rámci spotřebitelských smluv ujednání zakládající smluvní pokutu nebo jiné obdobně znervýhodňující ustanovení zásadně nemůže být součástí tzv. všeobecných obchodních podmínek, nýbrž toliko spotřebitelské smlouvy samotné*“⁴¹³. Tento závěr se však vztahuje pouze na spotřebitelské vztahy, a nikoliv na vztahy B2B či C2C. O podmínkách založení smluvní pokuty v obchodních podmínkách mlčí také právní úprava občanského zákoníku i jiných právních předpisů. Nelze tedy než ve vztahu ke smluvní pokutě dovodit stejný závěr jako v případě rozhodčí doložky v obchodních podmínkách – ve spotřebitelských smlouvách je smluvní pokuta v obchodních podmínkách nepřipustná, v ostatních v zásadě přípustná, ledaže by byl dotčen jiný obsahový korektiv⁴¹⁴.

4.2.5 Spotřebitelský exkurs

Obsahová kontrola obchodních podmínek ve spotřebitelských vztazích je založena na jiném myšlenkovém východisku a jiné teorii, než je popsána v úvodu této kapitoly. Základem pro přípustnost obsahové kontroly zde není rozdílný kontraktační proces, který je ve spotřebitelských vztazích převažován jinou okolností odůvodňující obsahovou kontrolu. Tou je ochrana

⁴¹³ Nelze však opomenout, že v odborné literatuře se objevila řada názorů, které tento závěr Ústavního soudu ČR zpochybňují. S ohledem na praktický dopad jednoznačně formulovaného závěru Ústavního soudu však lze z praktického pohledu v současné době spíše doporučit umístování smluvních pokut do textu samotné smlouvy. Podrobný rozbor viz BEZOUŠKA, Petr. *Postavení a ochrana věřitele v novém soukromém právu – aktuální otázky. Srovnávací komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 39.

⁴¹⁴ Na rozdíl od rozhodčí doložky je však v případě hodnocení překvapivosti smluvní pokuty třeba zohlednit také otázku, jaká povinnost je smluvní pokutou utvrzována. Jinou pravděpodobnost překvapivosti shledáme například u smluvní pokuty utvrzující termín dodání zboží a jinou u porušení povinnosti včas nahlásit druhé smluvní straně změnu sídla či oprávněné osoby.

slabší smluvní strany⁴¹⁵. Obsahová kontrola v rovných vztazích (tedy typicky B2B či C2C) se zaměřuje především na řešení problému informační asymetrie smluvních stran o obsahu obchodních podmínek. Obsahová kontrola v nerovných B2C vztazích je však reakcí na skutečnost, že i kdyby spotřebitel byl dokonale informován o obsahu obchodních podmínek, pravděpodobně nebude mít možnosti tyto podmínky dostatečně posoudit a v případě nesouhlasu s nimi si vynutit jejich změnu. Neřeší se zde tedy pouze problém asymetrie informační, ale především problém asymetrie v odborných znalostech, vyjednávacích možnostech a schopnostech, ekonomické síle apod.

K řešení problému informační asymetrie představovaného překvapivými ujednáními zvolil zákonodárce institut výslovného přijetí problematického ustanovení ze strany akceptanta. Ani výslovné přijetí však není schopné vyřešit problém elementární nerovnosti jednotlivých stran, který se objevuje u spotřebitelských smluv. Pro ekonomicky a odborně zběhlejšího předkladatele smluvních podmínek nebude problémem získat i tento výslovný souhlas, obzvláště v situaci závislosti spotřebitele na dodávaném zboží či službě.⁴¹⁶ Bylo tedy nutné přistoupit ve vztahu ke spotřebitelům k paternalistické ochraně, která se uplatní vždy a za všech okolností a které se ani sám spotřebitel svým projevem vůle nemůže vzdát.

Primárním prostředkem této ochrany spotřebitele, která se projevuje jak na úrovni samotné smlouvy, tak na úrovni obchodních podmínek, jsou ustanovení části čtvrté dílu čtvrtého občanského zákoníku nazvaná souhrnně jako ustanovení o závazcích ze smluv uzavíraných se spotřebitelem. Tento díl upravuje především informační povinnost podnikatele před uzavřením smlouvy dle § 1811 a 1820 OZ (ke splnění této povinnosti mohou být obchodní podmínky velmi vhodným prostředkem), zakázaná ujednání dle § 1812 a násl. OZ (zde lze z pohledu obchodních podmínek poukázat

⁴¹⁵ CSACH, Kristián. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 119.

⁴¹⁶ Problém ekonomické a celkově vyjednávací nerovnosti mezi podnikateli a spotřebiteli je již po dlouhá léta jedním z hlavních témat i na půdě Evropské unie. Základní myšlenka je zde taková, že spotřebitelé jsou velmi významnou tržní silou v rámci unie, jejíž prázdky stojí na ekonomické spolupráci. Pokud pak bude spotřebiteli zaručena vyšší míra ochrany, a to jak ve vztazích přeshraničních, tak ve vztazích uvnitř jednoho státu, spotřebitel se nebude bát uzavírat více smluvních vztahů a být ekonomicky aktivnější, což v konečném důsledku prospěje i samotným podnikatelům. Z toho důvodu také značná část zde popisovaných způsobů ochrany spotřebitele vychází svým obsahem z práva EU.

nejen na skutečnost, že tato ustanovení by byla stižena sankcí z pohledu ochrany spotřebitele, ale současně též překvapivá z pohledu § 1753 OZ) a úpravu možnosti odstoupení od smlouvy v případech tzv. distančních smluv dle § 1829 OZ (jejíž modifikace v obchodních podmínkách může být také považována za překvapivé ujednání).

Jako další nástroj ochrany spotřebitele lze jmenovat institut nekalých obchodních praktik vycházející ze směrnice č. 2005/29⁴¹⁷ provedené § 4 až 5 b zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů. Nekalou obchodní praktikou je jednání, které je v rozporu s požadavkem odborné péče a které je způsobilé podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele. V souladu se současnou rozhodovací praxí České obchodní inspekce jako obecného orgánu pověřeného dozorem a sankcionováním nekalých obchodních praktik podpořenou také judikaturou správních soudů může být i samotné ustanovení obchodních podmínek bez dalšího naplněním definice nekalé obchodní praktiky. Jako příklad lze uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2013, sp. zn. 1 As 13/2013. Ve zde posuzovaném případě bylo jako klamavá obchodní praktika vyhodnoceno ustanovení obchodních podmínek, kterým bylo právo spotřebitele reklamovat zájezd omezeno nutností sepsat reklamční protokol a odpovědností spotřebitele za čitelnost a pravdivost údajů v něm uvedených (což je povinnost nad rámec jeho povinností ze zákona). Takovéto ujednání je způsobilé pozměnit hospodářské rozhodnutí spotřebitele uplatnit svá práva z odpovědnosti za vady zájezdu v případě, kdy nedisponuje takto sepsaným protokolem, přičemž povinnost takový protokol sepisovat spotřebiteli ze zákona ani ze smlouvy platně neplynula. Tímto „poučením“ tedy podnikatel jednal v rozporu s požadavkem odborné péče a mohl podstatně narušit ekonomické chování spotřebitele, čímž naplnil definici nekalé obchodní praktiky, za kterou mu také byla udělena pokuta⁴¹⁸. Lze tedy shrnout, že při tvorbě spotřebitelských obchodních podmínek je nutné důsledně dbát právní úpravy na ochranu spotřebitele, kdy podnikateli hrozí

⁴¹⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2005/29/ES ze dne 11. 5. 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

⁴¹⁸ Obdobně rozhodnul také Městský soud v Praze rozsudkem dne 29. 5. 2015, sp. zn. 8 A 104/2010. V tomto případě podnikatel spotřebitele nepravdivě informoval o podmínkách odstoupení od smlouvy a uplatnění reklamace.

nejen sankce v podobě neúčinnosti ujednání zkracujících práva spotřebitele, ale také veřejnoprávní sankce v případě, že se dopustí i nekalé obchodní praktiky.

Spotřebitelská smlouva by pak také měla obsahovat poučení ve smyslu ustanovení § 14 zákona o ochraně spotřebitele o možnosti a subjektu mimosoudního řešení spotřebitelských sporů, kdy za nedodržení této povinnosti stanoví zákon o ochraně spotřebitele sankci až do výše 1 000 000 Kč. Ke splnění této povinnosti lze opět za ideální platformu považovat obchodní podmínky.

5 ZMĚNY OBCHODNÍCH PODMÍNEK

5.1 Změna obchodních podmínek jako změna smlouvy

Jedním z cílů standardizované formy kontraktace je i tak dostatečná úprava vzájemného vztahu, která snižuje možnost potřeby následných změn na minimum. I v těchto případech však okolnosti, které panovaly v době vzniku obsahu konkrétního závazku, mohou dostát v průběhu času značných změn. Uzavření dohody o změně závazku však – zejména s ohledem na možný široký okruh smluvních partnerů vázaných týmiž obchodními podmínkami – bude spojeno se značnými náklady, ne-li zcela vyloučeno. Standardizované formy kontraktace proto nezřídka obsahují taková ujednání, která na budoucí možnou změnu okolností reagují již v době vzniku závazku a snižují transakční náklady pro změnu závazku zejména tím, že se tyto mechanismy „aktivují“ automaticky a nevyžadují další negociaci mezi stranami. Rozšířená jsou taková ujednání zejména v souvislosti s určením výše úplaty plnění. V praxi jsou časté různé druhy valorizačních či inflačních doložek. Obdobně běžná jsou ujednání o prolongaci (*relocatio tacita*) u dlouhodobých vztahů. Je třeba si však povšimnout, že nejde o změnu závazku jako takovou, nýbrž o jeho realizaci.

Změna obchodních podmínek je změnou smlouvy.⁴¹⁹ Přesto, je-li obsah závazku určován odkazem na obchodní podmínky, může dohoda působící změnu závazku nabývat určitá specifika. Jde zejména o rozlišení případů, kdy ke změně obchodních podmínek dochází **přímo** prostřednictvím individuálního (příмого) ujednání mezi stranami a kdy se znění obchodních podmínek mění novými **nepřímými** smluvními ujednáními. První případ nepůsobí výraznější potíže, neboť odchylná ujednání mají přednost před nepřímými smluvními ujednáními (§ 1751 OZ), a jde tedy o změnu

⁴¹⁹ S vědomím skutečnosti, že dogmaticky vhodnější by bylo hovořit o změně obligace (závazku), který byl právním jednáním (smlouvou a obchodními podmínkami) založen, je dále spojení „změna obchodních podmínek“ chápáno jako změna obligace jímí založené.

smlouvy,⁴²⁰ u které se specifika kontraktace prostřednictvím obchodních podmínek výrazněji neprojevují. Druhá možnost však cílí na situace, kdy dochází k „aktualizaci“ znění obchodních podmínek – předkládající strana tedy nemá zájem na odchylném ujednání oproti obchodním podmínkám, ale chce docílit změny závazku tím, že ten se bude řídit změněným zněním obchodních podmínek. Tomuto tématu je věnován v rámci této kapitoly oddíl 5.2, zaměřený na jednostrannou změnu obchodních podmínek.

5.1.1 Forma změny – doložka o písemné formě změny

5.1.1.1 Vstupní úvahy

Jedním z nejpalčivějších okruhů otázek spojených se změnou závazku je otázka formy právního jednání, kterým ji strany činí. V praxi je poměrně běžné, že strany do obchodních podmínek zahrnují doložku písemné formy změny (no oral modification clause, no variation except in writing, Schriftformklausel), kterou vylučují neformální změnu smlouvy. Důvodem je snaha eliminovat riziko nechtěné změny smlouvy (typicky faktickým jednáním), a zvýšit tak právní jistotu ohledně změny vztahu a vyhnout se sporům o znění smlouvy. Je patrné, že doložka písemné formy změny bude hrát roli zejména v souvislosti s *přímými* změnami obchodních podmínek prostřednictvím přímých (individuálních) smluvních ujednání.

Nezřídka si tak strany s vidinou budoucího precizního postupu při změnách smlouvy vyhradí písemnou formu změny, následně však při realizaci vztahu dochází ke „změnám“ ryze neformálně. Vynutitelnost doložky písemné formy změny je přes svoji rozšířenost v mnoha právních řádech zpochybňována. Argumentační východiska tohoto závěru akcentují zásadu autonomie vůle a respekt k autonomii stran zvolit formu právního jednání. Začlenění doložky písemné formy změny nemůže vyloučit (následnou) dohodu stran o opuštění sjednané formy – následná neformální změna v sobě implicitně takovou derogaci nese. Jinými slovy, vyplývá-li požadavek písemné formy pouze z ujednání stran, lze ho kdykoliv takovým ujednáním také změnit, či zrušit, neboť nelze

⁴²⁰ K problémům spojeným s rozlišováním dohod o změnách a zániku závazku srov. HANDLAR, Jiří. Dohoda stran jako důvod změny a zániku závazků v občanském a obchodním právu. *Právní rozhledy*. 2006, roč. 14, č. 19, s. 689 a násl. a HANDLAR, Jiří. Dohoda o změně závazku, novace a narovnání podle návrhu nového občanského zákoníku. *Právník*. 2008, roč. 147, č. 1, s. 70 a násl.

na základě takové doložky vůli stran „navždy“ zafixovat.⁴²¹ Konkludentně může být ujednání stran, kterým opouští požadavek písemné formy, obsaženo přímo v jednání, kterým strany – byť neformálně – mění závazek. Příkladem takového přístupu je německá rozhodovací praxe, která (sic nikoliv bez výjimky)⁴²² zastává závěr, že neformální dohoda stran obsahuje konkludentní derogaci výhrady změny smlouvy (neformální zrušení, *formfrei außerkraftsetzung*), a to dokonce i tehdy, kdy strany při změně smlouvy na doložku vylučující neformální změnu nemyslely (a tedy si vědomě nemohly ujednat zrušení této doložky).⁴²³ Účinnost ústního ujednání je vázána na zrušení ve smlouvě ujednané klauzule o formě, a to na základě doktríny *contrarius actus*.⁴²⁴ Pokud proto strany chtěly učinit jimi ujednané změny platnými, nemůže ve smlouvě obsažená klauzule o povinnosti dodržet určitou formu být na újmu platnosti např. ústně ujednaného. Tehdy totiž strany chtěly souhlasným ústním ujednáním příkaz formy vyloučit.⁴²⁵

Naproti tomu mnohé unifikační snahy obsahují pravidlo, které svědčí pro vynutitelnost doložky formy změny. Tak je tomu například u UNIDROIT Principles (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, čl. 2.1.18),⁴²⁶ nebo CISG (Vídeňská úmluva OSN o smlouvách

⁴²¹ Lapidárně tuto úvahu shrnul soudce Benjamin N. Cardozo: „Those who make a contract, may unmake it. The clause which forbids a change, may be changed like any other. The prohibition of oral waiver, may itself be waived. Every such agreement is ended by the new one which contradicts it. What is excluded by one act, is restored by another. You may put it out by the door; it is back through the window. Whenever two men contract, no limitation self-imposed can destroy their power to contract again“ Rozhodnutí *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.* (1919) 225 NY 380.

⁴²² Např. rozhodnutí BGHZ 66, 378, 381; NJW 1976, 1395.

⁴²³ Rozhodnutí BAG NZA 2007 801 Rn. 17; BGH WM 1966, 1335, DB 1967 80; NJW 1965, 293. Převzato z: EINSELE, Dorothee. Komentář k § 125. In: *Münchener Kommentar zum BGB* [online]. 7. vyd. C. H. Beck, 2015, Mrg. 70-72 [cit. 28. 8. 2016]. ISBN 978-3-406-66540-0.

⁴²⁴ HEFERMEHL, Wolfgang. In: SOERGEL, Hans T., WOLF, Manfred. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*. Allgemeiner Teil. Band 2. § 104-240. 13. Auf. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1999, s. 127.

⁴²⁵ Blíže viz HADAMČÍK, Lukáš, JANOUŠEK, Michal. Neplatnost pro nedostatek formy v komparativním pohledu. In: HURDÍK, Jan, DOBROVOLNÁ, Eva, VALDHANS, Jiří (eds.). *Dny práva – 2015 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 97.

⁴²⁶ „A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct.“ Dostupné z: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

o mezinárodní koupi zboží, čl. 29 odst. 2).⁴²⁷ Konstrukce těchto ustanovení je taková, že stanoví obecné pravidlo, dle kterého musí být dodržena doložka písemné formy změny, a dále vylučují pro některé případy možnost stran dovolat se porušení této doložky. Zdánlivě paradoxně i zastánci „vynutitelnosti“ doložky písemné formy změny argumentují autonomií vůle stran: „Strany si tím, že začlenily doložku písemné formy změny smluvně, ujednaly, že nechtějí být vázány žádnými neformálními změnami smlouvy. Pokud by následná neformální změna byla pro strany závazná, doložka písemné formy změny by neměla žádný právní následek. Smluvní svoboda stran by byla limitována tím, že si nemohou ujednat výhradu formy změny, která by byla právně závazná.“⁴²⁸

Zvláštní přístup k regulaci takových doložek pak volí úprava DCFR II. – 4:105⁴²⁹ či PECL 2:106⁴³⁰, který staví na konstrukci, že výhrada písemné formy změny zakládá vyvratitelnou domněnku, že strany nechtějí být vázány, pokud při změně závazku nebude forma dodržena. V souvislosti s tímto přístupem však zaznívají kritické hlasy, které zdůrazňují, že takto nastavené modelové pravidlo doložkám písemné formy změny fakticky upírá jakýkoliv účinek.⁴³¹ Je patrné, že přístupy k „vynutitelnosti“ doložky písemné formy změny se značně liší. V domácí právní praxi proto překvapí doposud trakovaná jednoznačnost řešení a (do nedávna) okrajový zájem právní teorie.⁴³²

⁴²⁷ Český překlad dle sdělení č. 160/1991 Sb., zní: „Písemná smlouva, která obsahuje ustanovení, že její změna nebo ukončení dohodou stran vyžaduje písemnou formu, může být takto změněna nebo ukončena jen při dodržení této formy. Strana však může svým chováním ztratit možnost dovolávat se tohoto ustanovení v rozsahu, v jakém druhá strana spoléhala na toto chování.“

⁴²⁸ WAGNER-VON PAPP, Florian. European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They are Written on? – DCFR II.-4:105 v. CISG 29(2), UNIDROIT Principles 2. 1. 18, UCC § 2-209 and Comparative Law. *CURRENT LEGAL PROBLEMS* [online]. 2010, vol. 63, s. 532 [cit. 28. 8. 2016].

⁴²⁹ „(1) a term in a contract requiring any agreement to modify its terms, or to terminate the relationship resulting from it, to be in a certain form establishes only a presumption that any such agreement is not intended to be legally binding unless it is in that form. (2) a party may by statements or conduct be precluded from asserting such a term to the extent that the other party has reasonably relied on such statements or conduct.“ BAR VON, Christian, CLIVE, Eric M. (eds.). *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*. Volume 1. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 288–290.

⁴³⁰ Blíže viz LANDO, Ole, BEALE Hugh G. (eds.). *Principles of European contract law*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, s. 149–152.

⁴³¹ WAGNER-VON PAPP, op. cit.

⁴³² Jedním z mála relevantních příspěvků: HANDLAR, Jiří. Forma právních úkonů, které mění nebo ruší závazky, v občanském právu. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 20, s. 719 a násl.

5.1.1.2 Domácí právní úprava

Formalistický přístup domácí soudní praxe k řešení této otázky do značné míry odrážel rigidnost právní úpravy. Podle ustanovení § 40 odst. 2 ObčZ 1964 písemně uzavřená dohoda mohla být změněna nebo zrušena pouze písemně. Pro případy, kdy písemnou formu vyžadovala dohoda účastníků (a právě ty jsou dále uvažovány, oproti zákonnému požadavku formy), byl důležitým způsobem následek nedodržení takového ujednání zmírněn stanovením relativní neplatnosti právního jednání⁴³³ (§ 40a ObčZ 1964). Pro obchodní vztahy se užilo relativně flexibilnější pravidlo § 272 odst. 2 ObchZ., dle kterého obsahuje-li písemně uzavřená smlouva ustanovení, že může být měněna nebo zrušena pouze dohodou stran v písemné formě, může být smlouva měněna nebo zrušena pouze písemně. Právní teorie se při výkladu tohoto pravidla ustálila v názoru, že citované speciální pravidlo obchodního zákoníku se může uplatnit jen u obchodních smluv, u nichž byla povinnost písemné formy stanovena dohodou stran nebo z vůle některé strany smluvního vztahu, nikoliv tam, kde pro platnost smlouvy předepisuje písemnou formu zákon.^{434, 435}

Soudní praxe se ke změnám smlouvy, které nesplňovaly stranami předpokládané formální požadavky, opakovaně⁴³⁶ vyjadřovala v tom smyslu, že „*případná konkludentní dohoda by tedy neměla formu sjednanou účastníky. Vzhledem k tomu, že nedostatek písemné formy právního úkonu je důvodem neplatnosti určeným na ochranu všech jeho účastníků, protože tato forma právního úkonu minimalizuje*

⁴³³ Kriticky k tomu: HANDLAR, Jiří. Právní následky porušení smluvní formy právních úkonů v civilním právu de lege lata a de lege ferenda. *Právní rozhledy*, 2010, roč. 18, č. 18, s. 645.

⁴³⁴ TOMSA, Miloš. In: ŠTENGLOVÁ, Ivana; PLÍVA, Stanislav; TOMSA, Miloš a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 13. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 922.

⁴³⁵ Shodně též rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 5. 2008, sp. zn. 32 Odo 890/2006: „Problematické ustanovení § 272 odst. 2 obch. zák. je třeba z hlediska logického a systematického vykládat tak, že v případech, kdy zákon stanoví pro uzavření smlouvy písemnou formu, nelze takovou smlouvu zrušit ústně, popř. konkludentním projevem, ale tento úkon je možné provést jen v písemné formě, a to i s přihlédnutím k obecnému pravidlu obsaženému v ust. § 40 odst. 2 obč. zák. podle něhož písemně uzavřená dohoda může být změněna nebo zrušena pouze písemně a k tomu, aby event. nebyla takto obcházena kogentní úprava vyžadující u některých smluv písemnou formu, popř. lze přihlídnout i k převládajícímu názoru právní teorie a praxe. Proto nemohlo dojít ke zrušení uvedených nájemní smlouvy na základě ústní dohody či faktickým jednáním účastníků (odvezení mechanizace) a právní posouzení provedené odvolacím soudem je nesprávné.“

⁴³⁶ Jistý náznak odlišného výkladu lze najít v nálezu Ústavního soudu ze dne 12. 7. 2011, sp. zn. I. ÚS 1264/11.

nesbody o jeho obsahu, neuplatní se ustanovení § 267 obch. zák. vymezující tzv. relativní neplatnost ve sféře obchodně právních vztahů, je-li důvod neplatnosti určen pouze na ochranu některého z nich. Je proto třeba použít obecná pravidla o relativní neplatnosti právních úkonů obsažená v § 40a občanského zákoníku, podle něhož se právní úkon, který nemá formu dohodnutou účastníky považuje za platný, pokud se ten, kdo je takovým úkonem dotčen, jeho neplatnosti nedovolá, přičemž neplatnosti se nemůže dovolávat ten, kdo ji sám způsobil.⁴³⁷ Otázkou, zda konkludentní dohoda stran o změně smlouvy současně implicitně nederoguje ujednání stran o povinné formě, si tuzemské soudy zřejmě dosud nekladly.

K požadavkům smluvní formy přebírá občanský zákoník citované pravidlo § 272 odst. 2 ObchZ, a to v § 564, který uvádí: „Vyzaduje-li zákon pro právní jednání určitou formu, lze obsah právního jednání změnit projevem vůle v téže nebo přísnější formě; vyzaduje-li tuto formu jen ujednání stran, lze obsah právního jednání změnit i v jiné formě, pokud to ujednání stran nevylučuje.“ Následkem nedodržení sjednané formy je dle ustanovení § 582 odst. 1 OZ neplatnost právního jednání. Je patrné, že pravidlo § 564 OZ (ve spojení s § 582 OZ) je obsahově srovnatelné s unifikačními projekty (či CISG), které doložce předepisující povinnou písemnou formu změny smlouvy přiznávají reálné právní účinky. Jinými slovy, ustanovení § 564 OZ zakládá výslovnou možnost stranám vyloučit neformální změny smlouvy.⁴³⁸

Zaznívají proto i kritické hlasy, které se snaží praktický dopad výhrady písemné formy změny smlouvy (patrně po vzoru německé rozhodovací praxe) omezit, ne-li zcela vyloučit. Argumentačně tyto názory⁴³⁹ vychází z výkladu ustanovení § 1758 OZ, dle kterého „dohodnou-li se strany, že pro uzavření užijí určitou formu, má se za to, že nechtějí být vázány, nebude-li tato forma dodržena. To platí i tehdy, projeví-li jedna ze stran vůli, aby smlouva byla uzavřena v písemné formě.“ Toto pravidlo lze vztáhnout též na změny smlouvy.⁴⁴⁰ Pokud

⁴³⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2010, sp. zn. 32 Cdo 4167/2008; rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 13. 1. 2005, sp. zn. 32 Odo 260/2004.

⁴³⁸ Takový závěr však relativizuje skutečnost, že probírané ustanovení (ve srovnání např. s probíraným čl. 2. 1. 18 UNIDROIT Principles) neobsahuje žádnou výjimku z toho obecného pravidla.

⁴³⁹ Srov. zejména HANDLAR, Jiří. Komentář k § 559. In: LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část* (§ 1–654). Komentář. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2014–2017.

⁴⁴⁰ Opačný závěr uvádí: HADAMČÍK, Lukáš, JANOUSEK, Michal. Forma právního jednání a následky jejího nedodržení. *Právní rádce*. 2016, roč. 24, č. 1, s. 31.

si strany ujednaly doložku povinné písemné formy dodatku smlouvy, platí pouze vyvratitelná právní domněnka, že strany neformální dohodou nechťejí být vázány.⁴⁴¹ Lze se plně ztotožnit s názorovým východiskem, které uvádí J. Handlar;⁴⁴² za sporné však považujeme tvrzení téhož autora, pokud dále uvádí, „že zrušení sjednané formy může být předmětem samostatného (a to i zcela neformálního) aktu, stejně jako může být implicitně obsaženo přímo v úkonu, kterým strany dohodu o změně či zániku jejich práv uzavírají.“⁴⁴³ Jinými slovy, doložka písemné formy změny váže smluvní strany pouze do doby, než si ujednají neformální změnu smlouvy – tedy do té doby, než tuto doložku poruší. Je patrné, že takový závěr by činil z výhrady písemné formy změny pouze kosmetickou klauzuli ve smlouvě, která de facto žádné účinky nemá.

Právě na tuto skutečnost (převážně německá) právní praxe reagovala vytvořením tzv. kvalifikovaných ujednání o písemné formě změny (dvojitá klauzule o písemné formě, doppelte Schriftformklausel), která přímo stanoví, že i derogace ujednání o písemné formě změny musí být učiněna písemně. Jakkoliv se teoretické názory na vynutitelnost této doložky liší, soudní praxe ji v určitých případech uznala. Z hlediska zaměření této publikace je významné zmínit, že musí jít o vztahy mezi obchodníky a kvalifikované ujednání o písemné formě změny musí být individuálně ujednáno.⁴⁴⁴ Inspirace takovým řešením však není pro domácí právní úpravu vhodná, respektive je nadbytečná, neboť závaznost i prosté klauzule o písemné

⁴⁴¹ Fakticky jde o řešení totožné s výše citovaným čl. DCFR II.–4:105.

⁴⁴² „Smluvní forma právního jednání je závislá pouze na vůli jeho účastníků, institut smluvní formy je projevem smluvní svobody účastníků, nikoli jejím omezením. Z podstaty a funkce smluvní formy plyne, že shodná vůle účastníků ohledně formy jejich jednání je pro uskutečnění jednání rozhodující, z čehož dále vyplývá, že účastníci mohou formou jednání podle své vůle disponovat, a i tehdy, pokud se na formě jednání dohodnou, nebrání takové ujednání tomu, aby bylo právní jednání následně po vzájemné dohodě stran učiněno neformálně. Pokud strany po vzájemné dohodě provedou právní jednání v jiné formě, než kterou pro ně původně sjednaly, není důvod takové jednání považovat za vadné, neboť jeho provedením nedochází k porušení smluvní formy, ale naopak k její realizaci, když forma jednání odpovídá vůli stran, která je pro stanovení smluvní formy rozhodujícím kritériem.“ HANDLAR, Jiří. Komentář k § 564. In: *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2034–2035.

⁴⁴³ HANDLAR, Jiří. Komentář k § 564. In: *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2035.

⁴⁴⁴ Srov. např. rozhodnutí BGH ze dne 2. 6. 1976, VIII ZR 97/74 (a související rozhodnutí dostupná na: <https://dejure.org>). Dále např. rozhodnutí BGH, ze dne 17. 9. 2009, I ZR 43/07, „Der Name der Rose“, které uvádí, že tato klauzule je účinná „přínejmenším“ ve vztahu mezi obchodníky.

formě změny plyne přímo z ustanovení § 564 OZ. Nelze si také nevšimnout, že kvalifikované ujednání má ve své podstatě zcela totožný smysl jako prostá doložka písemné formy změny – vyloučit neformální změnu smlouvy ústně či faktickým jednáním. Přiznání reálných právních účinků (pouze) dvojité klauzuli písemné formy změny nebude mít jiný následek než doplnění této věty do znění smluv – celý problém se tak pouze odkládá. Domácí právní řád přitom umožňuje přijmout takový výklad, který by současně zachovával praktické dopady vynutitelnosti doložky písemné formy změny a vylučoval možnost jejího zneužití.

Jisté pochyby – striktně vzato – lze vyjádřit též o normativních dopadech ustanovení § 1758 OZ pro posuzované otázky. Konstrukčně sice vychází z pravidla obsaženého i v dalších evropských civilních kodexech, není však zcela totožné. Například ustanovení § 126 BGB⁴⁴⁵ stanoví vyvratitelnou domněnku tak, že nedostatek smluvní formy má za následek neplatnost pouze v případě pochybností. Domácí právní úprava je v tomto ohledu jiná, a to právě díky existenci zvláštního pravidla pro formu změny smlouvy dle ustanovení § 564 ve spojení s ustanovením § 582 odst. 1 OZ. Z něj vyplývá, že neplatnost pro nedostatek formy právního jednání v případě změny nastává i tehdy, kdy strany vyloučily změnu obsahu právního jednání v jiné formě, než v jaké bylo právní jednání dle ujednání stran učiněno. Dopad ustanovení § 1758 OZ je však odlišný, neboť – shodně s § 884 OZO⁴⁴⁶ – stanovuje (toliko) vyvratitelnou domněnku konstitutivnosti sjednané formy.⁴⁴⁷ Významné pro změnu smlouvy, která obsahuje doložku písemné formy změny, by toto ustanovení bylo pouze, pokud by forma smlouvy byla stanovena deklaratorně (ad probationem, písemný záznam s důkazní cenou), pak by i „porušení“ takové doložky nemělo přímé následky – to však v praxi bude zcela ojedinělé; ustanovení § 1758 OZ umožňuje stranám prokázat,

⁴⁴⁵ „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.“

⁴⁴⁶ Blíže viz ROUČEK, František, SEDLÁČEK, Jaromír (eds.). *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Reprint původního vydání. Praha: ASPI publishing, 2002. Komentáře velkých zákonů československých, sv. 1., s. 201.

⁴⁴⁷ Blíže k tomuto pojmu HANDLAR, Jiří. Právní následky porušení smluvní formy právních úkonů v civilním právu de lege lata a de lege ferenda. *Právní rozhledy*, 2010, roč. 18, č. 18, s. 643 a násl.

že doložka písemné změny formy má pouze „pořádkový“ charakter. Obvyklý účel výhrady písemné změny smlouvy však spočívá v tom, že strany chtějí vyloučit možnost platně se v budoucnu zavázat mimo ujednanou formu (ad solemnitatem). Pokud bychom poměřovali změnu smlouvy v rozporu s takovou doložkou pouze tím, zda strany chtěly být vázány touto změnou (§ 1758 OZ), patrně vždy dospějeme k závěru, že ano, jinak by totiž o žádoucí změnu smlouvy nešlo. Takový výklad ustanovení § 1758 OZ by činil výhradu písemné změny formy fakticky obsoletní.

Strany samozřejmě nejsou omezeny v tom, že doložku písemné formy změny mohou kdykoliv svým ujednáním odstranit. K tomu může dojít výslovně nebo jiným způsobem nevzbuzujícím pochybnost, co jednající strany chtěly projevit (§ 564 OZ). To však neznamená, že by bylo možno bez dalšího dovozovat vůli stran k derogaci takové doložky (implicitně) pouze neformální změnou jiného ustanovení smlouvy. Pokud by tak došlo k právnímu jednání, které v rozporu s ujednáním stran neformálně mění smlouvu, bylo by nutné dle ustanovení § 564 OZ ve spojení s ustanovením § 582 OZ uvažovat o neplatnosti takového právního jednání.⁴⁴⁸ Dopady neplatnosti změny smlouvy však budou omezeny zejména ustanovením § 582 odst. 2 OZ, dle kterého se nelze neplatnosti dovolat, bylo-li již plněno. Ztotožňujeme se s názorem, že „*ustanovení § 582 odst. 2 o. z. je třeba interpretovat nikoli pouze ve smyslu faktického plnění smluvního partnera, nýbrž i ve smyslu nějak nenamítané akceptace plnění (např. u asynallagmatických závazků*

⁴⁴⁸ Stranou ponecháváme doposud neuzavřený spor, zda by v takovém případě šlo o neplatnost absolutní či relativní / Absolutní neplatnost pro porušení smluvní formy uvádí např. HANDLAR, Jiří. Komentář k § 582. In: *Občanský zákoník I. Obecná část* (§ 1–654). Komentář. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 2098–2099. Relativní neplatnost v případě nedodržení smluvní formy uvádí TICHÝ, Luboš. Komentář k § 582. In: ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I, (§ 1 až 654)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 1461. Či „třetí“ řešení: „Právní následky nedodržení formy ujednané stranami jsou rozdílné v závislosti na tom, zda je stranami ujednaná konstitutivní forma právního jednání, jejíž nedodržení (při uzavírání smlouvy, nikoli při její změně, zrušení apod. – srov. § 1758 OZ) je sankcionováno absolutní neplatností (srov. „strany nechtějí být vázány“) a právní následky nedodržení formy právního jednání v podobě relativní neplatnosti, jde-li o právní jednání v podobě případné změny či zrušení již existující smlouvy (srov. § 582 OZ).“ HADAMČÍK, Lukáš, JANOUSEK, Michal. Neplatnost pro nedostatek formy v komparativním pohledu. In: HURDÍK, Jan, DOBROVOLNÁ, Eva, VALDHANS, Jiří (eds.). *Dny práva – 2015 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 103./

je *vzájemná podmíněnost plnění vyloučena*).⁴⁴⁹ Stejně tak je třeba uvážit aplikaci pravidla obsaženého např. v čl. 29 odst. 2 CISG, dle kterého strana může svým chováním ztratit možnost dovolávat se tohoto ustanovení v rozsahu, v jakém druhá strana spoléhala na toto chování. Jakkoliv výslovně domácí ustanovení § 564 OZ obdobné omezení neobsahuje, je plně odvoditelné ze zákazu zneužití práva a z principu poctivosti (§ 6 a 8 OZ). Lze proto shrnout, že závěry domácí judikatury k ustanovení § 272 odst. 2 ObchZ je třeba ve vztahu k ustanovení § 564 OZ revokovat nikoliv v otázce, zda neformální změna smlouvy implicitně obsahuje derogaci doložky písemné změny formy, nýbrž v okruhu následků, které takové právní jednání může způsobit. Neudržitelný je zejména pašální závěr o možnosti dovolat se (byť relativní) neplatnosti takového jednání.

Dle nastíněné konstrukce je zachována závaznost doložky písemné formy změny, jejíž porušení je sankcionováno neplatností. O závaznosti takové doložky je však možno uvažovat pouze v případech, kdy je taková doložka v době změny smlouvy stále její součástí a kdy nedošlo k odlišnému ujednání (ať již výslovnému či jinému) stran o formě změny smlouvy. I v případě, kdy tomu tak je, dovolat se klauzule písemné formy změny bude náležet straně přesto pouze, pokud nebylo plněno a není-li dán rozpor s dobrověrným postupem druhé smluvní strany. Výhodou takového závěru je skutečnost, že se uplatní i na kvalifikované doložky písemné formy změny, které se od „prosté“ doložky funkčně nijak neliší.

Uvedené je možné vztáhnout i na ostatní formální podmínky změny smlouvy (kromě probírané výhrady písemné formy).⁴⁵⁰ V praxi jsou představitelné zejména požadavky na přísnější formu, ale též například číslování dodatků, stanovení podmínek negociace před uzavřením dodatku apod. I v těchto případech, kdy jedna strana namítá nedostatek splnění podmínek změny, je třeba předně zkoumat, zda z ujednání stran či následného cho-

⁴⁴⁹ HADAMČÍK, Lukáš, JANOUŠEK, Michal. Forma právního jednání a následky jejího nedodržení. *Právní rádce*. 2016, roč. 24, č. 1, s. 31.

