

Výjezdní seminář z obchodního práva

OZ a ZOK – stále jako nové

pátek 8. – neděle 10. dubna 2016

Obchodní podmínky a doložky ve vztazích podnikatele a nepodnikatele

Přemysl Ptáček

3. ročník PF UK

Resumé

Uzavřením smlouvy se její strany zavazují zřídit mezi sebou závazek. Obsah tohoto závazku je tvořen vzájemnými subjektivními právy a povinnostmi, které si strany autonomně určují konkrétními ujednáními. Tato ujednání pak mohou být zachycena přímo ve smlouvě nebo v obchodních podmínkách (resp. i jiných nepřímých doložkách smlouvy). Cílem práce je určit, zda rozsah smluvní autonomie může být rozdílný pro ujednání v obchodních podmínkách oproti smlouvě samé, a dále zhodnotit, zda je žádoucí vykládat pojem obchodních podmínek „materiálně“, ač naše nová právní úprava jednoznačně pracuje s pojetím „formálním“. Prvně vymezená otázka bude řešena zejména na základě dosavadní judikatury, jejíž závěry budou konfrontovány se zněním právní úpravy zákona č. 89/2012 Sb., zatímco otázka druhá bude řešena formou úvahy „de lege ferenda“.

1. Způsoby připojení obchodních podmínek do smlouvy

Právní úprava obchodních podmínek v novém občanském zákoníku na prvním místě vymezuje způsob, jakým lze obsah obchodních podmínek připojit do obsahu smlouvy. Z judikatury, ale snad i samotné dikce zákona plyne, že podpis obchodních podmínek není podmínkou připojení. Absence požadavku podpisu podmínek však může představovat jisté riziko v tom smyslu, že smluvní strana bude vázána povinnostmi, o kterých při uzavírání smlouvy nemusela ani vědět. Domnívám se, že právě toto riziko je důvodem toho, proč je třeba stanovit striktní a jasná pravidla pro to, kdy tato nepřímá ujednání, jež nejsou přímo stvrzena podpisem jednajících, budou strany zavazovat. Právní úprava NOZ upravuje způsoby připojení zcela shodně s úpravou dosavadní a vymezuje celkem tři způsoby, jak učinit obsah obchodních podmínek součástí smlouvy.

První možností je ujednat ve smlouvě odkaz na obchodní podmínky a současně tyto podmínky přiložit ke smlouvě. Přiložením podmínek k návrhu smlouvy má obě strany možnost seznámit se s jejich obsahem, a proto podmínky budou v zásadě zavazovat, i když jejich obsah neprostudoval. Ústavní soud ve svém nálezu UPC (I. ÚS 3512/11) mimo jiné uvedl, že *„jak podnikatel, tak spotřebitel musí mít adekvátní možnost se s obsahem obchodních podmínek seznámit, to ovšem neznamená, že tak skutečně učiní. I když je spotřebitelům přiznána vyšší právní ochrana pro jejich fakticky slabší postavení, nedochází tím k úplnému potlačení starořímské zásady vigilantibus iura scripta sunt (práva náležejí bdělým).“* Domnívám se, že tento závěr se uplatní i nadále, jelikož stávající úprava připojení podmínek do smlouvy je obdobná s § 273 obchodního zákoníku, na základě kterého byla tato judikatura přijata.

V případě, že obsah obchodních podmínek je smluvním stranám známý, není nutné tyto ke smlouvě přikládat a postačí samotný odkaz. Známost obsahu bude muset prokazovat ten, kdo se jich bude dovolávat.

Poslední možnost se týká vtělení tzv. „všeobecných obchodních podmínek“, kde jedinou náležitostí bude samotný odkaz. Známost obsahu podmínek druhou stranou není nutné prokazovat. Pro využití tohoto způsobu musí však být splněny další podmínky. Smlouva musí být uzavírána mezi podnikateli a současně se musí jednat o obchodní podmínky vypracované odbornými či zájmovými organizacemi. Pouze za splnění těchto podmínek lze využít tento „volnější“ způsob a podmínky připojit pouhým odkazem. Tato volnost má však své specifické důvody. Obchodní podmínky jsou zde tvořeny nezávislými profesionály, čímž je garantována jejich objektivnost a vyváženost a navíc se jedná výlučně o smlouvy mezi profesionály, od kterých se očekává, že jim je význam odkazu i obsah všeobecných obchodních podmínek znám.

2. Obsah obchodních podmínek

2.1. Právní stav před rekonstrukcí soukromého práva

Dosavadní právní úprava výslovně žádné speciální požadavky na obsah obchodních podmínek nestanovila. Z dikce právních předpisů neplynula potřeba rozlišovat v tomto ohledu mezi tím, zda je ujednání upraveno přímo ve smlouvě či v obchodních podmínkách. V judikatuře lze nicméně zachytit jistý vývoj v řešení této otázky, na jehož samotném konci ústavní soud judikoval, že volba umístění konkrétního ujednání do smlouvy či obchodních podmínek přece jen není neomezená.

