

**UNIVERZITA PAVLA JOZEFA ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH
PRÁVNICKÁ FAKULTA**



**PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA
XIII.**

Ján Husár, Regina Hučková (eds.)

ZBORNÍK VEDECKÝCH PRÁC

Košice 2024

**PAVOL JOZEF ŠAFÁRIK UNIVERSITY IN KOŠICE
FACULTY OF LAW**



LAW – COMMERCE – ECONOMY XIII.

Ján Husár, Regina Hučková (eds.)

COLLECTION OF SCIENTIFIC WORKS

Košice 2024

Vzor citácie: HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2024, s. 27.

Zborník bol vydaný v rámci riešenia grantových úloh APVV 23-0331 „*Integrácia únie kapitálových trhov: zmena korporáčného financovania a záchrana obchodných spoločností vo finančných ťažkostiach*“ a APVV 21-0336 „*Analýza súdnych rozhodnutí metódami umelej inteligencie*“.



Editori:

prof. JUDr. Ján Husár, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Recenzenti:

prof. JUDr. Gabriela Dobrovičová, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

doc. JUDr. Diana Treščáková, PhD.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

doc. JUDr. Ing. Aneta Bobenič Hintošová, PhD.

Ekonomická univerzita v Bratislave, Podnikovohospodárska fakulta so sídlom v Košiciach

Vydala Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Vydavateľstvo ŠafárikPress

Šrobárova 2

041 80 Košice

Za odbornú a jazykovú stránku tohto zborníka zodpovedajú autori jednotlivých príspevkov. Rukopis neprešiel redakčnou ani jazykovou úpravou.



CC BY NC ND Creative Commons Attribution-NonCommercial-No-derivates 4.0 („Uved'te pôvod – Nepoužívajte komerčne – Nespracovávajte“)

Umiestnenie: <https://unibook.upjs.sk/sk>

Dostupné od: 23.12.2024

DOI: <https://doi.org/10.33542/POE-0389-0>

ISSN 2453-921 X

ISBN 978-80-574-0389-0 (e-publikácia)

OBSAH

PREDHOVOR	6
JOSEF BEJČEK/Soukromoprávní a veřejnoprávní hranice sebezvýhodňování v obchodních vztazích	8
KRZYSZTOF BODZENTA/The use of artificial intelligence in Polish notarial practice – outline of the problem	33
OLIVER BUHALA - MICHAL SOKOL/Vybrané alternatívne spôsoby financovania obchodných spoločností	47
EUBOŠ DOBROVIČ/Actio Pauliana a scudzenie na škodu veriteľa (odporovanie zvýhodňujúcemu právnomu úkonu) včera a dnes	63
JAROSLAV DOLNÝ - DUŠAN ROSTÁŠ/Insolvenčný pohľad na predaj podniku v SR	71
MILAN ĎURICA/Pravidlo štyroch očí v hmotnoprávných a procesnoprávných úkonoch obchodných spoločností cez optiku judikatúry	83
MARIUSZ FRAS/FinTech and Private International Law. Selected Issues	101
MARTIN FRIEDRICH/Uplatňovanie obchodnoprávných zásad v prostredí elektronických kontraktov	123
IWONA GREDKA-LIGARSKA/Manufacturer or Professional Operator of an AI System: Who Should Be Tortiously Liable for Damage Caused by Autonomous AI Systems?	137
KATEŘINA HRABÁNKOVÁ/Speňazovanie dlžníkovho podniku pred a po formálnom začatí konkurzného konania (vybrané spôsoby)	153
JÁN HUSÁR/Koncern v slovenskom práve – súčasnosť a perspektívy	170
VILIAM JANÁČ/Zamestnanecké programy odmeňovania	186
JĘDRZEJ JERZMANOWSKI/The spillover effect of the European law of cross-border mergers on local rules on domestic mergers – the case of Polish side-stream mergers	199
MARCIN KIELBASA/It's the economy, stupid? Crucial forms of Ukrainian entrepreneurship in Poland	216
RADKA KOPČOVÁ/Environmentálne klamlivé vyhlásenia v kontexte práva proti nekalej súťaži	230
PAVOL KUBÍČEK/Niekoľko poznámok k vývoju právnej úpravy rozhodcovského konania v Slovenskej republike	248
JOLANTA LORANC-BORKOWSKA/Complaint about a physical defect of real estate purchased on the secondary market under Polish law	255

PETER LUKÁČKA - DANIEL ZIGO/Current Challenges in Identifying the Ultimate Beneficial Owners and the Register of Public Sector Partners	267
JÁN MATEJKA - OTAKAR SCHLOSSBERGER/Inovativní změny PDS 3 a poskytování platebních služeb	282
MONIKA MIKUŠKOVICOVÁ/Online Behavioural Advertising in the Context of Abusive Arrangements and Business Law.....	296
DOMINIK MIZERSKI/Exceptions to the related party transactions regime – critical remarks.....	319
ŽOFIA MRÁZOVÁ/Ochrana majiteľov iných cenných papierov ako akcií pri premenách obchodných spoločností	329
ANDREJ ORIŇAK/The Artificial Intelligence Act of the European Parliament – The First Regulation of Artificial Intelligence in the World.....	339
ANETA PALECZNA/Damage to the company and damage to the shareholder. Conditions for accepting the concept of indirect damage.....	361
JANA PEZLAR SELECKÁ/Akt o umelej inteligencii: Prielom v obchodnom práve a regulácií AI.....	373
SIMONA RUDOHRADSKÁ - LAURA BACHŇÁKOVÁ RÓZENFELDOVÁ - REGINA HUČKOVÁ/Úloha vnútroštátnych súťažných orgánov pri uplatňovaní Aktu o digitálnych trhoch	392
JAROSLAV SCHÖNFELD - MICHAL KUDĚJ/Ekonomické souvislosti postupů preventivní restrukturalizace v ČR	403
WIKTORIA SIKORSKA/“The Future of Geographical Indications: Legal Perspectives on Craft and Industrial Products in Slovakia”.....	413
MONIKA SZARANIEC/Selected legal regulations on cybersecurity of financial institutions. Contribution to the discussion.....	422
MATEUSZ TONDERA/Two approaches to the legal regulation of artificial intelligence from a philosophical-legal perspective.....	437
LUCIÁN TÖRÖK/Etický kódex insolvenčných správcov	446
LUBOMÍR ZLOCHA - JOZEF VOZÁR/Novodobý fenomén greenwashingu a jeho protiprávne aspekty (úvod do problematiky)	455

PREDHOVOR

XIII. ročník medzinárodného sympózia PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA, ktoré sa konalo v dňoch 23.10. – 25.10. 2024, sa niesol v spomienkach na zakladateľa sympózia a jeho dlhoročného odborného garanta prof. JUDr. Jozefa Suchožu, DrSc., ktorý nás začiatkom roka 2024 navždy opustil. Mnohí jeho kolegovia, spolupracovníci, ale i priatelia v rámci svojich prednesov na sympóziu na profesora s úctou spomínali. Spomedzi mnohých si na profesora Suchožu spomenul i jeho dlhoročný kolega z Rozhodcovského súdu Slovenskej obchodnej a priemyselnej komory, prof. JUDr. Pavol Kubiček, CSc., ktorý sa vyjadril takto:

„Pri spomienkach na pána profesora som si zobral na pomoc knihu „Výber z diela a myšlienok „ I/, ktorá vyšla pri príležitosti jeho 90-tich narodenín. Je to z toho dôvodu, že naša profesijná spolupráca sa začala približne pred 50-timi rokmi, keď sa v Košiciach vytvorilo detašované pracovisko Právnickej fakulty UK /1970/, následne bola založená Právnická fakulta UPJŠ /1973/ a ja som absolvoval Právnickú fakultu UK v roku 1974 a následne som sa stal asistentom na Katedre hospodárskeho práva. Od týchto čias som sa stal súčasťou kolektívu spolupracujúcich pracovísk v Bratislave a Košiciach. Profesijná spolupráca postupne prerástla do priateľského vzťahu. Profesora Suchožu som si vážil ako staršieho kolegu, ktorý bol vždy ochotný pomôcť a obdivoval som jeho energiu a vitalitu, ktorú vedel vynaložiť pri pedagogickej a vedeckej práci. Následne naša spolupráca dostala ďalší rozmer – pôsobenie na Rozhodcovskom súde Slovenskej obchodnej a priemyselnej komory. Tu sme spolupracovali ako členovia rozhodcovských senátov a neskôr aj v Predsedníctve RS SOPK. Osobitne príjemné sú spomienky na pána profesora z tradičných predvianočných stretnutí, ktoré sa uskutočňujú na Predsedníctve RS SOPK, kde prezentoval nielen vedomosti o aktuálnom dianí v SR a vo svete, ale aj svoj osobitný šarm a charizmu. Špecifický rozmer dostala naša spolupráca, keď sme boli obaja zapísaní na listinu rozhodcov Rozhodcovského súdu Ukrajinskej obchodnej komory v Kyjeve riešili sme tam, ako rozhodcovia, medzinárodné arbitrážne spory. Pochopiteľne, že sme si z tejto činnosti vymieňali naše vzájomné skúsenosti. Vážený pán profesor, ostávaš v mojich spomienkach ako typ významného vedca, vzácneho kolegu a dobrého človeka.“

Ostávaš i v našich spomienkach, Vážený pán profesor, ako významný odborník v oblasti obchodného práva, hospodárskeho práva a arbitráže, no najviac však ako človek s veľkým srdcom, ktorý nás naučil nielen obchodné právo, ale aj to ako byť v prvom rade človekom.

Zborník vedeckých prác PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA XIII. je venovaný témam, ktoré boli nosnými na tohtoročnom sympóziu, a to najmä z oblasti rozhodcovského konania pre riešenie obchodných sporov, ďalej konkurzného práva,

a tiež nosnou témou bola umelá inteligencia a aktuálne právne otázky s ňou spojené. Zborník vedeckých prác bol vydaný s podporou Agentúry na podporu výskumu a vývoja.

Za editorov: Regina Hučková

prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.¹
Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta

Soukromoprávní a veřejnoprávní hranice sebezvýhodňování v obchodních vztazích

Private – and public law limits of self-preferencing in commercial relations

Abstrakt

Sebezvýhodňování je přirozená tendence lidského jednání nejen v obchodních vztazích. Právo a jeho výklad hledají rovnovážný bod ve střetu dvou či více egoismů. V asymetrickém mocenském postavení stran vítězí zpravidla egoismus toho silnějšího, není-li korigován jeho autoregulací nebo tlakem zvnějšku. Strukturálně i behaviorálně podmíněná asymetrie je předmětem úpravy řady zákonů, zahrnující mj. obecné soukromoprávní korektivy obsahové správnosti právních jednání. Sebezvýhodňování omezuje i řada veřejnoprávních předpisů. Právní regulace nemůže vyžadovat ani povolit žádný z extrémů (sebeobětující se altruismus versus neomezený cynický egoismus), ale musí hledat rozumně vyváženou polohu v daném kontextu uvnitř tohoto intervalu.

Klíčové slova: sebezvýhodňování; veřejno – a soukromoprávní regulace; ochrana slabšího; ochrana soutěže; morální korektivy jednání.

Abstract

Self-preferencing is a natural tendency of human behaviour not only in business relations. The law and its interpretation seek a sustainable balance point in the battle between two or more egoisms. In an asymmetrical power position of the parties, the egoism of the stronger party usually wins, unless it is corrected by self-regulation or pressure from outside. Structurally and behaviourally conditioned asymmetry is the subject of regulation by a number of laws, including general private law correctness of the content of legal actions. A number of public law provisions also restrict self-preferencing. Legal regulation cannot require or permit either extreme (self-victimizing/self-sacrificing altruism versus unfettered cynical egoism), but must seek a reasonable balance within this interval in a given context.

Key words: self-preferencing; public – and private law regulation; protection of the weaker party; protection of competition; moral correctives of legal action.

JEL Classification: K12

¹ prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně.

ÚVOD

Brát se² o vlastní štěstí, o štěstí vlastní rodiny nebo lidí blízkých se prohlašuje za přirozené právo chráněné právem soukromým.³ Toto právo jistě nemá být oslabeno ani v případě, že lidé k uspokojení tohoto práva podnikají: ať už přímo osobně, nebo si k tomu zřizují (z dobrých důvodů, typicky s cílem dosáhnout onoho „štěstí“ rychleji či bezpečněji) speciální korporátní subjekty. I ony usilují o vlastní podobu štěstí v podobě prosperity (a zprostředkovaně o „štěstí“ lidí, kteří svůj profesní a někdy i osobní život spojili s právníckou osobou).⁴ Právo brát se o štěstí (tedy snažit se o trvalou subjektivní spokojenost a o dosažení individuálních cílů) je v obecné ideové poloze omezeno zákazem působit bezdůvodně újmu druhým, tedy bránit jim v tom, aby se i oni „brali“ (či přímo „prali“?) zase o své štěstí.

Zákon je realistický v předpokladu vzájemných střetů s jinými osobami, jimž jde o totéž. V situacích typu „her s nulovým součtem“ je prospěch jednoho konkurenta újmou jiného. Musí se ale stanovit hranice právně přípustného *omezování* toho druhého. Stejně tak ale krystalizují hranice vlastního *sebeprosazování* na úkor jiného (od pouhého znevýhodnění až po jeho případnou ekonomickou likvidaci v rámci tzv. tvořivé destrukce), což je vlastně jen jiný úhel pohledu na tentýž hodnotový střet.

V tom je skryta velmi dynamická a kontextuální dialektika vztahu mezi zásadou autonomie vůle a zásadou „*neminem laedere*“.⁵ Teoreticky se právní rámec může pohybovat vlastně na škále o velmi širokém rozpětí – od teologicky podložené a až sebelikvidační křesťanské lásky k bližnímu svému⁶ až po bezuzdný a cynický egoismus ražení „člověk člověku vlkem“. Soukromé právo nemůže ovšem v praxi ze zřejmých důvodů vyžadovat ani „povolit“ žádný z těchto extrémů, ale musí hledat rozumně vyváženou polohu někde uvnitř tohoto intervalu.

V současnosti čelíme řadě krizí a výzev. Jejich příčiny jsou jistě vícečetné, ale tuším, že je mezi nimi patrně i jednostranná a krátkodobá orientace výlučně na vlastní prospěch, prostě sobectví. Tuto orientaci mohou posilovat soukromoprávní normy (s hlavním zaměřením na právo každého „brát se o své štěstí“, se soukromoprávní „oprávkou“ - nezpůsobit jinému „bezdůvodnou újmu“), nejsou-li dostatečně korigovány též normami veřejnoprávními. Právo je nejen nástrojem k ochraně práv jednotlivce (pokračováním ohroženého egoismu), ale chrání v řadě případů i zájmy veřejné. Je institucionálním pojivem společnosti jakožto různě komponované směsi individualismu a solidarismu a vyjadřuje mimo jiné určité

² Tedy zastávat se (někoho či něčeho), starat se o něco, snad i bojovat o něco (*бороться за своё счастье*)?

³ Srov. § 3 zákona č. 89/2012 Sb. (občanský zákoník, OZ).

⁴ Srov. HAJN, P. Nekalá soutěž a některá obecná ustanovení nového občanského zákoníku. In *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 4, s. 97 n.

⁵ Poukazuje na to i Důvodová zpráva k § 3 OZ.

⁶ „Kdo přichází ke mně a nemůže se zřít ... i sám sebe, nemůže být mým učedníkem“ (Lukáš 14126). „Kdo chce jít za mnou, zapři sám sebe“ (Matouš 16, 24 a). Klade se otázka, jestli jsou (někteří) lidé vychováni k sebeobětování, sebezapírání a ve strachu před údajně „egoistickými“ pohnutkami, takže jim výzva k sebelásce připadá jako rouhání. Srov. TROBISCH, W. *Sebeláska a nesobeckost*. Vira.cz. [online]. Dostupno na <https://www.vira.cz/texty/knihovna/kapitoly/sebelaska-a-nesobeckost> (přístup 10. 7. 2024). V obchodních vztazích, založených na maximalizaci vlastního prospěchu, je to asi obava poněkud nemístná a mravně úzkostlivá.

minimální etické zásady nezbytné k fungování lidské společnosti složené z jednotlivců.⁷

V příspěvku se zamýšlím nad současnou strukturou veřejnoprávní i soukromoprávní úpravy zasahující tento zájmový střet a komentují některé disponibilní nástroje jeho řešení, včetně možného využití judikatorní doktríny bez výslovné zákonné opory. Po obecnějším úvodu se zabývám velmi aktuální problematikou judikatorního i normativního zákazu sebezvýhodňování v souvislosti s dominancí a superdominancí některých ekonomických subjektů v oblasti digitálních platforem.

Nabízím otevřenou hypotézu, že právní úprava tenduje spíše k přeregulovanosti a že sklouzává ke kasuistickým reglementacím, které se buď (naštěstí) při srážce s realitou neuplatní vůbec, či se použijí jen velmi omezeně⁸. Zdravý selský rozum (*common sense*) někdy vtiskne rigidním předpisům *ex post* judikatura, jež občas donutí zákonodárce dokonce ke změně předpisu,⁹ nejsou však výjimkou ani situace opačné, v nichž právně aplikační orgány prostor daný zákonem zužují a mohou – byť třeba s dobrým úmyslem chránit nějaký zájem – poškodit rovnocenný zájem jiný.¹⁰ Někdy je to (spíše) věcně dobře, a jindy zase (spíše) nikoliv; je to i záležitost vhodného načasování nebo dočasnosti zásahů obsahově shodných (obsahová správnost a časová vhodnost zásahu se nemusí vždy setkat).

V příspěvku se snažím komentovat měřítko a hlediska pro šíři a intenzitu zásahů do sebezvýhodňovacích podnikatelských aktivit a ke zvažování a proporcionalitě konkurenčních ochranných účelů právních norem. Domnívám se, že právně politické úvahy se dnes stávají stále častěji obětí účelových a jednostrunných argumentů a že se nosné principy ležící v základech soukromoprávní regulace nezřídka obětují aktuálním a krátkodechým zájmům.

Na otázku o (ne)vhodnosti a ev. intenzitě regulatorních zásahů do sebezvýhodňující podnikatelské aktivity (jež je tedy výhodná především pro jejího provozovatele) není možné dát jednotnou odpověď. Je bláhové takovou univerzální odpověď vůbec očekávat, protože půjde vždy o kontextuální záležitost. Do onoho kontextu by se však měla vždy prosadit i věrnost nosným principům soukromého práva a podpoře prosoutěžně orientované ekonomiky.

Snad se dá předjímat, že v obchodních vztazích je sebezvýhodnění očekávatelným standardem vyjma případů, kdy by se dostalo do rozporu s dobrými mravy (jejichž derivátem je mj. i ochrana slabší strany), nebo s některým z uznaných veřejných zájmů, chráněných normami práva veřejného. Lze to zkratkovitě vyjádřit i tak, že tyto mimořádné případy tvoří jen jakýsi doplněk k zásadě sebezvýhodnění.

⁷ Srov. BEJČEK, J. *Koho (co), před čím, proč a jak má chránit soutěžní právo?* In Bejček, J., Koziak, J. (ed.) *Pocita Petru Hajnovi k 75. narozeninám*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 18.

⁸ Např. zákon o cenách (CenZ) č. 526/1990 Sb., ve znění změn a doplňků.

⁹ Srov. změnu tzv. „objektivního pojetí“ významné tržní síly podle zákona č. 295/2009 Sb. o významné tržní síle (ZVTS) ve znění pozdějších novel.

¹⁰ Viz příklad popsany níže, pozn. pod čarou č. 49.

1. NIKOLIV TRH, nebo REGULACE, ALE TRH a REGULACE

Rozsáhlou změť situací, které podnikatele nutí právními prostředky k potlačení jeho vlastního zájmu a vlastního egoismu ve prospěch druhé strany, lze jen obtížně systematizovat. Lze snad použít tradiční hledisko veřejnoprávního či soukromoprávního omezení. Metodicky vhodné je také rozlišení na oboustranné (B2B) a jednostranné (B2C) obchody, neboť v oboustranně podnikatelských vztazích se přirozeně stanoví jiná měřítko.

Mezi *soukromoprávní* korektivy patří zejména hledisko dobrých mravů (včetně ochrany slabší strany, požadavku poctivosti či spravedlnosti, zákazu lichvy a neúměrného zkrácení). Do této skupiny se řadí i úprava spotřebitelských smluv, úprava spotřebitelského úvěru, úprava prodeje zboží v obchodě. Patří sem i příkaz ctít pravidla dobrých mravů soutěže, která mají funkčně velmi blízko k překážkám vstupu na trh, resp. k překážkám působení na něm.

Mezi *veřejnoprávními* omezeními sebevýchodnění hrají roli nepochybně normy trestněprávní, normy práva insolvenčního, zákon o cenách, zákon o významné tržní síle, antidiskriminační zákon¹¹, zákon o ochraně spotřebitele (obsahující mj. zákaz nekalých obchodních praktik) a řada dalších předpisů odvětvově zaměřených a zakotvujících ochranu slabší strany vztahu energetický, poštovní apod.). Výstřelky v podobě vlastního sebevýchodnění s dopady na funkčnost trhu¹² se tradičně potlačují zejména antimonopolním právem.

Dříve panující ordoliberalní přístup ke kartelovému právu vidí zejména jeho neutralizační působení vůči takovým výstřelkům tržní moci, které působí objektivně proti samotné podstatě fungování trhu, proti svobodě smlouvy. Tento přístup je však patrně poněkud romantizující. Vychází – stejně jako liberálové Chicagské školy – z nereálného předpokladu, že trhy mají jakousi implicitně zaručenou autokorekční schopnost, že účastníci trhu jednají vždy racionálně tím, že sledují své individuální zájmy a maximalizují svůj zisk. Americké myšlení bylo vždy náchylné přisuzovat trhu mystiku.¹³

Soutěžní tlak je z tohoto hlediska sice systémově nezastupitelným nástrojem racionalizace a v pravém slova smyslu ekonomického chování soutěžitelů; zkušenost nás však přesvědčila, že bez potřebné regulace může živelná soutěž vést k újmě spotřebitelům, ale i ke globálním otřesům a krizím. Některé oblasti ekonomiky jsou navíc z působení tržní autoregulace z různých důvodů vyňaty – zpravidla výměnou za vyšší právní jistotu; o výsledcích na trhu (nebo na jeho karikatuře, která z trhu zbyla), nerozhoduje v takových případech anonymní mechanismus konkurence, ale soustava pevných pravidel a rozhodnutí regulačních orgánů. Které oblasti to jsou, a v jakém rozsahu budou z trhu staženy, je ovšem povýtce *politickým* (hodnotovým, ideologickým) rozhodnutím.

Někdy to vypadá, že nechceme vyslyšet hlasy, že soutěžní právo není jen prostým nástrojem k podpoře ekonomické *efektivnosti*, ale že je i nástrojem *politiky*

¹¹ Zák. č. 198/2009 Sb.

¹² Tedy nejen s účinkem na „postiženou“ stranu ve formě jejího vykořisťování nebo jejího vytlačování z trhu či znemožnění jejího vstupu na trh.

¹³ GALBRAITH, J. K. *Společnost hojnosti*. Praha: Svoboda, 1967, str. 76.

k zajištění ekonomického pluralismu, jehož popření znamená omezení nebo ztrátu svobody, a to především svobody hospodářské. Požadavek rozptýlit v demokracii nejen moc politickou, ale i hospodářskou, se právě neshoduje s tlakem na tradiční soutěžní darwinismus.¹⁴ Ostatně ani vzývaný "spotřebitelský blahobyť" jako konečný cíl práva na ochranu hospodářské soutěže není všelékem na všechny neduhy, ale může mít obecnější smysl nežli pouhou spotřebu. Může také zahrnovat širší hodnoty nežli jen ty měřitelné cenou, včetně široké kvality zboží a služeb, s přihlédnutím např. i k environmentálním a sociálně-politickým hodnotám.¹⁵

Můžeme pozorovat stále silnější tlaky na rozšíření katalogu širších společenských cílů, které by antitrust podle některých aktivistů měl sledovat a podporovat. Jelikož se doba mění a antitrust se prý musí měnit s ní, jsme svědky pokusů o jeho zásadní přehodnocení, které by mělo zahrnovat posouzení vztahů mezi antitrustem a médií, udržitelností, lidskými právy, genderem a soukromím.¹⁶

Jednostranná orientace na spotřebitelský blahobyť coby výlučný cíl antitrustu se nezřídka považuje za matoucí a nekompletní a volá se po doplnění katalogu cílů a další a další společenské cíle.¹⁷ Uvedená hlavní dělicí linie antitrustu se tak průběžně doplňuje a rozostřuje řadou dalších cílových konfliktů, jejichž výčet se stále rozšiřuje a v poslední době nabývá nečekaného rozsahu a barvitosti. Jde nejen o více či méně tradiční konflikty mezi udržením účinné soutěže a technickým pokrokem, mezinárodní konkurenceschopností, zdravotně politickými hledisky, či ohledy na politiku zaměstnanosti.¹⁸ Někdy se se zřejmým intelektuálním odstupem hovoří o sledování všezahrnujících cílů veřejného zájmu (*catch-all public interest goals*)¹⁹.

Tradičně kontroverzním tématem je vztah práva *soutěžního* a zvláštní *odvětvové* regulace. Někdy mohou být pravidla na ochranu soutěže suspendována ve prospěch hodnot prosazovaných odvětvovou regulací; nezřídka jde o zajištění efektivnosti, a proto se dá hovořit (v analogii k tzv. obraně efektivností) o „regulační obraně.“ Jindy jde o vynucenou reakci na širší společenské krizové jevy.²⁰ Zejména v období

¹⁴ BEJČEK, J. op. cit. v pozn. 7, str. 21, 25.

¹⁵ Podobně BURNSIDE, A. *Bob Dylan and consumer welfare*. Dechert LLP, 2017, p. 4. [online]. [přístup 2023-01-12]. Dostupno na <https://info.dechert.com/12/9073/landing-pages/bob-dylan-and-consumer-welfare-white-paper.pdf>.

¹⁶ CAPOBIANCO, A. The Ghost of Competition past, present, future. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2021, Vol 50, No 7–8, s. 387.

¹⁷ FOER, A., DURST, A. The multiple goals of antitrust. *The Antitrust Bulletin*, 2018, Vol. 63, issue 4, s. 494 – 508.

¹⁸ Aktuální empirickou analýzu frekvence propagovaných cílů v judikatuře evropských soudů podávají STYLIANOU, K., IACOVIDES, M. The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation. *Legal Studies* 2022, vol. 42, s. 620–648. Konstatují mj., že přes kolísání mezi různými cíli se jak Evropská komise, tak evropské soudy (včetně generálních advokátů) zaměřují pravidelně na proces soutěže a na tržní struktury. Podle nich se ordoliberalismus po éře silného vlivu Chicagské školy stále drží je dokonce na vzestupu.

¹⁹ FOER, DURST, *ibid*, s. 501.

²⁰ Případné snížení antitrustových standardů musí být i v podobných krizích přesvědčivě odůvodněné, nezbytné, na nutnou dobu a proporcionální k možné újmě soutěži. Antitrustové právo nemůže být obětím beránkem krize, i když by se to právě v ní dalo tak přesvědčivě (populisticky) „vysvětlit“. Výjimky z něho musejí být dočasné, úzké a nezbytné a nemohou se stát „novou normou“ *de facto*. Soutěž je společenský statek s dlouhodobou strategickou hodnotou, s jehož obětováním je neradno si zahrávat. Ani mimořádný stav v oblasti antitrustu se naštěstí nestal novou normalitou.

hospodářské krize je nutno čelit tlaku na prosazování odvětvových politik na úkor soutěže, neboť právě hospodářská soutěž může stimulovat oživení těžce zkoušené ekonomiky, a má tak stejný cíl jako odvětvové regulace.

Regulace v současnosti naráží na celou řadu osidel, v nichž může uvíznout. Velkou výzvou pro regulaci a její právní (dis)konformitu byl pandemie covidu. V ní utrpěly újmu nezářidka i ústavní záruky zákonnosti, hospodářská soutěž, ba i zdravý rozum.²¹ Mezinárodní politický vývoj vedl nejen k přijetí zákona č. 34/2021 Sb., o prověřování zahraničních investic, ale i k omezením volného obchodu a diskriminačním opatřením, která rozvrátila ustálené dodavatelské řetězce i obchodně právní prostředí. Státy musí regulatorně reagovat na zkreslení soutěže, způsobená např. nákupy podniků financovanými z daňových zdrojů jiných států; subvencemi cizích států, narušujícími soutěž; regulacemi jiných států, narušujícími hospodářskou soutěž.²²

Obrovskou regulatorní výzvu s neskrývanými prioritizačními ambicemi snad téměř ve všech směrech představuje tzv. *green deal* a obecně ideologie dekarbonizace ekonomiky a tzv. udržitelnosti. Politika hospodářské soutěže – právě proto, že je politikou – zvažuje a vyvažuje různé zájmy. Politika hospodářské soutěže nemůže být samozřejmě vedena heslem „hospodářská soutěž nade vše“, protože jako druh politiky musí vyvažovat zájem na ochraně hospodářské soutěže s jinými hodnotami a zájmy, jejichž váha a pořadí jsou výsledkem politické vůle. Příkladem je „servisní funkce“ pravidel hospodářské soutěže stanovených v primárním právu EU pro vytváření a fungování vnitřního trhu.

Anonymní parametrický vliv hospodářské soutěže by neměl být zaměřován se sledováním jiných přímých normativních cílů. Hodnotící hlediska se pak vzájemně zaměňují a popírají, což vede k arbitrárnímu (a v konečném důsledku politickému) rozhodování. Orgány pro ochranu hospodářské soutěže jsou dostatečně zaměstnány ochranou hospodářské soutěže a je otázkou, zda vůbec mohou zasahovat (nejen formálně z hlediska působnosti, ale i věcně a svými odbornými pracovníky) např. do ochrany životního prostředí a dalších otázek obecného blaha.²³

²¹ Ve světě jsme v té době mohli pozorovat i sklon „povolit otěže“ v potravinářství nebo při prodeji základních hygienických potřeb. Velmi nebezpečné jsou však trvalé nevrátelné strukturální změny trhů, byť by krátkodobě napomohly ke zmírnění krize. Pandemie a totální „vypnutí“ některých odvětví zvyšuje nebezpečí zvýšených tržních podílů, resp. i koncentrace ve prospěch těch, kteří krizi „ustojí“. Umělé „krizové“ překážky pohybu zboží i osob zpochybňují tradiční široké vymezení relevantních trhů. Je třeba zvýšené ostražitosti, aby na výjimkách odůvodněných krizí neparazitovali dravci odírající spotřebitele a veřejné rozpočty.

²² Do této oblasti služebního postavení regulace ustupující politickému rozhodování patří i reakce na ruskou invazi na Ukrajině a na zábor Krymu.

²³ MAYER, CH., Der Beitrag des Kartellrechts zum Green Deal. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2021, Vol 50, No 5 s. 259. Můžeme se např. setkat s velmi širokým ekologickým pojetím udržitelnosti, které je ještě obtížněji operacionalizovatelné. Např. „progresivní“ nizozemský úřad pro hospodářskou soutěž mezi své cíle udržitelnosti zahrnuje kromě environmentálních otázek také biologickou rozmanitost, zdraví, dobré životní podmínky zvířat, spravedlivý obchod, spravedlivé pracovní podmínky včetně ochrany dětské práce a práva zakládat odbory a lidská práva. To je zjevně příliš ambiciózní cíl, který klade na úřad nároky na úrovni vlády nebo snad novodobého „Výboru pro veřejné blaho“, ale rozhodně vyšší, než je žádoucí. Srov. ACM. Pokyny k dohodám o udržitelnosti. 2021. [online]. Dostupno na <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law>.

Paternalistická kontrola společenského blahobytu, i když sleduje záslužné cíle, proti nimž nelze nic namítat, nesmí zbavit spotřebitele možnosti s konečnou platností rozhodovat o výsledcích; a právě tuto schopnost zaručuje nedeformované antitrustové právo.²⁴ Soutěžní právo by se mělo držet svého poslání chránit autokorekční funkční soutěžní prostředí. Těžko nahraditelná role hospodářské soutěže jako procesu objevování by neměla být obětována ve prospěch svévolně nastavených politických zásluh a úspěchů. Neměla by tedy být za ně „směňována“ a instrumentalizována k dosažení mimokonkurenčních cílů. Ty lze lépe zajišťovat přímou regulací. Ochrana soutěže by neměla akceptovat různá vágní mainstreamová hesla, za nimiž se skrývají zájmy, které nejsou komplementární s ochranou hospodářské soutěže. Antitrustové právo není ani „sběrný koš“, ani „beránek boží“, který snímá hříchy světa. Přetváření antitrustu na jakýsi „univerzální lék“ na socioekonomické neduhy by se mohlo vymstít.²⁵

Žádné právní odvětví ani žádná část právní regulace se nevyhne přirozenému vývoji v reakci na měnící se společenské podmínky. Nesmí však ztratit svou podstatu a hlavní funkci a rozplynout se v operativním mikromanagementu aktuálních společensky podporovaných problémů. Společnost by neměla zbavovat funkčnosti hospodářskou soutěž jakožto nezbytný nástroj samoregulace, ani by neměla oslabovat její právní ochranu. Jinak by mohla snadno sklouznout k detailnímu centrálnímu řízení a ovlivňování čehokoli, což se v historii nejdříve neosvědčilo.

1.1. Obecná ochrana slabší strany jako nepřímý příkaz sebeznevýhodnění silnějšího

K ochraně slabší strany se právo uchyluje jakožto k možnému východisku z pasti rovnosti stran v soukromém právu. Absolutizace principu rovnosti by totiž znamenala diskriminaci zdatnějších účastníků právních vztahů a demotivační znehodnocení jejich úsilí, zejména pokud by šlo o rovnost nejen formální, ale i materiální (ve výsledku). Naopak absolutizace principu smluvní svobody by vedla k polarizaci společnosti, k přežití jen těch nejzdatnějších a v důsledku k popření svobody méně zdatných účastníků smluv. Tento problém se nedá jednou provždy bez konkrétního ekonomického a hodnotového kontextu „vyřešit“; jde spíše o neustálé hledání a „flexibilní fixaci“ optimální vyvážené konstelace mezi krajními polohami.

Kromě toho, že tento přístup „extenduje“ pojem udržitelnosti tak, aby zahrnoval i dobré životní podmínky zvířat (co ty mají vlastně s udržitelností společného?), zavání sociálním inženýrstvím. Tvrdí se, že „dohoda mezi soutěžiteli, která je prospěšná pro životní prostředí, a tedy pro *společnost jako celek*, by mohla být povolena, i kdyby *zákazníci* společností na tom nakonec byli hůře“ (citace M. SNOEP, IN JEPHCOT, M.- SHAH D.-KINGSBURY, L. Climate change, sustainability, and competition law: where are we now? *E.C.L.R.* 2022, svazek 43, číslo 8, s. 369; zvýraznění textu je moje). U nás máme docela neblahé zkušenosti s nadřazováním tzv. celospolečenských zájmů nad zájmy spotřebitelů a s jeho důsledky.

²⁴ Jde o agnostický nástroj (termín S. Thomase).

²⁵ Srov. LAMMI, G. Transformation Of Antitrust Law To All-Purpose Cure For Socioeconomic Ills Would Backfire, *Forbes* (23 July 2019). [online]. Dostupno na <https://www.forbes.com/sites/wlf/2019/07/23/transformation-of-antitrust-law-to-all-purpose-cure-for-socio-economic-ills-would-backfire/?sh=451392dc74a8>.

Právně relevantní hranice nerovnováhy mezi obchodními partnery je a vždy bude neurčitá. Na tom nic nezmění jakékoliv obecné ochranné ustanovení zákona ve prospěch „slabší strany“. Může se samozřejmě zpřesnit typizací konkrétních situací a kritérií²⁶. Před generální klauzulí ochrany slabšího je z hlediska předvídatelné a jasné právní úpravy vhodnější jasné formulovat zakázaná ujednání a vyjednávací praktiky potenciálně a velmi pravděpodobně spojené se zneužitím vyjednávací síly. Častější je tedy ochrana slabšího, dekomponovaná do odvozené podoby (zákaz rozporu s dobrými mravy, ev. modifikovaný jako zásady poctivého obchodního styku; zákaz zneužití práva; zákaz nekalé soutěže, nekalých obchodních praktik, určitých nepoctivých smluvních ujednání...). Typickým příkladem je vyloučení nejčastějších situací nebezpečných pro svobodné a uvážené rozhodnutí spotřebitele v podobě tzv. nekalých protispotřebitelských obchodních praktik, zakázaných v ZOS²⁷ i evropskou směrnicí.²⁸ Ochrana zájmů spotřebitelů prospívá i oprávněným soutěžitelům, neboť je chrání přes soutěžitele, kteří pravidla nedodržují – přispívá se tím k existenci nezkreslené soutěže²⁹.

Slabost není v podnikání zásluha hodná právní ochrany, probíhá-li mezi podnikateli férová soutěž. Na smlouvě mezi podnikateli, odrážející výhodnější pozici jednoho z nich, není tedy *zásadně* nic apriorně závadného. Vyjednávací síla (stejně jako slabost) není měřitelná a kvantifikovatelná a hodnotí se *ex post*. Je problém určit, kdy malé rozdíly v ní ještě nevadí, ale větší už ano. Lehká a disciplinující a soutěžně motivační nerovnováha by se tak mohla lehce proměnit v odíozní „jednostrannost“. Kvůli ochraně tzv. slabšího podnikatele by se neměl silnější partner nutit do snahy o uzavření smlouvy, která neslouží jeho zájmům. *Rozdíl v tzv. „speciální odpovědnosti“* dominantanta se v rámci veřejnoprávní ochrany hospodářské soutěže judikatorně uznává, ale *neměl by se rozšiřovat na subdominanty*. Výrazně silnější – a z hlediska tržní moci *subdominantní* – *smluvní partner by při respektu k veřejnoprávnímu rámci zákazu zneužití dominance neměl rezignovat na dosažení výsledku pro sebe co nejvýhodnějšího* a neměl by být nástroji tzv. ochrany slabšího nucen do smlouvy s obsahem pro něj nežádoucím. Ani dominantovi se zásadně nezakazuje zvýhodnit svoje zájmy, není-li to v rozporu se zájmem veřejným (na ochraně soutěže).

1.2. Adhezita smlouvy jako apriorní zábrana potenciálního sebezvýhodnění

Obecnou systémově procedurální ochranou slabší strany, která v důsledku brání silnějšímu partnerovi v jeho sebezvýhodnění, je i úprava tzv. *adhezní kontraktace*. V tomto pojetí je název vlastně *oxymoron*, protože popírá základní zásady smluvního práva, totiž rovnost stran a autonomii a svobodu vůle. Má – navzdory svému

²⁶ Typu klasifikace a výčtu nekalých obchodních praktik podle zákona o ochraně spotřebitele nebo třeba v podobě zakázaných postupů podle DMA.

²⁷ Zák. č. 634/1992 Sb. (v platném znění – zákon o ochraně spotřebitele), §§ 4 a násl, včetně Příloh.

²⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu. Do této skupiny patří i zákon o spotřebitelském úvěru (zák. č. 257/2016 Sb., v platném znění), občanskoprávní úprava prodeje zboží spotřebiteli (§ 2158 a násl, OZ) a řada dalších předpisů.

²⁹ Srov. doporučení (*referral*) č. 7 výše cit. směrnice.

pojmenování – mnohdy blíže k faktickému diktátu podmínek nežli ke svobodně a konsenzuálně sjednané smlouvě. Adherentovi totiž přes formálně právní možnost takto nekontrahovat fakticky (ekonomicky) mnohdy jiné východisko nezbývá.

Funkcí úpravy adhezních smluv je sice v pojetí ObčZ ochrana slabší smluvní strany, což je však koncepčně sporné. Mocenská (vyjednávací) nerovnováha mezi smluvními partnery není totiž bezpodmínečně nutná k tomu, aby se kontrahovalo adhezním způsobem. V praxi běžně probíhá adhezní kontraktace, jež umožňuje skloubit požadavky na právní jistotu a poctivost (obsahovou korektnost vztahu) s potřebou uzavírat smlouvy efektivně a s nízkými náklady. Adhezním způsobem se smlouvy uzavírají i z *ekonomických důvodů* – snižují totiž díky své masovosti a typizovanosti transakční náklady, neboť jednou vytvořený model se násobně zhodnocuje v řadě vztahů a každá jednotlivá smlouva je sama o sobě spojena s nižším nákladem. Někteří podnikatelé nehdolají vynakládat náklady na individuální negociaci, které jsou pro ně neúměrné v poměru s užitkem z jednotlivé smlouvy, a dají přednost typizovaným jednotným podmínkám.

Adhezní kontraktaci na druhé straně nelze zaměňovat jen s používáním „masových“ formulářových smluv. Adhezním způsobem může být smlouva uzavřena i v *jednotlivém případě*, zejména když se vyjednávací síla stran ocitne ve výrazném nepoměru. Silnější strana pak prosazuje svoji vůli a „vnucuje“ ji straně slabší.

Adhezitu též nelze mechanicky spojovat s absencí individuálního projednání – ani individuální projednání podmínek (typicky „pro forma“) ještě nezajišťuje onu *skutečnou příležitost* ovlivnit obsah základních podmínek.

Rovněž by nebylo správné apriorně posuzovat jako adhezní nebo neadhezní smlouvu jako celek. Podmínky adhezity mohou být naplněny *jen zčásti*, třeba i u smlouvy jinak korektně individuálně vyjednané s reálnou možností ovlivnit obsah většiny základních podmínek u obou stran, ale u některé z důležitých podmínek byla tato možnost odňata. Adhezitu smluv spojuje zákon s absencí možnosti autonomie vůle k základním podmínkám (plurál)³⁰ a hovoří o smlouvě (jako celku) uzavřené adhezním způsobem;³¹ je však zřejmé, že adhezita jediné doložky nečiní z celé smlouvy smlouvu adhezní a že se musí z tohoto hlediska *každá doložka* o některé ze základních podmínek posuzovat *odděleně*. Zákon ostatně (v souladu s tradiční zásadou preferovat dílčí neplatnost před neplatností celkovou³²) upravuje konkrétní důsledky adhezity jen u jednotlivých adhezních doložek,³³ a nikoliv u smluv jako celku.³⁴ Výše dovozují, že zdánlivá redukce možnosti použít adhezní kontraktaci³⁵ jen pro vztahy mezi slabší a silnější stranou může být matoucí; je zřejmé, že nerovnováha vyjednávací síly není nezbytným předpokladem adhezní kontraktace, neboť ta probíhá mnohdy i bez ohledu na ni a z jiných důvodů nežli kvůli snaze využít obchodní převahy vůči smluvnímu partnerovi. Právní úprava

³⁰ Srov. § 1798 odst. 1 ObčZ.

³¹ Srov. § 1799 ObčZ.

³² Srov. § 574 a 576 ObčZ.

³³ Srov. § 1799 a 1800 ObčZ.

³⁴ I když obsahuje nad § 1798 poněkud matoucí marginální rubriku „Smlouvy uzavírané adhezním způsobem“.

³⁵ Srov. § 1798 odst. 1 ObčZ část věty za čárkou, a i jinde v § 1799 a 1800.

adhezní kontraktace v ObčZ se však obecnou adhezí smluv nezabývá a soustřeďuje se jen na případy možného zneužití adhezních smluv v neprospěch slabší strany.³⁶

1.3. Ochrana speciálního slabšího (spotřebitele) jako nařízené sebeznevýhodnění podnikatele

Spotřebitelské riziko a fatalistické očekávání, že podnikatel ve vztahu s ním „zvýhodní spíše sám sebe“, pramení z několika zdrojů – především jde o riziko nedostatečné (asymetrické) informovanosti, kvůli níž se nemůže spotřebitel vůbec objektivně správně rozhodnout (tedy – pokud by se rozhodoval racionálně jakožto *homo economicus*³⁷). Toto riziko neúplné nebo neadekvátní informace se dá odstranit zakotvením informačních povinností a ev. v omezeném počtu situací i stanovením doby ke zrušení vztahu-poté, co spotřebitel z vlastní zkušenosti získá dodatečně informace o vlastnostech zakoupeného výrobku. Rovněž minimální zákonné požadavky na obsah, formu a kontext reklamního sdělení mohou spotřebitele ochránit před neadekvátní nebo manipulativní informací a zabránit výrobcům a prodejcům v podloudném ovlivnění spotřebitelových preferencí.

Jiným pramenem rizika je vlastní spotřebitelova neschopnost či neochota učinit správné rozhodnutí, byť i při dostatečné informovanosti. Příčinou může být lehkovážnost, naivita, pohodlnost, časový tlak při rozhodování, malá sebekontrola apod. Behaviorální ekonomie zjišťuje, že preference spotřebitelů jsou často situačně specifické a endogenní, a že zdaleka nekončí u maximalizace osobního užitku, jak tvrdí neoklasická ekonomie. Tato rozhodnutí často berou v potaz mravní ohledy a vztah k ostatním.³⁸ Jak ukazuje i níže komentovaný případ *Google Search (Alphabet)*, průměrný spotřebitel je snadno zahltlutelný již jen několika možnostmi výběru a poskytování dalších možností (ergo zvyšování soutěže) může vést jen k jeho urychlené zkratkovité reakci, která z hlediska klasické ekonomie není vůbec optimální, dokonce při neomezených možnostech přístupu ke všem relevantním informacím³⁹. Rozhodnutí spotřebitele v takových podmínkách objektivně škodí

³⁶ Důsledky adhezní kontraktace jsou obecně známé. Pokud podle § 1799 ObčZ doložka v adhezní smlouvě odkazuje na *podmínky mimo vlastní text smlouvy*, je doložka platná, jen prokáže-li se u slabší strany znalost významu doložky.

Adhezní smlouva s *obtížně čitelnou nebo nesrozumitelnou doložkou* je jen podmíněně platná, a to nejen ve vztahu ke spotřebiteli. Podmínkou je, že doložka nepůsobí slabší straně újmu nebo (i když třeba újmu slabšímu způsobí) že druhá strana prokáže, že slabší straně byl význam doložky dostatečně (!) vysvětlen.

Obsahuje-li adhezní uzavřená smlouva doložku *zvláště nevýhodnou* pro slabší stranu bez rozumného důvodu (zvláště odchyluje-li se od obvyklých a obdobných podmínek bez zvláštního důvodu), je doložka podle neplatná (§ 1800, odst. 2, druhá věta ObčZ).

³⁷ Což je ovšem ne-li fikce, tedy alespoň vzácná výjimka, jak dokazuje i experimentálně obor behaviorální ekonomie – srov. např. THALER, R.H. – SUNSTEIN, C.R. *Nudge*, New Haven, Yale University Press, 2008.

³⁸ BOWLES, S. *Microeconomics: Behaviour, Institutions, and Evolution*, Princeton University Press, New York 2003, str. 97.

³⁹ Známa je finesa s rozsáhlými, drobně tištěnými a obtížně čitelnými obchodními podmínkami ve smlouvách – pokud je spotřebitel líný (nebo jen časově zaneprázdněný) a nevynaloží ani tento minimální transakční náklad na přečtení, jsou prodejci motivováni zahrnovat do smluv podmínky nevýhodné pro spotřebitele - o tom, že existují podmínky jiné, výhodnější (že tedy na trhu

soutěži, protože poskytuje falešný signál, narušuje alokativní efektivnost. Nelze však spotřebitele reálně donutit, aby se (v zájmu soutěže, a dokonce i v zájmu svém) choval „racionálněji“.

Dokonce existují celé obory a podnikatelské agentury, které spotřebitelskou iracionalitu umně využívají ke komerčním účelům. Objevil se termín „neuromarketing“, označující využití studia aktivity spotřebitelského mozku k reklamním účelům; ratingové úvěrové agentury vyvíjejí pokročilé techniky stratifikace spotřebitelů do skupin podle statistické pravděpodobnosti, že budou usilovat o úvěr během 90 dnů...⁴⁰

„Svobodná“ rozhodnutí spotřebitelů (ale i soutěžitelů) nemusí tedy být ani zdaleka v jejich vlastním zájmu, neboť ona „svoboda“ je jen klamným názvem pro vytvoření prostoru k uplatnění toho, co se v behaviorální ekonomii označuje jako intuitivní typ inteligence, jež je systematicky iracionální, zkreslená nelogickými zkratkami (*heuristics*) a jež „filtruje“ chladnou nezaujatou úvahu, s níž neoklasická ekonomie chybně a axiomaticky (bez důkazu) počítá jako s reálně fungující normou chování. Proto se někdy hovoří o potřebě jakéhosi libertariánského paternalismu, který nechce zbavit spotřebitele možnosti jejich volby, ale který jim tuto volbu chce usnadnit tak, aby systém možností, z nichž člověk vybírá, odpovídal poznatkům o reálném chování lidí, a aby „naznačoval“, co je pro ně nejprospěšnější⁴¹. Profesionální podnikatele není důvod chránit před těmito psychologickými klamy a limitacemi skutečné svobody rozhodování. Zásada profesionality a formální rovnosti podnikatelů (a s tím spojené právní jistoty) vyžaduje, aby si profesionál (ať už fyzická nebo právnická osoba) zjednal jiného profesionála, pokud sám není s to analyzovat chování svoje i konkurentovo a adekvátně (racionálně) reagovat, nebo aby v opačném případě sám nesl riziko toho, že tuto nutnost nerozpozná a neuvědomí si ji; pokud o problému své nedostatečné informovanosti a/nebo neracionálního intuitivního rozhodnutí ví, ale spoléhá se, že jej zvládne sám, není důvod ke změně tohoto základního právně politického východiska.

1.4. Některé veřejnoprávní zábrany sebezvýhodňování podnikatelů⁴²

Podle zákona o cenách⁴³ nesmí prodávající ani kupující zneužívat svého hospodářského postavení k tomu, aby získal nepřiměřený majetkový prospěch, a to

hypoteticky panuje čilá soutěž), se spotřebitel ani nemusí fakticky dozvědět a nebere konkurenční nabídky v potaz – vždyť by si je musel také přečíst! Soutěž v takových případech neplní svoje funkce a nequalifikovaná a iracionální spotřebitelská rozhodnutí ji zkreslují. Přitom tlak na co největší informovanost spotřebitelů může sice teoreticky (bude-li spotřebitel schopen a ochoten je vstřebat) zracionalizovat jeho spotřebitelské rozhodování a chování, ale na druhé straně může taková informační transparentnost podnítit kartelizaci na straně poptávky.

⁴⁰ STUCKE, M.S. *Money, is that what I want? Competition policy and the role of behavioral economics*, nepublikovaný rukopis příspěvku na 4. konferenci ASCOLA, Washington, 16. června 2009, str. 55.

⁴¹ Jak to doporučují Sunstein a Thaler.

⁴² Komplexní přehled veřejnoprávních intervencí tohoto druhu nelze na tomto místě podat a pochybuji, zda by to bylo vůbec možné. Uvádím proto jen několik typických a výmluvných příkladů.

⁴³ Zák. č. 526/1990 Sb., ve znění změn a doplňků (jichž bylo do konce července 2024 dvaadvacet).

prodejem za sjednanou cenu, zahrnující neoprávněné náklady nebo nepřiměřený zisk; tyto pojmy se obecně vymezují v zákoně.⁴⁴ Ochrana před nepřiměřeně vysokou cenou v neprospěch spotřebitele, jejímž prostřednictvím by se prodávající mohl na úkor spotřebitele sebezvýhodnit, má očividně redistribuční motivaci ve prospěch spotřebitele;⁴⁵ je to jakási Aristotelovská „*diortotická*“ spravedlnost: dosažení nepřiměřeného hospodářského prospěchu nebo nepřiměřeného zisku je totiž zákonem prohlášeno za druh bezprávného porušení pokojného stavu a je sankčním způsobem „kompenzováno“.⁴⁶ Opravdová kompenzace ve vztahu ke druhé straně je ovšem zákonem také zaručena. Zákon explicitně popírá, že by se v takovém případě jednalo o porušení zásady „*ne bis in idem*“: uložením pokuty za spáchaný přestupek není dotčeno právo na vydání majetkového prospěchu tomu, na jehož úkor byl získán, ani odpovědnost prodávajícího nebo kupujícího podle zvláštních předpisů. Pokud nelze tento majetkový prospěch vydat oprávněnému, stává se příjmem příslušného rozpočtu.⁴⁷

Hodnotové soudy o správném či poctivém chování (o tom, jak se pozná nepřiměřenost majetkového prospěchu) jsou samozřejmě podstatné, i když se nedají předem převést „na čísla“. Normativní hodnotový soud upřesněný a konkretizovaný judikaturou nebo rozhodnutím příslušného správního orgánu je však vhodnějším nástrojem korekce cen nežli *ex ante* cenová regulace, jejíž přímé i nepřímé náklady mohou být extrémní.

V praxi dochází k expanzi veřejnoprávní linie a omezuje se soukromoprávní autonomie stran při sjednávání cen. Jde o reakci mj. na tzv. daňovou optimalizaci nákladů prostřednictvím přemrštěně drahých reklamních služeb v rámci účelově vytvořeného řetězce společností. Platby za reklamu se započtou do nákladů zadavatele reklamy, sníží se tím zisk a zkrátí daně. Ušetřené peníze se rozdělí potají s organizátorem řetězce.⁴⁸ Daňové orgány někdy tvrdí, že platně sjednaná cena mezi subjekty soukromého práva je regulována CenZ a že musí být vlastně jen cenou obvyklou a to, co ji přesahuje, mají tendenci pokládat za daňový únik.⁴⁹ Tyto

⁴⁴ Ust. § 2 odst. 3 zákona o cenách.

⁴⁵ Spotřebitel není jen konečný konzument – občan, ale i spotřebitel, který zboží používá jako vstup ve své výrobní spotřebě.

⁴⁶ Byť nikoliv ve vztahu k poškozené straně, ale ve vztahu k celku – pokuta ve výši neoprávněně získaného majetkového prospěchu je příjmem státního rozpočtu. Srov. § 17 zákona o cenách.

⁴⁷ Srov. § 18 zákona o cenách.

⁴⁸ Srov. NÁDOBA, J. Kolik má stát reklama? Nikdo neví, a tak se s ní podvádí, říká šéfka daňářů. Seznam.cz, ze dne 10. 6. 2024. [online]. Dostupno na <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/ekonomika-byznys-rozhovory-kolik-ma-stat-reklama-nikdo-nevi-a-tak-se-s-ni-podvadi-rika-sefka-danaru-253324>.

⁴⁹ V jedné Zprávě o daňové kontrole, zpracované FÚ pro Jihomoravský kraj, jejíž anonymitu jsem povinen zachovat, se konstatovalo mj. že cena je věcí dohody, ale její tvorba má pravidla stanovená zákonem o cenách a není postavena na libovůli stran. Dále se konstatovalo, že „ceny se v zásadě sjednávají na základě dohody prodávajícího a kupujícího. Jedná se o projev principu autonomie vůle a smluvní volnosti. Cenová regulace určitého zboží představuje *výjimku* z tohoto pravidla. Uvedený právní předpis se tak netýká jen regulovaných odvětví, jak se daňový subjekt domnívá.“ To pokládám za nepřijatelný pokus o zobecnění jakési rozšířené působnosti CenZ na obecný cenový regulativ, které je v rozporu s tržním charakterem cen. Muselo by se prokázat spáchaní přestupku podle CenZ a/nebo podle daňových předpisů v konkrétním případě.

reklamní případy začínají společnosti se státem oproti dřívější situaci spíše prohrávat.⁵⁰

Naše právo zná řadu případů zábrany sebevýchodňování nejen plošného (jako u CenZ), ale i sektorově ohraničeného a vztahujícího se jen na zákonem stanovený okruh osob.⁵¹

Jedna z nejdynamičtějších a dlouhodobě kontroverzních úprav se týká právních vztahů v zemědělském a potravinářském řetězci a odběratelů se zákonem stanovenou významnou hranicí obratu.

