

KONTROLA SMLOUVY, VŠEOBECNÉ OBCHODNÍ PODMÍNKY, FORMULÁŘOVÉ SMLOUVY A NEKALÉ (ZNEUŽÍVAJÍCÍ) KLAUZULE

LUBOŠ TICHÝ

Abstract: **Court Review of Contract, Contract Terms, Contract of Adhesion**

Description and analysis of the development of the judicial review of contract in the mass consume. Principles, main conditions and approaches in various jurisdictions. Effort on fundamental criterion. Resolution of the regulation in the Czech Civil Code.

Key words: judicial review of contracts, unfair contracts terms, contracts of adhesion, resolution for the Czech Civil Code

Klíčová slova: kontrola obsahu smlouvy a inkorporace všeobecných obchodních podmínek, zneužívající klauzule, smlouvy uzavírané adhezním způsobem, řešení pro český občanský zákoník

1. ÚVOD. PŘEDMĚT, METODA A CÍL

1.1 ZÁKLADNÍ POJMY

Již od počátku 20. století se stává předmětem zájmu nejen právní nauky fenomén, který se v dalších letech stal úhelným kamenem smluvního soukromého práva. Je jím posuzování míry autonomie vůle při uzavírání a u obsahu smlouvy s ohledem na nerovné postavení jejich stran. Postupně se vyvinuly nástroje ochrany proti následkům, které ve smluvním právu způsobuje vývoj technologií, globalizace trhů, modernizace a racionalizace, jakož i specializace nabídkové strany v masovém obchodu. Masová výroba a spotřeba zboží a služeb vede totiž k tomu, že praxe individuálně vyjednaných smluv je do značné míry vytlačována nabídkovou stranou jednostranně formulovanými standardizovanými smlouvami, resp. smlouvami odkazujícími na všeobecné obchodní podmínky. Tato právní jednání (projevy vůle) obsahují navíc celou řadu specifických výrazů a formulací. To má pro oferenty nespornou výhodu v úspoře tzv. transakčních nákladů. Tyto faktory spojené s ještě více sofistikovanou a neustále zdokonalovanou strukturou smluv přispívají k evidentní převaze oferenta nad oblatem. V tomto smyslu mluvíme o racionalizačním aspektu¹ uzavírání smluv. Vývoj trhu spějící ke specializaci jenom umocňuje převahu oferenta specializujícího se na určitý sektor (bankovní služ-

¹ BASEDOW, J.: Komentář před § 305 BGB, in MüKo, 5. vyd. München, 2007, marg. č. 2.

by, pojišťovnictví apod.). Zákazník (oblát) se tak stává slabší stranou, která akceptuje smlouvu bez potřebných znalostí mnohdy z časové tísně a bez potřebného rozmyslu.²

Oblát obvykle nabídku bez dalšího přijímá, aniž si uvědomuje hospodářskou, sociální a intelektuální převahu předkladatele, který jí plně využívá.

Strana nabídky v masovém obchodu využívá tří dogmatikou, ale i právní úpravou rozlišovaných nástrojů.

Předně jsou to všeobecné obchodní podmínky (NOZ označované jako „obchodní podmínky“ – viz § 1751 a násl.), jež představují smluvní úpravu určenou pro předem věcně vymezenou množinu smluv, již překladatel (oferent) činí součástí konkrétní jednotlivé smlouvy. Tato ustanovení mají kvazinormativní význam, neboť jsou použitelná pro neomezený počet smluv určitého druhu. Mnohdy tvoří celý obsah smlouvy, ve většině případů však upřesňují a rozvádějí ustanovení individuální smlouvy. Rozhodující není jejich forma a rozsah (viz však dále ad 2 a 3). Podstatné je, že nejsou předmětem smluvního vyjednávání, ale jakýmsi hotovým produktem předkládaným oferentem. V tom se shodují s druhým nástrojem, kterým jsou tzv. smlouvy uzavírané adhezním způsobem, tedy smlouvy, k jejichž vzniku dochází bez vyjednávání stran. Navrhovatel racionalizuje svůj právní styk tím, že nepřipouští změnu návrhu. Pro vznik smlouvy tedy platí pravidlo „podepiš, anebo jdi“. Hodlá-li oblát dosáhnout určitého zboží nebo služby, podřizuje se návrhu oferenta.

Třetí „strategií“ oferentů je užívání specifických smluvních klauzulí, jež znevýhodňují zákazníka (obláta). Používají nejasných či dokonce nesrozumitelných výrazů nebo sousloví, omezují odpovědnost oferenta nebo jinak zjevně nespravedlivě znevýhodňují druhou smluvní stranu.

Positivní právo jednotlivých jurisdikcí se k těmto problémům staví velmi rozdílným způsobem.

1.2 PROBLÉMY A JEJICH ŘEŠENÍ

Zpočátku zákonodárci nespatořovali v těchto jevech problém, jemuž by bylo nutné čelit zvláštními právními nástroji. Převládalo přesvědčení, že neblahým následkům pro příjemce (obláta) lze odpomoci tradičními nástroji, jakými jsou sankce proti nemravným ustanovením či smlouvám uzavřeným v rozporu s dobrou vírou, či použití ustanovení o omylu. Takto byly nemravné a jiné nepoctivé smlouvy ohroženy sankcí neplatnosti. Zkušenost po dalším rozvoji masového obchodu však ukázala, že tyto obecné kategorie uplatňované jako nástroje proti znevýhodnění stran, na ochranu slabší strany, resp. omezující autonomii vůle mají pouze omezenou efektivitu. Jejich preventivní účinek byl zanedbatelný.

Ačkoliv v nauce byl tento jev analyzován a navrženo jeho řešení,³ první zákonodárná opatření poté, co judikatura tento jev zaznamenala a vyrovnávala se s ním, přišly až v 60., zejména pak 70. letech 20. století.⁴ Nutnost ochrany spotřebitele si uvědomila

² TICHÝ, L.: *Obecná část občanského práva*. Praha, 2014, marg. č. 449, s. 201.

³ Viz habilitační práci Ludwiga Raisera z roku 1935 *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*.

⁴ Viz zákon o všeobecných obchodních podmínkách, tzv. AGBG-Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen z roku 1976.

po dlouhém váhání i Evropská komise; první ochranná směrnice byla však přijatá až v roce 1993.⁵

Jinak tomu bylo v německém soukromém právu. BGB vznikl v době liberalismu, a proto jeho dispozitivní povaha je výrazně převládající.⁶ První kroky k zmírnění jednostranného vlivu na vznik smluv byly podniknuty na základě myšlenky zákazu zneužití monopolu.⁷ Soud vyslovil myšlenku, že pokud nelze dokázat jednoznačnou nemravnost, může jednání oferenta být v rozporu se zásadou dobré víry.⁸ BGH již zásadní stanovisko zaujal v roce 1956.⁹

Ludwig Raiser však již ve třicátých letech prokázal nutnost kontroly obsahu smlouvy a tento problém vyčlenil z konceptu zneužití monopolu.¹⁰ Inkorporace nepřiměřených VOP byla posuzována jako culpa in contrahendo.

Jednotlivé jurisdikce v Evropě a západním světě většinou pod vlivem směrnice 93/13/EHS rozvinuly relativně sofistikovanou legislativu.¹¹ Jednotlivé národní úpravy se navzájem odlišují jak účinností ochrany, tak její působností.

Na rozdíl např. od německého zákonodárce, který upravil ochranu proti výše uvedeným způsobům zneužívání smluvní autonomie jednotným způsobem,¹² český zákonodárce se rozhodl pro trojí různou úpravu, kdy každá z nich má i rozdílnou osobní působnost. Zatímco ochranu proti všeobecným obchodním podmínkám upravil § 1751–1754 NOZ s obecnou působností, smlouvy uzavírané adhezním způsobem nacházení svoji úpravu v § 1798–1801 NOZ a ochrana proti nepřiměřeným smluvním ustanovením je svojí působností omezena pouze na ochranu spotřebitele a je umístěna v § 1810–1819 NOZ občanského zákoníku.

1.3 CÍL A POJEM KONTROLY

Cílem tohoto pojednání je především vysvětlení základních pojmů a jejich vztahů. Považujeme to za důležité, neboť celá tato problematika stále u nás ještě čeká na své podrobné, důkladnější zpracování. Je tedy třeba vyložit pojem všeobecných obchodních podmínek a nutnost kontroly smlouvy jak s ohledem na jejich převzetí, tak zejména na jejich obsah. Stejně tak zasluhuje pozornost vztah všeobecných obchodních podmínek a nepřiměřených ustanovení ve smlouvách. Je třeba analyzovat míru kontroly a její následky, stejně jako určitá specifická ustanovení ve smlouvách a jejich změny.

Používání pojmu „kontrola“ ve smluvním právu může vzbudit nesouhlas či kritiku jak z hlediska terminologického, tak pojmového. Může tomu tak být proto, že se tohoto termínu v české soukromoprávní nauce neuzívá, i když se provádí zjišťování právnosti smluvních ujednání, a to z mnoha hledisek. Není proto ani v obecné rovině nemístné termín „kontrola“ užívat. V německém právním okruhu se sousloví kontrola

⁵ Viz směrnice 1993/13/EHS o nepřiměřených ustanoveních ve smlouvách.

⁶ COESTER, M.: *Vorbemerkung zu §§ 307–309, in Staudinger/Schlosser*. Berlin, 2013, marg. č. 3.

⁷ *RGZ* 62, s. 266 a další.

⁸ *Viz Treu und Glauben – RGZ* 168, s. 329.

⁹ *BGHZ* 22, s. 90.

¹⁰ DIEDERICHSEN, U.: *ZHR* 132, 1969, s. 232.

¹¹ Viz kapitola 2 tohoto příspěvku.

¹² Viz § 305 BGB an.

smlouvy vžilo zejména v souvislosti s určováním přiměřenosti všeobecných obchodních podmínek i ustanovení ve spotřebitelských smlouvách, a to v důsledku zavedení nových metod právě v oblasti masového obchodu. Proto označovat činnost při zjišťování právnosti smluv masového obchodu při využití nástrojů moderního občanského práva, označovat za kontrolu, považovat za přiměřené.

Námi analyzované v kontextu pak rozeznáváme smluvní kontrolu (zahrnující jak všeobecné obchodní podmínky, tak formulářové smlouvy a ustanovení ve spotřebitelských smlouvách) skrytou a otevřenou. O skryté kontrole se mluví tehdy, jestliže se smlouva prověřuje pomocí tradičních obecných klauzulí, jakými jsou dobré mravy či dobrá víra a výkladem právního jednání se zjišťuje jeho soulad či rozpor s nimi.

Moderní občanské právo zavedlo kontrolu otevřenou, jež má dvě formy. První z nich spočívá v testu přiměřenosti smlouvy za použití nově zavedených obecných „kontrolních“ klauzulí, jako je např. ustanovení § 1813 NOZ. Druhou formu otevřené kontroly představuje použití specifických seznamů obsahujících typicky nekalá (nepřiměřená) ustanovení. Tzv. černý seznam (viz např. § 1814 NOZ) obsahuje typy smluvních ustanovení, jež mají charakter zneužívajících klauzulí, a proto se bez dalšího (automaticky) zakazují, nebo postihují sankcemi neplatnosti. Vedle toho se užívá katalogu (seznamu) typicky méně zavřených ustanovení, u nichž má soud prostor v úvaze při rozhodování o jejich právnosti či protiprávnosti s následkem zákazu či neplatnosti. V rámci své úvahy tedy při rozhodování o konkrétním případě reflektuje ještě další hlediska.

1.4 METODA

Jako obvykle používáme srovnávací metodu, a to nejen na základě určitého popisu jednotlivých úprav, ale funkcionálním způsobem.

Poznatky, k nimž dospějeme tímto způsobem v obecné části (kapitola 2), pak aplikujeme při výkladu výše uvedených pozitivněprávních ustanovení v občanském zákoníku (kapitola 3). Přitom vycházíme z určitého modelového řešení, k němuž jsme dospěli v 2. kapitole a které je základem pro výhled do budoucna.

2. OBECNÁ ČÁST

2.1 POJEM VŠEOBECNÝCH OBCHODNÍCH PODMÍNEK A MECHANISMY REGULACE

2.1.1 OBECNĚ

Všeobecné obchodní podmínky lze definovat jako smluvní ustanovení určená pro neomezený počet smluv či jiných právních jednání, která oferent předkládá při uzavírání smlouvy oblatovi, aby se staly její součástí.¹³ Smluvní ustanov-

¹³ Srov. definici v § 305 odst. 1, věta první BGB: „Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“ (Všeobecné obchodní podmínky jsou předem

vení¹⁴ jsou právní jednání (projev vůle), která jsou obsahem smlouvy uzavírané mezi jejím předkladatelem (oferentem) a druhou smluvní stranou. Není podstatné, zda tato ustanovení tvoří relativně samostatnou část smlouvy nebo jsou výslovně či mlčky převzata do textu. Je nerozhodné, jaký mají rozsah, irrelevantní je jejich forma. Podstatné je, že nebyly předmětem vyjednávání. Jejich účelem je způsobit právní následky, i když nemusí jít o bezprostředně ze smlouvy plynoucí práva a povinnosti. Postačí, že je ovlivňují. O VOP se jedná i tehdy, jestliže ovlivňují, resp. upravují předsmulvné vztahy stran.

Zda se jedná o tento druh právního jednání, je třeba zjistit výkladem, a to z hlediska jejich příjemce.¹⁵ Takovouto povahu nemají např. interní pokyny k vyjednávání jedné strany nebo prospekty či jiné reklamní materiály, které jsou zpravidla pouze jakýmsi motivačními faktory k určitým právním jednáním.

VOP jsou „pravými“ právními jednáními v tom smyslu, že mají obsah, který jim dala budoucí smluvní strana. Nejsou tedy texty obsahujícími pouze úpravu odchylnou od zákona nebo jiného právního předpisu. Za VOP však lze mít i taková ustanovení, jejichž obsahem jsou obchodní zvyky či zvyklosti.