⁴⁵⁰ Poněkud odlišný přístup zaujal Nejvyšší soud v jednom z posledních rozhodnutí, kdy – byť patrně věcně správně – poněkud arbitrárně uvedl, že: „Ujednání smluvních stran, že dodatky smlouvy budou opatřeny vzestupně pořadovým číslem a očíslovány a opatřeny razítkem smluvní strany uzavírající dodatek, je možno posuzovat jen jako ujednání pořádkového charakteru. Pokud právní úkon neměl tyto smluvené náležitosti, nejedná se o takovou vadu, která by mohla způsobit neplatnost právního úkonu.“ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 1. 2016, sp. zn. 23 Cdo 2925/2015.

vání neplyne derogace ujednání o podmínkách změny. Jestliže ne, může být vyslovena neplatnost změny pouze tehdy, pokud dle změny smlouvy nebylo plněno, či druhá strana nemohla z jednání namítající strany důvodně očekávat, že ke změně došlo.

5.1.1.3 Výhrada písemné formy změny zařazená do obchodních podmínek

Výše uvedené dopadá na doložky písemné formy změny obecně. Přesto některé právní úpravy svůj přístup k těmto doložkám diversifikují v závislosti na tom, jsou-li součástí standardizované smlouvy (obchodních podmínek), či výsledkem individuální negociace. To platí i v některých unifikačních projektech, které výslovně upravují závaznost těchto doložek, jako např. Uniform Commercial Code (UCC)⁴⁵¹, který v ustanovení § 2-209(2), uvádí: „*A signed agreement which excludes modification or rescission except by a signed writing cannot be otherwise modified or rescinded, but except as between merchants such a requirement on a form supplied by the merchant must be separately signed by the other party.*“ Zajímavým příkladem je také shora již odkazovaný čl. 29 CISG, u kterého v době projednávání návrhu úmluvy bylo (Itálií) navrhováno doplnění třetího odstavce, který by vylučoval aplikaci ujednání o písemné změně nebo zrušení smlouvy, pokud by bylo obsaženo v obchodních podmínkách.⁴⁵²

Fakticky stejný závěr – tedy neúčinnost doložek písemné formy obsažených v obchodních podmínkách – však ukazuje i (a to i v případě kvalifikovaných, dvojitých, doložek) německá rozhodovací praxe. Tato úvaha se opírá o dvoubodový test. Zaprvé, jde o aplikaci zvláštního pravidla § 305 b BGB, dle kterého mají individuální ujednání ve smlouvě přednost před zněním obchodních podmínek. Jde o totožné pravidlo, které obsahuje domácí ustanovení § 1751 odst. 1 věty druhé OZ (stejně jako dříve ustanovení § 273 odst. 2 ObchZ). Samostatné ujednání (změna smlouvy) má v této logice vždy přednost před celým zněním obchodních podmínek, tedy i před výhradou písemné změny formy. Výhrada písemné formy změny obsažená v obchodních podmínkách nemůže „zamrazit“ znění obchodních podmínek před

⁴⁵¹ Znění UCC dostupné např. z: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-209>

⁴⁵² Navrhovaný článek zněl: „The preceding paragraph shall not apply where the provision requiring modifications or abrogations of the contract to be in writing is contained in general conditions prepared by one party and that party either directly or through an authorized agent orally agrees to modify or abrogate his general conditions.“ Dostupné z: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries29.html>

odchýlnou individuální dohodou stran, a to i zcela neformální. Na tomto základě (zadruhé) taková doložka neprojde testem obsahové kontroly obchodních podmínek, a to proto, že v rozporu s principem transparentnosti a zákazu klamavosti vzbuzuje dojem, že individuální ujednání musejí být učiněna v ujednané formě, avšak tento závěr je v rozporu se zmiňovaným § 305 b BGB. Příkladem takové rozhodovací praxe je rozsudek německého Spolkového soudního dvora ze dne 21. 9. 2005, XIIZR 312/022 (OLG Rostock)⁴⁵³, který vychází z úvahy, že „*všeobecné obchodní podmínky jsou předformulovány abstraktně jako generální směrnice pro množství smluv, a tedy je třeba je od počátku považovat jako způsobilé k doplnění prostřednictvím individuální dohody stran. Závaznost jim může a má být přičítána jen v tom rozsahu, jaký jim pro to ponechává individuální dohoda stran (Basedow, in: MünchKomm, § 4 AGBG marg. č. 1). Pokud strany vážně chtějí – byť jen ústně – něco jiného, má takové ujednání přednost.*“

Vzhledem ke skutečnosti, že argumentačním východiskem je zvláštní ustanovení, které přiznává přednost individuálně dojednaným změnám před obchodními podmínkami a které je obsahově zcela totožné s domácí právní úpravou, je na místě uvažovat o aplikovatelnosti shodné úvahy i v domácí rozhodovací praxi. I zde je však vhodné zmínit též oponentní názory, které podrobují tento zvláštní přístup k doložkám písemné formy změny obsaženým v obchodních podmínkách kritice.⁴⁵⁴ Racionalita takového přístupu pramení z poměřování situací, kdy si jednající strana nebyla doložky obsažené

⁴⁵³ Spolkový soudní dvůr, rozsudek pro zmeškání ze dne 21. 9. 2005, XIIZR 312/022 (OLG Rostock), český překlad publikovaný v časopise Soudní rozhledy. 2006, roč. 12, č. 3, s. 118. Dále uvádí: „Pokud si strany po uzavření formulářové smlouvy dohodly změnu prostřednictvím individuální dohody, pak má tato změna přednost před kolidujícím všeobecnými obchodními podmínkami. Nezáleží na tom, zda strany měly v úmyslu změnu všeobecných obchodních podmínek nebo zda si kolize se všeobecnými obchodními podmínkami byly vědomy (BGH, NJW-RR 1995, 179 [180]; srov. také BGHZ 71, 162 [164] = NJW 1978, 1585). Ustanovení § 4 AGBG rovněž neřeší, zda individuální dohoda byla učiněna výslovně nebo mlčky (BGH, NJW 1986, 1807; Basedow, in: MünchKomm, 4. vyd., § 4 AGBG marg. č. 5). Přednost před všeobecnými obchodními podmínkami mají individuální smluvní ujednání bez ohledu na formu, v níž byly učiněny, a to i tehdy, když spočívají na ústních prohlášeních. To platí také tehdy, když je klauzulí obsaženou ve všeobecných smluvních podmínkách stanoveno, že ústní dohody jsou neplatné (BGH, NJW-RR 1995, 179; Basedow, in: MünchKomm, § 4 AGBG marg. č. 11).“

⁴⁵⁴ WAGNER-VON PAPP, Florian. European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They are Written on? – DCFR II.-4:105 v. CISG 29(2), UNIDROIT Principles 2. 1. 18, UCC § 2-209 and Comparative Law. *CURRENT LEGAL PROBLEMS* [online]. 2010, roč. 63, s. 532 [cit. 28. 8. 2016].

v obchodních podmínkách ani vědoma, a proto změny probíhaly neformálně. V takovém případě je namístě uvažovat o překvapivosti (§ 1753 OZ) doložky, nikoliv o jejím apriorním vyloučení. Avšak právě ve vztazích mezi podnikateli – které jsou předmětem tohoto rozboru – je výskyt výhrady písemné formy změny spíše pravidlem.

5.2 Jednostranná změna obchodních podmínek

Další zvláštní tematický okruh spojený se změnou obchodních podmínek přináší problematika možnosti „jednostranné“ změny práv a povinností v případě kontraktace prostřednictvím obchodních podmínek. Nutno zdůraznit, že princip rovnosti účastníků soukromoprávních vztahů (respektive metoda soukromoprávní regulace) bezpochyby vylučuje přímou možnost změny závazku za jeho trvání pouze z vůle jedné strany. Výslovně toto pravidlo občanský zákoník uvádí v § 1790, dle kterého závazek nelze změnit bez ujednání věřitele a dlužníka, ledaže zákon stanoví jinak. Pro závazky ze smluv totéž pravidlo opakuje § 1795 OZ tak, že smlouva strany zavazuje a lze ji změnit nebo zrušit jen se souhlasem všech stran, anebo z jiných zákonných důvodů. O „jednostranné“ změně obchodních podmínek lze proto mluvit jen potud, že jde o takovou změnu, jejíž možnost byla vymíněna ve prospěch jedné strany ujednáním věřitele a dlužníka (popřípadě vyplývá ze zvláštního ustanovení zákona) a jejíž obsah odpovídá vůli stran o změně závazku. Spíše než o jednostranné změně by bylo proto namístě hovořit o zvláštním způsobu kontraktace, neboť jednostranné určení obsahu závazku ze smlouvy není v soukromoprávním styku zásadně možné.⁴⁵⁵

Není však vyloučeno, aby si strany sjednaly zvláštní mechanismus změny smlouvy. Příkladem takové jednostranné změny jsou případy **ultimativních změn**, kdy je jedna strana ze smlouvy oprávněna předložit změnu smlouvy ve smyslu *take it or leave it*. Druhá smluvní strana není oprávněna odmítnout návrh změny smlouvy a být tak dále vázána z původního obsahu závazku, nýbrž se může změně závazku vyhnout pouze tím, že ho ukončí. Strana, které je návrh učiněn, má možnost volby mezi akceptací návrhu na změnu smlouvy (typicky mlčky) a předčasným ukončením smlouvy. Je tedy patrné,

⁴⁵⁵ Blíže k limitům takového ujednání srov. oddíl 5.2.3 o neultimativních změnách.

že v těchto případech v základu nejde o jednostrannou změnu smlouvy v pravém slova smyslu, nýbrž pouze o možnost stran zjednodušit proces vzniku smluvního konsensu o změně. Pojem „jednostranně“ změny obchodních podmínek je nutno proto chápat tak, že ona „jednostrannost“ se projevuje pouze tím, že fakticky bude formulace obsahu smlouvy v dispozici pouze jedné strany – funkčně tento pojem splývá s pojmem adhezních smluv ve smyslu ustanovení § 1798 OZ.⁴⁵⁶

Jakkoliv platí výše uvedený závěr o tom, že změna obchodních podmínek je v podstatě změnou smlouvy, bude výhrada možnosti „jednostranně“ změnit obsah smlouvy častější u těch vztahů, kde byl stejně „jednostranně“ určen i obsah původního smluvního ujednání odkazem na obchodní podmínky. To ostatně odpovídá i racionálně kontraktace prostřednictvím obchodních podmínek (či adhezním způsobem kontraktace obecně). Zvláštní kontraktační proces v podobě ultimativních jednostranných změn bude obvyklejší tehdy, kdy je určitým standardizovaným způsobem určován již původní obsah závazku vůči širšímu okruhu subjektů. Ultimativní návrh změny smlouvy omezuje vznik transakčních nákladů, které by byly nutně spojeny s individuální negociací případných změn v každé smlouvě, kdy oferent může mít legitimní zájem na udržení standardizovaného režimu smluvních vztahů. Uvedené potvrzuje i systematické zařazení těchto institutů v občanském zákoníku. Obecná úprava možnosti ultimativní jednostranné změny smlouvy je zařazena pod úpravu kontraktace prostřednictvím obchodních podmínek. Ta je doplněna zvláštními případy možnosti ultimativních změn u některých smluvních typů, avšak již bez ohledu na způsob kontraktace. Z uvedené systematiky vychází i další výklad.

⁴⁵⁶ Pojem „jednostrannosti“ zde odpovídá adhesnímu způsobu kontraktace. Ostatně toto uvádí již J. Sedláček, který o kontraktaci prostřednictvím obchodních podmínek píše: „druhému kontrahentu není možno nějak docílit změny podmínek, nýbrž má na vybranou buď uzavřít podle předpisu druhé strany anebo smlouvu neuzavřít.“ SEDLÁČEK, Jaromír. *Obligační právo. 1–3. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 19.

5.2.1 Ultimatívni změny v režimu ustanovení § 1752⁴⁵⁷

Obecnou úpravu výhrady jednostranné ultimatívni změny obchodních podmínek přináší nově občanský zákoník v ustanovení § 1752. Nutno upozornit, že výslovná zákonná úprava tohoto zvláštního mechanismu není zcela obvyklá, a například výše citované unifikační projekty obdobné pravidlo neobsahují. I z toho důvodu vyvolalo ustanovení jistou kontroverzi již v době projednávání zákona s tím, že předkládaný vládní návrh zákona setrval na stanovisku, že řešení této otázky by mělo být ponecháno praxi.^{458,459} Je však třeba dodat, že rozebírané pravidlo nepředstavuje takové „novum“, jak by se na první pohled mohlo jevit. Jednak postup předvídaný v § 1752 OZ se v kontraktační praxi běžně používal již před účinností této normy v občanském zákoníku,⁴⁶⁰ což ostatně potvrdila i rozhodovací praxe

⁴⁵⁷ Ustanovení uvádí: „Uzavírá-li strana v běžném obchodním styku s větším počtem osob smlouvy zavazující dlouhodobě k opětným plněním stejného druhu s odkazem na obchodní podmínky a vyplývá-li z povahy závazku již při jednání o uzavření smlouvy rozumná potřeba jejich pozdější změny, lze si ujednat, že strana může obchodní podmínky v přiměřeném rozsahu změnit. Ujednání je platné, pokud bylo předem alespoň ujednáno, jak se změna druhé straně oznámí a pokud se této straně založí právo změny odmítnout a závazek z tohoto důvodu vypovědět ve výpovědní době dostatečné k obstarání obdobných plnění od jiného dodavatele; nepřihlíží se však k ujednání, které s takovou výpovědí spojuje zvláštní povinnost zatěžující vypovídající stranu (odst. 1). Nebyl-li ujednán rozsah změn obchodních podmínek, nepřihlíží se ke změnám vyvolaným takovou změnou okolností, kterou již při uzavření smlouvy strana odkazující na obchodní podmínky musela předpokládat, ani ke změnám vyvolaným změnou jejich osobních nebo majetkových poměrů (odst. 2).“

⁴⁵⁸ ELIÁŠ, Karel. Nový občanský zákoník po schválení v Poslanecké sněmovně. *Obchodněprávní revue*. 2012, roč. 4, č. 1, s. 17.

⁴⁵⁹ Důvodová zpráva legislativní důvody vzniku tohoto zvláštního pravidla shrnuje s tím, že „ustanovení § 1752 řeší praktické problémy spojené se situací, kdy jsou při poskytování služeb nebo opakovaných dodávkách zboží vytvářeny dlouhodobé smluvní závazky, trvající často i několik let, s odkazem na obchodní podmínky jedné ze smluvních stran. Otázka byla při přípravě návrhu zákoníku opakovaně diskutována s nejednoznačným výsledkem a její řešení přišel až při projednávání návrhu ústavněprávní výbor Poslanecké sněmovny. Protože se v průběhu času může projevit naléhavá potřeba změny těchto obchodních podmínek a vzhledem k tomu, že podle platného práva nelze takovou změnu provést jinak než ujednáním obou stran, což bývá u smluv uzavíraných s velkým počtem osob technicky a administrativně komplikované, navrhuje se upravit možnost jednostranné změny obchodních podmínek, za předpokladu, že si strany takovou možnost ujednají už při uzavírání smlouvy.“ Viz důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

⁴⁶⁰ Kriticky se k možnosti dojednat „jednostrannou“ změnu obchodních podmínek v režimu obchodního zákoníku vyjadřuje TOBEŠ, Zdeněk. Obchodní podmínky v českém a německém právu. *Právní rádce*. 2005, roč. 13, č. 7, s. 22.

Nejvyššího soudu,⁴⁶¹ jednak obdobný mechanismus připouští i některá ustanovení zvláštních předpisů sektorové regulace, o kterých bude pojednáno v poslední části této publikace. Normativní dopad § 1752 OZ je však zřejmě jiný, a to s ohledem na zvláštní zákonné omezení předpokladů aplikace a na zvláštní zákonné vymezení minimálních obsahových náležitostí ujednání o změně obchodních podmínek.

5.2.1.1 *Zákonné předpoklady aplikace*

Z ustanovení § 1752 OZ je patrné, že pro ujednání o jednostranné změně obchodních podmínek dle tohoto ustanovení zákon vyžaduje kumulativní naplnění několika předpokladů. O možnosti ujednat výhradu ultimativních změn bez naplnění těchto zákonných podmínek – tedy mimo režim § 1752 OZ – je pojednáno v následujícím pododdíle 5.2.2. Již na tomto místě lze však uvést (dále blíže odůvodněný závěr), že ustanovení § 1752 OZ je nutno chápat jako obsahové omezení výhrady ultimativní změny v případech zde předpokládaných. Jsou-li splněny zákonné podmínky aplikace § 1752 OZ, je jednostranná ultimativní změna obchodních podmínek přípustná pouze při dodržení zde stanovených obsahových náležitostí. Ustanovení tedy nelze chápat tak, že by za situace, kdy nejsou naplněny zde uvedené zákonné předpoklady aplikace, bylo ujednání o ultimativní změně smlouvy a priori vyloučeno.

- a) Předně, zákon předpokládá, že mechanismus *ultimativních změn* se uplatní, **uzavírá-li** strana **smlouvu s odkazem na obchodní podmínky**. Jde o formální podmínku aplikace ustanovení § 1752 OZ, která vyžaduje, aby obsah smlouvy byl tvořen odkazem na obchodní podmínky postupem dle ustanovení § 1751 OZ. Omezení regulace ultimativních změn smlouvy pouze na případy nepřímých smluvních ujednání však není ničím odůvodněno a neodpovídá logice tohoto pravidla. Výše byl uveden závěr, že racionalita ultimativních změn spočívá ve snižování transakčních nákladů individuální negociace za situace, kdy je obsah smlouvy tvořen jistou formou standardizovaného sjednávání smluv. V tomto pojetí se kvalitativně nijak neliší kontraktace prostřednictvím obchodních podmínek a například formulářová kontraktace, která však bude mít povahu přímého

⁴⁶¹ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 2. 2013, sp. zn. 23 Cdo 1098/2012.

smluvního ujednání.⁴⁶² V obou případech se uplatní vyvratitelná právní domněnka adhezní smlouvy⁴⁶³, pouze první případ však – dle jazykového vyjádření ustanovení § 1752 odst. 1 OZ – vyžaduje naplnění obsahových náležitostí pro jednostrannou změnu. Formální podmínku aplikace ustanovení § 1752 OZ je proto nutno vykládat široce s ohledem na účel tohoto pravidla tak, že je splněna v případech typových smluvních klauzulí, které jsou předpřipraveny a opakovaně užívány, bez ohledu na to, zda mají povahu přímých či nepřímých ujednání.⁴⁶⁴ Požadavek kontraktace prostřednictvím obchodních podmínek dle ustanovení § 1752 OZ je třeba chápat v souvislosti s dále uvedeným vymezením okruhu případů, na které toto ustanovení dopadá.

- b) Zákon dále předpokládá, že omezení ustanovení § 1752 se uplatní pouze, jde-li o **smlouvy** uzavírané v **běžném obchodním styku s větším počtem osob**. Jakkoliv nemusí jít pouze o smlouvy, jejichž obsah byl zčásti určen nepřímým smluvním ujednáním, půjde vždy o případy uzavírání množství typizovaných smluv s širším okruhem adresátů. Pojem běžného obchodního styku je v občanském zákoníku užít i na jiném místě [např. § 1109 písm. b), § 1110, § 1363, § 1377], vždy však v souvislosti s podnikatelskou činností podnikatele. V analyzovaném ustanovení však striktně vzato tato podmínka uvedena není, byť souvislost s podnikatelskou činností alespoň jedné strany bude obvyklá.
- c) Jako zcela klíčová se jeví podmínka, že obsahem závazku musí **být dlouhodobé opětuující se plnění stejného druhu**. Z logiky tohoto pravidla vyplývá, že návrh jednostranné ultimativní změny dle ustanovení § 1752 OZ může směřovat pouze k budoucímu plnění, a nemůže se týkat podmínek plnění, které již bylo poskytnuto. Racionalita ultimativní změny dle ustanovení § 1752 OZ spočívá v umožnění změny standardizovaného smluvního režimu o určitém plnění do budoucna

⁴⁶² Tedy případy, kdy jsou „obchodní podmínky“ vkomponovány přímo do vlastního textu smlouvy.

⁴⁶³ Srov § 1798 odst. 2 OZ.

⁴⁶⁴ K materiálnímu pojetí obchodních podmínek srov. např. PELIKÁNOVÁ, Irena, PELIKÁN, Robert. Komentář k § 1751. In: ŠVESTKA, Jiří, DVORÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 72–74.

v rozsahu, ve kterém plnění ještě nebylo realizováno.⁴⁶⁵ Tento závěr přijímá i odborná literatura, když uvádí, že k oněm opětovným plněním musejí být zavázány obě strany, neboť jen tam, kde si strany vzájemně opětovně poskytují párová plnění, je možnost „bezbolestného“ ukončení smluvního vztahu skutečně dána.⁴⁶⁶ Pojem opakujícího se plnění je v rozhodovací praxi Nejvyššího soudu doposud vymezován ve srovnání s plněním dílčím či částečným.⁴⁶⁷ Za plnění opěťující ve smyslu tohoto ustanovení je třeba považovat i plnění trvající (nepřetržité), které formálně vzato nelze rozdělit do dílčích splatných dávek (typicky např. vedení účtu).⁴⁶⁸

5.2.1.2 Obsahové náležitosti ujednání o změně obchodních podmínek

Jsou-li naplněny výše popsané aplikační předpoklady, je platnost ujednání o jednostranné změně vázána na další obligatorní náležitosti takového ujednání. Obchodní podmínky tak musí především obsahovat určení postupu, ***jak se změna obchodních podmínek druhé straně oznámí***. Občanský zákoník konkrétní minimální způsob nestanoví, avšak vzhledem k povaze návrhu změny (nabídky) lze dovodit, že oznámení musí splňovat požadavky adresnosti. Informace o změně se musí dostat do dispoziční sféry adresáta, nepostačí například pouhá veřejná proklamace změny obchodních podmínek, typicky na internetových stránkách oferenta. Absence ujednání

⁴⁶⁵ Funkčně toto omezení odpovídá limitaci účinků odstoupení od smlouvy při nepřetržité či opakované činnosti dle ustanovení § 2004 odst. 3 OZ.

⁴⁶⁶ PELIKÁNOVÁ, Irena, PELIKÁN, Robert. Komentář k § 1752. In: ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 72–74.

⁴⁶⁷ „O dílčí plnění se jedná v případech, kdy závazek je podle dohody stran, ze zákona nebo z rozhodnutí soudu (státního orgánu) rozdělen na několik relativně samostatných, zřetelně oddělených plnění, která samostatně (většinou postupně) dospívají (např. plnění dluhu sjednané ve splátkách). Od dílčího plnění je přitom třeba odlišovat plnění částečné a opakující (opěťující) se plnění. Poskytne-li dlužník věřiteli na plnění svého závazku pouze část předmětu plnění, aniž by z dohody stran, z právního předpisu nebo z rozhodnutí soudu rozdělení na takové části vyplývalo, jde o plnění částečné. Na rozdíl od plnění dílčího není opakující se plnění vymezeno celkovou výší (rozsahem celého plnění), nýbrž pouze určením jednotlivých v budoucnu splatných dávek (např. výživné, nájemné nebo pojistné).“ Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 10. 2002, sp. zn. 29 Odo 847/2001, uveřejněný pod číslem 36/2003 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek, nebo rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 3. 2006, sp. zn. 32 Odo 616/2005.

⁴⁶⁸ HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 164.

o způsobu notifikace změny obchodních podmínek bude mít dle tohoto ustanovení za následek neplatnost, neboť zákon neobsahuje žádné defaultní pravidlo, které by mohlo výslovné ujednání stran nahradit.

Předpis však přímo ani nestanovuje žádné obsahové náležitosti takového oznámení. Nabízí se otázka, zda občanský zákoník v ustanovení § 1752 odst. 1 předpokládá *oznámení o změně* obchodních podmínek, anebo *oznámení změny* s tím, že návrh musí obsahovat celé znění změny. Ve své podstatě jde o otázku inkorporace; tedy zda návrh změny musí splňovat požadavky vyjádřené v ustanovení § 1751 odst. 1 a 3 OZ. Shodně s komentářovou literaturou⁴⁶⁹ je však třeba tuto úvahu odmítnout. Možnost oznámení změny bez nutnosti adresovat celý návrh změny obchodních podmínek vyplývá ze samotné podstaty výhrady jednostranné ultimativní změny. Ta vychází z presumpce souhlasu v případě nečinnosti obláta, kterému byl návrh změny adresován. Presumpce souhlasu v sobě nutně zahrnuje i domněnku seznámení se s navrhovanou změnou. Osoba, které je ultimativní návrh na změnu obchodních podmínek učiněn, proto musí mít zachovanou možnost reálně se se zněním změn bez zvláštních nákladů seznámit. Je-li takový smluvní mechanismus změny obchodních podmínek mezi stranami ujednán – byť prostřednictvím řádně inkorporovaného nepřímého smluvního ujednání – není nutné znění změny inkorporovat „na druhou“, přímo do notifikační zprávy o změně obchodních podmínek.⁴⁷⁰

Zákon také výslovně nevyžaduje, aby v notifikaci změny obchodních podmínek byla zahrnuta informace o tom, že oblát je oprávněn změnu odmítnout a závazek z toho důvodu vypovědět. Patrně proto, že tato informace musí být obsahem již původního znění obchodních podmínek. Absence této informační povinnosti oferenta dle rozebíraného ustanovení působí přinejmenším překvapivě. a to zejména, uvažíme-li kasuističnost podmínek stanovených v tomto ustanovení, které zákon pro ultimativní změnu vyžaduje.

⁴⁶⁹ HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 165.

⁴⁷⁰ Funkčně je tato situace velmi podobná podmínkám inkorporace obchodních podmínek při uzavření rámcové smlouvy při opakované kontraktaci. I v tomto případě není potřebná dodatečná inkorporační doložka pro jednotlivé smlouvy. K tomu blíže srov. CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 85.

Přitom právě povinnost notifikovat právo výpovědi je jednoduchý nástroj, který posiluje pozici adresáta změny, aniž by s ním byly pro předkladatele obchodních podmínek spojeny zvláštní náklady.

Ujednání o právu strany, které je návrh změny určen, **odmítnout změnu závazku a závazek vypovědět** je další obligatorní náležitostí ujednání o ultimativní změně. Právě v existenci tohoto oprávnění spočívá charakter zvláštního smluvního mechanismu změny obchodních podmínek – oblát sice nemůže zmařit změnu obchodních podmínek a zachovat závazek s původním obsahem, je však oprávněn závazek proto ukončit. Je možné si povšimnout, že právo závazek vypovědět ustanovení § 1752 OZ přímo nezakládá, nýbrž normuje, že si jej strany musí ujednat. I absence ujednání o právu výpovědi bude mít proto za následek neplatnost výhrady jednostranné změny. Jisté pochybnosti vzbudilo znění uvedeného pravidla v tom, zda jsou požadavky vyjádřené v ustanovení § 1752 odst. 1 věty druhé OZ kumulativní, či zda má oblát v případě nesouhlasu se změnou obchodních podmínek možnost mezi odmítnutím změny a výpovědí závazku. Expertní skupina Komise pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti se ve svém stanovisku č. 6 připojila k první z možností, a vyjádřila názor, že „*obsahem § 1752 odst. 1 je tedy možnost tzv. ultimativní změny obchodních podmínek, ve smyslu „bud’ přijmeš, nebo končíme“*“. Spojení nesouhlasu s ukončením závazku vyplývá již ze samotného jazykového výkladu: „právo změny odmítnout a závazek z tohoto důvodu vypovědět“.⁴⁷¹ To je zcela logické a odpovídá výše analyzovanému mechanismu ultimativních změn, neboť tento mechanismus spojuje nesouhlas se změnou závazku s ukončením právního vztahu. Ustanovení § 1752 OZ by se také mělo použít i na ujednání, která by sice adresátovi změny obchodních podmínek zachovávala možnost odmítnout tuto změnu, zároveň by však zajišťovala právo navrhovatele smlouvu vypovědět. Funkčně se taková doložka nijak neliší od postupu předvídaného v ustanovení § 1752 OZ, a proto by i změna obchodních podmínek spojená s takovýmto ujednáním musela naplňovat další aplikační předpoklady § 1752 OZ.

⁴⁷¹ Výkladová stanoviska č. 6 Expertní skupiny Komise pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti ze dne 19. 4. 2013 – ke změně obchodních podmínek dle § 1752 NOZ. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Stanovisko-06.pdf>

S výpovědí závazku oblátem se pojí v praxi ne zcela výjimečný jev, kdy oblát sice na návrh změny nereaguje výpovědí, ale vymíní automatické ukončení závazku při každé další změně. Jako příklad lze uvést situaci, kdy navrhovatel oznámí změnu obchodních podmínek navýšením ceny – protistrana reaguje sdělením, že jakékoliv příští navýšení ceny má za následek výpověď smlouvy z její strany. Vystává otázka, zda lze takové výpovědi přiznat právní účinky. Kladná odpověď by argumentačně vycházela z úvahy, že výpověď byla učiněna s odkládací potestativní podmínkou dalšího navýšení ceny. Splňuje-li výpověď další náležitosti platného právního jednání, je odložen pouze její účinek, a to do okamžiku dalšího návrhu změny obchodních podmínek. Přesto je třeba takovou úvahu v režimu ultimativních jednostranných změn dle ustanovení § 1752 OZ odmítnout. Opakovaně bylo zmíněno, že v tomto případě jde o zvláštní kontraktační mechanismus, který plyne z ujednání stran. Základem je dohoda o tom, že přijetí nabídky (návrhu na změnu) smlouvy je spojeno s nečinností či mlčením. Změna tohoto postupu by opět musela vyplývat z ujednání strany, nikoliv z jednostranné proklamace obláta. Myšlenka jednostranné ultimativní změny vychází z představy paušálního souhlasu přistupující strany ve spojení s ochranou proti excesům.⁴⁷² Výpověď pro případ budoucích změn však tuto představu obrací v rozporu se smluvním ujednáním. Předkladatel obchodních podmínek by musel vést evidenci výpovědí, jež se stanou účinnými v případě další změny obchodních podmínek. Takový závěr však neodpovídá účelu a smyslu ujednání o ultimativní změně, kterým je snižování transakčních nákladů. Je tedy na místě přijmout závěr, že právo vypovědět závazek musí být – ve vztahu mezi podnikateli – realizováno ve vazbě na konkrétní modifikaci obchodních podmínek, a **ve výpovědní době** k tomu určené.

Ustanovení § 1752 odst. 1 OZ dále totiž předpokládá, že ujednání o ultimativní změně též obsahuje určení **výpovědní doby dostatečné k obstarání obdobných plnění od jiného dodavatele**. Hovořit v této souvislosti o výpovědní době však není zcela přesné. Výpovědní dobu (ve smyslu § 1998 odst. 2 OZ) lze definovat jako časový úsek mezi řádně učiněnou výpovědí a okamžikem zániku závazků. Logika tohoto pravidla však vede

⁴⁷² PELIKÁNOVÁ, Irena, PELIKÁN, Robert. Komentář k § 1752. In: ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 72–74.

k tomu, že jde o ochranu dobu obláta pro to, aby se rozhodl, zda závazek vypoví, nebo (mlčky) přijme navrhované změny. Ujednání o ultimativní změně by mělo obsahovat především určení přiměřené doby mezi povinnou notifikací změn a jejich účinností, ve které je adresát změn oprávněn smlouvu vypovědět.⁴⁷³ Jinými slovy, výpovědní dobou ve smyslu ustanovení § 1752 odst. 1 OZ je nutno chápat dobu, ve které je oblát oprávněn závazek vypovědět, nikoliv jako dobu, se kterou se pojí samotný zánik závazku.⁴⁷⁴ Obvyklé je účinnost výpovědi (zánik závazku) vázat právě na okamžik účinnosti změny obchodních podmínek, neboť takový postup umožňuje udržet jednotný smluvní režim všech adresátů obchodních podmínek. Přiměřenost ujednané doby pro výpověď se dle tohoto pravidla bude poměřovat od povahy smluvního plnění a doby, která by v obvyklém případě byla nutná k obstarání obdobného plnění od jiného dodavatele.

Poslední obsahovou částí ujednání o ultimativní změně – která je však stanovena negativně – je ***zákaz stanovení zvláštních povinností zatěžujících vypovídající stranu***. Na rozdíl od předchozích částí, které jsou obligatorní součástí samotného ujednání o ultimativní změně pod sankcí neplatnosti, v tomto případě zákon stanoví, že k takovému ujednání se nepřihlíží, avšak možnost ultimativní změny je zachována. Jinými slovy, i v případě, kdy smlouva takovou zvláštní povinnost vymíní, přesto tato povinnost ze zákona nevzniká, avšak ke změně obchodních podmínek může dojít. Vypovídající stranou je v logice tohoto ustanovení nutno rozumět stranu, které byl učiněn návrh na změnu smlouvy; i za situace, kdy by oblátu bylo umožněno odmítnout změnu s následnou výpovědí předkladatele obchodních podmínek, nesmí uložení zvláštní povinnosti deformovat vůli strany k určení, zda změnu přijme, nebo zda dojde k ukončení vztahu. K charakteru takové zvláštní povinnosti se komentářová literatura shoduje v závěru, že jde o širší kategorii než pouze sankční ujednání (nebo např. odstupné)

⁴⁷³ Srov. např. konstrukci § 63 odst. 6 zák. č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, o kterém bude blíže pojednáno dále.

⁴⁷⁴ Tuto logiku chápání výpovědní doby přebírá i obchodní praxe, ve které se pravidelně lze setkat s ujednáními typu: „Nesouhlasí-li objednatel se změnou obchodních podmínek, má právo smlouvu vypovědět, a to ve výpovědní době, jež činí 1 měsíc ode dne oznámení změny obchodních podmínek dodavatelem shora uvedeným způsobem.“

a že musí jít o takovou (zvláštní) povinnost, jež by nevznikla při jiném způsobu ukončení smlouvy.⁴⁷⁵ Možnost ujednat obecnou povinnost pro případ zrušení závazku není tímto pravidlem dotčena.

5.2.1.3 Omezení rozsahu změny obchodních podmínek

I při naplnění aplikačních a obsahových předpokladů ustanovení § 1752 OZ nedává zákon předkladateli zcela volnou ruku v určení obsahu změny obchodních podmínek. Jako materializační kritérium dovolenosti ultimativní změny stanovuje zákon **přiměřenost změny**. Ta by měla odpovídat vnějším okolnostem (důvodům), které stranu ke změně obchodních podmínek vedou. Jakkoliv zákon obligatorně nestanoví, že předkladatel změny je povinen důvody změny uvést, přesto by tyto důvody měly existovat a měly by být objektivně zjiřitelné. Požadavek přiměřenosti tak lze chápat spíše prostřednictvím svého negativního vymezení jako zákaz nepřiměřených změn, či zákaz libovůle.

Nepřiměřenost může vyplývat i již ze samotné povahy změny, typicky v případech, kdy zákon vyžaduje výslovné přijetí určitého ujednání. Tak je tomu například u těch částí obchodních podmínek, které druhá strana nemohla rozumně očekávat podle ustanovení § 1753 OZ. Přitom míru překvapivosti ustanovení, které je do obchodních podmínek včlenováno dodatečně (změnou obchodních podmínek), je třeba posuzovat relativně přísněji, právě vzhledem k požadavku přiměřenosti. To ostatně odpovídá myšlence racionální apatie příjemce obchodních podmínek a jeho důvěře, že změnou obchodních podmínek nedojde k podstatné změně smluvního rámce mezi stranami.

Pojem **přiměřenosti** představuje otevřený právní pojem, který není předpisy přímo definován. Myšlenkovou inspirací při hledání obsahu tohoto právního institutu mohou být unifikační projekty, které dílčím způsobem koncept přiměřenosti (*reasonableness*) vymezují. Článek 1:302 PECL, uvádí: „*Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances*

⁴⁷⁵ Např. HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část* (§ 1721–2054). *Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 166.

of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.“⁴⁷⁶ Pro poměřování, co je přiměřené, je stanoven objektivní standard, odosobněný od partikulárních zájmů stran, založený na poctivosti (*good faith, Treu und Glauben*) jednání. Objektivní měřítko přiměřenosti vyžaduje i definice obsažená v I. – 1:105 DCFR, s tím, že: „Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.“ Návrh společného referenčního rámce na rozdíl od principů nespojuje koncept přiměřenosti s poctivostí, neboť směřování obou konceptů je „nežádoucí“. Jednání může být nepoctivé (například vyvolání klamně představy o výkonu práva) a přitom stále přiměřené (samotný obsah vykonávaného práva) a naopak. Začleněná doložka (např. o ultimativní změně) tak sice v konkrétním případě může být nepřiměřená, přesto – pokud nebude překvapivá a řádně inkorporovaná – nemusí být v rozporu s principem poctivosti.⁴⁷⁷ I pro posuzování (byť přiměřených) jednostranných změn obchodních podmínek se také uplatní korektiv poctivosti (§ 6 OZ)⁴⁷⁸, a to vedle poměřování přiměřenosti.

Požadavkem přiměřenosti se však omezení rozsahu změny dle ustanovení § 1752 OZ nevyčerpává. Zákon předpokládá, že ultimativní změny dle ustanovení § 1752 OZ jsou přípustné, pouze pokud již při jednání o uzavření smlouvy vyplývá z povahy závazku **rozumná potřeba pozdější změny obchodních podmínek**. Normativní dopad této podmínky však není zcela jasný. V odborné literatuře se objevil názor, který pojem rozumné potřeby dle ustanovení § 1752 odst. 1 OZ spojuje s odst. 2 tohoto ustanovení: „*druhý odstavec je interpretačním ustanovením upřesňujícím pojem rozumné potřeby změny obchodních podmínek. Za takovouto rozumnou potřebu změny nebude možno pokládat předvídatelnou změnu okolností nebo změnu osobních nebo majetkových poměrů podnikatele. Budou-li mít strany sjednání možnost změny obchodních podmínek za předpokladů*

⁴⁷⁶ Blíže viz LANDO, Ole, BEALE Hugh G. (eds.). *Principles of European contract law*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, s. 126.