Protože příslušná evropská směrnice⁵² vyžadovala plnou povinnou implementaci všech praktik vyjmenovaných v minimálním seznamu (čl. 3 odst. 4), jsou v současném ZVTS explicitně zakázána jednání, dříve odvoditelná z generální klauzule. Jde o taxativní výčet 22 typů nekalých obchodních praktik zakázaných všem odběratelům s významnou tržní silou (§ 4 odst. 2 zákona), a 3 dalších praktik, které jsou zakázány, není-li splněna zákonem stanovená podmínka (ex ante písemné sjednání, § 4 odst. 3 zákona). Je otázka, zda časem nedospějeme ke zjištění o vhodné „paušální odpovědnosti“ a neférovosti obchodních praktik bez ohledu na zúčastněné subjekty. Odpovědnost za právní jednání by tak nebyla omezena jen na asymetrické vztahy odběratelů a dodavatelů, ale týkala by se všech článků zemědělského a potravinového řetězce, a to nejlépe jak odběratelů, tak i dodavatelů. Co je totiž nepoctivé ve vztahu malého s velkým, bude velmi pravděpodobně nepoctivé i ve vztazích dodavatelů a odběratelů ve zdánlivě rovnocenné pozici.⁵³ To odpovídá současným tendencím ve vývoji soukromého práva; i v Německu se např. standardy ochrany spotřebitele judikatorně rozšiřují na jakoukoliv slabší stranu v postavení kupujícího, byť by šlo o vztahy B2B formálně mimo režim spotřebitelských smluv.⁵⁴

⁵⁰ Podle J. Nádoby v cit. práci s odkazem na ředitelku české Finanční správy.

⁵¹ Jde (kromě již dalších zmíněných předpisů) např. o zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích; zákon č. 29/2000 Sb. o poštovních službách; zákon č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o další regulace.

⁵² Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/633 ze dne 17. dubna 2019 o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v zemědělském a potravinovém řetězci.

⁵³ To konstatuje v mnou vedené diplomové práci NOVÝ, M. *Regulace nekalých obchodních praktik v zemědělském a potravinářském řetězci v ČR a v EU*, Brno: MU, 2023, str. 65. Vyjádření Španělské federace potravinářského a nápojového průmyslu z r. 2018, konstatovalo: „...co nám po debatě na evropské úrovni nejde do hlavy, je, proč jsou určité praktiky pro některé považovány za neférové a pro jiné ne.“ (tamtéž, str. 13).

⁵⁴ Nehledí se tam na zvláštní ustanovení o zvycích a praxi používaných v obchodních vztazích (B2B podle § 310 odst. 1 BGB), ale pokud se použije tzv. šedá nebo černá klauzule ve vztahu B2B, pokládá se za nepoctivou vůči *zákazníkovi* jako takovému (tedy ne pouze vůči *spotřebiteli*), i když zákazník jednal v rámci svého obchodu. Německé soudy tak *via facti* odmítají posuzovat případy odlišně v závislosti na tom, zda strana chráněná právní kontrolou je obchodník nebo spotřebitel. Jednotná kontrola standardu ochrany slabšího tam má podporu i v akademických kruzích (Srov. BGH, VIII ZR 141/06, 19. 9. 2007, BGHZ 174, I a násl., cit. podle DRYGALA, T. *Unfair Contract Terms in Business to Business Transactions*. In: DRYGALA-HEIDERHOFF-STAAKE-ZMIJ (eds.). *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*. München: Selier European Law Publishers, GmbH, 2012, str.44).

Jde o ideový posun zákona o významné tržní síly od ochrany slabší strany k jakési veřejnoprávní nadstavbě nekalé soutěže⁵⁵ a dost možná o podobnou tendenci, jakou sleduje třeba i i Digital Market Act, o němž referujeme v následující kapitole.

Pozoruhodná je jedna již dlouholetá česká veřejnoprávní úprava, která nezakazuje typicky silnějšímu subjektu (bance) *sebezvýhodňování*, ale naopak mu kogenntí normou zakazuje *sebeznevýhodňování*. Bankám i kvazibankovním subjektům se zakazuje uzavírat smlouvy za nápadně nevýhodných podmínek pro banku.⁵⁶ Zejména jde o takové smlouvy, které zavazují banku k hospodářsky neodůvodněnému plnění nebo plnění zjevně neodpovídajícímu poskytované protihodnotě. Smlouvy uzavřené v rozporu s tímto ustanovením jsou neplatné.⁵⁷

Zvýhodnění subjektu na základě jeho formálního statusu jakožto banky či kvazibanky spočívá v tom, že ten ani nemusí zkoumat příčiny, proč byl nápadně nevýhodný obchod sjednán, neboť se odvolá na neplatnost smlouvy a obnoví se předešlý stav. Důsledky, které by správně měla snášet banka (jejímž hlavním přičiněním třeba vznikly), se takto vlastně přenášejí na druhý subjekt.

Toto ustanovení přežívá v našem právu jakožto reakce na éru masového tzv. tunelování bank v 90. letech 20. století. Je sporné, zda jde o ustanovení na ochranu jedné ze stran (relativní neplatnost) nebo obecné (s důsledkem absolutní neplatnosti;⁵⁸ tento názor převládá). Takže privátní autonomie smluvních stran se tu koriguje veřejnoprávní sankcí absolutní neplatností právního úkonu. Pokud bude taková smlouva absolutně neplatná, nebude samozřejmě použitelné ustanovení § 1793n ObčZ o neúměrném zkrácení. Bude možno dovodit individuální trestněprávní odpovědnost příslušného zaměstnance banky za splnění podmínek trestního zákona. Není úplně zřejmé, ochrana které ze stran je ve hře (spotřebitelů i podnikatelských klientů?). Konflikt privátní autonomie smluvních stran je tu korigován veřejnoprávní sankcí neplatnosti právního úkonu. Patrně se dostává do rozporu obecná ochrana slabšího podle § 433 ObčZ a zvláštní ochrana silnějšího – banky jako výsostného profesionála v pravidelně silnější pozici.⁵⁹ Vztah pozdější úpravy ochrany slabšího v ObčZ a dřívější veřejnoprávní úpravy v BankZ nebyl dosud judikatorně testován.

⁵⁵ Srov. BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*, Brno: MU, 2016, s. 20.

⁵⁶ Srov. § 12 odst. 2 BankZ, § 1 odst. 5 písm. c) DrZál.

⁵⁷ Mělo jít pravděpodobně o jakousi analogii aplikace kritéria dobrých mravů, které nedovolují zneužití ekonomického postavení silnějších subjektů na úkor subjektů slabších. Její použití na ochranu navýsost profesionálního subjektu – banky, který je v obchodním vztahu navíc pravidelně tou silnější stranou, jež stanovuje podmínky bankovního obchodu, je však zřetelným legislativním excesem. Vůbec tu nejde o dobré mravy, ale naopak o uzákonění velké nemravnosti. Pokud banka uzavře obchod za podmínek pro ni nápadně nevýhodných, nastane neplatnost právního úkonu. Jestliže však jsou podmínky nápadně nevýhodné pro jejího klienta, srovnatelný důsledek z porušení veřejnoprávního zákazu *ex lege* nenastane. Vzhledem ke konkurenci na trhu bankovních služeb nepůjde zpravidla ani o zneužití dominantního postavení. Přitom uzavření smlouvy za nápadně nevýhodných podmínek pro banku bude mít příčinu zpravidla v neprofesionalitě jejích pracovníků nebo přímo v jejich trestné činnosti a důsledky takových chyb by měla snášet sama banka.

⁵⁸ Srov. § 579 odst. 1, § 580 ObčZ.

⁵⁹ Srov. např. § 433, § 1798 odst. 2, § 1753 ObčZ. V konkrétní konstelaci nelze ovšem vyloučit, že by se i banka mohla ocitnout v pozici slabší smluvní strany, neboť její sílu může relativizovat třeba hospodářská síla jiné větší banky (včetně banky centrální) ve spojení s informační asymetrií třeba při obchodování s deriváty.

Platí však tradiční zásada *lex posterior generalis* (§ 433 ObčZ) *non derogat legi priori speciali* (§ 12 odst. 2 BankZ).

2. (NE)PŘIROZENOST A (NE)PŘÍPUSTNOST SEBEZVÝHODŇOVÁNÍ?

Obchodní vztahy jsou ze své podstaty nikoliv výronem idealistického sebeobětujícího se altruismu, ale v *zásadě* jsou úsilím o dosažení rovnovážného bodu mezi vlastním zvýhodněním obchodníka a ochotou jeho zákazníka akceptovat tuto úroveň pro sebe jako také ještě výhodnou.⁶⁰ Jde o jakýsi indiferentní či rovnovážný bod ve střetu dvou egoismů, tedy o to, „kdo s koho“. V asymetrickém mocenském postavení stran vítězí přirozeně egoismus toho silnějšího, není-li korigován jeho autoregulací nebo (účinnějším a pravděpodobnějším) tlakem zvnějšku. Sociální darwinismus se eticky ani politicky většinou neakceptuje.

Již jsme výše komentovali vliv strukturálně i behaviorálně podmíněné asymetrie smluvních partnerů, jež motivuje úpravy obecných soukromoprávních korektivů obsahové správnosti právních jednání (např. ochranu dobrých mravů, ochranu slabší strany, pravidla proti nekalé soutěži, zákaz zneužití práva atp.). Sebezvýhodňování omezuje i řada veřejnoprávních předpisů (např. zákon o ochraně spotřebitele či zákon o ochraně hospodářské soutěže a další).

2.1. Zvláštní případ sebezvýhodňování superdominanta podle nařízení DMA

Velmi aktuální kontroverzní a koncepční výzvu týkající se zákazu sebezvýhodnění přinesl Digital Markets Act (DMA).⁶¹ Jeho cílem je upravit postavení a povinnosti velkých technologických společností (*Big Tech*) ovládajících poskytování hlavních služeb digitálních platforem. Několik provozovatelů těchto velkých platforem nabylo obrovskou moc, která se pokládá dokonce za ohrožení demokracie, jemuž by se mělo čelit snahou o dosažení jakési „digitální suverenity EU“;⁶² soutěžní právo na tyto platformy přestalo údajně fungovat kvůli omezení své funkčnosti na nástroje *ex post*,⁶³ resp. i kvůli nezpůsobilosti účinně bránit *ex ante* prosoutěžní strukturu trhu,

⁶⁰ Využívám a doplňuji zde konferenční příspěvek přednesený na XXXI. Karlovarských právnických dnech 14. 6. 2024.

⁶¹ Přes poněkud matoucí název „*Act*“ (tedy „zákon“), který evropské právo nezná, jde formálně o „Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/1925 ze dne 14. září 2022 o spravedlivých konkurenceschopných trzích v digitálním odvětví a o změně směrnic (EU) 2019/1937 a (EU) 2020/1828 (nařízení o digitálních trzích, zvané též Digital Markets Act (DMA))“. Nařízení je účinné od 2. května 2023.

⁶² Tak BENDIEK, A. The Impact of the DSA and DMA on European Integration Policy, *Working Paper*, Stiftung Wissenschaft und Politik, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, 11. 2. 2021, s. 1, s. 7. Srov. např. případ společnosti Cambridge Analytica která získala data desítek milionů uživatelů sociální sítě Facebook a zneužila je v rámci volebních kampaní v několika zemích.

⁶³ Vynucování soutěžního práva *ex post* v digitální oblasti údajně selhalo a otevření digitálního trhu a zajištění konkurenceschopnosti trhu se má docílit interoperabilitou a přístupem k datům, což jsou mj. povinnosti ukládané v DMA. Srov. MŇUK, J. Interoperability and Data Access as Effective Remedies in Digital Markets: Internet of Things and Beyond. *Antitrust*, 2023, č. 3, s. 76n. Regulace chování soutěžitelů a přístupu na trh se podle některých názorů neosvědčily jako takové (srov. KNAPSTAD, T. Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and

ohrožovanou formou tzv. zabíjácích akvizic. Těch se dopouštějí právě ty (již tak nesmírně velké) technologické společnosti, dusící tak možnou budoucí konkurenci již v zárodku. DMA je součástí tzv. digitálního balíčku Komise, zahrnujícího mj. ještě nařízení o digitálních službách a nařízení o správě dat.⁶⁴ Jde o výrazně ochranná opatření.

Ambicí DMA je tedy zakázat určité typy chování „strážců vstupu“ (*gatekeepers*) ještě předtím, než k němu dojde; tradiční *analytický* rámec soutěžního práva, vyžadující rozbor *jednotlivých* případů, by neumožnil dosáhnout srovnatelných výhod z hlediska právní jistoty, konkurenceschopnosti na trhu a včasnosti a účinnosti zásahu.⁶⁵ Řada zákazů a povinností stanovených v DMA pro *gatekeepery* by v případě svého porušení naplnila skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení. Z hlediska přístupu práva k sebevýchodnění se tedy v DMA *gatekeeperům* nezakazuje něco tak přirozeného, jako je zvýhodňování sebe sama, protože řada zákazů by se vůči nim uplatnila (a také se ve skutečnosti uplatnila a soudně vymohla) již dříve z titulu zakazu zneužití dominance a tzv. zvláštní odpovědnosti dominanta za svoje chování.

Ani dominant (alespoň před přijetím DMA a v nedigitálním světě) nemohl být postižen jen a pouze za to, že například upřednostňuje svoje vlastní soukromé značky, že zaměstnává svoje zaměstnance a odmítá *outsourcing* apod. Sebevýchodňování však může v *jistých situacích* udržovat a posilovat tržní moc dominanta a může vylučovat ostatní soutěžitele z trhu nebo bránit vstupu na něj.⁶⁶ Sebevýchodňovat se nesměl a nesmí dominant jen v *úzkém okruhu případů*, v němž se naopak podle soutěžního práva musí leckdy naopak znevýhodňovat.⁶⁷ Jinak má samozřejmě sebevýchodňování i *prosoutěžní účinek*, protože je součástí soutěžního tlaku a motivace rivalů, aby se i oni sami prosazovali.⁶⁸

Hranice, od které už soutěžitel musí dát v rámci oné „zvláštní odpovědnosti dominanta“ přednost zájmu na zachování účinné soutěže a zájmu spotřebitele před svým vlastním zájmem, se v soutěžním právu hledá za pomoci *ekonomických metod* a je obecně velmi vysoko. DMA ji bez takových soutěžních analýz stanovil *apriorně*

You're out? *Journal of Competition Law and Practice*, 2023, Vol. 14, Issue 7, s. 16), takže se stejně doporučují strukturální nápravné prostředky (jako je třeba rozdělení (*divestiture*) delikventních subjektů), které by měly vytvořit tlak na dodržování pravidel DMA.

⁶⁴ Digital Services Act (DSA) - Nařízení 2022/2065 ze dne 19. října 2022 o jednotném trhu digitálních služeb, a Data Governance Act (DGA) - Nařízení 2022/868 ze dne 30. května 2022 o evropské správě dat. Tyto úpravy se mají vzájemně doplňovat a být nástrojem pozitivní i negativní integrace trhu. Integrovaná negativně znamená odstraňovat *omezení* volného obchodu (trhotvorný dopad); integrace pozitivní spočívá v boji proti *selháním* trhu – tak se třeba u DSA proponuje (ostatně politicky velmi kontroverzní) snaha snížit rizika demokratické politiky ohlašováním a mazáním nelegálního obsahu a posílit či zaručit tak základní práva uživatelů. DMA integruje jak negativně (bojuje proti nadměrné tržní síle), tak i pozitivně (stanoví některé pozitivní behaviorální povinnosti).

⁶⁵ Podobně CHIRICO, F. Digital Markets Act: A Regulatory Perspective. *Journal of Competition Law and Practice*, 2021, Vol. 12, No. 7, s. 497.

⁶⁶ Ostatně právě níže referovaný případ *Google Search/Shopping* se řešil podle *soutěžního* práva jako zvláštní případ zneužití dominance (srov. pozn. 71).

⁶⁷ Srov. např. zákaz odmítnutí spolupráce (*refusal to deal*), nebo doktrínu tzv. podstatných zařízení (*essential facilities* aj.).

⁶⁸ Označuje se to jako tlak na přežití nejzdatnějších (*survival of the fittest*).

pro všechny identifikované *gatekeepery*, tedy bez ohledu na spornost teoretického zdůvodnění onoho regulatorního rámce a bez zvažování konkrétních okolností jednotlivého případu.

Zatímco tedy ve zdlouhavém a *ex post* vedeném soutěžním sporu mohl dominant argumentovat ekonomicky a dokazovat třeba nezbytnost svého chování jakožto inovativního a třeba i koneckonců prosoutěžního, a dominantovi se musel dokázat škodlivý dopad jeho jednání na spotřebitele nebo soutěžitele (újma), DMA podobnou obrannou linii nenabízí.⁶⁹ Je to v protikladu s tím, co se v soutěžním právu označuje jako více ekonomický přístup (*more economic approach*), který je v DMA nahrazen více administrativním či normativním přístupem (*more administrative approach*?). Zatímco sebezvýhodňování není tedy *obecně* deliktem podle soutěžního práva, na digitálních trzích je to podle (údajně a chtěně „nesoutěžního“) DMA *opačně*. DMA není (a programově nechce být) soutěžním právem a nahrazuje jeho analytické standardy apriorním zákazem v konkrétním případě.⁷⁰

2.2. Sebezvýhodnění na souvisejícím trhu prostřednictvím pákového efektu

Kontroverznost a úskalí tohoto přístupu se dají demonstrovat na příkladu jedné ze zakázaných praktik, tzv. „sebeupřednostňování“ (*self-preferencing*). Praktiku *self-preferencing* proslavil případ *Google Search/Shopping*.⁷¹ V něm Komise uložila Googlu extrémně vysokou pokutu téměř 2,5 mld € za zneužití dominantního postavení na trhu všeobecných internetových vyhledávacích služeb a na trhu srovnávacích nákupních služeb. Google měl tehdy téměř 90 % tržeb z reklam prezentovaných spotřebitelům v odpověď na jejich dotazy.

Nexistovaly bariéry vstupu na trh. Zneužití spočívalo v poskytování nezákonného zvýhodnění ve srovnávacích – Google umisťoval na předních místech výsledků vyhledávání svoje vlastní srovnávací prodejní služby a odsouval služby konkurentů, čímž potlačoval soutěž na trhu. Využil „pákového efektu“ a svoji sílu na trhu všeobecných vyhledávacích služeb přenesl na trh nákupních internetových srovnávačů. Google tak nezákonně bral konkurentům příležitost soutěžit a inovovat, a spotřebitelům tím omezoval svobodu výběru.

Výsledky vyhledávačů odkazující na služby Googlu byly pro spotřebitele podstatně viditelnější než výsledky konkurentů, takže na ně spotřebitelé také

⁶⁹ Příznačné je, že Tribunál EU (dříve Soud první instance) v případě *Google Search/Shopping* odmítl použít test stejně efektivního soutěžitele (zkratka *AEC: As Efficient Competitor*) pro případ sebezvýhodňování dominanty a prohlásil, že tento ekonomický argument je použitelný jen pro cenová zneužití dominance. Srov. bod 538. rozsudku ve věci, [online]. Dostupno na <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250881&pageIndex=0&doclang=CS&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3283886>.

⁷⁰ Jak kromě předpisů deklarují i politici (že tedy DMA není nástrojem soutěžního práva). Srov. VESTAGER, M. Competition in a digital age. *European Internet Forum*, 17 March 2021. [online]. Dostupno na <https://ec.europa.eu/newsroom/comp/items/705929>.

⁷¹ AT. 39740, z 27. z června 2017, OJ C 9/11; stal se evidentně „předlohou“ úpravy zákazu podle čl. 6/5. DMA.

mnohem častěji klikali.⁷² Výsledky konkurenčních vyhledávačů se z pohledu spotřebitelů propadaly na nižší pozice.

Podle čl. 5/6 DMA nesmí strážce přístupu při určování pořadí a souvisejícím indexování a automatickém procházení (*crawling*) zvýhodňovat služby a produkty nabízené jím samým (tedy přímo) před podobnými službami nebo produkty třetí strany. Při určování pořadí uplatňuje transparentní, spravedlivé a nediskriminační podmínky. Samozřejmě že jakékoliv pořadí bude založeno na nějakých kritériích. Ustanovení čl. 6 odst. 5 „pouze“ jasně zakazuje strážcům brány používat taková kritéria, která *přímo* zvýhodňují jejich vlastní výrobky a služby. Ale nehovoří se o kritériích, která jej zvýhodňují jen nepřímo;⁷³ to může být předmětem interpretace a sporů.

Také platby za pořadí (umístění, *ranking*) ve vyhledávači jsou sporné. Strážce brány může uživatele transparentně informovat, že platby platformě posunou jeho výsledek na vyšší pozici. Pokud však strážce brány prodává na vlastní platformě své vlastní služby prostřednictvím vlastních placených žebříčků, pak bude mít silnější ekonomickou motivaci zvýšit platby za umístění v pořadí dalším zájemcům, protože tak dostane zpět vše, co sám zaplatí. Vyhnout se v takové variantě sebezvýhodňování není jednoduché (snad pomocí aukcí?).⁷⁴

2.3. Apriorní pravidlo jako prostý odraz kasuistiky

Sebezvýhodňování považuje DMA za *ex ante* zakázané, protože podporuje a zvýhodňuje vlastní služby provozovatele platformy, jenž v těchto službách soutěží s jinými uživateli. Přes zdánlivě jasně konkurenční povahu může tato konstelace přinést i přidanou hodnotu potřebnou k odblokování inovační dynamiky. Z hlediska inovací mohou mít sebezvýhodňující postupy poskytovatelů platformem *negativní nebo pozitivní dopady* podle toho, zda se díky nim nové interakce *nahrazují* (což inovacím brání), *udržují* (což inovace může posilovat připojením dodatkových služeb ke stávajícím interakcím), nebo *spouštějí* (vyvolávají). Jen ty postupy nahrazovací jsou *v průměru* škodlivé, zatímco ty udržovací a spouštěcí jsou *v průměru* přínosné.⁷⁵ Takže univerzální povinnost zakazující sebezpreferenci strážců

⁷² Prokázalo se, že deset nejvýše uvedených odkazů na *první* stránce dostalo přibližně 95 % všech kliknutí příslušného generického vyhledávání; již jen ten *první* odkaz dostal celých 35 %. První výsledek na *druhé* straně dostával jen zhruba 1 % kliknutí. Důvodem nebyla vyšší relevance výsledku, ale vazba preferenčně umístěné služby na dominantní Google. Posunutí odkazu z prvního místa jen na místo *třetí (!)* znamenalo pokles kliknutí o 50 %. Na mobilech byly rozdíly kvůli malému displeji ještě výraznější.

⁷³ Pokud například společnost Amazon zakládá pořadí ve svém žebříčku (*ranking*) částečně na rychlosti doručení, což je faktor, který podle ní její zákazníci vysoce oceňují, ale který naopak zvýhodňuje výrobky využívající vysoce efektivní logistické služby poskytované právě společností Amazon, bude se to pokládat za sebezvýhodnění? Příklad uvádějí FLETCHER, A., CRÉMER, J., HEIDHUES, P., KIMMELMAN, G., MONTI, G., PODSZUN, R., SCHNITZER, M., SCOTT MORTON, F. & DE STREEL, A. The Effective Use of Economics in the EU Digital Markets Act, Policy Discussion Paper No. 8, 27 July 2023, s.14.

⁷⁴ Tamtéž.

⁷⁵ Srov. CENNAMO, C., KRETSCHMER, T., CONSTANTINIDE, P., ALAIMO, C., SANTALÓ, J. Digital Platforms Regulation: An Innovation-Centric View of the EU's Digital Markets Act. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, Vol. 14, No. 1, s. 47-48.

přístupu (podle pravidla „jedna velikost padne všem“) by nemusela být nutně v nejlepším zájmu koncových nebo podnikových uživatelů.

Sebezvýhodňování je běžný postup jak v analogové, tak i digitální ekonomice. Může se samozřejmě zvrtnout v některých případech v nekalou obchodní praktiku, což se dá zjistit odpovědným vyvažováním zájmů v rámci tzv. více ekonomického přístupu. Tato analýza se však v důledku apriorního zákazu podle DMA vyřazuje a vzrůstá tak riziko chyb prvního typu (prerogulace, falešná positiva).⁷⁶

Kontroverznost *per-se* úpravy sebezvýhodňování v DMA ve srovnání se soutěžním rozhodnutím v případě *Google Search* zdůrazňují některé komentáře.⁷⁷ Sebezvýhodnění dominanty pokládají za implicitní ekvivalent odmítnutí spolupráce (*refusal to deal*)⁷⁸, resp. stlačování marží (*margin squeeze*), při němž by se měla hodnotit nepostradatelnost služby, vyloučení účinné soutěže na trhu a existence objektivního ospravedlnění dominantova chování, což by prý vedlo k opačnému závěru, nežli k němuž soud dospěl.

Upřednostňování vlastních výrobků v nabídce spotřebitelům se vždy pokládalo za normální ekonomické chování v netechnologickém světě a neexistují důvody, proč by se v digitální oblasti mělo takové chování pokládat za „abnormální“. Vést dělicí čáru mezi chováním zákonným a nezákonným jen na základě toho, co je či není normální, se pokládá za nesmyslné, protože i velmi škodlivé chování může být v určitém kontextu považováno za normální. Normální je podle těchto názorů i snaha Googlu expandovat na přidružené trhy. Kritizuje se i použití argumentu o pouhé *pravděpodobnosti* uzavíracího a vylučovacího dopadu chování Googlu na příslušném trhu, zatímco se měla dokázat *existence* takového účinku, který je omezen na úzký okruh případů. Sebezvýhodňování přece vždy obsahuje *možnost* uzavíracího a vylučovacího dopadu na trh, kterou však ve skutečnosti představuje i prodej lepšího výrobku či služby.

V oblasti soutěžního práva se ve vztahu k zákazu sebezvýhodnění dlouhodobě uplatňuje doktrína přípustnosti odmítnutí přístupu k tzv. podstatným zařízením (*essential facilities*).⁷⁹ Dominant se podle ní může dopustit zneužití svého postavení, odmítne-li přístup potenciálních konkurentů ke klíčovým zařízením, která vytvořil pro vlastní činnost a kterou vlastní či kontroluje; jde tedy o možnost jakéhosi „konstruktivního odmítnutí“ přístupu konkurentů k těmto zařízením a o přiznanou výhodu pro odmítajícího dominanty (monopolistu). Odepření přístupu je možné pokládat za zneužití dominance jen v docela úzkých mezích za splnění tří kumulativních podmínek, a sice: odmítnutí by vyloučilo veškerou hospodářskou

⁷⁶ Podobně LÜBBIG, T. The Digital Markets Act, leaving Europe with an oblique battle order. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, No. 2, Vol. 12, str. 258.

⁷⁷ TAGLIAVINI, M. Self-preferencing and the concept of abuse of dominance: much ado about nothing? *E.C.L.R.* 2023, Issue 5, s. 201n.

⁷⁸ Sebezvýhodnění v případě *Google Search* není sice explicitním odmítnutím spolupráce, ale vede k takovému vytlačení konkurentů z dosahu spotřebitelovy pozornosti, kde si jich téměř nikdo nevšimne, takže funkčně (ve výsledku) rozdíl oproti úplnému vytlačení z trhu není nijak zvlášť významný.

⁷⁹ Nazývá se někdy též (podle klíčového rozhodnutí) doktrína *Bronner*. Srov. rozsudek ze dne 26. listopadu 1998 ve věci *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs*, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569.

soutěž na příslušných trzích ze strany žadatele o přístup (i); pro odmítnutí neexistuje objektivní ospravedlnění (ii); infrastruktura, do níž žadatel chce vstoupit, je pro výkon jeho činnosti nepostradatelná (iii).

Tato kritéria se však pro případ GoogleSearch nepoužijí.⁸⁰ Nešlo totiž o *odmítnutí* přístupu nebo dodávky. Google naopak *nabízel* otevřenou infrastrukturu s cílem přilákat maximální počet uživatelů internetu a dosáhnout velkých síťových efektů. Google tedy naopak – a v souladu s logikou svého obchodního modelu – konkurenčním srovnávačům výrobků přístup na svou obecnou stránku s výsledky umožňoval. Jejich výsledky ovšem prezentoval za použití speciálních algoritmů (jež na svůj vlastní vyhledávač výrobků nepoužíval) takovým způsobem, a tak nízko v pořadí, že pro uživatele internetu zpravidla nebyly zajímavé. Toto diskriminační zacházení v podobě upřednostňování sebe sama mělo nepříznivý vliv na rentabilitu činnosti konkurenčních srovnávačů výrobků na navazujícím trhu se specializovaným vyhledáváním výrobků. V důsledku pákového efektu společnost Google využívala dominantního postavení na trhu s obecným vyhledáváním, aby si vytvořila konkurenční výhody na navazujícím trhu se specializovaným vyhledáváním výrobků, na kterém (dosud) takové postavení nezaujímal. Paradoxně vzato by tedy Google býval mohl využít vyššího standardu *Bronner* (umožňujícího i dominantovi odmítnout spolupráci a vstup konkurentů do jeho podstatného zařízení) a nebyl by býval za svoje chování postižen, kdyby býval *nezobrazoval* konkurenční srovnávače *vůbec* a svůj vyhledávač by si podržel výlučně pro svoje potřeby. Byl by na tom tedy lépe v situaci, kdy by s konkurenty nespolečně pracoval *vůbec*, nežli když s nimi alespoň nějak spolupracoval, ale za horších podmínek pro ně (čím více by dělal pro své konkurenty, tím více by se mu mělo zakazovat, aby sám sebe zvýhodňoval.⁸¹ Jde vlastně o další rozšíření judikatorní doktríny tzv. zvláštní odpovědnosti dominanty o verzi pro superdominantu na digitálním trhu podle DMA. Zvýšený důraz na nediskriminanci a stejné zacházení může působit i protisoutěžně, protože chrání i méně efektivní konkurenty (a nikoliv tedy soutěž a spotřebitele).

Rozhodnutí v této věci tedy vlastně říká, že nemusí být (právně) normální předkládat spotřebitelům přednostně svoje výsledky, tedy chování, které většinou budeme chápat (ekonomicky a intuitivně) jako úplně normální. Jiná otázka je, zda jde o normalitu normativní (jak by to mělo být „normální“), nebo o normalitu statistickou (jak se to běžně „normálně“ dělá). A také je sporné, zda i v nedigitálním světě by se podobné chování hodnotilo takto přísně.

2.4. Nebezpečné generalizační svody apriorně kasuistické regulace?

Sebevýchodňování strážce přístupu je jen jednou z praktik apriorně zakázaných v DMA. Jejich katalog je však mnohem širší.⁸² Nelze vyloučit, že požadavek

⁸⁰ Podle stanoviska Generální advokátky J. Kokkot, ve věci C-48/22P – Google LLC Alphabet, Inc., z 11. ledna 2024. [online]. Dostupno na <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=281162&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1088734>

⁸¹ Jak poznamenal TAGLIAVINI, M, op. cit. str. 209.

⁸² Stručný přehled obsahuje příspěvek BEJČEK, J. *Výzvy a úskalí evropské regulace digitálních trhů*. In sborník: XXXI. Karlovarské právnícké dny. Praha: Leges, 2024, str. 17–37.

předvídatelnosti a právní jistoty spojené s procesními úsporami nabude mezi regulátory širší oblibu a bude se mu častěji dávat přednost před bedlivým a pečlivým systematickým ekonomickým posuzováním potenciálních a skutečných rizik a přínosů chování velkých soutěžitelů. V oblasti podřízené regulaci DMA je ekonomicko-analytický postup v soutěžním rozhodnutí (jakkoliv může být kritizovatelný a sporný) dnes fakticky přenesen do *per-se* pravidel regulatorního rámce DMA, který podobné otázky ani nedovolí vznášet. A to právě proto, že zdoluhavá a až následná analýza se vědomě vyřazuje a nahrazuje tvrdým pravidlem *ex ante*.

Vedlejším dopadem může vskutku být, že se budou chránit méně efektivní soutěžitelé, a ne soutěž a spotřebitelé, což ovšem DMA nevylučuje a cíl ochrany soutěže si explicitně neklade. Paralela s jinými oblastmi, v nichž se uplatňují apriorní kasuistické zásahy (např. úprava nekalých obchodních praktik či významné tržní síly) je ale nápadná a jde asi o trend. Objevují se i prohlášení,⁸³ že antitrustové právo chránící soutěž musí uvolnit cestu regulaci, aby si zachovalo vlastní integritu a že DMA nám jen připomíná, že nelze slepě přijímat meritokratický narativ o vítězích a prohřávajících, které generuje a udržuje trh, pokud selháváme ve snaze o větší rovnost startovních podmínek; DMA má být příkladem snahy o spravedlnost. Má jít o příklad většího prolínání regulatorních a soutěžních nástrojů.⁸⁴ Jindy se ovšem tomuto nařízení předhazuje, že vnáší do ekonomiky „trójského koně“ spravedlnosti a že vyvolá problémy v soutěžním právu a jeho vymáhání.

Na hodnocení předpisu je ještě brzo. Namítá se především, že by se měl zastávat jiný přístup ke spotřebitelům, a jiný ve vztahu dominanta k jeho konkurentům, protože soutěžní právo nemá chránit soutěžitele, ale soutěž.⁸⁵ To je však poněkud apodiktické a hodnotově předpojaté. Psychologicko-manipulativní (*de facto*) vytlačování konkurentů Googlu ze zorného pole spotřebitelů přece nepochybně reálně omezovalo soutěž, a navíc i reálnou svobodu volby spotřebitele. Vylučovací a uzavírací účinek praktik Googlu ve všeobecných vyhledávacích službách a nepříznivý dopad na vedlejší trh nákupních internetových vyhledávačů evidentně omezil možnosti volby spotřebitelů ve vztahu k zastupitelným službám. Způsobil tedy spotřebiteli jistý druh újmy.

V podobě DMA sledujeme politické rozhodnutí přetavené do kogentních a kasuistických právních norem. To lze samozřejmě kritizovat z různých ideových a hodnotových pozic, ale nezbývá než se smířit se skutečností, že tento apriorní regulatorní rychlý a exekutivně „pohodlný“ přístup dostal prostě přednost před přístupem analytickým, a to z právně-politicky obhajitelných důvodů. Nebezpečí spočívá v možné náklonnosti k rozšíření podobné plošné a pohodlnější metody regulace, která by ovšem mohla při sledování nesporného ochranného účelu vyvolat i negativní prohibitivní a zmrazovací účinky na digitální trhy. Proto je nutná

⁸³ MAGGIOLINO, M. Is the DMA (Un)fair? *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, No. 2, Vol. 12, str. 272.

⁸⁴ MAHER, I. Regulatory design in the EU Digital Markets Act: no solo run for the European Commission. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, No. 2, Vol. 12, str. 279.

⁸⁵ TAGLIAVINI, M. cit. práce, str. 210.

častá a důkladná zpětná vazba ve formě sledování dopadů v praxi a ev. korekce úpravy.⁸⁶ S tím DMA také počítá.⁸⁷

ZÁVĚR

Sebezvýhodňování je obecně zcela normální a přirozená součást a esence podnikání a hybatel konkurence mezi sebezvýhodňujícími se soutěžiteli. Případné zásahy do její přípustnosti by měly být velmi zdrženlivé a zdůvodněné, proporcionální ochraně zájmů podnikatelů a ochraně soutěže.

Všeobecná podstata sebezvýhodňování zůstává i po přijetí DMA neměnná. Nezměnila se ani kritéria *Bronner* pro oprávnění *dominanta* odmítnout spolupráci a přístup k tzv. podstatným zařízením. Jen se v oblasti podřízené tomuto nařízení (hlavní služby platform) a pro jím zasažené superdominantní subjekty (strážce přístupu) poněkud zostřují podmínky. Panují však obavy z protiinovačního vlivu regulace, z toho, že se EU namísto *inovací* v digitální ekonomice, v nichž vedou USA a Asie, soustřeďuje spíše na rizikovou *regulaci inovací*.

Hrozí⁸⁸ riziko změny korporátní kultury od „rychlosti a změny“ (včetně práva) ke kultuře „raději pomalu a opatrně, a hlavně v souladu s právem.“ Tím se korporace označované jako *Big Tech* mohou přibližovat *Big Banks*, které jsou přísně regulovány a pod trvalým dohledem.

Změna norem chování na obou stranách platform se dá také očekávat – obchodní a soukromí uživatelé velkých platform budou odvážnější a nezávislejší a jejich provozovatelé flexibilnější, aby zabránili uživatelům v „hlasování nohama“ v případě, že budou nespokojeni. Evropská komise se v této oblasti orientuje na přechod od metody „udeř a běž“ k metodě zákazu specifického chování a k permanentnímu intervencionismu měnícímu celou strukturu trhu. To vyžaduje ovšem pokoru a ochotu ke zpětné vazbě.

POUŽITÉ PRAMENY

1. BEJČEK, J. *Koho (co), před čím, proč a jak má chránit soutěžní právo?* In Bejček, J., Kožiak, J. (ed.) *Poceta Petru Hajnovi k 75. narozeninám*. Praha: Wolters Kluwer, 2010.
2. BEJČEK, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*, Brno: MU, 2016.
3. BEJČEK, J. *Výzvy a úskali evropské regulace digitálních trhů*. In sborník: XXXI. Karlovarské právní dny. Praha: Leges, 2024.

⁸⁶ Žádoucí je nepředpojatý přístup označovaný jako „*learning by doing*“.

⁸⁷ V čl. 53 DMA se stanoví povinnost Komise vyhodnocovat nařízení DMA každé 3 roky a podávat zprávu Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému a hospodářskému výboru a zjišťovat případnou potřebu změny pravidel.

⁸⁸ Podle De STREEL, A. EU Digital Markets Act: changing the four „regulators“ of the digital society. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, No. 2, Vol. 12, str. 224.

4. BENDIEK, A. The Impact of the DSA and DMA on European Integration Policy, *Working Paper*, Stiftung Wissenschaft und Politik, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, 11. 2. 2021.
5. BOWLES, S. *Microeconomics: Behaviour, Institutions, and Evolution*, Princeton University Press, New York 2003.
6. BURNSIDE, A. *Bob Dylan and consumer welfare*. Dechert LLP, 2017. [online]. Dostupno na <https://info.dechert.com/12/9073/landing-pages/bob-dylan-and-consumer-welfare-white-paper.pdf>.
7. CAPOBIANCO, A. The Ghost of Competition past, present, future. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2021, Vol 50, No 7–8.
8. CENNAMO, C., KRETSCHMER, T., CONSTANTINIDE, P., ALAIMO, C., SANTALÓ, J. Digital Platforms Regulation: An Innovation-Centric View of the EU's Digital Markets Act. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, Vol. 14, No. 1.
9. DRYGALA-HEIDERHOFF-STAAKE-ZMIJ (eds.). *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*. München: Selier European Law Publishers, GmbH, 2012.
10. FLETCHER, A., CRÉMER, J., HEIDHUES, P., KIMMELMAN, G., MONTI, G., PODSZUN, R., SCHNITZER, M., SCOTT MORTON, F. & DE STREEL, A. The Effective Use of Economics in the EU Digital Markets Act, Policy Discussion Paper No. 8, 27 July 2023.
11. FOER, A., DURST, A. The multiple goals of antitrust. *The Antitrust Bulletin*, 2018, Vol. 63, issue 4.
12. GALBRAITH, J. K. *Společnost hojnosti*. Praha: Svoboda, 1967.
13. HAJN, P. Nekalá soutěž a některá obecná ustanovení nového občanského zákoníku. In *Obchodněprávní revue*. 2014, č. 4.
14. CHIRICO, F. Digital Markets Act: A Regulatory Perspective. *Journal of Competition Law and Practice*, 2021, Vol. 12, No. 7.
15. JEPHCOT, M., SHAH D., KINGSBURY, L. Climate change, sustainability, and competition law: where are we now? *E.C.L.R.* 2022, svazek 43, číslo 8.
16. KNAPSTAD, T. Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and You're out? *Journal of Competition Law and Practice*, 2023, Vol. 14, Issue 7.
17. LAMMI, G. Transformation Of Antitrust Law To All-Purpose Cure For Socioeconomic Ills Would Backfire, *Forbes* (23 July 2019). [online]. Dostupno na <https://www.forbes.com/sites/wlf/2019/07/23/transformation-of-antitrust-law-to-all-purpose-cure-for-socio-economic-ills-would-backfire/?sh=451392dc74a8>.
18. LÜBBIG, T. The Digital Markets Act, leaving Europe with an oblique battle order. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, No. 2, Vol. 12.
19. MAHER, I. Regulatory design in the EU Digital Markets Act: no solo run for the European Commission. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, No. 2, Vol. 12.
20. MAGGIOLINO, M. Is the DMA (Un)fair? *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024, No. 2, Vol. 12.

21. MAYER, CH., Der Beitrag des Kartellrechts zum Green Deal. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2021, Vol 50, No 5.
22. MŇUK, J. Interoperability and Data Access as Effective Remedies in Digital Markets: Internet of Things and Beyond. *Antitrust*, 2023, č. 3.
23. NÁDOBA, J. Kolik má stát reklama? Nikdo neví, a tak se s ní podvádí, říká šéfka daňářů. Seznam.cz, ze dne 10. 6. 2024. [online]. Dostupno na <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/ekonomika-byznys-rozhovory-kolik-ma-stat-reklama-nikdo-nevi-a-tak-se-s-ni-podvadi-rika-sefka-danaru-253324>.
24. NOVÝ, M. *Regulace nekalých obchodních praktik v zemědělském a potravinářském řetězci v ČR a v EU*, Brno: MU, diplomová práce, 2023.
25. STYLIANOU, K., IACOVIDES, M. The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation. *Legal Studies* 2022, vol. 42.
26. TAGLIAVINI, M. Self-preferencing and the concept of abuse of dominance: much ado about nothing? *E.C.L.R.* 2023, Issue 5.
27. THALER, R.H. – SUNSTEIN, C.R. *Nudge*, New Haven, Yale University Press, 2008.
28. TROBISCH, W. *Sebeláska a nesobeckost*. Vira.cz. [online]. Dostupno na <https://www.vira.cz/texty/knihovna/kapitoly/sebelaska-a-nesobeckost>.
29. VESTAGER, M. Competition in a digital age. *European Internet Forum*, 17 March 2021. [online]. Dostupno na <https://ec.europa.eu/newsroom/comp/items/705929>.
30. Zákon č. 526/1990 Sb., o cenách, v aktuálním znění.
31. Zákon č. 21/1992 Sb. o bankách, v aktuálním znění.
32. Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v aktuálním znění.
33. Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, v aktuálním znění.
34. Zákon č. 198/2009 Sb., antidiskriminační zákon, v aktuálním znění.
35. Zákon č. 295/2009 Sb., o významné tržní síle, v aktuálním znění.
36. Zákon č. 257/2016 Sb., o spotřebitelském úvěru, v aktuálním znění.
37. Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, v aktuálním znění;
38. zákon č. 29/2000 Sb. o poštovních službách, v aktuálním znění.
39. Zákon č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, v aktuálním znění.
40. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/1925 ze dne 14. září 2022 o spravedlivých konkurenceschopných trzích v digitálním odvětví a o změně směrnice (EU) 2019/1937 a (EU) 2020/1828 (nařízení o digitálních trzích, Digital Markets Act).
41. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/2065 ze dne 19. října 2022 o jednotném trhu digitálních služeb (Digital Services Act, DSA).
42. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/868 ze dne 30. května 2022 o evropské správě dat (Data Governance Act, DGA).
43. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu.

44. Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/633 ze dne 17. dubna 2019 o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v zemědělském a potravinovém řetězci.
45. Rozsudek Tribunálu EU ve věci *Google Search/Shopping*, AT. 39740, z 27. z června 2017, OJ C 9/11
46. Rozsudek SDEU ve věci *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs*, z 26. listopadu 1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998.

KONTAKT NA AUTORA

josef.bejcek@law.muni.cz

Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta

Veveří 70

611 80 Brno

Česká republika

MA Krzysztof Bodzenta¹

Cracow University of Economics, Faculty of Finance and Law

The use of artificial intelligence in Polish notarial practice – outline of the problem²

Abstract

This article provides an overview of the issues related to the use of artificial intelligence in Polish notarial practice. It identifies key challenges, including the lack of regulations on the use of AI, the inconsistent legal status of Polish notaries, and the ethical implications of employing AI-based systems in a profession of public trust.

Key words: artificial intelligence, legal definition of AI, legal aspects of using artificial intelligence, notarial practice, Polish notary.

JEL Classification: K3, K39

INTRODUCTION

The world of the XXI century faces a wide spectrum of dynamic technological changes. Due to the development of information and communication technologies more and more aspects of our everyday life permeate the digital world, which gives rise to profound social, cultural and economic transformations. A key role in this process is played by artificial intelligence, which in the recent years, apart from science, has also attracted much interest of the public opinion. In fact, artificial intelligence is used in miscellaneous areas of human activity. It has been already applied, among others in finance and banking – as one of the tools for risk assessment; in marketing – when mounting personalized advertising campaigns; in medicine – as a supporting tool in diagnostics and personalization of therapy; or in education – as an assistant in the teaching process.

The possibilities offered by artificial intelligence raise interest also among legal professions. This is confirmed, among others by the last year's *Future Ready Lawyer 2023* report prepared by Wolters Kluwer. As many as 87 % among 700 interviewed lawyers from legal firms, legal departments or firms providing business services in the United States and in nine European countries declared that the use of the potential offered by artificial intelligence (including generative artificial intelligence) can

¹ MA, Teaching assistant, Cracow University of Economics; <https://orcid.org/0009-0004-2151-6134>.

² The article presents the result of the Project no 095/EPG/2024/POT financed from the subsidy granted to the Krakow University of Economics.

additionally improve their everyday work. Moreover, 73 % interviewees declared their willingness to implement AI in their workplace within one year.³

However, most national legislations, and until recently also the EU law, do not keep up with the changes caused by the dynamically developing artificial intelligence, which gives rise to a number of challenges from the perspective of legislators in particular countries. As a consequence, in this article, main focus is put on the identification and analysis of general legal problems relating to the use of artificial intelligence, based on the example of the Polish notary – lawyer with a specific status. Bearing in mind the limits of the article, only some of such problems, most important in the author’s opinion, have been presented. These considerations include, in particular, selected aspects relating to the legal status of the Polish notary and the ethics of using artificial intelligence.

1. A FEW WORDS ABOUT ARTIFICIAL INTELLIGENCE

When approaching the problems of applying artificial intelligence in everyday work of the notary, it would be impossible not to mention, even briefly, what artificial intelligence is. For a couple of years, in the worldwide forum for public debate, there has been a discussion of the potential benefits following from the use of artificial intelligence, possible boundaries to AI’s capacities, and the related risks. On the one hand, pictures are painted of a new, technologically advanced world in which artificial intelligence supports humans in all aspects of their everyday existence, enabling, at the same time, comfort and prosperous human life. On the other hand, however, pessimistic visions are presented of the Earth in which power is held by intelligent machines, and the much less intellectually developed humanity is reduced to a role of slaves, or completely dies out. Both scenarios undoubtedly galvanize public opinion, which only increases the already high popularity of artificial intelligence.

When following the discussions among representatives of the world of science – specialists in the area of artificial intelligence, one can only rarely come across a uniform definition of this concept. For the above reason, in everyday language, a tendency has developed to include in the concept many technological and IT solutions with highly diverse applications. In the same way, the term artificial intelligence is referred, for example, to voice assistants (Siri by Apple, Alexa by Amazon, Google Assistant) and chatbots (chatGPT by OpenAI) that use natural language processing (NLP), machine learning (technology consisting in the development of algorithms enabling computers to learn and make appropriate decisions on the basis of available data), advanced industrial robots used in production lines to perform precise and repetitive tasks, or, for instance, autonomous vehicles capable of independent travelling on the road.

The multitude of technological solutions using artificial intelligence, and its increasingly wider application in many fields of human life gave rise to the need to

³ *Future Ready Lawyer 2023*, report prepared by Wolters Kluwer, 2023, p. 2, <https://www.wolterskluwer.com/pl-pl/know/future-ready-lawyer-2023#download> (accessed: 30.08.2024).

develop a relatively uniform and universal definition of that term. In particular, such definition that would allow to develop an adequate legislative framework governing the use of the new technology. This objective, even though it seems easy at the first glance, has in fact given rise to many problems, and aroused doubts about what artificial intelligence is and whether that concept must be defined at all?⁴

When trying to answer these questions, a brief reference should be made to the historical context. The first use of term “artificial intelligence” is attributed to the US mathematician and computer scientist John McCarthy, who used the name during a conference in Dartmouth already in 1956.⁵ In McCarthy’s view, artificial intelligence is a branch of science and engineering covering the construction of intelligent machines, in particular, intelligent computer software.⁶

To understand the above definition, it is essential to first shed light on the concept of “intelligence.” According to PWN’s Dictionary of Polish Language, intelligence means “capacity to understand, to learn and to use the knowledge and capacities held in new situations.”⁷ Therefore, under McCarthy’s approach, artificial intelligence is another branch of science, devoted to machines imitating human intelligence and, consequently, capable of acquiring, analysing and making use of particular pieces of information in a specific situation. Such conception of artificial intelligence dates back to the beginning of the 50s of the XX century, and relates to the so called Turing test – an experiment intended to establish if a machine was capable of displaying intelligent behaviour that could not be told from human behaviour.⁸

Technological limits to the application of intelligent machines and the lack of their universal presence and, consequently, popularity led to the fact that lawyers for a long time have not seen the need to come up with a legal definition of artificial intelligence, or, even more so, to develop a legislative framework for the phenomenon. The beginning of the XXI century saw a dynamic development of artificial intelligence and its growing importance in many fields of human life. Due to those transformations, a need was finally identified for legislation in that subject area. In literature of the subject, an opinion became widespread postulating to depart from the attempt to define artificial intelligence and, instead, to specify AI-based products and services – so called “artificial intelligence systems.”

⁴ Such questions are asked, e.g., by Jacob Turner, who compares an attempt to define artificial intelligence to chasing the horizon. For more on that subject, see TURNER J., *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2019.

⁵ For more, see MCCARTHY J., MINSKY M.L., ROCHESTER N., SHANNON C.E., *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955, <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf> (accessed: 30.08.2024).

⁶ MCCARTHY J., *What is artificial intelligence?*, p. 2, 2007, <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf> (accessed: 30.08.2024).

⁷ The Dictionary of Polish Language, <https://sjp.pwn.pl/sjp/inteligencja;2561737.html> (accessed: 30.08.2024).

⁸ CHŁOPECKI A., *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa: C.H. BECK, 2021, p. 2.

Such proposal was put forward, for example, in the Communication of the European Commission on *Artificial Intelligence for Europe* of 2018⁹ - “Artificial intelligence (AI) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals. AI-based systems can be purely software-based, acting in the virtual world (e.g. voice assistants, image analysis software, search engines, speech and face recognition systems) or AI can be embedded in hardware devices (e.g. advanced robots, autonomous cars, drones or Internet of Things applications).”.

In terms of precision, the above definition leaves much to be desired. Expressions such as “intelligent behaviour,” or “software” are indeterminate, which makes the definition too general and hard to interpret.¹⁰ Also the list of exemplary artificial intelligence systems is problematic. That is to say, it fails to fully grasp the scope and diversity of AI-based technologies.

Nonetheless, attention should be drawn to a certain positive aspect of the above definition. In fact, its authors paid attention to one of the essential characteristics of the new technology – its relative autonomy. This feature allows to distinguish artificial intelligence from other advanced technologies and points to its potential in the context of performing complex tasks without direct human supervision.

A slightly different definition of artificial intelligence systems was proposed by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) in its 2019 recommendation:¹¹ “AI system: An AI system is a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment.”.

This definition, as opposed to the one proposed by the European Commission, uses much more precise expressions, which point to the abilities of artificial intelligence systems. Its analysis allows to track down the principal characteristics that must be jointly ascertained if a given technology is to qualify as an artificial intelligence system. Such characteristics include the ability to infer, autonomy and adaptability.

A breakthrough in the development of the understanding of the concept of “artificial intelligence systems” came with the so called AI Act¹² – the first normative

⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee for the Regions, Brussels, 25.04.2018 COM(2018) 237 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237> (accessed: 30.08.2024).

¹⁰ ZALEWSKI T., Definicja sztucznej inteligencji. [in:] LAI L., ŚWIERCZYŃSKI M. (eds.), *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa: C.H. BECK, 2020, p. 7.

¹¹ OECD Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, 22.05.2019 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449> (accessed: 30.08.2024).

¹² Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (OJ L, 2024/1689, 12.07.2024).

act of the European Union harmonizing the legal framework for the development and application of artificial intelligence systems. At the same time, this is the first piece of international legislation that contains a legal definition of an artificial intelligence system. The EU legislator decided to place the definition in Art. 3 item (1) of the Regulation: “‘AI system’ means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments”.

One cannot but notice that the content of the above definition is a reference to the definition prepared for the purposes of the OECD Recommendation. The catalogue of characteristics of artificial intelligence systems, as specified by the legislator, is convergent with the characteristics included in the above-mentioned Recommendation.¹³ In the opinion of the author of this article, the EU definition seems most universal at the present state of affairs, that is resilient to new technologies to appear in the future.

Moreover, the definition is an answer to the questions posed above. Bearing in mind the current stage of development of artificial intelligence and the fact that AI is increasingly used in many spheres of human life, it must be pointed out that this technology has a global dimension. AI brings immense benefits but, at the same time, involves a significant risk. Therefore, as has been apparent over the recent years, it became crucial to develop a uniform and universal legal definition. This is of particular importance from the point of view of ensuring consistence of legal provisions and efficient supervision over the development and implementation of artificial intelligence so that the development and implementation can meet both current and future technological challenges.¹⁴

The above considerations are only general and do not present the whole issue of the evolution in the understanding of artificial intelligence. The author’s focus was narrowed down only to the legal definitions of the term. Such a synthetic approach is intended to familiarize the reader with the subject matter, which will allow for better understanding of the legal dilemmas discussed below in relation to the use of artificial intelligence in Polish notarial practice.

2. THE LEGAL STATUS OF THE POLISH NOTARY

The Polish notary profession is organised on the Latin model. This means that notaries can only be persons having appropriate legal education, to whom the state delegates competences to carry out certain public tasks (e.g., execute notarial acts). In such system, the role of the notary consists, in particular, in the preventive protection of the security of legal transactions.¹⁵

¹³ See FLISAK D., *Akt w sprawie sztucznej inteligencji*, LEX/el. 2024.
ŚWIERCZYŃSKI M., *Przełomowe technologie informatyczne w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa: C.H. BECK, 2024, p. 58.

¹⁵ SETKOWICZ M., Status prawny notariusza, [in:] SZEREDA A.J., *Notariat. Czynności notarialne*, Warszawa: C.H. BECK, 2021, p. 6.

Settling only for such general definition, one can have a false impression that the notary in Poland is a kind of special official acting within the framework of widely understood public administration. In fact, however, the notary's role is completely different, and the notary remains outside the structures of state administration.