V zásadě platí, že VOP lze použít ve všech druzích smluv, a to nejen v oblasti práva obligačního, nýbrž i práva věcného, korporátního, ale i pracovního a rodinného. Zde je rozhodující konkrétní pozitivněprávní úprava. VOP lze převzít i do jednostranných právních jednání, jakými jsou např. plná moc a další.

Relevantní je jejich význam v procesněprávních jednáních včetně procesních smluv a veřejněprávních jednáních včetně veřejnoprávních smluv.

Dalším podstatným znakem je, že jsou před předložením druhé straně již předkladatelem (oferentem) jednostranně formulované. Jejich účelem je ovlivnit budoucí smlouvy tak, že především do nich budou inkorporovány (převzaty). Tak se tomu zpravidla děje ve formě určitých formulací, které jsou předloženy druhé straně při podpisu textu konkrétní smlouvy, která na ně odkazuje. Předem formulovány jsou i takové smluvní podmínky, jež nemají písemnou formu, ale jsou např. „v hlavičkách“ smluvních stránek.

Není rozhodující, jaký je způsob jejich zpracování či vyjádření, tedy zda jsou tištěné či jen fotokopírované, psané rukou a jinak rozmnožované. Mohou být též formulovány třetí osobou, za předkladatele. Jsou-li při uzavírání smlouvy určitým způsobem konkretizovány např. údajem o nich ve smlouvě, nemění to nic na jejich charakteru. Jedná se o tzv. nesamostatné doplnění. Nemění to ale nic na podstatném znaku VOP, že totiž nejsou vyjednány. Druhá strana (oblát) nemá na jejich formulaci žádný vliv.

Dalším podstatným definičním znakem VOP je, že nejsou určeny pro konkrétní, jednu smlouvu, nýbrž pro početně neomezenou množinu smluv či jiných právních jednání.

Pro kvalifikaci jako VOP však postačí zpravidla uskutečnění záměru předkladatele a nikoliv jejich sériové použití. Záměr musí v zásadě existovat nejpozději v okamžiku uzavření konkrétní smlouvy. Okolnost, že byly použity již v několika případech, mluví pro jejich charakter jakožto VOP. V německé praxi postačí záměr použít takového tex-

formulované podmínky určené pro množinu smluv, které jedna smluvní strana [uživatel] předkládá druhé smluvní straně při uzavírání smlouvy.)

¹⁴ Též nazývané smluvními podmínkami – viz terminologii § 305 BGB (viz pozn. 13).

¹⁵ Viz např. *BGHZ* 101, s. 271 a další rozhodnutí.

tu již pro tři použití.¹⁶ Zpravidla však charakter VOP nemá text použitý pro veřejnou soutěž uskutečněnou pouze jednou. Jinak je třeba hodnotit všechny relevantní okolnosti včetně průvodních skutečností.

Kontrolní mechanismy zejména s ohledem na inkorporaci do smlouvy v režimu VOP podléhají předem formulované podmínky smlouvy, jestliže byly relevantním způsobem oblátovi předloženy. Poté lze význam těchto smluvních podmínek přičítat oferentovi. Předložení znamená jednostranný projev vůle, kterým jsou VOP oblátovi zpřístupněny. Předložení znamená, že tento projev vůle je z hlediska oferenta součástí návrhu a nestal se předmětem vyjednávání o smlouvě.¹⁷

2.1.2 HODNOTOVÝ ZÁKLAD

Z hlediska převzetí a obsahu VOP se vyžaduje svoboda rozhodování obláta, která je ovšem použitím VOP ohrožena či omezena.

Prvním aspektem tohoto jevu je tzv. absence racionálního zájmu.¹⁸ V rámci masového obchodu se prostě ani zákazník (oblátovi) mnohdy nevyplatí se VOP zabývat. Náklad na vyjednávání v jednom jednotlivém konkrétním případě je z hlediska zákazníka nepřiměřený, a to i z hlediska „ekonomické každého malého člověka“. Soutěž o dobré VOP za těchto podmínek proto neexistuje.¹⁹

Jiný faktor spočívá v tzv. situačně podmíněném kompetenčním deficitu.²⁰ Zákazník i v důsledku chybějící věcné znalosti je nezpůsobilý k vážné diskusi s důkladně připraveným profesionálem předkladatele.

Dalším relevantním aspektem je situace na trhu, která mnohdy obláta nutí se jednoduše podmínkám nabízeným předkladatelem jednoduše podřídit. Nabídková strana je v těchto případech silnější než strana poptávky. Potřeba ochrany se proto orientuje na obláta a vyžaduje specifickou formu, která by byla účinnější nežli obecné klauzule obecné části občanských zákoníků,²¹ avšak specificky omezená a proto v tomto ohledu účinnější než kogentní ustanovení, jež by nadbytečně omezovala smluvní svobodu.

2.1.3 CULPA IN CONTRAHENDO

Výjimečně je CiC používána i jako základ obsahové kontroly²² (viz dále) VOP.²³ Větší význam má ale ohledně následků v případě, že VOP jsou neplatné. Zde lze CiC uplatnit jako základ pro nárok na náhradu škody.

¹⁶ BGH NJW, 2002, s. 138.

¹⁷ K pojmu vyjednávání v případě tzv. adhezních smluv viz 2.4.

¹⁸ JANSEN, N.: ZEuP, 2010, s. 69, 84.

¹⁹ PFEIFFER, Th. In: WOLF – LINDACHER – PFEIFFER: *AGB – Recht, Kommentar*. 6. vyd. München, 2013, marg. č. 15, s. 8.

²⁰ FASTRICH, L.: *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*. München, 1992, s. 272.

²¹ Viz dobré mravy, dobrá víra aj. – k tomu 1.2 shora.

²² Viz 2.9.

²³ DIEDERICHSEN, v pozn. č. 10.

2.1.4 TRADIČNÍ MECHANISMY KONTROLY

VÝKLAD

Interpretace je obecná metoda, již je třeba použít i v případě specifické obsahové kontroly VOP, a která nachází svůj význam i jako samotný nástroj ochrany. Potenciál spočívající v možnosti oprav či úprav je zřejmý již z toho, že judikatura mnoha jurisdikcí pracuje především s tímto nástrojem. I tam, kde, jako např. v Německu, funguje po dlouhou dobu úspěšným způsobem specifická kontrola obsahu, používá se interpretace jako obecný ochranný mechanismus. Výklad slouží mnohdy právě k tomu, aby v daném případě smlouva vyhověla přísným požadavkům specifické kontroly. Doplnující či korigující nebo dokonce hypotetický výklad by měl předcházet dalším krokům při kontrole obsahu, neboť směřuje vždy k zachování smlouvy.

V této souvislosti se kladou ošemetné otázky, jako např. zda VOP je třeba rozumět tak, že mají přednost před ustanoveními dispozitivního práva (např. výpověď z důležitějšího důvodu či odpadnutí základu smlouvy apod.) anebo zda je třeba postupovat ve prospěch dispozitivních ustanovení zákona. V případě výkladu nepřátelského oblatovi je možný nebo téměř nevyhnutelný střet se zásadou přiměřenosti.

V tomto ohledu jsou relevantní zákonná pravidla kontroly, a to nejen tradiční povahy (výklad, dobré mravy apod.), ale především speciální mechanismy určené pro kontrolu interpretace a obsahu smluv. Režim kontroly je tedy tvořen kogentními předpisy soukromého práva.

DOBRÉ MRAVY

I předpisy o dobrých mravech se liší ve své funkci, předpokladech, právních následcích zpravidla od předpisů režimu kontroly VOP. § 580 NOZ vymezuje vnější rámec autonomie vůle, zatímco např. § 307 BGB obsahuje nemravnostní kritérium nepřiměřenosti jednostranně formulovaných ustanovení.²⁴ Na rozdíl od obecného režimu není pro rozpor s dobrými mravy v režimu ochrany před VOP relevantní zavinění. Subjektivní prvky v tomto režimu nehrají roli.

DOBRÁ VÍRA

Dobrá víra (poctivost) je přítomna v režimu obsahové kontroly, neboť z něho byla tato kontrola i vyvinuta. Jde tedy ve vztahu k ustanovení např. § 242 BGB o *lex specialis*. Navíc ovšem lze tuto obecnou kontrolu však použít i mimo působnost režimu kontroly obsahu VOP. Tento závěr však může být relativně sporný.

2.1.5 POSTUP SOUDU PŘI KONTROLE OBSAHU

Kontrolu smluv uskutečňuje soud z úřední povinnosti.²⁵ To se však netýká jen případů spotřebitelských smluv.²⁶ Tuto povinnost mají i ostatní orgány, včetně

²⁴ Viz text § 307 odst. 1 BGB s jeho překladem do češtiny.

²⁵ FASTERICH, pozn. 20, s. 9.

²⁶ Viz C-240/98 Océano Grupo.

správních úřadů např. těch, které vedou veřejné registry. Povinnost k obsahové kontrole mají i notáři vykonávající veřejnou funkci.

2.2 PŘÍKLADY PRÁVNÍCH ÚPRAV

Téměř všechny vyspělé, nejen západní státy reagovaly na ohrožení rovnosti smluvních stran při transakcích masového obchodu. Jednotlivá řešení jsou však po stránce hmotněprávní, tak procesněprávní odlišná, a to i z hlediska základních koncepcí. Rozdílnosti existují v otázce uzavírání smluv a inkorporace VOP. Určité harmonizace v širokém slova smyslu doznala problematika této oblasti včetně otázek VOP ohledně obsahové kontroly v členských státech EU v důsledku transpozice směrnice 93/13/EHS. Téměř všechny členské státy proto zavedly obsahovou kontrolu na základě generální klauzule. Rozdílů však existují zejména v oblasti vztahů mezi podnikateli, neboť transpozice směrnice se týká jen oblasti spotřebitelských smluv. Některé právní řády však nadále zůstávají převážně u skryté obsahové kontroly prováděné na základě výkladu, zatímco jiné systémy využívají otevřené obsahové kontroly. Obsahová kontrola je zčásti omezena pouze na VOP, zčásti však se týká všech nekalých smluvních podmínek bez ohledu na to, zda jsou součástí VOP nebo se jedná o individuálně vyjednaná ustanovení smluvní. Z důvodu úplnosti je třeba zmínit i institucionální a procesně právní součást kontroly, která ovšem není předmětem dalších úvah. Většina právních systémů v Evropě spatřuje těžiště provádění ochrany v soudním systému. Mnohdy však jednotlivé státy zavedly i správně právní kontrolu, a to dokonce prostřednictvím zvláštních (speciálních) orgánů na ochranu spotřebitele. V mnoha státech existují soukromě organizované entity, jakými jsou např. spotřebitelské a jiné neziskové organizace, jež hrají též relativně významnou roli.

2.2.1 FRANCIE

Francouzský právní řád zná celou řadu různých mechanismů na ochranu proti nekalým ustanovením ve smlouvách (clauses abusives). Základ tvoří zákon č. 78–23.²⁷ Správněprávní řízení podle tohoto zákona má však velmi sporné výsledky, neboť je těžkopádné a vedlo pouze zřídka k zákazu smluvních klauzulí. Významným krokem byl zákon č. 88–14,²⁸ jehož předpisy byly převzaty i do spotřebitelského zákoníku (Code de la consommation). Zákon umožňuje soudům zakázat na základě žaloby spotřebitelských svazů používání nekalých ustanovení a přiznat jim náhradu tzv. kolektivní škody. Individuální žaloby na ochranu proti nekalým ustanovením jsou možné teprve po rozhodnutí Cour de cassation z roku 1991.²⁹ Na základě transpozice směrnice 93/13/EHS do spotřebitelského zákoníku je možná individuální předběžná ochrana nejen proti smluvním ustanovením, jestliže se jimi zamýšlí vznik zřejmého nepoměru mezi právy a povinnostmi stran (nekalá ustanovení). Použití se musí projevit ve prospěch podnikatele (professionnel) a k újmě spotřebitele (consommateur), resp. nepodnikatele (non-professionnel), jímž je zejména

²⁷ Loi „Scrivener sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services“.

²⁸ Loi no 88–14 z 5. 1. 1988.

²⁹ Cass. civ. ze 14. 5. 1991.

řemeslník nebo obchodník bez zvláštních znalostí v oblasti svého podnikání. Inkorporace se posuzuje podle obecných zásad smluvního práva.³⁰ Judikatura vyvinula v tomto ohledu relativně propracovaný systém, jenž se neliší od kontroly převzetí podle německého práva.³¹ Inkorporace jednotlivých ustanovení je podle této soudní praxe předpokládána tehdy, jestliže předem formulovaná smluvní ustanovení jsou převzata do smluvního dokumentu.³²

2.2.2 ITÁLIE

Moderní italský občanský zákoník (Codice civile) z roku 1942 obsahuje kontrolu převzetí VOP do smlouvy. Podle čl. 1341 se stávají předem formulované jednostranně předložené smluvní podmínky součástí obsahu smlouvy, jestliže je oblát při obvyklé péči musel znát. Relevantní je znalost jejich obsahu.³³ Pro smlouvy mohou být převzaty klauzule označené jako zvlášť nebezpečné jen s výslovným písemným souhlasem obláta.³⁴ Italský občanský zákoník rozlišuje však ještě mezi VOP a formulářovými smlouvami a postihuje tímto způsobem i posléze uvedené.³⁵ Kritéria kontroly jsou obsažena v čl. 1342 a 1370 c.c. Působnost c.c. není omezena pouze na ochranu spotřebitele. Ta je předvídána čl. 33–38 spotřebitelského zákoníku (Codice del consumo), do něhož byla transponována směrnice 93/13/EHS. Smluvní ustanovení jsou neplatná, jestliže obláta nepřiměřeně a v rozporu se zásadou dobré víry (pocivosti – malagrado la buona fede) znevýhodňují.³⁶ Vedle generální klauzule obsahuje čl. 33 spotřebitelského zákoníku též seznam typických nepřiměřených ustanovení obdobný jako příloha k čl. 3 Směrnice. Zákazy jsou formulovány tak, že neplatnost nekalých ustanovení je až do prokázání opaku předpokládána.³⁷

2.2.3 NIZOZEMÍ

Vedle soukromoprávní kontroly VOP je významná kontrola veřejnoprávní prostřednictvím správněprávního řízení vykonávaného správními úřady.³⁸

Soudní kontrola obsahu se uskutečňovala na základě obecných ustanovení o dobrých mravech, veřejném pořádku a dobré víře. Ke změně došlo novelizací již přijatého nového občanského zákoníku od 1. 1. 1992, která je považována za konformní se Směrnicí, která byla přijata později.