V roce 2005 Ústavní soud ve svém nálezu II. ÚS 691/04 posuzoval, zda obsahem všeobecných obchodních podmínek leasingové smlouvy, může být prorogační doložka. Obecné soudy umístění prorogační doložky do obchodních podmínek nepřipustily, jelikož ze zákona výslovně plyne, že pro změnu příslušného soudu je nutné předložení originálu, či ověřeného opisu prorogační smlouvy, která musí být přílohou žaloby. Jelikož žalobce předložil prorogační doložku pouze ve všeobecných smluvních podmínkách a nikoli v originále či opisu smlouvy, nebyla tato doložka uznána. Ústavní soud shledal postup soudů jako příliš formalistický a dokonce i protiústavní. Základním východiskem rozhodnutí zde byl argument, že do autonomie vůle může být státní mocí zasáháno pouze tehdy, pokud jednotlivec svými projevy vůle zasahuje do práv třetích osob, nebo je takový zásah ospravedlnitelný veřejným zájmem. Rozhodování o umístění konkrétního ujednání do textu smlouvy či do obchodních podmínek ústavní soud podřadil pod autonomii vůle smluvních stran, do které stát, resp. obecné soudy, nebyly oprávněny zasahovat. Konkrétně stanovil, že: *„Právním předpisem není stanoveno, jaká smluvní ujednání musí být uvedena přímo v textu smlouvy a jaká ujednání se mohou stát součástí smlouvy jejich uvedením v obchodních podmínkách. Volba ohledně toho, která část ujednání bude obsažena v obchodních podmínkách, je tak zcela na vůli stran..“*

V roce 2009 rozhodoval Nejvyšší soud ČR spor, ve kterém se domáhal svých práv spotřebitel, který byl tvrzením podnikatele a jím inzerovanou reklamou ujištěn o konkrétním obsahu smlouvy, který však neodpovídal skutečnosti. Podnikatelem byl v tomto případě autobazar, který veřejně inzeroval reklamu na možnost sjednání výhodné leasingové smlouvy s možností výpovědi i bez udání důvodu. Ještě před podpisem smlouvy byl spotřebitel navíc pracovníkem autobazaru ústně ujištěn, že informace o možnosti výpovědi v reklamě je pravdivá. S důvěrou v reklamu a sdělení pracovníka uzavřel tedy leasingovou smlouvu. Součástí této smlouvy byly obchodní podmínky, které spotřebitel nečetl. Obchodní podmínky však obsahovali ujednání o tom, že předčasné ukončení smlouvy není možné. Když se proti tomuto ustanovení snažil soudně domoci z titulu nekalé soutěže autobazaru a oklamání spotřebitele, soudy, včetně soudu Nejvyššího, ochranu odepřeli a jednání podnikatele tedy shledali v souladu se zákonem. Nejvyšší soud své závěry odůvodnil následujícím způsobem: *„K tíži žalobce je skutečnost, že se před podpisem leasingové smlouvy se zněním obchodních podmínek blíže neseznámil a nežádal.. o úpravu uzavírané smlouvy..“*. Ujištění pracovníkem podnikatele považoval Nejvyšší soud za prohlášení bez právní relevance, jelikož smlouva byla uzavřena a mohla býti měněna pouze písemně. K reklamnímu sdělení uvedl: *„funkcí reklamy je stručné a na první pohled upoutávající sdělení, které se může vyznačovat i určitou mírou nadsázky či přehánění..“* Zdaleka největší význam však má vymezení vlastností průměrného spotřebitele. Při normativním pojetí spotřebitele, které v současné době v evropském právním prostředí převládá, je právě judikatura významným normativním zdrojem. Koncept normativního pojetí totiž funguje tak, že chování spotřebitele v konkrétní skutkové situaci konfrontuje s tím, jak by se v dané situaci zachoval spotřebitel průměrný. Průměrný spotřebitel je tedy jakousi fiktivní osobou, která disponuje vlastnostmi, které právě judikatura soudů upřesňuje či přímo vymezuje. V tomto případě Nejvyšší soud průměrného spotřebitele obdařil slušnou mírou opatrnosti, pečlivosti a pozornosti, když konkrétně uvedl následující: *„Běžný (průměrný) spotřebitel si před uzavřením leasingové smlouvy s konkrétní společností pečlivě ověří podmínky, za nichž může leasing osobního automobilu získat a vezme přitom v úvahu i nabídky více soutěžitelů; nevychází tedy při vlastních smluvních jednáních a písemné formě leasingové smlouvy pouze z reklamních sloganů a inzerátů, je si dobře vědom rovněž i nutnosti seznámit se se smluvními podmínkami vztahu, do něhož vstupuje.“* Čili skutečnost, že se spotřebitel neseznámil s obsahem obchodních podmínek před podpisem smlouvy, je nutné přičíst k jeho tíži, protože každý průměrně opatrný a pečlivý spotřebitel by tak učinil.