The basic legal framework governing the specificity of this profession should be sought in the Polish act of 1991 – *the Law on Notaries*¹⁶ (hereinafter: PrNot). A notary is a person appointed by the Minister of Justice to perform acts (notarial acts) that the parties must or want to notarize. Such acts, performed in accordance with the law, assume the form of an official document. The notary runs his or her own notary office and cashes remuneration for the acts performed. Under separate provisions, the notary cashes also levies of public law nature (e.g., tax on civil law transactions).¹⁷ Under Art. 2 (1) PrNot, within his or her capacity, the notary acts as a person of public trust,¹⁸ and enjoys the protection afforded to public officials.¹⁹

Only such formulation of the definition of the profession gives a preliminary picture of the role played by the notary in the Polish legal system. Already at this point, attention should be drawn to a particularly complex legal status of persons exercising this profession. In the light of the above, the notary seems to be a peculiar hybrid acting both in the area of public law and in the area of private law. Such discrepancy is a source of many problems in the precise grasp of the essence of the profession.

Undoubtedly, the element coming to the fore is the public law aspect of the notary's legal status. This profession is included in the group of so called regulated professions, namely professions whose exercise is subject the fulfilment of specific prerequisites prescribed by law.²⁰ A notary candidate must be 26 years old, fully

¹⁶ Act of 14 February 1991 – the Law on Notaries (Dz. U. 2024, poz. 1001).

¹⁷ See. Arts. 1-5, 7 and 10 PrNot.

¹⁸ The term “person of public trust” found in PrNot is terminologically related to the term “profession of public trust” used by the Polish legislator in Art. 17 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Dz. U. Nr 78, poz. 483, as amended). Both these concepts are characteristic of the Polish legal system, and they are nowhere to be found in the legislations of other European countries. Unfortunately, there are no legal definitions of those concepts. In case-law and in literature attempts are made to specify the characteristic features of the professions of public trust. It is assumed that the professions consist in serving personal human needs, which often involves entrusting personal life secrets to the service provider (which implies an obligation to keep professional secrecy). Their exercise is governed not only by the provisions of applicable law but also by the standards of professional ethics, specific contents of the oath, or specific nature of higher education and the specialization obtained. The trust placed by the society in the persons pursuing those professions comprises many factors, such as conviction that the persons exercise good will, have appropriate motivation, exercise due professional diligence, and the faith in the observance of values essential to the profile of a given profession. So, e.g., judgment of the Constitutional Tribunal of 02.07.2007, K 41/05, OTK-A 2007, nr 7, poz. 72.

¹⁹ See SKWARCOW M., JAROSZEWSKA-CHORAŚ D., MACHNIKOWSKA A., CHYC P., KOWALSKA E., Notariusze, [in:] SYKUNA S. (ed.), *Etyka prawnicza. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa: C.H. BECK, 2019.

²⁰ Under Art. 3 (1) letter a) of Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications (OJ L 2005, 255, p. 22, as amended), a regulated profession is a professional activity or group of professional activities, access to which, the pursuit of which, or one of the modes of pursuit of which is subject, directly or indirectly, by virtue of legislative, regulatory or administrative provisions to the possession of

enjoy public rights, have full capacity to legal acts, complete higher legal studies in Poland, hold the master's degree, complete the notarial training and pass the notarial exam.²¹

The public law nature of the notary's status follows also from a number of other structural norms laid down in the cited Act – *the Law on Notaries*. By way of example, one can point to the notaries' obligation to associate in the notarial self-government,²² the involvement of public administration bodies in the process of appointing notaries and exercising supervision over their activities and the activities of the notarial self-government, or even the involvement of courts in the review of notarial acts executed by notaries.²³ Not without significance is the fact that notaries (within their capacities) rank among the above-mentioned professions of public trust and are covered by the protection afforded to public officials.

The notary's activities in the area of public law are also manifest in the nature of executed notarial acts. The full catalogue of acts that can be executed by the notary can be found in Art. 79 PrNot. Such acts include, among others: drawing up notarial deeds, certificates, minutes, keeping monetary deposits, keeping deposits in the form of securities or documents, maintaining stockholder registers of simple joint-stock companies. Under Art. 2 § 2. PrNot, as cited above, notarial acts executed by the notary in accordance with the law assume the form of an official document. According to this approach, the notary can be considered an issuer of official documents. It should be emphasised that the notary is obliged to execute notarial acts

specific professional qualifications; in particular, the use of a professional title limited by legislative, regulatory or administrative provisions to holders of a given professional qualification shall constitute a mode of pursuit.” Also the Polish Act of 22 December 2015 on the terms of recognising professional qualifications acquired in Member States of the European Union (Dz. U. 2023 r., poz. 334) follows the model of the EU Directive and defines a regulated profession as “a set of professional activities whose pursuit is subject to holding certain formal qualifications, as laid down in regulatory provisions, that are required to pursue such professional activities and, where necessary, subject to the fulfilment of other conditions laid down in those provisions regulating the profession.”

²¹ A full catalogue of the requirements is contained in Arts. 11 and 12 PrNot.

²² This obligation derives, though indirectly, from Art. 26 PrNot and the above-mentioned Art. 17 of the Constitution of the Republic of Poland. Notarial self-government is one of professional self-governments. Such self-regulatory structures are associations of persons exercising professions of public trust whose purpose is to represent the interest of their members and to watch over due exercise of those professions within the limits of public interest and for the protection of public interest. Due to the special role of such self-governments, all members of a given profession of public trust are obliged to participate in those associations. See, e.g., the judgment of the Constitutional Tribunal of 22.05.2001, K 37/100, OTK 2001 nr 4, poz. 86. Currently, the notarial self-government is composed of the National Chamber of Notaries and 11 notarial chambers whose areas match the jurisdiction areas of circuit courts. For more on the functions of the notarial self-government, see more GONET W., MAŁECKI W., Art. 26-41a, [in:] CELIŃSKI D., KARPOWICZ W., MAŁECKI W., MARQUARDT P., PEST P., SAŁAJCZYK D., WOJCIECHOWSKI R., ZARZYCKA M., ZAWADZKA P., GONET W., *Prawo o notariacie. Komentarz. Wzory aktów notarialnych i poświadczeń*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, p. 160-194.

²³ Under Art. 42 (PrNot), supervision over the activities of notaries and bodies of notarial self-government is exercised by the Minister of Justice personally, through presidents of courts of appeal or circuit courts, or through designated persons.

for his or her clients. The notary may refuse only if the requested act is contrary to the applicable provisions of law.²⁴

On the other hand, one cannot but notice certain private law features manifest in the notarial profession. As mentioned above, the professional activity of a notary is situated outside the public administration domain. The above implicates that notaries are sometimes classified as entrepreneurs – parties conducting business or professional activity on their own behalf,²⁵ or as members of a free profession.²⁶

The former view deserves special attention. It is presented, among others, in the judicial practice of the Supreme Court. In the opinion of the Court, the specificity of the notarial profession fits into the Civil Code's definition of an entrepreneur. A notary runs a notary office on his or her own account, employs personnel and ensures premises and equipment for the office adequately to the nature of the profession. Notarial acts are executed on the notary's behalf and for remuneration (notarial fee). Moreover, the notary incurs legal liability for the executed acts – civil law, professional, but also – which is obvious – criminal liability.²⁷

However, the former view raises much controversy. It is argued in legal literature that the professional activity of notaries is subject to many restrictions opposing the freedom of establishment. Such restrictions are imposed, for example, by generally applicable normative acts. By way of example, one can point to the restrictions laid down in PrNot, i.e. the restriction of conducting activity only in one notary office, the limitation of the amount of remuneration cashed,²⁸ the restriction of freedom to take up other employment,²⁹ or the above-mentioned restriction to the freedom of refusing to execute a notarial act. Also the notarial self-government, in the form of internal legislative acts adopted by its bodies restricts notarial activities, e.g., by prohibiting personal advertisement of any type.³⁰ The specificity of regulation of this

²⁴ This follows from Art. 81 (PrNot). If an act is contrary to the applicable provisions of law, refusal to execute the act is not also a right but also an obligation of the notary.

²⁵ See Art. 43¹ of the Act of 23 April 1964 – Civil Code (Dz. U. 2024 r. poz. 1061).

²⁶ The concept of liberal profession has not been legally defined in Polish law. In literature of the subject, certain terminological similarities of that concept have been identified with the concept of professions of public trust – among the characteristic features of persons exercising liberal professions, one can point, in particular, to education and the terms of exercising the profession, professional deontology, professional secrecy or professional independence. However, members of liberal professions are not obliged to associate in professional self-governments as is the case with professions of public trust. For more on the subject, see, e.g., MARQUARDT P., WILKOWSKA-PŁÓCIENNIK A., Preambuła, [in:] MARQUARDT P., WILKOWSKA-PŁÓCIENNIK A., *Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, p. 22-24.

²⁷ See the resolution of the Supreme Court of 18.12.2013, III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101, or of 23.03.2016, III CZP 4/16, OSNC 2017, nr 2, poz. 19.

²⁸ Maximum notarial fee rates are specified in the Regulation of the Minister of Justice. See Art. 5 PrNot.

²⁹ See Art. 19 PrNot.

³⁰ This prohibition is provided for under § 28 of the Resolution No.19 of the National Chamber of Notaries of 12 December 1997 – Code of Professional Ethics, as amended, and it is listed among so called prohibitions of unfair professional competition.

profession leads to a situation in which the notary cannot be treated as fully-fledged free market participant and, in the same way, as entrepreneur.³¹

Moreover, the very nature of the profession is cited as an argument against recognising the notary as entrepreneur. The notary, a person of public trust to whom the state has delegated a portion of the public authority, undertakes a certain social mission consisting in the protection of the security of legal transactions (which is also referred to as administering preventive justice³²). The notary looks after both the broadly understood public interest and the interest of the parties using his or her services. The public law nature of the notarial profession and the role played by the notary in the system of legal protection bodies is in conflict with the purely earning motivation characteristic of entrepreneurs.³³

The discrepancies presented above and the related doubts expressed in literature of the subject and in judicial practice obviously do not give a full picture of the problems associated with the legal status of the Polish notary. This issue is an extremely complex matter that cannot be presented in this article in a comprehensive manner. In any case, this is not the purpose of the article. These considerations are to familiarize the reader with the essence of the legal regulation of the notarial profession in Poland and draw attention to the legislative shortcomings that potentially impinge on the possibility to take advantage of artificial intelligence in notarial practice.

3. NOTARIAL PROFESSION 2.0 – NEAR FUTURE OF FICTION?

According to the report of the National Chamber of Notaries *Sprawozdanie i ocena stanu notariatu za 2023* (Report on and assessment of the condition of the notarial profession for 2023), at the end of last year in Poland, the notarial profession was exercised by 4083 persons running 3317 notary offices.³⁴ Notaries executed a total of 2 803 492 notarial deeds and performed 15 779 664 other notarial acts.³⁵ The national notarial sector is constantly developing, which is a consequence of a

³¹ So, e.g., SETKOWICZ M., *Status prawny notariusza...*, p. 18-22. Similar views were expressed by the Supreme Administrative Court in the judgment of 24.05.2007, II GSK 27/07, Legalis No. 726811; the Court concluded that notarial activities do not constitute economic activity. The notary is a person of public trust and has a status of public official; the notary is appointed and recalled by the Minister of Justice – as a result of which the principle of economic freedom does not relate to the notary.

³² See the judgment of the Constitutional Tribunal of 09.11.2010, SK 10/08, OTK-A 2010, nr 9, poz. 99.

³³ BLAJER P. Art. 2 [Ochrona; czynności notarialne], [in:] SZEREDA A.J. (ed.), *Prawo o notariacie. Komentarz*, Warszawa: C.H. BECK, 2022, p. 12-13. So also the Constitutional Tribunal in the decision of 17.12.2008, Ts 255/07, Legalis No. 156264: “when it comes to the exercise of public functions, the notary cannot be at the same time a representative of the public authority obliged to perform particular official acts and, on the other hand, an addressee of constitutional rights being components of the freedom of establishment.”

³⁴ The official website of the National Chamber of Notaries: <https://krn.org.pl/aktualnosci/w-2023-roku-4083-notariuszy-prowadzilo-3317-kancelarii> (accessed: 30.08.2024).

³⁵ The official website of the National Chamber of Notaries: <https://krn.org.pl/aktualnosci/jakich-czynnosci-notariusze-dokonywali-najczesciej-w-2023-r> (accessed: 30.08.2024).

growing demand for notarial services in the area of civil law transactions.³⁶ Poles use the services of notaries, for instance, for the purposes of transactions relating to real estate, in matters relating to succession or when establishing commercial companies.

This progress is a consequence of, among others, implementation of modern technological solutions, which have significantly improved the operation of notary offices. At the time being, the solutions in widespread use are computerized database systems, out of which the ones that should be considered particularly useful in practice are electronic public records, e.g., Electronic Land and Mortgage Registers, the electronic portal of the National Court Register, or the electronic portal of the Central Register and Information on Economic Activity. Those registers offer remote access to multiple data relevant from the point of view of the notarial acts executed by notaries, which considerably accelerates and facilitates the related processes.

Improvements can also be attributed to electronic communication systems. An example of such solution are Notarial Registers – a computerized system maintained by the National Chamber of Notaries. The system allows to exchange data among notaries (including notaries from other Member States of the EU) and external institutions, such as courts or bodies of governmental administration (Minister of Justice, National Tax Administration)³⁷.

Technological development is also apparent when it comes to selected notarial acts. Presently, the filing of land and mortgage registry applications is a fully digitalized process, taking place with the involvement of computerized systems.

Obviously, those are only some examples of the digital transformation in Polish notarial practice. However, already in the context of the presented solutions, it should be noted that digitalization and automation have become a part of the notaries' everyday work. In near future, this can open the door for artificial intelligence.

So far, the use of artificial intelligence in Polish notarial practice seems a certain idea, which in any case does not deviate from other sectors of the legal industry.³⁸ Judging by the current “capacities” of artificial intelligence, it can be assumed that its application will lead to improvement and increase in the efficiency of work, as well as optimization of many processes, e.g., execution of notarial acts.

Under such approach, artificial intelligence could be used in two ways. First of all, AI could be a tool supporting the notary in his or her everyday work, e.g., when executing notarial deeds, as a system for processing and analysing data. For example, a notary, when preparing a draft notarial deed documenting a contract for sale of a real estate, is obliged to reliably verify the current legal status of the real estate. Such

³⁶ For comparison's sake, in 2012 the number of notarial deeds executed by notaries was 1 537 982, in 2018 the same number was already 2 358 733. Cf. The statistical data on the number of notarial deeds executed by notaries in total in Poland in the years 1991-2022, available on the portal: dane.gov.pl under the link <https://dane.gov.pl/pl/dataset/1209,akty-notarialne> (accessed: 30.08.2024).

³⁷ See more: <https://bip.krn.org.pl/rejstry-notarialne> (accessed: 30.08.2024).

³⁸ According to the *LegalTech 2024* report prepared by the publishing house C.H. BECK, out of 202 interviewed Polish lawyers employed in law firms (e.g., firms run by advocates or legal advisers) only 19,8% took advantage of AI-based tools in their everyday work. Access to the report: <https://www.beck.pl/raport-legaltech-2024/> (accessed: 30.08.2024).

verification is effected, among others, by analysing the documents provided by the parties to the notarial act, e.g.: the deed of acquisition by the current owner, extract from the land register, statement on the seller's debt status under a loan agreement secured by mortgage on the real estate, etc. As the legislative framework grows more complex, the catalogue of such documents can be significantly expanded. This implies a risk of the notary's mistakes that may give rise to negative consequences for the parties of the transaction. Additional assistance artificial intelligence could appropriately reduce that risk.

The second, more radical way would involve replacement of the notary in his or her activities. While in the context of more complex acts this does not seem very probable, in case of simple, repetitive acts, such as for instance notarial certifications, this is much more likely. Artificial intelligence might, e.g., certify that an extract, excerpt or copy is a true reproduction of the presented document. Indeed, there are already systems enabling digital analysis of documents, using image recognition algorithms and optical character recognition (OCR), capable to make an automatic comparison of an original with a copy.

It must be remembered that the above considerations are only the author's general proposals regarding possible applications of artificial intelligence in notarial practice. At the current stage, it is difficult to predict definitively how and to what extent artificial intelligence is going to be implemented. However, it is certain that, sooner or later, artificial intelligence will be applied and will become a part of the notary's everyday work.

It should also be highlighted that, in the Polish legal system, there are no provisions on the potential use of artificial intelligence in the notary's work. As a matter of fact, this makes a kind of barrier preventing notaries from implementing AI. Therefore, it is important that the national legislator undertakes work in this regard so as to enable efficient and secure implementation of artificial intelligence in notarial practice.

In the first place. It is necessary to regularise the legal status of the Polish notary. In the literature of the subject, for long, postulates *de lege ferenda* have been put forward, encouraging the legislator to clearly specify that matter. Under the current legislative framework, as can be seen from the example of the presented inconsistencies of interpretation in judicial practice, the notary is treated, on the one hand, as a person of public trust or public official, and, on the other hand, as a person exercising a liberal profession, or even quasi-entrepreneur. Such imprecisely defined status stands in opposition with the special role of the notary in the Polish legal system³⁹.

In the context of implementing artificial intelligence in notarial practice, the indeterminacy of the notary's legal status can give rise to the legislator's doubts about the adequate direction of legislative reforms. The essence of the function held by the notary, despite the notary's clear detachment from state structures, is anchored in the domain of public law. This means that potential legal reforms in the area of implementing artificial intelligence should have a direction analogous to the reforms to be introduced in the judiciary or bodies of state administration.

³⁹ SETKOWICZ M., Status prawny notariusza..., p. 21-22.

Importantly, such amendments should strive to ensure an equal and universal access of notaries to artificial intelligence systems so as to avoid disproportions among notary offices. This is the case as competition is incompatible with the fundamental assumptions relating to this profession.

Moreover, special emphasis should be put on the protection and security of data processed by artificial intelligence. This refers not only to personal data but also other pieces of information obtained in relation to the executed act that are covered by notarial secrecy. The lack of legislation in this regard may contribute to undermining the image of the notary – as guarantor of legal certainty in civil law transactions.

Not without significance is also the ethical aspect of using artificial intelligence in notarial practice. As noted by the EU legislator, artificial intelligence systems, despite their varying extent of autonomy, are characterized by a certain degree of independent operation. One of the duties inherent in the notarial profession – as a profession of public trust operating close to humans (serving personal human needs) – is the obligation to follow the highest ethical standards. The notary, in performance of his or her duties, should guarantee impartial, professional and reliable services. Regardless of whether artificial intelligence will serve as a tool facilitating work or relieve the notary in the execution of certain acts, the notary, driven by his or her knowledge and experience, should keep full control over those processes. When drafting legal provisions in this area, significant role should be played, beside the legislator, by the notarial self-government.

CONCLUSION

The advancement of technology makes the integration of artificial intelligence into Polish notarial practice seem like an inevitable step. AI-based systems will allow the automation of many processes, thereby increasing the efficiency and comfort of a notary's work. Moreover, they can provide invaluable support in managing and analyzing processed data. Additionally, artificial intelligence will help to avoid the risk of errors by the notary, which in turn will increase the level of security in legal transactions. This will bring tangible benefits to both the notaries themselves and the clients who use their services.

The current legal framework does not regulate the use of artificial intelligence, which is a major obstacle to its implementation in notarial practice. The adoption of the EU AI Act offers a chance to break the ongoing legislative deadlock. This raises a number of challenges for the Polish legislator, whose attention in the coming years should be focused on adapting legislation to changing realities.

In the context of a notary's work, legislative changes should take into account the specific nature of this profession and the social mission carried out by its representatives. It may also be necessary to revise the legal status of Polish notaries.

Notarial self-government should also participate in the creation of the legal framework for the use of artificial intelligence in notarial practice. In particular, its role should focus on shaping ethical standards for the use of AI.

There is no doubt that significant changes are coming in the near future.

REFERENCES

1. Act of 14 February 1991 – the Law on Notaries (Dz. U. 2024, poz. 1001).
2. Act of 23 April 1964 – Civil Code (Dz. U. 2024 r. poz. 1061).
3. BLAJER P. Art. 2 [Ochrona; czynności notarialne], [in:] SZEREDA A.J. (ed.), *Prawo o notariacie. Komentarz*, Warszawa: C.H. BECK, 2022, p. 12-13
4. CHŁOPECKI A., *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa: C.H. BECK, 2021, p. 2
5. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee for the Regions, Brussels, 25.04.2018 COM(2018) 237 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237> (accessed: 30.08.2024).
6. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee for the Regions, Brussels, 25.04.2018 COM(2018) 237 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237> (accessed: 30.08.2024).
7. Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Dz. U. Nr 78, poz. 483, as amended).
8. Constitutional Tribunal, 17.12.2008, Ts 255/07, Legalis No. 156264.
9. Constitutional Tribunal, 02.07.2007, K 41/05, OTK-A 2007, nr 7, poz. 72.
10. Constitutional Tribunal, 09.11.2010, SK 10/08, OTK-A 2010, nr 9, poz. 99.
11. Constitutional Tribunal, 22.05.2001, K 37/100, OTK 2001 nr 4, poz. 86.
12. Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications (OJ L 2005, 255, p. 22, as amended).
13. FLISAK D., *Akt w sprawie sztucznej inteligencji*, LEX/el. 2024.
14. *Future Ready Lawyer 2023*, report prepared by Wolters Kluwer, 2023, p. 2, <https://www.wolterskluwer.com/pl-pl/know/future-ready-lawyer-2023#download> (accessed: 30.08.2024).
15. GONET W., MAŁECKI W., Art. 26-41a, [in:] CELIŃSKI D., KARPOWICZ W., MAŁECKI W., MARQUARDT P., PEST P., SAŁAJCZYK D., WOJCIECHOWSKI R., ZARZYCKA M., ZAWADZKA P., GONET W., *Prawo o notariacie. Komentarz. Wzory aktów notarialnych i poświadczeń*, Warszawa 2022, p. 160-194.
16. *LegalTech 2024*, report prepared by the publishing house C.H. BECK, <https://www.beck.pl/raport-legaltech-2024/> (accessed: 30.08.2024).
17. MARQUARDT P., WILKOWSKA-PŁÓCIENNIK A., Preambuła, [in:] MARQUARDT P., WILKOWSKA-PŁÓCIENNIK A., *Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, p. 22-24.
18. MCCARTHY J., *What is artificial intelligence?*, p. 2, 2007, <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf> (accessed: 30.08.2024).

19. OECD Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, 22.05.2019 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449> (accessed: 30.08.2024).
20. Polish Act of 22 December 2015 on the terms of recognising professional qualifications acquired in Member States of the European Union (Dz. U. 2023 r., poz. 334)
21. Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (OJ L, 2024/1689, 12.07.2024).
22. Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (OJ L, 2024/1689, 12.07.2024).
23. Resolution No.19 of the National Chamber of Notaries of 12 December 1997 – Code of Professional Ethics
24. SETKOWICZ M., Status prawny notariusza, [in:] SZEREDA A.J., *Notariat. Czynności notarialne*, Warszawa: C.H. BECK, 2021, p. 6.
25. SKWARCOW M., JAROSZEWSKA-CHORAŚ D., MACHNIKOWSKA A., CHYC P., KOWALSKA E., Notariusze, [in:] SYKUNA S. (ed.), *Etyka prawnicza. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa: C.H. BECK, 2019.
26. Supreme Administrative Court, 24.05.2007, II GSK 27/07, Legalis No. 72681.
27. Supreme Court, 18.12.2013, III CZP 82/13, OSNC 2014, nr 10, poz. 101.
28. Supreme Court, 23.03.2016, III CZP 4/16, OSNC 2017, nr 2, poz. 19.
29. ŚWIERCZYŃSKI M., *Przełomowe technologie informatyczne w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa: C.H. BECK, 2024, p. 58.
30. ZALEWSKI T., Definicja sztucznej inteligencji. [in:] LAI L., ŚWIERCZYŃSKI M. (eds.), *Prawo sztucznej inteligencji*, Warszawa: C.H. BECK, 2020, p. 7.

CONTACT INFORMATION

bodzentk@uek.krakow.pl

Cracow University of Economics, Faculty of Finance and Law

Rakowicka 27

31-510 Kraków

Poland

JUDr. Oliver Buhala, PhD.¹ - Mgr. Michal Sokol, PhD.²
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Vybrané alternatívne spôsoby financovania obchodných spoločností³
Selected alternative financing methods for companies

Abstrakt

Príspevok sa zameriava na alternatívne spôsoby financovania obchodných spoločností, ktoré predstavujú doplnok ku tradičným metódam úverového financovania. Autori sa v príspevku zameriavajú na vybrané metódy alternatívneho financovania, a to crowdfunding, venture capital, faktoring a forfaiting, ako aj mezanínové financovanie, pričom analyzujú ich výhody a nevýhody, a to najmä z pohľadu malých a stredných podnikateľov (podnikov). Autori hodnotia potenciál jednotlivých metód financovania, s dôrazom na ich špecifické použitie a úlohu pri optimalizácii kapitálovej štruktúry spoločností.

Kľúčové slová: alternatívne financovanie, crowdfunding, rizikový kapitál, faktoring, mezanínové financovanie, obchodné spoločnosti.

Abstract

The article focuses on alternative financing methods for companies, which serve as a supplement to traditional credit financing methods. The authors concentrate on selected alternative financing methods, including crowdfunding, venture capital, factoring, forfaiting, and mezzanine financing, analyzing their advantages and disadvantages, especially from the perspective of small and medium-sized enterprises (SMEs). The authors assess the potential of each financing method, with an emphasis on their specific applications and role in optimizing corporate capital structures.

Key words: alternative financing, crowdfunding, venture capital, factoring, mezzanine financing, trading companies.

JEL Classification: K22

¹ Autor je vedeckým pracovníkom na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach.

² Autor je postdoktorandom na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. k

³ Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-23-0331. This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the Contract no. APVV-23-0331.

ÚVOD

Súčasná doba umožňuje využívať rôzne spôsoby získavania kapitálových prostriedkov potrebných na realizáciu podnikateľských zámerov. Spomedzi viacerých foriem cudzích zdrojov financovania možno niektoré považovať za alternatívne, resp. neštandardné. Väčšinou ide o novšie formy financovania, ktoré sú v praxi využívané zriedkavejšie a pre mnohých podnikateľov bývajú neznáme. Často preto bývajú vnímané ako inovatívne formy financovania. Protikladom sú klasické formy cudzích zdrojov financovania, a to najmä bankový úver, ktorý má dlhú tradíciu a pozná ho väčšina podnikateľov.⁴ V predkladanom príspevku sa zaoberáme vymedzením a priblížením vybraných spôsobov alternatívneho financovania obchodných spoločností (resp. podnikateľov v širšom zmysle), a to so zameraním na ich hlavné výhody a riziká.

1. CROWDFUNDING

Prvou a pravdepodobne jednou z najznámejších foriem alternatívneho financovania, ktorej sa budeme v tomto príspevku venovať, je crowdfunding, resp. hromadné financovanie. V súčasnosti sa využíva najmä pre financovanie startupov a malých a stredných podnikov. Význam crowdfundingu podtrhuje aj skutočnosť, že na úrovni EÚ došlo k regulácii predmetnej problematiky a k prijatiu nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2020/1503 zo 7. októbra 2020 o európskych poskytovateľoch služieb hromadného financovania pre podnikanie a o zmene nariadenia (EÚ) 2017/1129 a smernice (EÚ) 2019/1937 (ďalej aj „NCF“). Uvedené nariadenie sa v členských štátoch uplatňuje od 10.11.2021 a stanovuje jednotné požiadavky na poskytovanie služieb crowdfundingu, bližšie konkretizuje udeľovanie povolení a dohľad nad prevádzkovateľmi crowdfundingových platforiem.⁵

1.1. Získavanie kapitálu prostredníctvom crowdfundingu a jeho subjekty

Základná podstata crowdfundingu spočíva vo financovaní určitého projektu alebo kampane širokou verejnosťou. V súčasnej dobe k tomu dochádza prostredníctvom viacerých online platforiem, ktorých účelom je spojiť, resp. vytvoriť možnosť spojenia „dopytu a ponuky“. V rámci tejto formy financovania tak dochádza k vzniku vzťahov medzi tromi esenciálnymi subjektami, a to medzi (i) osobou, ktorá projekt vytvorí a uchádza sa o jeho financovanie – vlastníkom projektu, (ii) osobou, ktorá tento projekt sprostredkuje prostredníctvom svojej online platformy (poskytovateľ) a spája vlastníka projektu a (iii) investora. Pre úplnosť podotýkame,

⁴ BELANOVÁ, K. *Alternatívne zdroje financovania a ich využívanie v podmienkach SR*. In: Biatic. Odborný bankový časopis, 2013, č. 3, s. 12.

⁵ Článok 1 ods. 1 NCF.

že najmä v zahraničnej odbornej literatúre je možné stretnúť sa s rôznym pomenovaním týchto subjektov.⁶

Vlastník projektu svoj projekt zverejní (často krát za určitý poplatok) na online platforme sprostredkujúceho subjektu – poskytovateľa, určí cieľovú sumu, ktorú by prostredníctvom crowdfundingu chcel dosiahnuť a investor má možnosť túto online platformu navštíviť a rozhodnúť sa, ktorý zo zverejnených projektov finančne podporí. Vlastník projektu sa tak môže uchádzať napríklad o financovanie výroby určitého produktu, prípadne o financovanie iných podnikateľských zámerov (výstavba bytov – tzv. realitný crowdfunding, dobročinné ciele a podobne). Ako vyplýva z úvodu samotného NCF, crowdfunding môže byť účinným nástrojom nielen pre získavanie kapitálu od veľkého množstva osôb, ale pre vlastníka projektu môže predstavovať aj určitú formu marketingu či reflexie.⁷ Crowdfunding je totiž plne závislý od vôle investora finančne podporiť konkrétny projekt. Z uvedeného vyplýva, že vlastník projektu by mal venovať pozornosť nielen podstate samotného projektu, ale aj správne nastaveniu kampane v online priestore.

1.2. Druhy crowdfundingu

Postupná prax vytvorila viacero modelov, resp. druhov crowdfundingu. Využitie konkrétneho druhu môže byť závislé od vlastníka projektu alebo nastavenia podmienok a spôsobu fungovania online platformy, prostredníctvom ktorej vlastník projektu svoj projekt zverejňuje. Prvým diferenciačným kritériom je odmena, resp. protiplnenie poskytované investorom. Z uvedeného hľadiska môže ísť o crowdfunding, pri ktorom investori finančné prostriedky *de facto* darujú, teda za svoju investíciu nedostávajú žiadne protiplnenie (donorský crowdfunding), alebo naopak, o crowdfunding založený na určitej forme protiplnenia.⁸

V druhom spomínanom prípade môže ísť napríklad o (i) pôžičky, kedy investor požičia finančné prostriedky, ktoré mu budú vlastníkom projektu vrátené aj s úrokmi, (ii) podielový alebo investičný crowdfunding, kedy investor za poskytnutie finančných prostriedkov získava podiel na majetku spoločnosti vlastníka projektu alebo (iii) odmenový crowdfunding, kedy majiteľ projektu poskytne investorom za ich podporu určitú odmenu (nie finančnú), napríklad v podobe produktu alebo služby.

Crowdfundingové platformy môžu fungovať viacerými spôsobmi, pričom konkrétny závisí od toho-ktorého poskytovateľa. Najčastejšie však fungujú na princípe, v zmysle ktorého vlastník projektu vytvorí na predstavenie svojho projektu kampaň a určí cieľovú sumu, ktorú by chcel od investorov získať. Táto cieľová suma by mala byť dosiahnutá v určitom vopred stanovenom časovom období. V týchto prípadoch môžu nastať dve situácie – buď sa vlastníkom projektu stanovená cieľová suma dosiahne, alebo nie. Pokiaľ sa vytýčený cieľ nedosiahne, ďalší postup závisí od nastavenia podmienok danej crowdfundingovej platformy – buď sa napriek

⁶ SOKOL, M. *Digitalizácia a umelá inteligencia v obchodných spoločnostiach*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2024, s. 35 a nasl.

⁷ Bližšie pozri odseky 1, 2, 3 a 4 NCF.

⁸ Bližšie pozri: <https://nbs.sk/dohlad-nad-financnym-trhom/fintech/crowdfunding/>

nedosiahnutiu finančného cieľa nazbierané finančné prostriedky odovzdajú podnikateľovi, alebo sa vrátia investorom.⁹

1.3. Výhody a nevýhody crowdfundingu

Crowdfunding nesporne predstavuje moderný a rozšírený spôsob alternatívneho financovania najmä pre začínajúcich podnikateľov. Ako sme už uviedli, jedným z dôvodov obľúbenosti tejto formy financovania je možnosť vlastníka projektu zorientovať sa v „náladách“ investorov ešte predtým, ako dôjde k samotnej realizácii podstaty projektu (napr. k začatiu ostrej výroby produktu). V závislosti od úspešnosti online kampane môže vlastník projektu prispôsobiť, resp. upraviť svoje ďalšie podnikateľské aktivity, a to bez značnej finančnej ujmy. Zjednodušené povedané, vlastník projektu si prostredníctvom crowdfundingovej platformy môže overiť záujem investorov a potenciálnych zákazníkov o produkt alebo službu, o ktorej financovanie sa usiluje. Zverejnenie projektu na crowdfundingovej platforme, v kombinácii s využitím potenciálu sociálnych sietí, má pre vlastníka projektu taktiež značnú marketingovú hodnotu.

S uvedenými skutočnosťami súvisí ďalšia z výhod crowdfundingu, a to znižovanie počiatočných nákladov pre podnikateľa – vlastníka projektu. Vlastník projektu musí *de facto* vynaložiť náklady na vytvorenie svojho projektu (napr. prototypu produktu alebo služby) a náklady súvisiace s vytvorením kampane pre investorov a s využitím crowdfundingovej platformy. Následne, na základe záujmu a podpory investorov, má možnosť zhodnotiť, či pre neho bude realizácia projektu (napr. ostrá výroba produktu) rentabilná. V prípade, ak projekt úspešný nebude, vlastník projektu utrpí minimálnu finančnú stratu. Značne vyššie finančné riziko podnikateľ znáša v prípade, ak pre financovanie svojho projektu využije iné, tradičné spôsoby financovania, ako napríklad úver. Podnikateľ je totiž povinný úver vrátiť, a to aj vtedy, ak je jeho podnikateľský zámer nakoniec neúspešný.

Z vyššie uvedeného vyplýva, že crowdfunding je pre začínajúcich podnikateľov finančne výhodným a pomerne bezpečným spôsobom, ako získať potrebný kapitál bez potreby využitia tradičných foriem financovania. Na druhej strane je však vhodné poukázať aj na určité nevýhody, resp. riziká, ktoré so sebou crowdfunding prináša.

Ako sme uviedli v predošlých častiach, podnikateľ má možnosť prostredníctvom crowdfundingu nielen získať potrebný kapitál, ale svoj projekt zviditeľniť a overiť si záujem potenciálnych investorov. Ani samotná skutočnosť, že projekt bude na crowdfundingovej platforme úspešný a vlastníkovi projektu sa podarí dosiahnuť stanovený finančný cieľ, nemusí automaticky znamenať úspešnosť projektu v budúcnosti. Inými slovami, počiatočný úspech nemusí byť automaticky zárukou budúceho rozvoja, a to najmä v prípade, ak očakávania investorov nebudú naplnené.

Paradoxne, nevýhodou crowdfundingu môže byť aj jeho jednoduchosť. V danom smere je potrebnú uvedomiť si niekoľko skutočností. V prvom rade, samotné

⁹ CAI, W., POLZIN, F., STAM, E. Legal Institutions, Social Capital, and Financial Crowdfunding: A Multilevel Perspective. In: SHNEOR, R., ZHAO, L., TORE FLÄTEN, B. (eds.) *Advances in Crowdfunding. Research and Practice*. Cham: palgrave macmillan, 2020, s. 194.

vytvorenie kampane na crowdfundingovej platforme je pomerne jednoduché (napr. registrácia na webovej stránke, stanovenie finančného cieľa a časového obdobia, vloženie prezentačných dokumentov – prezentácií či videí a pod.), pričom takúto kampaň môže vytvoriť každý. Z uvedeného vyplýva, že potenciálne dobrý nápad podnikateľa sa môže stratiť v mori iných, nekvalitných alebo zavádzajúcich kampaní.

Podnikateľ, ktorý chce svoj projekt zverejniť, musí dbať aj na to, aby potenciálnych investorov zaujal a presvedčil ich, aby do jeho projektu investovali. Vytvorenie samotnej kampane na crowdfundingovej platforme je síce jednoduché, avšak za účelom zvýšenia šancí u investorov je predtým potrebné kvalitne pripraviť samotný projekt a jeho prezentáciu cez prezentačné materiály (napríklad videá). Tieto činnosti môžu byť časovo náročné.

V súvislosti s negatívami crowdfundingu nie je možné opomenúť tzv. falošné, resp. podvodné kampane. Ide o situácie, kedy dôjde k vytvoreniu fiktívnej kampane bez reálneho základu, ktorej účelom je iba získanie finančných prostriedkov a ich následné zneužitie. Crowdfundingové platformy zväčša majú stanovené zásady zverejňovania kampaní, medzi ktoré sa radí napríklad aj poctivosť a pravdivosť kampaní, zákaz využívania zavádzajúcich obrázkov či videí a podobne. V rámci stanovených pravidiel však zväčša chýbajú mechanizmy, ktoré by mali výskytu podvodných kampaní zabrániť, prípadne ktoré by poskytovali riešenie predmetnej situácie.¹⁰ Okrem podvodných kampaní zverejňovaných na crowdfundingových platformách možno uvažovať aj o vytvorení samotnej podvodnej crowdfundingovej platformy. Určitú ochranu investorov poskytuje NCF, a to napríklad v článku 5, ktorý stanovuje minimálne požiadavky na náležitú starostlivosť prevádzkovateľov crowdfundingových platforiem vo vzťahu k vlastníkom projektu, prípadne v kapitole IV, ktorá sa osobitne venuje ochrane investorov.

Napokon, určité riziko súvisiace s využívaním crowdfundingu môže súvisieť s jeho samotnou podstatou – zverejňovaním nápadu širokému okruhu ľudí. V daných prípadoch totiž môže nastať situácia, kedy dôjde ku „kopírovaniu“ jednotlivých kampaní.

2. VENTURE CAPITAL

Ďalším zo spôsobov alternatívneho financovania obchodných spoločností je tzv. venture capital – *rizikový kapitál*, ktorého počiatok vývoja možno datovať už do prvej polovice 20. storočia.¹¹ Pod pojmom rizikový kapitál sa zjednodušene rozumie spôsob investovania (napr. prostredníctvom fondov rizikového kapitálu

¹⁰ Pozri napríklad platformu [kickstarter.com](https://www.kickstarter.com), dostupné na webovej adrese: <https://www.kickstarter.com/rules?ref=global-footer>

¹¹ NIFTYHONTAS, I. *Journey Through Time: A Comprehensive History of Venture Capital*. Dostupné na webovej adrese: <https://www.goingvc.com/post/journey-through-time-a-comprehensive-history-of-venture-capital> (cit. 27.09.2024).

alebo súkromných investičných spoločností) do začínajúcich inovatívnych spoločností s vysokým potenciálom rastu ale zároveň so značným rizikom.¹²

V súvislosti s rizikovým kapitálom sa možno stretnúť aj s pojmom private equity, teda *súkromný kapitál*. Odborná literatúra uvádza, že rizikový kapitál je špecifickým druhom súkromného kapitálu,¹³ pričom ich základný rozdiel spočíva v tom, do akých spoločností a v akej fáze ich existencie sa investície realizujú.

Pri súkromnom kapitále zvyčajne dochádza k alokácii kapitálu viacerých investorov, ktorý sa následne využije na získanie celého alebo značného podielu v už existujúcej a fungujúcej spoločnosti. Cieľom tejto formy investovania je prevzatie kontroly nad spoločnosťou a zvýšenie efektivity fungovania spoločnosti alebo jej reštrukturalizácia, čo má rezultovať do zvýšenia jej ziskov. V týchto prípadoch je pomerne často prítomná tzv. „*exit strategy*“ – teda stratégia, podstatou ktorej je následný výnosný predaj takto „ozdravenej“ spoločnosti investormi.

Rizikový kapitál je forma financovania, ktorá sa zameriava na vznikajúce spoločnosti, ktoré prichádzajú s inovatívnym nápadom, majú vysoký rastový potenciál a predpoklad zhodnotenia, avšak prinášajú so sebou aj značné riziko neúspechu (najčastejšie ide o rôzne technologické startupy).¹⁴ Z uvedeného vyplýva, že investor v tomto prípade poskytuje začínajúcej spoločnosti kapitál za účelom realizácie jej podnikateľského plánu a generácie zisku, a to častokrát výmenou za určitú majetkovú účasť – podiel (zväčša menší ako v prípade súkromného kapitálu). Súčasne však na seba preberá istú časť rizika spojeného s prípadným neúspechom takejto spoločnosti.¹⁵ Obdobne ako v prípade súkromného kapitálu, aj pri rizikovom kapitále dochádza po určitom čase k exitu – vystúpeniu investora zo spoločnosti.

So základnou podstatou týchto foriem získavania kapitálu súvisí aj správanie investorov – zatiaľ čo pri rizikovom kapitále investori častokrát diverzifikujú riziko rozložením investícií do viacerých startup projektov, pri súkromnom kapitále ide zvyčajne o značné a objemné investície za účelom získania úplnej kontroly nad spoločnosťou (100 %-ný podiel).¹⁶

Výhodou využitia venture capital pre spoločnosť je prirodzene získanie značného kapitálu v počiatočných fázach, vrátane fázy vývoja produktu a jeho uvádzania na trh. Je však vhodné poznamenať, že investori za poskytnutie svojho kapitálu zväčša získavajú v spoločnosti určitý podiel s právom hlasovať. Táto skutočnosť môže byť vnímaná dvojako – na jednej strane ide totiž o určitú „stratu kontroly“ nad spoločnosťou zo strany pôvodných zakladateľov startupu, na strane druhej však investori do spoločnosti prinášajú svoje cenné skúsenosti, manažérske schopnosti, prípadne kontakty, ktoré môžu spoločnosti významným spôsobom pomôcť pri jej rozvoji.

¹² GREENWOOD, J. HAN, P. SÁNCHEZ, J. *Venture Capital: A Catalyst for Innovation and Growth*. Dostupné na webovej adrese: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4077464 (cit. 27.09.2024).

¹³ Tamtiež.

¹⁴ *Private Equity vs. Venture Capital: What's the Difference?*. Dostupné na webovej adrese: <https://www.investopedia.com/ask/answers/020415/what-difference-between-private-equity-and-venture-capital.asp> (cit. 27.09.2024)

¹⁵ Tamtiež.

¹⁶ Tamtiež.

2.1. Investičné fázy pri rizikovom kapitále

V odborných zdrojoch venujúcich sa otázke rizikového kapitálu možno identifikovať viacero rozčlenení jednotlivých fáz, v ktorých investovanie prostredníctvom rizikového kapitálu prebieha.¹⁷

Prvou oficiálne odlišovanou fázou je tzv. *seed capital*, ktorá je známa aj ako štartovacia fáza. Ide o počiatočné štádium, kedy dochádza ku poskytnutiu financií podnikateľovi za účelom vývoja produktu, ktorý zatiaľ ešte nie je uvedený na trh (prototyp). Kapitál sa v tejto fáze využíva aj na marketingové účely či na založenie obchodnej spoločnosti, prostredníctvom ktorej sa bude finálny produkt ponúkať.

Ďalším štádiom je *startup stage* alebo štartovacia fáza, v ktorej sa už predpokladá existencia spoločnosti a jej produktu alebo služby, ktorá je postupne uvádzaná na trh. Kapitál sa využíva najmä na marketingové účely alebo distribúciu.

Pokiaľ sa spoločnosť na trhu zastabilizuje a podarí sa jej pravidelne generovať určité príjmy, môže dôjsť k nástupu ďalšej fázy, tzv. *expansion stage*. Podstatou financovania v tomto momente je vytvorenie podmienok a poskytnutie dostatočného kapitálu pre expanziu spoločnosti, ktorá môže mať rôzny charakter. Nemusi tu ísť nutne iba o zameranie sa na nový trh (napr. zahraničný), ale aj o vývoj a predaj nových produktov, optimalizáciu a expanziu výroby či poskytovanie ďalších služieb.

Ďalšie fázy financovania týchto spoločností sú determinované situáciami, v ktorých sa spoločnosti môžu ocitnúť. V týchto prípadoch môže ísť o ďalšie významné expanzie, ale aj o prekonanie stratových období či dokonca o podporu spoločnosti v snahe o záchranu jej existencie.¹⁸

V súvislosti s popísanými fázami investovania je vhodné pripomenúť, že podstatou tohto investovania je podpora danej spoločnosti počas určitého časového obdobia a následné dosiahnutie výnosu pri exite – vystúpení investorov zo spoločnosti. Prirodzene, spôsobov pre realizáciu exitu je niekoľko a ich výber závisí od konkrétnych okolností súvisiacich s tou-ktorou spoločnosťou. V tomto kontexte možno spomenúť napríklad vstup spoločnosti na burzu, ktorý umožňuje investorom predať nadobudnuté podiely spoločnosti, management buyout, kedy manažment spoločnosti odkúpi podiely investorov, či predaj spoločnosti inému investorovi.¹⁹

3. FAKTORING (A FORFAITING)

Factoring a forfaiting už v súčasnosti určite patria ku viac známym a rozšíreným metódam alternatívneho financovania. Ako factoring sa v praxi označuje špecifický komplex právnych vzťahov (finančný obchod) týkajúci sa obchodovania s

¹⁷ Pozri napríklad: CHOVANCOVÁ, B., BUKOVEN, J. Startup ako forma investovania a ich úloha v malej otvorenej ekonomike. In: *Finančné trhy*, 2015, č. 4. alebo REIFF, N. *What Is Series Funding A, B, and C?*. Dostupné na webovej adrese: <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/102015/series-b-c-funding-what-it-all-means-and-how-it-works.asp> (cit.27.09.2024)

¹⁸ CHOVANCOVÁ, B., BUKOVEN, J. Startup ako forma investovania a ich úloha v malej otvorenej ekonomike. In: *Finančné trhy*, 2015, č. 4.

¹⁹ Tamtiež.

pohľadávkami. Právnym základom transakcie je postúpenie pohľadávky podľa § 525 a nasl. Občianskeho zákonníka.²⁰

Factoring sa tak od klasického úveru odlišuje hlavne tým, že kým pri úvere sa dlžník zaväzuje získané peňažné prostriedky v určitom časovom horizonte vrátiť a zaplatiť úroky, pri faktoringu ide o definitívny predaj pohľadávky za odplatu.²¹

Ide o formu krátkodobého financovania, pri ktorom faktor, ktorým je špecializovaná finančná inštitúcia (zvyčajne banka), od podnikateľa priebežne odkupuje krátkodobé (2 do 6 mesiacov, maximálne do 12 mesiacov)²² pohľadávky z tuzemského obchodného styku spravidla pred termínom ich splatnosti.²³ Ide o atraktívnu možnosť získavania hotovosti najmä pre spoločnosti, ktoré realizujú pravidelné dodávky tovaru s dlhšou lehotou splatnosti.²⁴ Faktor pritom do predmetného právneho vzťahu vstupuje na základe posúdenia kvality príslušného obchodného vzťahu a bonity odberateľa, príp. dodávateľa.²⁵

Spomedzi funkcií, ktoré faktoring spravidla plní, je v kontexte financovania dôležitá jeho úverová (financujúca) funkcia. Tá spočíva v tom, že spoločnosť (ako veriteľ pohľadávky) môže prostredníctvom faktora prevádzať svoje finančné prostriedky viazané v nesplatených pohľadávkach na hotovosť. Základným účelom (funkciou) faktoringu je tak financovanie založené na tom, že sa podnikateľ dostane k peniazom viazaným v pohľadávkach na vďaka predaju týchto pohľadávok skôr, ako nastane ich splatnosť.²⁶ Na strane podnikateľa sa tým súčasne znižuje riziko jeho druhotnej platobnej neschopnosti.²⁷

Vyššie uvedené charakteristiky platia najmä pre tzv. *diskontný* a zároveň *bezregresný* faktoring, pri ktorom ide o klasický predaj pohľadávky faktorovi za cenu nižšiu od jej nominálnej hodnoty, ktorú faktor ihneď zaplatí podnikateľovi.

²⁰ ROSTÁŠ, D. Šedá zóna faktoringu – priestor pre verejnoprávnu ingerenciu? In HUČKOVÁ, R. (ed.) *Zásahy verejnej moci do podnikania a obchodovania. Pocta profesorovi Jánovi Husárovi*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2022, s. 154.

²¹ VITÉZ, M. Zmluva o faktoringu. In: *Právny obzor*, 2011, č. 5. Dostupné na webovej adrese: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/pravny-obzor/zmluva-o-factoringu.m-869.html>. (cit. 27.09.2024)

²² Tamtiež.

²³ K otázke, či možno za faktoring považovať aj postupovanie pohľadávok po termíne splatnosti, či ťažko vymožiteľných pohľadávok pozri ROSTÁŠ, D. Šedá zóna faktoringu – priestor pre verejnoprávnu ingerenciu? In HUČKOVÁ, R. (ed.) *Zásahy verejnej moci do podnikania a obchodovania. Pocta profesorovi Jánovi Husárovi*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2022.

²⁴ BELANOVÁ, K. Alternatívne zdroje financovania a ich využívanie v podmienkach SR. In: *Biatec. Odborný bankový časopis*, 2013, č. 3, s. 14.

²⁵ ROSTÁŠ, D. Šedá zóna faktoringu – priestor pre verejnoprávnu ingerenciu? In HUČKOVÁ, R. (ed.) *Zásahy verejnej moci do podnikania a obchodovania. Pocta profesorovi Jánovi Husárovi*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2022, s. 154.

²⁶ BELANOVÁ, K. Alternatívne zdroje financovania a ich využívanie v podmienkach SR. In: *Biatec. Odborný bankový časopis*, 2013, č. 3, s. 14.

²⁷ ROSTÁŠ, D. Šedá zóna faktoringu – priestor pre verejnoprávnu ingerenciu? In HUČKOVÁ, R. (ed.) *Zásahy verejnej moci do podnikania a obchodovania. Pocta profesorovi Jánovi Husárovi*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2022, s. 159.

Faktor pritom preberá riziko platobnej neschopnosti podnikateľovho dlžníka (§ 527 ods. 2 OZ).²⁸

Financovanie faktoringom má najväčší význam pre malé a stredné podniky, pôsobiace najmä v oblasti výrobných činností, pri ktorých nie sú ničím výnimočným ťažkosťami s odbytom tovarov, či s inkasovaním pohľadávok. Prostredníctvom faktoringu si tak títo podnikatelia dokážu zabezpečiť finančnú stabilitu a právnu istotu a dosiahnuť zvýšenie obratu kapitálu.²⁹ Faktoring zároveň pre podnikateľov predstavuje pomerne obľúbenú možnosť ako získať potrebné finančné prostriedky, ak majú záujem (problém) získať klasický bankový úver.³⁰

Z pohľadu faktora spočíva výnosnosť faktoringovej operácie vo veľkom počte krátkodobých pravidelne sa opakujúcich finančných transakciách, a preto sa faktoring najčastejšie zakladá vo forme dlhodobej spolupráce medzi faktorom a podnikateľom.³¹ Predmetom faktoringu obvykle nebývajú pohľadávky, ktoré má podnikateľ voči konečnému spotrebiteľovi. Zvyčajne totiž ide o pohľadávky v malej hodnote, ktoré sa často spájajú s rizikami omeškania, platobnej nevhle alebo neschopnosti a pod. Z predmetných dôvodov pre faktora nie sú ekonomicky výnosné.³²

Z hľadiska funkcií a účelu platí o forfaitingu to isté, čo o faktoringu. Forfaitingom sa rovnako sleduje získanie finančných prostriedkov na základe odpredaja pohľadávky. Rozdiel spočíva v tom, že predmetom forfaitingu je inkasovanie dlhodobých pohľadávok prevažne zo zmlúv v zahraničnom obchode. Zároveň sa štandardne vyžaduje, aby plnenie týchto pohľadávok bolo zabezpečené ručením alebo inou zábezpekou. Vzťah medzi podnikateľom a forfaitérom sa tu spravidla zakladá na jednotlivjej cesii dlhodobej pohľadávky, a nie na dlhodobej pravidelnej spolupráci.³³

Z hľadiska financovania obchodných spoločností je hlavnou výhodou faktoringu a forfaitingu skutočnosť, že predaj tovaru na úver sa nimi mení na predaj za hotovosť. Nevýhodou je zase provízia, o ktoré sa znižuje cena za postúpenie pohľadávky oproti jej nominálnej hodnote, a teda aj zisk podnikateľa, ktorý by mu inak plynul z postúpenej pohľadávky. Tieto provízie bývajú pomerne vysoké najmä pri forfaitingu.³⁴

²⁸ VITÉZ, M. Zmluva o faktoringu. In: *Právny obzor*, 2011, č. 5. Dostupné na webovej adrese: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/pravny-obzor/zmluva-o-factoringu.m-869.html>. (cit.27.09.2024)

²⁹ Tamtiež.

³⁰ BELANOVÁ, K. Alternatívne zdroje financovania a ich využívanie v podmienkach SR. In: *Biatec. Odborný bankový časopis*, 2013, č. 3, s. 14.

³¹ VITÉZ, M. Zmluva o faktoringu. In: *Právny obzor*, 2011, č. 5. Dostupné na webovej adrese: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/pravny-obzor/zmluva-o-factoringu.m-869.html>. (cit. 27.09.2024)

³² Tamtiež.

³³ Tamtiež.

³⁴ BELANOVÁ, K. Alternatívne zdroje financovania a ich využívanie v podmienkach SR. In: *Biatec. Odborný bankový časopis*, 2013, č. 3, s. 15.

4. MEZANÍNOVÉ FINANCOVANIE (KAPITÁL)

Pojem *mezanínové financovanie* predstavuje spoločný názov pre hybridnú formu financovania obchodných spoločností (resp. podnikateľov), ktorá kombinuje prvky tak vlastných, ako aj cudzích zdrojov financovania.³⁵ Jednotlivé metódy mezanínového financovania možno členiť na dve základné kategórie, a to na *kapitálový* a *dlhový* mezanín.