⁴⁷⁷ BAR VON, Christian, CLIVE, Eric M. (eds.). *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*. Volume 1. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 91.

⁴⁷⁸ Srov. např. NOVÝ, Zdeněk. Princip „poctivosti“ dle Draft Common Frame of Reference jako inspirace pro výklad § 6 odst. 1 návrhu občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 2, s. 46.

uvedených v odstavci prvním, nebude se podnikatel moci dovolat této dohody, jestliže půjde o některou z okolností uvedených v odstavci druhém.“.⁴⁷⁹ Takovou interpretaci nelze přijmout, neboť fakticky téměř vylučuje legitimní realizaci ultimativní změny. V logice tohoto výkladu by byla přijatelná jen taková změna, jejíž potřeba byla sice předvídatelná v době jednání o uzavření smlouvy (dle odst. 1), avšak současně vyplývá z nepředvídatelné změny okolností (odst. 2). Je proto nutno přijmout závěr, že odstavec druhý dopadá jen na situace předvídané v jeho hypotéze, kdy mezi stranami nebyl ujednan rozsah změn obchodních podmínek (viz dále).

Zůstává však otázkou, jak tedy vykládat požadavek rozumné potřeby pozdějších změn obchodních podmínek. Dostupná literatura se vyjádřila v tom smyslu, že „vedle dlouhotrvajícího charakteru závazku a opětovného plnění zde musí být další skutečnosti, z nichž je zjevná potřeba budoucí změny. Může se jednat například o závislost plnění na vývoji cen, vliv regulace navazujících oblastí, např. ochrana osobních údajů, regulace bankovních obchodů, nebo vývoj nových technologií.“⁴⁸⁰ V praxi se však mohou objevit i mnohem méně zjevné skutečnosti, které povedou k potřebě změnit znění obchodních podmínek (např. změna cenové politiky dodavatele). Tyto subtilní důvody mohou mít svůj původ pouze v osobních poměrech smluvní strany, nikoliv v povaze závazku jako takového. Požadavek „rozumné potřeby“ pozdější změny patrné již v době vzniku závazku je třeba proto vykládat pokud možno široce, neboť jistá minimální míra možné (rozumné) potřeby následných změn vyplývá z povahy závazku již v tom, že musí jít o závazky dlouhodobé. Význam podmínky „rozumné potřeby“ změny se projevuje zejména v souvislosti s odst. 2 rozebíraného ustanovení v tom smyslu, že motivuje stranu předkládající obchodní podmínky v tom, aby si rozsah a důvody změn, které mohou být učiněny jednostranným ultimátem, v obchodních podmínkách výslovně vyhradila.

Zákon totiž volí takovou konstrukci, že v případě, kdy strany výslovně rozsah změn obchodních podmínek neujednaly, nepřihlíží se ke změnám vyvozaným takovou změnou okolností, kterou již při uzavření smlouvy strana

⁴⁷⁹ PELIKÁNOVÁ, Irena, PELIKÁN, Robert. Komentář k § 1752. In: ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 72–74.

⁴⁸⁰ HULMÁK, Milan. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 164.

odkazující na obchodní podmínky musela předpokládat, ani ke změnám vyvolaným změnou jejích osobních nebo majetkových poměrů (§ 1752 odst. 2 OZ). To je mimořádně přísné, neboť právě do kategorie osobních (hospodářských) poměrů budou obvykle spadat důvody změny obchodních podmínek. Ty by však v případě absence ujednání o rozsahu změn představovaly vyloučený důvod pro změnu.

Není také zcela jasné, co zákon rozumí spojením „ujednán rozsah“. Jazykové vyjádření vede k myšlence, že by strany měly označit ta ustanovení obchodních podmínek, která mohou být dotčena změnou. Takové řešení je velmi nepraktické, nehledě na možnost potřeby včlenění dalších „nových“ ustanovení. Je namístě proto přijmout výklad, který pod sjednáním rozsahu změn rozumí vymezení důvodů, které změny vyvolávají.⁴⁸¹ Připustíme-li, že dostatečně vymezeným důvodem může být i změna osobních poměrů navrhopovatele, pak budou přípustné takové změny, které jsou konkrétní změně osobních poměrů přiměřené. Obdobně je třeba kritériem přiměřenosti poměřovat ostatní (vnější) výslovně vymíněné důvody vedoucí ke změně obchodních podmínek.

Způsob omezení rozsahu změny obchodních podmínek, tak jak je konstruován v odstavci druhém, nelze však považovat (uvažujeme-li, že jde o vztah mezi podnikateli) za zcela vhodný. Zvažme příklad změny obchodních podmínek z důvodu změny osobních poměrů. Pravidlo § 1752 odst. 2 OZ nebude mít jiný následek, než že v ujednání o ultimativní změně bude tato možnost výslovně uvedena; stejný důsledek platí i pro ostatní možné důvody změny, které se bude předkladatel obchodních podmínek snažit formulovat co možná nejobecněji, aby pokryl co nejširší škálu potřeby následné změny. Důvod, proč zákonodárce vyžaduje abstraktní vymezení důvodů (rozsahu) změn obchodních podmínek již v ujednání o ultimativní změně (a to i pro vztahy mezi podnikateli) není zcela zřejmý. Je možné, že vzorem tohoto omezení byla Směrnice Rady 93/13/EHS o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách, která v Příloze pod odst. 1 písm. j) stanoví za nepřiměřenou smluvní podmínku ujednání, „*jehož cílem nebo následkem je možnost, aby prodávající nebo poskytovatel jednostranně změnil podmínky smlouvy bez pádného důvodu, který je uveden ve smlouvě.*“

⁴⁸¹ Shodně HULMÁK, 2014, op. cit., s. 166.

Právě znění Přílohy směrnice o nepřiměřených obchodních praktikách však dále „usvědčuje“ zákonodárce z jistého nepochopení konceptu ultimativních jednostranných změn. Odst. 2 Přílohy směrnice totiž mimo jiné uvádí, že omezení stanovené v písm. j) není na překážku podmínkám, podle kterých si prodávající nebo poskytovatel vyhrazuje právo jednostranně změnit podmínky smlouvy s platností na dobu neurčitou, za předpokladu, že se po něm vyžaduje, aby o tom informoval spotřebitele přiměřeným oznámením, a že spotřebitel má možnost vypovědět smlouvu. Zde je patrné, že i směrnice rozlišuje mezi ultimativní jednostrannou změnou [odst. 1 písm. j)], se kterou se pojmově pojí ujednání o možnosti jednostranného ukončení závazku, a neultimativní jednostrannou změnou, která by vyžadovala transparentní uvedení důvodů, které stranu předkládající obchodní podmínky k takové změně opravňují (pro kterou je stanovena výjimka v odst. 2).⁴⁸² Rozebírané ustanovení § 1752 OZ však kumulativně slučuje podmínky ultimativních i neultimativních změn, a to i pro obchodní vztahy. Je tedy patrné, že nastavení ultimativní změny dle § 1752 OZ je velmi přísné; je vůbec otázkou, zda je taková regulace v zájmu těch zájmových organizací, které výslovnou regulaci ultimativních změn prosazovaly.⁴⁸³

5.2.2 Ultimativní změny mimo režim ustanovení § 1752

Vzhledem k výslovné úpravě jednostranných ultimativních změn se v režimu občanského zákoníku jeví klíčovou otázkou možných smluvních dispozic probíraného pravidla; respektive přípustnosti ujednání o jednostranné ultimativní změně mimo režim ustanovení § 1752 OZ. Pomineme-li na tomto místě sektorovou regulaci zvláštních předpisů, o které bude pojednáno dále, lze si povšimnout, že smluvní mechanismus srovnatelný s § 1752 OZ lze nalézt i u některých smluvních typů zvláštní části závazkového práva.⁴⁸⁴

⁴⁸² K tomu blíží viz následující oddíl 5.2.3 o neultimativních změnách.

⁴⁸³ HULMÁK, Milan. Uzavírání smluv podle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 1, s. 25.

⁴⁸⁴ Nevyvratitelnou právní domněnku souhlasu se změnou závazku v případě, kdy zákazník v určené lhůtě neodstoupí od smlouvy, stanoví § 2531 odst. 2 OZ pro případy, kdy pořadatel zájezdu navrhuje změnu podmínek zájezdu z důvodu vnějších okolností. Podobně výslovný nesouhlas obláta se změnou předpokládá § 2786 OZ tehdy, pokud pojistitel upravuje výši pojistného. Charakter ultimativní změny má též postup předvídaný v § 2791 OZ. Zvláštní kontraktační mechanismus nahrazující podmínky výslovného přijetí nabídky představuje také postup jednostranného zvyšování nájemného dle § 2249 OZ.

Je tedy patrné, že ustanovení § 1752 OZ není jediným případem, kdy je s nečinností (mlčením) adresáta spojena změna závazku. Je třeba zkoumat, do jaké míry je takový postup v dispozici smluvních stran či v jaké míře spočívá na výslovném znění zákona. Fakticky se jedná o otázku kogentnosti či dispozitivnosti ustanovení § 1752 OZ.

Diskuse o tom, zda je možná jednostranná ultimativní změna obchodních podmínek i u těch smluv, které nenaplnují aplikační předpoklady ustanovení § 1752 OZ, však není zcela jednotná. Proti závěru o dispozitivnosti probíraného ustanovení zaznívají argumenty, že pokud by bylo umožněno stranám disponovat omezujícími podmínkami tohoto ustanovení, celá úprava by byla fakticky obsoletní. Jde o názor, že ultimativní jednostrannou změnu lze ujednat jen za předpokladů a s omezením předvídaným v § 1752 OZ: „*Tak např. v individuálně projednávané smlouvě, která nepatří k opakujícím se smlouvám v běžném obchodním styku, nelze jednostrannou změnu obchodních podmínek ujednat. Stejně tak by byla protiprávní dohoda umožňující takovou jednostrannou změnu bez oznámení druhé straně a bez možnosti výpovědi.*“⁴⁸⁵ Jistou „střední“ cestu mezi kogentností a dispozitivností ustanovení § 1752 OZ volí výkladové stanovisko č. 6 Expertní skupiny Komise pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti, které uvádí: „*Jedná-li se o smlouvy uzavírané za okolností dle první věty § 1752 odst. 1, lze ke změně přistoupit, pouze pokud byly předem ujednány náležitosti stanovené ve druhé větě § 1752 odst. 1; jedná se přitom o kogentní ustanovení, od něž není možné se odchýlit dohodou stran. Ultimativní změnu obchodních podmínek si strany mohou sjednat i za jiných okolností než v případě smluv dle § 1752 odst. 1, věty první. Obecně není samozřejmě vyloučeno ani to, aby si strany ujednaly jiný postup, který bude např. druhé straně zajišťovat právo trvat na stávajících obchodních podmínkách, tedy bez nutnosti návrh změny přijmout, či odmítnout s následkem zániku závazku. Taková ujednání však musí být v souladu s obecnými pravidly o ochraně slabší strany (např. úprava adhezních smluv), zejména s limity sledujícími ochranu spotřebitele.*“⁴⁸⁶ Jinými slovy, pokud jsou naplněny aplikační předpoklady ultimativní změny § 1752 OZ, pak je možná změna pouze za dodržení obsahových náležitostí a v rozsahu předvídaném tímto ustanovením.

⁴⁸⁵ PELIKÁNOVÁ, Irena, PELIKÁN, Robert. Komentář k § 1752. In: ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 72–74.

⁴⁸⁶ Výkladová stanoviska Expertní skupiny Komise pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti – ke změně obchodních podmínek dle § 1752 NOZ.

Při hledání odpovědi na otázku, zda je možné ujednat výhradu jednostranné ultimativní změny mimo § 1752 OZ, je třeba vyjít ze samotné konstrukce takového ujednání. Ve své podstatě totiž nejde o nic jiného než o dohodu o zvláštním postupu vzniku smluvního konsensu. Tu právní úprava výslovně připouští v ustanovení § 1770 OZ s tím, že mají být přiměřeně použita ustanovení o nabídce a o přijetí nabídky. Ostatně závěr o dispozitivnosti kontraktálního procesu po jisté době váhání⁴⁸⁷ přijala i rozhodovací praxe domácího Nejvyššího soudu.⁴⁸⁸ Stejný režim jako ujednání o jednostranné ultimativní změně zajistí stranám dohoda o přijetí nabídky nečinností (mlčením) spolu se sjednáním práva vypovědět závazek bez konkrétních důvodů. Sama možnost dohody o spojení právních následků s nečinností druhé strany nevyvolává pochybnosti, neboť akceptace mlčením vyplývá z užití argumentu opaku u pravidla, podle kterého mlčení nebo nečinnost samy o sobě přijetím nejsou (§ 1740 odst. 2 věta druhá OZ). Druhou nezbytnou součástí konstrukce ultimativních změn je umožnění „práva exitu“ druhé straně, pokud s předkládaným návrhem změny smlouvy nesouhlasí, ať již odstoupením či výpovědí závazku. Je tedy patrné, že základ konstrukce ujednání o jednostranné ultimativní změně by byl přípustný i v případě, pokud by zákon zvláštní pravidlo § 1752 vůbec neobsahoval. Jinými slovy, ujednání o ultimativní jednostranné změně není z povahy věci vyloučeno i bez výslovné právní úpravy stanovující tuto možnost. Tak tomu bylo též před účinností občanského zákoníku, což potvrdila i rozhodovací praxe Nejvyššího soudu.

Například rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 2. 2013, sp. zn. 23 Cdo 1098/2012, uveřejněný pod číslem 63/2013 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek, uvádí, že: „*obchodní zákoník (ani zákoník občanský) nestanoví pro obchodní podmínky, které jsou součástí smlouvy, jiný režim jejich změny než pro smlouvu samotnou. Neryhradí-li si proto účastníci ve smlouvě nebo obchodních podmínkách, které jsou její součástí, zvláštní způsob změny obchodních podmínek (např. prostým doručením druhé straně), řídí se předpoklady pro jejich změnu zákonnou úpravou pro změnu obsahu smlouvy samotné.*“ Je zajímavé, že podle některých

⁴⁸⁷ Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 3. 2001, sp. zn. 33 Cdo 2994/99.

⁴⁸⁸ Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 1. 2013, sp. zn. 31 Cdo 1571/2010, uveřejněný pod číslem 39/2013 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek, část občanskoprávní a obchodní, či rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 7. 2013, sp. zn. 21 Cdo 2747/2012.

názorů (byť nepublikovaných) lze z takto formulované právní věty dovozovat, že (podle Nejvyššího soudu) je možné sjednat zvláštní způsob změny obchodních podmínek prostým doručením změny druhé straně. Při bližším seznámení s celým odůvodněním rozsudku však zjistíme, že věcný závěr rozhodnutí je jiný, neboť v projednávané věci výhrada ultimativní změny nebyla vůbec sjednána; v takovém případě „*k tomu, aby se nové znění obchodních podmínek při jejich změně stalo součástí uzavřené smlouvy, nepostačuje, aby strana, o jejíž podmínky jde, oznámila jejich změnu, ani s uvedením, že pokud druhá strana nesdělí nesouhlas do určité doby, platí změna za schválenou.*“⁴⁸⁹.

Lze shrnout, že je nepřipustné, aby byl obsah smlouvy určován libovolně jednou stranou; pokud si však strany nastaví zvláštní způsob změny, jde o projev autonomie vůle, který by zákon neměl a priori vylučovat, nýbrž pouze stanovit následnou ochranu proti excesům. Obecně by nemělo být znemožněno takové ujednání, které spojuje přijetí návrhu změny obchodních podmínek s nečinností druhé strany a které obláta opravňuje („pouze“) v případě nesouhlasu učinit jednostranný úkon směřující k zániku závazku, i mimo případy předvídané ustanovením § 1752 OZ. Stanovení práva „*exitu*“ je *conditio sine qua non* takového ujednání, bez jejíhož splnění nelze uvažovat o dovolenosti, a to proto, že v takovém případě by změna obchodních podmínek nebyla obsahem konsensu smluvních stran. Jde o podmínku nutnou, nikoliv však postačující, neboť z ní vyplývá pouze formální mechanismus změny. Přezkum přípustnosti takového ujednání (respektive následné změny) pak bude vycházet jednak z obecných zásad soukromého práva (typicky princip poctivosti, či zákaz zneužití) spolu se specifickými nástroji ochrany při uzavírání smluv s odkazem na nepřímá smluvní ujednání. Konkrétně jde – pomineme-li zvláštní úpravu u závazků uzavíraných se spotřebitelem – zejména o zákaz využití závislosti v hospodářském styku podle § 433 OZ, zvláštní ochranu pro smlouvy uzavírané adhezním způsobem dle § 1798 a násl. OZ a ochranu před překvapivými ustanoveními podle § 1753 OZ.

Výhrada jednostranné ultimativní změny v sobě nese imanentní riziko zneužití již tím, že umožňuje jednostranně vyvolat zánik závazku. Tak tomu může být tehdy, pokud předkladatel obchodních podmínek navrhne změny,

⁴⁸⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 2. 2013, sp. zn. 23 Cdo 1098/2012.

kteří budou pro druhou smluvní stranu cíleně neakceptovatelné. V takovém případě by bylo možné aplikovat důsledky nepoctivého jednání při uzavírání smlouvy dle ustanovení § 1728 a 1729 OZ též na případy změny smlouvy. Změna smlouvy by neměla umožňovat kompenzovat ekonomickou nevýhodnost při nezměněných podmínkách. Jinými slovy, nelze připustit, že na základě mechanismu ultimativní změny se stane součástí smlouvy takové ustanovení, o kterém nelze předpokládat, že by bylo společnou vůlí stran být takovým ujednáním vázán, pokud by bylo dohodnuto od začátku.⁴⁹⁰ I v případě návrhu změny obchodních podmínek mimo ustanovení § 1752 OZ by měl proto být na straně předkladatele „spravedlivý důvod“ změny, kterému je rozsah předkládaných změn *přiměřený*. A právě kritérium přiměřenosti – spolu s obsahovou kontrolou obchodních podmínek – bude klíčové pro posouzení, zda je jednostranná změna obchodních podmínek přípustná, či nikoliv. Lze tedy uzavřít, že ačkoliv je možno vycházet ze závěru, že výhrada ultimativní jednostranné změny je přípustná i mimo aplikační předpoklady ustanovení § 1752 OZ, co do následku bude nutné zohlednit hlediska, ne nepodobná těm, která stanoví § 1752 OZ.

5.2.3 Neultimativní jednostranné změny obchodních podmínek

Poslední část věnovaná výkladu o změnách obchodních podmínek se věnuje limitům ujednání o takových jednostranných změnách obchodních podmínek, které oblatovi (v případě nesouhlasu s návrhem) neumožňují závazek zrušit jednostranným úkonem. Opakovaně bylo zmíněno – a na tomto místě je nutné zopakovat –, že rovnost účastníků soukromoprávního vztahu spolu s principem vázanosti smluv vylučuje, aby byl obsah závazku určen libovůli jedné strany. Pak by šlo pouze o zdánlivé právní jednání (§ 551 OZ), neboť zcela chybí vůle jedné z jednajících stran o obsahu právního jednání. Na základě ujednání, které opravňuje jednu stranu měnit volně obchodní

⁴⁹⁰ Rozhodnutí BGH, VII ZR 162/12: Změna ustanovení musí být především provedena takovým způsobem, aby mohlo být posuzováno tak, jako kdyby takové znění ustanovení bylo dohodnuto od počátku. Tak tomu není v případě, kdy strana, která všeobecné obchodní podmínky použila, nedá druhé straně po uzavření smlouvy dostatečnou volnost při úpravě ustanovení, které je v rozporu se základními zásadami dané právní úpravy, a smluvní strany tak dojdou k dohodě, kterou se nevýhodný účinek ustanovení pouze zmírní.

podmínky bez možnosti „exitu“ druhé strany, by vůbec ke změně závazku nedošlo. Přesto lze poukázat na některé případy, které se funkčně mohou takové situaci podobat, a které nepřipustné nebudou.⁴⁹¹

Předkladatel obchodních podmínek je tak předně oprávněn k „aktualizaci“ znění obchodních podmínek. Tímto se rozumí případy, kdy předkladatel upravuje znění obchodních podmínek, aniž by však byl měněn obsah závazku (typicky promítnutí změny sídla či firmy do nového znění obchodních podmínek), popřípadě je upravováno znění obchodních podmínek v souladu se změnou závazku, ke které však již došlo (či dojde) na základě jiné právní skutečnosti. Je patrné, že v těchto případech se se změnou obchodních podmínek závazek nemění, a jde spíše o otázku uživatelského komfortu, zejména uvažíme-li možnou dlouhodobost vzájemných vztahů.

O nepřipustnou jednostrannou změnu smlouvy také nepůjde v případech, pokud je k takové změně dán souhlas druhé strany. Lze si povšimnout, že ustanovení § 1759 OZ nehovoří o tom, že smlouvu lze měnit pouze dohodou, ale ke změně smlouvy vyžaduje souhlas. Takový souhlas se změnou je možné stanovit již v samotném právním jednání. Jde o jinou situaci než v případě shora probíraných ultimativních změn, které předpokládají, že k původní smlouvě přistoupí další právní skutečnost – dohoda o změně obchodních podmínek. Jedná se o takové případy, kdy je obsah změny již předem určen, ale na vůli jedné strany závisí, zda právní následky (zde jistá možnost změny povinností vymíněná v obchodních podmínkách) nastanou, či nikoliv. Ostatně obdobný „mechanismus“ změny předpokládá na některých místech přímo i zákon. Typickým příkladem je možnost specifikace plnění u alternativního závazku dle ustanovení § 1926 OZ či možnost volby mezi nároky z vadného plnění dle ustanovení § 2106 OZ. Lze-li za změnu závazku považovat i jeho zrušení, je tomuto mechanismu blízké jakékoliv jednostranné ukončení právního vztahu. Je-li tedy v některých případech takový postup stanoven dispozitivními ustanoveními zákona, je bezesporu přípustné, aby si strany obdobný postup stanovily i pro situace jiné. Podstatné je, že obsah změny (či způsob jeho určení) je vymezen již v původní smlouvě a není tedy odvislý od vůle jedné strany. Ta je pouze oprávněna určit, zda

⁴⁹¹ Kriticky se k této možnosti vyjadřuje např. HULMÁK, Milan. *Uzavírání smluv v civilním právu*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2008, s. 58.

tyto následky nastanou, či nikoliv. Nejde tak o změnu závazku,⁴⁹² nýbrž o realizaci samotné smlouvy.

Ke shodnému závěru dospívá i K. Csach, který však vychází z úvahy, že klauzule opravňující k jednostranné změně smlouvy je vlastně smlouvou o smlouvě budoucí⁴⁹³ o změně smlouvy. Ta dle ustanovení § 1785 OZ vyžaduje stanovení obsahu alespoň obecným způsobem⁴⁹⁴ – což by v tomto případě byl obsah změněných obchodních podmínek.⁴⁹⁵ Ten musí být zahrnut do společné vůle stran. Klíčovou otázkou v praxi pak bude patrně určení potřebné úrovně určitosti (konkretizace) vymezení obsahu změny. Že jde o velmi subtilní hranici rozlišování určitosti ujednání a zákazu libovůle, dokazuje rozhodovací praxe Nejvyššího soudu. Na straně jedné je závěr, že jde o platnou dohodu o způsobu dodatečného určení kupní ceny, jestliže se kupující zavázal zaplatit prodávajícímu kupní cenu do určité částky s tím, že konečnou výši kupní ceny ve sjednaném rozmezí určí prodávající.⁴⁹⁶ Na straně druhé Nejvyšší soud nepřipustil při určení způsobu stanovení výše úrokové sazby postup, který by nebyl vázán výhradně na objektivní (na vůli banky nezávislá) kritéria.⁴⁹⁷

Je tedy patné, že otázka přípustnosti klauzule o jednostranné změně je do značné míry otázkou konkretizace jejího obsahu. Jistě nebude rozporován závěr, že je neplatné ujednání typu: „Dodavatel je oprávněn měnit všeobecné obchodní podmínky v celém rozsahu s účinností změny od oznámení této změny“. Pochybnosti však mohou vyvolat ujednání, kdy obsah změny obchodních podmínek není formulován zcela konkrétně, či je alespoň z části určen jednou stranou. Tak tomu bude například v případech, kdy je změna

⁴⁹² Shodný závěr předkládá usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2011, sp. zn. 23 Cdo 746/2010, které uvádí: „Jestliže šlo o naplnění předvidaného ujednání se stanovenými právními důsledky, nemohlo jít o jednostrannou změnu smlouvy, a tudíž nemusela být splněna podmínka souhlasu druhé strany se změnou příkonu tepla a změnou fakturované ceny.“

⁴⁹³ Ustanovení § 1785 a násl.

⁴⁹⁴ Ustanovení § 50a slovenského občanského zákoníku v této souvislosti vyžaduje dohodu stran o podstatných náležitostech.

⁴⁹⁵ CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 89. Autor dále uvádí, že „klauzule, která by umožňovala jednostrannou změnu smlouvy závislou na vůli druhé strany a neurčovala by jasný obsah nových podmínek, by byla proto neplatná“.

⁴⁹⁶ Viz blíže rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 1. 2002, sp. zn. 29 Odo 503/2001, uveřejněný pod číslem 48/2002 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek.

⁴⁹⁷ Viz blíže rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 5. 2006, sp. zn. 29 Odo 1000/2004.

obchodních podmínek vymezena nikoliv svým obsahem, ale důvody, které jednu ze stran k takové změně opravňují.⁴⁹⁸ Takové ujednání se svojí povahou již blíží „skutečné“ jednostranné změně, neboť předpokládá, že pokud nastanou skutečnosti (důvody) předvídané, je jedna strana oprávněna ke změně obchodních podmínek v rozsahu **přiměřeném** těmto důvodům, aniž by byl dopředu výslovně stanoven obsah možné změny. Přesto není namístě závěr o per se nedovolenosti takového ujednání, neboť i v tomto případě je dán konsensuální základ změny závazku. V podstatě jde o otázku, zda právní řád připouští ujednání stran, které opravňuje jednu ze stran k jednostrannému určení části smlouvy.

V různých právních řádech se lze setkat s různými přístupy. Pozitivní přístup⁴⁹⁹ k této otázce obsahuje i čl. II–9:105 DCFR⁵⁰⁰ (shodně PECL čl. 6.105 /2.102), který uznává, že strany mohou ponechat určení ceny (či jiné části plnění) pouze na jedné z nich. Strana je však omezena kritériem **přiměřenosti** takového určení. Pokud by jednostranně určená cena (jiná část smlouvy) byla hrubě nepřiměřená (*grossly unreasonable*, zjevně nepřiměřená), bude nahrazena cenou rozumnou (přiměřenou). Pravidlo však může fungovat i ve prospěch dlužníka, který by stanovil cenu nepřiměřeně nízkou.⁵⁰¹ Občanský zákoník výslovně dohodu o jednostranném určení obsahu závazku nepovoluje, avšak není stanoven – na rozdíl od ustanovení § 269 odst. 3 ObchZ – výslovný zákaz takového ujednání. Není-li pak zcela vyloučeno, aby se strany dohodly na tom, že část smluvních podmínek (například cena) může být určena jednou stranou,⁵⁰² nemělo by být vyloučeno, aby straně mohlo být totéž oprávnění založeno do budoucna (tedy pro změnu obchodních podmínek).

⁴⁹⁸ Ilustrativním příkladem může být smlouva o nájmu osobního automobilu, kdy si autopůjčovna v obchodních podmínkách vymíní v některých případech poskytnutí jiného vozu, než bylo ujednáno.

⁴⁹⁹ Ujednání o „jednostranném“ určení plnění předpokládá též např. § 315 a 316, spolu s § 371 německého BGB.

⁵⁰⁰ „Where the price or any other contractual term is to be determined by one party and that party's determination is grossly unreasonable then, notwithstanding any provision in the contract to the contrary, a reasonable price or other term is substituted.“

⁵⁰¹ PECL 6.105.

⁵⁰² Srovnej již citovaný rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 1. 2002, sp. zn. 29 Odo 503/2001, uveřejněný pod číslem 48/2002 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek.

Přiznání právních účinků změnám obchodních podmínek na základě takové doložky by však vyžadovalo naplnění dvojice předpokladů. Jde o posouzení platnosti této doložky jako takové z pohledu obsahové kontroly obchodních podmínek a následně – v případě závěru o platnosti doložky – o posouzení obsahu samotné změny. Platnost doložky o jednostranné změně by byla hodnocena především dle ustanovení § 580 OZ poměřováním s dobrými mravy, neboť – jak výše uvedeno – nejde o doložku, která odporuje zákonu. Zvláštní důraz při posuzování přípustnosti doložky o jednostranné změně by měl být kladen na požadavek určitosti a transparentnosti podmínek, při jejichž splnění může strana jednostranně měnit obchodní podmínky. Ze samotné doložky by mělo být pro druhou stranu předvídatelné, které části obchodních podmínek, v jakém případě (za jakých podmínek) a v jakém rozsahu mohou být dotčeny jednostrannou změnou. Pokud by doložka o jednostranné změně nedostála požadavkům platnosti, logicky by následná jednostranná změna obchodních podmínek neměla právní účinky. V opačném případě by byla (v druhém kroku) posuzována přípustnost samotného obsahu změny – tedy zda obsah změny obchodních podmínek odpovídá důvodům, které byly vymíněny, a zejména zda je těmto důvodům *přiměřený (rozumný)*.⁵⁰³ Obdobný mechanismus jednostranné změny obchodních podmínek – byť v režimu spotřebitelských smluv a s dalšími významnými omezeními⁵⁰⁴ – předpokládá i § 308 odst. 4 BGB,⁵⁰⁵ který stanoví, že ujednání umožňující uživateli obchodních podmínek právo změnit sjednané plnění nebo se od něj odchýlit je neplatné, ledaže je oprávnění k těmto změnám s ohledem na zájmy uživatele pro druhou stranu akceptovatelné. Lze uzavřít, že v obchodních vztazích by měla být výhrada jednostranné změny obchodních podmínek přípustná i při naplnění relativně mírnějších kritérií, než jaká jsou vyjadřována u spotřebitelských smluv.

⁵⁰³ K otázce přiměřenosti lze odkázat na oddíl 5.2.1 věnovaný ultimativním jednostranným změnám dle § 1752 OZ.

⁵⁰⁴ K tomu blíže srov. např. MATULA, Zbyněk; VLKOVIČ, Petr. Jednostranné změny obchodních podmínek. *Právní fórum*. 2011, roč. 8, č. 11, s. 541.

⁵⁰⁵ § 308 odst. 4 BGB: „*In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist.*“

6 OBCHODNÍ PODMÍNKY V SEKTOROVÝCH REGULACÍCH

6.1 Přehled základních sektorových regulací a jejich specifika

Sektorové regulace se vyznačují zvláštními rysy, které vnáší do právní úpravy smluvních vztahů smíšené, až veřejnoprávní prvky. Hovoří se proto také o tzv. regulovaných smlouvách.⁵⁰⁶ Za sektorové regulace lze považovat především následující odvětví podnikatelské činnosti⁵⁰⁷:

- bankovníctví⁵⁰⁸ a pojišťovnictví (vč. platebního styku),
- podnikání na kapitálovém trhu,
- energetika⁵⁰⁹,

⁵⁰⁶ Pro tyto regulované smlouvy je typické, že významnou roli při vývoji smluvních vztahů v regulovaných odvětvích sehrával zpravidla stát. Proto se někdy hovoří o tom, že obchodní podmínky mají v případě regulovaných smluv „kvazिनormativní“ charakter. CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 39 a násl.

⁵⁰⁷ Pro účely této publikace shora uvedený výčet vymezuje, které sektorové regulace jsou ve vztahu ke zkoumání obchodních podmínek relevantní. Pojem „sektorové regulace“ se sice vžil do obecného povědomí, ale v doktríně, ani judikatuře se prozatím příliš neobjevuje. Obecně pojem sektorových právních předpisů zmiňuje například M. Hulmák, a to právě v souvislosti se zvláštním právním režimem obchodních podmínek. HULMÁK, Milan. Uzavírání smluv podle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 1, s. 29. Z literatury lze dále uvést článek A. Dvořákové, která v souvislosti s kapitálovým trhem hovoří o sektorových veřejnoprávních předpisech či o sektorových směrnících. K tomu srov. DVOŘÁKOVÁ, Alena. Jak revize směrnice o akcionářských právech ovlivní regulaci kapitálového trhu. *Obchodněprávní revue*. 2014, roč. 6, č. 7-8, s. 223. O sektorové regulaci by se dalo hovořit také v případě zákona o významné tržní síle. Jedná se však o specifický právní předpis. V tomto textu je tedy ponechán stranou.

⁵⁰⁸ Do sektoru bankovníctví lze zařadit i spořitelny.

⁵⁰⁹ Postupně se ukazuje, že odvětví energetiky lze jen s obtížemi přesně vymezit. Základními komoditami, které reguluje EnerZ, jsou elektrina a plyn a v menší míře pak teplárenství. S ohledem na technologický vývoj se však odděluje další zvláštní komodity. Jedná se například o tepelné rozvodné sítě, které se využívají zejména v severských zemích, na Islandu, ale také například v Rakousku či v menší míře Belgii a Nizozemí. Zahraniční literatura přitom upozorňuje, že se jedná o natolik specifickou komoditu, že je nezbytné přistupovat k její regulaci odlišně (zvláště v zemích, kde se tepelné rozvodné sítě nevyužívají tradičně a ve velké míře, není právní regulace odpovídající). Sektor energetiky tedy není homogenní právní regulací a mohou se z něj vydělovat zvláštní komodity, jejichž regulaci upravují další právní předpisy (vznikají tak jakési podsektory). Tato publikace však se ohledem na svůj účel zahrnuje pouze sektor energetiky v užším slova smyslu (jak jej předvídá EnerZ). Více viz DE DEYNE, Laura. Legal Framework on District Heating Networks in Belgium and the Netherlands: Competition, Unbundling and Reasonable Prices. *European Energy and Environmental Law Review*. 2016, vol. 25, no. 1, s. 11 a násl.

- elektronické komunikace,
- poštovní služby,
- doprava.⁵¹⁰

Pojem sektorové regulace se standardně užívá především ve vztahu k energetice⁵¹¹ a elektronickým komunikacím, a dále v případě kapitálového trhu. Tyto sektorové regulace stojí na smíšených právních předpisech, které zahrnují jak úpravu soukromoprávní (co se týče smluvního vztahu), tak veřejnoprávní (regulatorní rámec podnikání, získání licence, dohled a podobně).

Oblast pojišťovnictví lze sice do sektorových regulací nepochybně zařadit, ale z hlediska právní úpravy obchodních podmínek výraznými specifiky nevyniká. Z hlediska kontraktačního procesu totiž chybí základní sektorový právní předpis, který ve větší míře upravuje smluvní vztah mezi poskytovatelem služby (pojistitelem) a zákazníkem. Zákon o pojišťovnictví upravuje spíše postavení poskytovatelů služeb, a nikoliv smluvní vztah se zákazníkem. Oproti jiným sektorovým předpisům se tedy jedná o právní regulaci téměř ryze veřejnoprávní (nikoliv smíšené) povahy. Právní regulace smluvního vztahu se soustředí zejména do ustanovení § 2759 a násl. OZ, která upravují pojistnou smlouvu (tedy soukromoprávní rámec právního vztahu).⁵¹² Specifické rysy smluvního vztahu proto plynou spíše z faktických okolností (pojistné smlouvy se typicky sjednávají adhezním způsobem, kontraktační proces využívá formulářů)⁵¹³, ale z hlediska právní úpravy se regulace obchodních podmínek výrazně neliší a využije se obecný rámec v občanském zákoníku.

⁵¹⁰ Doprava představuje méně typický sektor, neboť není jasné, zda lze za sektorovou regulaci považovat pouze regulaci veřejné dopravy, anebo také například individuální přepravní smlouvy. S ohledem na specifickou ustálenou praxi, zejména co se používání obchodních podmínek týče, se tato kapitola kloní spíše k širšímu pojetí.

⁵¹¹ V oblasti energetiky uvádí ustanovení § 50 a 72 EnerZ výčet celé řady smluv. Tato kapitola se však soustředí především na smlouvu o dodávce plynu a elektřiny a smlouvu o sdružených službách dodávky plynu a elektřiny, neboť se jedná zřejmě o nejfrekvencovanější z dodavatelských vztahů.

⁵¹² Ačkoliv v souladu s novým pojetím v občanském zákoníku samozřejmě nemusí být pojistitelem pouze osoba vykonávající činnosti v pojišťovnictví dle veřejného práva. K tomu WAWERKOVÁ, Magdalena. Komentář k ustanovení § 2759. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Záväzkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1294 a násl.

⁵¹³ Tamtéž, s. 1298.

Obdobně je tomu v případě bankovníctví. Soukromoprávní rámec smluvních vztahů se nalézá v ustanoveních § 2662 a násl. OZ, která upravují smlouvy o účtu. Zde se však situace liší tím, že smluvní vztahy mezi bankou (či subjektem v obdobném postavení) a zákazníkem⁵¹⁴ výrazně reguluje zákon o platebních službách. Ten obsahuje oproti obecné právní úpravě v občanském zákoníku několik výrazných modifikací.