Existuje i kontrola převzetí, jež předpokládá uznání druhou stranou, i když jí obsah všech jednotlivých klauzulí nebyl znám (čl. 6:232). Převzaté VOP mohou být prohlá-

³⁰ Srov. čl. 1108 Code civil.

³¹ HELLWEGE, Ph.: *Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine rechtslehre*. Tübingen, 2010, s. 14 a 360.

³² SONNENBERGER, H.-J. – DAMMANN, J.: *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*. 2. vyd. Heidelberg, 2010, s. 38.

³³ Viz HELLWEGE, pozn. 31, s. 366.

³⁴ Cass. civ., sez. III, 16-6-1997, n. 5390.

³⁵ Von HIPPEL, E.: *RabelsZ* 41, s. 264.

³⁶ Trib. Roma, 31-8-1998.

³⁷ Viz domněnka neplatnosti – PFEIFFER, v pozn. 19, marg. č. 67, s. 33.

³⁸ Von HIPPEL, v pozn. 35, s. 268, 269.

šeny za neplatné, jestliže se svými právními následky odchyľují od následků, které by měla smlouva bez sporných ustanovení VOP, nebo které nepřiměřeně druhou stranu zatěžují (čl. 6:233) nebo nebyly-li VOP druhé straně před či při uzavírání smlouvy předloženy nebo dodatečně na její žádost bezplatně zaslány nebo jí byla poskytnuta jinak jejich znalost (čl. 6:234). Vedle generální klauzule obsahuje občanský zákoník ještě v čl. 6:236 a–n katalog ustanovení představující tzv. černou listinu nekalých klauzulí a dále seznam klauzulí (čl. 6:237 an.), u nichž se nekalost předpokládá (tzv. šedá listina). Klauzule obsažené v šedé listině mohou být prostřednictvím správněprávních předpisů změněny nebo jejich působnost omezena (čl. 6:239). Předpisy na ochranu před nekalými VOP platí jak pro spotřebitelské smlouvy, tak pro smlouvy uzavřené v podnikatelském styku s výjimkou podniků s více než padesáti zaměstnanci, a těmi, které uveřejňují roční závěrku. V podnikatelském styku je pak podmínkou kontroly i okolnost, že oba smluvní partneři mají svoje sídlo v Nizozemí.

2.2.4 NĚMECKO

Po zapojení tradičních ochranných instrumentů přijalo Německo 12. 11. 1976³⁹ zákon o všeobecných obchodních podmínkách (ABGB), který vstoupil v účinnost 1. 4. 1977. Po několika dílčích novelách byl pak jeho obsah převzat tzv. zákonem o modernizaci obligačního práva,⁴⁰ a tvoří obsah § 305–310. ABGB měl pět částí, a to hmotněprávní předpisy (§ 1–11), kolizněprávní předpisy (§ 12), řízení (§ 13–22a) a ustanovení o působnosti (§ 23–24a) a konečně závěrečná přechodná ustanovení (§ 25–30). Těžiště kontroly bylo obsaženo v první části, jež obsahovala definici VOP, a mechanismy kontroly převzetí (§ 2–4), výkladové ustanovení k tíži předkladatele (§ 5) a ustanovení o otevřené obsahové kontrole a zakázaných klauzulí (§ 8–11). Do BGB byla s nepatrnými změnami převzata ustanovení první a čtvrté části.

Německá úprava se vztahuje na smlouvy s předem formulovanými smluvními podmínkami. V oblasti soukromého i veřejného práva se německá úprava svou osobní působností vztahuje v zásadě na všechny osoby s výjimkou § 310 odst. 2 BGB a není omezena pouze na ochranu spotřebitele. Je zřejmé, že německé právo ochrany před VOP je pevnou součástí obecného civilního práva. Jinak řečeno, nejedná se o zvláštní spotřebitelské právo, nýbrž německá úprava se vztahuje i na smlouvy podnikatelů. Některé předpisy, které předpokládají posílenou ochranu, nejsou aplikovány na osoby označené v § 310 odst. 1 BGB. Obecná úprava se aplikuje i na právnické osoby veřejného práva, pokud je jejich činnost upravena soukromoprávními předpisy.

K prosazení obsahové kontroly slouží skupinová žaloba podle § 3 zákona o negatorních žalobách při porušení práva spotřebitelů a dalších osob.⁴¹ Zásadní význam však mají individuální procesy.⁴² Soudní kontrola je podporována administrativní kontrolou, i když v relativně omezeném rozsahu, a to prostřednictvím Spolkového kartelového úřadu (Bundeskartellamt) ohledně možných kartelových ujednání.

³⁹ Viz 1.2.

⁴⁰ Schuldrechtsmodernisierungsgesetz z 26. 11. 2001.

⁴¹ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG).

⁴² PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 33, s. 16.

Rozsáhlá a relativně podrobná definice je obsažena v § 305 odst. 1 BGB; úprava kontroly inkorporace (§ 305 odst. 2 a 3, 305c odst. 1) pak má za následek, že jenom ve velmi řídkých případech nedojde ke skutečnému převzetí VOP do smlouvy. Relevantní však je vztah úpravy kontroly převzetí překvapivých klauzulí vymezeným v § 305c odst. 1. Výslovná úprava přednosti individuální, individuálně vyjednaného ustanovení je obsahem § 305b. V § 305c odst. 2 je kodifikováno pravidlo výkladu, jež má zásadní význam, i když jednou dosažené vyjasnění obsahu ustanovení VOP nepotřebuje výklad v případech jejího budoucího použití. V ustanovení § 306 a 306a je obsažena úprava působnosti neplatnosti jednotlivých ustanovení VOP. Klíčová úprava se nachází v § 307–309, které představují základ pro stanovení právnosti klauzulí VOP. Ustanovení § 307 stanoví základní kritéria zjišťování nekalosti, § 308 obsahuje příkladný přehled nekalých klauzulí, jež jsou bez dalšího považovány za neplatné. Příkladný přehled ustanovení, jež mohou být shledány neplatnými v případě splnění dalších kritérií (šedá listina) je obsažen v § 309.

2.2.5 POLSKO

Polsko drží zřejmě evropské prvenství v uzákonění úpravy VOP, k níž došlo ve svém obligačním právu z roku 1936.⁴³ Nynější úprava obsažená v čl. 384 an. občanského zákoníku z roku 1965 je určitým kompromisem mezi úpravou z roku 1936, socialistickými ustanoveními a úpravou vzniklou transpozicí směrnice. Občanský zákoník tak obsahuje obecnou úpravu kontroly převzetí VOP, a to nejen ve spotřebitelských smlouvách (čl. 384). Pro tento druh smluv však platí přísnější pravidla. Obsahová kontrola smlouvy s VOP je však omezena na spotřebitelské smlouvy. Ve smyslu směrnice zahrnuje též jednostranně stanovené smluvní klauzule. Čl. 385–386 odpovídají v podstatě čl. 3 a 4 směrnice. Na rozdíl od směrnice platí domněnka jednostranného předložení (tj. bez vyjednávání) nejen pro standardní smluvní klauzule, nýbrž i pro všechny klauzule ve spotřebitelských smlouvách. Pozoruhodný je okruh aktivně legitimovaných osob k žalobě na ochranu před VOP, k nimž patří vedle spotřebitelských organizací též spotřebitelští ombudsmeni krajů a měst a předseda kartelového a spotřebitelského úřadu. Pozoruhodná je též evidence nekalých ustanovení ve smlouvách v rejstříku vedeném zmíněným úřadem.

2.2.6 SPOJENÉ KRÁLOVSTVÍ

První velmi rozsáhlá a svojí působností oblast VOP přesahující ochrana je obsažena v zákoně o nekalých ustanoveních ve smlouvách (UCTA).⁴⁴ Zákon sice neobsahuje obecné ustanovení o obsahové kontrole, ale smlouvy jsou podrobovány testu rozumnosti (reasonableness test), a v zásadě je možné je považovat za absolutně neplatné.⁴⁵ Zákon o prodeji zboží⁴⁶ obsahuje kogentní úpravu prikazující, že zboží musí

⁴³ Viz čl. 71 a 72 zákona z 27. 10. 1933, sbírka zákonů č. 82 částka 598.

⁴⁴ Uniform Contract Terms Act z 1. 2. 1978.

⁴⁵ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 64, s. 29.

⁴⁶ Sale of Goods Act z roku 1979.

být v souladu se svým popisem a plnit svůj účel. Směrnice byla nejdříve transponována do zákona o nekalých ustanoveních v spotřebitelských smlouvách, který byl převzat nařízením stejného jména.⁴⁷ Nyní toto nařízení platí ve znění z roku 2001. Protože nařízení platí vedle UCTA, je třeba platnost klauzulí zkoumat podle obou předpisů. VOP platí za převzaté do smlouvy, jestliže je o tom oblat dostatečně informován (reasonably sufficient notice). Dosáhnout ochrany je možno především soudní cestou, i když existuje i správní kontrola podle Fair Trading Act z roku 1973.

2.2.7 ŠPANĚLSKO

Španělsko transponovalo směrnici do zákona z 13. 4. 1988 o obecných podmínkách uzavírání smluv.⁴⁸ Úprava nese viditelné stopy vlivu německého AGBG, což je zřejmé již z definice VOP (čl. 1 LCGC). Jeho působnost se vztahuje i na smlouvy mezi podnikateli. Vyňaty jsou smlouvy z oblasti rodinného, dědického, pracovního a korporátního práva (čl. 4). K převzetí VOP je zapotřebí výslovné informace o existenci VOP, a možnost vzetí této informace při uzavírání smlouvy na vědomí. Při elektronickém uzavírání smlouvy je zapotřebí písemného potvrzení existence VOP. Ty VOP, které znevýhodňují druhou stranu, jsou neplatné. Zbytek smlouvy však zůstává v platnosti a chybějící ustanovení jsou doplněna obecnými zákonnými předpisy. Čl. 11 předvídá zřízení veřejného rejstříku pro zápis VOP, který je dobrovolný, pokud však není zápis nařízen. Přísnější ochrana je obsažena v zákoně na ochranu spotřebitele.⁴⁹ Ten platí na ochranu i proti nekalým klauzulím, jež jsou jednotlivě vyjednány.

2.2.8 ŠVÉDSKO

Zákon o zákazu nepoctivých smluvních podmínek pochází z roku 1971 a byl nepodstatně novelizován v roce 1994. Tento zákon poprvé v Evropě zavedl institut spotřebitelského ombudsmana, který je povinen sjednávat s nabíziteli zboží a služeb přiměřené obchodní podmínky, aniž by vnucoval obecné klauzule nebo měřítka vedoucí k zákazu ustanovení ve smlouvách. Předpoklady pro zákaz nepoctivých ustanovení jsou upraveny v obecných klauzulích. Neplatnosti se mohou dovolávat vedle ombudsmana též svazy živnostníků, spotřebitelů nebo zaměstnanců, a to u tržního soudního dvora. Chráněni jsou též podnikatelé a živnostníci. Podle čl. 36 zákona o smlouvách se mohou neplatnosti VOP domáhat představitelé oblata, kteří požadují jejich přezkoumání s ohledem na přiměřenost. Katalog zakázaných smluvních ustanovení (černá listina) však neexistuje ani po transpozici směrnice. Přesto ESD dospěl k názoru, že toho není třeba, neboť s ohledem na tradici a celou řadu materiálů je obecná znalost těchto klauzulí v černé listině v nordických (skandinávských) státech obecně přítomna.⁵⁰

⁴⁷ Regulations 1999.

⁴⁸ Ley Sobre Condiciones Generales de la Contractacion-LCGC.

⁴⁹ Ley para los consumidores y usuarios (LCU).

⁵⁰ Komise v. Švédské království.

2.2.9 ŠVÝCARSKO

Význam VOP, jež jsou chápány „německým“ způsobem, je ve Švýcarsku značný.⁵¹ Relevantní je čl. 8 zákona o nekalé soutěži (UWG), do něhož byla zavedena v roce 2012 generální klauzule na ochranu před použitím nekalých VOP. Nekalým způsobem jedná ten, kdo používá VOP, které v rozporu s dobrou vírou mají k tíži spotřebitelů za cíl zjevný a neospravedlnitelný nepoměr mezi právy a povinnostmi smluvních stran. Měřítka kontroly odpovídají v zásadě německému právu (§ 307 BGB). Zákon však neobsahuje seznam zakázaných ustanovení. Zato však lze požadovat na soudu, aby zakázal určitou klauzuli jako hrozící porušení zákona nebo aby uložil odstranění existujícího porušení zákona či určil, že daná klauzule je protiprávní. Aktivně legitimován k žalobě je každý, kdo se považuje za ohroženého nebo poškozeného. Kontrola inkorporace není sice v zákoně upravena, zato existují nepsané zásady, které vycházejí z praxe kontroly převzetí jednotlivých ustanovení.

2.2.10 USA

Americké soudy mají na základě tzv. unconscionable clause (ustanovení o neplatnosti)⁵² možnost prohlásit nepřiměřené smluvní ustanovení neplatným nebo omezit jeho následky. Zmocnění ke smluvní kontrole spočívá v obecné klauzuli a není omezeno pouze na VOP. Ty ovšem zpravidla podléhají při kontrole obsahu přísnějším hlediskům. Přitom je třeba brát v úvahu hospodářské potřeby a ekonomický účel dané transakce.⁵³

2.3 OCHRANA PROTI NEKALÝM USTANOVENÍM VE SPOTŘEBITELSKÝCH SMLOUVÁCH

2.3.1 ZÁKLADY A VÝVOJ

Základem tohoto dnes v pozitivním právu zakotveného institutu je směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených ustanoveních ve smlouvách. Jde o určitý paralelní režim k ochraně proti nekalým VOP, a proto je třeba přiblížit historii vzniku tohoto unijního předpisu a jeho hodnotové základy. Po určitých diskusích v Komisi byl východiskem dalšího postupu posudek vypracovaný z jejího podnětu E. von Hippel⁵⁴ v roce 1976, který mimo jiné doporučoval vypracovat opatření obsahující generální klauzuli konkretizovanou katalogem nepřipustných smluvních klauzulí. Tento model měl být doprovázen ještě správněprávní kontrolou vybavenou represivními opatřeními. Návrh směrnice předložený Komisí v roce 1990 předvídal ochranu spotřebitele před

⁵¹ O tom svědčí její rozšíření do značného počtu sektorů obchodu a služeb. Viz k tomu KELLER, H.: *Allgemeine Geschäftsbedingungen*. Bern, 1970. Tento autor již téměř před padesáti lety analyzoval i celou řadu typů VOP.