4.1. Kapitálový mezanín

O kapitálovom mezaníne hovoríme v súvislosti s tichým spoločenstvom a emisiou prioritných akcií, s ktorými nie je spojené právo hlasovania na valnom zhromaždení. Dôvodom je, že pri využití uvedených nástrojov získa obchodná spoločnosť prostriedky, ktoré tvoria z hľadiska jej finančnej štruktúry súčasť vlastného kapitálu, avšak súčasne nespĺňajú jednu alebo viacero znakov typických pre vlastné zdroje financovania, najmä pokiaľ ide o návratnosť predmetných prostriedkov a o právo podieľať sa na riadení spoločnosti.³⁶

4.1.1. Tiché spoločenstvo

Tiché spoločenstvo predstavuje záväzkový právny vzťah, ktorý vzniká na základe osobitného zmluvného typu, a to zmluvy o tichom spoločenstve (§ 673 a nasl. OBZ). Uzavretie tejto zmluvy teda nemá za následok založenie samostatného právneho subjektu (obchodnej spoločnosti), ale tichý spoločník (akákoľvek fyzická alebo právnická osoba) sa ňou zaväzuje spoločnosti odovzdať alebo umožniť využitie určitého vkladu, t. j. peňažnú sumu, vec, právo alebo inú majetkovú hodnotu využiteľnú pri podnikaní a spoločnosť sa zaväzuje na platenie časti zisku vyplývajúcej z podielu tichého spoločníka na výsledku podnikania. Tichý spoločník sa v dôsledku toho podieľa na zisku alebo na strate spoločnosti, avšak nie na jej samotnom riadení. Hoci teda tichý spoločník očakáva zhodnotenie svojho vkladu v podobe podielu na zisku spoločnosti, na rozdiel od veriteľa zo zmluvy o úvere nemá garantovaný právny nárok na vopred určený výnos (úrok), ale v dohodnutom rozsahu znáša aj podnikateľské riziko v podobe straty.³⁷

Skutočnosť, že tichý spoločník sa majetkovým vkladom, ktorý je počas trvania zmluvy nenávratný (§ 681 OBZ), podieľa na podnikaní spoločnosti a jej hospodárskych výsledkoch, je znakom príznačným pre vlastný kapitál. Skutočnosť,

³⁵ Pojem *mezanín* pochádza z architektúry, kde sa ním označuje medzipošodie, príp. priestory spájajúce dve oddelené obytné úrovne. V oblasti finančných služieb plní mezanínové financovanie podobné funkcie – predstavuje medzipoložku medzi vlastným a cudzím kapitálom, teda vrstvu financovania medzi hlavným záväzkom a vlastným kapitálom či hybrid pôžičky a vlastného kapitálu. K tomu pozri: MIHALIČOVÁ, B., HVAŠTOVÁ, J. Mezanínové financovanie – jeho význam a úloha v ekonomike. In: *Ekonomický časopis*, 2008, č. 10, s. 974.

³⁶ TETREVOVÁ, L., SVEDÍK, J. Mezzanine Financing Instruments in Comparison to the Classic Financing Sources. In: *Business, Management and Education*, 2018, č. 1, s. 134.

³⁷ BARTOVÁ, Z. Komentár k § 673. In PATAKYOVÁ, M. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. Bratislava: C. H. Beck, 2022.

že s predmetným vkladom nie je spojené žiadne hlasovacie právo, je zase typickým znakom financovania cudzími zdrojmi.

Hlavnou výhodou financovania na základe zmluvy o tichom spoločenstve je, že ide o formu vhodnú a dostupnú aj pre najmenšie podnikateľské subjekty. S obstaraním tohto finančného zdroja sa navyše nespájajú žiadne počiatkové náklady (napr. na rozdiel od nákladov spojených s emisiou pri cenných papieroch alebo poplatkami pri úveroch a ďalších bankových produktoch). Okrem toho, podnikateľovi nevzniká povinnosť plniť tichému spoločníkovi pravidelné platby, keďže jeho účasť závisí od finálnej podoby hospodárskeho výsledku za účtovný rok. Možný počet tichých spoločníkov zároveň nie je zákonom nijako obmedzený, čo v prípade potreby umožňuje získať aj väčší objem finančných zdrojov. Pre spoločnosti s vyšším podielom cudzích zdrojov predstavuje tiché spoločenstvo spôsob, ktorým si môžu optimalizovať svoju kapitálovú štruktúru a tým zlepšiť svoj úverový potenciál.³⁸

Za hlavné nevýhody tohto spôsobu mezanínového financovania sa zasa považuje fakt, že v porovnaní s úvermi spravidla tichý spoločník požaduje vyšší výnos z poskytnutého kapitálu. Potenciálne riziko zároveň vyplýva z možnosti tichého spoločníka vypovedať zmluvu s podnikateľom. Okrem toho podiel na zisku vyplatený tichému spoločníkovi nie je daňovo uznateľným nákladom [§ 21 ods. 1 písm. d) ZoDP].³⁹

4.1.2. Emisia prioritných akcií bez hlasovacieho práva

Majitelia prioritných akcií (akcionári), s ktorými nie je spojené právo hlasovania na valnom zhromaždení (§ 159 ods. 3 OBZ) sú oprávnení prednostne sa podieľať na zisku spoločnosti, avšak nemajú právo podieľať sa na riadení spoločnosti prostredníctvom výkonu hlasovacieho práva na valnom zhromaždení. Z pohľadu financovania teda ide o situáciu, že získaním majetkových vkladov na báze emisie týchto prioritných akcií spoločnosť zvyšuje svoj vlastný kapitál, pričom však nedochádza ku zmene v existujúcich pomeroch hlasovacích práv.⁴⁰

K hlavným výhodám tejto metódy mezanínového financovania patrí najmä to, že ním je spoločnosť schopná získať veľký objem finančných zdrojov a takisto optimalizovať svoju kapitálovú štruktúru a tým znížiť náklady na získanie (ďalšieho) úverového kapitálu. Na druhej strane, emisia prioritných akcií sa spája s pomerne vysokými emisnými nákladmi. Do úvahy je tiež potrebné zobrať aj zákonné limity, pričom platí, že objem emitovaných prioritných akcií je zákonom obmedzený tak, že súhrn menovitých hodnôt prioritných akcií nemôže prekročiť polovicu základného imania spoločnosti (§ 159 ods. 1 OBZ). Napokon, dividendy vyplatené na základe prioritných akcií takisto nepredstavujú daňovo uznateľné výdavky podľa zákona o dani z príjmov [§ 21 ods. 1 písm. d) ZoDP].⁴¹

³⁸ TETREVOVÁ, L., SVEDÍK, J. Mezzanine Financing Instruments in Comparison to the Classic Financing Sources. In: *Business, Management and Education*, 2018, č. 1, s. 138.

³⁹ Tamtiež, s. 138.

⁴⁰ Tamtiež, s. 135.

⁴¹ Tamtiež, s. 139.

4.2. Dlhový mezanín

O dlhovom mezaníne možno hovoriť v prípade tzv. *participatívneho úveru*, pri ktorom má veriteľ (poskytovateľ úveru) okrem nároku na úrok aj právo podieľať sa na hospodárskom výsledku (zisku) financovanej spoločnosti. Ako už bolo spomenuté, táto charakteristika je typická pre vlastný kapitál vo forme vkladu do spoločnosti. Na rozdiel od spoločníka (resp. akcionára) však postavenie poskytovateľa úveru nemá charakter účasti na spoločnosti, ale postavenie tretej osoby – zmluvného veriteľa spoločnosti. Ďalším rozdielom je, že zatiaľ čo výška podielu na zisku a jeho rozdelenie medzi spoločníkov závisí od rozhodnutia valného zhromaždenia, povinnosť vyplatiť podiel na zisku poskytovateľovi úveru, ako aj jeho výška, vyplývajú priamo z príslušnej úverovej zmluvy. Rozdielom je aj to, že poskytovateľ úveru sa na likvidačnom zostatku spoločnosti podieľa rovnako, ako ostatní veritelia, a teda má v tomto ohľade prednosť pred spoločníkmi.⁴²

Inú úverovú metódu dlhového mezanínového financovania predstavuje tzv. *podriadený úver*. Ide v podstate o klasický úver s tým rozdielom, že veriteľ má na základe prevzatého záväzku podriadenosti (§ 408a OBZ) právo uspokojiť sa v prípade úpadku alebo likvidácie spoločnosti až po uspokojení ostatných veriteľov (samozrejme, s výnimkou spoločníkov, ako reziduálnych veriteľov). O mezanínovom financovaní tu hovoríme preto, lebo načrtnutá podriadenosť je vlastnosťou typickou pre financovanie vlastnými zdrojmi.⁴³

Za hlavnú výhodu uvedených spôsobov úverového financovania možno zhodne označiť, že sa pri ich využití nerozširuje, resp. nemení vplyv na riadenie spoločnosti. Zároveň, v období klesajúcich ziskov spoločnosti sa znižuje aj odplata za poskytnutie tohto zdroja financovania (podiel veriteľa na zisku). Naopak však v období, keď spoločnosť dosahuje vysoké zisky, rastú aj jej náklady udržanie predmetného zdroja. K ďalším nevýhodám patrí tiež skutočnosť, že na získanie týchto úverových zdrojov musí mať spoločnosť k dispozícii určitý podiel vlastných finančných zdrojov, pričom do úvahy treba zobrať aj náklady v podobe bankových poplatkov. V praxi sa okrem toho od spoločnosti zvyčajne vyžaduje aj poskytnutie zabezpečenia úveru.⁴⁴

Odlisnú formu dlhového mezanínového financovania predstavuje *emisía vymeniteľných alebo prioritných dlhopisov* nadväzujúca na podmienené zvýšenie základného imania v akciových spoločnostiach (§ 160 ods. 1 a § 207 OBZ). Predajom dlhopisov spoločnosť získava finančné zdroje, ktoré patria medzi cudzie zdroje financovania činnosti spoločnosti.⁴⁵ Spoločnosť je však povinná vyplácať výnosy z dlhopisov a eventuálne vyplatiť aj ich nominálnu hodnotu (§ 1 ods. 1 zákona č. 530/1990 Zb. o dlhopisoch). V prípade *vymeniteľných* dlhopisov sa z pohľadu mezanínového financovania zdôrazňuje ich vymeniteľnosť za akcie, ako dlhodobé majetkové cenné papiere. Využitím nákupnej opcie, t. j. uplatnením práva

⁴² Tamtiež, s. 135.

⁴³ Tamtiež, s. 136.

⁴⁴ Tamtiež, s. 139 – 140.

⁴⁵ PATAKYOVÁ, M. Komentár k § 160. In PATAKYOVÁ, M. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. Bratislava: C. H. Beck, 2022.

na výmenu takéhoto dlhopisu za akcie, pritom nadobúdateľovi zo zákona zaniká právo na výplatu menovitej hodnoty dlhopisu a výnosu z neho (§ 160 ods. 4 OBZ).⁴⁶ V prípade *prioritných* dlhopisov je situácia odlišná, keďže majiteľovi takéhoto dlhopisu zostáva nárok na vrátenie menovitej hodnoty a výnosu z dlhopisu zachovaný aj v prípade, že si uplatní nárok na prednostné upísanie akcií spoločnosti.⁴⁷

Za hlavnú výhodu popísaného dlhopisového financovania možno označiť fakt, že spoločnosti umožňujú získať veľký objem finančných zdrojov od veľkého počtu investorov. Na získanie týchto zdrojov pritom nie je potrebné poskytovať žiadne majetkové zábezpeky. Zároveň, výnosy z dlhopisov predstavujú vo väčšine prípadov nižšie sumy v porovnaní s úrokmi z klasických podnikových dlhopisov alebo dividendami z kmeňových, či prioritných akcií.⁴⁸

V prípade výmeny dlhopisov za akcie alebo prednostného upísania akcií spoločnosť získava nenávratný finančný zdroj. Okrem nákladov spojených s emisiou dlhopisov je hlavnou nevýhodou tohto spôsobu financovania skutočnosť, že uplatnením nákupnej opcie dochádza k zvýšeniu počtu akcií, v dôsledku čoho sa mení štruktúra kontroly a riadenia spoločnosti a zároveň sa znižuje podiel na zisku pripadajúci na jednu na akciu.

Z ekonomickej analýzy vyplýva, že mezanínové financovanie nemožno považovať za všeobecne výhodnejšie v porovnaní s klasickými metódami financovania prostredníctvom vlastných alebo cudzích zdrojov. Zároveň, aj medzi jednotlivými metódami mezanínového financovania existujú, z hľadiska ekonomickej výhodnosti, iba minimálne rozdiely. Mezanínové financovanie preto nachádza využitie skôr v špecifických situáciách, v ktorých sa môže prejaviť jeho hybridná povaha. Ide najmä o potrebu optimalizovať kapitálovú štruktúru podnikateľa za účelom zlepšenia jeho úverového potenciálu, teda prípady, kedy je podiel vlastného kapitálu príliš nízky na to, aby spoločnosť získala klasické úverové financovanie. V týchto situáciách má mezanínové financovanie potenciál zlepšiť súvahu spoločnosti tým, že získa externé zdroje financovania bez toho, aby súčasne došlo k „zriadeniu“ jej vlastného kapitálu, čo vedie k zlepšeniu pomeru vlastného kapitálu a záväzkov.⁴⁹ Využitie mezanínového financovania sa okrem toho používa pri dočasnom financovaní akvizícií či iných špeciálnych transakcií pred tým, než je takáto transakcia dlhodobo prefinancovaná iným spôsobom.⁵⁰

Práve toto, pomerne úzke, spektrum využitia, v kombinácii s nízkym povedomím podnikateľov o alternatívnych metódach financovania, sú pravdepodobnými dôvodmi, prečo mezanínové financovanie vo viacerých štátoch Európy (vrátane

⁴⁶ Tamtiež.

⁴⁷ Tamtiež.

⁴⁸ TETREVOVÁ, L., SVEDÍK, J. Mezzanine Financing Instruments in Comparison to the Classic Financing Sources. In: *Business, Management and Education*, 2018, č. 1, s. 140 – 141.

⁴⁹ MIHALIČOVÁ, B., HVAŠTOVÁ, J. Mezanínové financovanie – jeho význam a úloha v ekonomike. In: *Ekonomický časopis*, 2008, č. 10, s. 984.

⁵⁰ Tamtiež, s. 975.

Slovenska alebo Česka) doposiaľ nezaznamenalo masívnejšie využitie (opačný prípad predstavuje napr. Nemecko).⁵¹

ZÁVER

Ako dôvod, ktorý brzdí rozvoj podnikania na Slovensku sa často skloňuje nedostatok finančných prostriedkov. Prekonaniu tejto významnej prekážky rozvoja podnikov môže napomôcť aj posilnenie informovanosti podnikateľov o ďalších možnostiach financovania, ktoré majú k dispozícii popri tradičných úverových metódach získavania cudzích kapitálových zdrojov. V rámci predloženého príspevku sme sa venovali otázke alternatívneho financovania obchodných spoločností, pričom sme sa bližšie zamerali na analýzu crowdfundingu, venture capital, faktoringu a forfaitingu a napokon mezanínovému financovaniu.

Crowdfunding predstavuje moderný a dynamický spôsob, ktorým sa podnikatelia môžu dostať k potrebnému kapitálu bez podstupovania významných finančných rizík. Bazálnym predpokladom úspešnosti takéhoto financovania je však dôkladná príprava následne zverejnenej online kampane. Ani splnenie tejto požiadavky však nezaručuje podnikateľov úspech spočívajúci v získaní potrebných prostriedkov. Pokiaľ sa podnikateľom stanovena cieľová suma nedosiahne a crowdfundingová platforma je nastavená tak, že vyzbierané prostriedky sa vrátia jednotlivým investorom, podnikateľ musí *de facto* začať od znova a hľadať ďalšie spôsoby získania potrebného kapitálu. Samozrejme však nie je vylúčené, aby podnikateľ opätovne využil crowdfunding.

Venture capital je spôsob získavania kapitálu spojený s určitou stratou kontroly nad spoločnosťou, kedy investor za svoju investíciu nadobudne v spoločnosti majetkovú účasť. Podstatou týchto investícií je pomoc pri počiatočnom rozvoji inovatívnych spoločností a následný exit investora – vystúpenie z tejto spoločnosti. Významným pozitívom môže byť ďalší (nielen kapitálový) vnos investora, spočívajúci v jeho skúsenostiach a kontaktoch, ktoré môžu začínajúcim spoločnostiam nepochybne pomôcť.

Význam mezanínového financovania možno všeobecne vnímať predovšetkým v špecifických situáciách, kde jeho hybridná povaha umožňuje optimalizovať kapitálovú štruktúru a zlepšiť úverovú bonitu firmy bez „zriadenia“ podielov existujúcich spoločníkov. Vhodne ho možno využiť najmä v prípadoch, keď podiel vlastného kapitálu spoločnosti nestačí na získanie štandardného úveru, alebo pri dočasnom financovaní akvizícií. Toto, pomerne úzke spektrum využitia, spolu s nízkym povedomím o tejto metóde financovania však zatiaľ stále obmedzuje širšie uplatnenie mezanínového financovania v slovenskom podnikateľskom prostredí.

Rozšírenejšou metódou alternatívneho financovania je faktoring, ktorý slúži najmä na okamžité zlepšenie likvidity prostredníctvom odpredaja krátkodobých tuzemských pohľadávok. Tým pomáha znižovať riziko platobnej neschopnosti a

⁵¹ Treba však podotknúť, že najmä v prípade tichého spoločenstva neexistuje štatistický údaj alebo iné spoľahlivé ukazovatele, preto je táto oblasť len ťažko merateľná. K tomu pozri: MIHALIČOVÁ, B., HVAŠTOVÁ, J. Mezanínové financovanie – jeho význam a úloha v ekonomike. In: *Ekonomický časopis*, 2008, č. 10, s. 977.

zlepšujú peňažný tok, čo môže byť výhodné predovšetkým pre malé a stredné podniky. Forfaiting plní obdobný účel, avšak najmä pri financovaní dlhodobých zahraničných pohľadávok.

POUŽITÉ PRAMENE

1. BELANOVÁ, K. Alternatívne zdroje financovania a ich využívanie v podmienkach SR. In: *Biatec. Odborný bankový časopis*. ISSN 1335-0900, 2013, č. 3.
2. CAI, W., POLZIN, F., STAM, E. Legal Institutions, Social Capital, and Financial Crowdfunding: A Multilevel Perspective. In: SHNEOR, R., ZHAO, L., TORE FLÄTEN, B. (eds.) *Advances in Crowdfunding. Research and Practice*. Cham: palgrave macmillan, 2020. ISBN 978-3-030-46309-0.
3. GREENWOOD, J. HAN, P. SÁNCHEZ, J. *Venture Capital: A Catalyst for Innovation and Growth*. 2022. Dostupné na webovej adrese: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4077464
<https://www.investopedia.com/ask/answers/020415/what-difference-between-private-equity-and-venture-capital.asp>
4. CHOVANCOVÁ, B., BUKOVEN, J. Startup ako forma investovania a ich úloha v malej otvorenej ekonomike. In: *Finančné trhy*, 2015, č. 4. ISSN 1336-5711.
5. KVILHAUG, S. *Private Equity vs. Venture Capital: What's the Difference?*. 2024. Dostupné na webovej adrese:
6. MIHALIČOVÁ, B., HVASTOVÁ, J. Mezanínové financovanie – jeho význam a úloha v ekonomike. In: *Ekonomický časopis*. ISSN: 2729-7470, 2008, č. 10.
7. NIFTYHONTAS, I. *Journey Through Time: A Comprehensive History of Venture Capital*. 2023. Dostupné na webovej adrese: <https://www.goingvc.com/post/journey-through-time-a-comprehensive-history-of-venture-capital>
8. PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. Bratislava: C. H. Beck, 2022, 1792 s. ISBN 978-80-8232-018-6.
9. REIFF, N. *What Is Series Funding A, B, and C?*. 2024. Dostupné na webovej adrese: <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/102015/series-b-c-funding-what-it-all-means-and-how-it-works.asp>
10. ROSTÁŠ, D. Šedá zóna faktoringu – priestor pre verejnoprávnu ingerenciu? In HUČKOVÁ, R. (ed.) *Zásahy verejnej moci do podnikania a obchodovania. Pocta profesorovi Jánovi Husárovi*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2022, s. 153 – 160. ISBN. 978-80-574-0155-1.
11. SOKOL, M. *Digitalizácia a umelá inteligencia v obchodných spoločnostiach*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2024. ISBN 978-80-8232-050-6.
12. TETREVOVÁ, L., SVEDÍK, J. Mezzanine Financing Instruments in Comparison to the Classic Financing Sources. In: *Business, Management and Education*. ISSN: 2029-7491, 2018, č. 1.

13. VITÉZ, M. Zmluva o faktoringu. In: *Právny obzor*. ISSN 2729-9228, 2011, č. 5.
Dostupné na webovej adrese: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/pravny-obzor/zmluva-o-faktoringu.m-869.html>.

KONTAKT NA AUTOROV

oliver.buhala@upjs.sk

michal.sokol@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

JUDr. Ľuboš Dobrovič, PhD.¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

***Actio Pauliana* a scudzenie na škodu veriteľ'a (odporovanie
zvýhodňujúcemu právnemu úkonu) včera a dnes**

***Actio Pauliana* and fraudulent transfers to the detriment of the creditor
(contesting a preferential legal act), past and present**

Abstrakt

Predkladaný vedecký príspevok autora sa zameriava na komparáciu rímsko-právneho inštitútu alienatio in fraudem creditorum a žaloby actio Pauliana a súčasnej právnej úpravy so zameraním na odporovanie zvýhodňujúcemu právnemu úkonu v zmysle ust. § 59 zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii. Cieľom príspevku je poukázať na prípadne paralely rímskoprávnej úpravy a kontroverziu nevyhnutnosti preukazovať, resp. absenciu nutnosti preukazovať úmysel dlžníka ukrátiť uspokojenie pohľadávok zvýhodnením niektorých z veriteľ'ov a vedomosť tretej osoby o tomto úmysle.

Kľúčové slová: scudzenie na škodu veriteľ'ov, konkurz, rímske právo, actio Pauliana, odporovateľnosť právneho úkonu, odporovanie zvýhodňujúcemu právnemu úkonu.

Abstract

The presented scientific paper by the author focuses on a comparison of the Roman law institute alienatio in fraudem creditorum and the claim actio Pauliana with the current legal framework, specifically regarding the contesting of preferential legal acts under § 59 of Act No. 7/2005 Coll. on Bankruptcy and Restructuring. The aim of the paper is to highlight potential parallels between Roman law regulations and the controversy surrounding the necessity, or lack thereof, to prove the debtor's intent to deprive some creditors of satisfaction of their claims, as well as the third party's awareness of this intent.

Key words: fraudulent transfer to the detriment of creditors, bankruptcy, Roman law, Actio Pauliana, avoidance of a legal act, contesting a preferential legal act.

JEL Classification: K22

¹ Autor je odborným asistentom na UPJŠ v Košiciach, Právnickej fakulte, Katedre dejín štátu a práva a advokátom zapísaným v zozname advokátov Slovenskej advokátskej komory.

ÚVOD

Záujem dlžníka ochrániť vlastné aktíva pred veriteľom je prirodzenou, avšak pre veriteľa nechcenou skutočnosťou, ktorú môžeme (*de lege aj de facto*) badať a analyzovať v priebehu celého historického vývoja európskeho práva, nevynímajúc súčasnosť a ani právo rímske.

Konanie dlžníka smerujúce k scudzeniu na škodu veriteľa je prirodzené a logické, pričom právo (v akejkoľvek podobe) musí reagovať na situáciu, kedy dlžník, svojím úmyselným konaním ukracuje svojho veriteľa na jeho škodu, resp. dochádza k objektívnemu uskutočňovaniu zvýhodňujúcich právnych úkonov voči inému veriteľovi dlžníka.

Hypotézou predkladaného príspevku je existencia (resp. neexistencia) spoločných znakov (*tertium comparationis*) rímsko-právneho inštitútu *fraudationis causa gestum* (*alienatio in fraudem creditorum* chráneného justiniánskou žalobou *actio Pauliana* a moderných inštitútov konkurzného práva – odporovacej žaloby a odporovaniu zvýhodňujúcemu právnomu úkonu podľa zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj „ZoKR“).

Cieľom príspevku je analýza jednotlivých inštitútov rímskeho a moderného práva a vykonanie komparácie rímsko-právneho *fraudationis causa gestum, alienatio in fraudem creditorum* ako *comparatum* a moderného konkurzného práva (odporovanie zvýhodňujúcemu právnomu úkonu) ako *comparandum* s prihliadnutím na kontroverziu v otázke preukazovania úmyslu dlžníka ukrátiť uspokojenie pohľadávok zvýhodnením niektorých z veriteľov a vedomosti tretej osoby o tomto úmysle.

Predmetná otázka je vo vedeckej spisbe riešená samostatne, buď ako problematika rímsko-právna, resp. ako otázka moderného práva (a jeho komparácie v rámci moderných právnych poriadkov).

1. *FRAUDATIONIS CAUSA GESTUM – ALIENATIO IN FRAUDEM CREDITORUM* A *ACTIO PAULIANA* – RÍMSKO-PRÁVNY POHĽAD

Rímske právo predmetnú situáciu (z dnešného hmotnoprávneho pohľadu) označovalo pojmami *fraudationis causa gestum*, resp. *alienatio in fraudem creditorum*, pričom veriteľovi na ochranu jeho práv a právom chránených záujmov (z dnešného procesnoprávneho pohľadu) poskytovalo procesné prostriedky ochrany, a to prétorom povolené navrátenie do predošlého stavu - *restitutio in integrum*²,

² D. 4, 1, 1 a 3: „...nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem (...) Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.“ – V rámci tohto titulu prichádza na mnohých miestach prétor na pomoc tým, ktorí pochybili alebo boli oklamani a upadli do osídíel buď zo strachu alebo kvôli úskoku, svojej nedospelosti alebo neprítomnosti (...) Všetky prinavrátania do predchádzajúceho stavu sľúbi prétor až po prešetrení jednotlivých prípadov, prirodzene preto, aby pri každom preskúmal zákonnosť a či je skutočne pravdivé to, kvôli čomu pri

respektíve interdikt: *interdictum adipiscendae possessionis* označovaný aj ako *interdictum fraudatorium*. Predmetné prostriedky právnej ochrany v časoch justiniánskej kodifikácie splynuli do jednotnej odporovacej žaloby označovanej ako *actio Pauliana*.³

1.1. Znamky skutkovej podstaty *fraudationis causa gestum, (alienatio in fraudem creditorum)*

Z rímsko-právneho „hmotnoprávneho“ hľadiska bolo pre naplnenie skutkovej podstaty⁴ *fraudationis causa gestum (alienatio in fraudem creditorum)* a následnej možnosti využitia procesnoprávných prostriedkov ochrany potrebné, aby nastali nasledovné skutočnosti:

- a) ***alienatio***, t.j. konanie dlžníka spočívajúce v scudzení, resp. dispozícii s majetkom, ktoré majetok dlžníka zmenší.

Predmetný znak skutkovej podstaty *fraudationis causa gestum (alienatio in fraudem creditorum)* predpokladal scudzenie (dispozíciu) s majetkom dlžníka, ktorým mohlo byť považované akékoľvek právne relevantné konanie, to znamená nielen prevod vlastníckeho práva, vecných a obligačných práv, ale aj ich odrieknutie (t.j. odmietnutie plnenia, ktoré bolo v prospech majetku dlžníka), zriadenie (na majetku dlžníka) vecného práva k cudzej veci alebo vstup do nových záväzkov potencionálne znižujúcich majetok dlžníka.

Okrem už uvedených všeobecných kategórií konaní dlžníka, ktoré by znižovali jeho majetok, rímske právo medzi *alienatio* zaraďovalo aj iné konania alebo opomenutia dlžníka, ktorým dlžník znižoval svoj majetok, a to napríklad: keď už prebiehajúce súdne konanie dlžník úmyselne viedol tak, aby bol vo výsledku neúspešný (napr. procesná neaktivita, neprítomnosť, úmyselné nepredkladanie dôkazov), neuplatnenie nárokov voči inému (úmyselné premlčanie vlastného nároku, resp. žaloby) alebo ponechanie veci v držbe iného za účelom vydržania vlastnej veci dlžníka inou osobou.

- b) ***consilium fraudandi, fraudationis causa, animo fraudandi***, t.j. úmysel dlžníka svojimi konaniami (*alienatio*) poškodiť (majetok) veriteľa

Podľa rímskeho práva úmysel dlžníka poškodiť veriteľa bol nevyhnutnou podmienkou a základným znakom skutkovej podstaty *fraudationis causa gestum (alienatio in fraudem creditorum)*. Úmysel dlžníka poškodiť veriteľa sa predpokladal (prezumoval) v prípade, ak bol dlžník v konkurze (*missio in possessionem*, t.j. rímsko-právne obmedzenie dlžníka vo výkone obligačných práv

každom jednotlivom prípade musí prísť na pomoc.“ - BLAHO, P. – VAŇKOVÁ, J.: *CORPUS IURIS CIVILIS – DIGESTA – Tomus I.* Žilina: EUROKÓDEX, 2008, s. 127

³ HEYROVSKÝ, L.: *Dějiny a system soukromného práva římského*. Praha: Knihkupec C.K. České university J. Otto, 1910, s. 799 - 803

⁴ BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva*. Praha: Panorama, 1981, s. 159

poskytnuté magistrátom), resp. ak jeho konanie poškodzujúce veriteľa spôsobilo jeho konkurz.

Účelom rímskoprávnej *missio in possessionem* bolo, aby sa pohľadávky veriteľov mohli prihlásiť včas a mohli byť pomerne uspokojené z majetku dlžníka. *Missio in possessionem* garantované magistrátom malo za následok udelenie držby majetku dlžníka jednému z veriteľov, ktorý spolu s ostatnými prihlásenými veriteľmi mali za úlohu speňažiť tento majetok (*bona ex edicto possideri, proscribi venireque iubet*) a výtazok si pomerne prerozdeliť. Predaj majetku dlžníka (*bonorum venditio*) bol uskutočňovaný verejnou dražbou (za najvyššiu ponuku) na to oprávnenou osobou (*magister bonorum vendendorum*) zvolenou väčšinou veriteľov.

c) *conscientia fraudis, patriceps fraudis*, t.j. vedomosť nadobúdateľa o úmysle dlžníka poškodiť veriteľa

Znakom skutkovej podstaty *fraudationis causa gestum (alienatio in fraudem creditorum)* bola aj skutočnosť, že nadobúdateľ musel vedieť o úmysle dlžníka, svojim konaním (opomenutím) ukrátiť veriteľa. Výnimkou z vyššie uvedeného bola situácia, kedy nadobúdateľ nadobudol od dlžníka majetok bezodplatne, pričom v tomto prípade mohol veriteľ požadovať od nadobúdateľa to, o čo sa jeho majetok ukrátil aj bez preukazovania úmyslu nadobúdateľa.

d) *eventus fraudis*, t.j. skutočné ukrátenie veriteľa

Posledným znakom skutkovej podstaty rímsko-právnej *fraudationis causa gestum (alienatio in fraudem creditorum)* bolo skutočné ukrátenie veriteľa (veriteľov). Skutočné ukrátenie veriteľa nastalo až v prípade predaja majetku dlžníka (*venditio bonorum*), kedy sa veriteľom dostalo menej, ako keby k scudzeniu (dispozícii) dlžníkom na úkor veriteľov nedošlo. Fakticky teda k *fraudationis causa gestum (alienatio in fraudem creditorum)* mohlo vzhľadom na tento znak skutkovej podstaty dôjsť až vtedy, ak došlo ku konkurzu dlžníka a speňaženiu jeho majetku (*venditio bonorum*).

1.2. Osoba voči ktorej smeruje zvýhodňujúci právny úkon a možnosti veriteľov

Okrem tretích osôb mohol dlžník ukrátiť svojich veriteľov aj v prospech svojho konkrétneho – existujúceho veriteľa. Podľa rímskoprávnej úpravy mohli ostatní veritelia odporovať zvýhodňujúcim právnym úkonom v prípade, ak už nastal konkurz dlžníka (*missio in possessionem*).

Ak dlžník splnil pohľadávku veriteľa pred nastúpením konkurzu (pred *missio in possessionem*), bolo dôležité, či išlo o pohľadávku splatnú alebo naopak. V prípade splatného dlhu nebolo možné uplatniť procesné prostriedky ochrany (*interdictum adipiscendae possessionis – interdictum fraudatorium, actio Pauliana*), keďže v zmysle rímskeho práva dlžník vykonával len svoju povinnosť a veriteľ (aj keby

vedel, že tým môžu byť potencionálne ukrátení ostatní veritelia) tým, že plnenie prijal, len vykonával svoje právo.

V prípade, ak pohľadávka ešte nebola splatná, a dlžník túto pohľadávku veriteľovi splnil, mohli ostatní veritelia využiť odporovaciu žalobu (*interdictum adipiscendae possessionis – interdictum fraudatorium, actio Pauliana*), ale iba o tzv. *interusurium*, t.j. rozdiel medzi hodnotou, ktorú peňažná pohľadávka mala v dobe splnenia a jej nominálnou hodnotou. Veriteľ mohol odporovať zvýhodňujúcemu právnomu úkonu dlžníka a uplatniť si ho v lehote jedného roka od uskutočnenia úkonu zvýhodňujúceho iného veriteľa.

Subjektom (žalovaným), voči ktorému mohol veriteľ použiť odporovacie právne prostriedky bol ten, kto nadobudol majetok dlžníka *particeps fraudis*, t.j. vedomý si úmyslu dlžníka, pričom bol zaviazaný uviesť všetko do stavu, ako keby k nadobudnutiu majetku dlžníka vôbec nedošlo. Predmetná situácia sa nedotýkala len samotného majetku, ale aj prírastku majetku (plodov), pričom žalovaný si mohol voči nárokom veriteľ (veriteľov) uplatniť (odpočítať) nevyhnutné náklady vynaložené na majetok. Samotná protihodnota za navrátený majetok (napr. kúpna cena) sa nadobúdateľovi poskytovala len vtedy, ak ešte stále bola súčasťou dlžníkovho majetku.

2. ODPOROVANIE ZVÝHODŇUJÚCEMU PRÁVNEMU ÚKONU – SÚČASNÝ POHĽAD

Actio Pauliana je súčasťou mnohých moderných právnych poriadkov a do dnešných dní vyvoláva podnetné diskusie s celoeurópskymi presahmi *de lege ferenda*⁵, pričom slovenská odporovacia žaloba stojí na pomedzí hmotnoprávneho inštitútu s procesnoprávnymi znakmi.

Pre účely predkladaného príspevku, z celej škály odporovateľných právnych úkonov podľa ust. § 57 a nasl. ZoKR sme pristúpili ku komparácii rímskoprávnej úpravy *fraudationis causa gestum (alienatio in fraudem creditorum)* a odporovaniu zvýhodňujúcim právnom úkonom podľa ust. § 59 ZoKR.

Podľa ust. § 59 ods. 1, ods. 2 a ods. 6 ZoKR:

„Zvýhodňujúcim právnym úkonom na účely tohto zákona je právny úkon, ktorým dlžník úplne alebo sčasti splnil peňažnú pohľadávku inak splatnú až vyhlásením konkurzu, zabezpečil svoj záväzok neskôr, ako záväzok vznikol, dohodol úpravu alebo nahradenie svojho záväzku vo svoj neprospech alebo inak neodôvodnene zvýhodnil svojho veriteľa oproti iným svojim veriteľom.“

„Zvýhodňujúcim právnym úkonom na účely tohto zákona je tiež právny úkon, ktorým sa dlžník úplne alebo sčasti vzdal svojho práva, úplne alebo sčasti odpustil dlh svojho dlžníka, dohodol úpravu alebo nahradenie svojho práva vo svoj neprospech, dohodol alebo inak umožnil zánik svojho práva alebo inak neodôvodnene znevýhodnil seba na úkor svojich veriteľov.“

⁵ CUKEROVÁ, D.: Actio pauliana s cudzím prvkom. In: *Právnik*. roč. 158, 2019, č. 2, 201 – 216.

„Rovnako ako právny úkon sa posudzuje aj dlžníkovu opomenutie, v dôsledku ktorého dlžník stratil právo alebo v dôsledku ktorého sa voči nemu založili, zachovali alebo zabezpečili majetkové právne nároky.“

Podľa názoru doc. Dolného⁶ je výpočet zvýhodňujúcich právnych úkonov podľa ust. § 59 ZoKR demonštratívny, pričom úvaha súdu pri rozhodovaní o zvýhodnení veriteľa nie je úplne neobmedzená, avšak súdu dáva dostatočne voľnú úvahu rozhodnúť o ďalších právnych úkonoch, t.j. či napĺňajú podstatu zvýhodňujúceho právneho úkonu, ktorým boli veritelia ukrátení.

Základné znaky skutkovej podstaty, resp. podmienky pre uplatnenie odporovacej žaloby (zvýhodňujúci právny úkon) podľa slovenského právneho poriadku sú:

- a) zvýhodnenie veriteľa v porovnaní s ostatnými veriteľmi,
- b) príčinná súvislosť medzi právny úkonom dlžníka a vzniknutým úpadkom alebo vykonanie právneho úkonu už počas existencie úpadku,
- c) právny úkon bol urobený počas jedného roka pred začatím konkurzného konania,
- d) neuplynula jednoročná prekluzívna lehota v rámci ktorej možno uplatniť právo odporovať právny úkon týkajúci sa majetku dlžníka a
- e) ukrátenie uspokojenia pohľadávky veriteľa.

Medzi slovenskou vedeckou komunitou vyššie uvedené znaky skutkovej podstaty odporovania zvýhodňujúceho právneho úkonu nie sú sporné, pričom úmysel, či vedomosť dlžníka, resp. tretej strany sa nevyžaduje (odporovateľnosť má objektívnu povahu).⁷

Podľa rozhodnutia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 15. februára 2011, sp. zn. 4Sžf/24/2010 by hlavným účelom konkurzného konania malo byť zachovanie princípu *pari passu* pri uspokojovaní veriteľov a z tohto dôvodu uhradenie pohľadávky jedného alebo niektorých z veriteľov v plnej výške fakticky znevýhodňuje ostatných veriteľov, pohľadávky ktorých nie sú uspokojené vôbec.⁸

Súdna prax však prezentuje aj iný názor (napr. Krajský súd Žilina, sp. zn. 5Cbi/1/2007, Krajský súd Žilina, sp. zn. 13CoKR/6/2013), pričom časť konajúcich súdov vyžaduje jednoznačné preukázanie existencie úmyslu ukrátiť veriteľov realizovaným právny úkonom, resp. vedomosť druhej strany o takomto úmysle. Dôkazné bremeno (že úpadca inak neodôvodnene zvýhodnil svojho veriteľa – žalovaného – oproti iným svojim veriteľom) je v prípade súdneho sporu na žalobcovi, teda na subjekte, ktorý právny úkon odporuje.

Podľa nášho názoru, bez preukázania skutkových okolností, za ktorých došlo k zvýhodneniu veriteľa (bez unesenia dôkazného bremena v otázke existencie úmyslu ukrátiť veriteľov realizovaným právny úkonom, resp. vedomosť druhej strany o takomto úmysle), nemožno právny úkon v jednoročnej lehote odporovať, a tak

⁶ DOLNÝ, J.: Podmienky odporovateľnosti právnych úkonov v konkurze (1. časť). In: *Justičná revue*. Roč. 71, 2019, č. 4 s. 391 - 410

⁷ ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2021, 530 - 538

⁸ DOLNÝ, J.: Odporovateľnosť právnych úkonov v konkurze: komparácia amerického, nemeckého a slovenského právneho poriadku. In: *Justičná revue*. Roč. 69, 2017, č. 6 – 7. s. 881 - 904

procesne nie je splnená základná podmienka, aby mohol súd žalovanému nároku vyhovieť.

A contrario by potom akékoľvek plnenie záväzkov dlžníka do začatia konkurzného konania malo za následok zvýhodnenie týchto veriteľov v porovnaní s inými, a teda aj možnosť napadnúť akékoľvek právne úkony dlžníka, ktorými pred začatím konkurzného konania plnil svoje záväzky voči veriteľom odporovateľnosťou, pričom takýto prísny výklad zákona považujeme za výklad *ad absurdum*.

ZÁVER

Vzhľadom na hypotézu a stanovený cieľ príspevku je nevyhnutné porovnať inštitúty rímsko-právneho *fraudationis causa gestum*, resp. *alienatio in fraudem creditorum* ako *comparatum* a inštitúty moderného konkurzného práva (odporovanie zvýhodňujúcemu právnemu úkonu) ako *comparandum*. Predpokladáme (hypotéza), že tieto právne inštitúty majú svoje spoľahlivé *tertium comparationis*, ktoré je základom k využitiu komparačnej metódy.

Pri analýze rímskeho práva a overovaní hypotézy možných presahov rímskeho práva do slovenského právneho poriadku sme dospeli k záveru, že rímsko-právne *fraudationis causa gestum*, resp. *alienatio in fraudem creditorum* a súčasná odporovacia žaloba (odporovanie zvýhodňujúcemu právnemu úkonu) majú nasledovné spoločné znaky (znaky skutkovej podstaty) - *tertium comparationis* (zjednodušene, s prihliadnutím na historický a časový odstup jednotlivých právnych úprav):

- konanie dlžníka spočívajúce v zmenšení jeho majetku (*alienatio*), reps. aj jeho konkrétne demonštratívne vymedzenie,
- lehota jedného roka pred vznikom rozhodujúcich skutočností (*tempus*),
- konkurz dlžníka (*missio in possessionem*),
- ukrátenie uspokojenia pohľadávky veriteľa (*eventus fraudis*).

Medzi rozdielne znaky zaraďujeme prístup rímskeho práva a súčasnej právnej úpravy k možnosti odporovať zvýhodňujúcim právnym úkonom, keďže rímske právo pristupuje k znevýhodňujúcemu právnemu úkonu podľa toho, či išlo o pohľadávku splatnú alebo naopak, pričom v súčasnom práve je možné odporovať akýkoľvek zvýhodňujúci právny úkon podľa ust. § 59 ZoKR.

Najmarkantnejší rozdiel pozorujeme v otázke nevyhnutnosti existencie *conscientia fraudis*, *patriceps fraudis*, t.j. vedomosti nadobúdateľa (iného veriteľa dlžníka) o úmysle dlžníka poškodiť veriteľa a *consilium fraudandi*, *fraudationis causa*, *animo fraudandi*, t.j. úmysle dlžníka svojim konaním poškodiť (majetok) veriteľa. Rímske právo naplnenie predmetných znakov skutkovej podstaty jednoznačne vyžaduje, okrem prípadu kedy nadobúdateľ (iný veriteľ dlžníka) nadobudol od dlžníka majetok bezodplatne, pričom v tomto prípade mohol ukrátený veriteľ požadovať od nadobúdateľa (iného veriteľa dlžníka) to, o čo sa jeho majetok ukrátil aj bez preukazovania jeho úmyslu (vedomosti). Aplikácia súčasnej právnej úpravy je však nejednoznačná.

Pri dvojkoľajnosti rozhodovacej praxe (kontroverzii) v otázke nevyhnutnosti preukazovania úmyslu dlžníka a vedomosti tretej strany o úmysle ukrátiť veriteľov realizovaným právnym úkonom je možné zaujať stanovisko, podľa ktorého by mal konajúci súd skúmať v každom jednotlivom prípade, či konanie iného veriteľa je konaním *animo in fraudem creditorum*.

POUŽITÉ PRAMENE

1. BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva*. Praha: Panorama, 1981, 512 s.
2. BLAHO, P. – VAŇKOVÁ, J.: *CORPUS IURIS CIVILIS – DIGESTA – Tomus I*. Žilina: EUROKÓDEX, 2008, 528 s. ISBN: 978-80-89363-07-0
3. CUKEROVÁ, D.: Actio pauliana s cudzím prvkom. In: *Právnik*. ISSN 0231-6625. roč. 158, 2019, č. 2, 201 – 216.
4. DOLNÝ, J.: Odporovateľnosť právnych úkonov v konkurze: komparácia amerického, nemeckého a slovenského právneho poriadku. In: *Justičná revue*. ISSN: 1335-6461. Roč. 69, 2017, č. 6 – 7. s. 881 - 904
5. DOLNÝ, J.: Podmienky odporovateľnosti právnych úkonov v konkurze (1. časť). In: *Justičná revue*. ISSN: 1335-6461. roč. 71, 2019, č. 4 s. 391 – 410.
6. ĎURICA, M.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2021, 1496 s. ISBN: 978-80-74008-46-7
7. HEYROVSKÝ, L.: *Dějiny a system soukromného práva římského*. Praha: Knihkupec C.K. České university J. Otto, 1910, 1205 s.
8. Zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
9. Rozhodnutie - Krajský súd Žilina, sp. zn. 5Cbi/1/2007
10. Rozhodnutie - Najvyšší súd Slovenskej republiky, sp. zn. 4Sžf/24/2010
11. Rozhodnutie - Krajský súd Žilina, sp. zn. 13CoKR/6/2013

KONTAKT NA AUTORA

lubos.dobrovic@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

doc. JUDr. Ing. Jaroslav Dolný, PhD. - Mgr. Dušan Rostáš, PhD.¹
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Insolvenčný pohľad na predaj podniku v SR²
An insolvency perspective on the sale of a business in the Slovak Republic

Abstrakt

Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva počíta s postupom predpripraveného predaja podniku tzv. postupom pre-pack. Slovenská právna úprava umožňuje speňažovanie podniku v insolvenčných konaniach viacerými spôsobmi. Cieľom príspevku bude analyzovať slovenskú právnu úpravu predaja podniku v konkurze, a to, ako v kontexte zmien obsiahnutých v návrhu smernice, tak ako aj v kontexte ochrany hospodárskej súťaže pred koncentraciami.

Kľúčové slová: konkurz, pre-pack, hospodárska súťaž, podnik.

Abstract

The proposal for a directive of the European Parliament and the Council harmonizing certain aspects of insolvency law envisages a procedure for the pre-prepared sale of a business, the so-called by the pre-pack procedure. Slovak legislation enables monetization of a company in insolvency proceedings in several ways. The aim of the contribution will be to analyze the Slovak legislation on the sale of a company in bankruptcy in the context of the proposed changes contained in the draft of directive and from perspective of merger control.

Key words: bankruptcy, pre-pack sale, economic competition, enterprise.

JEL Classification: K2

¹ Katedra obchodného a hospodárskeho práva, Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach.

² Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-23-0331 „Integrácia únie kapitálových trhov: zmena korporáčného financovania a záchrana obchodných spoločností vo finančných ťažkostiach“ a VEGA č. 1/0259/22 „Nové prístupy k riešeniu finančných ťažkostí podnikateľa“.

ÚVOD

Európska komisia v septembri 2020 oznámila ďalšiu iniciatívu, ktorá z hľadiska svojho vecného zamerania mala zacieliť priamo na situácie, kedy podnik už čelí platobnej neschopnosti a insolvenčnému konaniu sa nevyhne.³ Jej ambíciou bolo okrem iného priniesť harmonizovaný rámec pravidiel, ktorý by dokázal zmierniť rozdiely v efektívnosti vnútroštátnych insolvenčných konaní naprieč jednotlivými národnými jurisdikciami a v tomto zmysle ponúknuť riešenie problémov dlhých a neefektívne vedených insolvenčných konaní a nižších hodnôt uspokojených pohľadávok veriteľov. Na uvedenom pozadí pripravila Komisia návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva (ďalej len „návrh smernice“), a ktorý spolu s dôvodovou správou k tomu uverejnila dňa 7. decembra 2022.⁴

Jednou z oblastí, ktoré Komisia navrhuje harmonizovať je oblasť speňaženia podniku v insolvenčnom konaní prostredníctvom tzv. pre-packu. Zjednodušene by sme pre-pack mohli definovať ako predaj podniku alebo jeho podstatnej časti, o ktorej sa rokuje ešte pred tým ako dlžník vstúpi do formálneho konkurzného konania a ktorý uskutoční správca v krátkom čase po vyhlásení konkurzu. Návrh smernice počíta s viacerými štádiami predaja, kde sa zaoberá aj konkrétnym materiálno-technickým zabezpečením predaja podniku vrátane otázok týkajúcich sa participácie zabezpečených a nezabezpečených veriteľov pri jeho predaji.⁵ Východiskovo koncipuje návrh smernice pre-pack postupy ako: „*zrýchlené likvidačné konanie, ktoré umožňuje predaj celého podniku dlžníka alebo jeho časti ako podniku s predpokladom nepretržitého pokračovania v činnosti najlepšiemu uchádzačovi s cieľom likvidácie majetku dlžníka z dôvodu zistenej platobnej neschopnosti dlžníka.*“⁶ Hoci východiskovo sa prístup vyjadrený v návrhu smernice môže javiť pozitívne, pretože dlžníkom sprístupňuje a rozširuje potenciálny okruh mechanizmov riešenia ich finančných ťažkostí, veriteľom zlepšuje vyhliadky na úroveň uspokojenia ich pohľadávok v konkurze, či podniku umožňuje ďalej nepretržite pokračovať v jeho činnosti, v odborných zdrojoch však nemožno prehľadnúť viaceré skeptické postoje, ktoré smerujú najmä k využiteľnosti pre-pack postupov a podmienkam, za akých sa realizujú.⁷

³ COM(2020) 590 final, s. 12–13. Dostupné tu: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:61042990-fe46-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

⁴ Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva zo dňa 7.12.2022, COM(2022) 702 final. Dostupná tu: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8adadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF

⁵ K návrhu smernice pozri bližšie DOLNÝ, J., CUKEROVÁ, D. O pre-pack postupoch v konkurznom práve: ďalšia harmonizácia na obzore? In: Neštandardné legislatívne zásahy štátu v neštandardných situáciách : pocta profesorovi Milanovi Ďuricovi. - Banská Bystrica : Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici - Belianum, 2023. - ISBN 9788055720586. S. 123-142.

⁶ Článok 2 písm. p) návrhu smernice.

⁷ Pozri napríklad ADEBOLA, B.: Transforming Perceptions: The Development of Pre-pack Regulations in England and Wales. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, 2023, No. 1, pp. 150–177 a tam uvedené ďalšie zdroje alebo aj WEIJS, J. R.: Harmonization of European Insolvency

Slovenská právna úprava v oblasti insolvenčného práva samostatne nepracuje s inštitútom pre-packu. Avšak aktuálny právny rámec ponúka určité možnosti predpripraveného predaja podniku aj bez výslovného nastavenia právne rámca pre-packov v slovenskom právnom poriadku. Cieľom tohto príspevku tak bude analýza slovenskej insolvenčnej právnej úpravy s ohľadom na právny rámec speňažovania podniku v insolvenčných konaniach v kontexte na navrhované zmeny predaja podniku v návrhu smernice.

1. PREDAJ PODNIKU V KONKURZE

Predaj podniku v konkurze je jedným z insolvenčných konaní, kde slovenská právna úprava umožňuje predaj podniku. Zároveň konkurz ako likvidačné konanie je zároveň tým druhom konania v rámci ktorého návrh smernice ráta so zavedením pre-pack postupu predaja podniku.

Zákonom č. 111/2022 Z.z. o riešení hroziaceho úpadku a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj „zákon o riešení hroziaceho úpadku“), ktorou sa novelizovalo aj ustanovenie § 91 ods. 3 zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii (ďalej aj „ZKR“) došlo k vypusteniu ustanovenia, podľa ktorého správca mohol až na výnimky⁸ začať speňažovať majetok až po konaní 1. schôdze. Od vypustenia tohto obmedzenia sa umožnilo predávať majetok vrátane predaja podniku aj do času konania 1. schôdze veriteľov. Z pohľadu predaja podniku tak odpadlo podstatné časové obmedzenie možnosti jeho predaja, keďže 1. schôdza veriteľov sa koná v zmysle ustanovení ZKR najskôr po uplynutí 3 mesiacov odo dňa vyhlásenia konkurzu.

Zákonodarca síce odstránil obmedzenie predaja majetku vrátane predaja podniku do 1. schôdze veriteľov, ale spojil možnosť speňažovania majetku s pokynmi dočasného veriteľského výboru. Ako uvádza dôvodová správa k zákonu o riešení hroziaceho úpadku, najmä z dôvodu, že aj pred prvou schôdzou veriteľov môže byť ustanovený dočasný veriteľský výbor, môže byť majetok podliehajúci konkurzu speňažený so súhlasom príslušného orgánu aj pred jej konaním.⁹ Rýchlejšie speňaženie majetku v prípade ak do konkurzu spadne fungujúci podnik je za určitých okolností priaznivejšie z dôvodu, že nie každý podnik je prevádzky schopný dlhšie časové obdobie trvajúce pár mesiacov. V prípade ak nie sú splnené podmienky na prevádzkovanie podniku, musí správca pristúpiť k ukončeniu prevádzky podniku¹⁰.

Law: Preventing Insolvency Law from Turning against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide. In: *European Company and Financial Law Review*, Vol. 15, 2018, No. 2, p. 426. Dostupné tu: Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning Against Creditors by Upholding the Debt-Equity Divide by Roelf Jakob de Weijts :: SSRN

⁸ Za výnimku sa stále považuje podľa § 91 ods. 3 speňaženie majetku, ktorý je bezprostredne ohrozený skazou, zničením alebo iným podstatným znehodnotením a pri ktorom sa pokyn príslušného orgánu ani rozhodnutie súdu nevyžaduje.

⁹ Bod 46 dôvodovej správy k zákonu o riešení hroziaceho úpadku.

¹⁰ Podľa § 88 ZKR je podnik prevádzky schopný ak sú správcom uhrádzané pohľadávky proti podstate, nezmenší sa podstatným spôsobom hodnota oddelenej podstaty a v dôsledku prevádzkovania podniku dosiahne pre veriteľov vyššiu mieru uspokojenia ich pohľadávok, ako keby prevádzkovanie podniku ukončil.

Skorší predaj podniku tak môže zvýšiť uspokojenie predovšetkým nezabezpečených veriteľov.

Na zmenu zákona však nerefletovala zmena vyhlášky č. 665/2005 Z.z. Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky, ktorou sa vykonávajú niektoré ustanovenia zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov, podľa ktorej za výkon funkcie po konaní prvej schôdze veriteľov v konkurze podľa prvej hlavy druhej časti zákona patrí správcovi odmena určená ako percento z výťažku, ktoré ustanovuje táto vyhláška. Vzhľadom na skutočnosť, že vyhláška je podzákonný právny predpis a je zjavné, že zmenou zákona chcel zákonodarca umožniť predaj majetku v určitých situáciách, podľa nášho názoru bude mať správca nárok na odmenu za speňaženie majetku aj do 1. schôdze veriteľov.

Základnou otázkou však ostáva, či je možné predpripraviť predaj podniku pred vyhlásením konkurzu. Z pohľadu ZKR nič nebráni dlžníkovi alebo relevantným veriteľom, aby pred samotným vyhlásením konkurzu komunikovali s potencionálnym investorom o predaji podniku. Ďalší postup predaja však naráža na súdom ustanoveného správcu pri vyhlásení konkurzu, ktorý musí byť schopný samotný predaj podniku zrealizovať. Tu je si potrebné si uvedomiť, že do konkurzného konania môže byť ustanovený akýkoľvek správca z oddielu správcov pre právnické osoby s výnimkou situácii keď sa jedná o konkurz s pôsobnosťou špeciálneho správcu¹¹.

Na to, aby správca mohol ďalej robiť úkony súvisiace so speňažením podniku pred 1. schôdzou veriteľov potrebuje pokyn od príslušného orgánu. Týmto orgánom môže byť dočasný veriteľský výbor prípadne samotný súd. Zastávame názor, že súd by mal v prvom rade ustanoviť dočasný veriteľský výbor, ktorý bude rozhodovať o podmienkach speňaženia podniku. Okrem toho môže podnik patriť aj do spoločnej všeobecnej a oddelenej podstaty veriteľov. Až v prípade ak by bol dočasný veriteľský výbor nefunkčný alebo by pokyn neudelil alebo by sa dočasný veriteľský výbor nezhodol so zabezpečeným veriteľom je možné sa so žiadosťou o udelenie záväzného pokynu na speňaženie podniku obrátiť na samotný súd. Už sa samotného postupu je zrejmé, že ak by mal byť predaj podniku pred vyhlásením konkurzu predpripravený, je potrebné ho mať odkomunikované so zabezpečenými veriteľmi ako aj s najväčšími nezabezpečenými veriteľmi.