Spojením závěrů výše uvedené judikatury lze tedy učinit následující závěr. Obsahem obchodních podmínek může býti v zásadě vše, co může být obsahem smlouvy. Součástí autonomie vůle je i volba

zda konkrétní ujednání bude umístěno ve smlouvě či obchodních podmínkách. Pokud se spotřebitel před podpisem smlouvy neseznámí s obsahem obchodních podmínek, ač tuto možnost měl, pak bude obsahem podmínek vázán. Vázán bude i v takovém případě, že z reklamy a ústního sdělení podnikatele jasně vyplývalo, že obsah smlouvy bude zcela jiný. Situaci pro spotřebitele po roce 2009 tedy nelze označit za příliš příznivou.

V roce 2013 však následoval již zmiňovaný nálezn UPC (I. ÚS 3512/11), který se od uvedených judikturních závěrů odchylně a výkladem dosavadní právní úpravy se přiblížil k úpravě stávající. V tomto případě byl stěžovatelem spotřebitel, který uzavřel se společností UPC smlouvu o poskytování služeb. Součástí této smlouvy byl odkaz na obchodní podmínky, které obsahovali ujednání o smluvní pokutě. Následně spotřebitel porušil povinnost, jež byla zajištěna touto smluvní pokutou, načež se vůči němu společnost UPC před obecnými soudy úspěšně domohla nároku z této smluvní pokuty. Spotřebitel se cítil být postupem obecných soudů zkrácen na svých ústavních právech tím, že se soudy nikterak nevypořádali s jeho námitkami. Stěžovatel namítal, že smlouvu uzavřel, avšak bez vědomosti, že její součástí jsou i obchodní podmínky. Odkaz byl totiž ve smlouvě uveden drobným písmem a samotný text obchodních podmínek mu nebyl předán a neměl tak možnost seznámení se s jeho obsahem. Ústavní soud uznal námitky stěžovatel za relevantní, stížnosti vyhověl a ve svém odůvodnění se věnoval i přípustnému obsahu obchodních podmínek. Ústavní soud mimo jiné uvedl, že *„obchodní podmínky ve spotřebitelských smlouvách... mají sloužit především k tomu, aby nebylo nezbytné do každé smlouvy přepisovat ujednání technického a vysvětlujícího charakteru. Naopak nesmějí sloužit k tomu, aby do nich v často nepřehledné, složité formulované a malým písmem psané formě skryl dodavatel ujednání, která jsou pro spotřebitele nevýhodná a o kterých předpokládá, že pozornosti spotřebitele nejspíše uniknou (například... ujednání o smluvní pokutě).“* Tento závěr je do jisté míry obratem od dosavadní, zejména výše rozebrané judikatury. Ve výše uvedeném nálezu z roku 2005 Ústavní soud vycházel z teze, že určení toho, zda dané ustanovení bude uvedeno ve smlouvě či v obchodních podmínkách je obsahem smluvní svobody a autonomie vůle. Tedy že pokud je některé ujednání přípustné ve smlouvě, musí být současně přípustné i v obchodních podmínkách a naopak. V roce 2013 ústavní soud výše uvedeným odůvodněním tyto závěry prolamuje. Nově totiž říká, že né všechno co může býti obsahem smlouvy, může současně býti také obsahem smluvních podmínek. Vychází zřejmě z praxe, že obchodním podmínkám často spotřebitel nevěnuje dostatečnou pozornost (pokud je mu jejich existence vůbec známa), a proto je podnikatelé mohou využít k tomu, aby do nich ukryli ta ustanovení, o kterých se spotřebitel nemá dozvědět, protože pro něho nejsou výhodná. Ústavní soud však v této souvislosti jde ještě dále a dokonce výslovně vymezuje, že ujednání o smluvní pokutě bude vždy takovým typem ustanovení, a že tedy nikdy nemůže býti uvedeno v obchodních podmínkách, konkrétně: *„v rámci spotřebitelských smluv ujednání zakládající smluvní pokutu... zásadně nemohou být součástí tzv. všeobecných obchodních podmínek, nýbrž toliko spotřebitelské smlouvy samotné“.* Čili důležitým závěrem plynoucím z toho nálezu je, že ujednání, která jsou pro spotřebitele nevýhodná a nečitelná, by obecně neměla být umístěna v obchodních podmínkách, nýbrž ve smlouvě samotné. Ujednání o smluvní pokutě navíc bude takovým ujednáním vždy, a proto nikdy nemůže být předmětem úpravy obchodních podmínek.