⁵² PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 97, s. 50.

⁵³ Viz *RabelsZ*, 1977, s. 241 an.

⁵⁴ Viz *RabelsZ*, 1977, s. 241 an.

zneužívajícími smluvními ustanoveními narazil na odpor představitelů jinak ještě velmi liberální koncepce komunitárního právního řádu. Kritika měla však za následek pouhé textové vylepšení, a nikoliv změnu koncepce návrhu, který pak byl doplněn kritériem dobré víry jako základem pro měřítko nekalosti, a tak mohla být směrnice 5. 4. 1993 přijata. Směrnice předpokládá kontrolu každé nevyjednané smluvní klauzule, aniž by se očekávalo její použití pro neomezený počet smluv, jako tomu je v případě VOP. Směrnice vychází z pojmu informovaného plnoprávného spotřebitele,⁵⁵ a proto nerozšiřuje ochranu ani ve prospěch dalších osob, jakými jsou malí řemeslníci apod.

Základní znalost rozvoje moderního smluvního a spotřebitelského práva neznamena, že spotřebitel zasluhuje ochranu sám o sobě prostřednictvím zvláštních soukromoprávních pravidel, nýbrž regulativní ochranné předpisy jsou nutné pouze tehdy, jestliže určité okolnosti k ochraně dávají konkrétní podnět.⁵⁶ Na rozdíl od VOP je předmětem kontroly svébytný, samostatný útvar smlouvy, tedy každé jazykově a obsahově oddělitelné pravidlo (ustanovení). Evropský autonomní pojem ustanovení (klauzule) je produktem samotné směrnice. Forma ustanovení je nerozhodná. I ústně dohodnutá ustanovení jsou předmětem kontroly. Směrnice předpokládá, že ustanovení nebyla vyjednána, kteroužto vlastnost posoudíme ve zvláštní kapitole.⁵⁷

2.3.2 HLEDISKA KONTROLY

Charakteristickým rysem kontroly je její zaměření na obsah smluvního ustanovení, který obléta znevýhodňuje. Hlediskem pro takovouto kvalifikaci je srovnání s jeho postavením v hypotetickém případě, v němž by se nacházel, nebylo-li by daného ustanovení. Jde tedy o zjištění na základě srovnání, přičemž hodnotící element je aplikován teprve v případě zkoumání nepřiměřenosti.⁵⁸ Tento nepoměr musí mít nikoliv zanedbatelný význam. Míra nevýhody však nepředstavuje statistickou veličinu, nýbrž závisí též na legitimním zájmu oferenta (předkladatele) na navrhované úpravě. Zvláštním problémem jsou individuální bagatelní nevýhody masového provozu (obchodu), jako např. úplaty v bankách (tzv. bankovní poplatky). Přitom je méně důležitá otázka, zda při posuzování jednotlivého případu je třeba přihlížet i k nevýhodám třetích osob, resp. k výhodám pro navrhovatele, které z toho v rámci jeho masového obchodu plynou. Význam takových bagatelních úplat lze odůvodnit jen tehdy, nahlíží-li se na otázku znevýhodnění jiným způsobem: jsou tyto úplaty neospravedlnitelné, protože jsou již např. zahrnuty v základním (udržovacím) bankovním poplatku? Nezmění se jen dohodnutý poměr rovnováhy (ekvivalence), nýbrž též tržní rozhodování zákazníka (klienta, obláta), který je zpravidla orientován pouze podle základního poplatku? Zde a nikoliv ve finanční nevýhodě spočívá z hlediska smluvních ustanovení relevantní znevýhodnění. Znevýhodnění se musí dotýkat právě smluvního partnera navrhovatele. Omezení chráněného okruhu osob plyne z funkce kontroly obsahu kompenzovat narušenou rovnost

⁵⁵ DREHER, J.: *JZ*, 1997, s. 170 an.

⁵⁶ DREXL, J.: *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*. Mohr Siebeck, 1998, s. 312 an.

⁵⁷ Viz 2.5.

⁵⁸ Viz dále ad 2.5.

stran. Znevýhodnění smluvního partnera nemusí však vzniknout v právním vztahu k oběť. Postačí i nevýhody třetích osob, resp. pouze jejich potenciální znevýhodnění.⁵⁹

Předpokladem ochrany je kvalifikované znevýhodnění oběť. Musí být nepřiměřené. Základem tohoto pojmu je idea, že smlouva musí být kompromisem zájmů stran a tedy představovat určité vyrovnání mezi nimi. Chybí-li obsahová rovnováha a absente-li adekvátní vyváženost zájmů stran, je taková nevýhoda nepřiměřená. Posouzení nepřiměřenosti spočívá na zvážení oboustranných zájmů smluvních stran. O tom, že jde o „pravou“ rovnováhu, svědčí poukaz na základní, klíčové kritérium, kterým je dobrá víra. Hledisky zjišťování přiměřenosti jsou tedy ospravedlnitelné zájmy navrhovatele, z toho plynoucí nutnost poškození zájmů oběť a jejich možná kompenzace prostřednictvím výhody druhé strany.

2.3.3 HLEDISKO DOBRÉ VÍRY

Znevýhodnění oběť musí, jak již uvedeno, být v rozporu s dobrou vírou. Toto hledisko znamená, že zájmy smluvních stran není třeba posuzovat jenom zvnějšku, ale jako také předmět vzájemného vztahu stran. V rozporu s dobrou vírou je smluvní ustanovení proto, že navrhovatel využívá svého postavení k jednostrannému a bezohlednému sledování vlastního zájmu.

Úzký vztah k dobré víře navrhovatele má další hodnotící kritérium, kterým je zásada přiměřenosti. Z této zásady vyplývá nejprve požadavek maximálně citlivého zásahu do práv druhé strany,⁶⁰ který je vymezen opět zásadou dobré víry.

2.4 OCHRANA PROTI NEVYJEDNANÝM KLAUZULÍM (UZAVÍRÁNÍ SMLOUVY ADHEZNÍM ZPŮSOBEM)

2.4.1 OBECNĚ

Dalším případem možného znevýhodnění oběť je způsob uzavírání smlouvy nazývaný adhezní. Ten spočívá v tom, že oběť k návrhu bez dalšího „přistoupí“ (proto adhezní). Vyjednávání o obsahu smlouvy zde nemá místo. Jde o případy „podepiš anebo jdi“. Na rozdíl od VOP jde o návrh takřikajíc úplné smlouvy, která po svém vzniku nepotřebuje ke své účinnosti brát v úvahu odkazy či poukazy na jiná právní jednání, jakými jsou typicky VOP. I když jde namnoze o formulářové a tedy předem formulované („předtištěné“) texty smluv, jedná se o individuální, konkrétní projevy vůle. Proto se tyto smlouvy též nazývají individuálními klauzulemi, jež se vyznačují tím, že jsou uzavírány na základě předem formulovaného textu návrhu bez jakéhokoliv vyjednávání, resp. relevantního vlivu druhé strany na jejich formulaci (přípravu).

⁵⁹ *BGH NJW*, 1984, s. 2816.

⁶⁰ *BGH NJW*, 2010, 1958 marg. č. 34 an.

2.4.2 PŘEDBĚŽNÁ FORMULACE

Návrh smlouvy, byť o jediném ustanovení, musí být předem připraven. Důvod k tomu není významný. Může se jednat např. o ustanovení, které má nahradit jeden článek VOP, nebo o „kompletní“ předtištěnou smlouvu. Doba přípravy a její způsob nemá z hlediska kontroly obsahu relevanci. Předem zformulovaná klauzule znamená, že byla zformulována před okamžikem uzavření smlouvy.⁶¹

O předem zformulované smlouvě tak mluvíme tehdy, jestliže její návrh byl vytvořen pouze jeho předkladatelem (oferentem) a předložen druhé straně jako „finální“ text. Médium nebo způsob jeho přípravy nejsou důležité.

2.4.3 ADHEZNÍ ZPŮSOB UZAVŘENÍ SMLOUVY (ABSENCE VYJEDNÁVÁNÍ)

Analýza znaku předběžné formulace smlouvy sama o sobě nevede k úplnému vysvětlení problému. Ten spočívá v tom, že návrh předložený jednou stranou, který je jí přímo, či z jejího příkazu třetím zformulován, je jediným podkladem k uzavření smlouvy, aniž by mohla druhá strana na jeho obsah mít jakýkoliv vliv. Vliv který by oblát mohl uplatnit formou vyjednávání, se v daném případě neuskuteční.

Absence vyjednávání smlouvy, resp. o jednání o jejím návrhu je důvodem pro speciální kontrolu obsahu smlouvy. Neplatí tedy, že absentující vyjednávání je pouhou indicií pro existenci nerovnosti při jednání o smlouvě. Tato koncepce by byla smysluplná jen tehdy, jestliže bychom nerozlišovali mezi kontrolou zneužití a měřítkem zjišťování zneužitelnosti. To ovšem neodpovídá např. obsahu čl. 3 odst. 1 směrnice. Podmínky kontroly jsou dány již na základě samotného faktu neexistence vyjednávání. Rozhodující je omezená rozhodovací svoboda obláta v důsledku absence možnosti vyjednat.

Pojem vyjednávání znamená více než jednání. Předkladatel musí text návrhu dát k dispozici a umožnit oblátovi využít smluvní svobodu v jeho prospěch, resp. prospěch jeho zájmů.⁶² Druhá smluvní strana musí tak získat reálnou možnost ovlivnit obsah smluvních podmínek (ustanovení). Oblát musí mít možnost projevit tvůrčí vůli ve vztahu k obsahu smlouvy.

Důkaz absence vyjednávání je zpravidla dán tehdy, jestliže nedošlo k žádné obsahové změně návrhu. Příkladem neexistence vlivu je používání standardizovaných formulářů či standardních smluv navrhovatelem. Jedná se o v anglickém konceptu free-formulated standard contract, resp. ve francouzském pojetí contract d'adhésion. Jde o typické předem formulované tiskopisy typu „take it or leave it“.

Možnost vlivu předpokládá ochotu ke změně, kterou oblátu musela být zřejmá a podle okolností též realizovatelná. O případ neexistence vyjednávání jde proto i tehdy, jestliže oblátovi jsou předloženy několiké verze standardizovaných smluv. Okolnost volby mezi nimi neznamená možnost ovlivnění obsahu té verze, kterou zvolil.

⁶¹ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 20, s. 916.

⁶² Např. *BGH NJW*, 2005, s. 2543, 2544.

2.4.4 CHARAKTERISTIKY ADHEZNÍHO ZPŮSOBU UZAVÍRÁNÍ SMLOUVY

Je zřejmé, že existence adhezního způsobu uzavírání smlouvy předpokládá kauzální vztah mezi formulářovým návrhem a smlouvou, neboli předem formulovaným návrhem a absencí vlivu obláta na jeho obsah. Rozhodující je podle smyslu požadavků kauzality relevantní příčinná souvislost. Standardizovaný návrh smlouvy musí být podstatnou příčinou jeho nezměněného přijetí (akceptace). Relevantní kauzalita však neexistuje tehdy, jestliže předkladatel určité ustanovení sice předem formuloval, ale v průběhu jednání nabídl jeho změnu, jehož akceptaci, resp. převzetí do smlouvy však oblát odmítl.

2.5 KONTROLA UZAVŘENÍ SMLOUVY (INKORPORACE VOP) A PŘEKVAPIVÉ KLAUZULE

2.5.1 ÚČEL KONTROLY

Účel kontroly vzniku smlouvy, jejíž součástí jsou VOP, je zřejmý. Jde o ochranu obláta, který si mnohdy není schopen uvědomit obsah smlouvy při jejím uzavírání. Není např. informován o tom, že VOP jsou součástí smlouvy, nebo není seznámen s jejich textem. VOP jsou pro něho nesrozumitelné, nebo dokonce nečitelné, či si neuvědomí, že některá ustanovení v nich neodpovídají standardu v daném sektoru nebo z jiných důvodů jej poškozují.

Kontrola převzetí je proto prvním sítím platnosti VOP jakožto součástí smlouvy. Jinak řečeno, jde o zjištění, s jakým obsahem smlouva platně vznikla, a realizací principu transparentnosti.

2.5.2 MĚŘÍTKO KONTROLY

Naprostou klíčovou otázkou je míra přísnosti kontroly. Tu lze posuzovat jak z hlediska předkladatele, tak obláta. Na straně předkladatele mohou existovat zvláštní zájmy a hodnotové aspekty, jež svědčí pro určitou diferenciaci. Tak je tomu např. v některých sektorech, resp. provozech, jako u veřejné dopravy a dalších tzv. liniových provozů, jimž je inherentní veřejný zájem při užívání provozních řádů provozovatelů dopravy či obdobných předpisů telekomunikačních provozovatelů včetně pošty. V těchto případech se klade otázka, zda veřejnoprávní kontrola spočívající v autorizaci těchto dokumentů majících charakter VOP, je postačující, a tudíž předpokladem k privilegování těchto projevů vůle v režimu kontroly. Některé právní řády, jako je tomu např. v německém BGB, vyjímají určité sektory z režimu soukromoprávní kontroly převzetí (§ 305 odst. 2 č. 1 a 2).

Relevantní jsou zájmy oblátů. V těchto případech jde o to, zda poskytovat jednotnou ochranu či diferencovat podle míry zkušeností, vědomostí a informací, resp. diferencovat „laického“ obláta a poskytovat silnější ochranu ve prospěch spotřebitele na straně jedné, či reflektovat zájmy na podnikatelském styku (efektivita) s ohledem k standardu péče na straně druhé, a proto ve vztahu k podnikatelům vycházet z liberálního pojetí.