Z pohľadu ochrany nezabezpečených veriteľov pri speňažovaní podniku zákonodarca umožňuje podľa § 38 ods. 7 ZKR, aby každý veriteľ zistenej pohľadávky sa môže do troch dní od zverejnenia uznesenia veriteľského výboru v Obchodnom vestníku domáhať, aby súd zrušil uznesenie veriteľského výboru z dôvodu jeho rozporu so spoločným záujmom veriteľov. Aj keby sme uznali, že uvedené ustanovenie sa primerane bude vzťahovať aj na uznesenia dočasného veriteľského výboru, v čase prijatia uznesenia nemusia byť pohľadávky veriteľov ešte zistené (plynie lehota na popieranie pohľadávok), čím ich ingerencia do procesu predaja podniku môže byť obmedzená.

¹¹ Ust. § 20a písm. c) Zákon o správcoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov určuje do ktorých konaní súd ustanoví špeciálnych správcov.

Z pohľadu slovenskej právnej úpravy tak vieme v prípade konkurzu vopred odkomunikovať a odsúhlasiť predaj podniku so zabezpečenými veriteľmi ako aj relevantnými nezabezpečenými veriteľmi. Zastávame však názor, že žiaden z veriteľov tento predaj neodsúhlasí, ak si v čase pred vyhlásením konkurzu, najneskôr však pri predaji nebude vedieť overiť hodnotu podniku. Preto napriek tomu, že pri predaji podniku znalecký posudok nie je povinný, vo väčšine prípadov bude tento znalecký posudok podkladom na rozhodnutie veriteľov za akú sumu odsúhlasia predaj podniku.

Návrh smernice do tohto procesu zavádza aj fázu prípravu (neverejnú fázu), ktorej účelom je práve správne ohodnotenie podniku a výber toho najlepšie záujemcu v čo najkratšom čase.¹²

2. PREDAJ PODNIKU V RÁMCI VEREJNEJ PREVENTÍVNEJ REŠTRUKTURALIZÁCIE A REŠTRUKTURALIZÁCIE

O predaji podniku mimo zámerov smernice môžeme hovoriť aj v rámci verejnej preventívnej reštrukturalizácie a úpadkovej reštrukturalizácie. V prípade verejnej preventívnej reštrukturalizácie umožňuje zákon o riešenie hroziaceho úpadku ako reštrukturalizačné opatrenie v rámci verejného plánu aj prevod podniku. Výhodou tohto konceptu predaja podniku je rýchlosť tohto konania a plán vie byť v dostatočnom predstihu s relevantnými veriteľmi odkomunikovaný. Nevýhodou je však daňové hľadisko z pohľadu dlžníka, ktoré ho vie pri predaji podniku v rámci konania doviest' k úpadku, keďže prípadný odpis pohľadávok v konaní nie je daňovo uznateľný.¹³

Z pohľadu úpadkovej reštrukturalizácie je taktiež možné v rámci reštrukturalizačných metód navrhnúť predaj podniku. Aby takéto riešenie malo úspech je potrebné tento predaj vopred odkomunikovať s relevantnými zabezpečenými a nezabezpečenými veriteľmi. Avšak v zásade je predpripravený predaj podniku v rámci tohto insolvenčného konania možný. Nevýhodou je samotná dĺžka konania v trvaní minimálne 7 mesiacov, ktorá môže mať dopad aj na fungovanie podniku ako aj na jeho hodnotu.

3. PREDAJ PODNIKU V KONKURZE Z POHLADU HOSPODÁRSKEJ SÚŤAŽE PRED KONCENTRÁCIOU

V súvislosti s predajom podniku v konkurze môžu vznikať otázky, či má takýto predaj podliehať aj pravidlám ochrany pred koncentráciou v rámci ochrany hospodárskej súťaže, či už podľa Zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže (ďalej len „ZoHS“) alebo podľa Nariadenia Rady (ES) č. 139/2004, z 20.

¹² Podľa článku 2 písm. p) návrhu smernice je cieľom prípravnej fázy má byť nájdenie vhodného kupujúceho pre podnik dlžníka alebo jeho časti.

¹³ K tomu bližšie DOLNÝ, J. Nákladovosť reštrukturalizačných procesov pri odpise pohľadávok In: Právo, obchod, ekonomika (12) : Zborník vedeckých prác. - Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2023. - ISBN 9788057402558. s. 67-73.

januára 2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (ďalej len „Nariadenie o koncentráciách“).

Súťažno-právny rámec nie je aplikovateľný paušálne. Aby transakcia podliehala schváleniu Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (ďalej len „PMÚ“), tak je potrebné, aby boli naplnené všeobecné obratové kritéria podľa § 8 ZoHS. V prípade cezhraničných koncentrácií musí ísť zároveň o koncentráciu, ktorá má význam pre celé spoločenstvo (tj. musia byť naplnené kritéria podľa čl. 1 a zároveň podľa čl. 5 Nariadenia o koncentráciách). Protimonopolný úrad už v minulosti posudzoval predaj podniku.¹⁴ V prípade, ak by malo ísť o predaj podniku s významom pre celé spoločenstvo, tak by bola daná právomoc Komisie a predaj by sa posudzoval podľa Nariadenia Rady (ES) č. 139/2004, z 20. januára 2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi.¹⁵ V ďalšej časti príspevku bude pozornosť venovaná primárne slovenskej právnej úprave.

V zmysle § 7 ods. 1 b) ZoHS: „*Koncentrácia je proces ekonomického spájania podnikateľov na trvalom základe, ktorým je získanie kontroly nad podnikateľom; získaním kontroly nad podnikateľom je získanie priamej alebo nepriamej kontroly jedným podnikateľom alebo viacerými podnikateľmi nad podnikateľom, jeho časťou alebo nad viacerými podnikateľmi alebo nad ich časťami.*“ Z pohľadu definície sú kľúčovými znakmi koncentrácie, to že ide o (i) proces ekonomického spájania (ii) na trvalom základe, (iii) ktorým sa získava priama alebo nepriama kontrola, nad podnikateľom, viacerými podnikateľmi alebo ich časťami. Podľa rozhodnutia PMÚ 012/FH/3/1/032 zo dňa 19. júla 2012, v ktorom bola posudzovaná koncentrácia na základe Zmluvy o predaji podniku (bod 2) bola koncentrácia posúdená ako koncentrácia spočívajúca v získaní nepriamej kontroly nad podnikom podnikateľa (bod 29). Možno preto potvrdiť záver, že predaj podniku v insolvenčnom konaní, by z pohľadu súťažného práva bol klasifikovaný ako nadobudnutie nepriamej kontroly nad podnikateľom, alebo jeho časti, podľa § 7 ods. 1 písm. b) aktuálneho ZoHS.

3.1. Výnimky pre prípad likvidácie, konkurzu a pre finančné inštitúcie

Ako je z vyššie uvedenej definície zrejmé, o prípad koncentrácie pôjde vtedy, ak ide o spojenie podnikateľov na trvalom základe. ZoHS upravuje legislatívne výnimky vo vzťahu koncentráciám pre prípady likvidácie spoločnosti, ako aj konkurzu. V zmysle § 7 ods. 7 písm. b) ZoHS: „*za koncentráciu sa nepovažuje, dočasné získanie kontroly nad podnikateľom vyplýva z osobitných predpisov.*“ Z uvedeného vyplýva, že táto výnimka sa vzťahuje iba na dočasné získanie kontroly nad podnikateľom. Poznámka pod čiarou pritom odkazuje na ustanovenia § 70 až 75k ObZ upravujúce likvidáciu spoločnosti a ustanovenia § 40 až 43 ZKR upravujúce postavenie správcu. Podobne, podľa čl. III. ods. 5 písm. b) Nariadenia o koncentráciách, za koncentráciu sa nepovažuje ak: „*kontrolu získa verejný činiteľ podľa práva členského štátu v súvislosti s likvidáciou, zrušením, platobnou neschopnosťou, zastavením platieb, núteným vyrovnaním alebo podobným*

¹⁴ Rozhodnutie PMÚ číslo 2012/FH/3/1/032 zo dňa 19. júla 2012

¹⁵ Napr. rozhodnutie Case M.8758 - BAYWA / CLEAN ENERGY TRADING. Rozhodnutia v ktorých by v prípade insolvenčnej Komisia fúzie namietala sa nepodarilo nájsť.

konaním;“ Inak povedané, o koncentráciu nepôjde, ak faktickú kontrolu nad podnikom získa správca, v rámci konkurzného konania, alebo likvidátor, zapísaný v zozname správcov.

Táto výnimka by sa nemala vzťahovať na prevod samotného podniku v rámci konkurzného konania. Podľa bodu 116 Konsolidovaného oznámenia Komisie o právomoci¹⁶: „*Môže vzniknúť otázka, či operácia na záchranu podniku pred konkurzným konaním alebo v konkurznom konaní predstavuje podľa nariadenia o fúziách koncentráciu. Takáto operácia na záchranu zvyčajne zahŕňa prevod existujúceho dlhu na novú spoločnosť, prostredníctvom ktorej môže syndikát bánk nadobudnúť spoločnú kontrolu nad príslušnou spoločnosťou. Ak takáto operácia spĺňa už uvedené kritériá spoločnej kontroly, bude sa zvyčajne považovať za koncentráciu*“. Oznámenie sa pritom odvoláva na vec IV/M.116 – Kelt/American Express z 28. augusta 1991. Ide o rozhodnutie Komisie v zmysle ktorého, syndikát 8 bánk, ktorý získal kontrolu nad rozhodnutiami podnikateľa zakladá spoločný podnik, a preto spadá pod pôsobnosť nariadenia o koncentráciách. Ďalej, podľa bodu 116: „*Hoci hlavným zámerom bánk je reštrukturalizovať financovanie príslušného podniku na účel jeho následného predaja, výnimka stanovená v článku 3 ods. 5 písm. a) nie je zvyčajne uplatniteľná na túto operáciu. Program reštrukturalizácie zvyčajne vyžaduje, podobne ako v prípade investičných fondov, aby kontrolujúce banky určovali strategické obchodné správanie zachraňovaného podniku. Okrem toho, transformovať zachraňovanú spoločnosť na komerčne konkurencieschopný subjekt a ďalej ho predat' v povolenom období jedného roka zvyčajne nepredstavuje realistický projekt. Čas potrebný na dosiahnutie tohto cieľa môže byť ďalej tak neistý, že by bolo ťažké poskytnúť predĺženie tohto obdobia na odpredaj*.“ Hoci sa prípad z oznámenia vzťahoval na nadobudnutie kontroly bankami, z konsolidovaného oznámenia je zrejmé, že pre posúdenie toho, či pri získaní kontroly nad podnikateľom ide o získanie takej kontroly, ktorá podlieha posúdeniu koncentrácie súťažnou autoritou je rozhodujúca trvalosť, resp. dočasnosť kontroly, a tiež to, či má kontrolujúci podnikateľ vplyv na strategické obchodné správanie entity, ktorú nadobúda. V konkurznom konaní, nie je kontrola správcu nad podnikateľom založená na trvalom základe, nakoľko konkurz smeruje k ukončeniu ekonomickej činnosti úpadcu a zrušeniu entity, ktorá je podnikateľom (§ 68 ods. 4 písm. c) ObZ) a teda nejde o trvalý stav. Tieto skutočnosti dočasného trvania by preto mali byť zohľadňované aj pri posudzovaní podnikateľa (úpadcu) v konkurze.

V prípade pre-pack procedúr je predaj podniku predpripravený ešte pred konkurzom a v zmysle návrhu smernice ide o zrýchlené „*likvidačné konanie*“, tak potom by malo byť možné aplikovať výnimku podľa Nariadenia o koncentráciách rozšírenú aj na tieto prípady. Výnimka podľa ZoHS je však formulovaná reštriktívnejšie a vyslovene sa odkazuje na osobitné predpisy a ich konkrétne ustanovenia. Z toho pohľadu bude rozhodujúce či pre-pack procedúry budú upravené v osobitnom predpise alebo nie, a v ktorých ustanoveniach. Zastávame názor, že minimálne by malo dôjsť k rozšíreniu ustanovení aj o funkciu *kontrolóra*, s ktorým ráta návrh smernice.

¹⁶ Konsolidované oznámenia Komisie o právomoci podľa nariadenia Rady (ES) č. 139/2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (2008/C 95/01):

V prípade pre-pack procedúr, by mohla byť aplikovateľná aj dočasná výnimka pre finančné inštitúcie. Podľa § 7 ods. 7. písm. a) ZoHS výnimku z posúdenia fúzie predstavuje aj dočasné získanie kontroly finančnej inštitúcie, ktorá získa hlasovacie práva: „*ak vykonáva takéto hlasovacie práva len z dôvodu prípravy predaja podnikateľa alebo jeho časti alebo predaja cenných papierov za predpokladu, že taký predaj sa uskutoční do jedného roka odo dňa nadobudnutia cenných papierov a týmto predajom stratí kontrolu*“. Jednoročná lehota môže byť rozhodnutím úradu predĺžená. Pre efektívny výkon pre-pack postupov by bolo vhodné upraviť aj vnútroštátne výnimky podľa ZoHS. Môže byť však otázne, či tieto výnimky by vecne mohli pokryť aj prípadné dohody s nadobúdateľom (nadobúdateľmi) podniku úpadcu. Ak zohľadníme dočasnosť, ako kritérium tak výnimky by sa nemali rozširovať na konečných nadobúdateľov podniku. Inak povedané hoc by bol predaj podniku predpripravený, nadobúdateľ by až do posúdenia koncentrácie nesmel vykonávať práva a povinnosti z koncentrácie. V zmysle odôvodnenia 31 návrhu smernice: „*Touto smernicou by nemalo byť dotknuté uplatňovanie práva Únie v oblasti hospodárskej súťaže, najmä nariadenia Rady (ES) č. 139/200436, ani by sa ňou nemalo členským štátom brániť v presadzovaní vnútroštátnych systémov kontroly fúzií. Pri výbere najlepšej ponuky by kontrolór mal mať možnosť zohľadniť regulačné riziká vyplývajúce z ponúk, ktoré si vyžadujú povolenie orgánov na ochranu hospodárskej súťaže, a ak to umožňujú platné pravidlá, môže s týmito orgánmi konzultovať.*“ Z citovaného odôvodnenia návrhu smernice môžeme dospieť k záver, že výnimky by nemali byť rozširované aj na výkon práva a povinností podnikateľom, ktorý kupuje časť podniku.

3.2. Základné povinnosti účastníkov transakcie

Právna úprava koncentrácie je spojená v prvom rade s povinnosťou oznámiť koncentráciu. Cieľom ochrany pred koncentráciou je prijatie takých opatrení, ktoré zamedzia tomu, aby došlo k narušeniu hospodárskej súťaže na určitom relevantnom trhu a to *ex ante*, teda ešte pred tým, než k trvalému ekonomickému spojeniu dôjde. Významným je preto tiež zákaz vykonávať práva a povinnosti vyplývajúce z koncentrácie pred jej posúdením (tzv. *gun jumping*), ktorý reflektuje to, že až do posúdenia koncentrácie sa majú podnikatelia správať na trhu ako nezávislí konkurenti. Okrem toho majú účastníci aj všeobecné povinnosti ako poskytnúť súčinnosť, informácie a pod., prípadne povinnosti uložené rozhodnutím o posúdení.

3.2.1. Notifikačná povinnosť

Podstata notifikačnej povinnosti spočíva v tom, aby podnikatelia, ktorí zamýšľajú koncentráciu informovali príslušnú súťažnú autoritu o tom, že došlo alebo má dôjsť ku koncentracii dôjsť. V zmysle § 9 ZoHS sa koncentrácia musí oznámiť úradu predtým, ako začne vykonávanie práv a povinností, ktoré vyplývajú z koncentrácie. Z hľadiska času môže k oznámeniu koncentrácie dôjsť po uzavretí zmluvy (§ 9 ods. 1 písm. a) ZoHS) alebo aj predtým, než ku koncentracii dôjde (§ 9 ods. 4 ZoHS). Pred posúdením koncentrácie, však nesmie dôjsť k výkonu práva a povinností, ktoré

vyplývajú z koncentrácie. V zmysle vyhlášky PMÚ 189/2021 Z. z., ktorou sa ustanovujú náležitosti oznámenia koncentrácie: „*pojem účastník koncentrácie zahŕňa aj každého podnikateľa, ktorý a) kontroluje priamo alebo nepriamo účastníka koncentrácie, b) je kontrolovaný priamo alebo nepriamo účastníkom koncentrácie, c) je kontrolovaný priamo alebo nepriamo podnikateľom podľa písmena.*“ Podľa usmernení PMÚ, ktoré dopĺňujú vyhlášku k identifikácii účastníkov¹⁷: „*ak koncentrácia spočíva v zlúčení alebo splynutí samostatných podnikateľov, oznámenie koncentrácie podávajú účastníci koncentrácie spoločne a ak koncentrácia spočíva v získaní kontroly, oznámenie koncentrácie podáva nadobúdateľ kontroly*“.

3.2.2. Zákaz výkonu práv a povinností

V zmysle § 10 ods. 1. ZoHS Podnikateľ nesmie vykonávať práva a povinnosti, ktoré vyplývajú z koncentrácie až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o koncentracii. Z toho možno vyvodit', že uzatvorenie samotnej zmluvy (resp. ak by nastala iná právna skutočnosť), ktorou by došlo ku koncentracii (napr. rozhodnutie súdu) ešte nie je porušením ZoHS. Porušením ZoHS je až výkon práv a povinností z koncentrácie. Vznik zákazu výkonu práv a povinností nemá legislatívne stanovený začiatok, vzťahuje sa však iba na *procesy ekonomického spájania podnikateľov na trvalom základe* (koncentrácie), ktoré podliehajú posúdeniu PMÚ. Zákaz výkonu práv a povinností, môže byť teoreticky porušený aj bez toho, či by k uzatvoreniu zmluvy o predaji podniku došlo alebo nie. Zákon zohľadňuje ekonomická realitu uplatňovania kontroly nad podnikateľom. V zmysle § 10 ods. 4 ZoHS, môže úrad zo zákazu výkonu práv a povinností udeliť individuálnu výnimku, ak sú na to vážne dôvody¹⁸. Túto výnimku môže viazať aj na splnenie ďalších podmienok. Zákazom nie je dotknuté uskutočnenie ponuky na prevzatie podľa Zákona o cenných papieroch a investičných službách, ak je koncentrácia bezodkladne oznámená úradu a podnikateľ, ktorý získal kontrolu, nevykonáva hlasovacie práva. Výkon práv v intenciách udržania investície v nevyhnutnom rozsahu, je možný iba na základe výnimky udelennej úradom podľa § 10 ods. 4 ZoHS. V intenciách insolvenčnej je zákaz *gun jumping* kvalitatívne vhodné vykladať, tak, že nemožno od úpadcu vyžadovať plnenie tejto povinnosti rovnako, ako keby bol v normálnej fáze podnikania. Povinnosti prípadných nadobúdateľov podniku (s trvalým základom), by mali platiť rovnako.

3.2.3. Posúdenie koncentrácie

Zjednodušene, v zmysle § 11 ZoHS môže úrad rozhodnúť, že s koncentraciou súhlasí, súhlasí avšak s uložením dodatočných podmienok, alebo že koncentraciu zakáže. Protimonopolný úrad rozhodne, že s koncentraciou súhlasí, ak koncentrácia

¹⁷ Usmernenie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky ohľadom identifikácie účastníkov koncentrácie. Zo dňa 9.7.2021

¹⁸ K výnimke Usmernenie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky o podrobnostiach udelenia výnimky zo zákazu implementácie koncentrácie. Zo dňa 01.10.2021

značne nenaruší účinnú súťaž na relevantnom trhu, najmä v dôsledku vytvorenia alebo posilnenia dominantného postavenia. Naopak, úrad koncentráciu zakáže, ak by narušila účinnú súťaž na relevantnom trhu, najmä v dôsledku vytvorenia alebo posilnenia dominantného postavenia na relevantnom trhu. Okrem toho môže PMÚ podmieniť súhlas s koncentráciou aj špecifickými podmienkami. V závislosti od druhu rozhodnutia o posúdení by sa preto mali líšiť aj dôsledky porušenia povinností.

3.3. Dôsledky porušenia povinností

3.3.1. Platnosť predaja podniku

ZoHS nerieši súkromnoprávne dôsledky porušenia povinností podľa ZOHS a ich vplyv na platnosť koncentrácie. Nariadenie o koncentráciách v čl. 7 ods. 4 výslovne stanovuje, že platnosť každej koncentrácie závisí od rozhodnutí, ktorými sa koncentrácia povoľuje. Neplatnosť transakcie je preto jasne vyvoditeľná pre prípady rozhodnutia, ktorým bude koncentrácia zakázaná. Tento záver by mal byť prenositeľný aj do vnútroštátneho práva. Ak má byť kontrola koncentrácií účinným prostriedkom ochrany hospodárskej súťaže, tak vyvodenie neplatnosti transakcie, ktorá hospodársku súťaž narúša, je logickým dôsledkom. Môže byť nejasné, či neplatnosť z dôvodu zákazu koncentrácie, môže byť vyvodzovaná, ešte pred rozhodnutím Komisie alebo by, až do rozhodnutia malo ísť o prípady odloženej účinnosti. Špecifikom tejto neplatnosti je, že ju nemožno vtesnať do kategórií relatívnej a absolútnej neplatnosti, ktoré sú zaužívané v Slovenskom práve.¹⁹ Vzhľadom na to, že pred vydaním rozhodnutia nie je jeho obsah známy, javí sa ako obhájiteľný záver to, že neplatnosť nemôže nastať od počiatku (*ex tunc*) a ani byť nájdená skôr, než o nej súťažná autorita rozhodne.

3.3.2. Verejno-právne dopady

Porušenie povinností podľa ZoHS je spojené aj s verejnoprávnymi sankciami vo forme pokuty. V zmysle § 42 ZoHS môže úrad uložiť podnikateľovi pokutu za: *c) neoznámenie koncentrácie pred tým, ako sa začnú vykonávať práva a povinnosti, ktoré vyplývajú z koncentrácie, d) porušenie zákazu vykonávať práva a povinnosti, ktoré vyplývajú z koncentrácie, ak úrad neudelil výnimku podľa § 10 ods. 4 ZoHS.* V zmysle Usmernení PMÚ k identifikácii účastníkov sa notifikačná povinnosť vzťahuje na nadobúdateľa podnikateľa resp. jeho časti. Z formulácie povinnosti *gun jumping* je zrejmé, že zaväzuje účastníkov na oboch stranách transakcie a teda obom zainteresovaným stranám možno uložiť sankciu vo forme pokuty.

ZÁVER

Aktuálne insolvenčné riešenia predaja podniku, ktoré ponúka právny poriadok slovenskej republiky, predstavuje dobrý základ na dotvorenie tejto právnej úpravy

¹⁹ Blažo, Ondrej. (2020). Nullity and ineffectiveness of contracts as a consequence of violation of EU competition and public procurement rules. *Strani pravni zivot*. 2020. 69-83. 10.5937/spz64-29632, s. 74.

o úpravu ktorú pri predaji podniku spôsobom pre-pack ponúka návrh smernice. Nemyslíme si, že je potrebné pristúpiť k vytvoreniu osobitnej právnej úprave predaja podniku spôsobom pre-pack. Vhodnejším spôsobom bude doplnenie aktuálnej právnej úpravy, najmä tej konkurznej o ustanovenia, ktoré predovšetkým vytvoria podmienky pre prípravnú fázu spolu s ustanoveniami, ktoré zabezpečenia dostatočnú transparentnosť, rýchlosť a efektívnosť celého procesu predaja podniku. Predaj podniku v konkurze podlieha aj súťažno-právnej regulácií. Výnimky pre posúdenie fúzií pre insolvenčné konanie a likvidáciu sa nevzťahujú na prípadný predaj podniku samotným správcom v rámci konkurzného konania. Zohľadňujúc skutočnosť, že funkcia správcu v konkurze podľa ZKR má dočasnú povahu, tak tieto výnimky by nemali byť paušálne prenášané do reštrukturalizácií, a to vzhľadom na rozdielne funkcie týchto insolvenčných postupov. Vzhľadom na to, že súčasné znenie ZoHS obsahuje reštriktívne znenie výnimky pre likvidáciu a konkurz, bude z pohľadu implemetnácie pre-pack postupov dôležité, či budú upravené v ZKR alebo inom právnom predpise, a adekvátne k tomu zmeniť odkazy na prípadnú novú právnu úpravu. Z hľadiska účelu pre-pack postupov je dôvodné, aby sa na nich výnimky vzťahovali. V kontexte pre-pack postupov možno uvažovať o aplikácií výnimiek pre finančné inštitúcie. Tie sú však obmedzené na ponuky finančných inštitúcií a dočasnú kontrolu nepresahujúcu 1 rok. Na koncentrácie založené na trvalom základe sa výnimky nevzťahujú (napr. nadobudnutie podniku úpadcu novým podnikateľom).

POUŽITÉ PRAMENE

1. ADEBOLA, B.: Transforming Perceptions: The Development of Pre-pack Regulations in England and Wales. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, roč. 23, 2023, č. 1, s. 150–177
2. BLAŽO, O. Nullity and ineffectiveness of contracts as a consequence of violation of EU competition and public procurement rules. *Strani pravni zivot*. 2020. 69-83. 10.5937/spz64-29632, s. 69. 83
3. DOLNÝ, J. Nákladovosť reštrukturalizačných procesov pri odpise pohľadávok. In: *Právo, obchod, ekonomika (12) : Zborník vedeckých prác*. - Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2023. - ISBN 9788057402558. S. 67-73.
4. DOLNÝ, J., CUKEROVÁ, D. O pre-pack postupoch v konkurznom práve: ďalšia harmonizácia na obzore? In: *Neštandardné legislatívne zásahy štátu v neštandardných situáciách : pocta profesorovi Milanovi Ďuricovi*. - Banská Bystrica : Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici - Belianum, 2023. - ISBN 9788055720586. S. 123-142.
5. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii.
6. Zákon č. 8/2005 Z. z. o správcoch.
7. Zákon č. 111/2022 Z.z. o riešení hroziaceho úpadku.
8. Zákona č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže
9. Nariadenie Rady (ES) č. 139/2004, z 20. januára 2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi

- 10.COM/2022/702 final Návrh Smernice Európskeho Parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva
- 11.Konsolidované oznámenie Komisie o právomoci podľa nariadenia Rady (ES) č. 139/2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (2008/C 95/01):
- 12.Usmernenie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky o podrobnostiach udelenia výnimky zo zákazu implementácie koncentrácie. Zo dňa 01.10.2021

KONTAKT NA AUTOROV

jaroslav.dolny@upjs.sk

dusan.rostas@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

prof. JUDr. Milan Ďurica, PhD.¹
Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta

**Pravidlo štyroch očí v hmotnoprávných a procesnoprávných úkonoch
obchodných spoločností cez optiku judikatúry**

**The Four Eyes Rule in substantive and procedural acts of commercial
companies through the optics of case law**

Abstrakt

Príspevok sa venuje problematike konania právnických osôb, ktoré majú právne postavenie podnikateľa prostredníctvom kolektívneho štatutárneho orgánu, ak sa vyžaduje spoločné konanie členov štatutárneho orgánu. Autor v príspevku koncentruje pozornosť vývoju judikatúry najvyšších súdnych autorít pri posudzovaní hmotnoprávných a procesnoprávných úkonov podnikateľov, najmä obchodných spoločností, ktoré sú vykonané jedným členom štatutárneho orgánu i napriek tomu, že sa vyžaduje spoločné konanie.

Zároveň sa autor snaží formulovať závery z uvedenej judikatúry a právnej doktríny s návodom na riešenie interpretačných a aplikačných problémov.

Kľúčové slová: právnická osoba, štatutárny orgán, zastúpenie, kolízia záujmov, opatrovník.

Abstract

The paper deals with the issue of the conduct of legal persons having the legal status of an entrepreneur through a collective statutory body, if joint action of the members of the statutory body is required. In the article, the author focuses his attention on the development of the case law of the highest judicial authorities in the assessment of substantive and procedural acts of entrepreneurs, in particular business companies, which are performed by one member of the statutory body despite the fact that joint action is required. At the same time, the author attempts to formulate conclusions from the above case law and legal doctrine with guidance on the solution of interpretation and application problems.

Key words: legal entity, statutory body, representation, conflict of interests, guardian.

JEL Classification: K22

¹ Autor je vedúcim Katedry obchodného a finančného práva na Právnickej fakulte UMB v Banskej Bystrici.

ÚVOD

Právnické osoby, ktoré sú v našom právnom poriadku relatívne novým subjektom práva, stále vyvolávajú množstvo otázok v právnej teórii i v aplikačnej praxi. Jednou z nich je aj konanie právnických osôb. Osobitne sa to týka obchodných spoločností, ktoré pri svojej podnikateľskej činnosti vykonávajú množstvo právnych úkonov a konajú predovšetkým prostredníctvom štatutárnych orgánov. Od účinnosti Obchodného zákonníka bolo postavenie štatutárnych orgánov jednou z ťažiskových tém v práve obchodných spoločností s adekvátnym reflexom v judikatúre súdov.

Účelom tohto príspevku je retrospektívny pohľad na vývoj judikatúry, ktorá sa týka konania štatutárnych orgánov podnikateľských subjektov, osobitne obchodných spoločností. Interpretáčn a aplikačné problémy vznikali a mnohé stále pretrvávajú, najmä vtedy, ak ide o kolektívny štatutárny orgán a menom podnikateľa sú povinní konať viacerí členovia štatutárneho orgánu, tzv. pravidlo štyroch očí.² V praxi dochádza ku problémom vtedy, keď kolektívny štatutárny orgán nekonal prostredníctvom jeho členov z toho dôvodu, že:

- jeden člen štatutárneho orgánu splnomocnil na konanie druhého člena,
- jeden člen štatutárneho orgánu opomenul konať za podnikateľa,
- jeden člen štatutárneho orgánu nekonal, pretože sa dostal do konfliktu záujmov s druhým členom štatutárneho orgánu alebo so samotným podnikateľským subjektom, v ktorom vykonáva svoju pôsobnosť.

Judikatúra najvyšších súdnych autorít sa len veľmi zdržanlivo vyjadrovala najprv k problematike možnosti, či nemožnosti splnomocnenia jedného člena štatutárneho orgánu jeho druhým členom. Neskoršia judikatúra urobila zásadný obrat v ustálenej judikatúre a zvolila odlišný prístup pri hodnotení perfektosti právnych úkonov, ktoré neboli vykonané kolektívnym štatutárnym orgánom. Na otázku ako majú sudy postupovať pri právnych úkonoch, pri ktorých dochádza ku kolízii medzi jednotlivými členmi kolektívneho štatutárneho orgánu alebo ku kolízii so subjektom, v ktorom sú členom štatutárneho orgánu, judikatúra nedala jednoznačnú odpoveď.

Účelom príspevku je analýza vybranej judikatúry najvyšších súdnych autorít, predovšetkým Ústavného súdu SR, k uvedenej problematike a formulácia záverov pre aplikačnú prax.

1. PRÁVNE POSTAVENIE ŠTATUTÁRNEHO ORGÁNU OBCHODNÝCH SPOLOČNOSTÍ

Právnické osoby, ktoré sú ako entity kreované právnym poriadkom, môžu prejavovať svoju vôľu a konať len prostredníctvom fyzických osôb. Právnické osoby konajú predovšetkým prostredníctvom svojho štatutárneho orgánu. Všeobecná

² Pre účely tohto príspevku viac konateľov alebo viac členov predstavenstva budeme označovať ako kolektívny štatutárny orgán. K rozlišovaniu viacčlenného a kolektívneho štatutárneho orgánu pozri napr. BĚLOHLÁVEK, A, J. a kol: *Komentář k zákonu o obchodních korporacích*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013. 2013, s. 326.

právna úprava právnických osôb, ktorá je v Občianskom zákonníku, je postavená na priamom konaní štatutárnych orgánov. Ich konanie sa pričíta právnickej osobe, v ktorej vykonávajú pôsobnosť štatutárneho orgánu.³ V niektorých právnych poriadkoch iných štátov majú štatutárne orgány právnických osôb právne postavenie zástupcu, tak ako aj iné osoby, ktoré sú oprávnené konať za právnickú osobu ako jej zástupcovia.⁴ Od konceptu priameho konania odišla aj nová právna úprava súkromného práva v Českej republike a prešla na koncept zastúpenia.⁵

Právna úprava v Obchodnom zákonníku pri konaní podnikateľov navyše opustila aj doktrínu *ultra vires*, keď stanovila, že podnikateľ zaväzuje konanie osôb vykonávajúcich pôsobnosť štatutárneho orgánu, aj vtedy keď prekročili svojím konaním rozsah predmetu jeho podnikania, okrem prípadu, v ktorom sa prekročila pôsobnosť štatutárneho orgánu, ktorú tomuto orgánu zákon zveruje alebo zákon umožňuje zveriť.⁶ Právnickú osobu zaväzuje preto aj taký právny úkon, ktorý urobí jej štatutárny orgán, i keď sa týka činnosti (predmetu podnikania), na ktorý nemá podnikateľ oprávnenie. Štatutárny orgán je teda oprávnený konať vo všetkých veciach a v zásade nemôže prekročiť svoju pôsobnosť, na rozdiel iných osôb, ktoré konajú za právnickú osobu len vo vymedzenom rozsahu ako jej zástupcovia. Oprávnenie štatutárneho orgánu podnikateľa konať vo všetkých veciach je umocnené aj tým, že Obchodný zákonník explicitne stanovuje, že obmedzenie štatutárneho orgánu konať navonok, nie je účinné voči tretím osobám ani keď je zapísané. Pri kapitálových spoločnostiach zákon síce pripúšťa možnosť obmedziť oprávnenie štatutárneho orgánu konať navonok v spoločenskej zmluve, v stanovách alebo rozhodnutím valného zhromaždenia, ale zároveň stanovuje, že takéto obmedzenie je voči tretím osobám neúčinné. Porušenie tohto obmedzenia nemá vplyv na platnosť právneho úkonu, ale môže zakladať len zodpovednostné nároky spoločnosti voči členovi štatutárneho orgánu, ktorý toto obmedzenie porušil.

Osoby, ktoré sú štatutárnym orgánom alebo jeho členom, ich identifikačné údaje a spôsob akým konajú v mene právnickej osoby predstavujú obligatórne údaje, ktoré sa zapisujú do obchodného registra, ak ide o právnickú osobu, ktorá sa zapisuje do obchodného registra.

V praxi obchodných spoločností, ktoré sú rozhodujúcim podnikateľským subjektom, sa často využíva pravidlo štyroch očí. Ide o právny stav, keď štatutárnym orgánom je kolektívny orgán a na konanie menom obchodnej spoločnosti sa vyžaduje spoločné konanie najmenej dvoch členov štatutárneho orgánu.⁷ Spoločníci

³ Blížšie pozri napr. CSACH, K. In ŠTEVČEK, M., DULÁK, A., BAJÁNKOVÁ, J., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., TOMAŠOVIČ, M. a kol. *Občiansky zákonník I., II. vydání, §1-450. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 118.

⁴ Napr. podľa § 35 nemeckého zákona o spoločnosti s ručením obmedzeným spoločnosť zastupujú súdne a mimosúdne konatelia. Podobne aj predstavenstvo akciovej spoločnosti podľa § 75 nemeckého akciového zákona.

⁵ Pozri § 162 Občianskeho zákonníka ČR.

⁶ Blížšie pozri: PATAKYOVÁ, M. In PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár 1. vydanie*. Bratislava: C. H. Beck, 2022. s. 70.

⁷ K opačnému princípu právnej úpravy spoločného konania členov štatutárneho orgánu pozri nemecký zákon o spoločnosti s ručením a nemecký akciový zákon. K zodpovednosti konateľov pozri aj: Rozhodnutie Spolkového súdneho dvora Nemecko: BGH-Entscheidung vom 06.11.2018 (Az. II ZR 1/17).

toto pravidlo vyjadria v spoločenskej zmluve alebo v stanovách v záujme kontroly pri právnych úkonoch, ktoré robia členovia štatutárneho orgánu menom právnickej osoby. Obchodné spoločnosti zavádzajú rôzne mutácie pri spoločnom konaní členov štatutárneho orgánu. Okrem spoločného konania pri akomkoľvek konaní menom spoločnosti, často zaviedli požiadavku spoločného konania pri právnych úkonoch, ktorých predmet plnenia prekročil určitú hodnotu alebo pri prevode nehnuteľností a pod. Táto právna skutočnosť sa zapisovala ako spôsob konania členov štatutárnych orgánov do obchodného registra. Doktrínálne nebola zhoda o tom, či ide o vymedzenie spôsobu spoločného konania pri kolektívnom štatutárnom orgáne alebo ide o ich obmedzenie, ktoré je neúčinné voči tretím osobám.⁸ Obchodný zákonník s účinnosťou od 1. 10. 2020 už neumožňuje u podnikateľov, ktorí sa zapisujú do obchodného registra, zapísať prípadné obmedzenia štatutárneho orgánu konať menom podnikateľa do obchodného registra, čím sa posilňuje právna istota tretích osôb konajúcich v dobrej viere v zápis do obchodného registra.

2. ABSENCIA SPOLOČNÉHO KONANIA ČLENOV ŠTATUTÁRNEHO ORGÁNU PRI HMOTNOPRÁVNÝCH ÚKONCH

Pravidlo štyroch očí síce predstavuje pre spoločníkov zvýšenú kontrolu štatutárneho orgánu ako aj kontrolu medzi jeho členmi navzájom, ale zároveň spoločné konanie často sťažuje členom štatutárneho orgánu výkon ich pôsobnosti. Z týchto dôvodov, nie zriedka, jeden člen štatutárneho orgánu splnomocní druhého člena štatutárneho orgánu na vykonávanie právnych úkonov ako jeho zástupcu. Jedným z prvých problémov, na ktoré reagovala najvyššia súdna autorita, bola práve možnosť splnomocnenia člena štatutárneho orgánu jeho druhým členom, ak spoločenská zmluva alebo stanovky vyžadujú ich spoločné konanie, i keď išlo o posudzovanie perfektosti procesného úkonu. V súdnom konaní konkurzný súd posudzoval formálne náležitosti prihlášok pohľadávok veriteľa, ktoré podpísal len jeden konateľ⁹ i napriek tomu, že zakladateľský dokument spoločnosti s ručením obmedzeným, ktorá bola veriteľom vyžadoval spoločné konanie obidvoch konateľov.¹⁰ Konkurzný súd neuznal tieto podania veriteľa a konštatoval, že na takéto prihlášky sa neprihliada. V dôsledku tohto stanoviska konkurzného súdu, veriteľ doložil splnomocnenie od druhého konateľa pre konateľa, ktorý podpísal prihlášky. Konkurzný súd neakceptoval splnomocnenie a považoval prihlášky, ktoré podpísal len jeden z konateľov za absolútne neplatný právny úkon. Podľa konkurzného súdu, ak by aj v čase podpisu prihlášok existovalo splnomocnenie, ktoré oprávňovalo konať jedného konateľa za druhého konateľa spoločnosti, tak bolo potrebné, aby táto skutočnosť vyplývala z vykonaného právneho úkonu. Z prihlášok doručených súdu však nevyplýva, že osoba, ktorá prihlášky podpísala, konala ako

⁸ BLAHA, M., GRAMBLIČKOVÁ, B., BARKOCI, S., In PATAKYOVÁ a kol. *Obchodný zákonník. Komentár 1. vydanie*. Bratislava: C. H. Beck, 2022. s. 649.

⁹ Prihláška veriteľa je nesporne procesnoprávnym úkonom, ktorým si veriteľ uplatňuje v konkurze svoju pohľadávku. V tomto období ústavný súd nediferencoval pri riešení tejto otázky hmotnoprávne a procesnoprávne úkony.

¹⁰ Prihláška pohľadávky musí obsahovať obligatórne obsahové formálne náležitosti stanovené v § 28 KR, inak sa na prihlášku neprihliada. Jednou z takýchto náležitostí bol aj podpis veriteľa.

zástupca inej osoby. Zároveň však vyslovil právny názor, že nie je možné, aby konateľ jediným podpisom prihlášky prejavil vôľu ako konateľ obchodnej spoločnosti a súčasne aj ako zástupca druhého z konateľov.

Veriteľ podal ústavnú sťažnosť, ktorú ústavný súd odmietol ako zjavne neopodstatnenú. Ústavný súd ako *obiter dictum* konštatoval, že je *sporné, či takéto splnomocnenie je vôbec platným právnym úkonom, čo však nie je otázka, ktorej riešenie prislúcha ústavnému súdu, ale patrí do právomoci všeobecných súdov. Stav, keď v prípade zakladateľskou listinou zakotveného spoločného konania všetkých (dvoch) konateľov, jeden konateľ splnomocní iného konateľa na svoje zastupovanie pri všetkých úkonoch spojených s funkciou konateľa, totiž neguje (obchádza) vôľu spoločníka vyjadrenú v zakladateľskej listine, a tým obchádza aj zákon, ktorý práve spoločníkovi (spoločníkom) zveruje určenie spôsobu konania konateľov v mene spoločnosti. Vôľou spoločníka prejavenu v zakladateľskej listine bolo totiž bezvýnimočné spoločné konanie vždy všetkých konateľov spoločnosti. Je preto sporné, či jeden konateľ môže v prípade spoločného konania všetkých (dvoch) konateľov platne splnomocniť druhého konateľa na zastupovanie „pri všetkých úkonoch spojených s funkciou konateľa neobmedzene“ a navyše súhlasiť, aby splnomocnenec udelil „plnú moc v rovnakom rozsahu aj tretím osobám“, a tým obísť (pokiaľ ide o spôsob konania konateľov v mene spoločnosti) vôľu spoločníka spoločnosti. Podľa § 39 Občianskeho zákonníka je neplatný právny úkon, ktorý svojím obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza. Počet konateľov každej spoločnosti s ručením obmedzeným, ako aj spôsob ich konania v mene spoločnosti určujú výhradne spoločníci v spoločenskej zmluve, resp. spoločník v zakladateľskej listine. Bezvýnimočné spoločné konanie všetkých konateľov ustanovené zakladateľskou listinou sťažovateľky je teda prejavom suverénnej a slobodnej vôle spoločníka sťažovateľky, aby konatelia pri právnych úkonoch, ktorými zaväzujú spoločnosť, konali práve tak, ako to spoločník vyjadril v zakladateľskej listine.*

Toto rozhodnutie patrí medzi prvé rozhodnutia, v ktorých sa ústavný súd vyslovil k možnosti splnomocnenia jedného člena štatutárneho druhým členom štatutárneho orgánu, ak zakladateľský dokument vyžadoval spoločné konanie obidvoch konateľov.¹¹

Ústavný súd SR vyslovil predbežný názor, ktorým spochybnil možnosť splnomocnenia jedného člena štatutárneho orgánu jeho druhým členom a nepriamo uznal, že na prihlášku, ktorú podpísal len jeden konateľ, ak zakladateľský dokument vyžaduje spoločné konanie obidvoch konateľov, sa neprihliada, pretože ju považoval za nepodpísanú. Toto rozhodnutie bolo následne citované v ďalšej judikatúre niektorých všeobecných súdov ako aj samotného ústavného súdu.

Možnosť splnomocnenia jedného člena štatutárneho orgánu jeho druhým členom bola testovaná s odstupom času na všetkých stupňoch súdov, vrátane Ústavného súdu SR, už explicitne v rámci predmetu konania. V súdnom konaní bola riešená platnosť zmluvy o postúpení pohľadávky, ktorú podpísal jeden člen predstavenstva akciovej spoločnosti a zároveň podpísal túto zmluvu na základe plnej moci od druhého člena predstavenstva. Stanovy akciovej spoločnosti, menom ktorej člen

¹¹ Ústavný súd SR: I. ÚS 198/09 zo 14. 7. 2009.

predstavenstva podpisoval zmluvu o postúpení pohľadávky vyžadovali, aby menom spoločnosti konal spoločne predseda predstavenstva a ktorýkoľvek podpredseda predstavenstva alebo spoločne dvaja členovia predstavenstva. Súd prvej inštancie uviedol, že hoci právna úprava pripúšťa zastúpenie, nie je možné akceptovať zastúpenie medzi členmi predstavenstva navzájom. Okresný súd dané splnomocnenie posúdil ako neplatné, a preto ako neplatné vyhodnotil aj zmluvy o postúpení pohľadávok z toho dôvodu, že zo strany žalobcu neboli podpísané oprávnenými osobami. Za podstatné súd prvej inštancie považoval to, že je vylúčené zastúpenie podpredsedu predstavenstva predsedom predstavenstva. Odvolací súd sa stotožnil právnymi závermi súdu prvej inštancie a napadnutý rozsudok ako vecne správny potvrdil.¹² Proti rozhodnutiu odvolacieho súdu bolo podané dovolanie. Argumentácia dovolateľa sa koncentrovala medzi iným na platnosť plnej moci, pretože judikatúra na ktorú sa odvolával okresný súd a odvolací súd, vychádzali z právneho názoru Ústavného súdu SR, podľa ktorého jeden člen štatutárneho orgánu nemôže udeliť generálnu plnú moc jeho druhému členovi. Podľa sťažovateľa však v posudzovanom prípade išlo o plnú moc na krátke časové obdobie a vymedzený účel, a preto ju nie je možné považovať za generálnu plnú moc.

V dovolaní dovolateľ formuloval viac dovolacích otázok. Tou rozhodujúcou pre účely tohto príspevku je otázka: „*Či plnomocenstvo, ktorým podpredseda predstavenstva splnomocní predsedu predstavenstva, aby za neho konal v presne vymedzenom čase a z presne vymedzeného dôvodu (od oznámenia o vzdaní sa funkcie podpredsedu predstavenstva na predstavenstve spoločnosti z dôvodu odchodu do dôchodku do času zápisu týchto zmien do obchodného registra), je absolútne neplatným právnym úkonom v dôsledku obchádzania zákona alebo konania v rozpore so zákonom podľa § 39 OZ*“. Najvyšší súd SR konštatoval, že dovolateľmi nastolenú právnu otázku v minulosti neposudzoval, a preto je potrebné, aby ako najvyššia súdna autorita (vo vzťahu ku ktorej zákonodarca zakotvil povinnosť dbať o jednotný výklad a jednotné používanie zákonov a iných všeobecne záväzných právnych predpisov vlastnou rozhodovacou činnosťou) túto otázku vyriešil.¹³ Dovolací súd na túto otázku odpovedal v zhode s právnym názorom, ktoré vyslovili sudy nižšej inštancie a jednoznačne konštatoval, že pokiaľ stanovy spoločnosti žalobcu určili, že konanie menom spoločnosti sa bude realizovať tak, že v mene spoločnosti koná predseda a ktorýkoľvek podpredseda spoločne alebo obidvaja podpredsedovia spoločne, bolo neprípustné, aby podpredseda predstavenstva splnomocnil na zastupovanie svojej osoby pri podpisovaní dokumentov predsedu predstavenstva, v dôsledku čoho sporné zmluvy podpísala tá istá osoba raz ako predseda predstavenstva vo vlastnom mene a raz na základe plnomocnenstva za podpredsedu predstavenstva. Pokiaľ teda žalobca v posudzovanej veci uvedeným spôsobom nekonal, bol obidený zákon, aj vôľa predstavenstva ako štatutárneho orgánu, ktorý určil konanie v mene spoločnosti vo vyššie uvedenom znení, cieľom ktorej okolnosti bolo zabezpečiť vzájomnú kontrolu a tiež zodpovednosť najmenej dvoch členov predstavenstva. Najvyšší súd SR venoval osobitnú pozornosť právnej povahe plnomocnenstva, ktoré sudy nižšej inštancie

¹² Krajský súd v Žiline: 13 Cob 207/2019 z 27. 5. 2020.

¹³ Najvyšší súd SR: 4Obdo/114/2020 zo 14.12.2021.

považovali za generálne i napriek tomu, že bolo stanovené na určitú dobu a stotožnil sa s týmto právnym názorom.¹⁴ Najvyšší súd SR v tomto rozhodnutí vylúčil, aby jeden člen predstavenstva bol splnomocnený jeho druhým členom formou generálneho plnomocenstva.

Na základe uvedených záverov Najvyšší súd SR odmietol podané odvolanie. Rozhodnutie Najvyššieho súdu SR bolo napadnuté ústavnou sťažnosťou. Ústavný súd SR nevyhovel ústavnej sťažnosti a vecne sa stotožnil so závermi, ktoré vyslovil Najvyšší súd SR. Cenný je však záver ústavného súdu, podľa ktorého právne závery Najvyššieho súdu SR nevyklúčujú možnosť udelenia individuálnej plnej moci ku konkrétnemu právnemu úkonu inému členovi predstavenstva z dôvodu dočasnej prekážky na svojej strane. Podľa názoru Ústavného súdu SR práve v takomto prípade by prichádzalo do úvahy zohľadnenie všetkých konkrétnych okolností prejednávanej veci podstatných pre posúdenie toho, či je alebo nie je dôvod pri takomto konkrétnom právnom úkone k ochrane obchodnej spoločnosti pred konaním individuálneho zástupcu. Neexistencia individuálnej plnej moci však bráni sa týmito špecifickými okolnosťami zaoberať.¹⁵

K posudzovaniu právnej povahy plnomocenstva je potrebné dodať, že takúto interpretáciu považujeme za formálnu, čo je v rozpore s celkovým prístupom Ústavného súdu SR pri výklade právnych predpisov a aj právnych úkonov. Z dotknutého plnomocenstva je nesporné, že bolo dané len na určitú dobu a na stanovený účel, a preto nebolo úmyslom členov štatutárneho orgánu obchádzať vôľu akcionárov, ktorá bola vyjadrená v stanovách. Súčasne poukazujeme na určitú doktrínu v judikatúre ústavných súdov pri interpretácii právnych úkonov, podľa ktorej je potrebné preferovať takú interpretáciu, ktorá zachová ich platnosť.¹⁶ V tomto smere je aj početná judikatúra Ústavného súdu SR.¹⁷

¹⁴ Najvyšší súd SR sa stotožnil aj s právnym názorom odvolacieho súdu, podľa ktorého má udelené plnomocenstvo všeobecný charakter, keďže bolo udelené na zastupovanie vo všetkých úkonoch. Ohraničenie doby, na ktorú je plnomocenstvo udelené, ako aj dôvod jeho udelenia nie sú pre určenie právnej povahy plnomocenstva rozhodujúce. Zároveň sa vyslovil aj k preškrtnutiu plnomocenstva. *Vo vzťahu k prečiarknutiu plnomocenstva žalovaní v priebehu konania svoju obranu založili na tvrdení, že dve čiary vedené do podoby križa na plnomocenstve nezakladajú jeho neplatnosť, či zánik. S uvedeným tvrdením, súladne s konajúcimi súdmi, nesúhlasí ani súd dovolací. Prečiarknutie textu vo všeobecnosti znamená, že sa naň nemá prihliadať. Svojím spôsobom ho možno považovať za konkludentný právny úkon, kedy je vôľa konajúceho prejavovaná konkludentným činom, t. j. inak než výslovné. Ide o prejav, ktorý nemá znaky výslovného prejavu, ale je viditeľný a nevzbudzujúci pochybnosti o tom, akú vôľu chce osoba prejavovať. Opačný výklad preškrtnutého (prečiarknutého) textu by bol v rozpore so všeobecne uznávanou a v spoločnosti prijímanou zásadou, kedy preškrtnutím (prečiarknutím) textu (celej listiny alebo jej časti) dáva konajúca osoba najavo, aby sa na text neprihliadalo a nebol vzatý do úvahy. Okrem uvedeného, opačný výklad by sa priechil tiež logickému vysvetleniu toho, prečo by autor textu (jeho pisateľ) text preškrtnol (prečiarkol), pokiaľ by sa ním cítil byť viazaný.*

¹⁵ Ústavný súd SR: IV. ÚS 295/2022 z 27. 9. 2022.

¹⁶ ĐURICA, M. Prienik judikatúry do súkromného práva Význam judikatúry v obchodnom práve. In *Rekodifikace obchodního práva - pět let poté: pocta Ireně Pelikánové. Svazek II. - 1. vyd.* – Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019. s. 133-147.

¹⁷ Napr. : Ústavný súd SR: I. ÚS 242/07 z 3. 7. 2008; IV. ÚS 15/2014 z 28. 4. 2014.

Rozhodnutie Najvyššieho súdu SR bolo publikované v Zbierke stanovísk najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov SR.¹⁸

Zároveň môžeme konštatovať, že uvedené rozhodnutia sledovali českú judikatúru, ktorá už podstatne v skoršom období formulovala jednoznačné závery ohľadne možnosti splnomocnenia druhého člena štatutárneho orgánu pri kolektívnom konaní.¹⁹

3. ABSENCIA SPOLOČNÉHO KONANIA ČLENOV ŠTATUTÁRNEHO ORGÁNU PRI PROCESNOPRÁVNÝCH ÚKONOCH

Jednotlivé procesné poriadky stanovujú formálne a obsahové náležitosti konkrétnych procesnoprávných úkonov²⁰. V civilnom procesnom práve sa rozlišujú predovšetkým podania vo veci samej a ostatné podania.²¹ Pri nedodržaní obsahových alebo formálnych náležitostí procesnoprávných úkonov jednotlivé procesné poriadky stanovujú právne dôsledky takýchto podaní.²²

Až na výnimky, ktoré stanovujú procesnoprávne predpisy, okrem obsahových náležitostí pre konkrétne procesnoprávne úkony (napr. žaloba, odvolanie, dovolanie, dovolanie a ďalšie) sa vyžaduje písomná forma a teda aj podpis osoby, ktorá podanie robí, resp. jeho autorizáciu, ak ide o elektronické podanie. Ak podanie urobila obchodná spoločnosť, v mene ktorej musia konať viacerí členovia štatutárneho orgánu, pre perfektnosť procesnoprávneho úkonu sa vyžadujú podpisy tých osôb, ktoré boli na to oprávnené a povinné tak ako to stanovila spoločenská zmluva alebo stanovy a ktoré boli zapísané v obchodnom registri, ak ide o subjekt zapísaný do obchodného registra. Judikatúra vychádzala z toho, že tak ako je procesná subjektivita viazaná na hmotné právo, tak aj prosená spôsobilosť vyplýva z hmotného práva²³, čo je stanovené v § 67 a § 72 CSP, podľa ktorého na konanie právnickej osoby sa použijú ustanovenia osobitného predpisu o konaní za právnickú osobu. V tomto smere bola aj ustálená judikatúra, podľa ktorej, ak pri spoločnom konaní viacerých členov kolektívneho štatutárneho orgánu nebol právny úkon podpísaný, nešlo o právny úkon právnickej osoby.

K zásadnému obratu v judikatúre došlo v konaní, v ktorom súdy posudzovali odpor podaný proti platobnému rozkazu. Aj tento prípad prešiel všetkými súdnymi inštanciami. Súd prvej inštancie odmietol odpor, ktorý podpísal len jeden konateľ

¹⁸ Zbierka stanovísk najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov SR 1/2023-R č. 10: Ak stanovy spoločnosti určujú, že v mene spoločnosti musia konať spoločne najmenej dvaja členovia predstavenstva, člen predstavenstva môže udeliť individuálnu plnú moc na konkrétny právny úkon inému členovi predstavenstva. Je však neprípustné, aby pri takomto spôsobe konania v mene spoločnosti členovia predstavenstva udelili len jednému z nich generálnu (všeobecnú) plnú moc alebo plnú moc, rozsah ktorej je vymedzený iba druhom právnych úkonov.

¹⁹ Napr. Najvyšší súd ČR: 29 Odo 1082/2005 z 24.4. 2007. Sbíрка soudních rozhodnutí a stanovisek č. 17/2008; Najvyšší súd ČR: 32 Cdo 4133/2009 zo 16. 4. 2009.

²⁰ Napr. § 127 CSP.

²¹ Pozri § 123 CSP.

²² Pozri napr. § 129 CSP.