Ačkoliv je každá oblast zvláště regulovaných podnikatelských aktivit jedinečná, vykazují sektorové regulace určité společné rysy, které je odlišují od soukromoprávních vztahů obecně. Prvním z nich je zvýšená pravděpodobnost výskytu *nerovnováhy v postavení smluvních stran*, a to především z důvodu pravidelně se vyskytující informační asymetrie. Zatímco pro poskytovatele služby se jedná o činnost spadající do předmětu jeho podnikání, jemuž věnuje maximální pozornost, pro zákazníka zpravidla naopak jde jen o druhotnou součást podnikání, která je nezbytná pro jeho hlavní podnikatelskou činnost. Pozornost zákazníka se tedy může snižovat úměrně tomu, na kolik se z jeho pohledu jedná o vedlejší aktivitu.

Dalším specifikem je *zvláštní povaha a struktura hospodářské soutěže*⁵¹⁵, kterou většinou formovaly regulatorní zásahy státu. Prakticky u všech sektorových regulací lze vysledovat zvláštní charakter hospodářské soutěže, který je nezbytné vnímat v souvislosti s veřejným zájmem a postavením státu jako garanta některých funkcí nezbytných pro fungování vyspělé společnosti. Původní vize zákonodárce spočívala v zajištění veřejných potřeb pouze jediným subjektem, který se nachází většinově, anebo úplně ve vlastnictví státu.⁵¹⁶ Takový tradiční přístup však záhy vyvolal otázku kompatibility s jednotným vnitřním trhem.⁵¹⁷ Rozsáhlá vlna liberalizace, která proběhla v některých sektorových odvětvích, si předsevzala, že tam, kde

⁵¹⁴ V dalším textu bude užíváno k označení smluvních stran termínu „poskytovatel služby“ nebo jen „poskytovatel“ a „zákazník“. Vzhledem k rozmanitosti jednotlivých označení v sektorových právních předpisech by toto řešení mělo přispět k celkové přehlednosti textu.

⁵¹⁵ Podrobnější popis týkající se problematiky hospodářské soutěže v některých sektorových regulacích viz např. BRAUN, David, RITTER, Lenart. *European Competition Law: A Practitioner's Guide*. Hague: Kluwer Law International, 2004, 1126 s. ISBN 90-411-2200-1.

⁵¹⁶ KLOTZ, Robert. In: KOENIG, Christian, BARTOSCH, Andreas (eds.). *EC Competition and Telecommunications Law*. 2. ed. Netherlands: Kluwer Law International, 2009, s. 53.

⁵¹⁷ Tamtéž.

je to jen trochu možné, zavede funkční hospodářskou soutěž.⁵¹⁸ Základním nástrojem liberalizace trhů se stal především tzv. „*unbundling*“, tedy oddělení (rozpojení) vertikálních tržních struktur, resp. oddělení procesu výroby a procesu přenosu.⁵¹⁹ Liberalizace proběhla především v sektoru energetiky a následně také na trhu s elektronickými komunikacemi či na trhu poštovních služeb⁵²⁰. Zcela svérázná (a do dnešní doby ne zcela vyřešená) je pak situace v případě sektoru dopravy.

I v dalších sektorech, kde liberalizace nebyla nutná, má však hospodářská soutěž zvláštní charakter. Vyznačuje se zpravidla omezeným zastoupením na straně nabídky (a tedy tendencí ke vzniku závislosti zákazníka na poskytovateli). Důvodem je především skutečnost, že určité podnikatelské činnosti je třeba považovat za značně rizikové, a to zejména vzhledem k množství zákazníků, které by selhání podnikatele mohlo poškodit. Proto zákon klade na poskytovatele služeb celou řadu požadavků, jejichž splnění by mělo zajistit odpovídající kvalitu činnosti i kvalifikovanost poskytovatele samotného. Patrné je to zejména v odvětví bankovníctví či kapitálového trhu.⁵²¹ Obdobně na trhu poštovních služeb se předpokládá činnost poskytovatele poštovních služeb pouze na základě platné poštovní licence. Prozatím byla licence udělena státnímu podniku Česká pošta, s.p., ale pouze s platností do konce roku 2017.⁵²² Na další období se uskuteční výběrové řízení o výběru nejlepší žádosti (což by mělo podpořit soutěžení na relevantním trhu).⁵²³

Na první pohled se zvláštní povaha hospodářské soutěže dotýká spíše rovnováhy ve smluvních vztazích, a nikoliv obchodních podmínek samotných.

⁵¹⁸ MARHOLD, Anna. O energetickém právu. *Jiné právo* [online]. 2016 [cit. 1. 8. 2016].

⁵¹⁹ MARHOLD, op. cit.

⁵²⁰ Podrobněji viz např. [LEGS]. Konec poštovního monopolu. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 8, s. II.

⁵²¹ Například podnikání v oblasti bankovníctví je ze samotné podstaty i s ohledem na oprávněné zájmy zákazníků velmi rizikové, a proto veřejnoprávní regulace sleduje zejména zachování dostatečné likvidity bank. Četné požadavky na banku jako podnikatele tak zajišťují dostatečnou kvalitu poskytovaných služeb, ale současně také snižují počet subjektů na straně nabídky. Podrobná analýza jednotlivých kategorií podnikatelských rizik v bankovním sektoru se nachází např. v GLEESON, Simon. *International regulation of banking: Basel II, capital and risk requirements*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 6 a násl.

⁵²² Část první, čl. II, odst. 2 zákona č. 221/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

⁵²³ [LEGS]. Konec poštovního monopolu. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 8, s. II.

Opak je ovšem pravdou. Monopolizace sektorových odvětví vedla mimo jiné k cílenému sjednocování znění obchodních podmínek jednotlivých poskytovatelů. Výrazně se tak potlačovala smluvní svoboda. Obchodní podmínky někdy byly přímo obsahem prováděcích vyhlášek.⁵²⁴ Teprve demonopolizace příslušných trhů vedla k liberalizaci formy i obsahu obchodních podmínek⁵²⁵, a konečně bylo možné hovořit i o „volném trhu“ s obchodními podmínkami.⁵²⁶ Nicméně skutečnost, že obchodní podmínky byly v minulosti vytvářené státem (prostřednictvím podrobných závazných norem) a nedodržení „správného“ formátu obchodních podmínek bylo v některých případech státem také sankcionované, dodávala obchodním podmínkám zvláštní normativní závaznost, jejíž úlohou bylo především zmírnění mocenské asymetrie.⁵²⁷

Konečně smluvní svobodu omezuje také **veřejnoprávní dohled** celé řady správních orgánů, které na různých úrovních kontrolují a v případě porušení zákonných ustanovení i sankcionují poskytovatele služeb. Veřejnoprávní dohled může mít povahu specifického dohledu nad konkrétním odvětvím (Český telekomunikační úřad, Energetický regulační úřad, Česká národní banka), případně i dohledu plošného (např. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže). Prostor pro uplatnění autonomie vůle smluvních stran se tak oproti obecné soukromoprávní úpravě výrazně zmenšuje.

⁵²⁴ Příkladem lze uvést trh s pojišťovnami. Až po jeho demonopolizaci začaly jednotlivé pojišťovny soutěžit a konkurenčnímu boji se přizpůsobily také obchodní podmínky, které si pojišťovny samy začaly vytvářet. WAWERKOVÁ, Magdalena. Komentář k ustanovení § 2774. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1327 a násl. Dále se s prováděcími vyhláškami setkáváme také v sektoru dopravy – zkušenosti slovenského zákonodárce popisuje K. Csach. CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 63 a násl.

⁵²⁵ Typicky právě v případě pojistných podmínek. K tomu WAWERKOVÁ, Magdalena. Komentář k ustanovení § 2774. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1327.

⁵²⁶ I samotné obchodní podmínky mohou být nástrojem konkurenceschopnosti a žádanou komoditou ze strany poskytovatele. Ke vztahu obchodních podmínek a hospodářské soutěže více PATTERSON, Mark R. Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications. *William & Mary Law Review* [online]. 2010, vol. 52, no. 2., s. 327–414 [cit. 16. 9. 2016].

⁵²⁷ Blíže CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 40.

Další konkrétní odlišnosti vykazuje i samotný kontraktační proces. Smlouvu v sektorových regulacích netvoří zpravidla jediný dokument. Typické je značné množství nepřímých ujednání – kromě obchodních podmínek se často jedná o ceníky, reklamační řády, technické a provozní podmínky a podobně (které mohou být též obchodními podmínkami). Zákazník tedy musí vzít v úvahu vzájemné vazby jednotlivých smluvních dokumentů, a navíc posoudit i jejich hierarchii, což může znesnadnit orientaci v textu smlouvy.

V sektorových regulacích se pravidelně objevuje také další nástroj standardizace obchodního styku, kterým je rámcová smlouva. Rámcová smlouva svým obsahem může připomínat obchodní podmínky a do jisté míry plní obdobné funkce.⁵²⁸ Tatáž ustanovení se pravidelně budou vyskytovat v rámcových smlouvách i v obchodních podmínkách. Na rozdíl od obchodních podmínek však rámcová smlouva nepředstavuje nepřímé ujednání, ale jedná se o (často standardizovanou) smlouvu samotnou. I proto se stávají smluvní vztahy pro zákazníky méně přehledné.

Samotná smlouva bývá často tzv. **formulářového charakteru**. Zákazník do formuláře vyplní pouze své vlastní identifikační údaje, případně údaje o produktu či službě. K tomuto formuláři se pak přikládají celé soubory nepřímých smluvních ujednání (obchodní podmínky, ceníky a podobně). Využití formulářů se váže také k **elektronické kontraktaci**. Například v oblasti pojišťovnictví představí pojistitel koncept formulářové pojistné smlouvy na svých webových stránkách a zákazník následně reaguje ofertou; opačnou variantou je situace, kdy zákazník předá identifikační údaje pojistiteli a ten následně sám iniciuje kontraktační proces v roli oferenta.⁵²⁹ Od elektronické kontraktace je pak třeba odlišit jednání smluvních stran, k němuž dochází teprve až po uzavření smlouvy (tedy elektronickou komunikací mezi smluvními stranami odehrávající se již mimo kontraktační proces).

⁵²⁸ Rámcová smlouva i obchodní podmínky jsou nástroje standardizace, jejichž základní funkcí je šetřit transakční náklady smluvních stran a mohou také přispívat k vyšší právní jistotě. Při pohledu na funkce obchodních podmínek je zřejmé, že rámcová smlouva může plnit téměř všechny funkce obdobně. K funkcím obchodních podmínek srov. BEJČEK, Josef. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 23, č. 18, s. 615.

⁵²⁹ K tomu viz WAWERKOVÁ, Magdalena. Komentář k ustanovení § 2759. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závažkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1298.

K elektronické komunikaci se v tomto případě využívají elektronické prostředky, přičemž zvláštní kybernetické prostředí (tzv. klientská zóna) snižuje riziko, že by za zákazníka mohl jednat někdo jiný, neboť v klientské zóně se může pohybovat pouze osoba, jejíž identifikace byla řádně autorizována.⁵³⁰ Jedná se o typický servis poskytovaný v sektorových regulacích během trvání smluvního vztahu, který však z pohledu kontraktace není relevantní.

Užívání formulářů, obchodních podmínek i rámcových smluv představuje racionální reakci poskytovatelů služeb na velké množství téměř shodných smluv, které se zákazníci opakovaně uzavírají. V sektorových regulacích se častěji než v obecných soukromoprávních vztazích používají nástroje standardizace obchodního styku, což s sebou nese průvodní jevy se standardizací spojené (nemožnost individuálního vyjednávání, racionální rezignaci adresátů obchodních podmínek, narůstající závislost či informační asymetrii ve smluvních vztazích). Na druhou stranu nelze opomenout ani pozitivní důsledky standardizace v daném sektoru. Zejména se jedná o vyšší právní jistotu účastníků smluvních vztahů. Individuální vyjednávání vede ke ztrátě přehlednosti a tím vlastně snižuje i transparentnosti jednotlivých již zaužívaných ujednání (která se třeba v mezidobí stala základem pro obchodní zvyklosti v jednotlivých sektorových regulacích). Německá doktrína v tomto směru hovoří o tom, že nelze požadovat, aby byly obchodní podmínky v každém případě dokonalé (ve smyslu dokonalé pro každý jednotlivý případ); jsou to přece stále obchodní podmínky.⁵³¹ Právě standardizace je odlišuje od individuálně sjednaných smluvních podmínek.

Uvedená specifika (zejména používání formulářů) pak s ohledem na současnou právní úpravu zejména v ustanovení § 1798 odst. 2 OZ vedou k odůvodněným otázkám, zda se jedná o **smlouvy uzavírané adhezním způsobem**.⁵³² K jejich zodpovězení je však třeba zkoumat nejen formální okolnosti smluvního vztahu (zda oferent návrh smlouvy předkládá na formuláři, či nikoliv), ale také materiální postavení smluvních stran (v souladu

⁵³⁰ Tamtéž, s. 1297.

⁵³¹ KÜMPEL, Siegfried. *Bank- und Kapitalmarktrecht*. 3. neu bearb. und wesentlich erw. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, s. 44.

⁵³² V úvahu tak může přicházet zejména neplatnost určitých ujednání obchodních podmínek dle ustanovení § 1798 a násl. OZ; i když v B2B vztazích se tato obsahová kontrola uplatní pouze omezeně. K tomu blíže viz podkapitoly 2.6.5 a 1.4.3.

s hypotézou v ustanovení § 1798 OZ je jednou z podmínek tzv. adhezní smlouvy, aby se druhá smluvní strana nacházela skutečně ve slabším postavení⁵³³. V řadě případů smluvních vztahů vznikajících v sektorových regulacích však bude možné slabší postavení zákazníka bez pochybností dovodit.

Právě uvedené ostatně reflektuje i sama právní regulace. V řadě právních předpisů se objevují tendence ke **statusové neutralitě**.⁵³⁴ Tím se dalece překonává tradiční pojetí, že ve smluvních vztazích je třeba chránit pouze spotřebitele; naopak se do popředí dostávají také drobní a střední podnikatelé⁵³⁵, případně se status subjektu vůbec neřeší a určitá úroveň ochrany se přiznává všem (podnikatelům i spotřebitelům). V sektorových regulacích se i zákazník-podnikatel často nachází v pozici slabšího právě proto, že ačkoliv sice uzavírá smlouvu v souvislosti s vlastní podnikatelskou činností, jeho postavení se od spotřebitele liší pouze formálně (např. uvedením identifikačního čísla místo čísla rodného). O přímé vazbě na předmět podnikání zákazníka-podnikatele zpravidla hovořit nelze, a proto se někdy vytrácí vazba mezi statutem podnikatele a naplněním požadavku profesionality.

V řadě případů bude pro smlouvy uzavírané v sektorových regulacích relevantní ustanovení § 1753 OZ, které se týká **překvapivosti smluvních ujednání v obchodních podmínkách**. To přímo navazuje na ustanovení § 6 OZ o povinnosti poctivého jednání. Jedná se o statusově neutrální ustanovení, které chrání spotřebitele i podnikatele bez rozdílu. Typicky v sektorových regulacích se pak uplatní ustanovení § 1752 OZ týkající se **připustnosti ujednání o jednostranné změně obchodních podmínek**.

Vyskytují se i odlišnosti **terminologické**. Označení v sektorových regulacích se místy liší od obecného doktrinního pojetí jednotlivých druhů obchodních podmínek. Sektorové právní předpisy často hovoří o tzv. všeobecných

⁵³³ Pojem „slabší strana“ má v ustanovení § 1798 OZ samostatný normativní význam. Srov. PETROV, Jan. Komentář k ustanovení § 1798. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část* (§ 1721–2054). Komentář. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, xvi, s. 344.

⁵³⁴ Např. zákon o elektronických komunikacích rozlišuje ve svém definičním ustanovení v § 2 písm. a) a b) pojem „účastník“ a „uživatel“, což jsou pojmy odlišné od spotřebitele a zcela statusově neutrální.

⁵³⁵ Např. § 75 odst. 3 a 4 zákona o platebním styku zohledňuje kategorii drobných podnikatelů, kterou si sám definuje, při stanovení vlastních kogentních ustanovení.

obchodních podmínkách⁵³⁶. Tento pojem však nelze bez dalšího zaměňovat se všeobecnými obchodními podmínkami ve smyslu ustanovení § 1751 odst. 3 OZ, a to již jen z toho důvodu, že sám zákonodárce není v používání tohoto pojmu konsistentní a nepřekládá legální definici tohoto pojmu.⁵³⁷ Zpravidla se totiž nebude jednat o obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi⁵³⁸, ale spíše o běžné podnikatelské obchodní podmínky dle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ. I ve vztazích mezi podnikateli proto bude klíčová řádná inkorporace, zahrnující seznámení druhé smluvní strany se zněním obchodních podmínek nebo jejich fyzické příložením. Odlišně od terminologie v občanském zákoníku také sektorové regulace místo o „obchodních“ podmínkách mohou hovořit o podmínkách „smluvních“⁵³⁹. Tyto pojmy lze pro účely publikace považovat za ekvivalentní⁵⁴⁰, ačkoliv smluvní podmínky se patrně více blíží k materiálnímu pojetí obchodních podmínek.⁵⁴¹ Vyskytují se také konkretizovaná označení, např. poštovní nebo přepravní podmínky.

Celkově lze odlišnosti právní regulace obchodních podmínek v sektorových regulacích shrnout do několika kategorií. Jedná se o specifika strukturální, formální a obsahová.

Specifická struktura smluv se odvíjí především od skutečnosti, že v případě sektorových regulací tvoří smlouvu pravidelně celý soubor dokumentů, čítající většinou několik desítek stran. Pod strukturální specifika spadají i případné zvláštnosti týkající se inkorporace obchodních podmínek.

⁵³⁶ Jedná se např. o § 17 b odst. 5 ZPKT, který hovoří o tom, že obchodník s cennými papíry upraví ve svých všeobecných obchodních podmínkách, co považuje za výjimečné podmínky na trhu, dále např. o ustanovení § 72 b odst. 2 ZEK, které stanoví podrobný výčet údajů, které musí všeobecné smluvní podmínky obsahovat.

⁵³⁷ K pochybnostem o vymezení pojmu všeobecné obchodní podmínky obecně i v zákoně viz např. ŠPAČKOVÁ, Michala. Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2015, roč. 7, č. 4, s. 106 a násl.

⁵³⁸ V tomto případě ovšem záleží na tom, jak chápeme podstatu tzv. všeobecných obchodních podmínek podle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ (zda lze předpokládat, že všem odborníkům v určitém oboru budou obchodní podmínky známy), a dále například na tom, jak široce se pojem „odborné a zájmové organizace“ vykládá. K diskusi o tomto tématu viz kapitola 2.3.

⁵³⁹ Např. ustanovení § 63 ZEK.

⁵⁴⁰ S ohledem na zvláštní strukturu smlouvy se totiž většina smluvních podmínek bude nacházet právě v obchodních podmínkách.

⁵⁴¹ Nezáleží tedy na tom, kde se nacházejí (zda ve vlastní smlouvě, nebo mimo ni), ale spíše, zda byly individuálně sjednány. K tomu blíže kapitola 1.

Obsahová kontrola obchodních podmínek probíhá *ex post* i *ex ante*. V sektorových regulacích navíc dochází ke zvláštním (a typickým) případům aplikace ustanovení upravujících obchodní podmínky v obecné části občanského zákoníku (např. § 1753).

Zvláštní formální požadavky týkající se obchodních podmínek se zakládají především na povinnosti zveřejnit znění obchodních podmínek, případně celou smlouvou. I tyto požadavky úzce souvisí s obsahovou kontrolou, avšak jejich hlavním smyslem je zajistit transparentnost obchodních podmínek.

Mimo tyto kategorie se vyskytují odlišnosti týkající se jednostranné změny obchodních podmínek a zvláštnosti plynoucí z dohledové činnosti správních orgánů (zejména v podobě veřejnoprávní ingerence do obsahu smluv).

6.2 Struktura smlouvy a inkorporace obchodních podmínek v sektorových regulacích

6.2.1 Struktura smlouvy v sektorových regulacích

Zvláštní struktura smluv v sektorových regulacích vychází především ze snahy poskytovatelů služeb ušetřit transakční náklady spojené s opakovaným uzavíráním smluv s velkým množstvím zákazníků. Jedná se o projev standardizace obchodního styku. Individuálně vyjednávaná je zpravidla pouze jediná část smlouvy – a tou je vlastní formulář (vlastní smlouva v užším slova smyslu) se základními identifikačními údaji smluvních stran a základními údaji o uzavírání smluvního vztahu (většinou jde pouze o volbu produktu či služby). Vlastní smlouva pochopitelně nemusí mít vždy podobu formuláře, ale zpravidla se jedná o text předepsaný a předložený poskytovatelem, o jehož konkrétních ustanoveních nelze vyjednávat a který slouží jako základní rámec pro doplnění dílčích individuálních údajů. Podrobnosti smluvního vztahu pak upravují spíše až navazující dokumenty, kterými jsou obchodní podmínky (často více než jedny), ceníky, reklamační řády, případně další pravidla společná pro určitou množinu smluv uzavíraných v daném odvětví. V oblasti pojišťovnictví se zase vyskytují zvláštní

tabulky, které stanovují bodové, procentní a finanční ohodnocení tělesného poškození v případě úrazových pojištění, tabulky závažných onemocnění a podobně.⁵⁴²

Typicky se kombinace více druhů nepřímých ujednání využívá v sektoru bankovníctví, pojišťovnictví a kapitálového trhu. Německá literatura⁵⁴³ vytvořila přehled čtyř základních okruhů obchodních podmínek používaných v oblasti bankovníctví, které se z hlediska obsahu řadí od nejobecnějších po nejkonkrétnější. Z pohledu tuzemského právního řádu se však přísně vzato nejedná vždy o obchodní podmínky, ale spíše o nástroje smluvní standardizace (i zde se projevuje rozdílné pojetí obchodních podmínek ve smyslu materiálním a formálním).⁵⁴⁴

První kategorii tvoří tzv. Grund-AGB⁵⁴⁵. Upravují základní rámec smluvního vztahu a v Německu se objevují poprvé na přelomu 19. a 20. století. Druhá kategorie je tvořena tzv. Sonder-AGB, což jsou zvláštní podmínky, které praxe vytvořila ve vztahu k jednotlivým typům bankovních obchodů. Například se jedná o spořicí konta, kreditní karty, šekový styk, obchod s cennými papíry nebo pronájem sejfů. Zvláštní podmínky obsahují doplnění a odchylky od základních Grund-AGB. Třetí kategorii tvoří bankovní formuláře, které standardizují vztah banky s neurčitou množinou jejích klientů. Jejich prostřednictvím se tedy standardizují nejen jednotlivé klauzule a prvky, které se ve formulářích objevují, ale také jejich výklad. Čtvrtá kategorie je zcela svébytná; jedná se o standardizované klauzule, které smluvní praxe vytvořila mimo předepsané formuláře, neboť často kolidovaly s požadavkem přiměřenosti v ustanovení § 307 BGB.⁵⁴⁶ Vzhledem k individuálním požadavkům zákazníků se však i tyto „nadstandardní“ klauzule sjednotily a standardizovaly. Ze strany banky se tedy jedná o ústupek z adhezního

⁵⁴² Odkazy v pojistné smlouvě a pojistných podmínkách na jiné dokumenty: Dohledový benchmark č. 1/2014. *Česká národní banka: Dohledová úřední sdělení a benchmarky* [online]. [cit. 14. 9. 2016]. S. 1.

⁵⁴³ KÜMPEL, Siegfried. *Bank- und Kapitalmarktrecht*. 3. neu bearb. und wesentlich erw. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, s. 24 a násl.

⁵⁴⁴ Blíže o rozdílech v tomto pojetí pojednává kapitola 1.

⁵⁴⁵ Všechny kategorie i jejich popis vychází z publikace KÜMPEL, op. cit.

⁵⁴⁶ První odstavec ustanovení § 307 BGB zní: „*Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.*“

předložení smlouvy, ale uplatní se opět pouze v mezích již vytvořené standardizace (možnost zákazníka smlouvu změnit se v určitém ohledu sice připouští, ale pouze v předem vymezených hranicích).

Shora uvedené naznačuje, že standardizace (zvláště v sektorových regulacích) rozhodně automaticky nesvědčí o laxním přístupu podnikatelů, kteří chtějí vložit do kontraktačního procesu co nejméně úsilí. Naopak – jednotlivé mechanismy standardizace se v průběhu času vyvíjely a zdokonalovaly a nepochybně vykazují pro jednotlivá odvětví pozitivní přínosy. Uvedenou kategorizaci lze vztáhnout i k tuzemskému právnímu prostředí, v němž je hierarchie jednotlivých nástrojů standardizace velmi obdobná. Podstatný rozdíl ovšem spočívá v tom, že formuláře a klauzule umístěné v nich nelze považovat za obchodní podmínky ve smyslu ustanovení § 1751 OZ, neboť se nejedná o nepřímé ujednání. Význam však může použití formulářů mít v případech úvahy o tzv. adhezních smlouvách (v menší míře však pro čisté podnikatelské vztahy).⁵⁴⁷

Mnohovrstevnatá struktura smluv je důsledkem racionálního přístupu poskytovatele. S ohledem na obecné právní předpisy (občanský zákoník) i sektorové regulace je však třeba brát v úvahu zvýšené požadavky na srozumitelnost a přehlednost dokumentu, a to zejména co se účinného začlenění nepřímých smluvních ujednání týče.

Řada právních předpisů sektorových regulací věnuje srozumitelnosti celé smlouvy zvýšenou pozornost, a to zpravidla bez ohledu na statusové rozlišení zákazníka. Srozumitelnost smlouvy lze chápat ve smyslu obsahovém a strukturálním. Jednotlivá ujednání ve smlouvě či smluvních podmínkách mohou být sama o sobě srozumitelná; pokud je však struktura smlouvy natolik složitá, že zákazník nezíská při zběžném prostudování základní přehled o svých právech a povinnostech, zřejmě smlouva jako celek požadavek srozumitelnosti nenaplňuje.

Požadavek srozumitelnosti stanoví například zákon o elektronických komunikacích, podle něhož musí být povinné náležitosti ve smlouvě o poskytování služby elektronických komunikací⁵⁴⁸ uvedeny srozumitelným, úplným

⁵⁴⁷ Srov. ustanovení § 1801 OZ.

⁵⁴⁸ Ustanovení § 63 odst. ZEK hovoří přesněji o smlouvě o poskytování veřejně dostupné služby elektronických komunikací nebo připojení k veřejné komunikační síti.

a snadno přístupným způsobem.⁵⁴⁹ Požadavek úplnosti a srozumitelnosti (již přímo ve vztahu k poštovním podmínkám) stanoví také zákon o poštovních službách.⁵⁵⁰ Zákon o podnikání na kapitálovém trhu upravuje obdobnou povinnost rozšířenou dokonce na veškerý styk se zákazníkem (jakoukoliv komunikaci týkající se investičních služeb nebo nástrojů) a obchodníku s cennými papíry zakazuje, aby používal nejasné, nepravdivé, zavádějící nebo klamavé informace.⁵⁵¹ Porušení výše uvedených požadavků může mít v souladu s právní úpravou konkrétní sektorové regulace za následek až spáchání správněprávního deliktu.⁵⁵²

Požadavek přehledné struktury smlouvy, která jasně a zřetelně podává základní přehled o právech a povinnostech druhé smluvní strany, vyplývá ostatně i z obecných soukromoprávních zásad (zejména § 6, § 7 a § 8 OZ) a dále z obecných zákonných pravidel pro kontraktační proces. V případě, že poskytovatel činí ofertu, uzavření smlouvy na základě jednoduchého a nepodmíněného přijetí dle ustanovení § 1732 OZ nebude patrně splněno, pokud mnohovrstevnatá struktura smlouvy znemožní zákazníkovi získat základní představu o právech a povinnostech, k nimž se hodlá smluvně zavázat.

Na strukturální specifika reaguje částečně i obecná právní úprava v občanském zákoníku. Právní úprava smluv uzavíraných adhezním způsobem (§ 1798 a násl. OZ) může mít za následek až neplatnost doložky, která je pro osobu průměrného rozumu nesrozumitelná. Za faktor pro posouzení (ne)srozumitelnosti lze považovat i umístění doložky ve struktuře smlouvy. Ačkoliv ve vztazích mezi podnikateli má právní úprava smluv uzavíraných adhezním způsobem pouze omezený dosah⁵⁵³, může se v případě doložky umístěné v obchodních podmínkách či jiném nepřímém ujednání i v těchto vztazích uplatnit.

Struktura smlouvy je významná také z pohledu překvapivých ujednání v obchodních podmínkách. Překvapivost se nevztahuje pouze k obsahu

⁵⁴⁹ K tomu srov. ustanovení § 63 odst. 1 ZEK.

⁵⁵⁰ Např. § 6 odst. 2 ZPoštSL.

⁵⁵¹ Např. § 15a odst. 1 ZPKT.

⁵⁵² Např. § 118 odst. 17 písm. c) ZEK nebo ustanovení § 37a odst. a), c) či d) ZPoštSL.

⁵⁵³ Ustanovení § 1801 OZ stanoví, že ve vztazích mezi podnikateli je možné se od souboru ustanovení o tzv. adhezních smlouvách odchýlit; podnikatelé je tak mohou jako celek vyloučit a obsahová kontrola se tak uplatní pouze ve výjimečných (hraničních) případech. Blíže o tom pojednává kapitola 1.

daného ujednání, ale překvapivým ustanovením může být i takové, které se nachází na neočekávaném místě (zejména z pohledu tematického řazení ustanovení a jejich souborů).⁵⁵⁴ Nepřehledná konstrukce smlouvy samozřejmě riziko překvapivosti ujednání zvyšuje.

6.2.2 Inkorporace obchodních podmínek

Vzhledem k neexistenci zvláštní právní úpravy se pro inkorporaci obchodních podmínek v sektorových regulacích uplatní obecná právní úprava v občanském zákoníku. Nezbytné je především rozlišit, zda se jedná o běžné podnikatelské obchodní podmínky, anebo o obchodní podmínky vypracované odbornými a zájmovými organizacemi. Podle toho postačí v podnikatelských vztazích na obchodní podmínky ve smlouvě buď pouze odkázat, anebo musí být kromě odkazu ke smlouvě ještě přiloženy či s nimi musí být druhá smluvní strana seznámena.⁵⁵⁵

Řada sektorových předpisů stanoví podnikateli povinnost návrh smlouvy včetně obchodních podmínek uveřejnit.⁵⁵⁶ Ze zákonného požadavku na zveřejnění však ještě nevyplyvá začlenění obchodních podmínek do smlouvy.⁵⁵⁷ I v případě uveřejnění obchodních podmínek je proto třeba na ně ve smlouvě odkázat. Poskytovatelé často znění obchodních podmínek zveřejňují na svých webových stránkách či jinak, i když jim zákon výslovně takovou povinnost neukládá. Proto bude v podnikatelských vztazích většinou splněna podmínka známosti obchodních podmínek. Ani v případě běžných podnikatelských obchodních podmínek tedy nebude nutné je ve většině případů ke smlouvě ještě fyzicky přikládat.

V případě pojistných smluv se vyskytuje zvláštní povinnost uložená poskytovateli (pojistiteli) seznámit pojistníka s pojistnými podmínkami ještě před uzavřením smlouvy, pokud na ně pojistná smlouva odkazuje.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ HULMÁK, Milan. Komentář k ustanovení § 1753. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 171.

⁵⁵⁵ K obecnému výkladu o inkorporaci obchodních podmínek viz kapitolu 2.

⁵⁵⁶ Jedná se například o ustanovení § 35 odst. 2 zákona o vnitrozemské plavbě, ustanovení § 18 písm. b zákona o silniční dopravě, ustanovení § 63 odst. 2 ZEK a mnohá další.

⁵⁵⁷ HULMÁK, Milan. Komentář k ustanovení § 1751. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 154.

⁵⁵⁸ Ustanovení § 2774 odst. 2 OZ.

Pojistné podmínky chápe občanský zákoník jako obchodní podmínky.⁵⁵⁹ Jedná se vlastně o zpřesnění povinnosti v ustanovení § 1751 odst. 1 OZ. Ustanovení § 2774 OZ lze chápat jako *lex specialis* k ustanovení § 1751 OZ; na první pohled se jedná o dvojí stanovení téže povinnosti. I v případě seznámení podle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ se z povahy věci má jednat o seznámení ještě před uzavřením smlouvy. Na druhou stranu lze chápat ustanovení § 2774 OZ také v tom smyslu, že i kdyby pojistitel pojistné podmínky k pojistné smlouvě fyzicky přiložil, stejně s nimi musí druhou smluvní stranu ještě seznámit. Situace se v praxi řeší četnými prohlášeními ze strany pojistníka, která se vkládají přímo do textu vlastní smlouvy.⁵⁶⁰ Česká národní banka zdůrazňuje, že vždy platí, že zájemce o pojištění se musí se všemi součástmi pojistných podmínek seznámit a s jejich změnami souhlasit.⁵⁶¹ V tomto směru upozorňuje například na nepřipustnou praxi pojišťoven, které do pojistných podmínek uvedly pro výpočet případného pojistného plnění pouze vzorec bez uvedení příslušných hodnot koeficientů a proměnných a zájemce vůbec nemohl zjistit jeho případnou výši.⁵⁶² Zde tedy nebude zákonný požadavek na seznámení pojistníka s pojistnými podmínkami splněn.

V sektorových regulacích se hojně vyskytují také smlouvy uzavírané ústně, či dokonce konkludentně, u nichž se může inkorporace jevit méně přehledná. Typicky se jedná o poštovní služby (vhození dopisu do schránky), případně přepravní smlouvy (nastoupení do hromadného dopravního prostředku). Odborná literatura se snaží vypořádat se skutečností, že v současné právní úpravě chybí výslovné svolení zákonodárce k možnosti odkazu na obchodní podmínky i u konkludentně uzavřených, či ústních smluv. Dovozuje, že odkaz může vyplývat z okolností, za nichž se příslušná smlouva uzavírá či které uzavření předchází, z následného chování stran či jejich zavedené

⁵⁵⁹ V ustanovení § 2774 odst. 1 a odst. 2 OZ o nich hovoří jako o dalším dokumentu, na který odkazuje vlastní pojistná smlouva.

⁵⁶⁰ WAWERKOVÁ, Magdalena. Komentář k ustanovení § 2774. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1329.

⁵⁶¹ Odkazy v pojistné smlouvě a pojistných podmínkách na jiné dokumenty: Dohledový benchmark č. 1/2014. *Česká národní banka: Dohledová úřední sdělení a benchmarky* [online]. [cit. 14. 9. 2016]. S. 2.

⁵⁶² Dohledový benchmark č. 1/2014. *Česká národní banka: Dohledová úřední sdělení a benchmarky* [online]. [cit. 14. 9. 2016]. S. 2.

praxe, neboť i z nich může být zjevné, že smluvní strana uzavírá smlouvu pouze za stanovených obchodních podmínek.⁵⁶³ Podle některých⁵⁶⁴ možnost odkazu na obchodní podmínky u konkludentně a ústně uzavřených smluv vyplývá v obecné rovině také z ustanovení § 1756 OZ, které stanoví, že vůle smluvních stran uzavřít smlouvu se posoudí i podle vydaných ceníků, veřejných nabídek a jiných dokladů (jimiž mohou být také právě obchodní podmínky).⁵⁶⁵ Předmětné argumenty podporují možnost odkazu u konkludentně, či ústně uzavřených smluv; mohou však nechťeně zastínit argument zásadní. Dovolnost odkazu v uvedených smlouvách je třeba dovozovat především ze skutečnosti, že v soukromoprávních vztazích je přece dovoleno vše, co zákonodárce nezakazuje (a není tedy třeba hledat jeho výslovné svolení).

V sektorových regulacích je možné uvažovat konečně také o tom, že k inkorporaci obchodních podmínek dochází i na základě právního obyčeje (např. v případě veřejné hromadné dopravy).⁵⁶⁶

Povahu obchodních podmínek mohou mít dále některé zvláštní dokumenty, například Pravidla regulovaných trhů investičních nástrojů, Pravidla vypořádání centrálního depozitáře či Provozní řád centrálního depozitáře.⁵⁶⁷

⁵⁶³ HULMÁK, Milan. Komentář k ustanovení § 1751. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 154.

⁵⁶⁴ MATULA, Zbyněk. Inkorporace obchodních podmínek do smlouvy. *Rekodifikace a praxe*. 2013, roč. 1, č. 11-12, s. 9 a násl.

⁵⁶⁵ Německá právní úprava naopak počítá v podnikatelsko-spotřebitelských vztazích s inkorporací obchodních podmínek do konkludentně uzavřené smlouvy výslovně. Možnost včlenění obchodních podmínek do smlouvy zřetelným vyvěšením v místě uzavření smlouvy (pokud není odkaz ve smlouvě možný) předvídá ustanovení § 305 odst. 2 BGB. Z. Matula naznačuje, že německá právní úprava může být podpůrným argumentem pro možnost užívat obchodní podmínky u konkludentně uzavřených smluv podle občanského zákoníku. Takový argument je však problematický, neboť zákonodárce obdobné ustanovení do českého právního řádu nepřevzal. Kromě argumentů uvedených výše je třeba spíše vycházet z toho, že právní řád inkorporací obchodních podmínek u konkludentních smluv nezakazuje, čímž ji vlastně připouští. Více viz MATULA, Zbyněk. Inkorporace obchodních podmínek do smlouvy. *Rekodifikace a praxe*. 2013, roč. 1, č. 11-12, s. 9 a násl. Text BGB dostupný např. z https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_305.html

⁵⁶⁶ Ve slovenském právním prostředí o tom hovoří K. Csach. CSACH, Kristián. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 77.