V každém případě je třeba přihlížet k srovnávací analýze a na základě jejích výsledků hodnotit i českou úpravu (kapitola 3).

Obecně však platí, že i v případě převzetí VOP do smlouvy se aplikují ustanovení obecné části občanského práva a tedy standardní nástroje kontroly, jakými jsou platnost právních jednání, jejich vady a sankce za ně.

2.5.3 PŘEDPOKLADY INKORPORACE

Při předkládání VOP je klíčovou otázkou poskytnutí informace předkladatele oblatovi o existenci VOP na straně jedné a jejich vzetí na vědomí oblátem na straně druhé.

Existují dva základní způsoby informování, a to výslovný či nevýslovný poukaz (upozornění) obláta, a vývěska VOP. Posuzovat tyto dva způsoby je pak třeba s ohledem na způsob a formu uzavírání smlouvy (písemná či ústní nabídka, elektronický styk, jednání na dálku či osobní kontakt).

2.5.4 INFORMACE (POUKAZ)

Mnohé právní řády vyžadují výslovný poukaz předkladatele adresovaný oblátu. Splněním tohoto požadavku se překladatel zbavuje důkazního břemene. Informace poukazem se vztahuje na celé VOP a nikoliv jen na jednotlivé části či ustanovení. Poukaz musí být o to jednoznačnější, oč menší je pravděpodobnost výskytu VOP.⁶³ Výslovný poukaz znamená pro obláta nepochybně patrnou informaci o tom, že VOP se stávají součástí smlouvy.⁶⁴ Výslovným poukazem se rozumí taková informace, že průměrný zákazník jej ani při povrchním pozorování nemůže přehlédnout.⁶⁵ Tento znak však není dán, jestliže poukaz na VOP je vyjádřen v malém sotva čitelném druhu písma. Postačí však ústní poukaz. Poukaz nesmí být součástí textu VOP. Má-li být zákazník varován a upozorněn na určité jednání, je pak nutný i poukaz na konkrétní ustanovení VOP. Poukaz stejně jako celé VOP (viz 2.5.9) se musí uskutečnit v takovém jazyce, kterému oblát bez obtíží rozumí. Ani pro cestování letadlem nepostačí poukaz v angličtině,⁶⁶ jestliže ve státě místa obvyklého pobytu většiny potenciálních oblátů není angličtina úředním jazykem (viz 2.5.9 – srozumitelnost).

2.5.5 VÝVĚSKA VOP

Namísto výslovného poukazu postačuje zřetelně viditelná vývěska v místě uzavření smlouvy, jestliže výslovný poukaz je s ohledem na způsob uzavření smlouvy možný pouze za nepřiměřených obtíží. Vývěska je tedy určitou výjimkou ze zásady výslovného poukazu.

⁶³ *BGH NJW RR*, 1987, s. 112.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 73, s. 136.

⁶⁶ Viz § 305 odst. 2 č. 1 a k tomu BORK, R.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 3. vyd. Tübingen, 2011, 691.

Podle německého práva je tato výjimka z informace poukazem možná především v situacích masového obchodu věcí denní potřeby, jež nemají zvláštní hospodářskou hodnotu.⁶⁷ Týká se to např. smluv ohledně dohledu či hlídání na parkovištích a parkovacích domech, myček aut, automatických boxů na nádražích, v šatnách nebo při vstupu do divadel, muzeí, bazénů apod., neboť poukaz na vstupenkách není dostatečným.

Vývěska musí být zřetelně viditelná, čímž se rozumí, že existence VOP je pro zákazníka nápadná. Písmo jejího textu musí mít nápadnou velikost a samotný text musí být umístěn tak, aby VOP byly patrné před uzavřením smlouvy, a nikoliv až poté. Viditelnou vývěsku lze vnímat prostřednictvím poukazu na přepážce u vchodu, v místě vhození objednávky nebo na vjezdu na parkoviště.

2.5.6 *FORMA*

Je-li návrh činěn písemně, vyžaduje se i písemný poukaz; postačí upozornění v dobře čitelném tučném tisku. Pouhý obtisk VOP např. na zadní straně formuláře nebo dodacího listu, v katalogu či prospektu nepostačí.⁶⁸ Poukaz skrytý např. na okraji textu smlouvy či vyjádřený v obtížně čitelném písmu je nedostatečný, neboť při běžném čtení smlouvy může být přehlédnut.⁶⁹

Při ústní formě musí být poukaz učiněn ústně součástí nabídky. Stačí však gesto, z něhož plyne vůle předkladatele inkorporovat VOP.⁷⁰ Poukaz na parkovacím lístku za předpokladu, že při vjezdu bylo poukázáno na existenci VOP,⁷¹ postačí. Nepostačí však vývěska v restauraci, i když je zřetelná a viditelná, nebo na vstupenkách, letenkách, kvitancích a podobných dokumentech, neboť existenci VOP si příjemce zpravidla uvědomí až po uzavření smlouvy.

2.5.7 *MOŽNOST VZETÍ NA VĚDOMÍ*

Druhým základním předpokladem inkorporace VOP je vzetí na vědomí jejich obsahu oblátem. Vzetí se vztahuje na obsah jednotlivých ustanovení VOP, tedy nikoliv na jejich samotnou existenci. Je nerozhodné, zda oblát VOP skutečně četl. Podstatná je reálná možnost vzetí na vědomí.

2.5.8 *VZETÍ NA VĚDOMÍ. DOSTUPNOST*

Možnost vzetí na vědomí lze obecně vymezit s přihlédnutím k okolnostem uzavírání smlouvy podle potřeb zúčastněného okruhu zákazníků. Základní podmínkou je, že VOP jsou oblátu k dispozici. Způsob dání k dispozici je závislý na formě smlouvy, tedy zda je smlouva uzavírána ústně, písemně nebo za využití elektronických prostředků. Dispozicí se tedy rozumí, že oblátu jsou jednotlivé klauzule VOP bez problémů

⁶⁷ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 73, s. 137.

⁶⁸ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 76, s. 137.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ *BGH NJW RR*, 1999, s. 1246.

⁷¹ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 88, s. 144.

dostupné. Může to být případ videotextu nebo internetu; jiné zásady pro dostupnost platí v oblasti bankovníctví, jiné pak v pojišťovnictví a odlišné ve stavebním sektoru či v oblasti cenných papírů.

Dostupnost VOP musí být bezplatná. Jakékoliv omezení je nepřijatelné. Nepostačuje ani podmíněná dostupnost např. na zvláštní přání zákazníka.⁷² Stejně tak nepostačuje, jestliže dostupnost je možná mimo prostor uzavírání smlouvy. Je-li tedy smlouva uzavírána v provozních prostorách předkladatele, je nepostačující jejich dostupnost mimo tyto prostory. Oblátu musí být text k dispozici předem, aniž o to výslovně požádá. Dostupnost musí být nejpozději možná při uzavírání smlouvy, a nikoliv až po jejím uzavření.

2.5.9 ČITELNOST A SROZUMITELNOST

Předpokladem vzetí na vědomí je čitelnost a srozumitelnost obsahu VOP. Čitelnost se předpokládá při normálním typu a velikosti písma. Nepřijatelné je např. tak malé písmo, jež je čitelné pouze pod lupou. Zpravidla se požaduje i jasné barevné rozlišení, vyloučen je zvláštní druh písma nebo nepřehledný text.

Standard srozumitelnosti odpovídá míře porozumění průměrného zákazníka. Ten není zachován, obsahuje-li text v daném sektoru nepoužívané technické a jiné neběžné výrazy.⁷³ Standardu srozumitelnosti neodpovídá ani takový text, který není dostatečně určitý.

Srozumitelnost předpokládá, že text VOP je sepsán v jazyku jednání, kterým je jazyk, na němž se smluvní strany dohodly, a to i ve formě jeho přijetí zákazníkem mlčky. Podepíše-li cizinec text, jemuž nerozumí, je smlouva platně uzavřena.⁷⁴ V mezinárodním styku postačí, jsou-li VOP v jazyce v daném sektoru obvyklém.⁷⁵ Vzetí na vědomí předpokládá určitou dobu nutnou pro seznámení se s textem. Čím rozsáhlejší jsou VOP, tím delší dobu na jejich poznání musí klient (zákazník) mít. Záleží ovšem na sektoru, způsobu a formě smlouvy.⁷⁶ Přitom je třeba respektovat i způsobilost zákazníka včetně jeho fyzické způsobilosti. Pro případy zjištěných či viditelných tělesných vad je třeba podřídit informační povinnost vyššímu standardu, ať již jde o zrakově, sluchově nebo jinak postižené osoby.

2.5.10 MĚŘÍTKO VZETÍ NA VĚDOMÍ A SMLUVNÍ USTANOVENÍ O TOM

Jak již řečeno (2.5.8), rozhodující je přiměřená možnost vzetí na vědomí. Její existence se posuzuje především podle obvyklých poměrů dotčených okruhů zákazníků, s nimiž předkladatel přichází do styku a musí s nimi počítat. Principu racionalizace, který je VOP vlastní, se příčí vycházet z individuálních poměrů každého jednotlivce. Předkladatel však musí přihlížet ke specifikám okruhů osob, na něž se obrací, a brát

⁷² PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 88, s. 144.

⁷³ Viz případ smlouvy o ručení v rozsudku *BGH NJW*, 1995, s. 190.

⁷⁴ Von WESTPFAHLEN, Fr. In: *10 Jahre AGB-Gesetz*. München, 1987, s. 188 an.

⁷⁵ *BGH NJW*, 1980, s. 816.

⁷⁶ *OLG Hamm BB*, 1983, s. 1304.

v úvahu jejich „odborné znalosti“, jazykové vybavení apod. Takové rozlišování nemůže platit v některých sektorech, jako např. na kapitálovém trhu, kde existuje požadavek jednotného standardizovaného obsahu bez ohledu na jednotlivé okruhy oblátů.

Skutečné vzetí na vědomí oblátem, jenž nese riziko znalosti, není nutné. Možnost vzetí na vědomí nelze nahradit tzv. klauzulí o vzetí na vědomí či potvrzení o tom. Takovéto ustanovení je neplatné, není-li skutečná možnost vzetí na vědomí poskytnuta.

2.5.11 OKAMŽIK INKORPORACE

Východiskem je pro okamžik převzetí VOP do smlouvy okamžik, v němž oblát vyjádří svůj závazný projev vůle o převzetí, bez ohledu na to, zda tvoří součást návrhu smlouvy nebo jeho přijetí.

Projev obláta o srozumění s VOP je pro inkorporaci rozhodující. Jeho dojitím oferentovi se inkorporace uskuteční. Postačí, jestliže se tento projev obláta týká VOP jako celku. I konkludentním způsobem je vyjádřeno srozumění s jednotlivými ustanoveními VOP.

Tento projev vůle se může uskutečnit ústní formou, není-li předvídána forma písemná. Vzdání se tohoto projevu, resp. vzdání se inkorporace, se lze považovat za neplatný projev vůle.

2.5.12 INKORPORACE V PODNIKATELSKÉM STYKU

Zájem na efektivní realizaci obchodů mezi odborníky je důvodem ke snížení standardu požadavků na inkorporaci. Existují argumenty, podle kterých je přísné posuzování inkorporace nadbytečnou překážkou ve styku mezi podnikateli.

Vůli k inkorporaci VOP na straně předkladatele je třeba zjistit z jeho projevu na základě ustanovení o výkladu právních jednání. Zjednodušený způsob kontroly je dán tehdy, jestliže mezi smluvními stranami existuje běžný hospodářský styk, používání VOP je v dané branži (sektoru) běžné. Není proto nutný výslovný poukaz na jejich existenci.

Přesto je nezbytné dát zákazníkům možnost vzít VOP na vědomí, i když její standard je oproti spotřebitelskému styku podstatně nižší. I zde však platí zásada, že nikdo nemůže být vázán něčím, k čemu nebyla dána možnost poznání.

2.6 PŘEKVAPIVÉ KLAUZULE

2.6.1 ÚČEL ÚPRAVY

Za překvapivé ustanovení lze považovat takovou klauzuli VOP, která je tak neobvyklá (nezvyklá), že oblát s ní nepočítá a počítat nemusí. Obdobně definuje tento druh klauzulí německý zákonodárce v § 305c odst. 1 BGB. To platí i tehdy, jestliže oblát byl na ně výslovně upozorněn (odkazem) při uzavírání smlouvy a byla mu skutečně poskytnuta možnost se s nimi seznámit.

Ochrana před překvapivými klauzulemi spočívá na myšlence, že většina zákazníků možnost seznámit se (vzít je na vědomí) VOP, i když jim byla poskytnuta, nevyužije

nebo nemůže využít, ať již proto, že VOP akceptují, aniž by je četli, anebo proto, že je sice čtou, ale nedisponují právními či dalšími znalostmi k tomu, aby rozpoznali ustanovení, se kterým by neměli v dané souvislosti ani počítat. V každém případě by totiž mělo platit, že zákazník by měl důvěřovat, že obsah jednotlivých klauzulí se nachází v rámci toho, co mohl při uzavírání smlouvy legitimně očekávat.

2.6.2 VZTAH KE KONTROLE PŘEVZETÍ A KONTROLE OBSAHU

Ustanoveními VOP se lze z hlediska jejich možného překvapivého charakteru zabývat jenom jako součástí smlouvy. To znamená, že je možné je posuzovat až poté, co byly platně do smlouvy inkorporovány.

Zato spornější je vztah úpravy (kontroly) překvapivých ustanovení ke kontrole obsahu smlouvy. Pro zjednodušení je z hlediska obsahu kontrola překvapivých klauzulí postavena na roveň kontrole obsahu. Liší se však tím, že jde vždy o individuální proces posuzování a že jediným kritériem testu překvapivosti je očekávání zákazníka.

2.6.3 OČEKÁVÁNÍ ZÁKAZNÍKA – ROZHODUJÍCÍ KRITÉRIUM

Používání kritéria očekávání se uskutečňuje zpravidla ve třech následujících krocích, které jsou jakýmsi jednotlivými po sobě následujícími testy.