²³ LÖVY, A. In ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M., a kol. *Civilný sporový poriadok 2. vydanie. Komentár*. Praha : C. H. Beck, 2022, s. 284.

spoločnosti s ručením obmedzeným, pretože podľa zápisu v obchodnom registri v mene obchodnej spoločnosti konali dvaja konatelia spoločne. Proti uzneseniu o odmietnutí odporu podal odvolanie žalovaný v ktorom uviedol, že k nepodpísaniu odporu obidvomi konateľmi muselo prísť omylom a k odvolaniu priložil čestné vyhlásenie druhého konateľa, podľa ktorého súhlasí s podaným odporom proti platobnému rozkazu. Odvolací súd potvrdil napadnuté uznesenie a stotožnil sa s právnym názorom vysloveným súdom prvej inštancie.²⁴ Proti rozhodnutiu odvolacieho súdu bolo podané dovolanie. Najvyšší súd SR dovolanie žalovaného odmietol.²⁵ V odôvodnení svojho rozhodnutia sa precízne zaoberal konaním právnickej osoby a medzi iným uviedol, že *ak v prípade povinného spoločného konania viacerých členov štatutárneho orgánu, koná len jeden člen štatutárneho orgánu, nejedná sa o prejav vôle právnickej osoby a nejde tak o právny úkon právnickej osoby, ale výlučne sa jedná o úkon tej fyzickej osoby, ktorá daný úkon (hoc tvrdiac, že koná za právnickú osobu) uskutočnila (okrem prípadu, ak by konanie určitej osoby spadalo pod zákonné zastúpenie alebo zmluvné zastúpenie). Zároveň uviedol, že ide o priame konanie v mene právnickej osoby, a preto neprichádza, na rozdiel od zastúpenia, do úvahy ratihabícia tohto konania. Odpor podaný jedným konateľom nie je možné považovať za podanie vo veci samej (procesný úkon) uskutočnený žalovanou. V prípade odporu podaného žalovanou nebol dodržaný spôsob konania v mene žalovanej podľa jednotlivých ustanovení zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a nebol preto dodržaný ani zákonom predpísaný spôsob konania za právnickú osobu podľa § 72 CSP.*

Žalovaný podal ústavnú sťažnosť, ktorou napadol rozhodnutie odvolacieho a dovolacieho súdu. Ústavný súd SR rozhodol, že Uznesením najvyššieho súdu SR bolo porušené základné právo sťažovateľky na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky a jej právo na spravodlivé súdne konanie podľa čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, a preto ho zrušil a vec vrátil na ďalšie konanie.²⁶

Ústavný súd SR sa stotožnil s argumentáciou sťažovateľa a v rozpore s doterajšou ustálenou rozhodovacou praxou zrušil dovolacie rozhodnutie. Svoju argumentáciu založil na rozlišovaní hmotnoprávných a procesnoprávných úkonov. Najvyšší súd SR, ktorý bol viazaný právnym názorom Ústavného súdu SR, zrušil rozhodnutie odvolacieho súdu a kopíroval právne závery ústavného súdu.²⁷ *V prípade väd procesných úkonov sporových strán nie je možné aplikovať hmotnoprávne ustanovenia upravujúce náležitosti právnych úkonov a dôsledky väd právnych úkonov. Procesné úkony sporových strán nedisponujú vlastnosťou platnosti. CSP obsahuje v nadväznosti na úpravu náležitostí podania (všeobecné náležitosti podania sú upravené v § 127 CSP, osobitné náležitosti sú obsiahnuté pri právnej úprave jednotlivých procesných úkonov), aj právnu úpravu postupu na odstraňovanie prípadných väd procesných úkonov (§ 128 - § 130 CSP). Aj pokiaľ § 72 CSP odkazuje na použitie ustanovení osobitného predpisu o konaní za právnickú*

²⁴ Krajský súd Bratislava: 3Cob/82/2019 z 30.9.2023.

²⁵ Najvyšší súd SR: 3Obdo/65/2020 z 25.11.2020.

²⁶ Ústavný súd SR: II. ÚS 350/2021 z 27.10. 2022.

²⁷ Najvyšší súd SR: sp. zn. 3Obdo/65/2022 z 30. 5. 2023.

osobu, ktoré majú hmotnoprávnu povahu, pri nedostatku podpisu, ako jednej z náležitostí procesného úkonu (podania) podľa § 127 ods. 1 CSP, je potrebné postupovať podľa príslušných procesných ustanovení. Súd prvej inštancie opomenul postup odstraňovania väd podania vo veci samej podľa § 129 CSP a odvolací súd i napriek podaniu priloženému k odvolaniu žalovanej, ktoré obsahovalo podpis druhého konateľa žalovanej a súhlas s podaným odporom, potvrdil uznesenie súdu prvej inštancie o odmietnutí odporu žalovanej podľa § 267 ods. 2 písm. b) CSP. Najvyšší súd SR zároveň toto rozhodnutie publikoval v Zbierke stanovísk najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov SR.²⁸

Absencia povinného kolektívneho konania členov štatutárneho orgánu nemusí mať pôvod len v opomenutí konania, ale môže mať rôzne príčiny. Procesne odlišná situácia nastáva vtedy, ak je nezhoda medzi členmi štatutárneho orgánu a druhý člen kolektívneho orgánu odmieta podpísať konkrétny procesnoprávny úkon, alebo ak sú dokonca *quasi* v opačnom procesnom postavení. Súd sa dostávajú do zložitej dilemy ako posudzovať takýto procesný úkon, a to najmä po účinnosti CSP, ktorý neprevzal ustanovenie § 21 ods. 3 OSP, podľa ktorého za právnickú osobu nemohol konať ten koho záujmy sú v rozpore so záujmami právnickej osoby. Navyše Civilný sporový poriadok neumožňuje právnickej osobe ustanoviť opatrovníka, tak ako to umožňuje pri fyzickej osobe, ktorá nemá spôsobilosť samostatne konať pred súdom. V takýchto prípadoch nie je možné postupovať podľa citovaného judikátu Najvyššieho súdu SR, pretože odstránenie väd by v tomto prípade nebolo možné pre správanie druhého člena kolektívneho štatutárneho orgánu. Pre účely tohto príspevku sme vybrali dva prípady, ktoré dokumentujú nemožnosť konania za právnickú osobu (obchodnú spoločnosť), zákonným spôsobom pri realizácii práva na súdnu ochranu.

V prvom prípade sa odvolací súd snažil riešiť dilemu absencie podpisu na procesnom úkone jedného člena štatutárneho orgánu, ktorý je zároveň stranou sporu s opačným procesným postavením v konaní o odvolaní proti rozhodnutiu súdu prvej inštancie, ktorým bola zamietnutá sťažnosť proti uzneseniu o odmietnutí odporu. Žaloba bola podaná fyzickou osobou proti spoločnosti s ručením obmedzeným, v ktorej žalobca bol zároveň jedným z konateľov. Súd prvej inštancie odmietol odpor, ktorý podpísal len jeden konateľ, pretože podľa spoločenskej zmluvy sa vyžadovalo spoločné konanie obidvoch konateľov. Proti tomuto uzneseniu podal žalovaný sťažnosť, ktorú sudca zamietol s tým istým odôvodnením a odpor podpísaný len jedným konateľom považoval za odpor podaný neoprávnenou osobou. Odvolací súd zrušil napadnuté uznesenie a vec vrátil na ďalšie konanie.²⁹ Odvolací súd považoval interpretáciu dotknutých ustanovení Civilného sporového poriadku

²⁸ Zbierka stanovísk najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov SR 4/2023. R- č.45:

I. V prípade väd procesných úkonov sporových strán nie je možné aplikovať hmotnoprávne ustanovenia upravujúce náležitosti právnych úkonov a dôsledky väd právnych úkonov, ale je potrebné postupovať podľa § 128 až § 130 CSP, ktoré upravujú odstraňovanie väd procesných úkonov a následky odstránenia týchto väd.

II. Odpor podpísaný len jedným konateľom, napriek tomu, že za stranu sporu mali konať dvaja konatelia spoločne, nemôže súd odmietnuť bez toho, aby najskôr uznesením stranu sporu vyzval na opravu podania podľa § 129 CSP.

²⁹ Krajský súd Bratislava: 8CoCsp/27/2020 z 26. 2. 2021.

za formalistickú, ktorá zbavuje sporovú stranu práva na prístup k súdu. Podľa odvolacieho súdu, právu na prístup k súdu zodpovedá taký výklad § 72 CSP, podľa ktorého za spoločnosť pred súdom nemôže konať ten z jej konateľov konajúcich za spoločnosť spoločne, ktorý je v spore protistranou a jeho záujmy sú v rozpore so záujmami spoločnosti. Ak túto kolíziu záujmov nie je možné riešiť v rovine hmotného práva, je oprávnený konať za spoločnosť druhý konateľ.

Proti uzneseniu odvolacieho súdu bola podaná ústavná sťažnosť. Ústavný SR súd odmietol ústavnú sťažnosť ako zjavne neopodstatnenú, pretože v tomto prípade kasačným rozhodnutím odvolacieho súdu nemohlo dôjsť zásahu do ústavných práv sťažovateľa. *Voibiter dictum* sa však ústavný súd pustil do zložitého diskurzu. Ústavný súd SR považuje neprevzatie § 21 ods. 3 OSP do Civilného sporového poriadku za medzeru v zákone. Z mlčania Civilného sporového poriadku v otázke konfliktu záujmov osoby konajúcej za právnickú osobu s právnickou osobou nemožno dospieť k záveru, že by sa súd nemohol touto otázkou zaoberať a riešiť ju i normou, ktorú vytvoril krajský súd v namietanom rozhodnutí, keďže konflikt záujmov sťažovateľa a žalovanej obchodnej spoločnosti v tomto prípade mohol viesť k porušeniu základných práv žalovanej obchodnej spoločnosti. Zároveň ústavný súd poukazuje aj na pozoruhodnú konštrukciu CSP, ktorý umožňuje ustanoviť opatrovníka len fyzickej osobe. Vecne sa Ústavný súd SR v zásade stotožnil s procesným postupom odvolacieho súdu a konštatoval, že aj keď Civilný sporový poriadok neprevzal ustanovenie § 21 ods. 3 OSP, toto ustanovenie je svojou povahou hmotnoprávne ustanovenie.³⁰

V druhom prípade odvolací súd rozhodoval o odvolaní dlžníka proti uzneseniu o vyhlásení konkurzu, ktoré za dlžníka podpísal len jeden konateľ aj keď spoločenská zmluva vyžaduje spoločné konanie obidvoch konateľov.³¹ Odvolací súd akceptoval takéto odvolanie a konštatoval, že medzi konateľmi sú také nezhody ohľadne vyhlásenia konkurzu, čo vyplýva z ich jednoznačných podaní konkurznému súdu, že nie je predpoklad na podanie spoločného odvolania a vo veci meritórne rozhodol. Proti rozhodnutiu odvolacieho súdu bola podaná ústavná sťažnosť, pričom sťažovateľ namietal predovšetkým to, že odvolací súd žiadnym legitímnym spôsobom nezodôvodnil, na základe čoho dospel k záveru, že postačuje, ak je odvolanie za dlžníka podpísané výhradne jedným z dvoch konateľov, pričom sa jeho rozhodnutie odchyľuje od ustálenej judikatúry a právnej praxe. Odvolací súd vo svojom vyjadrení k ústavnej sťažnosti uviedol, že považoval jedného z dvoch konateľov dlžníka, za aktívne vecne legitimovaného na podanie odvolania proti uzneseniu o vyhlásení konkurzu na majetok dlžníka v zmysle § 22 ods. 2 OZ, pretože druhá konateľka mala v súdnom konaní názor opačný, avšak totožný s názorom protistrany (navrhovateľa), konkurzu.³² Ústavný súd SR konštatoval, že konaním štatutárneho orgánu sa prejavuje vôľa právnickej osoby navonok. Uvedené konštatovanie platí aj v rovine procesného práva, teda pri uskutočňovaní procesných úkonov (§ 72 CSP), a preto pri podaní odvolania proti uzneseniu o vyhlásení

³⁰ Ústavný súd SR: III. ÚS 521/2021 zo 16. 9. 2021.

³¹ Krajský súd Košice: 4CoKR/37/2021 z 2. 11. 2021.

³² Podľa § 22 ods. 2. OZ zastupovať nemôže ten, kto sám nie je spôsobilý na právny úkon o ktorý ide a ani ten, záujmy koho sú v rozpore so záujmami zastúpeného.

konkurzu nebol dodržaný predpísaný spôsob konania štatutárneho orgánu za dlžníka, keď v rozpore s § 133 ods. 1 v spojení s § 110 ods. 1 písm. e) Obchodného zákonníka a s § 2 ods. 1 písm. e) zákona o obchodnom registri odvolanie v mene dlžníka podal len jeden z konateľov, hoci na konanie v mene dlžníka sa vyžadovalo spoločné konanie oboch konateľov. Ústavný súd SR považoval za relevantné vyjadrenie krajského súdu k ústavnej sťažnosti, podľa ktorého oprávnenie na podanie odvolania za dlžníka je dané v zmysle § 22 ods. 2 Občianskeho zákonníka. Zároveň však uviedol, že z napadnutého rozhodnutia nevyplýva naznačená argumentačná línia krajského súdu, ani to, že by krajský súd pri posudzovaní odvolania použil § 22 ods. 2 Občianskeho zákonníka. Ústavný súd SR poukázal aj na judikatúru Najvyššieho súdu SR (uznesenie č. k. 4Cdo/177/2009 z 30. júna 2010), podľa ktorej aj keď štatutárny orgán právnickej osoby nie je jej zástupcom (konanie štatutárneho orgánu je konaním samotnej právnickej osoby), § 22 ods. 2 Občianskeho zákonníka je analogicky použiteľný aj v prípadoch, v ktorých záujmy štatutárneho orgánu právnickej osoby sú v rozpore so záujmami tejto právnickej osoby. Ústavný súd SR považoval rozhodnutie odvolacieho súdu za nepreskúmateľné a ústavne neudržateľné, a preto ho zrušil a vec vrátil na ďalšie konanie. V ďalšom konaní je odvolací súd opätovne sa zaoberať otázkou, či odvolanie označené ako podanie dlžníka (právnickej osoby) možno akceptovať ako jeho skutočný prejav vôle. Splnenie uvedenej povinnosti si bude vyžadovať, aby krajský súd zohľadňoval prípustnosť analogického použitia § 22 ods. 2 OZ aj na vzťah spoločnosti s ručením obmedzeným a jej konateľa. Ústavný súd SR predložil aj alternatívny procesný postup pre odvolací súd. *Bude preto potrebné ustáliť, či hypotéza predmetného ustanovenia (rozpor záujmov zástupcu a zastúpeného) je vo vzťahu konateľky a dlžníka naplnená. V prípade negatívneho výsledku bude krajský súd povinný preskúmateľným spôsobom absenciu rozporu záujmov odôvodniť. V prípade pozitívneho výsledku zas bude jeho úlohou hľadať procesné riešenie, ktoré bude dbať na proporionalitu vo vyvážení základných práv dlžníka, ako aj veriteľov ako účastníkov konkurzného konania. Ústavný súd už v tomto smere vo svojej rozhodovacej praxi (III. ÚS 521/2021) naznačil, že aj keď CSP neobsahuje pravidlo porovnateľné s § 21 ods. 3 Občianskeho súdneho poriadku, norma, podľa ktorej za právnickú osobu nemôže konať ten, koho záujmy sú v rozpore so záujmami ním zastupovanej právnickej osoby, vo svojej podstate nie je normou procesnou, ale skôr hmotnoprávnou. Načrtnuté východisko otvára otázku, či existuje procesný priestor pre použitie čl. 4 ods. 2 CSP s cieľom vyplniť medzerovitú právnu úpravu v Civilnom sporovom poriadku, ktorý viacero normatívnych riešení rôznych procesných situácií opomenul, a či z mlčania Civilného sporového poriadku v otázke konfliktu záujmov osoby konajúcej za právnickú osobu s právnickou osobou možno dospieť k záveru, že by sa krajský súd nemohol touto otázkou zaoberať a použitím čl. 4 ods. 2 CSP ju riešiť hoci aj ustanovením procesného opatrovníka, s ktorým Civilný sporový poriadok podľa doslovnej dikcie (§ 68 CSP) ráta len v prípade fyzickej osoby.*³³

³³ Ústavný súd SR: III. ÚS 589/2022 z 12. 10. 2023.

ZÁVER

Cieľom príspevku je analýza právnej problematiky spoločného konania členov kolektívneho štatutárneho orgánu právnických osôb so zameraním na obchodné spoločnosti, tzv. pravidlo štyroch očí v judikatúre súdov, s osobitným akcentom na judikatúru najvyšších súdnych autorít. Z tejto judikatúry a s prihliadnutím na doktrínálne poznatky sa snažíme formulovať niektoré závery pre aplikačnú prax.

Ak si uvedomíme, že Obchodný zákonník je účinný od 1.1.1992, musíme konštatovať, že judikatúra Najvyššieho súdu SR a Ústavného súdu SR odpovedala na problematiku pravidla štyroch očí so značným časovým odstupom. Na obhajobu justície môžeme povedať, že kde niet žalobcu, niet ani sudcu. Práve v situáciách, kde určitá problematika nie je explicitne predmetom súdneho konania je potrebné uvítať sudcovský aktivizmus, napr. v podobe *obiter dictum*, tak ako sme to uvádzali pri jednotlivých rozhodnutiach Ústavného súdu SR.³⁴

Z vykonanej analýzy relevantnej judikatúry vyplýva, že pri posudzovaní perfektosti právnych úkonov právnických osôb, pri ktorých sa vyžaduje pravidlo štyroch očí a ktoré nebolo dodržané, musíme primárne rozlišovať hmotnoprávne a procesnoprávne úkony.

Pri písomných hmotnoprávných úkonoch absencia podpisu ďalšieho člena kolektívneho štatutárneho orgánu bude mať za následok neplatnosť právneho úkonu, pretože nie je urobený spôsobom stanovený zákonom pre konanie konkrétnej právnickej osoby (obchodnej spoločnosti), a teda ide o právny úkon v rozpore so zákonom. V tomto smere je judikatúra jednoznačná. Zároveň judikatúra vylúčila možnosť, aby jeden člen kolektívneho štatutárneho orgánu splnomocnil na vykonávanie právnych úkonov v podobe generálneho plnomocenstva druhého jeho člena. Takéto plnomocenstvo považuje judikatúra za neplatné, čo *ex post* vyvolá neplatnosť právneho úkonu, ktorý bol vykonaný na základe takéhoto plnomocenstva. Najvyšší súd SR pripustil plnomocenstvo na vykonanie individuálnych právnych úkonov, avšak ako to vyplýva z citovaného rozhodnutia Ústavného súdu SR, aj tu prichádza do úvahy „súdna kontrola“ tohto plnomocenstva. Súd musí skúmať, či na vystavenie tohto plnomocenstva boli dané dôvody a zistiť, či jeho účelom nebolo obísť vôľu spoločníkov vyjadrenú v spoločenskej zmluve alebo v stanovách.

Právna úprava v Českej republike, ktorá je však na koncepte zastúpenia, odstránila tieto interpretačné problémy a splnomocnenie člena kolektívneho štatutárneho orgánu explicitne pripustila len na určité právne úkony.³⁵

Pri procesnoprávných úkonoch, absencia podpisu druhého člena štatutárneho orgánu spôsobuje vadu podania, ktorá však predstavuje odstrániteľnú prekážku konania, a preto je súd povinný vyzvať sporovú stranu, (účastníka konania), na odstránenie väd. Ani tento záver neplatí absolútne, pretože súd je povinný tak urobiť len, ak takýto postup predpokladá a umožňuje príslušný procesný predpis. Niektoré

³⁴ Pozri napr. BARAK, S. *Sudca v demokracii*. Bratislava: Kalligram 2016, s. 366.

³⁵ § 164 ods. 2 Občianskeho zákonníka ČR: „Náleží-li působnost statutárního orgánu více osobám, tvoří kolektivní statutární orgán. Neurčí-li zakladatelské právní jednání, jak jeho členové právnickou osobu zastupují, činí tak každý člen samostatně. Vyžaduje-li zakladatelské právní jednání, aby členové statutárního orgánu jednali společně, může člen právnickou osobu zastoupit jako zmocněnec samostatně, jen byl-li zmocněn k určitému právnímu jednání.“

procesné predpisy explicitne vylučujú opravu alebo doplnenie niektorých podaní.³⁶ V takom prípade nastanú tie právne dôsledky, ktoré príslušný procesný predpis spája s takýmto neperfektným podaním.

Zložitejšia situácia nastáva vtedy, keď procesné podanie je podaním vo veci samej, ktorým sa realizuje právo na súdnu ochranu (napr. žaloba, odpor, odvolanie a pod.) a nie je podpísané ďalším povinným členom kolektívneho štatutárneho orgánu z dôvodu kolízie záujmov medzi členmi štatutárneho orgánu alebo kolíziou medzi členom kolektívneho orgánu a samotnou obchodnou spoločnosťou. Procesný postup konajúceho súdu by nemal brániť realizácii práva na súdnu ochranu. Práve naopak, procesný predpis musí umožniť realizáciu subjektívnych práv, ktoré priznáva právo hmotné. V každom prípade musí súd zisťovať, či medzi členmi štatutárneho orgánu je skutočne kolízia záujmov. Ak to tak nie je, musí odstraňovať vady podania, za predpokladu, že to procesný predpis pripúšťa. Ďalší postup súdu bude závisieť od toho, či vady podania budú odstránené. Pokiaľ súd zistí kolíziu záujmov, odstraňovanie väd neprichádza do úvahy, pretože druhý člen kolektívneho orgánu má opačný záujem. Za tohto právneho stavu nemá kto v mene právnickej osoby konať. Vzhľadom na to, že nikto nemôže byť zbavený práva na súdnu ochranu, súd musí hľadať možné procesné riešenia na realizáciu tohto práva. V zásade má súd dva možné spôsoby konania. Pretože vady procesného podania nie je možné odstrániť, akceptuje takéto podanie ako perfektné podanie právnickej osoby alebo môže dotknutej právnickej osobe ustanoviť opatrovníka. Akceptácia procesného podania podpísaného len jedným členom štatutárneho orgánu nie je v súlade s právom hmotným a takáto teleologická interpretácia dotknutých ustanovení je na hranici interpretačných možností súdu. Z týchto dôvodov sa nám ako správnejší procesný postup javí ustanovenie opatrovníka.

Pokiaľ ide ustanovenie opatrovníka, komentárová literatúra odmieta možnosť ustanoviť opatrovníka právnickej osobe a snaží sa obhájiť aj neprevzatie § 29 OSP, ktorý to umožňoval, do Civilného sporového poriadku. *Právna úprava v § 69 CSP naopak vychádza z hmotnoprávnej koncepcie, t. j. ani v prípade absencie osoby, ktorá by bola oprávnená konať za právnickú osobu, ani v prípade, ak by bolo sporné, kto má za túto právnickú osobu konať, ani v prípade rozporu záujmov a napokon ani v prípade, ak by bolo sporné, kto má za právnickú osobu konať, nevymedzuje povinnosť ustanoviť právnickej osobe procesného opatrovníka.*

Všetky tieto prípady a ich riešenie je ponechané výlučne na hmotné právo. Východiskom je, že procesné právo nemôže nahrádzať ani odstraňovať problémy (nezhody), ktoré nastali v rovine hmotného práva.

Ak by po určitý čas nebola funkcia štatutárneho orgánu obsadená, nespôsobuje to automaticky zrušenie alebo zánik právnickej osoby, avšak nie je vylúčené, aby sa tak nestalo. V prípade kolízie, resp. stretu záujmov medzi osobou oprávnenou konať za právnickú osobu a právnickou osobou tento už v rovine procesného práva súd skúmať nebude.

³⁶ Takto napr. zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii v znení neskorších predpisov stanovuje v § 28 základné formálne a obsahové náležitosti prihlášky, inak sa na prihlášku neprihliada. Zároveň tento zákon v § 30 stanovuje, že podanie, v ktorom bola uplatnená pohľadávka, ktorá sa v konkurze uplatňuje prihláškou, nemožno opraviť ani doplniť.

Riešenie kolízie záujmov bude opätovne vyplývať z hmotnoprávneho predpisu, a to napríklad § 135a ods. 5 OBZ, ktorý vymedzuje okruh aktívne a pasívne legitimovaných osôb pri uplatnení nárokov voči konateľovi spoločnosti s ručením obmedzeným a pod.

Nie je vylúčené, že súd bude konať s osobou, ktorej záujmy sú v rozpore so záujmami právnickej osoby. Prípadné následky tejto kolízie záujmov z hľadiska úspechu alebo neúspechu v konaní si môže právnická osoba zosobňovať proti tomuto subjektu napríklad v rozsahu ustanovenia § 22 ods. 2 OZ uplatňovaním nároku na náhradu škody.³⁷

Je nesporné, že právnická osoba má aj v prípade absencie štatutárneho orgánu naďalej spôsobilosť na práva a povinnosti a má teda aj procesnú subjektivitu. Rovnako nestráca spôsobilosť na právne úkony a teda ani procesnú spôsobilosť³⁸ i napriek tomu, že v prípade absencie štatutárneho orgánu alebo jeho člena, pri spoločnom konaní ju môže realizovať len v obmedzenom rozsahu, v akom môže konať prostredníctvom iných osôb, ktorí konajú ako jej zástupcovia.³⁹ Spoločníci obchodnej spoločnosti sú oprávnení a v zásade aj povinní v prípade absencie štatutárneho orgánu alebo jeho člena ustanoviť štatutárny orgán a vyriešiť tak aj procesnú spôsobilosť obchodnej spoločnosti. Pokiaľ nemajú záujem na pokračovaní jej činnosti, môžu rozhodnúť o zrušení spoločnosti a ustanoviť likvidátora, na ktorého prechádza pôsobnosť štatutárneho orgánu. V prípade kolízie medzi členmi štatutárneho orgánu môžu tento negatívny stav riešiť, ich výmenou resp. len výmenou niektorého z nich. V konečnom dôsledku môžu spoločníci zmeniť aj spôsob konania a zveriť ho každému členovi štatutárneho orgánu, aby mohol konať v celom rozsahu samostatne. To sú argumenty v prospech toho, že súd nemusí právnickej osobe ustanoviť opatrovníka, pretože právnická osoba to môže riešiť v rovine hmotného práva. Nie každá situácia sa však dá riešiť ustanovením štatutárneho orgánu alebo ich výmenou alebo zmenou spôsobu konania, pretože v praxi môžu nastať rôzne situácie. Tak tomu bude napr. vtedy, ak v spoločnosti s ručením obmedzeným sú dvaja spoločníci, z ktorých každý má 50% a obidvaja sú zároveň konatelia, ktorí môžu konať len spoločne.⁴⁰ Ak medzi konateľmi (spoločníkmi) dôjde ku kolízii záujmov tak je potrebné, aby súd ustanovil opatrovníka.⁴¹ Ten istý postup platí aj vtedy, keby jeden z konateľov by bol v postavení strany sporu.⁴² Tak ako bolo uvedené, procesné právo slúži na realizáciu

³⁷ LÖVY, A. In ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M., a kol. *Civilný sporový poriadok 2. vydanie. Komentár.* Praha : C. H. Beck, 2022, s. 284.

³⁸ Pozri aj: DVOŘÁK, B. K problematice procesního jednání právnických osob. *Právní rozhledy 19/2016.* s. 649.

³⁹ Osoby, ktoré sú oprávnené konať za podnikateľa sú vymedzené v § 13-16 OBZ.

⁴⁰ K ustanoveniu opatrovníka pozri: HLUŠÁK, M. O možnosti ustanoviť opatrovníka právnickej osobe. In: Husár, J., Csach, K. (eds.): *Konflikty záujmov v práve obchodných spoločností – zborník.* Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 147.

⁴¹ Pozri aj: DEÁK, M. Stret záujmov pri konaní člena štatutárneho orgánu kapitálovej obchodnej spoločnosti. *Obchodněprávní revue.* 2/2016, s.46.

⁴² Najvyšší súd ČR: sp. zn. 2 Cdon 680/97. Fyzická osoba, ktorá je štatutárnym orgánom právnickej osoby-podnikateľa (§ 13 ods. I OBZ), nemá právo konať menom tejto právnickej osoby podnikateľa v spore, ktorý s ňou vedie.

subjektívnych práv, ktoré vyplývajú pre subjekty práva z hmotného práva, a preto v prípade absencie právnej úpravy môže súd využiť aj ustanovenie čl.4. CSP.⁴³

Rozsah tohto príspevku neumožňuje zaoberať sa konkrétnym procesným postupom pri ustanovení opatrovníka. Aj pri právnej úprave, ktorá pripúšťa ustanoviť opatrovníka aj právnickej osobe, môžu totiž vznikať početné interpretačné problémy.⁴⁴

POUŽITÉ PRAMENE

1. Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089).
2. BARAK, S. *Sudca v demokracii*. Bratislava: Kalligram 2016, s. 432. ISBN 978-80-811—921-0.
3. BĚLOHLÁVEK, A, J. a kol: *Komentář k zákonu o obchodních korporacích*. Plzeň: Aleš Čenek, 2013. 2013, s. 2733. ISBN 978-80-7380-451-0.
4. ČECH, P. Ke svéprávnosti právnické osoby a postavení člena statutárního orgánu při jednání za ni (nejen) v situaci zájmového střetu. *Právní rozhledy*. č. 23-24/2016, s. 835.
5. ČERNÁ, S., ŠTENGLOVÁ, I., PELIKÁNOVÁ, I. a kol. *Právo obchodních korporací. I. vydání*. Praha: Wolters Kluwer, 2015. 640 s. ISBN 978-80-7478-735-5.
6. ČÍŽEK, V. Kolektivní statutární orgán obchodní korporace: pověření jednáním vůči zaměstnancům- *Obchodněprávní revue* 1/2015, s. 9.
7. DEÁK, M. Prejav vôle kapitálovej obchodnej spoločnosti ako právnickej osoby v zahraničných úpravách. Inšpirácie pre modifikácie domácej úpravy? (1. časť). *Justičná revue* 67, 2015, č. 6-7, s. 729.
8. DEÁK, M. Prejav vôle kapitálovej obchodnej spoločnosti ako právnickej osoby v zahraničných úpravách. Inšpirácie pre modifikácie domácej úpravy? (2. časť). *Justičná revue*, 67, 2015, č. 8-9, s. 915.
9. DEÁK, M. *Zastúpenie podnikateľa v obchodných vzťahoch*. Bratislava: C. H. Beck, 2016. 628 s. ISBN 978-80-8960-345-9.
10. DEÁK, M. Stret záujmov pri konaní člena štatutárneho orgánu kapitálovej obchodnej spoločnosti. *Obchodněprávní revue*. 2/2016, s.46

⁴³ Čl. 4 CSP: (1) Ak sa právna vec nedá prejednať a rozhodnúť na základe výslovného ustanovenia tohto zákona, právna vec sa posúdi podľa ustanovenia tohto alebo iného zákona, ktoré upravuje právnu vec čo do obsahu a účelu najbližšiu posudzovanej právnej veci.

(2) Ak takého ustanovenia niet, súd prejedná a rozhodne právnu vec podľa normy, ktorú by zvolil, ak by bol sám zákonodarcom, a to s prihliadnutím na princípy všeobecnej spravodlivosti a princípy, na ktorých spočíva tento zákon, tak, aby výsledkom bolo rozumné usporiadanie procesných vzťahov zohľadňujúce stav a poznatky právnej vedy a ustálenú rozhodovaciu prax najvyšších súdnych autorít.

⁴⁴ Pozri napr.: DĚDIČ, J., LASSÁK, J. Opatrovník obchodní korporace jmenovaný pro případ konfliktu zájmů. *Bulletin advokacie*. 2017, č. 10, s. 19. NOVOTNÁ, KRTOUŠOVÁ, L. Následky konfliktu zájmů člena statutárního orgánu právnické osoby jako zástupce a právnické osoby jako zastoupeného, *Právní rozhledy* 17/2016, s. 588.

11. DEDIČ, J. Interpretační problémy úpravy opatrovnictví ve vztahu k obchodním korporacím. In *XXIV. Karlovarské právnícké dny*. Leges, Praha 2016, s. 474-496.
12. DĚDIČ, J. Porušení pravidla „čtyř očí“ při zastupování právnické osoby členy statutárního orgánu (s akcentem na obchodní korporace). *XXV. Karlovarské právnícké dny*. Praha: Leges, 2017, s. 446.
13. DĚDIČ, J., LASSÁK. Opatrovník obchodní korporace jmenovaný pro případ konfliktu zájmů. In: *Bulletin advokacie*. 2017, č. 10. s.19.
14. ĎURICA, M. Prienik judikatury do súkromného práva Význam judikatury v obchodním právu. In *Rekodifikace obchodního práva - pět let poté : pocta Ireně Pelikánové. Svazek II. - 1. vyd. - Praha : Wolters Kluwer ČR, 2019. s. 133-147. ISBN 978-80-7598-426-5.*
15. DVOŘÁK, B. K problematice procesního jednání právnických osob. *Právní rozhledy* 19/2016. s. 649.
16. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Vom 20. April 1892 (RGBl, S 477).
17. ELIÁŠ, K., a kol. *Občanský zákoník. Velký akademický komentář. I. svazek, § 1-487*. Praha: Linde, 2008. 1386 s. ISBN 978-80-7201-687-7.
18. ELIÁŠ, K. Smluvní autonomie při organizaci obchodních společností. *Právní obzor*. 3/2016, s.171-186.
19. HAVEL, B, PIHERA, V. Hranice autonomie vůle v právu obchodních korporací (strukturální úvahy). *Právník* 4/2022, s. 319.
20. HAVEL, B., *Obchodní korporace ve světle proměn. Variace na neuzavřené téma správy obchodních korporací*. Praha: Auditorium, 2010, 196 s. ISBN 978-80-87284-11-7.
21. HAVEL, B., RONOVSÁ, K., Kogentnost úpravy právnických osob a její omezení autonomií vůle, nebo vice versa? *Obchodněprávní revue*, 2016, č. 2 s. 33.
22. HLUŠÁK, M. O možnosti ustanovit' opatrovníka právnickej osobe. In. Husár, J., Csach, K. (eds.): *Konflikty záujmov v práve obchodných spoločností – zborník*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 147.
23. JURČOVÁ, M. Štatutárny orgán alebo štatutárny zástupca. *Justičná revue*, 2008, č. 6-7. s. 920-927.
24. JURČOVÁ, M., PAVELEKOVÁ, B., NEVOLNÁ, Z., OLŠOVSKÁ A., SMYČKOVÁ, R.: *Zastúpenie v súkromnom práve*. Praha: C. H. Beck, 2021, 360 s. ISBN 978-80-7400-836-8.
25. NOVOTNÁ KRTOŠOVÁ L. Následky konfliktu zájmů člena statutárního orgánu právnické osoby jako zástupce a právnické osoby jako zastoupeného-, *Právní rozhledy* 17/2016, s. 588.
26. OVEČKOVÁ a kol. *Obchodný zákonník. Velký Komentár. I. a II. zväzok. 2. vydanie*. Bratislava : Wolters Kluwer s.r.o, 2022, 3704 s. ISBN 978-80-571-0436-0.
27. PATAKYOVÁ a kol. *Obchodný zákonník. Komentár 1. vydanie*. Bratislava: C. H. Beck, 2022. 1792 s. ISBN 978-80-8232-018-6.

- 28.ŠTEVCEK, M., DULÁK, A., BAJÁNKOVÁ, J., FEČÍK, M., SEDLAČKO, F., TOMAŠOVIČ, M. a kol. *Občiansky zákonník I. § 451 – 880. 2. vydanie. Komentár*. Praha: C. H. Beck, 2019, 1754 s. ISBN 978-80-7400-770-5.
- 29.ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M., a kol. *Civilný sporový poriadok 2. vydanie. Komentár*. Praha : C. H. Beck, 2022. 1752 s. ISBN 978-80-7400-909-9.
- 30.Krajský súd Bratislava: 4 Tpo/612018.
- 31.Krajský súd Bratislava: 3Cob/82/2019.
- 32.Krajský súd v Žiline: 13 Cob 207/2019.
- 33.Krajský súd Košice: 4CoKR/37/2021.
- 34.Najvyšší súd ČR: 32 Cdo 4133/2009 zo 16. 4. 2009.
- 35.Najvyšší súd ČR: 29 Odo 1082/2005 z 24.4. 2007.
- 36.Najvyšší súd SR: 4Obdo/114/2020.
- 37.Najvyšší súd SR: 3Obdo/65/2020.
- 38.Najvyšší súd SR: 3Obdo/65/2022.
- 39.Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek č. 17/2008.
- 40.Spolkový súdny dvor Nemecko: BGH-Entscheidung vom 06.11.2018 (Az. II ZR 1/17).
- 41.Ústavný súd SR: I. ÚS 242/07.
- 42.Ústavný súd SR: I. ÚS 198/09.
- 43.Ústavný súd SR: IV. ÚS 15/2014.
- 44.Ústavný súd SR: II. ÚS 350/2021.
- 45.Ústavný súd SR: IV. ÚS 295/2022.
- 46.Ústavný súd SR: III. ÚS 521/2021 zo 16. 9. 2021.
- 47.Ústavný súd SR: III. ÚS 589/2022 z 12. 10. 2023.
- 48.Zbierka stanovísk najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov SR 1/2023.
- 49.Zbierka stanovísk najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov SR 4/2023.

KONTAKT NA AUTORA

midurica@umb.sk

Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta

Komenského 20

97401 Banská Bystrica

Slovenská republika

Dr hab. Mariusz Fras, prof. UŚ¹

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

FinTech and Private International Law. Selected Issues²

Abstract

FinTech is a new and interesting phenomenon, linked to the use of new technologies, such as artificial intelligence or distributed ledger technology, in the insurance sector. The factual and legal nature of relationships in this area, due to their heterogeneous and complex international character, raises many questions. Some of these relate to private international law, where conflict situations raise questions such as which law (the law of which state) is the substantive law applicable to resolve these situations. Presenting the complexity of this area, this statement describes possible solutions and reflects on the need and potential of applying private international law in the FinTech sector.

Key words: Fintech, AI, blockchain, smart contract, private international law, conflict-of-law.

JEL Classification: K15, K20, K22, K33

1. QUALIFICATION IN EUROPEAN UNION PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND FINTECH

Qualification or qualification procedures are usually understood as the entirety of activities aimed at clarifying the concepts specifying the conditions for application of conflict-of-law rules in private international law.³ Much attention has been devoted in academic literature to the question of choosing an appropriate method of qualifying private international law rules.⁴ As far as autonomous qualification is concerned, it boils down – putting the matter in simple terms, necessary for the purposes this study – to determining the meaning of terms used in a conflict-of-law rule taking advantage of the results of comparative law research – a given term must be understood as it is understood by the entire civilized world.⁵ It is assumed as

¹ prof. FRAS Mariusz, Silesia University, Katowice, Poland, Department of Civil Law and Private International Law, <https://orcid.org/0000-0002-0033-6909>.

² This research was founded in whole by National Science Centre, Poland, Grant Number 2020/39/B/HS5/02631.

³ PRZYBYŁOWSKI K.: *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*. Lwów 1935, p. 104.

⁴ More in: PAZDAN M., in: *System Prawa Prywatnego. T. 20A. Prawo Prywatne Międzynarodowe*. Ed. M. Pazdan. Warszawa 2014, p. 311, and the literature cited therein.

⁵ See PRZYBYŁOWSKI K.: *Prawo*, p. 104.

obvious that interpretation of private international law rules of the European Union should proceed in the spirit of autonomous method. However, this often boils down to a rather vague statement that the procedure involves such understanding of concepts found in the provisions of private international law that becomes detached from the meaning assigned to those concepts in specific legal systems. After all, as emphasized in literature, only this way can uniform application of EU legislation in the area of judicial cooperation in civil and commercial matters be ensured.⁶ The autonomous qualification method has a relatively long tradition in European private international law. Perhaps for the first time, the Court of Justice ruled in favour of the need for qualification in the spirit of this method already in a 1976 judgment in case *LTU v Eurocontrol*.⁷ However, it is worth noting that initially autonomous interpretation of European private international law rules — and, consequently, also autonomous qualification as such — was not as obvious as it might seem today. All interpretative procedures should be based on clear and predictable criteria. This is a consequence of the principle of legal certainty. The above applies also to qualification procedures.⁸

An overview of the Court's case-law leads to the conclusion that the label autonomous qualification (basically, bearing in mind the observation made at the beginning that qualification procedures have not been usually distinguished, from the terminological point of view, from other interpretative procedures referred to as "autonomous interpretation") has attached over the last fifty years to a vast majority of interpretative procedures involving provisions of private international law. In most accurate terms, the qualification method preferred in the case-law can be described by the words of the Court itself. In that context, interpretation of terms used in the provisions of a given legal instrument should involve, on one hand, references to the purposes and scheme of that instrument, and, on the other, to general principles deriving from the entirety of legal systems.⁹ In several judgments, the Court seems to understand references to such general principles as references not to the "entirety of national law systems" in the spirit of autonomous qualification in its pure sense, but to the "entirety of national law systems of the Member States."¹⁰

The CJEU case-law has been characterized by gradual reduction in the role of comparative legal elements. References to the "entirety of national law systems" was replaced by references to the same concept "in other legislative instruments of the

⁶ See RÖSLER H.: *Interpretation, autonomous*, in: *Encyclopedia of Private International Law*. Eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio. Cheltenham 2017, p. 1008.

⁷ Judgment of the CJEU of 14.10.1976 in case *LTU v Eurocontrol*, 29/76, ECLI:EU:C:1976:137 (hereinafter: "judgment in case *LTU v Eurocontrol*"), paragraph 3.

⁸ See also: MINOIS M.: *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations. Pour une unité de la qualification*. "Revue de droit international d'Assas" 2018, no. 1, p. 220.

⁹ See MAGNUS U., in: *Brussels I bis Regulation. Commentary*. Eds. U. Magnus, P. Mankowski. Köln 2016, p. 46.

¹⁰ See the CJEU judgments: in case *Tessili*, paragraph 10; of 22.11.1978 in case *Somafer*, 33/78, ECLI:EU:C:1978:205, paragraph 5; of 21.4.1993 in case *Sonntag*, C-172/91, ECLI:EU:C:1993:144 (hereinafter "judgment in case *Sonntag*"), paragraph 22; CJEU judgment of 3.10.2013 in case *Schneider*, C-386/12, ECLI:EU:C:2013:633; CJEU judgment of 1.03.2005 in case *Owusu*, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120;

EU."¹¹ It was therefore not so much about the consistency of solutions adopted at the jurisdictional or conflict-of-law level with the legal systems of the Member States, but rather about the systemic consistency of EU legislation.

As new financial technologies can facilitate access to financial services and improve the efficiency of the single financial market and the retail financial services market, various actions are being taken at EU level¹², including legislative ones, to enable the financial sector to benefit from the rapid advances in new technologies (blockchain), artificial intelligence and cloud services). They are designed to increase market security and make it easier for new entrants to access it, to the benefit of consumers, investors, financial institutions and new market participants alike. Another priority is to ensure operational resilience of the financial sector to digital change¹³, including effective supervision over key external suppliers of new technologies. They aim to create a single market for consumer financial services and a single digital market. Therefore, there are important interdependencies between the Digital Single Market strategy¹⁴, the cybersecurity strategy,¹⁵ the eIDAS Regulation¹⁶ and financial service initiatives such as “Consumer Financial Services Action Plan”¹⁷, “Capital Markets Union Action Plan”¹⁸ or “FinTech Action Plan: For a More

¹¹ In particular, see the CJEU judgment of 5.12.2013 in case Vapenik, C-508/12, ECLI:EU:C:2013:790, paragraph 25.

¹² GAŁAŻKA P., *Fintech Regulatory Policy in the Legislative Agenda of the European Commission – European Approach Versus New Challenges and Opportunities [in:] Public and Private Law and the Challenges of New Technologies and Digital Markets. Legal Aspects of FinTech*, vol. 2, ed. E. Bani, B. Pachuca – Smulska, E. Rutkowska – Tomaszewska, Warsaw 2020, p. 53 – 66 and literature cited therein.

¹³ European Commission, *Public Consultation on FinTech: A More Competitive and innovative European Financial Sector*, summary of contributions available at: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2017-fintech-summary-of-responses_en.pdf (accessed on 6 May 2024); European Commission, *Consultation on a New Digital Finance Strategy for Europe/Fintech Action Plan*, available at https://ec.europa.eu/info/consultations/finance-2020-digital-finance-strategy_en (accessed on 6 May 2024), 36.

¹⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, Brussels, 6 May 2015, COM(2015) 192 final; Brussels, 6 June 2018 COM(2018) 4324 final 2018/00277 (COD), Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing the Digital Europe Programme for the period 2021-2027 {SEC(2018)289final} – {SWD(2018)305final} – {SWD(2018)306final}.

¹⁵ JOIN(2017) 450 final – Resilience, Deterrence and Defense: Building Strong Cybersecurity for the EU.

¹⁶ Regulation (EU) No. 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, OJ EU L No. 257 of 28 August 2014, 73 – 114.

¹⁷ European Commission: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions: Consumer Financial Services Action Plan: Better Products, More Choice*, 23 March 2017, Brussels, COM(2017) 139 final.

¹⁸ COM(2017) 292 European Commission. „Staff Working Document Accompanying the Communication Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan”, SWD(2017) 225 final; European Commission, „Capital Markets Union and Fintech: Commission Welcomes Political Agreement to Boost Crowdfunding in the EU”, (19 December 2019), press-release, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6829 (accessed on 6 May 2024).

Competitive and Innovative European Financial Sector”¹⁹. FinTech solutions using digital identification, mobile applications, cloud computing, big data analytics, artificial intelligence, blockchain technology and distributed ledger technology are being implemented. Apart from the term “FinTech” there are many other terms that are more or less correctly associated with it, such as i.a. “InsurTech”, “RegTech”, “artificial intelligence”, “robo-advisor”, “Big Data”, “cloud computing”, “blockchain”, “crowdfunding”, “peer-to-peer finance”, “cryptocurrency”. Regardless of the different terms used, it is applied to describe innovations in technology-based financial services that can lead to new business models, applications, processes and products that have significant impact on financial markets and institutions and on the way financial services are delivered²⁰.

FinTech is also defined as those entities which, although they are not financial service providers themselves, focus their activities on offering services or technological solutions to mediate or assist their providers in delivering them. The financial technology sector is entering various areas of the financial market²¹: online payments, retail and mobile banking, financial and investment advice, personal finance management, insurance market, trading in financial instruments, currency exchange, cryptocurrencies (Bitcoin in the digital currency), crowdfunding – social funding, peer-to-peer lending – social loans, consumer finance – financial instruments for financial needs of individual clients. FinTech companies therefore offer almost all types of financial services (banking, insurance, investment or payment) that are not provided by traditional, licensed service providers. The term is also used to denote entities that offer innovative solutions for financial services and products, financial instruments and services for the financial sector – for financial market entities authorised under separate regulations (the so-called sectoral regulations²²) to provide particular types of financial services. This concerns in particular the following sectoral packages: banking sector – CRD IV/CRR²³,

¹⁹ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions „FinTech Action Plan: For More Competitive and Innovative European Financial Sector”, Brussels, 8 March 2018, COM(2018) 109 final, available at https://ec.europa.eu/info/publications/180308-action-plan-fintech_en (accessed on 6 May 2024).

²⁰ RUTKOWSKA – TOMASZEWSKA, E., Conceptual and Regulatory Problems. Some Introductory Remarks [in:] Public and Private Law and the Challenges of New Technologies and Digital Markets. Legal Aspects of FinTech, vol. 2, ed. E. Bani, B. Pachuca – Smulska, E. Rutkowska – Tomaszewska, Warsaw 2020, p. 9.

²¹ HARASIM J., MITRĘGA – NISTRÓJ K., Dylematy definicyjne i determinanty rozwoju, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu 2018, No. 531:169-179 and 170-173; GIMPEL H., RAU D., RÖGLINGER M., Understanding FinTech Start-ups – A Taxonomy of Consumer-oriented Service Offerings, Electronic Markets 2018, No. 28, p. 245 – 264, available at https://www.researchgate.net/publication/320932728_Understanding_FinTech_start-ups_-_A_taxonomy_of_consumer-oriented_service_offerings (accessed 6 May 2024).

²² RUTKOWSKA – TOMASZEWSKA, E., Financial Services in the Light of the Act on Consumer Rights [in] Consumer Protection Law in Poland from the Perspective of EU Law, ed. B. Pachuca – Smulska, Warsaw 2017, p. 107 – 136.

²³ Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC Text

insurance sector – Solvency II and IDD²⁴, capital market – MiFID II/MiFIR, EMIR²⁵, complex financial product market - PRIIPs²⁶, payment service market²⁷.

2. THE IMPACT OF NEW TECHNOLOGIES ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. PRELIMINARY REMARKS

Dynamic development of new technologies entails an increase in the importance of private international law.

This is evidenced by increasingly abundant case-law.²⁸ There are following reasons for the above situation: (1) an increasing utilization level of means of global communication in business transactions results in a decline of the territorial principle,²⁹ even in such areas where it was so far deeply rooted;³⁰ 2) the use of new IT tools, such as cloud computing or big data, as well as the expansion of the Internet of things necessitate the choice of connecting factors allowing to optimally determine the law applicable to matters involving the cyber-space. It is also notable that cross-border legal acts can be made easier than ever, and that online services can be provided from any location in the world or even from outside the earth.

with EEA relevance OJ L 176, 27.6.2013, p. 338–436 and Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 Text with EEA relevance OJ L 176, 27.6.2013, p. 1–337.

²⁴ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (Text with EEA relevance) OJ L 335, 17.12.2009, p. 1–155 and Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast) Text with EEA relevance OJ L 26, 2.2.2016, p. 19–59.

²⁵ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU Text with EEA relevance OJ L 173, 12.6.2014, p. 349–496 and Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010 Text with EEA relevance OJ L 174, 1.7.2011, p. 1–73; Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012 Text with EEA relevance OJ L 173, 12.6.2014, p. 84–148; Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories Text with EEA relevance OJ L 201, 27.7.2012, p. 1–59.

²⁶ Regulation (EU) No 1286/2014 of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on key information documents for packaged retail and insurance-based investment products (PRIIPs) (Text with EEA relevance) OJ L 352, 9.12.2014, p. 1–23.

²⁷ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC (Text with EEA relevance) OJ L 337, 23.12.2015, p. 35–127.

²⁸ P. Stone, *Internet transactions and activities* [in:] *Research handbook on EU private international law*, Cheltenham 2015, p. 1–22.

²⁹ See GIARO T., *Moment historyczny w prawoznawstwie porównawczym* [in:] *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, ed. A. Wudarski, Warszawa 2016, p. 48.

³⁰ PEUKERT A., *Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law* [in:] *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, ed. G. Handl, J. Zearl, Leiden/Boston 2011, p. 7, 13, <http://ssrn.com/abstract=1592263> (accessed: 06.05.2024).

Views and concepts are increasingly emerging in respect of creating separate legislation for the electronic environment and online transactions in isolation from different territories and countries, also in isolation from private international law, through introduction of uniform substantive law regulations on legal acts performed over the Internet. This refers to a concept of autonomous cyberspace law. As is pointed out in the literature, the attractiveness of autonomous cyberspace law follows from the elimination of conflict-of-law problems and their replacement with uniform legislation and from the possibility to introduce new legal constructions exclusively for the Internet.³¹

It should be pointed out that general designation of the applicable law based on a connecting factor established according to the contemporary understanding of the “seat” of legal relationship is usually supplemented by a corrective rule.³² Such rule affords priority to an actual connection of the particular legal relationship with a specific legal area when such connection is stricter than the link encapsulated by the basic connecting factor.

It is purposeful to ask if private international law based on the above presumptions still performs its function, which is to designate the best law out of the national systems coming into play for the purpose of resolving a given matter relating to the digital world.

Contemporary private international law performs its functions properly in the context of cyberspace and does not require any radical modifications as a result of new technologies. This is a consequence of applying many private international law rules, with the forefront principle of the freedom of choice of applicable law³³ and the priority of personal connecting factors. They are well-founded in the new conflict-of-law provisions of the EU, which inevitably must take account of the above-mentioned Treaty principles. This follows also from a synthesized and flexible approach to conflict-of-laws rules, which enables their application in different situations, also in ones unexpected by the legislator during the legislative process.

In the context of protecting personal interests, the Court of Justice of the European Union found in joined cases *eDate Advertising*³⁴ that, in case of infringing personal interests, a person considering him- or herself injured by publication of specific contents on a website may bring an action for the redress of the entirety of the harm and damage suffered before a court of the Member State where the centre of his or her interests is situated (see the judgment of the Court of Justice in joined cases *eDate Advertising and Others*, paragraph 52). According to the CJEU, the connecting factor of centre of life interests of the injured party is compatible with

³¹ JOHNSON D.R., POST D.G., Law And Borders – the Rise of Law in Cyberspace, “Stanford Law Review” 1996/48;

³² PAZDAN M., Koordynacja krajowego i europejskiego prawa prywatnego międzynarodowego [in:] Współczesne problemy prawa zobowiązań, Warszawa 2015, p. 32 – 38.

³³ See more in: CZEPELAK M., Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej, Warszawa 2015.

³⁴ Cf. the Court’s judgment of 25 October 2011, *eDate Advertising GmbH and Others v X and Société MGN LIMITED*, joined cases C-509/09 i C-161/10, Court Reports 2011 I-10269, ECLI:EU:C:2011:685.

the requirement of predictability of jurisdiction since it allows the plaintiff to easily determine the court before which the action is to be brought, and, at the same time, allows the defendant to reasonably predict before which court he or she may be sued (see judgment in joined *eDate Advertising and Others* cases, paragraph 50).³⁵

Another overarching principle of private international law fully compatible with the digital world is the freedom of choice of applicable law.³⁶ This rule has been known for centuries. In its original form, it operated as peculiar *professio iuris*.³⁷ Websites are based on that principle, however, the law chosen in the terms and conditions of their operation generally corresponds to the law of the service provider's seat. Finally, the corrective rules must be mentioned appearing in new pieces of legislation on private international law, which guarantee a necessary flexibility in the process of establishing the applicable law and enable application of national provisions other than designated under general conflict-of-law rules.³⁸

If a casuistic conflict-of-law normative solution was introduced in respect of new technologies, such regime would face the risk of quickly becoming obsolete. One example is digital content, which has already been recognised in substantive civil law as separate category of interest subject to legal transactions, beside goods and services. Is this supposed to automatically trigger a change of the private international law legislation, for example, the Rome I Regulation³⁹ or Brussels I-bis Regulation,⁴⁰ which use only the terms goods and services? This question must be answered in the negative, bearing in mind that adequately approached qualification and broad interpretation of the terms used in conflict-of-law rules will solve the related problems and help establish appropriate conflict-of-law norms. The term connecting factors (*les criteres/points de rattachement, Anknüpfungsmomente, citerio di collegamento, łączniki*) refer to those elements of conflict-of-law rules that specify the criteria (factual circumstances) enabling to designate the law applicable to a given legal relationship.⁴² In academic literature a problem has been identified with determining the appropriate connecting factors for the purposes of electronic commerce.⁴³ Currently, the prevailing preference is to apply personal connecting factors, such as place of residence or habitual residence of a party in a specific country. Connecting factors relating to natural persons refer

³⁵ See SZOSTEK D., ŚWIERCZYŃSKI M., Wpływ nowych technologii na prawo prywatne międzynarodowe [in:] *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, ed. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warsaw 2017, p. 1314 – 1331.