⁵⁶⁷ MAREK, Radan. Komentář k ustanovení § 1751. In: MAREK, Radan, JEŽEK, Marek. *Cenné papíry v novém občanském zákoníku*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2013, s. 279.

Ačkoliv nejsou výslovně označeny jako obchodní podmínky, podrobně rozvádějí povinnosti stanovené veřejnoprávními předpisy a obsahují také ujednání soukromoprávní povahy.⁵⁶⁸ U těchto dokumentů lze předpokládat, že odborníci v určité oblasti jejich znění znají (nebo by alespoň obecně znát měli); k inkorporaci by proto v souladu s ustanovením § 1751 odst. 3 OZ mohlo postačit na ně ve smlouvě odkázat.

V sektoru podnikání na kapitálovém trhu se vyskytují i další tzv. všeobecné obchodní podmínky dle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ. Jedná se o vzorové podmínky ISDA (International Swaps and Derivative Association), na které tedy ve smlouvě stačí pouze odkázat a znalost se v podnikatelských kruzích presumuje.⁵⁶⁹

Oproti německé právní úpravě současná právní úprava v občanském zákoníku ani v sektorových regulacích nezná takové obchodní podmínky, které by se staly součástí smlouvy, aniž by se na ně ve smlouvě muselo odkázat. Německé právní prostředí rozlišuje zvláštní typy obchodních podmínek, které jsou v určitém odvětví natolik obvyklé a mají výsadní postavení (jakousi zvláštní platnost), že není zvláštního odkazu ve smlouvě vůbec třeba. Jedná se například o Všeobecné německé spediční podmínky (ADSp), u nichž německá judikatura dovodila, že na ně nemusí smlouva vůbec zvláště odkazovat.⁵⁷⁰ Rizikem takového postupu však je, že nemusí dojít k inkorporaci všech ustanovení ADSp, neboť v důsledku reformy německého právního práva se některá ustanovení ADSp od nové právní úpravy mohou odchylvat (a tím pádem se nestanou součástí smlouvy).⁵⁷¹ V českém právním prostředí se prozatím žádné obdobné obchodní podmínky nevyvinuly.

6.2.3 Rizikové odkazy ve smlouvě

Pokud smlouva sestává z několika různých dokumentů, mohou se v praxi vyskytnout situace, při nichž je inkorporace obchodních podmínek sporná. Týká se to především běžných podnikatelských obchodních podmínek, které musejí vyhovět přísnějším pravidlům inkorporace dle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ.

⁵⁶⁸ MAREK, Radan. Komentář k ustanovení § 1751. In: MAREK, Radan, JEŽEK, Marek. *Cenné papíry v novém občanském zákoníku*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2013, s. 279.

⁵⁶⁹ Komentář k ustanovení § 1751. MAREK, JEŽEK, 2013, op. cit., s. 279 a násl.

⁵⁷⁰ STEIBORN, Dominic. In: HARTENSTEIN, Olaf, REÜSCHLE, Fabian. *Handbuch des Fachanwalts Transport- und Speditionsrecht*. Köln: Wolters Kluwer, 2012, s. 372.

⁵⁷¹ Tamtéž, s. 373.

Problematická může být samotná podoba odkazu ve vlastní smlouvě. S ohledem na množství dalších dokumentů se totiž objevují odkazy řetězené⁵⁷², jejichž podstatou je, že každý dokument odkazuje vždy na další dokument. Pokud jde o tzv. druhotné odkazy na další nepřímá ujednání (obchodní podmínky), které se nacházejí mimo vlastní text smlouvy, i ty v zásadě povedou k účinné inkorporaci. Podmínkou ovšem je, že i tyto druhotné odkazy vyhoví obecným požadavkům na účinnou inkorporaci podle ustanovení § 1751 odst. 1, případně odst. 3 OZ. O možnosti druhotných odkazů svědčí skutečnost, že v občanském zákoníku neexistuje ani nepřímý zákaz takového postupu. Takový postup může být současně v některých případech velmi praktický. I s ohledem na obecný požadavek poctivosti v obchodních (i jiných) vztazích však lze dovodit, že systém druhotných odkazů by měl vycházet z určité hierarchie, u níž smluvní strany mohou oprávněně očekávat sestupnou tendenci. Pokud by tomu tak nebylo, nelze vyloučit, že by některé druhotné odkazy (s ohledem na dokument, na který odkazují) mohly být posouzeny jako neúčinné z důvodu překvapivosti.

Dále lze uvažovat o odkazech na neexistující dokumenty, případně o odkazech neurčitých, které se odvolávají na dokument vyhotovený ve více zněních, přičemž nelze s jistotou určit, které znění se má vlastně stát součástí smlouvy.⁵⁷³ Vytvářejí se tak „slepé“ odkazy, přičemž pro jejich neurčitost nedojde k inkorporaci obchodních podmínek, neboť vlastně vůbec k žádnému odkazu nedošlo (v režimu § 1751 odst. 1 OZ ani v režimu § 1751 odst. 3 OZ).

V praxi se ve smlouvě často vyskytuje odkaz na obchodní podmínky, které se nacházejí na webových stránkách poskytovatele. Pokud se takový odkaz vyskytne v listinné písemné smlouvě, nelze z hlediska požadavků na inkorporaci podle ustanovení § 1751 odst. 1 OZ uvažovat o tom, že byly

⁵⁷² DOPORUČENÍ ČTÚ k návrhům smluv o poskytování veřejně dostupných služeb elektronických komunikací. *Český telekomunikační úřad: BROŽURA: Férové smlouvy s operátory*. 2. aktualizované vydání [online]. Praha: Český telekomunikační úřad, 2015 [cit. 12. 9. 2016]. S. 3.

⁵⁷³ DOPORUČENÍ ČTÚ k návrhům smluv o poskytování veřejně dostupných služeb elektronických komunikací. *Český telekomunikační úřad: BROŽURA: Férové smlouvy s operátory*. 2. aktualizované vydání [online]. Praha: Český telekomunikační úřad, 2015 [cit. 12. 9. 2016]. S. 3.

obchodní podmínky ke smlouvě přiloženy.⁵⁷⁴ Na druhé straně lze ve vztazích mezi podnikateli předpokládat, že obchodní podmínky, na které smlouva výslovně odkazovala, byly druhé smluvní straně známy (pokud by obchodní podmínky nečetla, a přesto smlouvu podepsala, půjde tato skutečnost nepochybně k její tíži). Situaci lze řešit také tím, že zákazník podepíše prohlášení o tom, že se se zněním odkazovaných obchodních podmínek seznámil, případně že k nim nemá výhrady a zcela jim rozumí. Zvláště v podnikatelských vztazích pak bude poměrně složité následně zpochybnit, že druhá smluvní strana se s obchodními podmínkami ve skutečnost neseznámila (jinak by přece smlouvu s odkazem na obchodní podmínky nepodepsala). Lze si představit například situace, kdy se obchodní podmínky v rozhodné době v odkazovaném znění na webu poskytovatele prokazatelně vůbec nevy-skytovaly; stále se však jedná o skutečnost, které si měla být druhá strana vědoma ještě před tím, než smlouvu odkazující na takové obchodní podmínky podepsala. I v takovém případě lze proto uzavřít, že byly obchodní podmínky v B2B vztazích řádně inkorporovány.

Pokud dochází k uzavření smlouvy prostřednictvím elektronické kontraktace, odkaz (hyperlink) na webové stránky poskytovatele obecně dostačuje a vyhovuje požadavku odkazu na obchodní podmínky.⁵⁷⁵ Zřejmě také může být za běžných okolností chápán jako přiložení, resp. seznámení druhé strany se zněním obchodních podmínek v režimu ustanovení § 1751 odst. 1 OZ.⁵⁷⁶ I v případě odkazu (hyperlinku) na obchodní podmínky během elektronické kontraktace se však mohou vyskytnout situace, které následně řádnou inkorporaci obchodních podmínek do smlouvy zpochybní. Například se může

⁵⁷⁴ V literatuře se k tomuto právnímu názoru uvádí příkladem situace, kdy je smlouva v písemné podobě uzavírána na pobočce banky. HULMÁK, Milan. Komentář k ustanovení § 1751. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 155.

⁵⁷⁵ CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 82. Pak je zejména zapotřebí, aby byl odkaz umístěn v objednávkě, nikoliv až například po provedení objednávky. K tomu viz CSACH, 2009, op. cit., s. 81. Takové situace však v sektorových regulacích nebudou typické (tak jako jsou typické například v případě e-shopů).

⁵⁷⁶ Výslovně o přiložení hovoří M. Hulmák s odkazem na další odbornou literaturu, mimo jiné opět také na práci K. Csacha citovanou výše. Ta však na s. 82 hovoří výslovně o splnění podmínky odkazu, a nikoliv přiložení. HULMÁK, Milan. Komentář k ustanovení § 1751. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 155.

jednat o případ, kdy smlouva neobsahuje konkrétní hyperlink, ale pouze neurčité odkazy na celý web poskytovatele, na němž není možné obchodní podmínky vůbec dohledat, případně tak lze učinit pouze s obtížemi.⁵⁷⁷ Dále jsou myslitelné případy, kdy poskytovatel zveřejňuje na svých webových stránkách dokumenty neuspořádaně a nepřehledně (v různě datovaných zněních, přičemž nelze poznat, které má přednost, či zveřejňuje na jedné webové stránce obchodní podmínky platné i neplatné).⁵⁷⁸ Obdobně problematické může být, pokud je odkaz na znění obchodních podmínek jednoduše nefunkční.⁵⁷⁹ Stejně jako v předchozím případě se zde zřejmě nejedná o přiložení obchodních podmínek ve smyslu ustanovení § 1751 odst. 1 OZ. Řešení může spočívat opět v podepsaném prohlášení druhé smluvní strany o tom, že se s obchodními podmínkami seznámila a že jim rozumí. V případě zveřejnění obchodních podmínek například na webu poskytovatele lze dokonce v podnikatelských vztazích známost obchodních podmínek předpokládat (a zřejmě prokázat) i v případě, kdy smlouva neobsahuje žádné výslovné prohlášení druhé smluvní strany o znalosti obchodních podmínek. Obdobné komplikace nevznikají v případech tzv. všeobecných obchodních podmínek dle ustanovení § 1751 odst. 3 OZ, které vypracovaly odborné nebo zájmové organizace. U nich stačí pouhý (určitý) odkaz ve smlouvě bez dalšího.

6.3 Obsahová kontrola obchodních podmínek v sektorových regulacích

6.3.1 Zvláštní projevy obsahové kontroly

Prvky specifické obsahové kontroly se projevují patrně ve všech sektorových regulacích. Některé míří výslovně na obsahovou korekci obchodních podmínek, jiné se naopak týkají smlouvy jako celku. I v druhém případě se však bude v praxi většina z nich realizovat převážně právě ve vztahu k obchodním podmínkám. Pro obsahovou kontrolu v sektorových regulacích je dále typický veřejnoprávní charakter právní úpravy (projevující se především ve správním trestání či v dozoru příslušných orgánů).

⁵⁷⁷ DOPORUČENÍ ČTÚ, op. cit., s. 4.

⁵⁷⁸ DOPORUČENÍ ČTÚ, op. cit., s. 4.

⁵⁷⁹ Webová stránka musí být zobrazitelná, nesmí dojít k chybě serveru a podobně. CSACH, Kristián. *Standardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 82.

Stanovení povinných obsahových náležitostí a kogentnost právních norem

Sektorové regulace obsahují celou řadu ustanovení, která předepisují zvláštní obsahové náležitosti jednotlivých smluv, resp. smluvních podmínek uzavíraných v rámci regulovaných podnikatelských činností. Jedná se o dílčí projev ochrany prostřednictvím kogentních norem, kterou lze považovat za všeobecný mechanismus kontroly obchodních podmínek.⁵⁸⁰

Jmenovitě se jedná například o smlouvu o poštovních službách, kterou zákon o poštovních službách v podstatě ztotožňuje s poštovními podmínkami. Nezbytné obsahové náležitosti poštovních podmínek upravuje ustanovení § 6 zákona o poštovních službách. Obdobně v případě smluv mezi účastníky trhu s elektřinou a smluv mezi účastníky trhu s plynem zákon předem stanoví výčet jejich povinných náležitostí.⁵⁸¹ Ačkoliv jednotlivé sektorové regulace označují uzavírané smlouvy zpravidla zvláštními názvy (poštovní smlouva, smlouva o dodávce plynu, smlouva o dodávce elektřiny, smlouva o platebních službách apod.) nejedná se o samostatné smluvní typy. Naopak většina zvláštních smluv bude naplňovat podstatné náležitosti smlouvy kupní, zprostředkovatelské smlouvy, či se bude jednat o smlouvy inomínátní. Výčty povinných obsahových náležitostí tak nelze chápat jako výčty náležitostí podstatných (těmi zůstávají nadále podstatné náležitosti smluvních typů, které se prostřednictvím zvláštních sektorových smluv realizují). Výslovné stanovení specifických obsahových náležitostí nicméně představuje základní *apriorní* nástroj obsahové kontroly jednotlivých smluv.

V souvislosti s rekodifikací se může vyskytnout otázka, které právní normy v sektorových regulacích jsou vlastně kogentní a které nikoliv. Nelze se bez dalšího spokojit pouze se závěrem, že pokud se právní norma nachází v právním předpise smíšené právní povahy, nelze se od ní odchýlit. Povaha právního předpisu nemusí (a neměla by) automaticky určovat vlastnost jednotlivých právních norem. Pokud však zákonodárce upravuje výčet povinných náležitostí jednotlivých smluv, lze předpokládat, že povaha daných norem (zvláště s důrazem na ochranu veřejných zájmů či slabší strany) bude kogentní.

⁵⁸⁰ CSACH, Kristián. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 131.

⁵⁸¹ Jedná se o ustanovení § 50 a 72 EnerZ. Jak plyne z uvedených ustanovení, jednotlivých druhů smluv, které se uzavírají v rámci trhu s energetikou, je mnoho. Každému druhu může zákon předepsat (a předepisuje) trochu jiné povinné náležitosti.

Zákonodárce nabízí výslovná řešení pouze ojediněle. Zásadní kogentnost vlastních právních norem (celé Hlavy I) proklamuje zákon o platebním styku v ustanovení § 75 odst. 1. Obsahuje i výčet „povolených“ odchylek; smluvní svobodu přitom určuje status zákazníka. Projevem statusové neutrality je zvláštní ochrana poskytovaná jednostranně kogentními právními normami nejen spotřebitelům, ale i drobným podnikatelům.⁵⁸²

Závaznost ustanovení v obchodních podmínkách

Za obsahovou kontrolu lze také považovat ojedinělý požadavek zákona, aby obchodní podmínky obsahovaly zvláštní výčet bezpodmínečně závazných ustanovení.⁵⁸³ I v tomto případě se jedná o obsahovou kontrolu, ačkoliv zde si její limity mohou do určité míry zvolit samy smluvní strany. Slouží tak především ke zvýšení právní jistoty mezi smluvními stranami.

V této souvislosti se nabízí otázka, zda by se smluvní strany samy mohly rozhodnout, že některá ustanovení obchodních podmínek považují ve smluvním vztahu za bezpodmínečně závazné, tedy by *ex ante* vyloučily možnost se dohodnout odchylně. Takové ujednání se svou povahou blíží smluvní dohodě stran o tom, že nebudou měnit uzavřenou smlouvu jinak než v písemné formě. Ujednání o bezpodmínečné závaznosti ustanovení ve smlouvě, resp. v obchodních podmínkách však míří zřejmě ještě dále. Smluvní strany zde projevují vůli odsoudit jakékoliv odchýlení se od bezpodmínečně závazných ujednání v budoucnu k neplatnosti. V tomto směru je však třeba opřít závěry o svrchovanost autonomie vůle smluvních stran – nelze se domnívat, že jednou projevenou vůli nemohou smluvní strany již nikdy změnit; naopak ji mohou změnit pozdějším odchylným smluvním ujednáním, neboť právě jeho prostřednictvím naplňují svoji autonomii vůle. Současně lze předpokládat, že smluvní strany si samy pro sebe nemohou stanovit nad rámec zákona tak tvrdou sankci, jakou je neplatnost určitého smluvního ujednání (která by z povahy věci měla nastoupit vždy, když se smluvní strany odchýlí od bezpodmínečně závazného ustanovení

⁵⁸² Ustanovení § 75 odst. 4 zákona o platebním styku.

⁵⁸³ Ustanovení § 6 odst. 2 písm. n) ZPoštSl stanoví, že jednou z povinných náležitostí poštovních podmínek je to, aby poštovní podmínky obsahovaly výčet ustanovení, od nichž se nelze odchýlit dohodou stran.

obchodních podmínek).⁵⁸⁴ Pokud by tedy smluvní strany vtělily do obchodních podmínek ujednání o tom, že určitá ustanovení obchodních podmínek jsou bezpodmínečně závazná, nelze takové ujednání chápat jako ujednání, které již smluvní strany nikdy nemohou změnit. Pokud však smluvní strany vyjádřily svoji vůli zavázat se pro budoucí případy tak intenzivním způsobem, může být jejich vůle zohledněna v určitých situacích při výkladu smlouvy (obchodních podmínek). Současně lze předpokládat, že – pokud by ujednání o bezpodmínečné závaznosti bylo součástí obchodních podmínek – naplní patrně v řadě případů podmínky překvapivého ujednání a může jej stíhat neúčinnost.

Podzákonné právní předpisy a obchodní podmínky

Zásadní potlačení smluvní autonomie se vyskytuje v sektoru dopravy. Právní úprava přepravy osob a věcí v občanském zákoníku opakovaně odkazuje⁵⁸⁵ na přepravní řády, které upravují podrobnosti týkající se nákladní a osobní přepravy. Navzdory tomu, že jednotliví dopravci mohou přepravním řádem označovat svoje obchodní přepravní podmínky, občanský zákoník za přepravní řády považuje podzákonné právní předpisy (vyhlášky ministerstva dopravy a spojů či nařízení vlády), které stanoví podrobnou právní úpravu práv a povinností účastníků přepravních smluv.⁵⁸⁶ I sektorové právní předpisy⁵⁸⁷ odkazují na nařízení vlády, kterým se stanoví přepravní řády.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ Uvedený závěr lze vztáhnout také k judikatuře Nejvyššího soudu. Ve vztahu k již neúčinné právní úpravě naznačil Nejvyšší soud hranice smluvní svobody a vyložil, že dohodou smluvních stran nelze založit právní domněnku. Sankci neplatnosti lze chápat jako ještě zásadnější důsledek do soukromoprávního vztahu. Domněnky mají význam především v rovině procesní (usnadňují dokazování), zatímco neplatnost má bezprostřední vliv na hmotněprávní rovinu právního jednání jako takového. Jedná se vlastně o veřejnoprávní ingerenci soudní moci do obsahu smluv, která nastupuje v případě existence určitých veřejných zájmů. Sankce neplatnosti by tedy neměla být ponechána autonomii vůle smluvních stran. Blíže rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 12. 2008, sp. zn. 32 Cdo 2536/2007.

⁵⁸⁵ Ustanovení § 2551 OZ, 2553 OZ, 2578 OZ.

⁵⁸⁶ Např. vyhláška Ministerstva dopravy a spojů č. 175/2000 Sb. ze dne 15. 6. 2000, o přepravním řádu pro veřejnou drážní a silniční osobní dopravu, dále např. Nařízení vlády č. 1/2000 Sb. ze dne 22. 11. 1999, o přepravním řádu pro veřejnou drážní nákladní dopravu.

⁵⁸⁷ Jedná se opět zejména o oblast dopravy.

⁵⁸⁸ Např. § 37 odst. 7 zákona o drahách. Jedná se o nařízení vlády č. 1/2000 Sb., o přepravním řádu pro veřejnou drážní nákladní dopravu, ve znění pozdějších předpisů.

Přepравní podmínky jednotlivých dopravců ve smyslu obchodních podmínek pak mohou právní poměry smluvních stran upravit pouze v limitech občanského zákoníku a podzákonných právních předpisů. Mnoho prostoru pro autonomii vůle smluvních stran tedy nezůstává; zdůvodnění je samozřejmě třeba hledat ve zvýšeném veřejném zájmu na regulaci právních vztahů v sektoru dopravy. Dispozitivnost nabízející se při pohledu na kusou právní úpravu v Oddílu 1 Dílu 7 Hlavy II Části čtvrté OZ je proto pouze zdánlivá.

Uplatnění zvláštních sankcí

K obsahové kontrole se váží také zvláštní sankce, které plynou z nedodržení právních norem. Zvláštní důvody neplatnosti se vyskytují v oblasti elektronických komunikací. Smluvní ujednání obsahující podmínky a postupy pro ukončení smlouvy, které odrazují zákazníka od změny poskytovatele, jsou neplatná.⁵⁸⁹

Energetický zákon výslovně stanoví, že pokud smlouvy uzavřené v jeho režimu nebudou obsahovat povinné náležitosti, jsou neplatné pouze v případě, že se zákazník jejich neplatnosti dovolá.⁵⁹⁰

S ohledem na obecnou právní úpravu v občanském zákoníku je třeba v obou výše uvedených případech určit, zda se jedná o neplatnost absolutní, nebo relativní. Bez tohoto závěru nebude možné zjistit, jaké následky neplatnost vyvolává a kdo je případně oprávněn se jí dovolat. V případě energetického zákona lze bez větších obtíží učinit závěr o neplatnosti relativní (neplatnost je podmíněna dovoláním se ze strany zákazníka).⁵⁹¹ Výkladové problémy však mohou nastat v režimu zákona o elektronických komunikacích.

Výrazně veřejnoprávní charakter sektorové regulace vede k otázce, zda nelze zvýšený důraz na ochranu slabší strany v sektorových regulacích chápat jako součást veřejného pořádku dle ustanovení § 588 OZ. Smluvní ustanovení bránící změně poskytovatele navíc současně odporuje zákonu (právě ustanovení § 63 ZEK). Existují zde tedy na první pohled relevantní argumenty

⁵⁸⁹ Ustanovení § 63 odst. 8 ZEK.

⁵⁹⁰ Ustanovení § 50 odst. 12 EnerZ a ustanovení § 72 odst. 9 EnerZ.

⁵⁹¹ Blíže také komentářová literatura. K tomu pro sektor elektřiny KOŘÁN, Jan, KOŠTÁL, Vratislav. In: EICHLEROVÁ, Kateřina a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 639; pro sektor plynárenství JASENSKÝ, Martin. In: EICHLEROVÁ, Kateřina a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 1145 a násl.

ve prospěch neplatnosti absolutní. Vzhledem k tomu, že všechny smlouvy uzavírané v sektorových regulacích jsou svojí podstatou především soukromoprávním jednáním, je však namístě volit spíše restriktivní výklad. Pokud bychom za veřejný pořádek považovali veškeré právní předpisy veřejnoprávní či smíšené povahy, případy absolutní neplatnosti by u sektorových smluv (nebo jejich ustanovení) neúměrně narostly. Navíc ustanovení § 588 OZ předpokládá, že narušení veřejného pořádku bude zjevné (je tedy třeba velmi závažné intenzity narušení). Ustanovení § 63 odst. 8 ZEK dále nepochybně směřuje na ochranu zájmů zákazníka, jak to předvídá ustanovení § 586 odst. 1 OZ. Konečně je také třeba právní úpravu vnímat komplexně; zákon o elektronických komunikacích obsahuje ještě další mechanismy ochrany slabší strany (zákazníka) – zejména se jedná o možnost nařídit změnu smlouvy pro rozpor s jeho ustanoveními (což však platí pouze v případě, že je zákazníkem spotřebitel).⁵⁹² Ochranu zákazníka proto zákon dostatečně zajišťuje a není třeba sankcionovat případná rozporná smluvní ujednání nejtvrdším možným soukromoprávním postihem.

Dohledová a dozorová činnost specializovaných orgánů

K obsahové kontrole patří také zvláštní veřejnoprávní dohled dozorových a kontrolních orgánů, které ve vztahu ke smlouvě (obchodním podmínkám) disponují zvláštními pravomocemi. O nich pojednává níže samostatná podkapitola 6.6.

6.3.2 Překvapivá ujednání obchodních podmínek v sektorových regulacích

Podpůrně se v sektorových regulacích projevuje také obsahová korekce smluv dle obecné právní úpravy občanského zákoníku. S ohledem na rozsáhlý text obchodních podmínek bude významná především právní úprava překvapivosti smluvních ujednání podle ustanovení § 1753 OZ. V praxi lze za nejproblematictější okruhy smluvních ujednání považovat zejména ujednání o smluvních pokutách a ujednání týkající se možnosti zákazníka ukončit smluvní vztah. Právě tato ujednání se často nacházejí nikoliv v textu vlastní

⁵⁹² Ustanovení § 63 odst. 5 ZEK.

smlouvy, ale v obchodních podmínkách. Ve spotřebitelských vztazích⁵⁹³ judikatura již dříve dovodila, že se ujednání o smluvní pokutě v obchodních podmínkách nacházet nemůže. Totéž lze ve vztahu ke spotřebiteli dovodit asi též v případě ujednání o automatické prolongaci.⁵⁹⁴ Naopak v čistě podnikatelských vztazích k tomuto závěru judikatura – z legitimních a racionálních důvodů – nikdy nedospěla. V podnikatelských vztazích se tedy ujednání o smluvní pokutě i ujednání o prolongaci běžně vyskytuje v obchodních podmínkách. Přesto (nebo právě proto) základní obsahovou kontrolu veškerých ustanovení obchodních podmínek i v B2B vztazích zajišťuje ustanovení § 1753 OZ.

Co se týče smluvních pokut jako takových, obsahová korekce směřuje pochopitelně zejména k tomu, aby smluvní pokuty (v B2B vztazích stejně jako v B2C) nebyly nepřiměřené. Kromě obecné právní úpravy v občanském zákoníku (překvapivost ujednání dle § 1753 nebo moderační právo soudu dle § 2051) k tomu obecně směřuje i dozorová činnost příslušných zvláštních orgánů.⁵⁹⁵ Dalším častým problémem je kumulace smluvních pokut. Lze se setkat s tím, že v obchodních podmínkách se nachází více smluvních pokut, pro něž se však používá různých názvů (paušální odškodnění, jednorázová úhrada, administrativní poplatek apod.)⁵⁹⁶, případně se různé smluvní pokuty nacházejí v různých dokumentech, které na sebe neurčitě odkazují a nelze tak jednoznačně dovodit, které smluvní pokuty jsou pro zákazníka relevantní. V celkovém kontextu mohou proto i z výše uvedených důvodů dílčí ujednání o smluvních pokutách působit překvapivě.

⁵⁹³ Jedná se především o nálezy Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11. Odborná literatura upozorňuje, že závěry Ústavního soudu nelze uplatnit bez dalšího na právní stav po rekodifikaci, a to především z důvodu významné změny v právní úpravě smluvní pokuty, u níž zákonodárce již netrvá na písemné formě. Z toho se dovozuje, že není nezbytné, aby ujednání bylo přímo v textu vlastní smlouvy (na listině), neboť nemusí být písemně zachyceno vůbec. Na druhou stranu se též upozorňuje, že již v tomto rozhodnutí Ústavní soud argumentoval zásadou poctivosti, kterou občanský zákoník v současném znění obsahuje výslovně v ustanovení § 6 OZ. I nadále je proto zřejmé závěry Ústavního soudu pro spotřebitelské vztahy použít. Více viz NĚMEČKOVÁ, Šárka. Ochrana zákazníka s akcentem na postavení spotřebitele v oblasti elektronických komunikací. *Rekodifikace & Praxe*. 2016, roč. 4, č. 7-8, s. 51.

⁵⁹⁴ Zejména prostřednictvím generální klauzule ustanovení § 1813 OZ.

⁵⁹⁵ Např. Energetický regulační úřad podle ustanovení § 17 odst. 7 písm. j) sleduje uplatňování omezujících nebo nepřiměřených podmínek ve smlouvách na trhu s elektřinou, plynem a v odvětví teplárenství.

⁵⁹⁶ DOPORUČENÍ ČTÚ, op. cit., s. 29.

Podpora svobodné volby poskytovatele služeb vede k posílení konkurenčního prostředí a tím ke zlepšení funkcí hospodářské soutěže. V sektorových regulacích se proto setkáváme s ustanoveními, jejichž cílem je svobodnou volbu podpořit. Jedná se například o založení zvláštního důvodu neplatnosti těchto smluvních ujednání, která obsahují podmínky a postupy pro ukončení smlouvy odrazujícího zákazníka od změny poskytovatele.⁵⁹⁷ Energetický zákon zase přímo stanoví, že právem zákazníka je bezplatná volba i změna poskytovatele služeb.⁵⁹⁸ Výpověď smlouvy zakládá zákazníkovi prostor pro únik z již nevýhodného smluvního vztahu, a proto se vyskytují tendence zavázat jej smluvně na co nejdelší dobu. V sektorových regulacích (mimo jiné i vinou informační asymetrie) zákazníci navíc často z vlastního rozhodnutí setrvávají u jednoho smluvního partnera, ačkoliv jim nenabízí adekvátně výhodné podmínky.

Komplikace s ukončením smlouvy nastávají zpravidla u smluv uzavřených na dobu určitou. Možnost zákazníka vyvázat se z takových smluv podporuje zákon o elektronických komunikacích například tím, že stanoví maximální dobu, na kterou lze poprvé smlouvu uzavřít (to však platí pouze pro spotřebitele).⁵⁹⁹ I v případě smluv uzavřených na dobu neurčitou však Český telekomunikační úřad zaznamenal skrytá sankční jednání spočívající v povinnosti zákazníka uhradit finanční obnos (nazvaný např. „manipulační“ nebo „deaktivační“ poplatek⁶⁰⁰).

Se snahou podpořit zákaznickou svobodnou volbu se lze setkat také v sektoru bankovníctví. Zákon o platebním styku obsahuje právní úpravu, která při ukončení smluvního vztahu výrazně zvýhodňuje zákazníka (přičemž opět nezáleží na jeho statusu). Podle současného znění může uživatel vypovědět rámcovou smlouvu, i když byla uzavřena na dobu určitou. Výpovědní doba přitom nesmí být delší než 1 měsíc.⁶⁰¹ Po účinnosti novely zákona o platebním styku provedené zákonem č. 258/2016 Sb. dokonce zákazník

⁵⁹⁷ Ustanovení § 63 odst. 8 ZEK.

⁵⁹⁸ Ustanovení § 28 odst. 1 písm. e) a ustanovení § 62 odst. 1 písm. b) EnerZ.

⁵⁹⁹ Ustanovení § 63 odst. 7 ZEK.

⁶⁰⁰ DOPORUČENÍ ČTÚ, op. cit., s. 39.

⁶⁰¹ K tomu srov. ustanovení § 95 odst. 1 zákona o platebním styku.

nemá ani povinnost učinit výpověď rámcové smlouvy písemně. Odstranění této povinnosti může být významné i s ohledem na diskuse panující ohledně písemné formy elektronických právních jednání.⁶⁰²

S ohledem na specifika a praxi v sektorových regulacích, a dále na problematické okruhy naznačené výše, lze uvažovat (v závislosti na konkrétním sektoru) o tom, že i v čistě podnikatelských vztazích mohou být překvapivá například ujednání uvedená níže.⁶⁰³

V praxi se vyskytly případy, kdy obchodní podmínky stanovily, že zákazník musí (resp. může) podat výpověď pouze (a jedině) u jiného subjektu, než je poskytovatel služby.⁶⁰⁴ Obsahově lze mít takové ujednání za překvapivé, neboť nelze legitimně očekávat, že by měl ukončení smluvního vztahu řešit zcela jiný subjekt, než je právě poskytovatel.

Obdobně je problematické, pokud je sjednaná výpovědní doba v obchodních podmínkách extrémně dlouhá (uvádí se příklad dvouleté výpovědní doby u smluv v sektoru elektronických komunikací⁶⁰⁵). Ustanovení o svobodné volbě poskytovatele míří na všechny zákazníky bez rozdílu, a proto by i v podnikatelských vztazích mohlo působit takové ujednání překvapivě.

Pokud obchodní podmínky stanoví, že učinit výpověď lze pouze určitým způsobem, který zákazníka nepřiměřeně omezuje (například pouze osobně na jediném určeném místě během provozní doby⁶⁰⁶), lze též chápat takové ujednání za překvapivé. Jako další příklad lze uvést ujednání ve smlouvách v sektoru energetiky, podle něhož bylo možné při automatické prolongaci smluv učinit výpověď pouze v době mezi 150. a 120. dnem před koncem

⁶⁰² O čemž pojednává kapitola 2.8.

⁶⁰³ Cenné vodítko ohledně toho, co lze považovat za překvapivé ujednání, poskytují dokumenty dozorových orgánů, které mají samy o sobě sice nezávaznou povahu, nicméně zpravidla odrážejí představy zákonodárce o důsledné aplikaci zákonných ustanovení. Tyto dokumenty se soustředí především na posouzení férových a neférových praktik poskytovatelů služeb v sektorových regulacích. Ačkoliv se v nich nevyskytují úvahy přímo o překvapivosti určitých ujednání, mohou být při následujících úvahách inspirací. Jedná se například o aktuální materiál Českého telekomunikačního úřadu, který přehledně shrnuje základní problematické okruhy na poli smluv uzavíraných v sektoru elektronických komunikací. DOPORUČENÍ ČTÚ, op. cit., 46 s.

⁶⁰⁴ DOPORUČENÍ ČTÚ, op. cit., s. 40.

⁶⁰⁵ Tamtéž, s. 40.

⁶⁰⁶ Tamtéž, s. 40.

platnosti smlouvy.⁶⁰⁷ Setkat se lze v praxi také s ujednáním, které podmiňuje výpověď předchozím získáním nejrůznějších identifikátorů či kódů⁶⁰⁸, k nimž však může vést administrativně náročná cesta. V takovém případě by zřejmě podmínka obsahové překvapivosti byla naplněna, neboť se nepředpokládá, že zákazníka budou při výpovědi neodůvodněně svazovat tak omezující podmínky.

Německá praxe, doktrína a judikatura dospěly k mnoha příkladům neplatnosti ujednání v obchodních podmínkách z pohledu příslušných ustanovení BGB, a to i ve vztazích mezi podnikateli.⁶⁰⁹ Inspirací pro úvahy o překvapivosti může být například klauzule v obchodních podmínkách, která ukládá dopravci povinnost, aby v každém případě (bez ohledu na to, jak dlouho trvá smlouva a kolik se na jejím základě uskutečnilo přeprav) umístil na své vozidlo na vlastní náklady logo druhé smluvní strany.⁶¹⁰ Dále může být překvapivé, pokud obchodní podmínky odesílatele obsahují ujednání, podle něhož je dopravce povinen provést kompletní kontrolu převzatého nákladu a jednotlivých balíků včetně jejich obsahu.⁶¹¹ Takové ujednání totiž dopravci ukládá obecnou a blíže nespecifikovanou povinnost a odpovědnost za něco, co fakticky často kontrolovat nemůže. Samotný obsah nákladky také nemůže nijak ovlivnit.⁶¹² Kromě toho, že ujednání se jeví z pohledu dopravce velice nevýhodné, mohlo by být zřejmě také překvapivé.

⁶⁰⁷ V daném případě se toto ustanovení vzhledem ke spotřebiteli posoudilo jako nepřiměřené. K tomu srov. Pozor na automatické prodloužení smluv o dodávce energií. *DTest* [online]. 2016 [cit. 12. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.dtest.cz/clanek-5023/pozor-na-automaticke-prodlouzeni-smluv-o-dodavce-energiu?ga_email=1&_fid=e5e6. I v případě, že by se jednalo o čistě podnikatelský vztah, lze předpokládat, že ustanovení by mohlo být oprávněně posouzeno jako překvapivé.

⁶⁰⁸ NĚMEČKOVÁ, Šárka. Ochrana zákazníka s akcentem na postavení spotřebitele v oblasti elektronických komunikací. *Rekodifikace & Praxe*. 2016, roč. 4, č. 7-8, s. 50.

⁶⁰⁹ K tomu podrobně STEIBORN, Dominic. In: HARTENSTEIN, Olaf, REUSCHLE, Fabian. *Handbuch des Fachverkehrs Transport- und Speditionsrecht*. Köln: Wolters Kluwer, 2012, zejména s. 384 a násl.

⁶¹⁰ STEIBORN, Dominic. In: HARTENSTEIN, REUSCHLE, op. cit., s. 376 a násl.

⁶¹¹ STEIBORN, Dominic. In: HARTENSTEIN, REUSCHLE, op. cit., s. 384.

⁶¹² Právě tyto důvody vedou k tomu, že literatura hovoří o tomto ujednání jako o neplatném podle ustanovení § 307 odst. 1 věty první BGB. Tamtéž, s. 385.

V oblasti pojišťovnictví bude možné se neúčinnosti překvapivých ujednání dovolávat v mnoha případech především ve vztahu k výlukám z pojistného plnění. Překvapivost se může vyskytovat jak z pohledu obsahu konkrétního ujednání, tak i z pohledu zařazení ujednání v obchodních podmínkách.