Zprv je třeba zjistit, jaké představy zákazník měl o obsahu smlouvy podle okolností, za nichž byla uzavřena. V druhém kroku je třeba zjistit obsah sporného ustanovení VOP. Třetí test se soustřeďuje na otázku, zda rozdíl mezi představou zákazníka a obsahem klauzule je natolik závažný, že lze takové ustanovení jako překvapivé kvalifikovat.

Ke zjištění představ obláta je důležité brát v úvahu všechny okolnosti uzavření smlouvy, tedy nikoliv jen obsah výslovně dohodnutého obsahu ujednání, nýbrž reflektovat též poznatky (dojmy), které na zákazníku zanechaly i jiné projevy oferenta včetně jeho reklamy v širokém slova smyslu, zahrnující upoutávky a letáky, které vytvořily jeho celkový obraz smlouvy. Ačkoliv se zdá, že jde o subjektivní měřítko, není tomu tak. Rozhodné by měly být představy poctivého průměrného zákazníka, s průměrnými znalostmi a zejména zkušenostmi. Není možno brát v úvahu očekávání a představy zákazníka, které si vytvořil na základě zvláštních osobních zkušeností. Relevantní je tedy horizont (perspektiva) představitele typické skupiny (okruhu) zákazníků, s nimiž je určitý typ smluv pravidelně uzavírán. Nejde tedy o očekávání konkrétního zákazníka ve sporné věci. Vycházel-li např. zákazník z toho, že předkladatel mu poskytne záruku určitého rozsahu ohledně vad dodané věci a dospěly-li strany podle okolností případu výslovně či konkludentně k dohodě, není ustanovení VOP, jež je v rozporu s takovým ujednáním, překvapivou klauzulí. Konkrétní individuální dohoda mezi stranami má prostě přednost před tímto ustanovením VOP. Byl-li zákazník oferentem při uzavírání smlouvy výslovně upozorněn na obsah sporné klauzule a souhlasil-li s ní, pak takovou klauzuli lze považovat za vyjednané ustanovení ve smlouvě, jež nemůže podléhat režimu kontroly překvapivé klauzule.

Avšak okolnost, že zákazník VOP včetně smlouvy četl, neznamená, že žádné ustanovení není překvapivou klauzulí, ledaže sporné ustanovení bylo zvýrazněno a for-

mulováno tak jasně, že na základě ostatních okolností bylo způsobilé změnit původní představu klienta. Obsahuje-li totiž smlouva výslovný poukaz na takovou klauzuli, platí, že zákazník poté, co měl k ní přístup, ji nemůže považovat za překvapivou. Od toho je třeba odlišovat závěrečné ustanovení ve smlouvě o tom, že svým podpisem zákazník stvrzuje, že mu všechny smluvní podmínky byly vysvětleny a on s nimi souhlasil, a to aniž se tak konkrétně stalo.

Klauzule vyvolává překvapivý efekt tehdy, jestliže mezi jejím obsahem a očekáváním zákazníka je výrazná diskrepance. Neobvyklost klauzule nestačí. Stejně tak nepostačuje, zdá-li se takové ustanovení klientu neočekávaným. V klauzuli musí být přítomen onen překvapivý, šokující aspekt, či klauzule musí tento překvapující efekt alespoň vyvolávat.

Podle judikatury německých soudů bylo považováno za překvapivé např. ustanovení, podle něhož se kupující přístroje na výrobu kávy zavázal k odběru kávy, nebo ustanovení ve smlouvě o splátkovém prodeji, podle něhož prodávající na sebe nechal postoupit veškeré nároky na mzdu kupujícího. Tato ustanovení obsahují předmět transakce, který s hlavním předmětem smlouvy nemá nic společného.⁷⁷ Za překvapivou byla považována klauzule, podle které nabyvatel pozemku se zavázal až do splacení kupní ceny platit ještě úroky za užívání pozemku.⁷⁸ I dodatek ke kupní smlouvě ohledně použitého automobilu týkající se odpovědnosti za vady, že „vady jsou prodávajícímu vady známy“ byl považován za překvapivý.⁷⁹

2.7 NÁSLEDKY NEPŘEVZETÍ VOP DO SMLOUVY

V případě nepřevzetí VOP či některých klauzulí do smlouvy je třeba vycházet ze zásad autonomie vůle a právní jistoty. Pro smlouvu z toho plyne příkaz k zachování platnosti právního jednání o maximálním rozsahu (míře).

Z toho plyne závěr, že smlouva jako taková zůstává v platnosti bez ohledu na to, zda v tomto stavu odpovídá skutečné nebo hypotetické vůli stran. To platí nejen tehdy, jestliže se překvapivá ustanovení nestanou její součástí, ale i tehdy, nebyly-li VOP vůbec do smlouvy inkorporovány. Smlouva tedy platí jako řádně uzavřená i v případě, jestliže ohledně inkorporace a VOP mezi stranami existoval nesouhlas (dissensus).⁸⁰ Smlouva je platně uzavřena a je ji třeba zachovat také v situaci, kdy jednotlivá ustanovení nebo dokonce celé VOP se sice staly součástí smlouvy, ale jsou neplatné. Tak je tomu v případě, kdy VOP neodpovídají standardům používaným při kontrole obsahu smlouvy.

Na místo nepřijatých či neplatných ustanovení VOP je třeba použít dispozitivní ustanovení zákona, pokud to odpovídá obsahu smlouvy, úmyslu stran a obsahu a účelu zamýšlených VOP. Výjimku z tohoto pravidla představují případy, kdy zbylé torzo smlouvy nelze považovat za projev souhlasné vůle stran.⁸¹ To odpovídá výslovnému

⁷⁷ *BGH NJW RR*, 2001, s. 195.

⁷⁸ *BGH NJW*, 1996, s. 221.

⁷⁹ *BASEDOW*, pozn. I, marg. č. 7, s. 1105.

⁸⁰ *Ibidem*, marg. č. 8, s. 1106.

⁸¹ *Viz § 307 odst. BGB*: „Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benach-

znění čl. 6 odst. 1 pododst. 2 Směrnice, podle něhož je smlouva závazná jen tehdy, „jestliže může bez nepřiměřených klauzulí nadále existovat“.

2.8 OTÁZKY ZAPLŇOVÁNÍ MEZER

V důsledku nepřevzetí VOP do smlouvy nebo v případě neplatnosti jejich ustanovení vzniká ve smlouvě mezer, kterou, jak uvedeno výše, je třeba zaplnit odpovídajícími dispozitivními ustanoveními zákona.

Z tohoto pravidla však existují určité výjimky.

O mezeru ve smlouvě se nejedná, patří-li taková smlouva k zákonem upraveným smluvním typům a v ustanoveních VOP byly řešeny otázky, které nejsou v dispozitivním právu upraveny. Zavázal-li se nájemce na základě překvapivé klauzule ještě k úklidu sklepních prostor domu, ve kterém užívá byt, zůstává nájemní smlouva bez této překvapivé klauzule platná bez jakéhokoliv doplnění či náhrady.

O mezeru se dále nejedná tam, kde sporné ustanovení VOP je sice jako takové neplatné, ale může být podle situace případu redukováno do přiměřeného rozsahu. Jedná se o tzv. platnost udržitelnou redukcí.

Při adaptaci smlouvy je třeba často použít jejího výkladu, a to prostřednictvím doplňující či hypotetické interpretace. Jiným způsobem v rámci výkladových redukcí je metoda dělitelnosti ustanovení VOP. Ustanovení, které by se mělo stát neplatným, lze podle jeho smyslu rozdělit a ze smlouvy vyřadit pouze část, která je neplatností podle svého obsahu postižena.

2.9 KONTROLA OBSAHU

2.9.1 ZÁKLADY

Kontrola obsahu představuje jednu z forem právní kontroly. Spočívá na myšlence nutnosti obecného vymezení či omezení smluvní svobody. Od jiných právních kontrol se odlišuje předmětem svého použití (svou působností) a metodami. Těžištěm kontroly obsahu jsou smlouvy či jiná právní jednání, u nichž dochází k narušení rovnováhy smluvních stran. Jde tedy především o případy, jež jsou předmětem tohoto příspěvku, tedy o všeobecné obchodní podmínky, smlouvy uzavírané adhezním způsobem a smlouvy se slabší stranou, zejména se spotřebitelem.

Základních zásad, resp. obecných klauzulí soukromého práva, jako jsou dobré mravy, dobrá víra či veřejný pořádek, používá kontrola obsahu jako druhotných měřítek, jež tvoří rámec pro používání specifických metod, kterými jsou jednak obecná kritéria (viz 2.9.4), jednak specifické instrumenty, kterými jsou příkladné seznamy případů zneužití (tzv. černé či šedé listiny). Ačkoliv používá interpretaci jako svoji metodu, kontrola obsahu se od výkladu liší. Cílem výkladu je zjištění smyslu právního jednání, zatímco účelem obsahové kontroly je určit platnost právních jednání.

teiligen“ (Ustanovení ve všeobecných obchodních podmínkách jsou neplatná, jestliže smluvního partnera jejich uživatele v rozporu se zásadou dobré víry nepřiměřeně znevýhodňují).

Základ obsahové kontroly spočívá v myšlence zajištění spravedlnosti a právnosti právního styku. Jakkoli je autonomie vůle nepostradatelnou součástí právního styku tím, že umožňuje stranám vytváření právních vztahů podle vlastních představ, selhává v otázce spravedlivého řádu tohoto vztahu a proto je právní řád povolán korigovat spontánní řád relevantními měřítky. Činí tak omezením smluvní svobody právě prostřednictvím kontroly obsahu, která umožňuje udržovat v právních vztazích funkci řádu.

Kontrola obsahu tedy kompenzuje absenci zajišťování spravedlnosti a právnosti ve fungování autonomie vůle (smluvní svobody). Její používání však závisí na splnění určitých předpokladů, které se při uskutečňování smluvní autonomie ne vždy uskuteční.

Mezi kontrolou obsahu a smluvní svobodou (smluvní autonomií) existuje určité napětí. Tento rozpor je však třeba překonat poznáním základů samotné smluvní autonomie. Ta spočívá na dvou premisách (maximách), a to maximě sebeurčení a ideji řádu soukromého práva. Při používání smluvní svobody jsou zpravidla oba tyto předpoklady splněny. V některých případech však tomu tak není, a proto je třeba myšlenku řádu, resp. spravedlnosti, jež v takových případech chybí, kompenzovat. To se děje právě prostřednictvím kontroly obsahu.

2.9.2 DŮVODY KONTROLY OBSAHU

Jedním z projevů absence spravedlnosti při fungování smluvní svobody je znevýhodnění jedné ze stran smluvního vztahu. K tomu však dochází zcela běžně. Důvodem k zásahu či použití kontroly je kvalifikované zneužití. O ně se jedná, jde-li o znevýhodnění nepřiměřené, přičemž hlediskem nepřiměřenosti je obvykle rozpor s dobrou vírou a jeho míra.

Měřítkem znevýhodnění je v prvé řadě výsledek analýzy zájmů obou stran. Ta předpokládá pečlivé a všechny okolnosti případu reflektující šetření. Zjišťovat je především třeba, jaký zájem má předkladatel na daném ustanovení nebo na svém návrhu vůbec a jaké zájmy by měly vést zákazníka k nahrazení příslušného ustanovení např. dispozičním, ale někdy i kogentním právním předpisem. Relevantní je určení, jaké následky by platnost či neplatnost takového ustanovení měly pro obě smluvní strany, zda a jak se každá ze stran může chránit proti následkům smluvního rizika spočívajícího právě v daném ustanovení. Zjistí-li se zájmy smluvních stran, je třeba je analyzovat a na základě výsledků jejich analýzy zjistit, zda ustanovení lze považovat za platné, či nikoliv.

Rozhodující pro posouzení „výsledku“ obsahové kontroly, tj. zjištění platnosti určitého ustanovení je kontext celé smlouvy. Upravuje-li např. jedna klauzule následky prodlení, je třeba zjišťovat např. i předpoklady plnění a tak posuzovat znevýhodnění. Jinak řečeno, určité ustanovení nemusí být samo o sobě znevýhodňující, ale právě v souvislosti se všemi ostatními nepřiměřené znevýhodnění působí.

Jedno z hledisek dosažení spravedlnosti je soulad s principem ekvivalence. Jako znevýhodňující a tedy ve svých důsledcích neplatné lze posuzovat takové klauzule, které jsou v rozporu s principem ekvivalence, jež je imanentní synallagmatickým smlouvám. Jde tedy o ekvivalenci plnění a protiplnění. Přitom nejde o posouzení přiměřenosti plnění a protiplnění, jež zpravidla nepodléhají kontrole obsahu (viz např. čl. 4 odst. 2 směrnice a § 1813, druhá věta OZ – viz 2.9.3). Předmětem kontroly jsou

ustanovení, jež k tomu ale mohou vést a tedy způsobovat zásadní narušení rovnováhy práv a povinností.

Důvodem nerovnovážného postavení stran může být absence možnosti jedné strany ovlivnit obsah smlouvy. O takový případ se jedná nejen tehdy, jestliže je uzavírána tzv. standardizovaná neboli formulářová smlouva, nýbrž i tehdy, jestliže formulář je třeba vyplnit v kontaktu obou stran, avšak ve skutečnosti je vyplní pouze jedna strana. Jinak řečeno, rozhodující je fakticita okolností, která nakonec je důvodem pro absenci vlivu zákazníka na smlouvu. Mnohdy však může být sporné, zda předpokladem vyjednávání může být tzv. nepřímá účast či nepřímá možnost vlivu zákazníka. Rozhodující je nakonec konkrétní situace.

2.9.3 PŘEDMĚT KONTROLY

Z předmětu kontroly jsou zpravidla vyňaty některé části smlouvy, jež je třeba nejdříve vymezit a pak analyzovat důvody jejich privilegování.

S výjimkou spotřebitelských smluv v některých právních řádech, jakým je např. český občanský zákoník, podléhají kontrole pouze předem formulovaná ustanovení. Tak tomu je např. podle § 307 odst. 3 věta první německého BGB.⁸²

I když jsou smlouvy předem jednostranně formulovány bez možnosti jejich ovlivnění ze strany obláta, nepodléhají kontrole především tzv. deklaratorní ustanovení, která jen opakují ustanovení zákona.