2. 2. Stávající právní stav

2. 2. 1. Úvod

V předchozí části kapitoly byla rozebrána tři soudní rozhodnutí, která mapují dosavadní vývoj v řešení otázky, co může být obsahem obchodních podmínek. Zejména posledně rozebraný nálezn UPC

z roku 2013 definuje poslední právní stav před rekodifikací. Nabízí se tedy logická otázka, zda se závěry nálezu uplatní i nadále, tedy za účinnosti NOZ, který přichází s podrobnější úpravou problematiky obchodních podmínek.

Zásadní změnou nové právní úpravy, se kterou zejména bude nutné výše uvedené závěry konfrontovat, je ustanovení § 1753 NOZ. Podstatou ustanovení je ochrana před překvapivým ujednáním v obchodních podmínkách. Jedná se zřejmě o jediné ustanovení, jehož primárním účelem je regulace obsahu obchodních podmínek. Nutno dodat, že výše uvedené judikurní závěry vycházeli z dosavadní právní úpravy, kde žádná podobná ani jiná výslovná regulace obsahu podmínek nebyla. Ústavní soud však i přesto svým nálezem speciální ochranu před obsahem podmínek dovodil, a to částečně z ustanovení §56/1 zákona 401964 Sb., které stanovilo, že spotřebitelské smlouvy nesmějí obsahovat ujednání, která v rozporu s požadavkem dobré víry znamenají k újmě spotřebitele značnou nerovnováhu v právech a povinnostech stran a částečně z obecných zásad poctivosti, ekvity, spravedlnosti či principu rovnosti. Důležitou otázkou tedy je, zda lze pro výklad § 1753 NOZ, konkrétně pojmu „ustanovení... které nemohla druhá strana rozumně očekávat“ využít závěry nálezu UPC.

2. 2. 2. Využitelnost dosavadní judikatury k výkladu § 1753 NOZ

V nálezu UPC ústavní soud zcela vyloučil ujednání o smluvní pokutě v obchodních podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. Tento závěr dle mého názoru za současné právní úpravy neobstojí. § 1753 NOZ výslovně stanoví, že i ujednání překvapivé druhou stranu může zavazovat, pokud jej přijala výslovně. Tedy smluvní pokuta bude ve spotřebitelských smlouvách zřejmě i nadále považována „per se“ za překvapivé ujednání, nýbrž pokud bude spotřebitelem přijata výslovně, pak překvapivou nebude a bude zavazovat.

Domnívám se, že za nové právní úpravy zcela určitě nemohou obstát závěry Nejvyššího soudu ve výše rozebraném rozhodnutí případu obchodních podmínek leasingové smlouvy (23 Cdo 2749/2008). Pokud bude smluvní strana před uzavřením smlouvy ujištěna formou různých sdělení (katalog, reklama, ústní prohlášení atp..) o určitém obsahu obchodních podmínek, pak bude její souhlas s návrhem smlouvy odpovídat takto vyvolané představě, a pokud této představě některá ujednání podmínek neodpovídají, pak tedy při akceptaci pokryta vůli obláta nebudou a nemohou se tak stát součástí smlouvy.

Nález UPC dále stanovil základní obecné pravidlo pro určení, jaká ujednání mohou či nemohou být obsahem obchodních podmínek, a to tak, že to nemohou být ujednání pro spotřebitele nesrozumitelná a nevýhodná. Domnívám se, že taková ustanovení v zásadě i dnes budou odpovídat ujednáním překvapivým, nicméně výčet toho, co je a není překvapivé se pouze touto definicí zřejmě nevyčerpá. Tento závěr ústavního soudu pravděpodobně v tomto ohledu použitelný bude, nicméně pouze částečně, jelikož jej bude nutné rozšířit i na další typy ujednání. Podrobněji níže.

2. 2. 3. Jaká ujednání budou v obchodních podmínkách překvapivá?

Pokud tedy v zásadě nelze závěry dosavadní judikatury pro výklad nové právní úpravy zcela využít, pak je nutné odpovědi na otázky toho, co je a není překvapivé hledat jinde. Odborná literatura v tomto ohledu nabízí celou řadu námětů a možných řešení, proto se nebudu snažit vymýšlet již vymyšlené a níže pouze uvedu výběr čtyř možných způsobů, které i přesto, že povedou v zásadě k rozdílným výsledkům, považuji za přijatelné.