Konečně lze v obchodních podmínkách za překvapivá považovat ujednání, která zakotvují nevyvratitelnou právní domněnku, podle níž se určitá písemnost považuje za doručenou uplynutím stanovené doby po neúspěšném doručení, a to i v případě, že se s ní adresát fakticky neseznámil. V praxi se lze s takovými ustanoveními setkat ve smlouvách o platebních službách podle zákona o platebním styku. Doktrína přitom upozorňuje, že přípustnost takového smluvního ujednání je sporná, a zastává názor, že smluvní zakotvení nevyvratitelné domněnky doručení je neplatné.⁶¹³

Po rekodifikaci však závěr o neplatnosti není (zejména v podnikatelských vztazích) tak jednoznačný, a to přinejmenším s ohledem na příklon k zásadní dispozitivnosti právních norem. Občanský zákoník v ustanovení § 588 OZ zdůrazňuje následek neplatnosti pro rozpor se zákonem pouze v případě, že se smluvní ujednání zjevně přičí dobrým mravům, nebo odporuje zákonu a zjevně narušuje veřejný pořádek. Ani judikatura⁶¹⁴, o níž literatura závěr o nepřípustnosti smluvního ujednání o nevyvratitelné právní domněnce opírá, však přímo neuvádí, s jakým ustanovením by mohlo být takové ujednání v rozporu. Závěr o jednoznačně neplatnosti takového ujednání se proto jeví v poměrech právní úpravy po rekodifikaci jako poměrně kategorický. Navíc se jedná o neplatnost stanovenou spíše na ochranu zájmů jedné smluvní strany (dle ustanovení § 586 OZ); proto je třeba se případně – zvláště v podnikatelských vztazích – přiklonit k neplatnosti relativní. Dále bude patrně rozdíl, zda půjde o právní domněnku vyvratitelnou, nevyvratitelnou či právní fikci. Dovolání se neúčinnosti tohoto ujednání z důvodu

⁶¹³ Ke svému závěru uvádí, že „*důvodem je jednak kogentní povaha § 45 odst. 1 ObčZ a jednak skutečnost, že domněnku nebo fikci týkající se kogentního ustanovení zákona lze založit pouze zákonem, nikoli smluvním ujednáním. Tento argument v jiné souvislosti podpořila i judikatura Nejvyššího soudu, když uvedla, že „právní domněnka je konstrukce, která může být založena pouze zákonem“ (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 12. 2008, sp. zn. 32 Cdo 2536/2007), ačkoli rozhodnutí, které by se zabývalo specificky přípustností smluvní domněnky doručení, dosud chybí.“ K tomu srov. BERAN, Jiří. Komentář k ustanovení § 94. In: BERAN, Jiří, DOLEŽALOVÁ, Daniela, STRNADEL, Dalibor, ŠTĚPÁNOVÁ, Alice. *Zákon o platebním styku. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2011, s. 447.*

⁶¹⁴ Jedná se o rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 12. 2008, sp. zn. 32 Cdo 2536/2007.

překvapivosti může představovat (zvláště ve vztazích mezi podnikateli) v odůvodněných případech alternativu, která šetří platnost právních jednání a odpovídá nové koncepci soukromého práva podstatně lépe.

Od právních domněnek a fikcí je třeba odlišit smluvní ujednání o způsobu doručení písemností ve smluvním vztahu. Jedná se například o situaci, kdy si smluvní strany dohodnou, že písemnost je doručena, pokud ji vyvěsí po dobu 10 dnů na nástěnce umístěné na recepci v sídle jedné ze smluvních stran. V tomto případě si smluvní strany neměly v úmyslu stanovit právní domněnku, která by měnila jejich procesní pozice s ohledem na dokazování, ale jejich cílem bylo spíše nesporně vymezit, jakým způsobem bude k doručování mezi nimi docházet. Takové ujednání by mělo být platné a přípustné.

6.4 Zvláštní formální požadavky na obchodní podmínky v sektorových regulacích

Zvláštní formální požadavky na obchodní podmínky, resp. celou smlouvu spočívají především v plnění informační povinnosti poskytovatele vůči zákazníkům, a to zveřejněním znění obchodních podmínek. Tato povinnost se v sektorových regulacích projevuje v různé intenzitě. Jednotlivé varianty uveřejnění nejsou samoučelné; zpravidla se jedná o veřejnou nabídku na uzavření smlouvy se všemi důsledky⁶¹⁵, anebo o (prostou) nabídku. Dalším smyslem zveřejnění návrhů smluv včetně obchodních podmínek je zvýšení transparentnosti smluvních vztahů.⁶¹⁶

Samotné zveřejnění obchodních podmínek však ve většině případů nelze chápat jako inkorporaci obchodních podmínek. Splnění veřejnoprávní povinnosti zveřejnění, jak je o ní pojednáno níže, nemá na účinnou inkorporaci

⁶¹⁵ To zákon výslovně uvádí v případě elektronických komunikací. K obdobnému závěru však lze dospět patrně i v případě energetiky. NĚMEČKOVÁ, Šárka. Ochrana zákazníka s akcentem na postavení spotřebitele v oblasti elektronických komunikací. *Rekodifikace & Praxe*. 2016, roč. 4, č. 7-8, s. 49.

⁶¹⁶ O transparentnosti přístupu ke službám v sektoru elektronických komunikací hovoří CHUDOMELOVÁ, Zuzana. In: CHUDOMELOVÁ, Zuzana a kol. *Zákon o elektronických komunikacích. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 239.

do smlouvy vliv.⁶¹⁷ Ať již se jedná o obchodní podmínky ve smyslu ustanovení § 1751 odst. 1 OZ, nebo ustanovení § 1751 odst. 3 OZ, vždy bude proto třeba jasný odkaz ve smlouvě.

Požadavky na uveřejnění návrhů smluv či obchodních podmínek (a také jejich případných změn) mají přispět nejen k transparentnosti smluvního vztahu, ale také k vyšší informovanosti zákazníků. Informovanost podmiňuje racionální rozhodnutí (zvláště v případě, kdy zákazníci mají prostor si obchodní podmínky bez nátlaku předem prostudovat) a brání tak tendenci zákazníků setrvávat u poskytovatele i za nevýhodných podmínek.

Povinnost uveřejnění obchodních podmínek se nachází především v sektoru energetiky, elektronických komunikací, poštovních služeb a dopravy. Naopak v sektoru bankovníctví, pojišťovnictví a kapitálového trhu povinnost zveřejnění obchodních podmínek ze sektorových právních předpisů ani obecné právní úpravy neplyne. I přesto však subjekty na bankovním trhu mají povinnost poskytnout a uveřejnit předepsané informace podle zákona o platebním styku. Poskytovatel splní povinnost zpřístupnit informaci zákazníkovi, jestliže mu před uzavřením smlouvy nebo během trvání smluvního vztahu sdělí údaj, který uživateli umožní informaci vyhledat; způsob vyhledání nesmí přitom zákazníka nepřiměřeně zatěžovat.⁶¹⁸ Z pohledu dokazování pak zákonodárce zavádí vyvratitelnou právní domněnku, podle níž se má se za to, že poskytovatel příslušné informace neposkytl ani nezpřístupnil.⁶¹⁹ Ačkoliv se tedy nehovoří výslovně o zpřístupnění obchodních podmínek, při pohledu na povinně zveřejňované informace bude mnohdy pro poskytovatele snazší a právně jistější varianta, pokud rovnou zpřístupní celé obchodní podmínky (typicky na webových stránkách).

Varianty uveřejnění, které se samostatně nebo v kombinacích v sektorových regulacích vyskytují, jsou následující:

- vhodný způsob uveřejnění,
- zpřístupnění obchodních podmínek v (každé) provozovně podnikatele,

⁶¹⁷ CSACH, Kristián. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 66.

⁶¹⁸ Ustanovení § 78 odst. 2 ZPS.

⁶¹⁹ Ustanovení § 78 odst. 3 ZPS.

- zpřístupnění obchodních podmínek způsobem umožňujícím dálkový přístup,
- uveřejnění obchodních podmínek v (každé) provozovně podnikatele,
- uveřejnění obchodních podmínek způsobem umožňujícím dálkový přístup,
- zveřejnění v Obchodním věstníku.

Při pohledu na jednotlivé právní úpravy se nabízí otázka, zda zpřístupnění smlouvy v provozovně znamená totéž, co její zveřejnění. Z hlediska jazykového se zřejmě o totožné pojmy nejedná. Zatímco v případě zpřístupnění by se mělo jednat o připravenost podnikatele kdykoliv ve svých provozovnách na vyžádání zákazníkovi obchodní podmínky předložit, v případě uveřejnění by měly být obchodní podmínky v provozovnách přístupné automaticky a na první pohled. Ustanovení § 4 odst. 1 zákona o poštovních službách výslovně uvádí, že poskytovatel nabízí zpřístupněním poštovních podmínek ve své provozovně všem případným zákazníkům uzavření smlouvy. Takovému účelu lépe dostojí zveřejnění ve smyslu vyvěšení, a nikoliv zpřístupnění ve smyslu předložení na vyžádání. V praxi se však poštovní podmínky s ohledem na jejich rozsah v provozovnách nezveřejňují; poskytují se zákazníkům právě až na vyžádání. Vzhledem k tomu, že zákon o poštovních službách současně ukládá poskytovateli povinnost zveřejnit poštovní podmínky na webových stránkách, jsou splněny znaky veřejné nabídky ve smyslu ustanovení § 1780 OZ. Ve vztahu ke konkrétní osobě, která o poštovní podmínky přímo v provozovně požádá, se však zřejmě jedná o individualizovanou nabídku na uzavření smlouvy a může tak jít též o nabídku ve smyslu ustanovení § 1731 OZ.

Zveřejnění obchodních podmínek vystavením v provozovnách nevyužívají ani poskytovatelé elektronických komunikací. Ačkoliv tak zákonodárce používá v právních předpisech různou terminologii, v praxi k odlišným postupům ze strany podnikatelů nedochází. Jedná se tedy zřejmě pouze o nepřesné označení téhož.

6.4.1 Vhodný způsob uveřejnění obchodních podmínek

Patrně nejméně formální způsob uveřejnění nalézáme v zákoně o stavebním spoření.⁶²⁰ Ten zakládá stavební spořitelně povinnost všeobecné obchodní podmínky uveřejnit *vhodným* způsobem. Vzhledem k absenci dalších konkrétních požadavků zákon ponechává stavebním spořitelnám zdánlivou volnost ve volbě způsobu uveřejnění. V každém případě se však musí jednat o uveřejnění vhodné, což omezuje spořitelny v posouzení, které prostředky mohou požadavek vhodnosti naplnit. Jako nejpraktičtější řešení se jeví zveřejnit obchodní podmínky v přehledném odkazu na webových stránkách.⁶²¹

6.4.2 Zpřístupnění obchodních podmínek

Zákon o poštovních službách ukládá provozovateli povinnost poštovní podmínky zpřístupnit, a to jednak v každé své provozovně a jednak způsobem umožňujícím dálkový přístup.⁶²² Zároveň předmětné ustanovení tohoto zákona stanoví, že zpřístupněním poštovních (obchodních) podmínek nabízí provozovatel každému uzavření poštovní smlouvy.⁶²³ V souladu se zněním občanského zákoníku musí být z návrhu na uzavření smlouvy zřejmý mimo jiné úmysl uzavřít smlouvu s konkrétní osobou. V režimu zákona o poštovních službách se tedy bude jednat patrně o veřejnou nabídku na uzavření smlouvy ve smyslu ustanovení § 1780 OZ. K uzavírání poštovních smluv dochází převážně bez přímého fyzického kontaktu mezi poskytovatelem a zákazníkem (např. vhozením zásilky do poštovní schránky).⁶²⁴ Nepředpokládá se proto ani individuální vyjednávání o povaze konkrétní služby, ani následné vyhotovení písemné smlouvy.⁶²⁵ Poštovní smlouvy se uzavírají ústně, či pravděpodobně ještě častěji konkludentně. V takovém případě je praktické, pokud lze vhození dopisu do schránky považovat za akceptaci nabídky, nikoliv teprve za návrh na uzavření smlouvy.

⁶²⁰ Ustanovení § 7 odst. 2 zákona o stavebním spoření.

⁶²¹ Některé stavební spořitelny umísťují odkaz na obchodní podmínky dokonce přímo na svoji úvodní webovou stránku.

⁶²² Ustanovení § 4 odst. 1 ZPoštSl.

⁶²³ Tamtéž.

⁶²⁴ [LEGS]. Konec poštovního monopolu. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 8, s. II.

⁶²⁵ Tamtéž, s. II.

6.4.3 Uveřejnění obchodních podmínek

V sektoru elektronických komunikací se vyskytuje povinnost uveřejnit obchodní podmínky v každé provozovně poskytovatele a současně také způsobem umožňujícím dálkový přístup. Zákon o elektronických komunikacích hovoří⁶²⁶ v tomto kontextu o návrhu smlouvy; návrh smlouvy však samozřejmě zahrnuje také veškeré obchodní podmínky (ať již jsou nazvány jako podmínky všeobecné, či jinak).⁶²⁷ Jinde zákon o elektronických komunikacích hovoří výslovně o zveřejnění návrhu smlouvy včetně všeobecných obchodních podmínek⁶²⁸ (v souladu s chápáním občanského zákoníku se však svojí podstatou jedná spíše o běžné podnikatelské obchodní podmínky).⁶²⁹

V oblasti energetiky je poskytovatel služby povinen uveřejňovat způsobem umožňujícím dálkový přístup podmínky dodávek plynu a ceny za dodávku plynu a elektřiny (opět tedy především obchodní podmínky).⁶³⁰ Nepřímo se tak poskytovatelům služby ukládá zřídit minimálně jednu internetovou stránku, přičemž pokud si jich zřídí a provozuje více, pak by měly povinné údaje obsahovat všechny a neměly by vůči zákazníkovi působit klamavě.⁶³¹

Smyslem uvedených ustanovení je zajistit dostatečnou informovanost zákazníků, kteří by měli být schopni učinit racionální rozhodnutí o tom, zda do smluvního vztahu vstoupí, či nikoliv.

6.4.4 Zveřejnění obchodních podmínek v Obchodním věstníku

Povinnost uveřejnění obchodních podmínek se vyskytuje také v sektoru dopravy. Povinnost zveřejnění smluvních přepravních podmínek mají

⁶²⁶ Ustanovení § 63 odst. 2 ZEK.

⁶²⁷ NĚMEČKOVÁ, Šárka. Ochrana zákazníka s akcentem na postavení spotřebitele v oblasti elektronických komunikací. *Rekodifikace a Praxe*. 2016, roč. 4, č. 7-8, s. 48.

⁶²⁸ Jedná se o ustanovení § 72 b odst. 1 ve spojení s odst. 2 ZEK.

⁶²⁹ Zvláštní povinnost uveřejnění ukládá zákon o elektronických komunikacích ještě soutěžitelům s významnou tržní silou na relevantním trhu v ustanovení § 82 odst. 1 ZEK. V jejich případě neplyne povinnost zveřejnění ze zákona, ale Energetický úřad je oprávněn takovou informační povinnost uložit svým rozhodnutím. Povinnost uveřejňovat informace v nezbytném rozsahu pak může Energetický úřad uložit ve vztahu k obchodním (smluvním) podmínkám, které ZEK zmiňuje výslovně. Jedná se o jednu z forem nápravy málo efektivního konkurenčního prostředí na relevantním trhu.

⁶³⁰ Ustanovení § 11a odst. 1 EnerZ.

⁶³¹ EICHLEROVÁ, Kateřina. In: EICHLEROVÁ, Kateřina a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 197.

provozovatelé veřejné lodní dopravy, kteří tuto povinnost splní zveřejněním v Obchodním věstníku. Musí tak učinit ještě před zahájením provozu.⁶³² Ve srovnání s předchozími informačními povinnostmi se jedná o proceduru nejvíce formální, která je pro podnikatele patrně spojena s nejvyššími transakčními náklady. Na druhou stranu však lodní doprava představuje natolik zvláštní segment podnikatelské činnosti, že fakticky nezasáhne významnější počet podnikatelů.

6.5 Změna a jednostranná změna obchodních podmínek

Masovost uzavírání smluv na poli sektorových regulací si vynucuje mechanismy rychlejší a méně nákladné změny vlastního textu smlouvy i obchodních podmínek. Obecná právní úprava možnosti tzv. jednostranné změny se nachází v ustanovení § 1752 OZ; v obecné rovině lze proto odkázat na výklad předchozího kapitoly.

Ve většině případů míří ustanovení § 1752 OZ právě na uzavírání smluv v sektorových regulacích (ačkoliv i zde je třeba u každé konkrétní smlouvy splnění aplikačních podmínek zkoumat). Text níže se proto postupně zabývá specifiky informační povinnosti o změně smlouvy obecně a následně jednostrannou změnou obchodních podmínek (smlouvy) v sektorových regulacích. Zkoumány budou postupně zvláštní právní úpravy týkající se obecné informační povinnosti o jakékoliv změně smlouvy, a dále na ně naváže pojednání o jednostranné změně smlouvy, resp. obchodních podmínek. Text se zaměří nejprve na smlouvy uzavírané v sektoru energetiky a elektronických komunikací, dále v sektoru poštovních služeb, bankovníctví, kapitálového trhu a pojišťovnictví a konečně také v oblasti dopravy.

Ve vztahu k tématu (jednostranné) změny obchodních podmínek (smlouvy obecně) vyvstává patrně více než jinde otázka vztahu obecné a zvláštní právní úpravy. Pokud půjde v případě změny smlouvy v sektorových regulacích současně také o jednostrannou změnu v režimu ustanovení § 1752 OZ, přichází v úvahu především derogace *mlčky*⁶³³, tedy aplikace zvláštní derogací klauzule stanovící, že pozdější *lex generalis* neruší dřívější *lex specialis*.

⁶³² Ustanovení § 35 odst. 2 zákona o vnitrozemské plavbě.

⁶³³ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 115.

I nadále tedy bude mít přednost zvláštní právní úprava sektorových regulací (byť je starší). Podstatné je zejména určení následku, který s sebou uplatnění tzv. jednostranné změny obchodních podmínek přinese. Některé sektorové regulace hovoří o právu na odstoupení⁶³⁴, zatímco obecná právní úprava v občanském zákoníku zakládá možnost výpovědi. Vzhledem k charakteru smluv (opakující se, dlouhodobé plnění) však bude mít ve většině případů odstoupení od smlouvy v podstatě tytéž účinky jako výpověď (k tomu srov. § 2004 odst. 3 OZ)⁶³⁵, a proto vlastně oba instituty v praxi splývají.⁶³⁶

K jednostranné změně smlouvy se váže také významná judikatura Soudního dvora Evropské unie. Jedná se především o věc C-143/13 (Matej)⁶³⁷ a spojené věci C-359/11 a C-400/11 (věc Schulz a Egbringhoff)⁶³⁸. Předmětná soudní rozhodnutí se zabývala zejména posouzením transparentnosti ujednání v obchodních podmínkách, které se týkalo jednostranné změny úrokové sazby s ohledem na „významné změny na finančním trhu“ podle směrnice 93/13/EHS (věc Matej). Dále se judikatura věnovala posouzení souladu vnitrostátní právní úpravy se směrnicemi 2003/54/ES a 2003/55/ES (Schulz a Egbringhoff), a to pokud jde o transparentnost vnitrostátní právní úpravy ve vztahu k jednostranným změnám smlouvy na trhu s energetikou. V obou případech se jedná svou povahou o spory spotřebitelské; bezprostředně z nich proto nelze vyvozovat další závěry i pro vztahy B2B. Nicméně zvláště v případech druhého z rozhodnutí je třeba vzít v úvahu, že z pohledu transparentnosti jednostranné změny smlouvy či obchodních podmínek je třeba harmonizovat nejen obecnou právní úpravu v občanském zákoníku, ale také sektorovou právní regulaci (což se může odrazit i ve vztazích čistě podnikatelských).

⁶³⁴ K tomu viz níže; např. ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) EnerZ pro smlouvy mezi účastníky trhu s elektřinou a § 72 odst. 1 písm. d) EnerZ pro smlouvy mezi účastníky trhu s plynem. Odborná literatura k tomu uvádí, že pokud se ve zvláštní právní úpravě zakládá zákazníkovi právo na odstoupení v případě, že zákazník nesouhlasí se změnou smluvních podmínek, nebude již třeba v těchto případech zvláštní dohody o právu výpovědi. Zvláštní zákon totiž upravuje silnější právo (odstoupit od smlouvy), které je dokonce povinnou náležitostí smluv. Více viz JASENSKÝ, Martin. In: EICHLEROVÁ, Kateřina a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 1076.

⁶³⁵ Ilustrovat lze uvedené na trhu energetiky. Účinky odstoupení budou tedy také *ex nunc*. JASENSKÝ, Martin. In: EICHLEROVÁ, Kateřina a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 1076.

⁶³⁶ O tom podrobněji pojednává kapitola 5 týkající se obecně změny a jednostranné změny obchodních podmínek.

⁶³⁷ Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. 2. 2015 ve věci C-143/13.

⁶³⁸ Rozsudek Soudního dvora ze dne 23. 10. 2014 ve věci C-359/11 a C-400/11.

6.5.1 Informační povinnost ohledně (jakékoliv) změny smlouvy v sektorových regulacích

V oblasti energetiky a elektronických komunikací se z objektivních důvodů klade důraz v obecné rovině především na to, aby byl zákazník srozumitelným způsobem vyrozuměn o způsobu změny smlouvy (tedy včetně jejích obchodních podmínek),⁶³⁹ a to ať se již jedná o změnu na základě dohody stran, anebo o změnu tzv. jednostrannou (ačkoliv i ta je v současné právní úpravě podmíněna předchozí dohodou). Důraz se klade také na poučení zákazníka o možnosti odstoupit od smlouvy v případě nesouhlasu s navrhovanou změnou smluvních podmínek.⁶⁴⁰

V sektoru elektronických komunikací musí poskytovatel dodržet před změnou smlouvy stanovenou lhůtu.⁶⁴¹ Poskytovatel je povinen nejméně 1 měsíc před nabytím účinnosti změny smlouvy uveřejnit informaci o této změně v každé své provozovně a způsobem umožňujícím dálkový přístup.⁶⁴² Zároveň je povinen informovat zákazníka o uveřejnění. Zvláštní režim má podstatná změna smlouvy vedoucí ke zhoršení zákaznickova postavení. Literatura však upozorňuje, že toto ustanovení směřuje pouze ke stanovení

⁶³⁹ Ustanovení § 63 odst. 1 písm. m) ZEK stanoví, že uvedení způsobu vyrozumění je povinnou náležitostí smlouvy o poskytování veřejně dostupné služby elektronických komunikací nebo připojení k veřejné komunikační síti. Obdobně tak činí ustanovení § 50 odst. 1 písm. e) EnerZ pro smlouvy mezi účastníky trhu s elektřinou a § 72 odst. 1 písm. e) EnerZ pro smlouvy mezi účastníky trhu s plynem.

⁶⁴⁰ Ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) EnerZ pro smlouvy mezi účastníky trhu s elektřinou a § 72 odst. 1 písm. d) EnerZ pro smlouvy mezi účastníky trhu s plynem.

⁶⁴¹ Pro úplnost je třeba uvést, že zvláštní požadavky na zveřejnění změny návrhu smlouvy obsahuje ještě ustanovení § 72 b odst. 1 ZEK; pouze však pro smlouvy se zvláštním předmětem plnění. V případě, že je předmětem smlouvy šíření zemského digitálního televizního vysílání v režimu ZEK, je podnikatel povinen vypracovat návrh příslušné smlouvy, který musí obsahovat kromě náležitostí podle § 63 odst. 3 ZEK všeobecné smluvní podmínky s předepsaným obsahem, a uveřejnit návrh v každé své provozovně a způsobem umožňujícím dálkový přístup. Smlouvu lze uzavřít nejdříve jeden měsíc po zveřejnění jejího návrhu. Následně zákon uvádí, že pro změny návrhu smlouvy se použije tento postup obdobně. Změnu lze tedy uskutečnit pouze velmi formálním způsobem, který vyžaduje dvojí způsob zveřejnění, a dále je třeba uplynutí předepsané měsíční lhůty, než ke změně návrhu dojde.

⁶⁴² Ustanovení § 63 odst. 6 ZEK. Komentářová literatura v této souvislosti upozorňuje, že se nejedná o jednostrannou změnu smlouvy, jak by se na první pohled mohlo zdát (opět jde pouze o tzv. jednostrannou změnu, které předchází dohoda stran podle obecného ustanovení § 1752 OZ; k tomu text níže). JADRNÝ, Vratislav. In: CHUDOMELOVÁ, Zuzana a kol. Zákon o elektronických komunikacích. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 213.

zvláštní informační povinnosti poskytovatele služeb nad rámec obecných podmínek jednostranné změny obchodních podmínek podle ustanovení § 1752 OZ; předmětné ustanovení tak neupravuje zvláštní případ jednostranné změny a je třeba vždy splnit aplikační předpoklady v občanském zákoníku.⁶⁴³

V oblasti energetiky se vyskytuje zvláštní informační povinnost pro změny podmínek poskytování služby ve vztahu k domácnostem a podnikajícím fyzickým osobám⁶⁴⁴ (u nich však jen pokud splňují dané podmínky).⁶⁴⁵ Zvýšení cen za dodávku elektřiny nebo plynu nebo změny jiných podmínek jejich dodávek je poskytovatel povinen uveřejnit a oznámit svým zákazníkům způsobem sjednaným ve smlouvě nejpozději 30. den přede dnem jejich účinnosti. Pokud není způsob oznámení ve smlouvě sjednán, poskytovatel služby oznámí zákazníkovi zvýšení cen za dodávku elektřiny nebo plynu nebo změny jiných podmínek prokazatelným způsobem. Zákon v případě změny smluvních podmínek stanoví, jakým způsobem se změna zákazníkům oznamuje, avšak výslovně již neukládá, co by mělo být obsahem uveřejněné informace o změně smluvních podmínek. Energetický regulační úřad provedl účelový výklad předmětného ustanovení a dospěl k závěru, že jeho smyslem je především zajistit, aby mohl zákazník učinit informované rozhodnutí (svobodnou a účelnou volbu), zda setrvá ve stávajícím vztahu s dodavatelem, či nikoliv.⁶⁴⁶ Obsahem uveřejněné informace by proto měla být především jasná, konkrétní a srozumitelná identifikace změn smluvních podmínek a vymezení účinnosti nových smluvních podmínek (čemuž rozhodně nevyhovuje zveřejnění nového znění obchodních podmínek, které by zákazník musel porovnávat s předchozím, aby změny vůbec vyhledal).⁶⁴⁷ Mimo jiné v závěru svého stanoviska Energetický regulační úřad uvádí,

⁶⁴³ Tamtéž, s. 213.

⁶⁴⁴ Ustanovení § 11a odst. 1 EnerZ.

⁶⁴⁵ Jedná se o spotřebu plynu maximálně do 630 MWh za rok a v případě elektřiny musí podnikající fyzická osoba odebírat elektřinu z hladiny nízkého napětí.

⁶⁴⁶ ENERGETICKÝ REGULAČNÍ ÚŘAD. Výkladové stanovisko Energetického regulačního úřadu k postupu držitele licence při zveřejnění změny cen nebo změny jiných smluvních podmínek podle ustanovení § 11a odst. 1 zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů ze dne 26. 11. 2012 [online]. 4/2012 [cit. 1. 8. 2016].

⁶⁴⁷ Tamtéž.

že je poskytovatel povinen „jednat vůči zákazníkovi s takovou úrovní zvláštních dovedností a péče, kterou lze od dodavatele jakožto držitele licence ve vztahu k zákazníkovi rozumně očekávat a která odpovídá pozitivním obchodním praktikám nebo obecným zásadám dobré víry v oblasti činnosti držitele licence“.⁶⁴⁸

Speciální postup je povinen dodržet i provozovatel poštovních služeb, pokud jde o změnu poštovních podmínek. Provozovatel je povinen nejméně 30 dnů před nabytím účinnosti změny poštovních podmínek uveřejnit informaci o této změně v každé své provozovně a způsobem umožňujícím dálkový přístup.⁶⁴⁹

Zákon o podnikání na kapitálovém trhu stanoví obchodníku s cennými papíry obecnou povinnost, aby se při jakékoliv komunikaci se zákazníkem týkající se investičních služeb nebo nástrojů vyvaroval použití nejasných, nepravdivých, zavádějících nebo klamavých informací.⁶⁵⁰ Z tohoto obecného pravidla lze dovodit, že také informace o změně smlouvy by měla zadaným kvalitativním kritériím vyhovovat.

Ve vztahu k sektoru bankovníctví se obecná informační povinnost ohledně změny smlouvy překrývá s jednostrannou změnou smlouvy, resp. obchodních podmínek. Zvláštní ustanovení § 94 zákona o platebním styku totiž hovoří o „změně rámcové smlouvy“, přičemž tento pojem zákon chápe velmi široce. Vzhledem k tomu, že mechanismus změny se podobá tzv. jednostranné změně obchodních podmínek podle ustanovení § 1752 OZ, pojednává o ní text níže. Svojí podstatou se totiž již nejedná „pouze“ o vymezení kvality a kvantity informační povinnosti, ale za určitých okolností může ke změně rámcové smlouvy skutečně dojít (jedná se tedy o zakotvení možnosti, jak může poskytovatel služby jednostrannou změnu při splnění zákonem vymezených podmínek dokonat).

6.5.2 Jednostranná změna smlouvy v sektorových regulacích

Smlouvy zavazující dlouhodobě k opětovným plněním stejného druhu, jak o nich hovoří ustanovení § 1752 OZ, budou typicky smlouvy o dodávce

⁶⁴⁸ ENERGETICKÝ REGULAČNÍ ÚŘAD, op. cit.

⁶⁴⁹ Srov. ust. § 6 odst. 3 zákona o platebním styku.

⁶⁵⁰ Např. § 15a odst. 1 ZPKT.

elektřiny, smlouvy o dodávce plynu⁶⁵¹, případně smlouvy uzavírané v sektoru elektronických komunikací. Uvažovat lze také o smlouvě o platebních službách (z hlediska smluvních typů půjde především o smlouvy o účtu). Diskutabilní bude potom situace v případě smlouvy o úvěru, případně u pojistných smluv. Také pro oblast dopravy nebude uplatnění jednostranné změny smlouvy typické.

Pro oblast elektronických komunikací a energetiky lze odkázat k obecnému režimu jednostranné změny obchodních podmínek dle ustanovení § 1752 OZ. Komentářová literatura pro oblast energetiky uvádí, že za dlouhodobé bude patrně možné považovat smlouvy uzavřené na dobu určitou jednoho a více let; naopak sem však nebudou spadat smlouvy uzavřené na dobu neurčitou, u kterých, pokud je zákazník včas vypoví, nepřesáhne doba závazku čtyři měsíce (což asi za dlouhodobý závazek pokládat nelze).⁶⁵² I v případě elektronických komunikací se lze setkat s výjimkami, u nichž patrně nebudou aplikační předpoklady ustanovení § 1752 OZ splněny. Jedná se o situaci, kdy smlouva zakládá pouze krátkodobý závazek. V jeho případě totiž z povahy věci nevzniká rozumná potřeba pozdější změny smluvních ujednání a poskytovatel služby by měl být schopen dodržet původní plnění, k němuž se zavázal.⁶⁵³ Nebude se přitom jednat o výjimečné případy, a to zvláště ve spotřebitelských vztazích, neboť zákon o elektronických komunikacích obsahuje výslovné mechanismy bránící tomu, aby spotřebitelé nebo zákazníci obecně setrvali u jednoho poskytovatele služby, aniž je to pro ně ekonomicky výhodné (což se projevuje u smluv na dobu určitou limitací doby uzavření smlouvy).⁶⁵⁴ V žádném případě však není možné – a pro sektor energetiky a elektronických komunikací to platí zvláště – zaměňovat podmínku dlouhodobosti a charakter plnění, které je u dodávkových smluv typických pro tato odvětví z povahy věci vždy nepřetržité či opakované.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ JASENSKÝ, Martin. In: EICHLEROVÁ, Kateřina a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 1074.

⁶⁵² Tamtéž, s. 1075.

⁶⁵³ NĚMEČKOVÁ, Šárka. Ochrana zákazníka s akcentem na postavení spotřebitele v oblasti elektronických komunikací. *Rekodifikace & Praxe*. 2016, roč. 4, č. 7-8, s. 50.

⁶⁵⁴ K tomu srov. zejména ustanovení § 63 odst. 7 ZEK.

⁶⁵⁵ JASENSKÝ, Martin. In: EICHLEROVÁ, Kateřina a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2016, s. 1075.

Zvláštní režim jednostranné změny obsahuje především ustanovení § 94 zákona o platebním styku. Toto ustanovení se týká změny rámcové smlouvy, přičemž rámcovou smlouvu je třeba pro účely zákona o platebním styku chápat v materiálním smyslu. V souladu s ustanovením § 74 zákona o platebním styku se jedná o smlouvu jako celek včetně veškerých nepřímých ujednání. Ustanovení § 94 zákona o platebním styku proto dopadá „nejen na změnu vlastního smluvního textu, který smluvní strany podepsaly, ale i na změnu obchodních podmínek (včetně sazebníků a ceníků), jež smluvní strany učinily součástí rámcové smlouvy tím, že na ně odkázaly.“⁶⁵⁶ Sama Česká národní banka ostatně upozorňuje, že postup při změně rámcové smlouvy se týká i veškerých součástí rámcové smlouvy, například obchodních podmínek, produktových podmínek, sazebníků či jiných dokumentů.⁶⁵⁷ Změny obchodních podmínek v režimu tohoto ustanovení se v praxi uplatní patrně nejvíce.

Mechanismus změny v ustanovení § 94 zákona o platebním styku je obdobný jednostranné změně v ustanovení § 1752 OZ. Pokud jsou splněny podmínky aplikace, jsou však důsledky závažnější. Za zákonem stanovených předpokladů totiž v režimu zákona o platebním styku nastává nevyvratitelná právní domněnka⁶⁵⁸ přijetí návrhu na změnu rámcové smlouvy. Základními předpoklady jsou především poučení zákazníka o tomto následku a skutečnost, že zákazník návrh změny neodmítl. Zdánlivě tak mohou nastat účinky obdobné jednostranné změně smlouvy; ve skutečnosti se však o jednostrannou změnu smlouvy nejedná, neboť předpokladem uplatnění nevyvratitelné právní domněnky je předchozí dohoda obou smluvních stran.⁶⁵⁹

Česká národní banka trvá na tom, aby byl návrh na změnu rámcové smlouvy skutečně určitý a srozumitelný; za tím účelem by měl obsahovat znění konkrétních navrhovaných změn, případně aktualizovanou verzi rámcové

⁶⁵⁶ BERAN, Jiří. Komentář k ustanovení § 94. In: BERAN, Jiří, DOLEŽALOVÁ, Daniela, STRNADEL, Dalibor, ŠTĚPÁNOVÁ, Alice. *Zákon o platebním styku. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2011, s. 445.

⁶⁵⁷ Postup při změně rámcové smlouvy o platebních službách: Dohledový benchmark č. 1/2016. *Česká národní banka: Dohledová úřední sdělení a benchmarky* [online]. [cit. 14. 9. 2016]. S. 3.

⁶⁵⁸ V ustanovení § 94 zákona o platebním styku je vyjádřena slovy: „platí, že...“

⁶⁵⁹ Ustanovení § 94 odst. 3 zákona o platebním styku. Bližší rozbor tzv. jednostranné změny obchodních podmínek obsahuje kapitola 5.2 této publikace.

smlouvy s jasně vyznačenými změnami.⁶⁶⁰ Rozhodně nelze za přípustný návrh na změnu rámcové smlouvy považovat pouhé oznámení o tom, že změna rámcové smlouvy proběhne s uvedením odkazu na místo, kde se může zákazník se změnami sám seznámit (aniž je tedy návrh změny součástí takového oznámení); v praxi se lze setkat s nedostačujícím oznámením o změně rámcové smlouvy například na výpise z účtu či v rámci internetového bankovníctví.⁶⁶¹

Praxe upozorňuje ve vztahu k ustanovení § 94 odst. 3 zákona o platebním styku na výklad Evropské komise, podle něhož se za změnu rámcové smlouvy nepovažuje rozšíření rámcové smlouvy o nové prvky (například sjednání nové platební služby), ale musí se skutečně jednat pouze o změnu prvků stávajících.⁶⁶²

Ustanovení § 94 odst. 3 zákona o platebním styku tak představuje zřejmě vůbec první flexibilní možnost (zdánlivě) jednostranné změny obchodních podmínek v soukromoprávních vztazích, ačkoliv se týká především (a pouze) sektoru bankovníctví. Právě předchozí praxe bank byla také jedním z impulzů pro změnu dosavadní právní úpravy tehdejšího zákona o platebním styku. Dříve banky reagovaly na změny v hospodářském životě tím, že je promítly do svých obchodních podmínek, upozornily zákazníky na změnu obchodních podmínek a následně bez dalšího podle nových obchodních podmínek postupovaly.⁶⁶³ Samozřejmě se nejednalo o platnou změnu smlouvy; banky však spoléhaly na to, že jejich klienti nevznesou proti takovému postupu námitek.⁶⁶⁴ Jejich postup zakládal poměrně dlouhé období právní nejistoty všech účastníků právního vztahu. Záhy po novele

⁶⁶⁰ Postup při změně rámcové smlouvy o platebních službách: Dohledový benchmark č. 1/2016. *Česká národní banka: Dohledová úřední sdělení a benchmarky* [online]. [cit. 14. 9. 2016]. S. 1.

⁶⁶¹ Tamtéž, s. 2.