³⁶ BASEDOW J., *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, [”*RabelsZ*” 2011/75, p. 34–37.

³⁷ SKĄPSKI J., *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym w zakresie zobowiązań z umów*, Kraków 1964, p. 124.

³⁸ For more, see: SZOSTEK D., ŚWIERCZYŃSKI M., *Wpływ nowych technologii...*, p. 1314 – 1331.

³⁹ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (OJ L 177, p. 6).

⁴⁰ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (O J L 351, 2012, p. 1).

⁴¹ KEGEL G., SCHURIG K., *Internationales Privatrecht*, München 2004, p. 437 et seq.

⁴² PRZYBYŁOWSKI K., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Lwów 1935, p. 105;

⁴³ Cf. Z.S. Tang, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford–Portland 2009, p. 238, 241–243, 249;

to the connection between a given natural person and a given legal area.⁴⁴ An example is designation of the law applicable to electronic contracts.⁴⁵

It is highlighted in literature that the location of servers or technical devices not only is not an essential criterion (connecting factor) for the purposes of establishing the applicable law and jurisdiction but should not be considered at all in the process of determining the applicable law (even as one of the circumstances that come into play). This principle is formulated strictly. The few exceptions include the rules on the protection of personal data as far as the sphere of spatial application of public law provisions is concerned. However, this is going to change when the General Data Protection Regulation enters into application, which uses a specific term “establishment” in the form of an organisation unit and departs, as it seems, from technical and spatial criteria.⁴⁶ In the judgment C-191/15, *Verein*,⁴⁷ guidelines were given for the application of conflict-of-law rules in the cyberspace context. The judgment demonstrates that the ground for applying the law of a given country to Internet activities may not be mere accessibility of a website in the territory of that country or location within its borders of specific data transfer equipment. In the age of cloud computing and Internet of things, that would simply be inadvisable.⁴⁸ On the other hand, the Court paid attention to the importance of personal criteria, such as the service provider’s location in a given country. Regard must be had to the criterion of directing contents (activities), which is significantly growing in importance, e.g., in the area of personal data protection or cybersecurity. The directing criterion is supposed to ensure equilibrium between the parties to a legal relationship. At the beginning, this related to consumer contracts when it came to the terms of establishing national jurisdiction (Brussels I-bis Regulation) and, then, the applicable law (Rome I Regulation),⁴⁹ but the criterion has started to appear in new areas where it became necessary to establish the applicable law. In international transactions, it is necessary to balance the interests of web entrepreneurs, on one hand, and consumers and customers on the other.⁵⁰

A completely different approach was adopted by the CJEU in the judgment C-191/15, *Verein*.⁵¹ In that judgment, the Court held that it was admissible to use choice-of-law clauses pointing to foreign law in standard contact terms concluded

⁴⁴ MASMEJAN D., *La localisation des personnes physiques en droit international privé. Etude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye, Genève 1994*, p. 17 et seq.

⁴⁵ Zob. SZOSTEK D., ŚWIERCZYŃSKI M., *Wpływ nowych technologii...*, p. 1314 – 1331.

⁴⁶ Cf. GINSBURG J., *The Cyberian Captivity of Copyright. Territoriality and authors' rights in a networked world* [in:] *Intellectual Property Rights. Critical Concepts in Law*, ed. D. Vavera, vol. 5, London–New York 2006, p. 168–177.

⁴⁷ CJEU judgment of 28.07.2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*, CURIA, hereinafter: judgment C-191/15, *Verein*.

⁴⁸ DORNIS T.W., *Die Theorie der local data: dogmatische Bruchstelle im klassischen IPR*, “Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht” 2015/25, p. 183 et seq.

⁴⁹ SZOSTEK D., ŚWIERCZYŃSKI M., *Wpływ nowych technologii...*, p. 1314 – 1331.

⁵⁰ See JAGIELSKA M., *Ewolucja ochrony konsumenta w prawie kolizyjnym Unii Europejskiej w zakresie zobowiązań umownych*, Warszawa 2010, p. 177 et seq.

⁵¹ Cf. Advocate General’s opinion of 2.06.2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*.

with consumers. The Court found that for the sake of ensuring a fully transparent relation with the consumer, the latter should be notified by an entrepreneur that in no way does he or she forfeit the protection offered in the national legislation and the contract terms apply only inasmuch as they are more favourable. One example of a defective approach to the same problem is the judgment of the Polish Supreme Court of 17 September 2014⁵² relating to the terms of sale of UEFA Internet tickets, where it was concluded that a choice-of-law clause designating Swiss law was unlawful in itself.⁵³ Such conclusion makes the situation of Polish consumers worse as private international law offers them a possibility to rely either on the provisions of a foreign or Polish law, depending on which are more favourable in a given context. The cited court decision forces consumers to rely on Polish law. A characteristic feature of cyberspace is that the differences between private and public law are fading away, which has a bearing on private international law. Conflict-of-law regimes increasingly include public law provisions.

3. ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

For the purposes of further investigation, a reference must be made to the definition of artificial intelligence as included in Regulation 2024/1689 Of The European Parliament And Of The Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations⁵⁴. Art. 3 point 1 of this regulation states that ‘AI system’ means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments.

To regulate the question of applicable law, contemporary private international law uses the method of designating through conflict-of-law rules.⁵⁵ As already mentioned, the main legislative instruments to be relied on are EU Regulations on

⁵² Cf. Supreme Court judgment of 17.09.2014, file reference I CSK 555/13.

⁵³ As a result of those proceedings, the following clause was entered in the register of prohibited clauses kept by the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) under the number 5959: “These Contract Terms shall be governed by and construed according to the provisions of Swiss law.”

⁵⁴ REGULATION (EU) 2024/1689 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), Official Journal of the European Union, L series 2024/1689.

⁵⁵ SZOSTEK D., ŚWIERCZYŃSKI M., *Wpływ nowych technologii...*, p. 1314 – 1331.

the applicable law:⁵⁶ Rome I Regulation⁵⁷ (for contractual obligations) and Rome II Regulation⁵⁸ (for non-contractual obligations).

From the perspective of private international law, it will be of the essence if specific activities can be attributed directly to artificial intelligence, to a user managing the artificial intelligence or to the manufacturer of products comprising artificial intelligence. The fact that in private international law there is no direct reference to artificial intelligence does not mean that we have to do with a real gap. At the most, we can speak of a so called ostensible gap.⁵⁹ The problem can be solved by following appropriate qualification procedures to specify the concepts delimiting the scope of a given conflict-of-law rule. For example, one might consider inclusion of artificial intelligence in the concept of legal person, specifying the scope of the respective conflict-of-law rule. Such qualification method requires an appropriate degree of flexibility. In the light of the complexities of the modern world, rigidity would not be advisable. One should not slavishly stick to models, constructions and definitions known from one's own law.⁶⁰ The essential part is the function performed by such expressions. Especially comparative research is important for correct qualification in the context of artificial intelligence. The differences in the classification of different legal institutions by foreign legal systems should not be an obstacle. One example is the need to ascertain validity of a contract concluded with the use of artificial intelligence.

The fact that a given situation relates to artificial intelligence does not predetermine that *lex fori* is to apply (law applicable at the location of the body adjudicating in the case). In specific situations it is possible to apply foreign law, which obviously does not exclude application of the public policy clause. Even if we do not agree with any particular legal solutions on artificial intelligence (e.g., its recognition as legal person in a specific legal system or recognition of a given artificial intelligence system as creator in the understanding of the national copyright law), it must not be the case that our bodies recognise only the rights held according to their own legal system (to the exclusion of rights acquired under any other legal system, more liberal from the point of view of artificial intelligence).

When establishing the applicable law, we use connecting factors. Connecting factor is a criterion by which the law applicable to a given legal relationship is designated. One can distinguish personal connecting factors (relating to persons), objective and subjective (choice of law) ones. In the context of artificial intelligence, the use of traditional, often schematic connecting factors may not be mechanical. When choosing the connecting factor, one should aspire to achieve a compromise

⁵⁶ See FIORINI Z., in: *The Evolution of European Private International Law*, ICLQ 2008, vol. 57, p. 969-984;.

⁵⁷ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (OJ L 177, 4.07. 2008, p. 6).

⁵⁸ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) For more, see PAZDAN J.: *Rozporządzenie Rzym II - nowe wspólnotowe unormowanie właściwości prawa dla zobowiązań pozaumownych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”, T. 4, Katowice 2009, p. 23

⁵⁹ PAZDAN M.: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017, p. 74

⁶⁰ *Ibid.*, p. 81.

between the certainty of law (predictability of the applicable law) and the requirement to search for the law most closely related to the examined relationship.⁶¹ Artificial intelligence can be associated with the territory of a given country, especially if it has been traced to specific IT systems. A problem arises if such connection is strong enough to justify the application of a given national law. One can give an example of causing damage at a distance.⁶² It may be considered if the model worth following are the solutions offered by the American private international law. The main view associated with that jurisdiction is a departure from mechanical application of connecting factors in favour of individualised resolutions. This process is based on analysing the tasks of the competing legal systems (method of conflict-of-law purposive analysis). According to the conclusions developed by that school, instead of clear conflict-of-law rules, one should rely on individual analysis of the circumstances of every case.⁶³ A frequent consequence of applying such method is the preference of one's own law (*lex fori*).⁶⁴

The next stage of the conflict-of-law analysis is the consideration if the consequences of applying a proper foreign law do not violate the basic principles of the legal system of the body adjudicating in a given case. This is facilitated by recourse to the public policy clause (*ordre public*, *Vorbehaltsklausel*, *klauzula porządku publicznego*). It is a form of defence against unacceptable consequences of applying provisions of a foreign legal system.⁶⁵

The Rome I and II Regulations read as follows: "The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum" (Art. 21 of the Rome I and Art. 26 of the Rome II Regulation). The main importance attaches to the specific consequence of applying a foreign legal rule. The outcome may in fact be close to the result of applying the court's own law, e.g., upholding validity of a contract concluded with the involvement of artificial intelligence. The clause must be used cautiously and aptly, resorted to only exceptionally and without going beyond the limits of essential needs.⁶⁶ The application of a foreign legal norm should be manifestly irreconcilable with the court's own legal order. In case of artificial intelligence, we may have to do with rules that ought to apply irrespective of the law governing a given relationship. An example may be traffic accidents caused by autonomous vehicles. Such provisions come to the fore beside the law applicable to the legal relationship⁶⁷ (Art 9 of the Rome I Regulation).

⁶¹ LAGARDE P.: *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, "Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye" 1986, T. 196, p. 9-237.

⁶² SOŚNIAK M., *Zobowiązania wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 1971, p. 59 et seq.

⁶³ ZACHARIASIEWICZ M.A.: *Wpływ nowych tendencji amerykańskiego prawa kolizyjnego na rozwój prawa prywatnego międzynarodowego w Europie*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979, nr 5, Katowice 1979, p. 269.

⁶⁴ Ibid., p. 269 and 276.

⁶⁵ ŚWIERCZYŃSKI M., *Sztuczna inteligencja w...*, p. 35-36.

⁶⁶ ZACHARIASIEWICZ M. [in:] *Prawo prywatne międzynarodowe. System Prawa Prywatnego. Tom 20A*, Warszawa 2014, p. 492.

⁶⁷ ŚWIERCZYŃSKI M., *Sztuczna inteligencja w...*, p. 35-36.

One example of a potential intervention of corrective provisions may be the case of utilising artificial intelligence algorithms for the choice of law.⁶⁸ Artificial intelligence as a self-learning and independently deciding tool⁶⁹ (including, potentially, about the choice of law for a given legal relationship) does not fit into the existing framework of establishing the applicable law. In the context of concluding a contract for the choice of applicable law with the use of artificial intelligence algorithms, a problem arises, among others, with the identification of parties. An assumption should be rejected in advance that artificial intelligence is empowered to independently make a choice of law. In the context of artificial intelligence, attention should be drawn to clauses providing for so called dynamic choice of law. This covers different situations. In legal practice, one can sometimes encounter clauses under which the parties do not choose the law at once but stipulate that the governing law will be specified at a later date (whereby the range of the legal systems coming into play may be limited in advance). However, a clause introduced by an algorithm may amount to a clause not agreed individually, i.e., a clause whose wording could not be virtually influenced by the other party. In particular, this refers to the provisions of a contract taken over from the general terms and conditions proposed to the consumer by a professional⁷⁰.

It must be mentioned that the subject matter of the choice of law is to assign a given obligation to the law in force in a given territory (substantive law norms of a given legal system). Choice of law must be distinguished from incorporation by reference, which consists in specification, as a part of the parties' contractual freedom, of the obligational relationship's content by reference to specific clauses forming a part of any given set of rules.⁷¹ In case of artificial intelligence, a question arises if such incorporation by reference can be the parties' reliance on autonomous norms (*lex mercatoria*, *cybernetica*, *lex electronica*, *lex digitalis*⁷²).⁷³ Undoubtedly, there seems to be nothing precluding incorporation of such norms into a given concluded contract.⁷⁴ The parties can also refer to such rules (interpolation). However, such operations should not be regarded as choice of law.

As a result, in contemporary legislative instruments on private international law, there have appeared provisions protecting consumers. A question arises if those

⁶⁸ Cf. McPARLAND M.: *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford 2015, p. 2 et seq.

⁶⁹ European Group on Ethics in Science and New Technologies, Statement on Artificial Intelligence, Robotics and Autonomous Systems, March 2018, available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dfebe62e-4ce9-11e8-be1d-01aa75ed71a1> (last accessed 06.05.2024), p. 6.

⁷⁰ ŚWIERCZYŃSKI M., Autonomia kolizyjnoprawna sztucznej inteligencji [in:] *Prawo sztucznej inteligencji*, ed. L. Lai, M. Świerczyński, Warsaw 2020, p. 133.

⁷¹ PAZDAN M., Materialnoprawne wskazanie a kolizyjny wybór prawa, PPHZ 1995, t. 18, p. 107 et seq.

⁷² For more, see: O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J. 2002, p. 30 et seq.

⁷³ BASEDOW J., *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation on International Relations. General Course on Private International Law, RCADI 2012, vol. 360 p. 170–173.*

⁷⁴ Cf. BASEDOW J., *The Law*, p. 175–177.

provisions should be reformed by expanding their scope to situations of utilising artificial intelligence algorithms in the process of determining the applicable law.⁷⁵

The first question boils down to whether each natural person (human) should be considered, in advance, the weaker party of a contract concluded with the involvement of artificial intelligence? If the question is answered in the affirmative, the solutions provided for consumer contracts may be expanded. This would imply a possibility of coming to the fore, beside the chosen law, of the provisions from the legal system designated by the connecting factor of the place of a given person's habitual residence. Adoption of such solution, at least at the current state of affairs, would seem an exaggeration. First, artificial intelligence algorithms may be used by both parties. The deciding factor should remain whether the other party is a professional - entrepreneur, regardless of whether such party takes advantage of artificial intelligence algorithms.

The source of threats to consumer interests is the abuse of power by entrepreneurs using artificial intelligence by means of unilateral specification of a legal relationship in the general terms and conditions imposed by such entrepreneurs.⁷⁶ Also clauses forming a part of so called standard agreements may be considered imposed.⁷⁷ A clause introduced by an algorithm may amount to a clause not agreed individually, i.e., a clause whose wording could not be virtually influenced by the consumer. In particular, this refers to the provisions of a contract taken over from the general terms and conditions proposed to the consumer by a professional.

As revealed by contemporary mechanisms of granting informed consent in cyberspace, consumers express their intention without considering the consequences of such acts. This calls for a development of new and practical measures through which users can express their verified consent to the choice of law.⁷⁸ Attention should be paid to examples of increasingly used scalable technologies of expressing consent, e.g., through gestures.

*From the consumer's point of view, it is essential that, in case of suffering any damage, the consumer may sue an entrepreneur before the consumer's "own" court (of the consumer's place of habitual residence) with the applicable law known to the consumer, i.e., usually the adjudicating court's "own law."*⁷⁹ Although the postulate of facilitating the consumer's access to court definitely deserves to be accepted,⁸⁰ application of the consumer's personal statute to each dispute involving artificial intelligence would raise doubts. As a result, it does not seem legitimate to amend conflict-of-law rules by adding a new prerequisite of "using artificial intelligence" for the application of the protective regime. Another question is whether consumers deserve such far reaching protection. Conclusion of contracts with the involvement of artificial intelligence gives rise to benefits not found in traditional transactions. Emphasis should be placed rather on the requirement of making a clear and, in

⁷⁵ ŚWIERCZYŃSKI M., *Autonomia kolizyjnoprawna*, p. 46.

⁷⁶ KOCOT W.J., *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004, p. 247 et seq.

⁷⁷ PECYNA M., *Prorogacja sądu w obrocie konsumenckim*, KPP 2003, z. 4, p. 842–843.

⁷⁸ Cf. BASEDOW J., *The Law*, p. 67–68, 91–92.

⁷⁹ BASEDOW J., *The Law*, p. 214.

⁸⁰ Respective provisions in that regard, also on distant contracts, are included in the Brussels I-bis Regulation or in the second Lugano Convention.

consequence, fully conscious choice of law in contracts concluded electronically than on restricting or precluding such choice in the context of contracts concluded with consumers.⁸¹

Conflict-of-law regimes concerning the form of a legal act are liberal. It is sufficient to meet the requirements of one of the legal systems coming into play. The term “form” itself relates to the requirements for the expression of intention by artificial intelligence. It also implies the involvement of particular persons (e.g., the user) or bodies as the declaration of intention is made. It is worth citing Art. 11 of the Rome I Regulation. The applicable law was regulated separately for unilateral legal acts, relating to an intended or previously concluded contract or contracts. When it comes to the form of unilateral legal acts relating to non-contractual obligations, Art. 21 of the Rome II Regulation will apply.

4. NATIONAL JURISDICTION IN MATTERS INVOLVING CONTRACTS WITH DIGITALIZED PERFORMANCE

The research purpose of this part of the study is to verify the research hypothesis assuming that the connecting factors in the norms on specific jurisdiction do not correspond to the specificity of obligations with digitalised performance, in whose case any close territorial connection with a given country is difficult to identify or does not exist at all. It must be considered if jurisdiction should be designated by connecting factors of a type different from those assuming a special territorial connection between an event and a given country.

Under Art 7(1) of the Brussels I-bis Regulation⁸² providing for a special jurisdiction connecting factor, in matters relating to contracts, the action may be brought before the court of the place of performance of the obligation in question. If the parties, in the contract itself, did not specify the place of performing the obligation, it must be assumed that in the case of the sale of goods, this is the place of their delivery, in the case of the provision of services, it is the place of their provision, and in the case of other performance - the place of performing the obligation, determined under the applicable law. In literature, electronic contracts are classified by an indication that an electronic contract is an agreement which, according to the criterion of its conclusion:

1. is concluded by an exchange of declarations of intention in electronic form (*online*);
2. is concluded by an exchange of declarations of intention in electronic form (*offline*), e.g., by an exchange of declarations of intention electronically stored on carriers, CD, floppy disk;

and which, according to the criterion of performing the contract:

⁸¹ Cf. *GUILLEMARD S.*, Le “cyberconsommateur” est mort, vive l’adhérent, JDI 2004, No. 1, p. 7–61.

⁸² Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12.12.2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (O J L 2012, 351, p. 1).

1. is concluded by an exchange of declarations of intention in electronic form (*online*) and performed in electronic form (*online*) - electronic agreement *sensu stricto*;
2. is concluded by an exchange of declarations of intention in electronic form (*offline*) and performed offline, e.g., by delivery of data carriers with software;
3. is concluded by an exchange of declarations of intention in electronic form (*online*) and performed as traditional rendition;
4. is concluded by an exchange of declarations of intention in traditional form and performed as electronic rendition (*online*).⁸³

A type of electronic contracts that plays a special role in electronic commerce are so called wrap agreements. These are electronic contracts concluded using general terms and conditions, distinguished by the technique of expressing consent by the other party to being bound by their clauses. Wrap agreements may be divided into contracts concluded by clicking (*clickwrap agreements*), by browsing the website (*browswrap agreements*) and shrink-wrap agreements.⁸⁴

De lege lata, there is no uniform classification of digitalised performance in European law. Instruments of secondary legislation use many terms, both in relation to digitalised performance (mentioning digital contents and products and services provided via the Internet) and in relation to tangible rendition which may derive from an electronic contract (references are made to the overlapping concepts of goods and movables). Interpretation depends, in the first place, on the purpose to be pursued by the interpreted term within the scheme of the specific legislative instrument interpreted by the CJEU. At the same time, the terms interpreted in the context of particular EU legislative instruments are autonomous in relation to one another and in relation to national laws.

An analysis of the existing CJEU case-law in that respect provides, however, several important guidelines about the method of interpreting legislative instruments in whose case a problem may arise with classifying the status of digitalised performance. Based on the existing case-law, a postulate can be formulated that the interpretation of Art. 7 of the Brussels I-bis Regulation regarding classification of digitalized performance should be autonomous in relation to the interpretation of such concept in other secondary legislative instruments, without any simple transposition of the views presented in other judgments. In the first place, interpretation should account for the purpose of the legislative instrument in question, the terms used and their developed interpretation, including the principles on which the system of establishing jurisdiction is based. As a result, considering the principles explained in the first chapter, the interpretation should strive for preserving the special connection between the event and the forum, be predictable to the parties, without causing a dispersion of jurisdiction or reinforcing *forum shopping*. At the same time, such interpretation should also aspire to maintain a clear

⁸³ GOŁACZYŃSKI J., *Umowy elektroniczne w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2007, p. 73.

⁸⁴ BEHESHTI B., *Cross-Jurisdictional Variation in Internet Contract Regulation*, *Journal of International Commercial Law & Technology* 2013, vol. 8, No. 1, p. 50- 51.

division of contracts into contracts for the sale of goods, contracts for the provision of services and contracts relating to other performance, the last category being unrecognisable from the point of view of the legislative instruments discussed above, within whose framework services and other performance often meant the same category of rendition. On the other hand, it must be borne in mind that the status of digitalised performance is not unambiguous. The analysis made so far led to the conclusion that digitalised performance may amount to a service in the understanding of Art 7 item (1) letter (a) of the Brussels I-bis Regulation. A service, according to the autonomous definition of that term used by the CJEU in interpretation of the Brussels I-bis Regulation means a rendition consisting in the performance by a party of a specific act for remuneration,⁸⁵ and that act requires positive action rather than mere omission.⁸⁶ It must be also pointed out that it is assumed in the case-law that the wording, purpose and scheme of the Brussels I-bis Regulation do not suggest that the interpretation of the concept “provision of services” should be made in the light of the solutions adopted in the area of free movement of services.⁸⁷ As far as the concept of other performance is concerned in the understanding of Art. 7 item (1) letter (a) in conjunction with letter (c) of the Brussels I-bis Regulation, the concept refers to all situations in which performance cannot be classified as sale of goods or performance of services.⁸⁸

With the above differences in mind, the method should be addressed of delimiting the concepts of providing services and other performance in the understanding of the Brussels I-bis Regulation in the context of digitalised services. Bearing in mind the definition of service, well-established in the CJEU case-law, it must be concluded that the provision of services mentioned in Art. 7 item (1) letter (b), second indent, of the Brussels I-bis Regulation means performance in the form of an act, that is positive acting. *A contrario*, other obligations in the understanding of Art. 7 item (1) letter (a) of the Brussels I-bis Regulation mean any performance consisting in the omission of a given act or tolerating behaviour of other persons, as well as performance under contracts for the transfer of rights other than ownership to a tangible or non-tangible object.

When referring the above remarks to digitalised performance, it must be pointed out that the place of such rendition can be determined in two ways. First, digitalised performance may be a service whose place of provision cannot be established by examining the factual situation and characteristic features of the given performance. If the place of characteristic performance cannot be established based on examining the elements of factual situation, and in case of performance other than sale or provision of services, the place of performance is established by reference to the legal function of the place of rendering performance as provided in the applicable

⁸⁵ CJEU judgment of 23.4.2009 in case *Falco Privatsiftung and Rabitsch*, C-533/07, EU:C:2009:257, paragraphs 29-31; CJEU judgment of 19.12.2014 in case *Corman-Colins*, C-9/12, EU:C:2013:860, paragraphs 34-40.

⁸⁶ CJEU judgment of 14.7.2016 in case *Granarolo*, C-196/15, EU:C:2016:559, paragraph 38.

⁸⁷ CJEU judgment of 23.4.2009 in case *Falco Privatsiftung and Rabitsch*, C-533/07, EU:C:2009:257, paragraph 34.

⁸⁸ MAGNUS U., MANKOWSKI P., Brussels I Regulation, Commentary, Cologne 2016, p. 255.

law (*Tessili* doctrine), in accordance with Art. 7 item (1) letter (a) of the Brussels I-bis Regulation.⁸⁹

The second proposal for the interpretation of the connecting factor of the place of performance binds litigation to the place from which the other contracting party received the contents being the object of performance as per the contract under dispute.⁹⁰ In literature, a view was presented that most services cannot be considered provided if their effect is not received by the customer.⁹¹ The arguments in support of such solution are based on the assumption that digital contents should be treated similarly as goods and, in consequence, that the computer or other carrier belonging to the recipient should be regarded as an easily identifiable place of their delivery. In consequence, the objective of developing interpretation of the term “directing activities” introduced in the text of the Regulation in reference to business conducted using the Internet has been left over to the CJEU’s case-law. Key importance in this regard attaches to the judgment *Pammer*, in which the CJEU held that the determination that an activity was directed, in the understanding of Art. 17(1) letter (c) of the Brussels I-bis Regulation, through a website requires the ascertainment that the entrepreneur has expressed the entrepreneur’s intention to establish business relations with consumers in one or several Member States, including the country of the claimant’s residence.⁹²

As regards national jurisdiction in matters relating to contracts involving digitalised performance concluded with consumers, a few questions need to be highlighted. The CJEU's approach to the presented question is that express forms of manifesting such intention on the part of an entrepreneur include provision of information that the entrepreneur offers its services or goods in one or more other Member States mentioned by name.⁹³ On the other hand, it follows from the *Emrek* judgment that conclusion of a contract over the Internet may be an inconclusive manifestation.⁹⁴ It should be pointed out that the application of the connecting factors under Art. 17(1) letter (a) and (b) of the Brussels I-bis Regulation should not cause systemic problems in the case of disputes relating to electronic contracts. First, the concept of consumer itself is clear. Importantly, in e-commerce it raises no doubts that the scope of that concept does not cover small and medium enterprises or start-ups, that is actors especially active in electronic commerce. Secondly, for the reasons presented above, digitalised performance may not be considered goods in the understanding of Art. 7 item (1) of the Brussels I-bis Regulation. As a result, in the light of the characteristics of a contract for the sale of goods established already in

⁸⁹ ŻYREK S., *Jurysdykcja krajowa w sprawach zobowiązań elektronicznych w prawie Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2019, p. 145.

⁹⁰ FANGFEI F., Wang, Obstacles and Solutions to Internet Jurisdiction A Comparative Analysis of the EU and US laws, *Journal of International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, *Journal of International Commercial Law & Technology*, 2008, vol. 3, No. 4, p. 237.

⁹¹ MAGNUS U., MANKOWSKI P., *Brussels I bis...*, p. 238, paragraph 183.

⁹² CJEU judgment of 7.12.2021 in joined cases *Pammer* and *Hotel Alpenhof*, C-144/09, C-585/08, EU:C:2010:740, paragraph 75.

⁹³ CJEU judgment of 7.12.2021 in joined cases *Pammer* and *Hotel Alpenhof*, C-144/09, C-585/08, EU:C:2010:740, paragraph 75.

⁹⁴ CJEU judgment of 17.10.2013 in case *Emrek*, C-218/12, EU:C:2013:666, paragraph 29.

the context of that provision, interpretation of Art 17(1) letter (a) and (b) of the Brussels I-bis Regulation should not raise any doubts. At the same time, the electronic nature of the contract does not affect in any way a given contract's classification as loan or other credit agreement. The connecting factor most often applied for the evaluation of jurisdiction in matters relating to electronic consumer contracts is the connecting factor of the consumer's residence, whose application is conditioned by the fulfilment of the prerequisite of the entrepreneur directing its activities to the consumer's place of residence, as specified in Art 17(1) letter (c) of the Brussels I-bis Regulation and interpreted for the purposes of activities directed through websites.

SUMMARY AND CONCLUSIONS

The above considerations lead to the conclusion that any radical change of the principles of private international law adjusting that legal branch to the digital world is generally undesired, but may be legitimate in specific partial aspects⁹⁵. Any attempt to generally specify the law applicable to artificial intelligence seems doomed to failure since the legal events relating to artificial intelligence algorithms are characterised by much complexity. It is impossible to legalise or outlaw anything by conflict-of-law rules, including to decide about the legal consequences of using artificial intelligence algorithms. Such norms only designate the applicable law. The fact that in private international law there is no direct reference to artificial intelligence does not mean that we have to do with a real gap. At the most, we can speak of a so called ostensible gap. In the context of artificial intelligence, attention should be drawn to clauses providing for so called dynamic choice of law. There is nothing to prevent the use of artificial intelligence algorithms for that purpose. This is the very stage when artificial intelligence algorithms can prove most useful by recommending the optimum jurisdiction and the applicable law. However, the final decision in this regard must be made by humans. In order to determine the impact of artificial intelligence algorithms on the process of establishing the applicable law, the factors influencing the choice of a specific legal system should be examined. Nevertheless, it does not seem legitimate to amend conflict-of-law rules by adding a new prerequisite of "using artificial intelligence" for the application of the protective regime. In order to preserve party autonomy, it seems necessary at least to ensure mechanisms guaranteeing that the party contacting artificial intelligence is aware of such interaction, i.e., that "on the other side" there is artificial intelligence. It seems advisable to ensure access to the algorithms being the basis for operation of artificial intelligence and mechanisms permitting the understanding of the operation of artificial intelligence, as well as their impact on the decision-making process.

⁹⁵ VON HEIN J., *Forward to the Past: A Critical Note on the European Parliament's Approach to Artificial Intelligence in Private International Law*, available at <https://conflictoflaws.net/2020/forward-to-the-past-a-critical-note-on-the-european-parliaments-approach-to-artificial-intelligence-in-private-international-law/> (last accessed 06.05.2024); RUEHL G., *Conference Report: Conflict of Laws 4.0 (Münster, Germany)*, available at <https://conflictoflaws.net/2020/conference-report-conflict-of-laws-4-0-munster-germany/> (last accessed 06.05.2024).

On the other hand, when it comes to the questions of jurisdiction, the analysis performed may allow to decide if the fact of connection of a website, server or software that can be considered manifestation of artificial intelligence with a specific area points to the conclusion that we have to do with a foreign establishment (subsidiary, agency or branch) of an entrepreneur. Eventually, our considerations lead to a negative answer to that question. In the context of the discussed issue, importance attaches to analysis of Art 25 of the Brussels I-bis Regulation. There are opinions that the technique of accepting the contract does not allow to infer if a data carrier guarantees permanent record of the data. In the judgment in case *el Majdoub*,⁹⁶ the CJEU held that a technique of accepting the contract's general terms and conditions by clicking (so called *click wrapping*) constitutes electronic transmission permitting permanent record of such clause, in the understanding of Art. 25 of the Brussels I-bis Regulation, if the technique allows to print and save the text of the said general terms and conditions before entering into the contract. Additionally, the Court emphasised that in the main proceedings it was undisputed that the technique of accepting by clicking enabled printing and saving the text of the respective general terms and conditions prior to the contract's conclusion. In any case, the doubts of the referring court followed from the fact that the website with those general terms and conditions did not open automatically but required manual opening by the user.

REFERENCES

1. Basedow J., *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation on International Relations. General Course on Private International Law, RCADI 2012, vol. 360*
2. Basedow J., *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, „*RabelsZ*” 2011/75
3. Beheshti B., *Cross-Jurisdictional Variation in Internet Contract Regulation*, *Journal of International Commercial Law & Technology* 2013, t. 8, Nr 1
4. Cachard O., *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J. 2002
5. Chłopecki A., *Silna SI i jej rola w społeczeństwie. Podmiotowość SI?*, w: *Sztuczna inteligencja — szkice prawnicze i futurologiczne*, Warszawa 2018
6. Czepelak M., *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
7. Dornis T.W., *Die Theorie der local data: dogmatische Bruchstelle im klassischen IPR*, „*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*” 2015/25
8. Fangfei Wang F., *Obstacles and Solutions to Internet Jurisdiction A Comparative Analysis of the EU and US laws*, *Journal of International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, *Journal of International Commercial Law & Technology*, 2008, t. 3 Nr 4 *ferenda*”, w: „*Leges sapere*”. *Studia i prace dedykowane profesorowi*

⁹⁶ CJEU judgment of 21.05.2015 in case *Jaouad El Majdoub*, C-322/14, EU:C:2015:334.

- Januszowi Sondłowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*. Red. W. Uruszczak, P. Święcicka, A. Kremer. Kraków 2008
9. Fiorini Z., *The Evolution of European Private International Law*, ICLQ 2008, vol. 57, s. 969—984;
 10. Flasiński M., *Wstęp do sztucznej inteligencji*, Warszawa 2018
 11. Gałązka P., Fintech Regulatory Policy in the Legislative Agenda of the European Commission – European Approach Versus New Challenges and Opportunities [in:] *Public and Private Law and the Challenges of New Technologies and Digital Markets. Legal Aspects of FinTech*, vol. 2, ed. E. Bani, B. Pachuca – Smulska, E. Rutkowska – Tomaszewska, Warsaw 2020
 12. Giaro T., Moment historyczny w prawoznawstwie porównawczym [w:] *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego*, red. A. Wudarski, Warszawa 2016
 13. Gimpel H., Rau D., Röglinger M., Understanding FinTech Start-ups – A Taxonomy of Consumer-oriented Service Offerings, *Electronic Markets* 2018, No. 28, p. 245 – 264, available at https://www.researchgate.net/publication/320932728_Understanding_FinTech_start-ups_-_A_taxonomy_of_consumer-oriented_service_offerings (accessed 6 May 2024).
 14. Ginsburg J., The Cyberian Captivity of Copyright. Territoriality and authors' rights in a networked world [w:] *Intellectual Property Rights. Critical Concepts in Law*, red. D. Vavera, t. 5, London–New York 2006
 15. Gołaczyński J., *Umowy elektroniczne w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 2007
 16. *Guillemard S.*, Le „cyberconsommateur” est mort, vive l’adhérent, *JDI* 2004, Nr 1
 17. Harasim J., Mitreğa-Niestrój K., Dylematy definicyjne i determinanty rozwoju, *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu* 2018, No. 531.
 18. Jagielska M., *Ewolucja ochrony konsumenta w prawie kolizyjnym Unii Europejskiej w zakresie zobowiązań umownych*, Warszawa 2010
 19. Johnson D.R., Post D.G., Law And Borders – the Rise of Law in Cyberspace, „*Stanford Law Review*” 1996/48
 20. Kegel G., Schurig K., *Internationales Privatrecht*, München 2004
 21. Kocot W.J., *Wpływ Internetu na prawo umów*, Warszawa 2004
 22. Lagarde P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, „*Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*” 1986, T. 196
 23. Mączyński M., *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje „de lege lata i de lege”*
 24. Magnus U., Mankowski P., *Brussels I Regulation, Commentary*, Kolonia 2016
 25. Magnusson Sjöberg C., Legal Automation: AI and Law Revisited [in:] *Legal Tech, Smart Contracts, Blockchain. Perspectives in Law, Business and Innovation*, ed. M. Corrales, M. Fenwick, H. Happio, Singapore 2019.
 26. Masméjan D., *La localisation des personnes physiques en droit international privé. Etude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d’établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye*, Genève 1994

27. McParland M., *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford 2015
28. Menthe D.C., Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces, „Michigan Telecommunications and Technology Law Review” 1998/1
29. Minois M., *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations. Pour une unité de la qualification.* „Revue de droit international d’Assas” 2018, no. 1
30. Pazdan M. [w:] *System Prawa Prywatnego. T. 20A. Prawo Prywatne Międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014
31. Pazdan M., Koordynacja krajowego i europejskiego prawa prywatnego międzynarodowego [w:] *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015, s. 32 – 38.
32. Pazdan M., Materialnoprawne wskazanie a kolizyjny wybór prawa, PPHZ 1995, t. 18
33. Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017
34. Pecyna M., Prorogacja sądu w obrocie konsumenckim, KPP 2003, z. 4, s. 842–843.
35. Peukert A., Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law [w:] *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, red. G. Handl, J. Zekoll, Leiden/Boston 2011, s. 7, 13, <http://ssrn.com/abstract=1592263> (dostęp: 24.07.17).
36. Przybyłowski K., *Prawo prywatne międzynarodowe, Część ogólna*. Lwów 1935
37. Rösler H., *Interpretation, autonomous*, w: *Encyclopedia of Private International Law*. Eds. J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio. Cheltenham 2017
38. Ruehl G., Conference Report: Conflict of Laws 4.0 (Münster, Germany). available at <https://conflictoflaws.net/2020/conference-report-conflict-of-laws-4-0-munster-germany/> (last accessed 06.05.2024).
39. Rutkowska – Tomaszewska E., Financial Services in the Light of the Act on Consumer Rights [in:] *Consumer Protection Law in Poland from the Perspective of EU Law*, ed. B. Pachuca – Smulska, Warsaw 2017.
40. Rutkowska-Tomaszewska E., Conceptual and Regulatory Problems. Some Introductory Remarks [in:] *Public and Private Law and the Challenges of New Technologies and Digital Markets. Legal Aspects of FinTech*, vol. 2, ed. E. Bani, B. Pachuca – Smulska, E. Rutkowska – Tomaszewska, Warsaw 2020
41. Skąpski J., *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym w zakresie zobowiązań z umów*, Kraków 1964
42. Sośniak M., *Zobowiązania wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 1971.
43. Stone P., Internet transactions and activities [w:] *Research handbook on EU private international law*, Cheltenham 2015
44. Stylec-Szromek P., *Sztuczna inteligencja — prawo, odpowiedzialność i etyka*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej, Organizacja i Zarządzanie” 2018
45. Świerczyński M., Autonomia kolizyjnoprawna sztucznej inteligencji [in:] *Prawo sztucznej inteligencji*, ed. L. Lai, M. Świerczyński, Warsaw 2020

46. Świerczyński M., Sztuczna inteligencja w prawie prywatnym międzynarodowym – wstępne rozważania, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, T. 25
47. Szostek D., Świerczyński M., Wpływ nowych technologii na prawo prywatne międzynarodowe [in:] *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, ed. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warsaw 2017.
48. Tang Z.S., *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford–Portland 2009 von. Hein J., Forward to the Past: A Critical Note on the European Parliament’s Approach to Artificial Intelligence in Private International Law, available at <https://conflictoflaws.net/2020/forward-to-the-past-a-critical-note-on-the-european-parliaments-approach-to-artificial-intelligence-in-private-international-law/> (last accessed 06.05.2024).
49. Zachariasiewicz M. [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe. System Prawa Prywatnego. Tom 20A*, Warszawa 2014
50. Zachariasiewicz M.A., *Wpływ nowych tendencji amerykańskiego prawa kolizyjnego na rozwój prawa prywatnego międzynarodowego w Europie*, „*Studia Iuridica Silesiana*” 1979, nr 5, Katowice 1979
51. Żyrek S., *Jurysdykcja krajowa w sprawach zobowiązań elektronicznych w prawie Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2019

CONTACT INFORMATION

mariusz.fras@us.edu.pl

University of Silesia, Faculty of Law and Administration

Bankowa 11B

40-007 Katowice

Poland

JUDr. Martin Friedrich¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Uplatňovanie obchodnoprávnych zásad v prostredí elektronických kontraktov²

Application of commercial law principles in the context of electronic contracts

Abstrakt

Tento článok analyzuje uplatňovanie obchodnoprávnych zásad v kontexte elektronických zmlúv, pričom sa zameriava na rozličné formy tzv. „wrap“ zmlúv (click-wrap, browse-wrap, scroll-wrap) a smart kontraktov. Cieľom je preskúmať, či a do akej miery sú zachované zásady poctivého obchodného styku, zmluvnej voľnosti a profesionality v konaní pri uzatváraní elektronických kontraktov. V texte je rozobraná právna záväznosť týchto zmlúv, najmä vo vzťahu k možnosti oboznámenia sa s ich obsahom a vyjadrenia informovaného súhlasu. Pozornosť je venovaná aj výzvam, ktoré prináša anonymita smart kontraktov v rámci blockchain technológie, a otázkam ich súladu s platnými obchodnoprávnymi zásadami.

Kľúčové slová: elektronické kontrakty, click-wrap, browse-wrap, scroll-wrap, smart kontrakty, obchodnoprávne zásady.

Abstract

This article analyzes the application of commercial law principles in the context of electronic contracts, focusing on various forms of "wrap" contracts (click-wrap, browse-wrap, scroll-wrap) and smart contracts. The aim is to examine whether, and to what extent, principles of fair business conduct, contractual freedom, and professionalism are preserved when concluding electronic contracts. The text discusses the legal enforceability of these contracts, particularly regarding the ability to review their content and provide informed consent. Attention is also given to the challenges posed by the anonymity of smart contracts within blockchain technology and questions of their alignment with established commercial law principles.

¹ JUDr. Martin Friedrich je absolventom Právnickej fakulty UPJŠ v Košiciach. Od roku 2013 pôsobí ako advokát v Košiciach, je členom Pracovnej skupiny pre elektronizáciu výkonu advokácie SAK a je členom X. disciplinárneho senátu SAK. Pôsobí ako externý poradca Ústavného súdu SR a ako interný doktorand na katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty UPJŠ.

² Tento príspevok bol publikovaný v rámci riešenia grantovej úlohy VVGS č. 2024-3381 pod názvom Ľudsko - právne a etické aspekty digitalizácie a elektronického obchodovania.

Key words: electronic contracts, click-wrap, browse-wrap, scroll-wrap, smart contracts, commercial law principles.

JEL Classification: K290

VŠEOBECNE K ZÁSADÁM

Je zrejším údelom akejkol'vek odbornej debaty k téme zásad v práve poukazovať na zrejmé klišé – o tom, ako sa zásady menia a vyvíjajú zmenou spoločenských pomerov, rozvojom techniky a následnej neodvratnej zmeny právnej úpravy. Niektoré z právnych zásad sú pevne zakorenené v právnom poriadku (napr. *pacta sunt servanda*), niektoré sa uplatňujú špecificky v právnom prostredí Európskej únie (napr. ochrana slabšej strany) a iné sú zasa výsledkom spoločenských vývojov v ostatných rokoch (napr. ochrana životného prostredia pri podnikateľskej činnosti, sociálne vplyvy podnikania).

Cieľom tohto článku je zamerať sa niektoré z obchodnoprávných zásad a podrobiť skúške ich uplatnenia v procese elektronickej kontraktácie. Pre účely tohto článku sa zmluvami uzavretými v procese elektronickej kontraktácie rozumejú rôzne variácie tzv. „wrap“ zmlúv, ktoré odborná literatúra radí medzi adhézne zmluvy.³

Elektronické zmluvy alebo zmluvy uzavreté prostredníctvom elektronických prostriedkov nepredstavujú nové zmluvné typy. Znamenajú však zásadnú zmenu v procese uzatvárania zmluvných vzťahov. Pre zjednodušenie v ďalšom texte tohto článku budeme používať elektronické zmluvy vo význame tohto procesu elektronickej kontraktácie.

Predmetom tohto článku je preto zamerať sa na to, či môžeme v procese elektronickej kontraktácie stále hovoriť o zachovaní obchodnoprávných zásad, resp. ich účinkov. Naše závery oprieme o porovnanie elektronických zmlúv v kontexte troch obchodnoprávných zásad: poctivého obchodného styku, zmluvnej voľnosti a profesionality v konaní a odbornej starostlivosti v rozhodovaní.

V zahraničnej literatúre sa s otázkou zachovania zásad môžeme stretnúť v súvislosti s ochranou osobných údajov. Odbornej kritike bol podrobený proces elektronickej kontraktácie vo vzťahu k monetizácii osobných údajov používateľov. Prevádzkovatelia webových stránok totiž natoľko zakalia možnosti neprijat' alebo odhlásiť sa so spracovania osobných údajov, že v konečnom dôsledku budú tieto nástroje pre užívateľa neefektívne.⁴ Vo vzťahu k elektronickej kontraktácii autori poukazujú aj na to, že pre absenciu akéhokoľvek vyjednávania v procese elektronickej kontraktácie si musí strana, ktorá vypracovala zmluvu dať pozor na

³ PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2022, s. 1230, marg. č. 2.

⁴ KIM, NANCY S.: *Wrap contracts and privacy*, AAAI Spring Symposium - Technical Report, Volume SS-10-05, Pages 110 – 1122010, 2010, AAAI Spring Symposium, Stanford 22 March 2010 through 24 March 2010, ISBN: 978-157735459-8

zásadu contra proferentem, keďže v prípade sporu nesie plnú zodpovednosť za elektronicky uzavretý kontrakt subjekt, ktorý ho vypracoval.⁵

1. DRUHY ELEKTRONICKÝCH ZMLÚV

1.1. Shrink-wrap zmluvy – prvá analógová obdoba elektronických zmlúv

Shrink-wrap zmluvy môžeme pokladať za analógového pôvodcu elektronických zmlúv a to z dvoch dôvodov. Ako názov v anglickom jazyku napovedá, ide o zmluvu, ktorá je „obalená“ (wrap) v niečom, čo sa zmršťuje (shrink). Ide o veľmi výstižný názov zmluvy, ktorú v slovenčine môžeme uviesť ako zmluvu uzatvorenú rozbalením obalu. Tento typ zmlúv sa používal pri fyzických nosičoch diel autorských práv. Najbežnejším príkladom shrink-wrap zmluvy bol softvér distribuovaný v obaloch (Blu-ray, DVD, CD). Podstatou shrink-wrap zmluvy bolo, že poškodením fólie jej následným zmrštením, v ktorej bol obal s fyzickým nosičom zabalený, nastolilo fikciu súhlasu s uzavretím licenčnej zmluvy k tomuto softvéru.⁶

Napriek tomu, že aj v súčasnosti je možné sa stretnúť s týmto spôsobom distribúcie softvéru, shrink-wrap zmluvy ustúpili do úzadia modernejšiemu šíreniu autorských diel prostredníctvom internetu. Čo však ostalo, je „wrap“. Teda to, že elektronická zmluva je niekde v niečom „obalená“. Rozlišovacím znakom ostatných „wrap“ zmlúv od shrink-wrap zmluvy je prenesenie tohto procesu uzatvárania zmluvy do plne digitálnej podoby. Obalom elektronickej zmluvy namiesto fólie sa stali dáta, z ktorých je možné identifikovať, či užívateľ vyjadril súhlas - „porušil obal“.

V našej legislatíve shrink-wrap zmluvy narážajú na § 65 ods. 3 a 4 Autorského zákona, ktorý kladie formálne požiadavky na licenčnú zmluvu (písomná forma pri výhradnej licencií, právo na písomné potvrdenie pri nevýhradnej licencií). Odbalenie softvéru tak samo o sebe nie je spôsobilým prostriedkom na vyjadrenie súhlasu s uzavretím licenčnej zmluvy. Týmto nedostatkom však už netrpia ostatné „wrap“ zmluvy, pri ktorých je zachovaná digitálna stopa minimálne v podobe jednoduchého elektronického podpisu ako vyjadrenia súhlasu s uzavretím zmluvy.

Oproti wrap zmluvám stoja tzv. smart kontrakty založené na blockchaine technológii, ktorým sa budeme osobitne venovať v tomto článku. Na tomto mieste postačuje uviesť, že blockchain zmluvy sú založené výlučne na výrokovvej logike príčiny a následku (“if/when...then...”) bez akejkoľvek ľudskej ingerencie okrem zadania vstupných údajov.

1.2. Click-wrap zmluvy – najbežnejší typ elektronických kontraktov

Click-wrap zmluvy sa stali prirodzenou a najčastejšou formou uzatvárania elektronických zmlúv. Podstata click-wrap zmluvy spočíva v tom, že používateľ

⁵ BAIRD, R; KINELY, A.: *What's the Deal? Creating, Interpreting & Enforcing Electronic Contracts*, McInnes Cooper, published November 17, 2020, <https://www.mcinnescoper.com/publications/whats-the-deal-creating-interpreting-enforcing-electronic-contracts/> (zobrazené dňa 17.10.2024)

⁶ ADAMOVIČ, Z., HAZUCHA, B. *Autorský zákon*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2018, s. 482.

súhlasí s podmienkami a pravidlami používania tým, že klikne na tlačidlo „Súhlasím“, „Prijímam“ alebo podobné vyjadrenie súhlasu. Používateľ musí kliknúť na tlačidlo, aby vyjadril svoj súhlas s podmienkami. Podmienky zmluvy sú viditeľne zobrazené používateľovi, zvyčajne vo forme odkazu alebo celého textu.

Click-wrap zmluvy, ako jediné z wrap zmlúv, boli podrobné súdnemu prieskumu tak na vnútroštátnej ako aj na európskej úrovni. Dôvodom, prečo sa práve click-wrap zmluvy stali predmetom súdnych sporov, je ich rozšírenosť a jednoduchý elektronický podpis. Click-wrap zmluvy sa používajú od registrácie do elektronických služieb po nákupy v rôznych elektronických obchodoch, pričom práve následky kliknutia môžeme podriaďiť pod uzavretie zmluvy jednoduchým elektronickým podpisom.

Súdny dvor EU sa vo veci C-322/14 Majdoub v. CarsOnTheWeb., Deutschland GmbH zaoberal otázkou s dodržaním písomnej formy⁷, pričom súdny dvor v rozsudku konštatoval, že „*technika vyjadrenia súhlasu so všeobecnými podmienkami kúpnej zmluvy, o akú ide vo veci samej, uzatvorenej elektronicky, ktoré obsahujú dohodu o voľbe právomoci, kliknutím sa považuje za komunikáciu elektronickou cestou, ktorá poskytuje trvalý záznam o tejto dohode v zmysle tohto ustanovenia, ak táto technika umožňuje tlač a uloženie znenia týchto podmienok pred uzatvorením zmluvy.*“⁸

Druhým rozhodnutím je rozsudok súdneho dvora vo veci Cobult UG v. TAP Air Portugal SA, v ktorej súdny dvor skúmal udelenie súhlasu cestujúceho s voľbou náhrady za zmeškaný let, ktorý cestujúci udelil prostredníctvom odkliknutia príslušnej položky elektronického formulára na webovom sídle leteckého dopravcu. Súdny dvor uviedol, že „*pokiaľ cestujúci poskytol „písomný súhlas“ s náhradou nákladov na letenku vo forme cestovnej poukážky, keď na internetovom sídle tohto leteckého dopravcu vyplnil online formulár, v ktorom si zvolil takúto formu náhrady, čím tak vylúčil poskytnutie náhrady vo forme peňažnej sumy, a to za predpokladu, že tento cestujúci mal možnosť uskutočniť účinnú a informovanú voľbu, a teda vyjadriť informovaný súhlas s náhradou nákladov na jeho letenku vo forme cestovnej poukážky, a nie vo forme peňažnej sumy, čo predpokladá, aby uvedený letecký dopravca zákonným spôsobom poskytol danému cestujúcemu jasnú a kompletnú informáciu o jednotlivých prostriedkoch náhrady, ktoré má k dispozícii.*“⁹

V prípade vnútroštátnych súdov však situácia ohľadom akceptovania click-wrap zmlúv nebola taká jednoznačná. Napríklad Krajský súd v Trenčíne v rozsudku sp. zn. 6Co/30/2013 uviedol, že „*Nedostatok zaručeného elektronického podpisu v prípade elektronického právneho úkonu nie je preto dôvodom jej neplatnosti. Pre platnosť zmluvy nie je podstatné, že absentoval zaručený elektronický podpis. ... Zmluvu o obstaraní zájazdu možno platne uzavrieť aj tak, že objednávka je zaslaná v elektronickej podobe a následne potvrdená a doručená objednávateľovi.*“ Naproti tomu Krajský súd v Žiline v rozsudku sp. zn. 8Co/184/2018 ustálil neplatnosť

⁷ GYÁRFÁŠ, J., ŠTEVČEK, M. a kol. *Zákon o rozhodcovskom konaní*. 1. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 87.

⁸ Rozsudok SD EÚ vo veci C-322/14 Majdoub v. CarsOnTheWeb., Deutschland GmbH, ECLI: ECLI:EU:C:2015:334

⁹ Rozsudok SD EÚ vo veci C-76/23 Cobult UG v. TAP Air Portugal SA., ECLI: ECLI:EU:C:2024:253

zmluvy o úvere uzavretej cez internet banking, pretože dospel k názoru, že na to „aby bola dodržaná písomná forma je nevyhnutné, aby bola zmluvnými stranami podpísaná postupom podľa § 40 ods. 4 Občianskeho zákonníka. Predložená zmluva o úvere však neobsahuje vlastnoručný podpis žalovanej a ani zaručený elektronický podpis (IP adresa je identifikačným údajom počítača, ale nie zaručeným elektronickým podpisom). Podľa zákona o elektronickom podpise sa teda právny úkon považuje za urobený v písomnej forme, ak právny úkon urobený elektronickými prostriedkami je podpísaný zaručeným elektronickým podpisom. Písomný prejav musí byť zároveň podpísaný, t. j. je platný až po podpise konajúcej osoby. Zmluva, ktorá musí byť písomná, ale nebola jej účastníkmi podpísaná, nemôže spôsobiť ani zamýšľané právne následky.“

Odhliadnuc od rozpačitosti vnútroštátnej judikatúry vo vzťahu k click-wrap zmluvám, môžeme konštatovať, že z pohľadu Súdneho dvora EÚ boli click-wrap zmluvy akceptované ako riadny prostriedok uzatvárania zmluvných vzťahov a to aj v rámci spotrebiteľských vzťahov.

1.3. Browse-wrap zmluvy – keď neviete, s čím súhlasíte

Ako už názov tejto kapitoly napovedá, browse-wrap zmluvy, alebo inak nazývané aj ako web-wrap zmluvy, predstavujú pascu pre užívateľov elektronických služieb, najmä webových stránok. Podstata týchto zmlúv spočíva v tom, že používateľ súhlasí s podmienkami používania služieb spojených s užívaním webovej stránky jednoducho tým, že ju navštívi, prehlíada alebo využíva jej služby. Podmienky zmluvy nie sú aktívne potvrdené používateľom. Namiesto toho sa predpokladá, že používateľ súhlasí s podmienkami tým, že pokračuje v používaní webovej stránky. Na rozdiel od ostatných wrap zmlúv sa od užívateľa nepožaduje akákoľvek aktívna činnosť vo vzťahu k vyjadreniu súhlasu so zmluvou alebo zmluvnými podmienkami, ako je napríklad kliknutie.¹⁰

Príkladom textu web-wrap zmluvy sú podmienky na webových stránkach prístupné prostredníctvom odkazu, napríklad s týmto textom: „Prehliadaním tejto webovej stránky potvrdzujete a súhlasíte, že váš prístup k informáciám na týchto stránkach znamená akceptáciu.“ Súčasťou tohto sú zvyčajne odkazy na rôzne položky, ako napríklad „Zásady ochrany osobných údajov“ alebo „Podmienky“. Len samotným kliknutím na tieto odkazy súhlasíte s ich podmienkami.