První vybrané řešení nabízí komentář Wolters Kluwer, dle kterého *„Překvapivou je taková klauzule, u které předkládající strana nemohla legitimně očekávat, že by ji druhá strana akceptovala, pokud by se smlouva vyjednávala individuálně.“* Domnívám se, že tato koncepce vychází z požadavku

poctivého jednání a do jisté míry koresponduje i se závěry nálezu UPC, kde ústavní soud zavrhl využití obchodních podmínek k ukrytí nevýhodných ujednáních. Pokud někdo s vědomím toho, že by konkrétní ujednání druhá smluvní strana nepřijala, takové ujednání záměrně zařadí do obchodních podmínek s vírou v to, že tak unikne pozornosti druhé strany, pak jednoznačně nejedná poctivě a ochrana je zde na místě.

Další možné řešení nabízí komentář Beck, který jako jedno z řešení stanoví, že „*Při zkoumání překvapivosti se proto vychází z vědomostí, které by měla průměrně zkušená smluvní strana za daných okolností*“. Překvapivost lze tedy v tomto smyslu do jisté míry chápat jako období omluvitelné nevědomosti. Pokud daná osoba o ujednání nevěděla z omluvitelného důvodu, pak můžeme říci, že ujednání bylo překvapivé. Důležité je tedy určit presumovaný rozsah vědomostí každé osoby, při uzavírání smlouvy. Tedy určit kolik o obsahu obchodních podmínek osoba vědět měla a mohla, abychom mohli říci, co už je či není pro danou osobu omluvitelné. Řešením této otázky je §4/2 NOZ, který hovoří o vědomostech, jakou si důvodně osvojí osoba případu znalá při zvážení okolností, které jí musely být v jejím postavení známé. Rozhodujícím kritériem pro nároky na vědomost je postavení osoby, tedy zejména zaměstnání, odbornost, kvalifikace, atp. Z této koncepce tedy jednoznačně vyplývá, že např. pro inženýra chemie a manažera banky se bude překvapivost v případě obchodních podmínek u smlouvy o bankovním úvěru určovat zcela odlišně.

Třetím možným řešením otázky co je, či není překvapivé, přebírám opět z komentáře Wolters Kluwer, kde se uvádí, že „*To co mohla druhá strana rozumně očekávat, posoudíme podle obvyklého obsahu smluv v daném segmentu*“. V případě dokazování překvapivosti by tedy zřejmě bylo možné argumentovat obsahem smluv konkurence pro obdobná plnění, což může býti spolehlivou cestou k odpovědi. Tento způsob bude využitelný zejména v těch segmentech, kde na relevantním trhu působí menší množství podnikatelů, jejichž obchodní podmínky budou do jisté míry obdobné. Typicky se tak bude jednat o smlouvy uzavírané adhezně.

Z obou komentářů výše uvedených lze vyvodit, že na řešení překvapivosti mají vliv i okolnosti, za kterých se daná smlouva uzavírá. Zejména se jedná o situace, kdy byla druhá strana uvedena v konkrétní očekávání formou sdělení, reklamy, katalogu, ústní informací druhé strany, atp.

2. 3. Závěr

Dosavadní právní úprava otázku přípustného obsahu obchodních podmínek výslovně neřešila. Obsahem obchodních podmínek mohlo tedy být v zásadě cokoli, co mohlo být obsahem smlouvy. Judikatura se nejdříve k tomuto závěru přiklání, vycházejíc zejména ze zásad autonomie vůle a absence právní normy, která by obsah obchodních podmínek omezovala. Následně však ústavní soud takovéto pojetí prolomil a jistá omezení pro obsah obchodních podmínek dovodil z pravidel ochrany spotřebitele a obecných zásad poctivosti. Určitá ujednání tedy obsahem obchodních podmínek být nemohla, přesto že obsahem smlouvy samotné ano. Takovým ujednáním byla vždy smluvní pokuta a dále ujednání pro spotřebitele nevýhodná a nečitelná. Následovala rekonstrukce soukromého práva, která mimo jiné nově výslovně upravila zákaz překvapivých ujednání v obchodních podmínkách. Ustanovení nečitelná a nevýhodná pravděpodobně naplní podmínky překvapivosti dle §1753 NOZ, nicméně okruh všech překvapivých ujednání zdaleka nevyčerpají. Smluvní pokuta bude zřejmě i nadále v obchodních podmínkách nepřijatelná, avšak §1753 NOZ toto nově umožní prolomit výslovným přijetím obláta. Nová úprava překvapivosti dále zcela odstává judikaturní závěr, že spotřebitel se nemůže dovolat neplatnosti ujednání v obchodních podmínkách, které před podpisem

smlouvy nečetl (ač tuto možnost měl), a to i přesto, že byl podnikatelem o obsahu smlouvy nepravdivě ujišťován reklamou a sdělením pracovníků.