⁶⁶² BERAN, Jiří. Komentář k ustanovení § 94. In: BERAN, Jiří, DOLEŽALOVÁ, Daniela, STRNADEL, Dalibor, ŠTĚPÁNOVÁ, Alice. *Zákon o platebním styku. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2011, s. 446. J. Beran zde uvádí, že „Evropská komise v odpovědích na dotazy veřejnosti dospěla dále k závěru, že pravidla pro změnu rámcové smlouvy se neuplatní např. při změně výdajového limitu platebních prostředků (Q 191, 15. 4. 2009) ani při změně podmínek pro čerpání bonusů poskytovatelů za provádění platebních transakcí (Q 293, 29. 10. 2009)“; současně však upozorňuje, že první závěr vyvolává pochybnosti.

⁶⁶³ TOMŠA, Miloš. Změna sjednaných podmínek smlouvy o platebních službách. *Obchodní právo*. 2010, roč. 19, č. 10, s. 5 a násl.

⁶⁶⁴ Tamtéž, s. 6.

zákonu o platebním styku odborná veřejnost upozorňovala na to, že nutnost změn u dlouhodobých smluv se sice vyřešila v případě bankovního sektoru, avšak bylo by vhodné zakotvit řešení plošně.⁶⁶⁵ Určitou možnost jednostranné změny nepřímých smluvních ujednání podmíněné předchozí dohodou smluvních stran přinesla až rekodifikace; s ohledem na aplikační předpoklady ustanovení § 1752 OZ však také nelze hovořit o plošném řešení. Obecné řešení jednostranné změny vlastní smlouvy doposud právní úprava neobsahuje.

Pro smlouvy uzavírané v sektoru bankovníctví je významný také další odstavec předmětného ustanovení. Ustanovení § 94 odst. 5 zákona o platebním styku rozlišuje flexibilní režim změn, které spočívají v jednostranné změně úrokových sazeb či směnných kurzů. I v tomto případě je ovšem předpokladem předchozí dohoda smluvních stran o přípustnosti takové jednostranné změny. Sama myšlenka následné jednostranné změny úrokových sazeb ze strany poskytovatele přitom není revoluční; dosavadní judikatura nepovažovala změny úrokových sazeb vyvolané změnou referenční úrokové sazby vůbec za změnu smlouvy.⁶⁶⁶ Literatura proto uvádí, že dikce zákona není přesná – opravdu se totiž nejedná o jednostrannou změnu smlouvy v pravém slova smyslu.⁶⁶⁷

Ve vztazích mezi podnikateli je ustanovení § 94 ZPS zásadně dispozitivní, ledaže je zákazníkem (uživatelé) drobný podnikatel.⁶⁶⁸ Podmínky změny v režimu tohoto ustanovení proto mohou být v závislosti na dohodě mnohem benevolentnější; je však třeba dodržet obecné limity ochrany slabší strany dané zejména ustanovením § 433 OZ a další obecné korektivy v občanském zákoníku, zejména povinnost poctivého jednání. Při úvaze o slabším postavení v závazkovém vztahu představuje přitom velikost podnikatele jen velmi

⁶⁶⁵ TOMSA, Miloš. Změna sjednaných podmínek smlouvy o platebních službách. *Obchodní právo*. 2010, roč. 19, č. 10, s. 7.

⁶⁶⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 5. 2006, sp. zn. 29 Odo 1000/2004 citovaný v komentáři k ust. § 94. In: BERAN, Jiří, DOLEŽALOVÁ, Daniela, STRNADEL, Dalibor, ŠTĚPÁNOVÁ, Alice. *Zákon o platebním styku. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2011, s. 453.

⁶⁶⁷ O jednostrannou změnu smlouvy se totiž nejedná také z toho důvodu, že poskytovatel nečiní vůči uživateli žádné adresované právní jednání, ale pouze uplatňuje příslušné smluvní ujednání při splnění dohodnutých podmínek. BERAN, op. cit., s. 453.

⁶⁶⁸ Ustanovení § 75 odst. 3 a 4 zákona o platebním styku.

přibližný ukazatel; ve slabším postavení se v závislosti na podmínkách konkrétního vztahu může nacházet i podnikatel, který dalece překračuje kvantitativní kritéria stanovená v zákoně o platebním styku (a obráceně).

Jednostranné změny v režimu zákona o platebním styku se budou z hlediska smluvních typů v občanském zákoníku dotýkat především jednotlivých smluv o účtu, jejichž prostřednictvím se realizuje platební služba. Nelze ji však rozšířit bez dalšího na všechny tzv. bankovní obchody. Za platební službu podle zákona o platebním styku nelze považovat například poskytnutí úvěru. V doktríně⁶⁶⁹ se vyskytla otázka, zda lze na smlouvu o úvěru aplikovat alespoň ustanovení § 1752 OZ. Sporné se totiž může jevit, zda je splněna podmínka dlouhodobého, opětujiícího se plnění. Spíše lze souhlasit se stanoviskem, že smluvní stranou, která má poskytovat dlouhodobé opětujiící se plnění, může být kterákoliv ze smluvních stran – banka i její klient.⁶⁷⁰ Klient se zavazuje k opakované a pravidelné úhradě úvěrových splátek (jistiny i úroku); za pravidelnou a opakující se službu banky lze ale jen s obtížemi považovat například správu úvěru.⁶⁷¹ Zákon však nehovoří o tom, která smluvní strana by měla poskytovat opakující se plnění (a už vůbec nehovoří o tom, že by jej měly poskytovat obě smluvní strany); může tak zřejmě učinit i jen jedna z nich a druhá bude poskytovat typicky plnění trvající (vedení účtu).⁶⁷² Na druhou stranu si z povahy věci nelze představit, že by režim ustanovení § 1752 OZ dopadal na smlouvy, u kterých jedna ze smluvních stran poskytuje pouze jednorázové plnění.⁶⁷³ Účelem ustanovení § 1752 OZ je totiž zřejmě umožnit flexibilnější změnu ve prospěch subjektu, který sám poskytuje opakující se nebo trvající plnění a u něhož se předpokládá masové uzavírání smluv, neboť právě on bude mít legitimní zájem na jednotném smluvním režimu.⁶⁷⁴ V jiných případech rozumná potřeba změny smlouvy nevzniká. V případech úvěrové smlouvy samotná

⁶⁶⁹ HAVRÁNEK, Ondřej, PETRÁČEK, Vladimír. Změny obchodních podmínek ve vztahu k bankovním smlouvám. *Soudce* [online]. 2014, č. 1, s. 13 [cit. 1. 8. 2016].

⁶⁷⁰ Tamtéž.

⁶⁷¹ Tamtéž.

⁶⁷² Srov. HULMÁK, Milan. Komentář k ustanovení § 1752. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, xvi, s. 164.

⁶⁷³ M. Hulmák výslovně uvádí, že s ohledem na jednorázové plnění nebude možné uvažovat o úvěrech (kromě úvěru revolvingového) ani o kupních smlouvách. Tamtéž, s. 164.

⁶⁷⁴ Tamtéž, s. 164.

správa úvěru nepředstavuje zřejmě ani plnění trvajících. Nelze si proto představit rozumnou potřebu, která by banku vedla k tomu změnit obchodní podmínky úvěru, pokud už jej zákazníkovi poskytla. Proto se ustanovení § 1752 OZ na smlouvu o úvěru zřejmě neaplikuje.

Analogicky lze ve vztahu k sektoru pojišťovnictví uvažovat o možnosti jednostranné změny pojistné smlouvy v režimu ustanovení § 1752 OZ. I v tomto případě zákazník poskytuje pojišťovně pravidelné, dlouhodobé a opakující se plnění; závazek pojišťovny se proti tomu jeví jednorázový (plnění nastává teprve v případě škodné události a není závazkem k nepřetržitému plnění⁶⁷⁵). Konsistentní posuzování aplikace ustanovení § 1752 OZ by mělo vést k tomu, že ani v případě pojistné smlouvy možnost jednostranné změny v jeho režimu nenastává. Plnění ze strany pojišťovny se však přesto liší od plnění banky v případě smlouvy o úvěru. Závazek pojišťovny spočívá v připravenosti plnit v případě pojistné události; za uplynulý měsíc této připravenosti také pojišťovna obdrží tzv. zasloužené pojistné. Jako trvalé (opakující se) plnění ze strany pojišťovny tak můžeme chápat poskytnutí duševního klidu druhé smluvní straně.⁶⁷⁶

V případě pojistné smlouvy i smlouvy o úvěru však každopádně – zvláště v režimu smluv uzavřených mezi podnikateli – nic nebrání tomu, aby si podmínky tzv. jednostranné změny smlouvy dohodly samy smluvní strany.⁶⁷⁷

Jednostranná změna smlouvy pak zřejmě z povahy věci nebude připadat v úvahu u smluv v sektoru dopravy, neboť v jejich případě se zpravidla nejedná o smlouvy, jejichž předmětem je dlouhodobé a opakující se plnění stejného druhu. Ani u různých logistických smluv o přepravě věcí (u nichž se může jevit, že se o takové plnění jedná; např. jde o pravidelnou přepravu určitých dodávek) nebude namíste aplikace ustanovení § 1752 OZ, protože

⁶⁷⁵ WAWERKOVÁ, Magdalena. Komentář k ustanovení § 2758. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1293.

⁶⁷⁶ O tom hovoří M. Wawerková. V tomto smyslu pak přetrvávají diskuse týkající se synallagmatické povahy smlouvy. Pokud však vycházíme z toho, že pro účely ustanovení § 1752 OZ stačí opakující se, dlouhodobý závazek jedné smluvní strany, není synallagmatická povaha pojistné smlouvy nezbytná. K tomu WAWERKOVÁ, op. cit., s. 1293.

⁶⁷⁷ Srov. HULMÁK, Milan. Komentář k ustanovení § 1752. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, xvi, s. 163.

k realizaci dílčích smluv bude patrně docházet na základě rámcové smlouvy. Ustanovení rámcové smlouvy pak nelze považovat za obchodní podmínky (i kdyby rámcová smlouva obchodní podmínky v materiálním smyslu fakticky obsahovala). Výjimku v sektoru dopravy by mohlo představovat zakoupení předplatní jízdenky.

6.6 Veřejnoprávní ingerence

Veřejnoprávní ingerenci lze rozlišit podle toho, zda se jedná o schvalování obsahu smluv (smluvních podmínek) ještě před uzavřením smlouvy, o průběžnou kontrolu (monitoring) ze strany příslušných orgánů či jiných zvláštních subjektů, anebo zda jde o přímé zásahy těchto orgánů a subjektů do obsahu již existujících smluv. Samostatnou oblast veřejnoprávní ingerence státu do smluvních vztahů pak představuje správněprávní trestání.

6.6.1 Schvalování obsahu smluv a smluvních podmínek

Proceduru předběžného schválení obsahu smluv orgánem státního dohledu obsahuje zákon o stavebním spoření. Ten stavební spořitelně zakládá povinnost vypracovat všeobecné obchodní podmínky, které podléhají schválení Ministerstvem financí.⁶⁷⁸ Dříve přitom zákon o stavebním spoření požadoval, aby byly obchodní podmínky schváleny také Českou národní bankou. Jak však uvádí důvodová zpráva⁶⁷⁹ k novele zákona o stavebním spoření, jednalo se o nesystémové opatření, které podporovalo neopodstatněné rozdíly v přístupu ke stavebním spořitelnám a bankám. Těm totiž povinnost schválení obchodních podmínek Českou národní bankou žádný zákon nestanovil. Předběžné schvalování obsahu smluv a smluvních podmínek nacházíme dále v zákoně o Všeobecné zdravotní pojišťovně.⁶⁸⁰ Tento zákon o obchodních podmínkách na první pohled vůbec nehovoří; upravuje totiž schvalování obsahu rámcových smluv se zdravotními pojišťovnami. Text

⁶⁷⁸ Ustanovení § 7 odst. 1 zákona o stavebním spoření.

⁶⁷⁹ Důvodová zpráva k zákonu č. 423/2003 Sb., kterým se mění zákon č. 96/1993 Sb., o stavebním spoření a státní podpoře stavebního spoření [online]. [cit. 12. 9. 2016].

⁶⁸⁰ Z pohledu podnikatelů je tento právní předpis významný, neboť veškeré pojišťovny jsou s ohledem na svoji formu bez dalšího podnikateli ve smyslu ustanovení § 421 OZ. Jinak samozřejmě zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění nepředpokládá, že by pojištěncem mohli být podnikatelé nebo dokonce právnické osoby (k tomu srov. ustanovení § 2 tohoto zákona).

rámcových smluv podléhá schválení ústředního orgánu státní správy, kterým je Ministerstvo zdravotnictví. Rámcová smlouva nepředstavuje ani tak výsledek kontraktačního procesu jako spíše tzv. dohodovacího řízení mezi zástupci svazů zdravotních pojišťoven a zástupci příslušných skupinových smluvních poskytovatelů zastupovaných svými zájmovými sdruženími.⁶⁸¹ Dohodovací řízení může vyvolat kterákoliv ze smluvních stran, případně Ministerstvo zdravotnictví. Jednotlivé rámcové smlouvy následně posoudí samo Ministerstvo zdravotnictví, a to z hlediska jejich souladu s právními předpisy a dále z hlediska souladu s veřejným zájmem (ten se posuzuje prostřednictvím několika zákonem jmenovaných kritérií). Následně rámcovou smlouvu vydá Ministerstvo zdravotnictví jako vyhlášku.⁶⁸² Zákon upravuje i řešení situace, kdy účastníci vůbec nedospějí ke konsensu ohledně obsahu rámcové smlouvy. Pokud mezi účastníky dohodovacího řízení nedojde k dohodě o obsahu rámcové smlouvy do 6 měsíců nebo pokud předložená rámcová smlouva odporuje právním předpisům nebo veřejnému zájmu, je oprávněno učinit rozhodnutí (o vzájemných poměrech účastníků) samo Ministerstvo zdravotnictví.⁶⁸³

Rámcová smlouva v pojetí zákona o veřejném zdravotním pojištění tak vzniká nikoliv uplatněním smluvní autonomie, ale naopak výrazně odráží veřejné zájmy. V případech ohrožení veřejného zájmu (ať už mu rámcová smlouva svým obsahem odporuje, anebo dohodovací řízení trvá příliš dlouho) vstupuje do kontraktačního procesu Ministerstvo zdravotnictví svým rozhodnutím. To je výrazný projev veřejnoprávního zásahu státního orgánu do obsahu smlouvy, resp. do jejího vyjednávání. Uvedená procedura schvalování a vyhlášení rámcových smluv se úzce dotýká i obchodních podmínek, protože obsahově se rámcová smlouva může s obchodními podmínkami překrývat.

6.6.2 Dohled státních orgánů a jiných subjektů

Dohled nad uplatňováním nepřiměřených podmínek na trhu elektronických komunikací vykonává Český telekomunikační úřad, který také může

⁶⁸¹ Srov. ustanovení § 17 odst. 2 zákona o veřejném zdravotním pojištění.

⁶⁸² Jedná se v současné době o vyhlášku Ministerstva zdravotnictví č. 618/2006 Sb., ze dne 20. 12. 2006, kterou se vydávají rámcové smlouvy.

⁶⁸³ Ustanovení § 17 odst. 2 zákona o veřejném zdravotním pojištění.

rozhodnout o uložení povinnosti ke změně smlouvy (uvedené se však vztahuje pouze k ochraně spotřebitele).⁶⁸⁴ Český telekomunikační úřad monitoruje také poštovní podmínky.⁶⁸⁵

Na poli regulace energetického sektoru vykonává obdobnou činnost Energetický regulační úřad. Také on monitoruje uplatňování omezujících a nepřiměřených podmínek v příslušných smlouvách, které omezují nebo vylučují práva zákazníka.⁶⁸⁶ O nich pak informuje Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.⁶⁸⁷

Energetický zákon věnuje dále zvýšenou pozornost zvláštnímu subjektu, jehož označuje jako operátor trhu.⁶⁸⁸ Jedná se o akciovou společnost, jejímž jediným akcionářem je stát. Operátor trhu vykonává činnosti reprezentující veřejný zájem. Především uzavírá s ostatními účastníky trhu smlouvu o zúčtování regulační energie, jejíž nedílnou součástí jsou obchodní podmínky operátora trhu.⁶⁸⁹ Energetický zákon na tyto obchodní podmínky klade zvýšené požadavky, a to jak po stránce obsahové, tak po stránce formální. Obchodní podmínky podléhají schválení ze strany Energetického regulačního úřadu a operátor trhu je musí zveřejnit způsobem umožňujícím dálkový přístup.⁶⁹⁰

V oblasti bankovníctví a pojišťovnictví vykonává dohled Česká národní banka. V tomto směru jsou pro podnikatele významné a inspirativní především tzv. Dohledové benchmarky, v nichž Česká národní banka zobecňuje poznatky z dohledové činnosti a nepřímou tak formuluje i svá očekávání ve vztahu k podnikatelským aktivitám dotčených subjektů (například včetně formulace obchodních podmínek). Dohledové benchmarky Česká národní banka pravidelně uveřejňuje na svých webových stránkách.

⁶⁸⁴ Ustanovení § 3 odst. 1 a § 108 odst. 1 písm. z) ZEK, a dále ustanovení § 63 odst. 5 ZEK. Jak plyne z těchto ustanovení, pravomoc správního orgánu je v B2B vztazích limitována (vyloučena).

⁶⁸⁵ Ustanovení § 6 odst. 4 ZPoštSl.

⁶⁸⁶ Srov. § 17 odst. 7 písm. j) bod 1. EnerZ.

⁶⁸⁷ Srov. § 17c odst. 2 písm. b) EnerZ.

⁶⁸⁸ Dle ustanovení § 20a EnerZ.

⁶⁸⁹ Ustanovení § 50 odst. 7 EnerZ.

⁶⁹⁰ K tomu srov. ustanovení § 20a odst. 4 písm. j). EnerZ.

6.6.3 Veřejnoprávní zásahy do obsahu smluv

Velmi výrazný projev veřejnoprávní ingerence státu do (jinak ze své podstaty) soukromoprávních smluv pak představuje možnost příslušných orgánů autoritativním rozhodnutím změnit obsah smlouvy. Výrazná část smluvních ujednání se opět nachází právě v obchodních podmínkách.

Mírnější formu zásahu do obsahu sektorových smluv obsahuje zákon o poštovních službách, který upravuje možnost Českého telekomunikačního úřadu vyzvat poskytovatele poštovních služeb k tomu, aby provedl změnu poštovních podmínek.⁶⁹¹ Výzvu však může učinit pouze v případě, že poštovní podmínky odporují zákonu o poštovních službách, jeho prováděcím předpisům, anebo odporují zákonu, který obsahuje pravidla ochrany spotřebitele. Český telekomunikační úřad tedy zřejmě nemůže vyzvat podnikatele ke změně poštovních podmínek, pokud sice odporují některému z obecných ustanovení občanského zákoníku, ale jedná se o vztah mezi podnikateli. Pokud poskytovatel poštovních služeb neuposlechne, zahájí Český telekomunikační úřad řízení o správním deliktu.

Podstatně významnější ingerenci obsahuje zákon o elektronických komunikacích.⁶⁹² V případě poskytování zákonem vymezených služeb může totiž Český telekomunikační úřad podnikateli uložit, aby provedl změnu smlouvy nebo jejího zveřejněného návrhu. Důvody jsou tytéž jako v případě zákona o poštovních službách. Opět tedy není možné, aby Český telekomunikační úřad uložil změnu smlouvy v případě čistě podnikatelských vztahů, i kdyby smlouva odporovala některému z ustanovení občanského zákoníku.

6.6.4 Správněprávní trestání

Projev veřejnoprávní regulace představují také správněprávní sankce. Jednotlivé sektorové právní předpisy stanoví výčty konání či naopak opomenutí ze strany poskytovatele služby, které je klasifikováno jako přeštek nebo správní delikt. Řada z nich se týká selhání poskytovatele při

⁶⁹¹ Ustanovení § 6 odst. 4 ZPošSl.

⁶⁹² Ustanovení § 63 odst. 5 ZEK.

povinnostech plynoucích z formální či obsahové kontroly smlouvy či přímo z obchodních podmínek.⁶⁹³

6.7 Závěrem k obchodním podmínkám v sektorových regulacích

Obchodní podmínky v sektorových regulacích vykazují oproti obecné právní úpravě určité odlišnosti. Hlavním společným jmenovatelem sektorových regulací je veřejný zájem na zachování funkčnosti určitého odvětví (poštovní služby, energetika). Dalším výrazným rysem je statusově neutrální ochrana zákazníka (v podstatě se jedná o projev ochrany slabší strany – nikoliv pouze spotřebitele).

Hlavní odlišnosti právní úpravy obchodních podmínek v sektorových regulacích lze rozdělit do tří základních okruhů.

Specifická struktura smluv může obecně zvýšit riziko, že bude konkrétní ustanovení v obchodních podmínkách neplatné (podle § 1798 a násl. OZ), případně neúčinné podle ustanovení § 1753 OZ. V podnikatelských vztazích by však obecně neměla představovat překážku inkorporace obchodních podmínek do smlouvy.

Obsahová kontrola obchodních podmínek se v sektorové regulaci uskutečňuje prostřednictvím celé řady nástrojů, jejichž použití je s ohledem na zásadu autonomie vůle v soukromoprávních vztazích nemyslitelné. Jedná se například o rozsáhlou dozorovou činnost příslušných orgánů či jiných subjektů, stanovení předepsaných obsahových náležitostí smluv (nikoliv pouze podstatných náležitostí jednotlivých smluvních typů) či možnost změnit smlouvu autoritativním rozhodnutím příslušného orgánu (to se však týká zejména ochrany zákazníka, který je současně v postavení spotřebitele).

Formální specifika právní úpravy obchodních podmínek se týkají především informační povinnosti ze strany poskytovatelů služeb, kteří jsou v různé míře

⁶⁹³ Např. § 37a odst. 2 ZPoStSl stanoví, že provozovatel (poskytovatel poštovních služeb) se dopustí správního deliktu tím, že nezpřístupní v souladu se zákonem poštovní podmínky, neprovede změnu poštovních podmínek dle rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu, případně neuveřejní změnu poštovních podmínek. Dále ustanovení § 118 odst. 16 písm. c) ZEK uvádí, že podnikatel poskytující službu šíření chráněného obsahu se dopustí správního deliktu tím, že nevypracuje a neuveřejní návrh smlouvy včetně všeobecných smluvních podmínek podle § 72b odst. 1 ZEK.

povinni znění obchodních podmínek zveřejňovat (typicky na webových stránkách a ve všech svých provozovnách). Nejprísnějším požadavkem je zveřejnění obchodních podmínek v Obchodním věstníku.

Velkým tématem v sektorových regulacích je jednostranná změna obchodních podmínek. Ačkoliv se na první pohled zdá, že jednostranná změna dle ustanovení § 1752 OZ obecně míří právě na smlouvy v sektorových regulacích, i zde je v každém jednotlivém případě třeba zkoumat naplnění aplikačních předpokladů. Například v případě smluv v sektoru elektronických komunikací jsou některé smlouvy pouze krátkodobé, a to zejména v důsledku zákonných opatření, která se snaží zajistit prostor pro svobodnou volbu zákazníka. To se však bude ve větší míře týkat pouze smluv uzavíraných se spotřebiteli. Aplikaci ustanovení § 1752 OZ pak naopak spíše nelze dovodit u některých smluvních typů v občanském zákoníku, které se realizují převážně v sektorových regulacích a nezakládají závazek k opětovnému ani trvajícimu plnění oběma smluvními stranám (například smlouva o úvěru). Zcela zvláštní režim (též zdánlivě) jednostranné změny obchodních podmínek upravuje zákon o platebním styku. Ustanovení § 94 odst. 3 zákona o platebním styku bylo pravděpodobně vůbec prvním ustanovením v moderním tuzemském právním řádu, které za určitých podmínek jednostrannou změnu na základě dohody smluvních stran umožnilo. Ve vztazích mezi podnikateli (pokud se nejedná o drobné podnikatele) je navíc právní úprava zcela dispozitivní, takže v režimu zákona o platebním styku si podnikatelé mohou dohodnout pro jednostrannou změnu smlouvy ještě liberálnější smluvní podmínky. I ty však musí respektovat obecné korektivy v občanském zákoníku, zejména co se povinnosti poctivého jednání a ochrany slabší strany týče (příčemž z velikosti podnikatele obecně ještě nelze vyvozovat žádné paušální závěry o případném slabším postavení).

Nejvyšší koncentraci specifických ustanovení vykazují právní předpisy v sektoru elektronických komunikací, energetiky a poštovních služeb. Naopak v sektoru bankovníctví, pojišťovnictví a kapitálového trhu se sice faktické zvláštnosti při tvorbě a používání obchodních podmínek vyskytují, avšak zvláštní právní regulace je ponechávají více méně bez povšimnutí. To je dáno ve velké míře tím, že značná část soukromoprávní úpravy se nachází přímo v občanském zákoníku (smlouva o účtu, pojistná smlouva) a dále v zákone

o platebním styku; zbylé sektorové regulace tak upravují otázky téměř čistě veřejnoprávní povahy (zejména otázky postavení poskytovatelů regulovaných služeb).

Pro jednotlivé smlouvy uzavírané v sektorových regulacích se podpůrně použije právní úprava v občanském zákoníku. Sektorové regulace na základní soukromoprávní rámec navazují stanovením speciálních práv a povinností. Z pohledu obecných otázek obchodních podmínek, jako je zejména jejich inkorporace, ale také obsahová kontrola je proto nezbytné dodržet postup podle příslušných ustanovení občanského zákoníku.

SUMMARY

The subject of this monograph are standard terms as a specific part of B2B contracts.

Although the Czech regulation of standard terms laid down in the Civil Code consists only of three provisions, many aspects of this legislation are questionable or controversial. Therefore, in its six chapters, the monograph thoroughly evaluates the regulation of standard terms.

The first chapter deals with the standard terms themselves and with their purpose in general. The main issue discussed in this chapter is how should the standard terms be defined. The current legislation is based on a formal point of view according to which standard terms are any arrangements outside of the text of the contract itself. The German and Austrian regulations, on the other hand, view as standard terms any contractual arrangements that have not been individually negotiated – therefore, it does not matter whether they are located in the main text of the contract or outside of it. As there are few other options for different interpretation under the current Czech legislation, the authors of the monograph adopt the formal point of view. Notwithstanding that, at least some substantive (or material) correctives of this formal concept exist, especially with regard to the protection against adhesion contract. The chapter subsequently reviews various kinds of standard terms and is supplemented with analysis of standard terms from the viewpoint of law & economics.

The second chapter addresses the incorporation of standard terms into a contract. It examines the various ways in which it is possible to fully incorporate standard terms into the contract and provides clear instructions for incorporation in individual cases. The chapter shows that the art. 1751 of the Civil Code offers several possible interpretative solutions; especially questionable is how broadly the provision of art. 1751(3) of the Civil Code can be interpreted. The chapter follows with an examination of incorporation of standard terms into adhesion contracts and of the use of forms during the formation of a contract. The following part of the chapter deals with collisions of standard terms and presents possible solutions; particularly

interesting in this context is the relationship between standard terms and non-mandatory provisions. The chapter concludes with a discussion of the role of standard terms in e-commerce transactions, especially with regard to the technical aspects of their incorporation.

The third chapter examines the issue of interpretation of standard terms. It focuses mainly on the particularities of the interpretation of standard terms, provides instructions for the interpretation of individual provisions of the standard terms and, in particular, it deals with the possibilities of interpretation *contra proferentem*.

The fourth chapter focuses on the content control of standard terms, specifically with regard to the sanction of ineffectiveness of surprising provisions in standard terms (art. 1753 of the Civil Code). The chapter in addition analyses other tools that can be used for the content control of standard terms (e.g. the contractual penalties and arbitration clauses).

The fifth chapter deals with the modification of standard terms. First, it focuses on modification standard terms in general (such as a modification of the contract). Subsequently, it addresses the issue of the form of an amendment (“No Oral Modification” Clause) and its legal consequences, and deals with the admissibility of unilateral changes in standard terms (art. 1752 of the Civil Code).

The sixth chapter builds on the previous chapters and analyses the regulation of standard terms in several specific areas of legislation (e.g. banking and insurance sector, energy sector or sector of electronic communication). Of special interest in this chapter is the specific content control of standard terms in these sectors and the possibility of incorporation of standard terms into a contract.

LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

Tištěné monografie a časopisy

B

- BAIRD, Douglas G., WEISBERG, Robert. Rules, Standards and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2–207. *Virginia Law Review*. 1982, vol. 68, no. 6, s. 1217–1262. ISSN 0042-6601.
- BAR, Christian von, CLIVE, Eric M. (eds.). *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*. Volume 1. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, 1010 s. ISBN 978-3-86653-098-0.
- BEALE, Hugh, DUGDALE, Tony. Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies. *British Journal of Law and Society*. 1975, vol. 2, no. 1, s. 45–60. ISSN 0306-3704.
- BEJČEK, Josef. Některá úskalí racionality obchodních podmínek. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 23, č. 18, s. 611–621. ISSN 1210-6410.
- BEJČEK, Josef. Obchodní a hospodářské právo v době postkodexové. *Obchodněprávní revue*. 2014, roč. 6, č. 7-8, s. 204–212. ISSN 1803-6554.
- BEJČEK, Josef. Regulace obchodu mezi (ne)efektivností a (ne)spravedlností. *Právní rozhledy*. 2016, roč. 24, č. 17, s. 573–582. ISSN 1210-6410.
- BEJČEK, Josef. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2016, 516 s. ISBN 978-80-210-8185-7.
- BEJČEK, Josef. Soukromoprávní ochrana slabšího obchodního partnera. *Bulletin advokacie*. 2015, roč. 2015, č. 7-8, s. 24–36. ISSN 1210-6348.
- BEJČEK, Josef. Účelovost nebo účelnost didaktické parcelace závazkového práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 4, s. 319–325. ISSN 1210-9126.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, 1776 s. ISBN 978-80-7179-342-7.
- BERAN, Jiří, DOLEŽALOVÁ, Daniela, STRNADEL, Dalibor, ŠTĚPÁNOVÁ, Alice. *Zákon o platebním styku. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2011, 676 s. ISBN 978-80-7400-369-1.

- BEZOUŠKA, Petr. *Postavení a ochrana věřitele v novém soukromém právu – aktuální otázky. Srovnávací komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, 90 s. ISBN 978-80-7552-344-0.
- BOLLENBERGER, Raimund. Vertragsabschluss unter beiderseitig verdünnter Willensfreiheit. Zum aktuellen Stand des AGB-Rechts aus Unternehmenssicht. *BankArchiv – ÖBA*. 2016, Jg. 64, H. 1, s. 26–43. ISSN 1015-1516.
- BRAUN, David, RITTER, Lenart. *European Competition Law: A Practitioner's Guide*. Hague: Kluwer Law International, 2004, 1226 s. ISBN 90-411-2200-1.
- BRUIN DE, Ronald. *Consumer Trust in Electronic Commerce: Time for Best Practice*. Hague: Kluwer Law International, 2002, 373 s. ISBN 90-411-1923-X.
- BRYNJOLFSSON, Erik, MCAFEE, Andrew. *Druhý věk strojů*. Přeložil Filip Drlík. Příbram: Jan Melvil Publishing, 2015, 296 s. ISBN 978-80-87270-71-4.
- BUNTE, Hermann-Josef. *AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen. Kommentar*. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2015, 795 s. ISBN 978-3-406-66636-0.

C

- CHALUPA, Radim. Vybrané otázky důkazního břemene v řízení o zaplacení směnečného nároku. *Bulletin advokacie*. 2015, roč. 2015, č. 12, s. 26–34. ISSN 1210-6348.
- CHUDOMELOVÁ, Zuzana a kol. *Zákon o elektronických komunikacích. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, 532 s. ISBN 978-80-7552-100-2.
- CHUM, Václav, MATEJKA, Ján. K právní úpravě elektronického podpisu. *Bulletin advokacie*. 2002, roč. 2002, č. 3, s. 27–41. ISSN 1210-6348.
- COUFALÍK, Petr. Všeobecné obchodní podmínky ve vztazích se spotřebiteli. *Právní rozhledy*. 2014, roč. 22, č. 20, s. 690–693. ISSN 1210-6410.
- CSACH, Kristián. (Niektoré) Zmluvnoprávne aspekty práva proti nekalé súťaži. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2015, roč. 23, č. 1, s. 9–13. ISSN 1210-9126.
- CSACH, Kristián. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 331 s. ISBN 978-80-7380-199-1.

D

- DE DEYNE, Laura. Legal Framework on District Heating Networks in Belgium and the Netherlands: Competition, Unbundling and Reasonable Prices. *European Energy and Environmental Law Review*. 2016, vol. 25, no. 1, s. 11–24. ISSN 0966-1646.
- DVOŘÁKOVÁ, Alena. Jak revize směrnice o akcionářských právech ovlivní regulaci kapitálového trhu. *Obchodněprávní revue*. 2014, roč. 6, č. 7-8, s. 223–226. ISSN 1803-6554.

E

- EGELER, Simone. *Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht*. St. Galler Studien zum internationalen Recht 16. St. Gallen: Dike-Verlag, 1994, 246 s. ISBN 3905455021.
- EGGLESTON, Karen, POSNER, Eric A., ZECKHAUSER, Richard. The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters. *Northwestern University Law Review*. 2000, vol. 95, no. 1, s. 91–132. ISSN 0029-3571.
- EICHLEROVÁ, Kateřina a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, 1492 s. ISBN 978-80-7552-412-6.
- ELIÁŠ, Karel. Nový občanský zákoník po schválení v Poslanecké sněmovně. *Obchodněprávní revue*. 2012, roč. 4, č. 1, s. 17–20. ISSN 1803-6554.
- EUGSTER, Bruno. Gegensätzliche Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Offerenten und Akzeptanten. *Schweizerische Juristen-Zeitung*. 1978, Jg. 74, H. 3, s. 344 a násl. ISSN 0036-7613.

F

- FORSTMOSER, Peter. Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht. In: KUMMER, Max; MERZ, Hans; SCHLUEP, Walter R. (Hrsg.). *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*. Bern: Stämpfli, 1980, s. 99–142. ISBN 3727292032.
- FRIMMEL, Martin. *Elektronický obchod: právní úprava*. 1. vyd., Praha: Prospektrum, 2002, 321 s. ISBN 80-7175-114-6.
- FRYŠTENSKÁ, Marcela. *Ekonomická analýza civilního práva*. 1. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2015, 312 s. ISBN 978-80-210-7880-2.

G

GADE, Marcel. *Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014, 385 s. ISBN 978-3-428-14344-3.

GIGERENZER, Gerd, SELTEN, Reinhard. *Bounded Rationality*. Cambridge: MIT Press, 2002, 394 s. ISBN 978-0-262-57164-7.

GLEESON, Simon. *International regulation of banking: Basel II, capital and risk requirements*. New York: Oxford University Press, 2010, 392 s. ISBN 978-0-19-921534-8.

GOLDBERG, Victor P. The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule. *Oregon Law Review*. 1997, vol. 76, no. 1, s. 155–172. ISSN 0196-2043.

GUEST, Anthony Gordon (general ed.). *Chitty on Contracts. Volume I, General Principles*. 24. ed. London: Sweet & Maxwell, 1977, 1208 s. ISBN 9780455195766.

H

HADAMČÍK, Lukáš, JANOUŠEK, Michal. Forma právního jednání a následky jejího nedodržení. *Právní rádce*. 2016, roč. 24, č. 1, s. 28–33. ISSN 1210-4817.

HADAMČÍK, Lukáš, JANOUŠEK, Michal. Neplatnost pro nedostatek formy v komparativním pohledu. In: HURDÍK, Jan; DOBROVOLNÁ, Eva; VALDHANS, Jiří (eds.). *Dny práva – 2015 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 92–104. ISBN 978-80-210-8199-4.

HANDLAR, Jiří. Dohoda o změně závazku, novace a narovnání podle návrhu nového občanského zákoníku. *Právník*. 2008, roč. 147, č. 1, s. 70–85. ISSN 0231-6625.

HANDLAR, Jiří. Dohoda stran jako důvod změny a zániku závazků v občanském a obchodním právu. *Právní rozhledy*. 2006, roč. 14, č. 19, s. 689–697. ISSN 1210-6410.

HANDLAR, Jiří. Forma právních úkonů, které mění nebo ruší závazky, v občanském právu. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 20, s. 719–726. ISSN 1210-6410.

HANDLAR, Jiří. Právní následky porušení smluvní formy právních úkonů v civilním právu de lege lata a de lege ferenda. *Právní rozhledy*, 2010, roč. 18, č. 18, s. 643–650. ISSN 1210-6410.

- HARTENSTEIN, Olaf, REUSCHLE, Fabian (Hrsg.). 2. Aufl. *Handbuch des Fachanwalts. Transport- und Speditionsrecht*. Köln: Wolters Kluwer, 2012, 1104 s. ISBN 978-3-452-28142-5.
- HEBESTREIT, Christoph. *Transparenz im AGB-Recht der Bundesrepublik Deutschland? Allgemeine Geschäftsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Vertrag, Delikt und Markt*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 1995, 339 s. ISBN 978-3-631-48689-4.
- HELLWEGE, Phillip. *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, 705 s. ISBN 978-3-16-150254-5.
- HESELINK, Martijn W., VRIES DE, Gerard J. P. *Principles of European Contract Law*. Deventer: Kluwer, 2001, 189 s. ISBN 9789026837517.
- HORLER, Sally. *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. 1. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, 324 s. ISBN 978-3-428-13737-4.
- HUBER, Ulrich. Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1979, Jg. 43, H. 3, s. 413–526. ISSN 0033-7250.
- HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, 1344 s. ISBN 978-80-7400-535-0.
- HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, 2072 s. ISBN 978-80-7400-287-8.
- HULMÁK, Milan. Uzavírání smluv podle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 1, s. 25–30. ISSN 1210-6410.
- HULMÁK, Milan. *Uzavírání smluv v civilním právu*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2008, 224 s. ISBN 978-80-7400-062-1.