Nejdůležitější výjimkou z kontroly jsou zpravidla popisy plnění stran, které stanoví druh a předmět plnění, jakož i rozsah množství, kvalitu. Právě tak nejsou předmětem kontroly zpravidla ustanovení o ceně. Původem tohoto privilegia je postoj zákonodárce k cenové kontrole (viz § 1813 NOZ a čl. 4 odst. 2 směrnice, viz níže a 2.9.4). Naproti tomu však jsou předmětem kontroly ta ustanovení, která smluvní plnění, resp. práva a povinnosti se plnění týkající, modifikují. Stejně tak podléhají kontrole ustanovení, která ukládají zákazníkům poplatky či úplaty za plnění, jež je povinen poskytovat předkladatel anebo jsou poskytovány v jeho zájmu.

U klauzulí týkajících se plnění je ovšem nutné rozlišovat ta ustanovení, která plnění pouze popisují a tedy nepodléhají kontrole na straně jedné, a ta ustanovení, která upravují podmínky plnění a která privilegována nejsou a kontrole podléhají na straně druhé. Rozlišení obou případů, jež je mnohdy velmi obtížné, je třeba provádět podle účelu příslušné právní úpravy. Ten by měl sloužit k ochraně, a proto by neměly být kontrole podřízeny ty části smlouvy, které již na základě zvláštního významu představují předmět pozornosti obou stran. To je důvod, proč povinnosti vztahující se k hlavnímu plnění jsou vyňaty z kontroly obsahu. Kontrole by však na druhé straně měly podléhat ta ustanovení, jež se týkají rozsahu garančního plnění, a v každém případě ustanovení, jež vylučují odpovědnost nebo omezují garance.

Směrnice vyjímá z kontroly zneužití hlavní předmět smlouvy a transparentní ustanovení o ceně, „jež jasně a srozumitelně vyjadřuje přiměřenost mezi plněním a protiplněním“ – čl. 4 odst. 2 Směrnice. Ustanovení § 1813 druhá věta NOZ, které je transpozicí

⁸² PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 27, s. 2397.

citovaného pravidla směrnice, je těžko srozumitelné, neboť požadavek jasného a srozumitelného (transparentního) vyjádření by se mělo vztahovat k ujednání (ustanovení) smlouvy a nikoliv k předmětu plnění nebo ceně, jak to vyplývá nepochybně z nesprávného tvaru slova „poskytnuty“. To by se totiž mělo vztahovat k smluvnímu ujednání, a tak by mělo být toto slovo ve středním rodě („poskytnuta“).

Klauzule, které stanoví hlavní předmět smlouvy, jsou ty, které vymezují znaky výrobku nebo služby, které mají být poskytovány.⁸³ Ve smyslu směrnice patří sem dále essentialia negotii, konkrétně ustanovení o smluvních stranách. Hlavním předmětem smlouvy je plnění, za něž je poskytnuta úplata. Druh plnění je dán i označením smlouvy (skupní smlouva). K privilegovaným klauzulím tedy nepatří ta ustanovení, která upravují podmínky plnění. O tom svědčí v příloze Směrnice uvedený seznam klauzulí.

2.9.4 MĚŘÍTKA (KRITÉRIA) KONTROLY

Kontrola obsahu se v zásadě zakládá na dvoustupňovém postupu. V první etapě je třeba nalézt obecné pravidlo (kritérium), jež by platilo bez daného smluvního ustanovení. V druhém kroku je pak třeba zjišťovat, zda ve srovnání s tímto pravidlem je třeba dané smluvní ustanovení považovat za nepřiměřeně znevýhodňující.

Obecné pravidlo (kritérium), podle kterého se kontrola obsahu orientuje (řídí), má normativní charakter, neboť je vytvořeno na základě dispozitivního práva.

Vlastní obsahová kontrola spočívá na omezení smluvní svobody, které vede k tomu, že od normativního rámce (úrovně) se nelze odchýlit podle libosti, nýbrž jenom v přiměřeném rámci. Kontrola obsahu je potud vázána na normativní maximy, a s nimi konformní ustanovení smlouvy nelze považovat za nepřiměřené.

Konkretizace měřítka přiměřenosti musí vycházet z toho, že obsahová kontrola nevyklučuje znevýhodnění jako takové. Do určité míry je v zájmu právní jistoty a funkčnosti autonomie vůle akceptuje. Zda existuje znevýhodnění přesahující tuto míru, je třeba posuzovat i s přihlédnutím k možné kompenzaci, jež se v zásadě může uskutečnit i cestou finančního vyrovnání. Rozumí se samo sebou, že v takovém případě lze uvažovat o ceně.

Jinak je třeba otázku přiměřenosti posuzovat analýzou zájmů. Relevantní jsou zájmy smluvních stran a nikoliv třetích nebo veřejnosti. Vycházet je třeba z typizovaných (typických) zájmů chráněné smluvní strany, neboť obsahová kontrola nemůže zabezpečit lepší postavení než to, které by měla v režimu právní normy, která byla právě konkrétním ustanovením smlouvy vytěsňena. Pro hodnocení zájmů platí objektivní měřítka, jež je třeba vyvodit z právního řádu s přihlédnutím k právnímu styku.

Seznamy (katalogy) obecně neplatných klauzulí lze sestavit na základě jejich jednotlivých specifických druhů.

Do určité omezené míry jsou relevantní postoje zúčastněných kruhů skutečných nebo potenciálních stran smlouvy. Tak je třeba zdůrazňovat zájmy kupujících, jestliže v těchto typových případech se jedná zpravidla o odborně nezkušené osoby. V podnikatelském styku je možno v některých případech brát v úvahu i stavovské předpisy

⁸³ BGHZ 22, s. 90, 98 a 33, 216.

a kodexy chování, např. u smluv příslušníků tzv. svobodných povolání. Naproti tomu je nepřipustné přihlížet k individuálním zájmům a vycházet z perspektivy konkrétního dotčeného zákazníka.

Velmi sporná je otázka ceny či nákladů vůbec. Konkrétně jde o to, zda v případě neplatnosti určité klauzule by cena nebyla neúměrně vyšší. Jinými slovy jde o to, do jaké míry lze i nepřiměřené znevýhodnění v důsledku smluvního ustanovení „vyvážit“ nízkou cenou. Německý nejvyšší soud (BGH) takovéto kalkulace nepovažoval za důstojné.⁸⁴ Naproti tomu jeho předchůdce Říšský soud byl zcela opačného názoru.⁸⁵

V tomto případě je třeba vycházet ze základního účelu smluvní kontroly, která je kontrolou právní. I když v případě neplatnosti smluvní klauzule je možné uvažovat o určitých kompromisech právního řešení ve smyslu zachování smlouvy, kompromis s ohledem na cenu realizovat nelze.

Směrnice vymezuje znaky měřítka kontroly relativně konkrétním způsobem. Jde o nepoměr mezi právy a povinnostmi smluvních stran, újmu spotřebitele, podstatný a neospravedlnitelný rozpor a hledisko dobré víry (čl. 3 odst. 1 směrnice).

2.9.5 ROZPOR MEZI PRÁVY A POVINNOSTMI SMLUVNÍCH STRAN

Tento rozpor musí existovat mimo povinnosti k hlavnímu předmětu plnění. Základem je tedy srovnání postavení stran. Z toho plyne, že není možno srovnávat jedno právo a s ním korespondující povinnosti druhé smluvní strany. Izolované posuzování není účelem kontroly. Funkce pojmu „nepoměr“ spočívá v možnosti negativně posoudit příslušné ustanovení. Rozhodující však pro takové hodnocení je analýza předpokladů, a to nevýhodností a jejího absentujícího ospravedlnění v rozporu s dobrou vírou. Rozpor existuje tehdy, jestliže postavení ve vztahu k jedné a téže otázce je rozdílné. Tato asymetrie je dána v případě, kdy např. jedna strana je odpovědná za nedbalost a u druhé strany je odpovědnost vyloučena. Měřítkem nepoměru či nerovnováhy je řešení dispozitivního práva.⁸⁶

2.9.5.1 ZNEVÝHODNĚNÍ SPOTŘEBITELE

Znevýhodnění spotřebitele existuje v případě omezení jeho práv a rozšíření jeho povinností. Měřítkem je opět ustanovení dispozitivní normy. Přitom je ovšem nutno přihlížet k celkovému obsahu smlouvy.

2.9.5.2 VÝZNAMNÁ NEROVNOVÁHA (ČL. 3 ODS. 1 SMĚRNICE)

Zanedbatelné či nepodstatné znevýhodnění je irelevantní.

Neodůvodnitelná nerovnováha existuje tehdy, jestliže s ohledem na účel smlouvy není na místě zvyhodňovat jednu ze stran.

⁸⁴ *RGHZ* 20, s. 115, 117.

⁸⁵ Rozsudek ESD ve věci *Invitel*, marg. č. 30.

⁸⁶ *BGH NJW*, 2005, s. 3567.

2.9.5.3 DOBRÁ VÍRA

Měřítko dobré víry je centrální znak kontroly obsahu (zneužití). Rozpor s dobrou vírou existuje tehdy, jestliže oproti očekávání spotřebitele jsou mu ukládány nepřiměřené povinnosti, resp. je-li zbavován podstatných práv. Princip dobré víry zahrnuje celou řadu dalších maxim, jakými jsou např. povinnost smluvní věrnosti, která je porušena, jestliže si jedna strana nárokuje nepřiměřené výhody v rozporu se smlouvou, účta k postavení slabší strany – spotřebitele, vystíhání se asymetrických smluvních ustanovení apod.

2.9.6 NÁSLEDKY

Následkem rozporu se základními kritérii je neplatnost příslušného smluvního ustanovení. Řešení tohoto problému je stejné jako v případě nepřevzetí ustanovení do smlouvy⁸⁷ (viz 2.7 shora).

2.10 ZMĚNY VOP

2.10.1 ZÁKLADNÍ POJMY. PLNĚNÍ

Specifickým problémem VOP je možnost jejich změn či odchylek ze strany předkladatele. Tato otázka je relevantní u dlouhodobých obligačních vztahů, které jsou ve VOP předvídaný. Relevantní je tento problém v podstatě jen tehdy, jde-li o změnu plnění předkladatele. Plnění zahrnuje jak hlavní, tak ale i vedlejší povinnosti předkladatele. Pojem plnění zahrnuje nepochybně všechny jeho náležitosti, jakými jsou místo, čas, přechod nebezpečí, způsob a další. Je nerozhodné, zda povinnosti předkladatele vyplývají ze smlouvy či přímo ze zákona.

2.10.2 POJEM ZMĚNY NEBO ODCHYLKY

O změně mluvíme tehdy, jsou-li povinnost či právo zrušeny nebo obsahově změněny. Odchylkami se rozumí ustanovení VOP, která poskytují při zásadně nezměněných okolnostech oprávnění tyto povinnosti nahradit.

Zásadním pravidlem při kontrole VOP je připuštění výhrady změny či odchylky, ledaže to je či bylo pro obě strany neúnosné. Mimo otázku hodnocení výhrady jsou změny, jejichž rozsah či význam je nepatrný. Změnou však není konkretizace plnění. Změna může být výslovná anebo skrytá. Příkladem výslovné výhrady změny je např. „odchylky ve struktuře a barvě jsou vyhrazeny“ nebo „technické změny vyhrazeny“ či „změna modelů vyhrazena“ apod. Za změnu se pokládá však i její skrytá forma, o níž se jedná tehdy, jestliže věc, např. nábytek je zakoupen jako věc individuálně určená, avšak ve VOP je označen jako věc určená genericky. Např. „dodání podle vzorku“.

⁸⁷ BGH NJW RR, 2009, s. 1641.

2.10.3 ÚNOSNOST ZMĚNY NEBO ODCHYLKY

Pro přípustnost odlišného znění VOP je rozhodující, zda zájmy předkladatele převažují v daném případě nad typickými zájmy zákazníků, anebo jsou těmto zájmům rovnocenné. Vycházet je ovšem třeba z míry možností změn konkrétního ustanovení. Únosnost předpokládá takové znění klauzule, které nemůže sloužit k ospravedlnění nepřiměřených změn. Předpokladem únosnosti je, že změny jsou dostatečně konkretizovány, takže předkladatel je schopen vzdor změně mít budoucí rizika pod kontrolou. Jiným měřítkem je zásada nutnosti a potřebnosti. Předkladatel má potud zájem, který je hodný ochrany na dohodě o výhradě změny v VOP, pokud taková změna je nutná k překonání nejistot. V zásadě jsou přípustné ty změny, které nemají za následek zhoršení pozice zákazníka. Přípustné jsou proto zanedbatelné nebo obvyklé změny ve smyslu standardu v určitém sektoru. Podmínkou přípustnosti změny je udání jejího důvodu.

3. ANALÝZA ČESKÉ ÚPRAVY

3.1 CHARAKTERISTIKA PRÁVNÍ ÚPRAVY NA POZADÍ HISTORICKÉHO VÝVOJE

K poznání aktuální právní úpravy VOP může velmi účinně posloužit stručná sonda do právních úprav, které předcházely občanskému zákoníku.

ZMO rozlišoval dva druhy VOP. První představovala mezinárodní úprava, jež chápala všeobecnými podmínkami mezinárodní smlouvy či jim obdobné instrumenty uzavírané v rámci RVHP. Šlo o kogentní předpisy přímo aplikovatelné příslušnými smluvními stranami. Svým charakterem se lišily od právních jednání, kterými dnešní VOP jsou (viz Všeobecné podmínky pro dodávky zboží mezi organizacemi členských států RVHP, Všeobecné podmínky pro montáž a poskytování jiných technických služeb spojenými s dodávkami strojů a zařízení mezi organizacemi zahraničního obchodu členských států RVHP a další).

V ustanovení § 116 však ZMO obsahoval zmínku o druhém druhu všeobecných obchodních podmínkách, tedy již o právních jednáních našeho typu.⁸⁸ Tímto ustanovením a dokonce jeho dikcí je přímo ovlivněná úprava obsažená v obchodním zákoníku a její stopy nalezneme i v současně platné právní úpravě NOZ.