3. K problematice materiálního a formálního pojetí obchodních podmínek

V komentáři WK je vysloven názor, že úprava NOZ chápe pojem obchodních podmínek formálně, namísto pojetí materiálního, které je vlastní moderním právním řádům i principům UNIDROIT, ze kterých se naše úprava inspirovala. Autor dokonce zmiňuje nutnost tento nedostatek překonat výkladem. Tvzení je současně podloženo několika pádnými argumenty, a proto se pokusím vyřešit otázku, zda je žádoucí obchodní podmínky vykládat „materiálně“, s to zejména s ohledem na fakt, že naše úprava zjevně vychází z koncepce „formální“.

3.1. Základní pojmy

Uzavřením smlouvy se její strany zavazují zřídit mezi sebou závazek. Obsah tohoto závazku je tvořen zejména jednotlivými ujednáními, ze kterých plynou konkrétní práva a povinnosti. Tato ujednání pak mohou být zachyceny přímo ve smlouvě, nebo v obchodních podmínkách. Dle formálního pojetí se pak jedná o dva samostatné dokumenty. Obchodní podmínky jsou potom ta ujednání, která nejsou zachycena přímo ve smlouvě, ale v samostatném dokumentu, na který se ve smlouvě odkáže. Kritériem rozlišení podmínek a smlouvy je tedy forma, ve které je ujednání obsaženo. Naopak dle materiálního pojetí je irrelevantní, kde je dané ujednání zachyceno, zda přímo ve smlouvě či v připojeném dokumentu. Za obchodní podmínku bude považováno každé ujednání, které bylo připraveno před zahájením kontraktace oferentem, které je oferentem opakovaně do návrhu smlouvy začleňováno a o kterém se individuálně při uzavírání smlouvy nejednalo. Pokud tedy veškerá smluvní ujednání budou zachycena na jediné listině, resp. smlouvě, tak i přesto může mít část z nich povahu obchodních podmínek. U smlouvy je v takovém případě nutné zkoumat povahu každého ujednání a určit, zda se na něj bude aplikovat speciální úprava pro obchodní podmínky či nikoli.

Naše nová právní úprava jednoznačně vychází z koncepce formální, o tomto není sporu. Již § 1751 NOZ počítá s podmínkami jako s něčím na co se ve smlouvě odkáže a co se ke smlouvě připojí. Materiální výklad by tedy směřoval přímo proti jasnému znění zákona, což nové právo sice připouští (§2/2 NOZ), avšak pouze pokud jsou pro takový postup silné důvody. Důvodem zavedení materiálního pojetí má být zejména zamezit oferentovi snadno obejít úpravu obchodních podmínek tím, že jejich obsah nebude oferovat v separátním dokumentu, na který odkáže v návrhu smlouvy, nýbrž tato ujednání vloží přímo do návrhu smlouvy. Dle formálního pojetí se v takovém případě nebude jednat o obchodní podmínky, ale o smlouvu, protože ujednání budou zachycena v návrhu smlouvy. Domnívám se, že jediné ustanovení nové úpravy obchodních podmínek, u kterého by mohl mít oferent zájem obcházení, je §1753 NOZ. Vložení obchodních podmínek přímo do návrhu smlouvy by oblatovi znemožnilo uplatnit obranu proti překvapivosti, což by mohlo oferentovi vyhovovat. Pokud by však ujednání byla zachycena v separátním dokumentu, na který by smlouva odkázala, potom by zde ochranu proti překvapivosti měl. Negativním důsledkem formální koncepce tedy je, že kritéria pro uplatnění ochrany před překvapivostí jsou ryze formální.

3.2. Test argumentů pro materiální výklad obchodních podmínek

Cílem zavedení materiálního pojetí je tedy zvýšit ochranu rozšířením aplikace §1753 i na tzv. typová ujednání ve smlouvě. Hlavním argumentem pro tento postup je tzv. racionální apatie oblata a

z ní plynoucí paušální akceptace návrhu. Domnívám se, že materiální výklad není vhodné aplikovat plošně na veškeré situace, nýbrž pouze na smlouvy uzavírané adhezním způsobem. V následující části se pokusím ukázat, že důvody pro zavedení „materiálního pojetí“ v ostatních případech kontraktace ztrácejí na významu.