K

- KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *The American Economic Review*. 2003, vol. 93, no. 5, s. 1449–1475. ISSN 0002-8282.
- KAUFHOLD, Sylvia. „Echte“ und „unechte“ AGB in der Klauselkontrolle. *Betriebs-Berater*. 2012, Jg. 67, H. 20, s. 1235–1241. ISSN 0340-7918.

- KELLNER, Markus. Zur Abgrenzung zwischen allgemeinen Geschäftsbedingungen und ausgehandelten Verträgen. *BankArchiv – ÖBÄ*. 2015, Jg. 63, H. 7, s. 475–482. ISSN 1015-1516.
- KLEE, Lukáš. *Smluvní podmínky FIDIC*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, 456 s. ISBN 978-80-7357-620-2.
- KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 1995, 247 s. ISBN 80-7179-028-1.
- KOCH, Raphael. Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung? *Betriebs-Berater*. 2010, Jg. 65, H. 31, s. 1810–1815. ISSN 0340-7918.
- KOENIG, Christian, BARTOSCH, Andreas (eds.). *EC Competition and Telecommunications Law*. 2. ed. Netherlands: Kluwer Law International, 2009, 776 s. ISBN 9789041125644.
- KOPÁČ, Ludvík. Nepřímá ujednání v obchodních smlouvách. *Právní rádce*. 1993, roč. 1, č. 8, s. 11–13. ISSN 1210-4817.
- KORBEL, František, MELZER, Filip. Písemnost, elektronický a biometrický podpis elektronického právního jednání. *Bulletin advokacie*. 2014, roč. 2014, č. 12, s. 31–36. ISSN 1210-6348.
- KORNET, Nicole. The Interpretation and Fairness of Standardized Terms: Certainty and Predictability under CESL and the CISG Compared. *European Business Law Review*. 2013, vol. 24, no. 3, s. 319–339. ISSN 0959-6941.
- KOTÁSEK, Josef. (Ne)žádoucí důslednost při výkladu contra proferentem. *Súkromné právo*. 2016, roč. 2, č. 1, s. 31. ISSN 339-8652.
- KOTÁSEK, Josef. Konflikty obchodních podmínek a jejich řešení. *Obchodní právo*. 2015, roč. 24, č. 10, s. 346–359. ISSN 1210-8278.
- KRAMER, Ernst A. Internationale, europäische und schweizerische Perspektiven des Vertragsrechts. *Juristische Blätter*. 2012, Jg. 134, H. 12, s. 750–762. ISSN 0022-6912.
- KRUISINGA, Sonja A. Incorporation of standard terms according to the CISG and the CESL: Will these Competing Instruments Enhance Legal Certainty in Cross-Border Sales Transactions? *European Business Law Review*. 2013, vol. 24, no. 3, s. 341–362. ISSN 0959-6941.
- KÜMPEL, Siegfried. *Bank- und Kapitalmarktrecht*. 3. neu bearb. und wesentlich erw. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, 2812 s. ISBN 3-504-40057-9.

L

- LANDO, Ole, BEALE, Hugh G. (eds.). *Principles of European contract law*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, 561 s. ISBN 90-411-1305-3.
- LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.
- LAVICKÝ, Petr a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2014, 2400 s. ISBN 978-80-7400-529-9.
- LOCHER, Horst. *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 1997, 177 s. ISBN 978-3-406-42712-1.

M

- MAIR, Simon. Zum Kriterium der Vorformulierung von Klauseln bei AGB. *Zivilrecht aktuell*. 2008, Jg. 5, H. 18, s. 343 a násl. ISSN 1996-2428.
- MAISNER, Martin. *Zákon o některých službách informační společnosti. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2013, 224 s. ISBN 978-80-7400-449-0.
- MALETZKI, Corinna. *Inhaltskontrolle nicht individuell ausgehandelter Vertragsbestimmungen in B2C-Verträgen nach dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*. Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 2014, 166 s. ISBN 978-3-631-65472-9.
- MAREK, Radan, JEŽEK, Václav. *Cenné papíry v novém občanském zákoníku. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2013, 464 s. ISBN 978-80-7400-466-7.
- MAREŠOVÁ, Marcela. Je vystavování zboží v e-shopu podle nového občanského zákoníku závazným návrhem na uzavření smlouvy? *Bulletin advokacie*. 2014, roč. 2014, č. 12, s. 50–51. ISSN 1210-6348.
- MATULA, Zbyněk, VLKOVIČ, Petr. Jednostranné změny obchodních podmínek. *Právní fórum*. 2011, roč. 8, č. 11-12, s. 541-547. ISSN 1214-7966.
- MATULA, Zbyněk. Inkorporace obchodních podmínek do smlouvy. *Rekodifikace & praxe*. 2013, roč. 1, č. 12, s. 9-11. ISSN 1805-6822.
- MAYRHOFER, Heinrich. Überlegungen zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. *Juristische Blätter*. 1993, Jg. 115, H. 3, s. 94–101, 174–183. ISSN 0022-6912.
- MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*. 1. vyd. Praha: Leges, 2014, 1264 s. ISBN 978-80-7502-003-1.

MURRAY, Grant. A Corporate Counsel's Perspective of the "Battle of the Forms". *Canadian Business Law Journal*. 1980, vol. 4, no. 13, s. 290–296. ISSN 0319-3322.

N

NĚMEČKOVÁ, Šárka. Ochrana zákazníka s akcentem na postavení spotřebitele v oblasti elektronických komunikací. *Rekodifikace & Praxe*. 2016, roč. 4, č. 7-8, s. 45–53. ISSN 1805-6822.

NEUMANN, Johannes. *Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 226 s. ISBN 978-3-7890-1526-7.

NIEBLING, Jürgen. Zum Stand der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im deutschen Recht bei Verwendung in B2B. *Österreichische Juristen-Zeitung: ÖJZ*. 2012, Jg. 67, H. 13, s. 586–594. ISSN 0029-9251.

NOVÝ Zdeněk. Princip „pochtivosti“ dle Draft Common Frame of Reference jako inspirace pro výklad § 6 odst. 1 návrhu občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 2, s. 46–54. ISSN 1210-6410.

O

ONDREJOVÁ, Dana. *Porušení závazkového práva jako nekalá obchodní praktika nebo nekalá soutěž*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2016, 264 s. ISBN 978-80-7400-628-9.

ONDREJOVÁ, Dana. *Průvodce uzavíráním smluv po rekodifikaci*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, 456 s. ISBN 978-80-7478-962-5.

P

PETERSEN, Jens. Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. *JURA – Juristische Ausbildung*. 2010, Jg. 32, H. 9, s. 667–670. ISSN 0170-1452.

PILÍK, Václav. Výklad právních jednání contra proferentem. *Právní rozhledy*. 2013, roč. 21, č. 6, s. 199–202. ISSN 1210-6410.

POKORNÁ, Jarmila a kol. *Obchodní zákoník. Komentář. II. díl*. 1. vyd., Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 1081–1927. ISBN 978-80-7357-491-8.

POLČÁK, Radim. Elektronické právní jednání – změny, problémy a nové možnosti v zákoně č. 89/2012 Sb. *Bulletin advokacie*. 2013, roč. 2013, č. 10, s. 34–40. ISSN 1210-6348.

POLČÁK, Radim. Praxe elektronických dokumentů. *Bulletin advokacie*. 2011, roč. 2011, č. 7-8, s. 53–61. ISSN 1210-6348.

PŘÍKAZSKÁ, Monika. Rámcové smlouvy po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2016, roč. 8, č. 9, s. 247–254. ISSN 1803-6554.

R

RITTNER, Fritz. Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb. *Archiv für civilistische Praxis*. 1988, Jg. 188, H. 2-3, s. 101–139. ISSN 0003-8997.

ROSE, Francis D. (ed.). *Lex mercatoria: Essay on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*. London: LLP, 2000, 399 s. ISBN 9781859785430.

ROUČEK, František, SEDLÁČEK, Jaromír a kol. (eds.). *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Díl první. Reprint původního vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2013, 1192 s. ISBN 80-85963-60-4.

RÜHL, Giesela. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2003, vol. 24, no. 1, s. 189–224. ISSN 1086-7872.

S

SCHÄFER, Christoph. Anerkannt, gut bewährt – eine Analyse des Kampfs um das „Kleingedruckte“. *Betriebs-Berater*. 2012, Jg. 67, H. 20, s. 1231–1234. ISSN 0340-7918.

SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Claus. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. 3. Aufl. Berlin: Springer Verlag, 2000, 654 s. ISBN 978-3-540-66908-1.

SCHLOSSER, Peter. *Staudinger BGB. § 305-310. UKlag. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Berlin: Sellier der Gruyter, 2013, 1130 s. ISBN 978-3-8059-1154-2.

SCHNEIDER, Christof Alexander. *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2012, 514 s. ISBN 978-3-8300-6154-0.

SCHULTE-NÖLKE, Hans. No Market for ‘Lemons’: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts. *European Review of Private Law*. 2015, vol. 23, no. 2, s. 195–216. ISSN 0928-9801.

SEDLÁČEK, Jaromír. *Obligační právo*. 1–3. díl. Praha: Wolters Kluwer, 2010, 615 s. ISBN 978-80-7357-511-3.

SOBEK, Tomáš. Koherence práva. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 4, s. 337–369. ISSN 0231-6625.

SOERGEL, Hans T., WOLF, Manfred. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*. Allgemeiner Teil. Band 2. § 104–240. 13. überbearb. und erw. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 1999, 900 s. ISBN 978-3-17-015793-4.

STEINFELD, Nili. „I agree to the terms and conditions“: (How) do users read privacy policies online? An eye-tracking experiment. *Computers in Human Behaviour*. 2016, vol. 55, s. 992–1000. ISSN 0747-5632.

Š

ŠPAČKOVÁ, Michala. Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*. 2015, roč. 7, č. 4, s. 106–111. ISSN 1803-6554.

ŠTENGLOVÁ, Ivana, PLÍVA, Stanislav, TOMSA, Miloš a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. 13. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010, 1469 s. ISBN 978-80-7400-354-7.

ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I, (§ 1 až 654)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, 1736 s. ISBN 978-80-7478-370-8.

ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek V, (§ 1721 až 2520)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, 1700 s. ISBN 978-80-7478-638-9.

T

TICHÁ, Monika. Dodavatelské smlouvy a ochrana před tzv. adhezními smlouvami. *Obchodněprávní revue*. 2015, roč. 7, č. 3, s. 85–90. ISSN 1803-6554.

TICHÝ, Luboš. Kontrola smlouvy, všeobecné obchodní podmínky, formulářové smlouvy a nekalé (zneužívající) klauzule. *Acta Universitatis Carolinae – IURIDICA*. 2015, roč. 16, č. 3, s. 43–76. ISSN 0323-0619.

TICHÝ, Luboš. Kupní smlouva a spotřebitelská kupní smlouva, včetně odpovědnosti za vady. *Bulletin advokacie*. 2014, roč. 2014, č. 7-8, s. 23–33. ISSN 1210-6348.

TISDELL, Clement. *Bounded Rationality and Economic Evolution: A Contribution to Decision Making, Economics, and Management*. Cheltenham: Edward Elgar, 1996, 351 s. ISBN 9781858983523.

TOBEŠ, Zdeněk. Obchodní podmínky v českém a německém právu. *Právní rádce*. 2005, roč. 13, č. 7, s. 21–29. ISSN 1210-4817.

TOMSA, Miloš. Změna sjednaných podmínek smlouvy o platebních službách. *Obchodní právo*. 2010, roč. 19, č. 10, s. 2–9. ISSN 1210-8278.

U

ULMER, Peter, BRANDNER, Erich H., HENSEN, Horst-Diether. *AGB Recht*. 11. neu bearb. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011, 2052 s. ISBN 978-3-504-45109-7.

[UNIDROIT]. *Zásady mezinárodních obchodních smluv*. 1. vyd., Praha: CODEX Bohemia, 1997, 348 s. ISBN 80-85963-29-9.

W

WANG, Faye Fangfei. *Law of Electronic Commercial Transactions: Contemporary Issues in the EU, US and China*. London: Routledge, 2010, 288 s. ISBN 978-0-415-55747-0.

WOODWARD, William J. Legal Uncertainty and Aberrant Contracts: The Choice of Law Clause. *Chicago-Kent Law Review*. 2014, vol. 89, no. 1, s. 197–228. ISSN 0009-3599.

Elektronické zdroje

BEN-SHAHAR, Omri. *An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms* [online]. 2004 [cit. 21. 7. 2016]. Law & Economics Working Papers 2003–2009. University of Michigan Law School. Dostupné z: http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art32/

BAMBERGER, Heinz Georg, ROTH, Herbert (Hrsg.). *Beck'scher Online-Kommentar BGB* [online]. München: Verlag C. H. Beck, 2016, 40. Edition [cit. 16. 9. 2016]. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck.

COLLINS, Peter. *Battle of the Forms* [online]. 2011 [cit. 16. 9. 2016]. Published Works. Field Law. Dostupné z: http://www.fieldlaw.com/articles/PLC_BattleoftheForms.pdf

Dohledový benchmark č. 1/2014: Odkazy v pojistné smlouvě a pojistných podmínkách na jiné dokumenty [online]. Česká národní banka, 2014 [cit. 14. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/dohled_financni_trh/vykon_dohledu/dohledove_benchmarky/download/dohledovy_benchmark_2014_01.pdf

Dohledový benchmark č. 1/2016: Postup při změně rámcové smlouvy o platebních službách [online]. Česká národní banka, 2016 [cit. 14. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.cnb.cz/miranda2/export/sites/www.cnb.cz/cs/dohled_financni_trh/vykon_dohledu/dohledove_benchmarky/download/dohledovy_benchmark_2016_01.pdf

DOPORUČENÍ ČTÚ k návrhům smluv o poskytování veřejně dostupných služeb elektronických komunikací. BROŽURA: Férové smlouvy s operátory. 2. aktualizované vydání [online]. Český telekomunikační úřad, 2015 [cit. 12. 9. 2016]. Dostupné z: <https://www.ctu.cz/doporučení-ctu-k-navrhům-smluv-o-poskytování-veřejně-dostupných-sluzeb-elektronických-komunikací>

Důvodová zpráva k zákonu č. 423/2003 Sb., kterým se mění zákon č. 96/1993 Sb., o stavebním spoření a státní podpoře stavebního spoření a o doplnění zákona České národní rady č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění zákona České národní rady č. 35/1993 Sb., ve znění zákona č. 83/1995 Sb. [online]. Vláda, 2003 [cit. 12. 9. 2016]. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.

Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník [online]. Vláda, 2012 [cit. 12. 9. 2016]. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.

E-PODATELNA I DATOVÁ SCHRÁNKA: PODEPISUJTE PODÁNÍ ZARUČENÝM ELEKTRONICKÝM PODPÍSEM! Česká advokátní komora [online]. Česká advokátní komora, © 2012 [cit. 16. 9. 2016]. Dostupné z: <http://www.cak.cz/scripts/detail.php?id=8630>

GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich. Kollision von Einkaufs- u. Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß. *Der Betrieb* [online]. 1976, Jg. 29, H. 28, s. 1317–1321 [cit. 3. 7. 2016]. ISSN 0005-9935. Dostupné z: <https://pub.uni-bielefeld.de/publication/1785171>

HAVRÁNEK, Ondřej; PETRÁČEK, Vladimír. Změny obchodních podmínek ve vztahu k bankovním smlouvám. *Soudce* [online]. 2014, č. 1, s. 13 [cit. 1. 8. 2016]. ISSN 1211-5347. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR.

- HULEŠ, Jan. K ustanovení o formě právních jednání v občanském zákoníku. *Právní rozhledy* [online]. 2015, roč. 23, č. 1, s. 26–29 [cit. 2016-07-28]. ISSN 1210-6410. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.
- HULMÁK, Milan. Elektronický právní styk. *Právní rozhledy* [online]. 2005, roč. 13, č. 7, s. 229–234 [cit. 5. 8. 2016]. ISSN 1210-6410. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.
- International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). *UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2010* [online]. Rome: UNIDROIT, 2010 [cit. 16. 9. 2016]. ISBN 88-86449-19-4. Dostupné z: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>
- KOČER, Jan. Obchodní podmínky. *Právní fakulta Univerzity Karlovy* [online]. Univerzita Karlova, Právní fakulta, © 2013–2015 [cit. 7. 7. 2016]. Dostupné z: <http://www.prf.cuni.cz/jan-kocer-1404045932.html>
- KORBEL, František, KOVÁŘ, Dalibor. Změny v regulaci elektronických podpisů (eIDAS). *EU Právní novinky* [online]. 2015, č. 12, s. 6–8 [cit. 28. 7. 2016]. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.
- KUČERA, Petr, VOKURKOVÁ, Kateřina. E-shop není půjčovna. Pravidla pro vrácení se zpřísní. *Aktuálně.cz* [online]. Economia, publikováno 26. 8. 2014 [cit. 16. 9. 2016]. Dostupné z: <https://zpravy.aktualne.cz/finance/nakupovani/eshop-vraceni-zbozi-odstoupeni-od-kupni-smlouvy/r~f1eef0502c6211e48975002590604f2e/?redirected=1473690088>
- LEGISLATIVE HISTORY: 1980 Vienna Diplomatic Conference. G. Report of the First Committee. *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG* [online]. Pace Law School Institute of International Commercial Law, © 2000 [cit. 16. 9. 2016]. Dostupné z: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries29.html>
- MAGNUS, Ulrich. Last Shot vs. Knock Out – Still Battle over Battle of Forms Under the CISG. *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG* [online]. Pace Law School Institute of International Commercial Law, © 2009 [cit. 10. 7. 2016]. Dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus4.html>

- MAISNER, Martin. *Zákon o některých službách informační společnosti. Komentář* [online]. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2016 [cit. 26. 7. 2016]. ISBN 978-80-7400-449-0. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.
- MARHOLD, Anna. O energetickém právu. *Jiné právo* [online]. 2016 [cit. 1. 8. 2016]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2016/05/o-energetickem-pravu.html>
- MATES, Pavel. Podání datovou schránkou. *Právní rozhledy* [online]. 2016, roč. 24, č. 10, s. 369–371 [cit. 5. 8. 2016]. ISSN 1210-6410. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.
- PATTERSON, Mark R. Standardization of Standard-Form Contracts: Competition and Contract Implications. *William & Mary Law Review* [online]. 2010, vol. 52, no. 2., s. 327–414 [cit. 16. 9. 2016]. ISSN 0043-5589. Dostupné z: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3364&context=wmlr>
- Počítače a internet v domácnostech 2014. Český statistický úřad: Krajská správa ČSÚ v Brně [online]. Český statistický úřad, © 2015 [cit. 16. 9. 2016]. Dostupné z: <https://www.czso.cz/csu/xb/pocitace-a-internet-v-domacnostech-2014>
- POLČÁK, Radim. Elektronické právní jednání – změny, problémy a nové možnosti v zákoně č. 89/2012 Sb. *Bulletin advokacie* [online]. 2013, roč. 2013, č. 10, s. 34–40 [cit. 28. 7. 2016]. ISSN 1210-6348. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.
- Pozor na automatické prodloužení smluv o dodávce energií. *DTest* [online]. DTest, publikováno 14. 4. 2016 [cit. 12. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.dtest.cz/clanek-5023/pozor-na-automaticke-prodlouzeni-smluv-o-dodavce-energiu?ga_email=1&_fid=e5e6
- RAINER, Arnold. Elektronický obchod jako výzva pro Evropskou unii. *Evropské právo* [samostatná příloha časopisu *Právní rozhledy*] [online]. 2000, roč. 4, č. 10, s. 1–5. [cit. 28. 7. 2016]. ISSN 1210-6410. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.
- RÜHL, Giesela. The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Law* [online]. 2014, vol. 24, no. 3, s. 189–224. [cit. 21. 7. 2016]. ISSN 1086-7872. Dostupné z: <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol24/iss1/3/>

- SCHWARTZ, Andrew A. Consumer Contract Exchanges and the Problem of Adhesion. *Yale Journal on Regulation* [online]. 2011, vol. 28, no. 2, s. 313–366 [cit. 16. 9. 2016]. ISSN 0741-9457. Dostupné z: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol28/iss2/3>
- Stanovisko č. 2/2011: Zpracování osobních údajů na základě souhlasu ve smlouvě nebo Všeobecných obchodních podmínkách a s tím související problémy* [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů, 2011 [cit. 16. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/files/stanovisko_2011_2.pdf
- Stanovisko č. 5/2012: Poskytnutí informací a získání souhlasu subjektu údajů v elektronické komunikaci* [online]. Úřad pro ochranu osobních údajů, 2012 [cit. 16. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.uoou.cz/files/stanovisko_2012_5.pdf
- ŠČERBA, Tomáš. *Elektronická kontraktace v právní praxi* [online]. Brno, 2009 [cit. 22. 7. 2016]. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Dostupné z: <https://is.muni.cz/elportal/?id=857299>
- ŠEJDOVÁ, Kateřina. Uzavírání smluv – plný konsensus ano či ne? *Právnická fakulta Univerzity Karlovy* [online]. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, © 2013–2015 [cit. 24. 7. 2016]. Dostupné z: <http://www.prf.cuni.cz/katerina-sejdova-1404045930.html>
- TELEC, Ivo. Nový občanský zákoník ve společnosti sítí. *Právní rozhledy* [online]. 2012, roč. 20, č. 23-24, s. 853–855 [cit. 28. 7. 2016]. ISSN 1210-6410. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck.
- TROJANOVÁ, Kamila. *Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě* [online]. Praha, 2011 [cit. 2. 7. 2016]. SVOČ. Univerzita Karlova, Právnická fakulta. Dostupné z: <http://svoc.prf.cuni.cz/sources/4/3/35.pdf>
- Výkladová stanoviska č. 6 Expertní skupiny Komise pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti ze dne 19. 4. 2013 – ke změně obchodních podmínek dle § 1752 NOZ* [online]. Ministerstvo spravedlnosti, 2013 [cit. 16. 9. 2016]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Stanovisko-06.pdf>

Výkladové stanovisko Energetického regulačního úřadu k postupu držitele licence při zveřejnění změny cen nebo změny jiných smluvních podmínek podle ustanovení § 11a odst. 1 zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů ze dne 26. 11. 2012, pořadové číslo 4/2012 [online]. Energetický regulační úřad, 2012 [cit. 1. 8. 2016]. Dostupné z: https://www.eru.cz/documents/10540/466930/vyklstan_%C2%A711a_odst1EZ.pdf/0b2068b2-ba31-49f1-a2d1-f4e7d9231120

WAGNER-VON PAPP, Florian. European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They are Written on? – DCFR II.-4:105 v. CISG 29(2), UNIDROIT Principles 2. 1. 18, UCC § 2-209 and Comparative Law. *CURRENT LEGAL PROBLEMS* [online]. 2010, vol. 63, s. 511–596 [cit. 28. 8. 2016]. ISSN 0070-1998. In: *Social Science Research Network*. Social Science Electronic Publishing. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1650501>

Soudní rozhodnutí

Nález Ústavního soudu ze dne 30. 11. 2001, sp. zn. IV. ÚS 182/2001. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Nález Ústavního soudu ze dne 2. 6. 2010, sp. zn. I. ÚS 2232/2007. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Nález Ústavního soudu ze dne 12. 7. 2011, sp. zn. I. ÚS 1264/11. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Nález Ústavního soudu ze dne 11. 11. 2013, sp. zn. I. ÚS 3512/11. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Rozhodnutí BAG NZA 2007 801 Rn. 17. In: EINSELE, Dorothee. Komentář k § 125. In: *Münchener Kommentar zum BGB* [online]. 7. Aufl. C. H. Beck, 2015, Mrg. 70–72 [cit. 28. 8. 2016]. ISBN 978-3-406-66540-0. Dostupné z: www.beck-online.de

Rozhodnutí Beatty v. Guggenheim Exploration Co. (1919) 225 NY 380. In: *Wikipedia – The Free Encyclopedia* [online]. Wikimedia Foundation, Inc. [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: https://en.wikipedia.org/wiki/Beatty_v._Guggenheim_Exploration_Co

- Rozhodnutí BGH WM 1966, 1335, DB 1967 80. In: EINSELE, Dorothee. Komentář k § 125. In: *Münchener Kommentar zum BGB* [online]. 7. Aufl. C. H. Beck, 2015, Mrg. 70–72 [cit. 28. 8. 2016]. ISBN 978-3-406-66540-0. Dostupné z: www.beck-online.de
- Rozhodnutí BGH ze dne 31. 10. 2001, IHR 2002/1, 14–16. In: KRUISINGA, Sonja A. *Incorporation of standard terms according to the CISG and the CESL: Will these Competing Instruments Enhance Legal Certainty in Cross-Border Sales Transactions?* *European Business Law Review*. 2013, vol. 24, no. 3, s. 350.
- Rozhodnutí BGHZ 66, 378, 381; NJW 1976, 1395. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozhodnutí ProCD, Inc., v. Zeidenberg, 86 F. 3rd 1447 (7th Cir. 1996). In: *LOISLAW* [online]. [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/86_F3d_1447.htm
- Rozhodnutí Court of Appeal (Civil Division) vydané v roce 1979, 1 W.L.R. 401. Butler Machine Tool Co. Ltd. v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd. In: *IUS COMMUNE CASEBOOKS FOR THE COMMON LAW OF EUROPE. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Law* [online]. Ius Commune Casebook Project, © 1994–2016 [cit. 25. 8. 2016]. Dostupné z: <http://www.casebooks.eu/contractLaw/Chapter6/excerpt.php?excerptId=4257>
- Rozhodnutí Krajského soudu v Prešově, sp. zn. 21 Co 28/2012.
- Rozhodnutí německého BGH ze dne 29. 5. 2009, V ZR 201/08. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozhodnutí NJW 1965, 293. In: EINSELE, Dorothee. Komentář k § 125. In: *Münchener Kommentar zum BGB* [online]. 7. Aufl. C. H. Beck, 2015, Mrg. 70–72 [cit. 28. 8. 2016]. ISBN 978-3-406-66540-0. Dostupné z: <http://www.beck-online.de>
- Rozsudek BGH ze dne 2. 6. 1976, VIII ZR 97/74. In: 66 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 378, *Neue Juristische Wochenschrift*. [1976] 1395. ISSN 0341-1915.
- Rozsudek BGH ze dne 12. 10. 1976, NJW 77, 624. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

- Rozsudek BGH ze dne 21. 9. 2005, XII/ZR 312/022. Český překlad. In: *Soudní rozhledy*. 2006, roč. 12, č. 3, s. 118. ISSN 1211-4405.
- Rozsudek BGH ze dne 29. 4. 2008, sp. zn. KZR 2/07. In: *Neue Juristische Wochenschrift*. 2008, s. 2172. ISSN 0341-1915.
- Rozsudek BGH ze dne 17. 9. 2009, I ZR 43/07. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek BGH ze dne 4. 3. 2010, BGHZ 184, 345. In: *Neue Juristische Wochenschrift*. 2010, s. 1449. ISSN 0341-1915.
- Rozsudek BGH ze dne 7. 3. 2013, VII ZR 162/12. In: *Právní rozhledy*. 2013, roč. 21, č. 11, s. 416-418.
- Rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 22. 5. 2013, sp. zn. 25 Co 99/2013. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek LG Hamburg ze dne 5. 9. 2003, sp. zn. 324 O 224/03. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Městského soudu v Praze dne 29. 5. 2015, sp. zn. 8 A 104/2010. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 3. 2001, sp. zn. 33 Cdo 2994/99. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 1. 2002, sp. zn. 29 Odo 503/2001. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 6. 2002, sp. zn. 25 Cdo 1454/2000. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 10. 2002, sp. zn. 29 Odo 847/2001. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 13. 1. 2005, sp. zn. 32 Odo 260/2004. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 28. 3. 2006, sp. zn. 32 Odo 616/2005. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 5. 2006, sp. zn. 29 Odo 1000/2004. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 5. 2006, sp. zn. 29 Odo 1000/2004. In: BERAN, Jiří, DOLEŽALOVÁ, Daniela, STRNADEL, Dalibor, ŠTĚPÁNOVÁ, Alice. *Zákon o platebním styku. Komentář*. 1. vyd., Praha: C. H. Beck, 2011, s. 453.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 5. 2008, sp. zn. 32 Odo 890/2006. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 29. 10. 2008, sp. zn. 32 Odo 763/2006. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 12. 2008, sp. zn. 32 Cdo 2536/2007. In: *ASPI* [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 10. 2009, sp. zn. 33 Cdo 3210/2007. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 3. 2010, sp. zn. 32 Cdo 4167/2008. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. 32 Cdo 4932/2009. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 31. 5. 2011, sp. zn. 29 Cdo 1130/2011. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 1. 2013, sp. zn. 31 Cdo 1571/2010. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 2. 2013, sp. zn. 23 Cdo 1098/2012. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 7. 2013, sp. zn. 21 Cdo 2747/2012. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 19. 1. 2016, sp. zn. 23 Cdo 2925/2015. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 2. 2012, sp. zn. 8 As 89/2011. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 6. 2013, sp. zn. 1 As 13/2013. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 10. 2014, sp. zn. 7 As 110/2014. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Okresného súdu Stará Ľubovňa ze dne 6. 8. 2015, sp.zn. 5 C 143/2013. In: *JASPI – WEB: Jednotný automatizovaný systém právnych informácií* [online]. Ministerstvo spravodlivosti SR [cit. 17. 8. 2016]. Dostupné z: http://jaspi.justice.gov.sk/jaspiw1/jaspiw_mini_fr0.htm
- Rozsudek OLG Köln ze dne 24. 5. 2006., sp. zn. 16 U 25/06. In: *CISG CASE PRESENTATION* [online]. Pace Law School Institute of International Commercial Law, © 2009 [cit. 6. 7. 2016].
- Rozsudek OLG Linz ze dne 23. 3. 2005., sp. zn. 6 R 200/04f. In: *CISG CASE PRESENTATION* [online]. Pace Law School Institute of International Commercial Law, © 2008 [cit. 6. 7. 2016].
- Rozsudek Soudního dvora (velkého senátu) ze dne 13. 5. 2014. Věc C-131/12. In: *InfoCuria – Judikatura Soudního dvora* [online]. Soudní dvůr Evropské unie [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=cs&jur=C,T,F&num=C-131/12&td=ALL>
- Rozsudek Soudního dvora (čtvrtého senátu) ze dne 23. 10. 2014. Věc C-359/11 a C-400/11. In: *InfoCuria – Judikatura Soudního dvora* [online]. Soudní dvůr Evropské unie [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=158842&pageIndex=0&doclang=cs&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=344383>

- Rozsudek Soudního dvora (devátého senátu) ze dne 26. 2. 2015. Věc C-143/13. In: *InfoCuria – Judikatura Soudního dvora* [online]. Soudní dvůr Evropské unie [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6b3860e38a-8f54e2bb444e47d30ab6174.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PahaRe0?-text=&docid=162540 & pageIndex=0 & doclang=cs & mode=lst & dir=&occ=first & part=1 & cid=342784>
- Rozsudek Spolkového soudního dvora SRN ze dne 7. 6. 2011, sp. zn. XI ZR 388/10. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 27. 3. 1997, sp. zn. 2 A 9/96. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 24. 2. 1998, sp. zn. 5 Cmo 318/97. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 6. 1998, sp. zn. 5 Cmo 55/97. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 4. 2011, sp. zn. 23 Cdo 746/2010. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 11. 2008, sp. zn. I. ÚS 2619/08. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Právní předpisy

- Nařízení Komise (ES) č. 800/2008 ze dne 6. 8. 2008, kterým se v souladu s články 87 a 88 Smlouvy o ES prohlašují určité kategorie podpory slučitelné se společným trhem (obecné nařízení o blokových výjimkách). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?qid=1483998496471 & uri=CELEX:32008R0800>
- Nařízení vlády č. 1/2000 Sb., o přepravním řádu pro veřejnou drážní nákladní dopravu, ve znění nařízení vlády č. 457/2013 Sb. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Nariadení vlády č. 531/2013 Sb., kterým se určuje výše úroků z prodlení a nákladů spojených s uplatněním pohledávky, určuje odměna likvidátora, likvidačního správce a člena orgánu právnické osoby jmenovaného soudem a upravují některé otázky Obchodního věstníku a veřejných rejstříků právnických a fyzických osob. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

QUÉBEC. Statute CCQ-1991, Civil Code of Québec. In: *Légis Québec – Official Source* [online]. Gouvernement du Québec, © 2003 [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>

Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 160/1991 Sb., o sjednání Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, ve znění sdělení č. 341/1999 Sb. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

SLOVENSKÁ REPUBLIKA. Nariadenie vlády Slovenskej republiky č. 87/1995 Z.z., ktorým sa vykonávajú niektoré ustanovenia Občianskeho zákonníka, ve znění pozdějších předpisů. In: *Zakonypreludi.sk* [online]. S-EPI, s. r. o., © 2010–2016 [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://www.zakonypreludi.sk/zz/1995-87>

SLOVENSKÁ REPUBLIKA. Zákon č. 40/1964 Zb., občiansky zákonník, ve znění pozdějších předpisů. In: *Zakonypreludi.sk* [online]. S-EPI, s. r. o., © 2010–2016 [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://www.zakonypreludi.sk/zz/1964-40>

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES ze dne 8. 6. 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu („směrnice o elektronickém obchodu“). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?qid=1483998084029&uri=CELEX:32000L0031>

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. 5. 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách). In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?qid=1483997450903&uri=CELEX:32005L0029>

- Směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2011/7/EU ze dne 16. 2. 2011 o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?qid=1483998243948&uri=CELEX:32011L0007>
- Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5. 4. 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?qid=1483997941093&uri=CELEX:31993L0013>
- SPOLKOVÁ NĚMECKÁ REPUBLIKA. Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- SPOLKOVÁ REPUBLIKA NĚMECKO. Bürgerliches Gesetzbuch. In: *JURIS – Das Rechtsportal* [online]. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, © 2016 [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_305.html
- SPOLKOVÁ REPUBLIKA NĚMECKO. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. In: *Beck-online.beck.de* [online právní informační systém]. Verlag C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- UNITED STATES OF AMERICA. Uniform Commercial Code. In: *Legal Information Institute* [online]. Cornell University Law School [cit. 15. 9. 2016]. Dostupné z: <https://www.law.cornell.edu/ucc>
- Vyhláška Ministerstva dopravy a spojů č. 175/2000 Sb., o přepravním řádu pro veřejnou drážní a silniční osobní dopravu. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Vyhláška Ministerstva zdravotnictví č. 618/2006 Sb., kterou se vydávají rámcové smlouvy. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 96/1993 Sb., o stavebním spojení a státní podpoře stavebního spojení a o doplnění zákona České národní rady č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění zákona České národní rady č. 35/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů (zákon o elektronickém podpisu), ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

- Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 480/2004 Sb., o některých službách informační společnosti a o změně některých zákonů (zákon o některých službách informační společnosti), ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 284/2009 Sb., o platebním styku, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití, ve znění zákona č. 50/2016 Sb. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 221/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 29/2000 Sb., o poštovních službách a o změně některých zákonů (zákon o poštovních službách), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].
- Zákon č. 340/2015 Sb., o zvláštních podmínkách účinnosti některých smluv, uveřejňování těchto smluv a o registru smluv (zákon o registru smluv). In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 15. 9. 2016].

Zákon č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce, ve znění pozdějších předpisů. In: *Beck-online.cz* [online právní informační systém]. Nakladatelství C. H. Beck [cit. 20. 9. 2016].

Jiné zdroje

AUGUSTÍNOVÁ, Kateřina. *Hierarchie metod při interpretaci smluvního textu*. Brno, 2015, 55 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Josef KOTÁSEK.

KAUSCHE, Wolfram G. *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im skandinavischen Recht – Eine vergleichende Darstellung*. Kiel, 1971. 276 s. Dissertation. Universität Kiel.

[LEGS]. Konec poštovního monopolu. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 8, s. II. ISSN 1210-6410.

URBANCOVÁ, Veronika. *Výklad právních úkonů z pohledu obchodněprávní teorie a judikatury*. Brno, 2013, 60 s. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Josef ŠILHÁN.

Vědecká redakce MU

prof. MUDr. Martin Bareš, Ph.D.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.;
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.;
doc. PhDr. Mgr. Tomáš Janík, Ph.D.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.;
Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.; prof. PhDr. Petr Macek, CSc.;
PhDr. Alena Mizerová; doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.;
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.; Mgr. David Povolný;
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. David Trunec, CSc.;
prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková;
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

Ediční rada PrF MU

doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D. (předseda);
prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.; prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.;
doc. JUDr. Věra Kalvodová, Dr.; prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc.;
doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D.; doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.;
prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.; doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D.

OBCHODNÍ PODMÍNKY

**prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.,
Mgr. Monika Příkazská, Mgr. Zdeněk Houdek,
JUDr. Dana Ondřejová, Ph.D., doc. JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D.,
Mgr. Michal Vítek**

Vydala Masarykova univerzita
Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno

Spisy Právnické fakulty MU č. 574 (řada teoretická, Edice Scientia)

Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno
1. vydání, 2016

ISBN 978-80-210-8424-7
www.law.muni.cz