Obchodní zákoník upravoval (lépe řečeno zmiňoval) dva druhy obchodních podmínek a „skrytou“ úpravu i smluv uzavíraných adhezním způsobem. Rozlišoval v § 273⁸⁹ všeobecné obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi, jež bylo možné inkorporovat odkazem na ně, a dále obchodní podmínky, jež bylo možné převzít i za předpokladu, že byly smluvním stranám známé nebo k návrhu předložené

⁸⁸ Viz § 116 ZMO: „Smlouvu lze uzavřít také s odkazem na stranám známé nebo navrhovatelem předložené obchodní podmínky nebo použitím smluvních formulářů zavedených v obchodním styku. Odchylná ujednání ve smlouvě mají přednost před zněním těchto obchodních podmínek nebo smluvních formulářů.“

⁸⁹ § 273 odst. 3 ObchZ: „K uzavření smlouvy lze užít smluvních formulářů citovaných v obchodních stycích.“

(§ 273 odst. 1). Obchodní zákoník též připouští uzavřít smlouvu při použití smluvních formulářů „užívaných v obchodním styku“ (§ 273 odst. 3)⁹⁰. V tomto případě šlo o zárodek tzv. adhezních smluv. Z textu ustanovení § 273 je zřejmé, že jeho část s určitými modifikacemi byla převzata do § 1751 NOZ, a to do odst. 1 a odst. 3. Do § 1798 odst. 2 NOZ pak zákonodárce převzal význam a zčásti i dikci § 273 odst. 3 obchodního zákoníku.⁹¹

Pro zmíněnou předcházející úpravu je charakteristická celá řada rysů. VOP jsou pouze zmiňovány jako možná součást smlouvy. Obchodní zákoník pak stanoví velmi reziduálním způsobem předpoklady jejich převzetí do smlouvy. Ani náznakem není upravena kontrola, a to ani převzetí ani transparentnosti či obsahu. Výsledkem toho je, že není stanovena míra právnosti a sankce za její překročení. Pokud bylo možné uvažovat o jejich platnosti či neplatnosti, pak jenom ve vztahu ke kogentním ustanovením zákona, resp. ustanovením o dobrých mravech a jiným obecným klauzulím.

S výjimkou snad jediného (!) příspěvku⁹² nebyly VOP předmětem diskuse. Z uvedené vzniká dojem, že VOP nejsou považovány za významný, ale zejména problematický fenomén, jak o tom svědčí nezáměr nauky.

3.2 ROZBOR A HODNOCENÍ

3.2.1 STRUKTURA ÚPRAVY

Problematika nekalých (zneužívajících, nepřiměřených) klauzulí je v občanském zákoníku upravena trojím navzájem se překrývajícím způsobem.

Vlastní všeobecné obchodní podmínky jsou upraveny v § 1751–1753, tzv. adhezní smlouvy nacházejí úpravu v § 1798–1801 a nekalé klauzule jsou kodifikovány v § 1810–1819. Úprava se liší nejen svojí věcnou, ale i osobní působností.

Úprava všeobecných obchodních podmínek má dvojí osobní působnost. Ustanovení o inkorporaci VOP se týká zčásti jak podnikatelských, tak spotřebitelských smluv (§ 1751 odst. 1), jakož i jen podnikatelských smluv (§ 1751 odst. 3). Překvapivé klauzule jsou upraveny s působností pro spotřebitelské i podnikatelské smlouvy.

Právní úprava adhezních smluv se týká jak smluv podnikatelských tak spotřebitelských. Úprava nekalých klauzulí pak působí vůči spotřebitelským smlouvám.

3.2.2 METODY KONTROLY

3.2.2.1 TRADIČNÍ (KLASICKÉ) METODY

Kontrolu právnosti je možné a mnohdy nutné provádět na základě ustanovení obecné části o právních jednáních, a to tím častěji, čím méně účinná je otevřená kontrola (viz 3.2.2.2). Toto pravidlo platí i naopak, tj. specifická kontrola má přednost

⁹⁰ Srov. § 273 odst. 1 ObchZ.: „Část obsahu smlouvy lze určit odkazem na všeobecné obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi nebo odkazem na jiné obchodní podmínky, jež jsou stranám uzavírajícím smlouvu známé nebo k návrhu přiložené.“

⁹¹ Viz BEJČEK, J.: Obchodní podmínky v kupní smlouvě. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 1996, č. 12.

⁹² Z poslední doby viz však ŠPAČKOVÁ, M.: Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*, 2015, č. 4, s. 106 an.

jako *lex specialis* a její působnost vylučuje používání metod obecných, tedy kontrolu pomocí dobrých mravů, dobré víry, úpravy omylu ap.

Prvním nástrojem bude výklad všech v úvahu přicházejících právních jednání, a tedy jak VOP, tak formulářových smluv, a dále jednotlivých ustanovení ve smlouvách spotřebitelských. Speciální pravidlo obsažené v § 1812 odst. 1 (proferentem rule) lze použít i v případě obláta jak u VOP, tak u formulářových smluv. Obecnou platnost má ustanovení o základních požadavcích na právní jednání (§ 551 an.). Uplatnění doznají i kogentní předpisy, zejména o neúměrném zkrácení (§ 1793 an.) a lichvě (§ 1796). Poměrování VOP, resp. formulářové smlouvy zásadou dobrých mravů bude relativně častým případem, méně častým bude použití klauzule veřejného pořádku (§ 588 NOZ).

Tyto obecné tradiční přístupy lze použít jak v případě samotného obsahu smlouvy, tak při zvažování účinného převzetí (inkorporace) VOP do smlouvy.

Účinným nástrojem bude vždy ustanovení o omylu (§ 583–585).

3.2.2.2 VLASTNÍ (OTEVŘENÁ) KONTROLA

ÚPRAVA VOP

Kontrola převzetí je reziduálním způsobem upravena obdobně, jako tomu bylo v obchodním zákoníku v § 1751 odst. 1 a 3. Obchodní podmínky se stanou platnou součástí smlouvy, jestliže je předkladatel připojí k nabídce anebo jestliže jsou stranám známy. Argumentem z opaku lze dovodit, že nejsou-li splněny tyto předpoklady, bude třeba jejich absenci vyplnit dispozitivními ustanoveními zákona. Zpravidla však půjde o relativně konkrétní ustanovení, jehož nahrazení obecnými klauzulemi zákona nebude účinné a tak k uzavření smlouvy nedojde. Důkaz o neznalosti VOP musí předložit oblát.

Velmi liberální měřítko zákonodárce stanovil pro případ VOP vypracovaných odbornými nebo zájmovými organizacemi při uzavírání smlouvy mezi podnikateli (§ 1751 odst. 3). Předkladateli v takovém případě postačí k platné inkorporaci vyvrátit argument obláta, že na ně neodkázal. Spornou otázkou je průkaz kvalifikace organizací, které VOP vypracovaly, jako organizací odborných nebo zájmových. Pečeť předchozí úpravy v obchodním zákoníku nese § 1754, do něhož byl převzat text § 274 ObchZ, obsahující tzv. vykládací doložky, kterými se myslí např. INCOTERMS, jež ovšem nejsou VOP. Mají však v mnohých směrech pro smlouvu obdobný význam a proto zákonodárce stanovil kontrolu jejich inkorporace v spotřebitelských smlouvách (§ 1754 odst. 2).

Vlastní kontrolu obsahu stanoví § 1752 pro případ „masových“ smluv (větší počet osob), jež zavazují obláty dlouhodobě k opětovným plněním stejného druhu. Pro platnost případu pozdější změny stanoví zákonodárce předpoklady. Platné jsou změny všeobecných obchodních podmínek tehdy, je-li již při jednání o uzavření smlouvy zřejmá rozumná potřeba jejich pozdější změny za předpokladu, že bylo též ujednáno, jak se změna druhé straně oznámí spolu s právem změnu odmítnout a ukončit smlouvu za rozumných podmínek (§ 1752 odst. 1).

Kontrola překvapivých klauzulí je součástí kontroly jejich inkorporace do smlouvy, která se však může uskutečnit jen na základě výslovné akceptace obláta (§ 1753).

Ve většině případů kontroly převzetí nebude zřejmě zapotřebí nahrazovat nepřevzatá ustanovení, neboť ta budou mít zpravidla jenom určitý doplňující význam.

KONTROLA SMLUV UZAVÍRANÝCH ADHEZNÍM ZPŮSOBEM

Inkorporace VOP individuálně nevyjednané smlouvy (§ 1799) je založena na důkazu znalosti VOP oblátem, kterou musí prokázat předkladatel. Kontrolu převzetí obsahuje § 1799. VOP se v důsledku neplatnosti ustanovení o poukazu na ně nestávají součástí smlouvy.

§ 1800 odst. 1 obsahuje úpravu kontroly transparentnosti a obsahu ustanovení individuálně nevyjednané smlouvy, jež je pro osobu průměrného rozumu nesrozumitelná. Toto ustanovení je platné, jestliže předkladatel prokáže, že slabší straně dodatečně vysvětlil význam této doložky. Tuto doložku pak jistě může oblát odmítnout. Bez ohledu na dodatečné vysvětlení předkladatelem je ustanovení neplatné, způsobí-li slabší straně újmu. Protože v takovém případě bude zřejmě neplatností ohroženo jakékoliv smluvní ustanovení, jež s výjimkou újmy nepatrné bude slabší stranu jakkoliv znevýhodňovat.

V těchto případech bude soud provádět kontrolu obsahu zřejmě z úřední povinnosti.

Nikoliv na kontrolu transparentnosti, ale pouze obsahu se soustřeďuje § 1800 odst. 2. Jde o kontrolu srozumitelného, ale pro slabší stranu zvláště nevýhodného ustanovení smlouvy. V tomto případě však je zákonodárce neúměrně, zejména ve srovnání s předchozím ustanovením, liberální. Neplatnou je pouze taková klauzule, která je kvalifikovaně nevýhodná a dále se musí bez rozumného důvodu odchylovat závazně od obvyklých podmínek v obdobných případech.

SPOTŘEBITELSKÉ SMLOUVY

Kontrolu transparentnosti upravuje § 1811 odst. 1 nedůsledným způsobem. Na první pohled toto ustanovení svědčí o tom, že povinnost jasnosti a srozumitelnosti obsahu smlouvy je deklaratorní povahy a její porušení postrádá sankce. To by ovšem bylo v rozporu se směrnicí, jež by bez výkladu tohoto ustanovení, směřujícího k sankci neplatnosti, doznala nepřímého účinku, který by znamenal právě uskutečnění této sankce.

Otevřenou kontrolou obsahu představuje § 1812 odst. 2, podle kterého se jakákoliv odchylka spotřebitelské smlouvy od ustanovení zákona na ochranu spotřebitele považuje za neplatnou („se nepřihlíží“). Pozoruhodné je, že toto měřítko je velmi přísné, a tak jakákoliv odchylka od kogentního ustanovení zákona bude způsobovat neplatnost.

Oproti směrnici používá další zpřísňující měřítko kontroly § 1813, který je postaven na kritériu znevýhodnění spotřebitele, jehož základem je nepřiměřená nerovnováha práv a povinností stran v neprospěch spotřebitele bez korekce zásadou dobré víry, což je zmíněný rozdíl oproti Směrnici. Druhá věta tohoto ustanovení pak znamená, že v případě, že, a to na rozdíl od Směrnice, jsou spotřebiteli jasným a srozumitelným způsobem poskytnuty informace o předmětu plnění a ceně, podléhají i tato ujednání ve spotřebitelské smlouvě kontrole obsahu. Pro případnou spojitost mezi nekalými ustanoveními a vlastním obsahem smlouvy platí závěry výše (2.9) uvedené. Nevýhodnost ustanovení ve smlouvě nelze „vyvažovat“ výhodností plnění či ceny. Absolutní neplatností jsou pak postiženy klauzule, jejichž příkladný výčet (§ 1814) obsahuje černý seznam.

Pozoruhodné je ustanovení v § 1815, které rozmělnuje kogentnost ustanovení o znevýhodňujících (nekalých) ustanoveních a ustanovení o tom, že k nepřiměřenému ujednání se nepřihlíží, ledaže se jich spotřebitel dovolá, což znamená, že se spotřebitel vzdává svého práva poskytovaného zákonem, kterýžto projev vůle je stížen sankcí neplatnosti (§ 1812 odst. 2 věta druhá).

4. ŘEŠENÍ

Oproti výše uvedenému modelovému řešení (viz kapitola 2) je česká právní úprava kontroly smluv stále ještě velmi nedostatečná. Obecná ustanovení o kontrole obsahu, resp. převzetí do smlouvy nepostihují účinným způsobem případy zneužití, a dostatečně účinná proto není ani ve smyslu prevence. Konkrétní pravidla kontroly jsou ojedinělá a mnohdy pro svoji rozporuplnost nemohou účinným způsobem působit.

Zákon však nevyklučuje relativně extenzivní výklad příslušných úprav na základě kritérií modelového řešení. To se bude moci uplatnit zejména tehdy, používá-li zákonodárce neurčitých výrazů, které mají daleko do definic.

Tak v případě inkorporace bude třeba extenzivním způsobem vykládat otázky, resp. pojmy seznámení se či vzetí na vědomí nebo znalosti VOP v § 1751, 1799, 1800 a 1813. Otázky znevýhodnění, a to jak v § 1800, tak v § 1813 bude třeba extenzivně interpretovat ve smyslu shora uvedeného výkladu (v kap. 2 – modelové řešení).

Ani takto však nebude možné dosáhnout hustoty a tedy účinnosti kontroly dosahované např. při používání § 1807–1809 BGB obsahujících příklady konkrétních doložek, ať už s následkem absolutní neplatnosti či možnosti použití hodnotové analýzy.

Zásadní změnu ke kvalitnější kontrole právnosti smluv může uskutečnit zákonodárce. Ten by měl reflektovat vývoj v moderních zákonodárstvích od obecných klauzulí ke specifické vlastní kontrole obsahu, transparentnosti a inkorporace.