V případě adhezních smluv se pro obsah smlouvy uplatní speciální ochranná ustanovení §1800 a ve většině případů i ochrana spotřebitelská §1813, §1814, §1800 NOZ. Pro obsah v obchodních podmínkách se uplatní totéž a navíc §1753 NOZ. Výklad v materiálním pojetí by měl zejména ten efekt, že §1753 NOZ by se mohl aplikovat i na obsah samotné smlouvy (resp. typové klauzule, o kterých se nejednalo). Domnívám se, že v případě adhezních smluv je takovýto výklad žádoucí, jelikož pro omluvitelnost neprostudování obsahu smlouvy před jejím podpisem je zde racionální důvod. Tím důvodem je racionální apatie studování obsahu oferty. Studování obsahu smlouvy totiž představuje pro obláta transakční náklady, které by v zásadě vynaložil marně. I v případě zjištění nežádoucího ujednání oblát totiž nemá reálnou možnost smlouvu změnit, nýbrž maximálně neakceptovat a vyhledat konkurenční nabídku, kde však obsah smlouvy bude zpravidla obdobný. Návrh smlouvy bude navíc v případě adheze připraven zpravidla těmi „největšími“ podnikatelskými subjekty. Domnívám se, že spotřebitel žijící v právním státě může legitimně očekávat, že by stát nedopustil, aby se takový typ podnikatele choval v masovém měřítku nepoctivě. Oblát tedy zpravidla při akceptaci předpokládá, že obsah návrhu zhruba odpovídá tomu, jak jej protistrana při sjednání vysvětlí a obvyklému rámci obdobných smluv. Z těchto důvodů lze neprostudování smlouvy před podpisem omluvit a zároveň je třeba reflektovat dobrou víru v poctivost protistrany. Spotřebitel totiž svou akceptací činí souhlas, který obsahově odpovídá právě jeho legitimní představě o poctivém návrhu smlouvy. Tedy konsenzem budou v takovém případě pokryta pouze ta ujednání, která mohl spotřebitel od poctivého partnere očekávat. Rozlišovat mezi tím, zda obsah závazku bude předložen v obsáhlé smlouvě, či stručné smlouvě a přiložených obchodních podmínkách, lze tady považovat za nežádoucí formalismus. Oblát bude k prostudování návrhu závazku přistupovat v obou případech zcela shodně. Marnost transakčních nákladů a legitimní důvěra v protistranu totiž bude od studování závazku odrazovat totožně, bez ohledu na to, zda bude předložena pouze smlouva či smlouva a podmínky.

O něco složitější je dle mého názoru situace spotřebitelských smluv, které adhezním způsobem uzavírány nebudou. Domnívám se, že důvody racionální apatie se zde vytrácejí. Pokud má spotřebitel možnost získat výhodnější obsah smlouvy vyjednáváním či vyhledáním lepší nabídky u konkurence, která zde bude pestřejší, potom už transakční náklady na prostudování návrhu zpravidla budou účelné. Pestrost a různorodost nabídek v prostředí liberálně orientované konkurenční ekonomiky sama o sobě předpokládá, že se jednotlivé nabídky budou obsahově lišit a že mý smysl hledat a pečlivě vybírat. Ani důvěra v poctivost protistrany zde už nemusí být legitimní. Každý průměrný spotřebitel je totiž zpravidla téměř denně obklopen informacemi a zpravodajstvím o nepoctivých obchodních praktikách podnikatelů. Jeví se mi tedy žádoucí vyžadovat po spotřebiteli alespoň bazální úroveň opatrnosti při uzavírání smlouvy a nespolehat slepě na ochranu státu. Spotřebitel navíc vůbec nebude zcela bez ochrany, zejména § 1813, § 1814 NOZ či § 433 NOZ zde chrání dostatečně.

V případě smluv mezi podnikateli v tomto ohledu v zásadě bude platit totéž, co pro spotřebitelské smlouvy a navíc je třeba k tíži nepozorného podnikatele přičíst zásadu profesionality. Pro podpis smlouvy profesionálem bez jejího prostudování v zásadě hledám těžko omluvitelný důvod. Pokud smlouva nebude uzavřena adhezním způsobem, pak žádné důvody rozumné apatie nevidím. Záchranou sítí profesionálů za určitých okolností může být §433 NOZ, který určitá ujednání ze smluvního konsenzu může vyřadit, ale rozhodně to nebudou všechna překvapivá. Minimálně jedna

spornější situace tu však i v případě profesionále je. Pokud by podnikatelé pravidelně a opakovaně ve svém styku užívaly shodné znění podmínek, které by náhle oferent změnil, a záměrně by svého obchodního partnera neupozornil. V takové situace by vůle obláta při akceptaci odpovídala stále původnímu obsahu závazku plynoucího z dosavadní obchodní rutiny a učiněná změna by vlastně konsenzem pokryta nebyla. Pokud by obsah závazku byl umístěn ve smlouvě a nikoli v podmínkách, tak by extenzivní výklad obchodních podmínek pravděpodobně spravedlivé řešení nabídl. Nicméně i tak se domnívám, že v tomto případě to není nutné, jelikož takovouto praktiku by snad bylo možné řešit cestou zásad poctivého obchodního styku, dobrých mravů či úpravou omylu.

3. 3. Argumenty pro zachování formálního pojetí

Rozlišování mezi tím, zda obsah závazku bude sjednán ve smlouvě či obchodních podmínkách se mi v případě adhezních smluv nejevil rozumně, protože studovat obsah návrhu zjednodušeně řečeno téměř ztrácí smysl, ať už je předložen v jakékoli formě (smlouva či podmínky). V ostatních případech však důvod pro formální rozlišování mezi smlouvou a podmínkami cítím. Speciální ochrana proti překvapivosti pouze v obchodních podmínkách dle mého názoru reflektuje realitu, a to že značná část populace, pro kterou tato ochranná opatření slouží, žije v domnění, že se vůči nim nikdo nemůže domáhat práva z listiny, jež nebyla jimi podepsána. Tedy představy, že při uzavírání smlouvy je závazné a pro zvýšenou pozornost podstatné pouze to, co se podepisuje. Pokud podnikatel spotřebiteli předloží návrh smlouvy a obchodní podmínky založené mezi celou řadu čistě informačních materiálů, pak se domnívám, že to je přesně situace, kdy zde bude důvod pro zvýšení ochrany. Riziko, že smluvní strana význam odkazu na obchodní podmínky nepochopí a přítomnost podmínek mezi ostatními dokumenty nezbudí patřičnou pozornost, může být veliké. Domnívám se tedy, že zákonodárce správně chrání stranu před překvapivým ujednáním v zásadě pouze v obchodních podmínkách a ve smlouvě samé nikoli. Důvodem může být právě ona psychologie podpisu listiny. Při podpisu smlouvy musí i průměrný spotřebitel cítit, že právě podpisem se pro něj obsah listiny stává závazným. Jen těžko lze hledat rozumný důvod, proč omlouvat nedbalost osoby, která nerozvážně a ukvapeně připojí svůj podpis na listinu, s jejíž obsahem se neseznámí (s výjimkami výše uvedenými). Ústavní soud ve svém nálezu v případě UPC vyjádřil, že „I když je spotřebitelům vyjádřena vyšší právní ochrana pro jejich fakticky slabší postavení, nedochází tím k úplnému potlačení starořímské zásady *vigilantibus iura scripta sunt*“. V tomtéž nálezu uvedl dále také, že „v rámci spotřebitelských smluv ujednání zakládající smluvní pokutu... zásadně nemohou být součástí tzv. všeobecných obchodních podmínek, nýbrž toliko spotřebitelské smlouvy samotné (listiny, na niž spotřebitel připojuje svůj podpis)“. Ústavní soud tedy smlouvu od obchodních podmínek odlišil zejména tím, že smlouva je listina, která se podepisuje. Lze tedy vyvodit, že právě absence podpisu obchodních podmínek zde mohla být důvodem, proč smluvní pokuta nemohla býti jejich obsahem.

3. 4. Závěr

Domnívám se, že úvaha o extenzivním výkladu pojmu obchodních podmínek vedoucí k materiálnímu pojetí ve stávající právní úpravě je v zásadě správná, jelikož zde existuje rozumný důvod. Tím důvodem je apatie studování obsahu oferty oblátem, kterou lze považovat za racionální z důvodů marně vynaložených transakčních nákladů, a také legitimní důvěry v poctivé jednání protistrany. Tento závěr však dle mého názoru nelze uplatnit plošně na veškeré smlouvy, nýbrž pouze na smlouvy uzavírané adhezním způsobem. Ve zbylých případech uzavírání smluv v zásadě hodnotím apatii při studování obsahu oferty jako nedbalost, pro kterou ospraveditelný důvod nenacházím. Pokud smlouva není uzavírána adhezně, pak se každý před jejím podpisem musí seznámit s jejím

obsahem bez ohledu na to, zda obsah návrhu smlouvy materiálně odpovídá povaze obchodních podmínek (myšleno typovému, předpřipravenému ujednání).

Prameny

Odborná literatura:

LAVICKÝ, Petr. Občanský zákoník: komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2015. Velké komentáře. ISBN 978-80-7400-529-9.

Občanský zákoník: komentář. Vyd. 1. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014. Komentáře (Wolters Kluwer ČR). ISBN 978-80-7478-369-2.

Čech, P. Rekodifikace převrat ve smlouvách, Právní rádce, 9-2012

Normativní právní akty:

Zákon č. 89/2012 Sb.

Zákon č. 513/1991 Sb.

Zákon č. 40/1964 Sb.

Judikatura:

5 Cmo 318/97

II. ÚS 691/04

23 Cdo 2749/2008

I. ÚS 3512/11