Medzi webstránky používajúce browse-wrap zmluvy môže zaradiť <https://sk.pinterest.com/#bottom>, na ktorej sa nachádza nasledovný text „Pokračovaním súhlasíte s Podmienkami služby Pinterestu a potvrdzujete, že ste si prečítali naše Zásady ochrany osobných údajov. Oznámenie o zhromažďovaní údajov.“ Ďalším príkladom je webstránka <https://mindthegraph.com/>, ktorá pri jej návšteve oznamuje užívateľovi, že „Spoločnosť tiež používa údaje na poskytovanie bezpečnejšieho a lepšieho zážitku personalizovaním obsahu, prispôbovaním a meraním reklám. Môžete kliknúť sem, aby ste spravovali svoje preferencie, alebo kliknite na „ok“, ak súhlasíte s používaním všetkých cookies.“

¹⁰ TREŠČÁKOVÁ, D.: *Právo elektronického obchodu, Širšie súvislosti*. Praha: Leges, 2021, str. 62

Z dôvodu, že browse-wrap zmluvy nevyžadujú osobitnú aktivitu na strane používateľa, nie je ich záväznosť jednoznačne súdnou praxou prijímaná. Vyšší súd v Londýne v rozsudku z roku 2019 vo veci RYANAIR DAC proti SC VOLA.RO SRL¹¹ uviedol, že zmluvné podmienky by nemali existovať bez toho, aby užívateľ musel manuálne kliknúť na príslušné tlačidlo, ktoré ho posunie ďalej v procese. Súčasne majú byť kumulatívne splnené nasledujúce podmienky:

- a) aby bolo vopred poskytnuté primerané a dostatočné oznámenie o existencii podmienok (ktoré obsahujú doložku o jurisdikcii) predtým, než používateľ klikne na príslušné tlačidlo;
- b) aby bol plný obsah podmienok (ktoré obsahujú doložku o jurisdikcii) prístupný, napríklad prostredníctvom hypertextového odkazu, predtým, než používateľ klikne na tlačidlo; a
- c) aby bolo jasne uvedené používateľovi, že kliknutím na príslušné tlačidlo súhlasí s týmito podmienkami od tohto momentu.

Aktuálna judikatúra súdov v Spojených štátoch amerických pripúšťa záväznosť browse-wrap zmlúv, no vyžaduje sa „primerané viditeľné upozornenie, ktoré má spočívať v tom, že primerane zdatný užívateľ bude vidieť podmienky, ku ktorým sa zaväzuje, alebo odkaz na ne.“¹²

V prípade web-wrap zmlúv tak môžeme uzavrieť, že oproti ostatným druhom wrap zmlúv je ich právna záväznosť pochybná. No ich najväčším problémom je to, že užívateľ súhlasí so zmluvnými podmienkami bez toho, aby ich mohol vopred poznať.

1.4. Scroll-wrap zmluvy – formálne je všetko v poriadku, aj keď ich nikto nečíta

Scroll-wrap zmluvy sú zo všetkých zmlúv najtransparentnejšie. Ich problémom je len to, že ich väčšinou nikto nečíta.

Scroll-wrap zmluva predstavuje druh elektronickej zmluvy, pri ktorej musí používateľ prejsť cez celý text zmluvných podmienok (teda „preskrolovať“ textom) predtým, ako môže kliknúť na tlačidlo „Súhlasím“, „Prijímam“ alebo podobné vyjadrenie súhlasu. Tento mechanizmus má zabezpečiť, že používateľ má možnosť si prečítať všetky podmienky pred tým, než s nimi súhlasí. Používateľ musí prejsť cez celý text zmluvných podmienok, aby sa tlačidlo na súhlas (napr. „Súhlasím“) stalo aktívnym. Tým sa zabezpečuje, že používateľ má aspoň možnosť prečítať si zmluvu. Najčastejšie sa tento typ zmluvy používa pri inštalácii softvéru na „obalenie“ licenčnej zmluvy alebo pri vytváraní účtu.

Zobrazenie celého textu zmluvy a povinnosť jeho preskrolovania až na koniec pred tým, než užívateľ môže zakliknúť ďalší krok, predstavuje rozdiel oproti

¹¹ High Court; 2019-01-14; Ryanair DAC; SC VOLA.RO SRL; [2019] IEHC 239

¹² *Recent Court Rulings Provide Warnings on the Use of Browsewrap Agreements*, Crowell & Moring LLP., <https://www.crowell.com/en/insights/client-alerts/recent-court-rulings-provide-warnings-on-the-use-of-browsewrap-agreements> (zobrazené dňa 21.10.2024)

ostatným wrap zmlúvam. Z tohto dôvodu sa scroll-wrap zmluvy používajú najmä v prípade uzatvárania licenčných zmlúv, čo je zohľadnené v § 65 ods. 3 a 4 Autorského zákona. V prípade scroll-wrap zmlúv odpadá riešenie otázky, či užívateľ ako druhá zmluvná strana mal možnosť sa vopred oboznámiť s obsahom zmluvy predtým, než s ňou vyjadril súhlas. Ak poskytovateľ služby vie vierohodným spôsobom zachytiť činnosť užívateľa (napr. prostredníctvom predchádzajúceho prihlásenia, logov, metadát a podobne), scroll-wrap zmluva bude rovnako záväzná ako click-wrap zmluva s tým, rozdielom, že odpadá potreba preukazovať, či mal užívateľ možnosť oboznámiť sa s obsahom zmluvy, ktorú uzavrel.

1.5. Smart kontrakty – zmluvy založené na blockchain

Smart kontrakty sú založené na technickom riešení Ethereum, ktoré je zasa postavené na technológii blockchain.¹³ Pod blockchainom si môžeme predstaviť infraštruktúru, ktorá „umožňuje rôznym distribuovaným softvérovým aplikáciám ukladať, uchovávať a sprístupňovať údaje (ale aj predpisy o spracovaní údajov – tzv. smart kontrakty) spôsobom, ktorý zaručuje vysokú dostupnosť a integritu týchto údajov (údaje sú autentické, nepopierateľné, nie je možné ich meniť a sú prakticky nezničiteľné), a ak je to žiaduce aj dôvernosť.“¹⁴

Ethereum môže charakterizovať ako decentralizovanú blockchainovú platformu, ktorá vytvára peer-to-peer sieť, ktorá bezpečne vykonáva a overuje aplikačný kód, nazývaný smart kontrakty (inteligentné zmluvy).¹⁵

Vyššie uvedené v praxi znamená, že smart kontrakt je zdrojový kód, počítačový program, ktorý je postavený na splnení podmienok „if/when...then...“. Príkladom smart kontraktu môže byť, ak sa Ján rozhodne niečo kúpiť, tak si nastaví nasledovné parametre pre uzavretie kúpy: ak tejto zmluve sprístupníš 5 jednotiek X, zmluva odpovie 1 jednotkou Y. Smart kontrakty vždy prinesú rovnaký výsledok – majú deterministickú povahu. Smart kontrakt, ktorý by nemal deterministickú povahu, teda mohol by priniesť rôzne výsledky, buď blockchain technológia neumožňuje vôbec nasadiť, alebo ich odmietne.¹⁶ Vzhľadom na to, že smart kontrakty sú postavené na splnení vopred určených podmienok, sú samo vykonateľné hneď po tom, ako sú splnené podmienky (self-executing contracts).¹⁷

Za výhody smart kontraktov možno považovať nasledovné:¹⁸

¹³ HILMI, M. H. et alia: *e-Voting on Ethereum Blockchain*, Journal of Advanced Research in Applied Sciences and Engineering Technology, Volume 50, Issue 2, August 2025, strana 190

¹⁴ KUNDRÁT, M.: *Blockchain technológia ako dôkazný prostriedok*, Bulletin slovenskej advokácie 7-8/2021, str. 22-23

¹⁵ *What is Ethereum?* <https://aws.amazon.com/web3/what-is-ethereum/> (zobrazené 22.10.2024)

¹⁶ CHRISTIDIS, K., DEVETSIKIOTIS, M.: *Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things*, IEEE Access, Volume 4, Article number 7467408, strana 2297

¹⁷ *Ethereum's Smart Contracts Explained*, DELTEC BANK & TRUST LIMITED, <https://www.deltecbank.com/news-and-insights/ethereums-smart-contracts-explained/> (zobrazené 22.10.2024)

¹⁸ CHRISTIDIS, K., DEVETSIKIOTIS, M.: *Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things*, IEEE Access, Volume 4, Article number 7467408, strana 2298

- a) zmluvné strany môžu skontrolovať kód a identifikovať jeho výsledky predtým, než sa rozhodnú uzavrieť zmluvu,
- b) zmluvné strany majú istotu splnenia zmluvy, pretože kód smart kontraktu je už nasadený na sieti, ktorú ani jedna zo zmluvných strán plne nekontroluje,
- c) dôveryhodnosť celého procesu, keďže všetky interakcie sú elektronicky podpísané.

V odbornej literatúre sa môžeme stretnúť s diskusiou, či smart kontrakt možno považovať za zmluvu.¹⁹ Ako sme to už uviedli pri wrap zmluvách, aj smart kontrakty pokladáme len za jeden z procesov uzatvárania zmlúv.

Pretože smart kontrakty samé o sebe neobsahujú osobitné ustanovenia týkajúce sa zmluvných podmienok, je potrebné zohľadniť to, že každý smart kontrakt je potrebné podriaďiť pod nejaký typ zmluvy. A to, akým právnym poriadkom sa bude zmluva uzavretá na základe smart kontraktu spravovať, nemusí byť vždy úplne jasné, čo znamená, že nemusia byť známe zmluvné podmienky uzavretej zmluvy. Samozrejme, v prípade výmeny digitálnych hodnôt (napr. bitcoiny, NFT) tento problém nemusí nastať. No pokiaľ sa následky smart kontraktov prenesú do fyzického sveta, tieto problémy môžu nastať (napríklad úhrada kúpnej ceny z elektronickej peňaženky za dodanie fyzického tovaru). Smart kontrakt v takom prípade môže slúžiť ako escrow, teda ako nástroj na zabezpečenie čiastkového riešenia zmluvných povinností.

2. JEDNODUCHÝ ELEKTRONICKÝ PODPIS

2.1. Všeobecne k elektronickým podpisom

V kontexte nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 910/2014 z 23. júla 2014 o elektronickej identifikácii a dôveryhodných službách pre elektronicke transakcie na vnútornom trhu a o zrušení smernice 1999/93/ES²⁰ (ďalej len „nariadenie eIDAS“) je potrebné rozlišovať tri druhy elektronicke podpisov: jednoduchý, zdokonalený a kvalifikovaný elektronicke podpis.²¹

Jednotlivé podpisy sa medzi sebou líšia v rozsahu ich dôveryhodnosti – najmenej dôveryhodným je jednoduchý elektronicke podpis, najdôveryhodnejším je kvalifikovaný elektronicke podpis, ktorý je rovnocenný vlastnoručnému podpisu (čl. 25 ods. 2 nariadenia eIDAS). Zdokonalený elektronicke podpis stojí z pohľadu dôveryhodnosti na pomedzí jednoduchého a kvalifikovaného elektronickeho podpisu.

¹⁹ TREŠČÁKOVÁ, D.: *Právo elektronickeho obchodu, Širšie súvislosti*. Praha: Leges, 2021, str. 65

²⁰ Ú. v. ES L 13, 19. 1. 2000; Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 13/zv. 24

²¹ FRIEDRICH, M., SEMANOVÁ, M.: *Vybrané aspekty elektronickeho podpisovania a elektronicke kontraktácie (1. časť. Elektronicke podpisovanie)*, Bulletin slovenskej advokácie 9-10/2022, str. 9

2.2. Kliknutie ako elektronický podpis

V kapitole 1.2 venovanej click-wrap zmluvám sme poukázali na rozhodnutia súdov vo vzťahu k záväznosti click-wrap zmlúv. Napriek tomu, že ani jedno z citovaných rozhodnutí sa osobitne nevenuje téme jednoduchého elektronického podpisu, kliknutie môžeme považovať za prejav vôle vo forme podpisu. Rovnako ním môže byť aj uvedenie mena a priezviska vo formulári alebo emaile. Totožný záver o použiteľnosti kliku ako jednoduchého elektronického podpisu môžeme aplikovať v prípade web alebo scroll-wrap zmlúv.

Z právneho hľadiska je preto vždy dobré mať na pamäti, že aj rôzne kliknutia, odškrtnutia alebo zaškrtnutia políčok majú svoj prejav v právnom svete v podobe elektronického podpisu. Výnimkou sú smart kontrakty, pri ktorých sa oveľa častejšie môžeme stretnúť so zdokonaleným alebo kvalifikovaným elektronickým podpisom.

3. OBCHODNOPRÁVNE ZÁSADY STRUČNE

3.1. Zásada poctivého obchodného styku

Zásada poctivého obchodného styku má svoje legislatívne vyjadrenie v § 265 Obchodného zákonníka ako ucelený súbor zásad správania, ktorých dodržiavanie v obchodnom vzťahu ich kvalifikuje ako poctivé. Dôsledkom uplatnenia tejto zásady je, že výkon práva, ktorý je v rozpore so zásadami poctivého obchodného styku, nepožíva právnu ochranu. Prvkami preukazujúcimi porušenie zásady poctivého obchodného styku je získanie čistej výhody jednej zmluvnej strany na úkor druhej zmluvnej strany a úmyselné právne relevantné chovanie.²²

3.2. Zásada zmluvnej voľnosti

Zásada zmluvnej voľnosti pozostáva z dvoch prvkov: možnosť, aby si účastníci zvolili typ zmluvy, aký chcú uzavrieť a možnosť, aby si účastníci zvolili aj obsah, aký by zmluva mala mať.²³ Limitáciou zmluvnej slobody je jednak právny poriadok, no súčasne aj zmluvná sloboda druhej zmluvnej strany. Prirodzenou súčasťou práva na zmluvnú slobodu je kolízia práv, pričom určité právo môže byť obmedzené len v zákonnom rozsahu. Preferovať sa pritom musí právo, ktoré nie je možné vykonávať bez zákonného obmedzenia práva druhého jedinca (napr. vlastnícke právo k nehnuteľnosti musí rešpektovať právo k bývaniu nájomníkov).²⁴

3.3. Zásada profesionality v konaní a odbornej starostlivosti v rozhodovaní

Túto zásadu môžeme charakterizovať ako spôsob výkonu funkcie na informovanom základe, po dôkladnom zvážení predpokladateľných eventualít postupu a následkov zvoleného postupu a v súlade s vlastnými všeobecnými

²² PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. 1. vydanie*. Bratislava: C. H. Beck, 2022, s. 1199.

²³ VOJČÍK, P. a kol. *Občianske právo hmotné. 2. vyd.* Plzeň: Aleš Čeněk. 2018. ISBN 978-80-7380-719-1, str. 21

²⁴ GERLOCH, A. *Teorie práva. 6. vyd.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2013. str. 250

znalosťami a skúsenosťami (zásada profesionality), pri ktorom konajúca osoba prihliada pri výkone svojej funkcie a zabezpečovaní činnosti na záujmy spoločnosti a jej spoločníkov a nepresadzuje svoje záujmy na úkor záujmov spoločnosti. Zásada profesionality v konaní a odbornej starostlivosti v rozhodovaní je „protipólom ochrany slabšej strany“.²⁵

4. ELEKTRONICKÉ KONTRAKTY VS. ZÁSADY

Pre zodpovedanie otázky vzťahu elektronických kontraktov sme sa pokúsili pozrieť na to, či v akom rozsahu môže užívateľ týchto elektronických kontraktov (zmluvná strana) poznať obsah zmluvy pred jej uzavretím.

Typ e-kontraktu	Možnosť poznať obsah vopred
Click-wrap	Áno - ak užívateľ klikne na odkaz
Web-wrap	Nie - užívateľ ani nemusí poznať obsah zmluvy, samotný fakt, že používa stránku, je vyjadrením súhlasu s uzavretím zmluvy
Scroll-wrap	Áno - užívateľ sa musí „prescrollovať“ až na koniec zmluvy (napr. EULA). Obsah zmluvy sa mu tak zobrazí a zobrazenie obsahu zmluvy je podmienkou použitia služby
Blockchain zmluva	Áno, avšak len v rozsahu základných parametrov – essentialia negotii

Vyššie uvedená tabuľka naznačila, že kľúčovým bodom, od ktorého sa odvíja uplatňovanie zásad, je to, či podnikateľ môže poznať obsah zmluvy. V prípade web-wrap zmlúv tomu tak nie je. Pokiaľ ide o blockchain zmluvy, ak sú známe podstatné náležitosti zmluvy, zrejme by sa mali uplatňovať zásady v plnom rozsahu. Rizikom je, že podnikateľ nemusí poznať ostatné zmluvné podmienky, ktorého sú pre neho dôležité, čo osobitne platí v prípade smart kontraktov, ktoré majú dosah aj vo fyzickom svete (dodanie tovaru, poskytovanie služieb a podobne).

V súvislosti s vyššie uvedeným je potrebné si položiť otázku, či web-wrap zmluva neprekračuje hranicu zásady poctivého obchodného styku. Máme tým na mysli to, že pokiaľ táto zásada nespôsobuje neplatnosť zmluvy, musí existovať aspoň časť zmluvného záväzku, ktorá ostáva platná. A to nás vracia naspäť k otázke, či web-wrap zmlúvam je možné v našom právnom prostredí priznať účinky platne uzavretej zmluvy. Keďže v našom právnom prostredí chýba relevantná judikatúra vo vzťahu k web-wrap zmlúvam, nie je možné jednoznačne odpovedať, aká je vlastne právna záväznosť web-wrap zmlúv a či v prípade podnikateľov je možné im poskytnúť ochranu pred neprijateľnými zmluvnými podmienkami web-wrap zmlúv prostredníctvom zásady poctivého obchodného styku. Pokiaľ ide o ostatné typy wrap

²⁵ OVEČKOVÁ, O., CSACH, K. *Obchodné právo 1. Všeobecná časť a súťažné právo*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s. r. o., 2019, str. 69

zmlúv, vzhľadom na možnosť oboznámiť sa s obsahom zmluvy vopred, podnikateľ ako užívateľ by mal byť chránený prostredníctvom tejto zásady.

Pokiaľ ide o zásadu zmluvnej voľnosti, domnievame sa, že v prípade elektronických kontraktov je otázne, či podnikateľ vie, s kým uzatvára zmluvu. Pokiaľ ide o wrap zmluvy, z uvedeného je zrejmé, že podnikateľ nemá možnosť ovplyvniť obsah zmluvy. Môže však aspoň vedieť, s kým uzatvára zmluvu? V prípade web-wrap zmlúv je odpoveď nie – podnikateľ nie len, že nepozná obsah zmluvy, nemusí ani vedieť konkrétny subjekt alebo subjekty, s ktorými zmluvy uzatvára. To má význam najmä z dôvodu tzv. vrstvenia. Elektronické služby, ktoré sa podnikateľ rozhodne používať, sú veľmi často nadstavbou iných služieb. Veľmi zriedka je elektronická služba postavená na technologickom riešení, ktoré od počiatku vyvinul jeden subjekt. A teda vzniká otázka, komu každému poskytne podnikateľ súhlas na spracovanie poskytnutých údajov a v akom rozsahu. Podrobné čítanie zmluvy/zmluvných podmienok by malo zodpovedať tieto otázky. No vzhľadom na komplexnosť technologických riešení nie je možné vylúčiť, že v rámci zmluvných podmienok (a týka sa to aj ostatných typov wrap zmlúv) udelí podnikateľ paušálny súhlas na spracovanie poskytnutých údajov vopred neurčenému okruhu osôb. Dobrým príkladom sú cloudové služby, pri využití ktorých podnikateľ na základe elektronického kontraktu začne uchovávať svoje dáta u poskytovateľa. Málktorí z podnikateľov si však uvedomuje, kto a ako s tými dátami nakladá. V tejto súvislosti pokladáme za jeden z najrizikovejších elektronických kontraktov, ak by došlo k uzavretiu zmluvy na používanie cloudových služieb prostredníctvom web-wrap zmluvy.

5. KEĎ WRAP NIE JE LEN JEDLO, PODNIKATEĽ AKO SLABŠIA STRANA A PREDSTAVUJE SMART ODBORNÚ STAROSTLIVOSŤ?

Wrap kontrakty ako procesy uzatvorenia zmlúv sa od seba navzájom odlišujú nie len, čo do spôsobu ich uzatvorenia, ale aj v otázkach, nakoľko sú právne záväzné a pokiaľ sú právne záväzné, má ešte zmysel rozprávať o zachovaní obchodnoprávných zásad? Najviac otázok v tomto smere vyvolávajú web-wrap zmluvy. Ako sme uviedli v tomto článku, web-wrap zmluvy v kontexte kontinentálneho právneho poriadku práve kvôli mechanizmu ich uzatvárania vyvolávajú najviac otázok ohľadom ich platnosti. Ich protipólom sú scroll-wrap zmluvy, ktorých podmienkou uzatvorenia je povinnosť užívateľa preklikať sa až na koniec textu uzatvárajúcej zmluvy. Či scroll-wrap zmluva nepredstavuje len spôsob, ako šikovne schovať obsahovo hutné zmluvy, ktoré nikto nebude čítať alebo im rozumieť, by stálo za samostatné posúdenie.

Môžeme preto uzavrieť, že wrap zmluvy predstavujú spektrum. Na jednom konci stoja web-wrap zmluvy, pri ktorých, ak by sme povedali, že sú platné, tak existuje skutočne pochybnosť o tom, či zachovávajú niektoré zo zásad obchodnoprávných vzťahov - ak neviem, čo a s kým som uzavrel, pretože som to ani vedieť nemohol, nevylučuje to automaticky konanie s odbornou starostlivosťou? Na opačnom konci zasa scroll-wrap zmluvy, ktoré nie je možné uzavrieť bez toho, aby bol zobrazený

obsah. V strede svoja click-wrap zmluvy, ktoré sú aj judikatúrou uznané za platný spôsob uzatváranie zmlúv a to aj v spotrebiteľských vzťahoch.

Domnievame sa, že pokiaľ by web-wrap zmluvy boli uznané za platný kontraktačný nástroj, dochádza pri nich k zásadnej limitácii niektorých obchodnoprávných zásad. Dokonca až do tej miery, že podnikateľ sa dostáva na úroveň spotrebiteľa. Je preto na mieste otázka, či najmä v prípade web-wrap zmlúv by nemali byť podnikatelia považovaní za slabšiu stranu rovnako ako spotrebiteľia.

Smart kontrakty majú svoju obľúbenosť najmä pre svoju transparentnosť prostredníctvom jasne stanovených podmienok. Pokiaľ však smart kontrakty majú mať presah aj do fyzického sveta, otvára sa otázka, akým právnym poriadkom a pravidelnými zmluvnými podmienkami sa zmluvný vzťah bude spravovať.

Blockchain technológia neznamená, že jej používateľ musí odkryť svoju identitu. Práve naopak - blockchain technológia umožňuje zachovanie anonymity používateľa súčasne so zárukou splnenia základných podmienok pre uzatvorenie smart kontraktu. Napríklad si niekto prostredníctvom niektorej z formy bitcoinov kúpi investičné zlato. Celá transakcia prebehne anonymne, no obe strany budú mať istotu, že za predmet kúpy bolo zaplatené a že bol dodaný vo forme digitálneho prístupu k nejakému účtu.

Domnievame sa, že osobitne v prípade smart kontraktov vzniká pochybnosť, v akom rozsahu môžeme hovoriť o zachovaní zásady profesionality v konaní a odbornej starostlivosti v rozhodovaní. Podnikateľ by sa zrejme mal vyhnúť transakciám, pri ktorých je od počiatku zrejme, že môžu byť nástrojom prania špinavých peňazí alebo sa môžu týkať predmetov, na ktorých obchodovanie sa vzťahuje osobitné povolenie. Ale čo v ostatných prípadoch? Anonymita zmluvných strán, no oproti nej stojaca garancia vykonateľnosti dohodnutých zmluvných podmienok, tak vyvolávajú pnutie, kedy podnikateľské riziko (automatický kontrakt a výhodná transakcia) potlačí zásadu profesionality v konaní a odbornej starostlivosti v rozhodovaní (neviem, s kým uzatváram zmluvu, poznám len podstatné podmienky, je to výhodné, ale nemám záruku, že som práve nekúpil tovar, ktorý nie je výnosom z trestnej činnosti alebo s ktorým nie je možné legálne obchodovať).

ZÁVER

Domnievame sa, že na základe vyššie uvedeného existuje vzťah medzi druhom elektronického kontraktu a tým, v akom rozsahu daný typ elektronického kontraktu umožňuje zachovanie niektorej z obchodnoprávných zásad. Podľa nášho názoru web-wrap zmluvy v najväčšom rozsahu vylučujú uplatnenie obchodnoprávných zásad. Dokonca sa domnievame, že web-wrap zmluvy stierajú hranice medzi obyčajným používateľom-spotrebiteľom a podnikateľom natoľko, že podnikateľ sa dostáva do pozície slabšej strany rovnako ako spotrebiteľ. Click a scroll-wrap zmluvy tieto zásady zachovávajú. V prípade smart kontraktov je potrebné zdôrazniť, že otázka zachovania obchodnoprávných zásad sa bude odvíjať od toho, nakoľko bude právny poriadok pripúšťať anonymné obchodovanie. Otázkou zachovania obchodnoprávných zásad tak v prípade smart-kontraktov môžeme redukovať na to, či právny poriadok vyžaduje poznanie vzájomnej identity zmluvných strán. Pokiaľ

to právny poriadok nevyžaduje, tak zásada profesionality v konaní a odbornej starostlivosti v rozhodovaní bude splývať s podnikateľským rizikom v podobe výhodnosti daného kontraktu. No ak právny poriadok požaduje, aby zmluvné strany navzájom poznali svoju totožnosť, tak to automaticky vylučuje uzatváranie neanonymizovaných smart kontraktov, čo však naráža na samotnú podstatu blockchain technológie a zásadu zmluvnej voľnosti. V súlade s našim Obchodným zákonníkom je očividné, že naše záväzkové právo vyžaduje poznanie identity zmluvných strán, čo vylučuje uzatváranie anonymizovaných smart kontraktov. Ku dňu vytvorenia tohto článku nie je autorom známe rozhodnutie, ktoré by sa zoberalo platnosťou anonymného smart kontraktu. Ak však dôjde k masívnejšiemu rozvoju blockchain technológie, zrejme aj judikatúra bude musieť zodpovedať túto otázku.

POUŽITÉ PRAMENE

1. PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. 1. vydanie*. Bratislava: C. H. Beck, 2022, s. 1230, marg. č. 2.
2. KIM, NANCY S.: *Wrap contracts and privacy*, AAAI Spring Symposium - Technical Report, Volume SS-10-05, Pages 110 – 1122010, 2010, AAAI Spring Symposium, Stanford 22 March 2010 through 24 March 2010, ISBN: 978-157735459-8
3. BAIRD, R; KINELY, A.: *What's the Deal? Creating, Interpreting & Enforcing Electronic Contracts*, McInnes Cooper, published November 17, 2020, <https://www.mcinnescooper.com/publications/whats-the-deal-creating-interpreting-enforcing-electronic-contracts/> (zobrazené dňa 17.10.2024)
4. ADAMOVIČ, Z., HAZUCHA, B. *Autorský zákon. 1. vydanie*. Bratislava: C. H. Beck, 2018, s. 482.
5. GYÁRFÁŠ, J., ŠTEVČEK, M. a kol. *Zákon o rozhodcovskom konaní. 1. vydanie*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 87.
6. Rozsudok SD EÚ vo veci C-322/14 Majdoub v. CarsOnTheWeb., Deutschland GmbH, ECLI: ECLI:EU:C:2015:334
7. Rozsudok SD EÚ vo veci C-76/23 Cobult UG v. TAP Air Portugal SA., ECLI: ECLI:EU:C:2024:253
8. TREŠČÁKOVÁ, D.: *Právo elektronického obchodu, Širšie súvislosti*. Praha: Leges, 2021, str. 62
9. High Court; 2019-01-14; Ryanair DAC; SC VOLA.RO SRL; [2019] IEHC 239
10. Recent Court Rulings Provide Warnings on the Use of Browsewrap Agreements, Crowell & Moring LLP., <https://www.crowell.com/en/insights/client-alerts/recent-court-rulings-provide-warnings-on-the-use-of-browsewrap-agreements> (zobrazené dňa 21.10.2024)
11. HILMI, M. H. et alia: *e-Voting on Ethereum Blockchain*, Journal of Advanced Research in Applied Sciences and Engineering Technology, Volume 50, Issue 2, August 2025, strana 190
12. KUNDRÁT, M.: *Blockchain technológia ako dôkazný prostriedok*, Bulletin slovenskej advokácie 7-8/2021, str. 22-23

13. *What is Ethereum?* <https://aws.amazon.com/web3/what-is-ethereum/> (zobrazené 22.10.2024)
14. Christidis, K., Devetsikiotis, M.: *Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things*, IEEE Access, Volume 4, Article number 7467408, strana 2297
15. *Ethereum's Smart Contracts Explained*, DELTEC BANK & TRUST LIMITED, <https://www.deltecbank.com/news-and-insights/ethereums-smart-contracts-explained/> (zobrazené 22.10.2024)
16. CHRISTIDIS, K., DEVETSIKIOTIS, M.: *Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things*, IEEE Access, Volume 4, Article number 7467408, strana 2298
17. TREŠČÁKOVÁ, D.: *Právo elektronického obchodu, Širšie súvislosti*. Praha: Leges, 2021, str. 65
18. Ú. v. ES L 13, 19. 1. 2000; Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 13/zv. 24
19. FRIEDRICH, M., SEMANOVÁ, M.: *Vybrané aspekty elektronického podpisovania a elektronickej kontraktácie (1. časť. Elektronické podpisovanie)*, Bulletin slovenskej advokácie 9-10/2022, str. 9
20. VOJČÍK, P. a kol. *Občianske právo hmotné. 2. vyd.* Plzeň: Aleš Čeněk. 2018. ISBN 978-80-7380-719-1, str. 21
21. OVEČKOVÁ, O., CSACH, K. *Obchodné právo 1. Všeobecná časť a súťažné právo*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s. r. o., 2019, str. 69
22. GERLOCH, A. *Teorie práva. 6. vyd.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2013. str. 250

KONTAKT NA AUTORA

martin.friedrich@student.upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

Dr Iwona Gredka-Ligarska¹

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

Manufacturer or Professional Operator of an AI System: Who Should Be Tortiously Liable for Damage Caused by Autonomous AI Systems?²

Abstract

The chapter aims to analyse tortious liability for damages caused by AI systems from the perspective of the range of liable parties. The widespread use of AI technology is undoubtedly increasing. At the same time, a steady increase in the degree of autonomy of AI systems can be observed. Increasingly autonomous AI systems find special applications in the labour process. In the legal sense, an employer using an AI system for economic or professional purposes qualifies as a professional operator of such system. However, along with the increase in the AI system's autonomy level, the level of control that a professional operator (employer) can exercise over the system is decreasing. This raises the question of who should be liable for damage caused by autonomous AI systems used in the labour process.

Key words: artificial intelligence, AI system, AI manufacturer, AI professional operator, AI tort liability, EU legislation.

JEL Classification: K130

INTRODUCTION

The universal use of artificial intelligence (AI) technologies is undoubtedly increasing. At the same time, constant growth in the autonomy level of AI systems can be observed. Researchers expressly emphasize that AI-enabled products and services are currently designed so as to delegate the decision-making process to algorithms.³ More and more autonomous AI systems find special applications in the labour process. This is the case as professional operators are interested in their use in the processes of manufacture of goods and provision of services with view to enhancing efficiency, reducing labour costs and increasing incomes. An employer taking advantage of an AI system for commercial or professional purposes qualifies,

¹ Iwona Gredka-Ligarska is an advocate, PhD in jurisprudence, and Assistant Professor at the Faculty of Law and Administration of the University of Silesia in Katowice (Poland). Member of the Labour Law and Social Policy Research Team. Laureate of the OPUS-21 competition organized by the Polish National Science Centre. Specialist in civil law and labour law.

² This article presents the results of the research project No. 2021/41/B/HS5/01001 "The use of autonomous AI in the labour process and employer's civil liability towards third parties", financed in whole by the National Science Centre, Poland.

³ KNETSCH, J. Are Existing Tort Theories Ready for AI? A Continental European Perspective. In *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*. DiMatteo L.A. et al. (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 99.

in a legal sense, as a professional operator of such system. However, along with the increasing degree of autonomy of AI systems, the level of control exercised by a professional operator (employer) over the system is reducing. This process can go on until the operator completely loses control over the system, which is tantamount to a loss of the operator status. As a consequence, a question arises if, in the context of autonomous AI systems, existing professional operators, e.g. employers, should continue to be responsible for damages caused by such systems? Or, perhaps, liability should now attach only to manufacturers of autonomous AI systems or to other parties?

Under the current legislative framework, the civil liability regimes for personal injuries and damages to human property were divorced and defined along different lines for humans and for objects. In the light of the above, the manufacturer incurs civil liability for a defective product (object), and the employer incurs civil liability for damages caused to a third party by an employee (human) in relation to the work carried out. Artificial intelligence will never become a human being. On the other hand, artificial intelligence is not an object in the strict sense of the word as it does not always have a material referent. However, AI can be qualified by the EU or national legislator as an object in the legal sense. Endless development of technologies towards the creation of fully autonomous AI systems has consequences also in the area of liability for damages caused by such systems. AI-enabled devices and systems are supposed to be developed as safe products, which is to be supported, among others, by the Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act).⁴ However, it is impossible to entirely eliminate the risk of damages caused with the involvement of AI systems. Moreover, the increasingly common functioning of AI systems alongside humans⁵ and cooperation of such systems with humans⁶ will be conducive to the occurrence of damages with an active involvement of AI systems.

The purpose of this Chapter is to analyse tortious liability for damages caused by AI systems from the point of view of the range of liable parties. The research subject is the legislation applicable in the European Union, with reference to the legal framework applicable in the United States. Specific research analyses concentrate on the tortious liability of manufacturers and professional operators of AI systems. In the final considerations, an attempt is made to answer the research question posed; who should be tortiously liable for damages caused by autonomous AI systems.

⁴ On 12 July 2024, the European Union's Artificial Intelligence Act was published in the EU Official Journal. See: Regulation (EU) 2024/1689, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401689_ Accessed September 25, 2024.

⁵ E.g. public transport in the future, based on autonomous vehicles; which is currently at the testing stage, e.g., in Singapore.

⁶ E.g. in workplaces.

1. TORTIOUS LIABILITY OF AI SYSTEM MANUFACTURERS

In the European Union, until recently, there have been doubts if manufacturers of devices and systems containing an artificial intelligence component incur strict liability for a defective product under the Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (Directive 85/374/EEC).⁷ This was the case as the definition of a product, laid down in Directive 85/374/EEC, is limited to movable property only.⁸ This is of no surprise, bearing in mind that Directive 85/374/EEC was adopted over 30 years ago, under completely different social and economic circumstances, when AI technology was yet unknown in consumer transactions. In contrast, artificial intelligence, understood as algorithms being intangible goods rather than movables, cannot qualify, in a strict sense of the word, as product in the understanding of Directive 85/374/EEC. It should be mentioned that scholars were divided as to whether or not AI-enabled devices and systems should be qualified as 'product' in the understanding of Directive 85/374/EEC.⁹ On the other hand, the Court of Justice of the European Union dealt with this problem by offering functional, rather than literal, interpretation of the term 'product', taking into account that algorithms are often integrated into tangible products and constitute their component.

Problems relating to too narrow a definition of the term 'product' are intended to be solved by the EU legislator by adopting new legal provisions accounting for the dynamic development of the latest technologies, including artificial intelligence. On 28 September 2022, the European Commission published the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products.¹⁰ Following the negotiations, the European Commission, the European Parliament and the Council, on 14 December 2023, reached an agreement on the final shape of the Products Liability Directive. On its part, the European Parliament, on 12 March 2024, approved the new Products Liability Directive,¹¹ which is to supersede the existing Directive 85/374/EEC. The definition of a product is included in Art. 4(1) of the Products Liability Directive, under which: "'product' means all movables, even if integrated into, or inter-connected with, another movable or an immovable; it includes electricity, digital manufacturing files, raw materials and

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>. Accessed September 25, 2024. Hereinafter: Directive 85/374/EEC.

⁸ Product definition is included in Art. 2 of Directive 85/374/EEC, under which: 'product' means all movables even if incorporated into another movable or into an immovable. 'Product' includes electricity.

⁹ FAIRGRIEVE, D. *et al.* Product Liability Directive. In *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*. Machnikowski P. (ed.). Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, p. 46.

¹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495>. Accessed September 25, 2024. Hereinafter: Products Liability Directive.

¹¹ European Parliament legislative resolution of 12 March 2024 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products (COM(2022)0495 – C9-0322/2022 – 2022/0302(COD)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.html. Accessed September 25, 2024.

software." In the light of the above, under the new Products Liability Directive, AI-systems unambiguously qualify as product since the Directive covers software. However, according to Art. 2(2), the Products Liability Directive does not apply to free and open-source software that is developed or supplied outside the course of a commercial activity. Therefore, under the Products Liability Directive, there will be no more doubts that manufacturers of AI systems incur liability for damages caused as a result of a defect of such system. Moreover, the range of liable parties was defined broadly in the Products Liability Directive, and their definition is even broader than under Directive 85/374/EEC. The Products Liability Directive is not limited only to manufacturers, who have been defined as: "any natural or legal person who: (a) develops, manufactures or produces a product; (b) has a product designed or manufactured, or who, by putting their name, trademark or other distinguishing features on that product, presents themselves as its manufacturer; or (c) develops, manufactures or produces a product for that person's own use".¹² The analysed Directive expressly refers to economic operators, who incur liability for defective products and who, beside the defective product's manufacturer, include: "(b) the manufacturer of a defective component, where that component was integrated into, or inter-connected with, a product within the manufacturer's control and caused that product to be defective, and without prejudice to the liability of the manufacturer (...); and (c) in the case of a manufacturer of a product or a component established outside the Union, and without prejudice to the liability of that manufacturer: (i) the importer of the defective product or component; (ii) the authorised representative of the manufacturer¹³; and (iii) where there is no importer established within the Union or authorised representative, the fulfilment service provider¹⁴."¹⁵ Moreover, in the context of AI systems, it is also important that the manufacturer will also cover any damage caused by a defective component where it was integrated into, or inter-connected with, a product within that manufacturer's control.¹⁶ Moreover, liability on the same terms as the manufacturer's, is also incurred by any natural or legal person that substantially modifies a product outside the manufacturer's control and thereafter makes it available on the market or puts it into service.¹⁷ Under certain conditions, liability may also be incurred by distributors of defective products, or even providers of online platforms enabling customers to conclude distance contracts with entrepreneurs.¹⁸ In the light of the above, the legislator strived to tailor the

¹² Art. 4(10) of the Products Liability Directive.

¹³ 'Authorized representative' means any natural or legal person established within the Union that has received a written mandate from a manufacturer to act on that manufacturer's behalf in relation to specified tasks. Art. 4(11) of the Products Liability Directive.

¹⁴ 'Fulfilment service provider' means any natural or legal person offering, in the course of commercial activity, at least two of the following services: warehousing, packaging, addressing and dispatching of a product, without having ownership of that product, excluding postal services, parcel delivery services and any other postal services or freight transport services. Art. 4(13) of the Products Liability Directive.

¹⁵ Art. 8(1) of the Products Liability Directive.

¹⁶ Art. 8(1) of the Products Liability Directive.

¹⁷ Art. 8(2) of the Products Liability Directive.

¹⁸ Art. 8(3); Art. 8(4) of the Products Liability Directive.

objective scope of the Products Liability Directive to the currently functioning global supply chains.

From the perspective of liability for damages caused as a result of a defect of an AI system, much importance attaches to the extension of the definition of a defective product under the Products Liability Directive as compared to Directive 85/374/EEC. Namely, a product is considered defective if it does not guarantee a level of safety a person may legitimately expect or required under the EU law or under national legislation.¹⁹ The extension consists in the fact that when assessing the product's defect, circumstances such as the following will be taken into account: "(c) the effect on the product of its ability to continue to learn or acquire new features after it is placed on the market or put into service; (d) the reasonably foreseeable effect on the product of other products that can be expected to be used together with the product, including by means of inter-connection; (e) the moment in time when the product was placed on the market or put into service or, where the manufacturer retains control over the product after that moment, the moment in time when the product left the control of the manufacturer; (f) relevant product safety requirements, including safety-relevant cybersecurity requirements (...)." ²⁰ Therefore, manufacturers can be held liable for changes occurring in AI systems they have already placed on the market or put into use, including changes caused by software updates or machine learning processes.

Liability for defective products under the new Products Liability Directive, as was the case under Directive 85/374/EEC, is defined as strict liability. This means that a person injured by a defective AI system may seek compensation without a need to prove fault of the manufacturer or any other economic operator. However, we do not have to do with such type of strict liability in which the sufficient prerequisite for the liability would be active involvement of an AI system in the infliction of damage.²¹ On the contrary, a person asserting the claim must prove the product's (AI system's) defect, the damage suffered and the causal link between the defect and the resulting damage.²² However, the Products Liability Directive, as compared to Directive 85/374/EEC, offers new legal instruments intended to facilitate the injured parties to assert claims under the regime of liability for defective products, including defective AI systems. In the explanatory memorandum of the draft Products Liability Directive, it was emphasized that the purpose of the new Directive is, among others: to relax the burden of proof in complicated matters and to relax the restrictions on the assertion of claims, and, at the same time, to ensure a fair balance between the legitimate interests of manufacturers, injured parties and consumers in general. In this connection, the Products Liability Directive offers relaxations of the burden of proof to a person injured by a defective product who brings a claim for damages. Namely, the Products Liability Directive imposes on the

¹⁹ Art. 7(1) of the Products Liability Directive.

²⁰ Art. 7(2) (c) – (f) of the Products Liability Directive.

²¹ Christiane Wendehorst defines strict liability as "[l]iability that arises independently of fault or of a defect, malperformance or non-compliance with the law, be it on the part of the tortfeasor or the tortfeasor's auxiliary." See WENDEHORST, CH. Strict Liability for AI and other Emerging Technologies. In *Journal of European Tort Law*, vol. 11, 2020, no. 2, p. 179.

²² Art. 10(1) of the Products Liability Directive.

defendant a requirement to disclose relevant evidence, held by the defendant, in the proceedings before a national court at the request of the claimant who has adduced sufficient facts and evidence to substantiate the legitimacy of the claim for damages.²³ Interestingly enough, despite the fact that the person injured by a defective product (AI system) is definitely the weaker party in the legal process, the EU legislator, in the final version of the Products Liability Directive, decided to strengthen the legal position of manufacturers and other economic operators standing as defendants. This is manifest in the defendants' right to request that the claimant disclose relevant evidence, held by the claimant, as long as the defendant has adduced sufficient facts and evidence to demonstrate the defendant's need for that evidence to counter the claim for compensation.²⁴ Moreover, the interests of economic operators are protected also by the provision that the disclosure of evidence should be limited to what is necessary and proportional, and that the disclosure should be accompanied with the application by national courts of special measures necessary to protect information constituting a trade secret or an alleged trade secret.²⁵ In contrast, it is the person injured by an AI system that faces a more difficult situation. Determination of the cause of damage (defect of the AI system or, e.g., inappropriate behaviour of the system's professional operator) and demonstration in the court proceedings what the defect consisted in and that there was a causal link between the defect of the system and the resulting damage – is extremely difficult, and sometimes even impossible, for the claimant. It is so because of such inherent features of AI systems as: complexity, opacity, autonomy, ability to learn and interact with the environment in which the AI operates. In practice, those features can give rise to a so called "black box" effect,²⁶ that is the fact that we only know the input data entered in the particular AI system and output data, being the final effect of the process conducted by the AI system.²⁷ However, the course of the process leading to the generation of the final result by the AI system is not entirely clear or possible to precisely track down. If the final result is undesired because, for example, it manifests itself in the occurrence of damage, it is hard to establish if the cause of the damage was any specific defect of the AI system (and if so, what kind of defect) or if the same result, manifest in the occurrence of damage, would have

²³ Art. 9(1) of the Products Liability Directive.

²⁴ Art. 9(2) of the Products Liability Directive.

²⁵ Art. 9(4-5) of the Products Liability Directive.

²⁶ BROŹEK, B., FURMAN, M., JAKUBIEC, M., KUCHARZYK, B. The Black Box Problem Revisited: Real and Imaginary Challenges for Automated Legal Decision Making. In *Artificial Intelligence and Law*, 2023, online version, <https://doi.org/10.1007/s10506-023-09356-9>, Accessed September 25, 2024; PADOVAN, P.H., MARTINS, C.M., REED, C. Black is the New Orange: How to Determine AI Liability. In *Artificial Intelligence and Law*. Vol. 31, 2023, iss. 1, p. 133–167; ZEDNIK, C. Solving the Black Box Problem: a Normative Framework for Explainable Artificial Intelligence. In *Philosophy & Technology*. Vol. 34, 2021, iss. 2, p. 265–288; CASTELVECCHI, D. Can We Open the Black Box of AI? In *Nature*. Vol. 538, 2016, iss. 7623, p. 20–23.

²⁷ See SEAH, CH. Liability Arising from the Use of Artificial Intelligence. In *The Law Gazette*, 2023, online version, <https://lawgazette.com.sg/feature/liability-arising-from-the-use-of-artificial-intelligence/>. Accessed September 25, 2024.

been generated by a non-defective AI system. Determination of the cause of damage can be difficult even to the manufacturer, having full knowledge about the processes of designing and developing a particular AI system, which never is a work of a single author. Rather than that, it is an effect of work of not just many specialists but many specialized teams. Even more so, a person injured by an AI system will encounter difficulties in establishing whether the cause of damage was a defect of the AI system, and if so, what kind of defect it was. Determination of that circumstance will be essential for the decision against whom the action should be brought; against the manufacturer of the AI system or, perhaps, against a professional operator of the system who, by inappropriate behaviour (act or omission) led to the occurrence of damage. As a result, a person injured by an AI system, already at the pre-trial stage, will be forced to use expert assistance. The facilitations in obtaining evidence provided for claimants under the Products Liability Directive will definitely be helpful. However, it does not seem that they will lead to any significant improvement in the legal position of persons injured by AI systems. It is doubtful how national courts are going to examine if the evidence disclosed by the defendant to the claimant are 'relevant evidence', as referred to in Art. 9(1) of the Products Liability Directive. And if national courts do not verify evidence in this respect at all, even more doubts will arise about the effectiveness of the new legal regime. One can also express concerns whether persons injured by AI systems, usually not having specialist knowledge, will be in a position to effectively use the data obtained about a given product (AI system) in legal proceedings.

It should be noted that the EU legislator has provided support for individuals harmed by defective products, including defective AI systems, regarding proof of the product's defectiveness. Article 10 (2–3) of the Products Liability Directive stipulates that: "2. The defectiveness of the product shall be presumed where any of the following conditions are met: (a) the defendant fails to disclose relevant evidence pursuant to Article 9(1); (b) the claimant demonstrates that the product does not comply with mandatory product safety requirements laid down in Union law or national law that are intended to protect against the risk of the damage suffered by the injured person; or (c) the claimant demonstrates that the damage was caused by an obvious malfunction of the product during reasonably foreseeable use or under ordinary circumstances. 3. The causal link between the defectiveness of the product and the damage shall be presumed where it has been established that the product is defective and that the damage caused is of a kind typically consistent with the defect in question." What's more, "a national court shall presume the defectiveness of the product or the causal link between its defectiveness and the damage, or both, where, despite the disclosure of evidence in accordance with Article 9 and taking into account all the relevant circumstances of the case: (a) the claimant faces excessive difficulties, in particular due to technical or scientific complexity, in proving the defectiveness of the product or the causal link between its defectiveness and the damage, or both; and (b) the claimant demonstrates that it is likely that the product is defective or that there is a causal link between the defectiveness and the damage, or both."²⁸ Therefore, the regulations in Art. 10 (2-3) of the Products Liability

²⁸ Art. 10(4) of the Products Liability Directive.

Directive are crucial, as they may lead to a reversal of the burden of proof. However, it is unclear under what circumstances the burden of proof should be considered "excessively difficult" and what the requirements are for demonstrating a "probable" defect and causal link. In my opinion, national courts should apply a general presumption of defectiveness and the causal link between defectiveness and damage to all AI systems. All such systems, to a greater or lesser extent, are technically and scientifically complex, and the claimant faces difficulties in determining how they function and in proving both the defect and the causal link between the defect in the AI system and the damage that occurred.

At the same time, it should be stressed that, in the Products Liability Directive, the EU legislator preserved the grounds for exoneration that relieve manufacturers from liability. In the context of AI systems, special importance attaches to the exonerating condition referred to as development risk. Under Art. 11(1)e of the Products Liability Directive, economic operator will not be liable for a damage caused by a defective product if the economic operator proves "that the objective state of scientific and technical knowledge at the time the product was placed on the market or put into service or during the period in which the product was within the manufacturer's control was not such that the defectiveness could be discovered." Preservation of that exonerating condition is very favourable to manufacturers and other economic operators, though, at the same time, it contributes to the weakening of the legal position of persons injured by AI systems. In fact, invocation by manufacturers of development risk, in many situations, can nullify the positive effects, from the point of view of the injured parties, following from the extension by the Union legislator of the definition of a defective product. Economic operators, in theory, can be held liable for a defect of an AI system that came into being after the system's placement on the market or putting it into use and was caused by software updates or machine learning processes. However, it should be expected that, in practice, economic operators will take advantage of any pieces of evidence available to them to demonstrate that they are not liable since the modifications taking place in the AI system were of such kind that the objective state of scientific and technical knowledge did not permit their discovery.

In summary, it can be concluded that, under the current legislative framework and in the nearest future, manufacturers do and will incur liability for defective products, including AI systems. This seems fully legitimate since they are the parties having most influence on the construction and, in consequence, also the functioning of AI systems. In fact, reforms to the range of liable parties can be expected only at the time when the EU legislator decides to confer on the most advanced AI systems the status of digital legal persons. Relatively recent discussion centred around the European Parliament Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on civil law rules on robotics²⁹ that took place in the European Union

²⁹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html. Accessed September 25, 2024. Hereinafter: the EP's 2017 Resolution. Under the conception expressed in the EP's 2017 Resolution, liability for damages caused by robots with the highest degree of autonomy would be removed both from the manufacturers of such robots and parties taking advantage of their "work." An autonomous robot would independently incur liability for its own acts and omissions. However, the proposal to confer on the most advanced autonomous robots the status of electronic persons was

demonstrates, however, that such changes will not be introduced in the near future. This is the case as the current state of technical advancement does not require such innovative legislative solutions.

At this point, a short reference should also be made to US legislation. Although in the United States the applicable system is common law, the institution of products liability is, in fact, known and forms one of the three traditional grounds of tortious liability; along with negligence and respondeat superior (vicarious liability).³⁰ "[P]roducts liability refers to the liability of any or all parties along the chain of manufacture and distribution of any product for damage caused by that product. This includes the manufacturer of component parts (at the top of the chain), an assembling manufacturer, the wholesaler, and the retailer (at the bottom of the chain)."³¹ In the U.S., the legislation on products liability is found mainly in state law and in the Uniform Commercial Code (UCC), and specifically Article 2 of the UCC, which deals with the sales of goods. Many states in the U.S. have enacted comprehensive products liability statutes; however, in any jurisdiction one must prove that the product is defective. There are three types of product defects that incur liability in manufacturers and suppliers: design defects, manufacturing defects, and defects in marketing. Design defects exist before the product is manufactured. Manufacturing defects occur during the construction or production of the item. Defects in marketing relate to improper instructions and failures to warn consumers of latent dangers in the product.³²

2. TORTIOUS LIABILITY OF PROFESSIONAL OPERATORS OF AI SYSTEMS

Under the current legislative framework, not only manufacturers and, under the new Products Liability Directive, not only broadly defined economic operators incur tortious liability for damages caused by, for the time being, semi-autonomous AI systems. Tortious liability attaches also to professional parties (such as, for instance, employers) that use AI systems for professional or commercial purposes and derive profits therefrom. In the legal sense, such parties are qualified as professional

faced with criticism as too far-reaching and, in turn, too controversial. See Experts Open Letter addressed to the European Commission, <http://www.robotics-openletter.eu>. Accessed September 25, 2024.

³⁰ SULLIVAN, H.R., SCHWEIKART, S.J. Are Current Tort Liability Doctrines Adequate for Addressing Injury Caused by AI? In *AMA Journal of Ethics*. Vol. 21, 2019, no. 2, p. 161; SWANSON, G. Non-Autonomous Artificial Intelligence Programs and Products Liability: How New AI Products Challenge Existing Liability Models and Pose New Financial Burdens. In *Seattle U. L. Rev.* Vol. 42, 2019, no. 3, p. 1201-1222; GREEN, M.D., CARDI, J. Product Liability in United States of America. In *European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*. Machnikowski P. (ed.). Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, p. 575-616; HUBERMAN, P. A Theory of Tort Liability for Autonomous-Machine-Caused Harm. Toronto: University of Toronto, 2019, p. 83-87, online version, <https://hdl.handle.net/1807/108347>. Accessed September 25, 2024.

³¹ BARFIELD, W. Liability for Autonomous and Artificially Intelligent Robots. In *Paladyn, Journal of Behavioral Robotics*. Vol. 9, 2018, no. 1, p. 196.

³² BARFIELD, W., *op. cit.*, p. 196.

operators of AI systems, and they incur liability for their acts and omissions in the operation of an AI system. This is the case since the cause of damage is not always a defect of an AI system. Damage with the involvement of an AI system can also be caused by a professional operator who uses the system inappropriately. The rules governing the tortious liability of professional operators of AI systems should be sought in the legal systems of particular member states of the European Union.³³ It can be pointed out that, in principle, such liability, under the legislations of the Member States of the EU, is fault-based.³⁴ An exception may relate to situations when a traditional object currently covered by strict liability is replaced by another AI-enabled object.³⁵ Strict liability in the Member States of the EU is currently limited to selected activities and objects, recognized by national legislators as particularly dangerous.³⁶ Obviously, the most popular example are motor vehicles since in most jurisdictions of the EU a holder and/or owner of a (non-autonomous) motor vehicle incurs strict liability for damages caused to a third party.³⁷ In consequence, bearing in mind that strict liability already attaches to (non-autonomous) motor vehicles, this liability model should also be preserved in relation to autonomous vehicles.

Set aside the general basis of tortious liability, that is fault, employers in the Member States of the EU, acting as professional operators of AI systems can face liability also within the framework of the institution of vicarious liability. Although in particular Member States of the EU vicarious liability has been defined in slightly different terms,³⁸ the legal basis to apply that institution exists only as long as AI systems do not make autonomous decisions but function merely as tools supporting the work of humans (employees). In certain Member States of the EU, vicarious liability has been defined as the employer's strict liability. For example, this refers to the Polish and Spanish jurisdictions, where the liability of an employer for damages caused by employees in performance of their employee duties, and in Spanish law even in connection with performing such duties, has an objective nature,

³³ This follows from the fact that, on the EU level, tortious law has not yet been comprehensively harmonized. Partial harmonization has been achieved with regard to liability for defective products, under Directive 85/374/EEC.

³⁴ As a side note, it should be added that in case of a civil law contract between the AI system operator and the person injured by the AI system, the operator's liability *ex contractu* is, in principle, also fault-based. However, in the legal systems of the Member States of the EU, at least with regard to agreements of result, the debtor's fault is presumed. See JAGIELSKA, M. *Odpowiedzialność za produkt*. Warsaw: Oficyna Wolters Kluwer Business, 2009, p. 22. In case of liability *ex contractu*, the burden of proof is generally with the party that breached a contractual duty, and not with the injured party. See DE CONCA, S. *Bridging the Liability Gaps: Why AI Challenges the Existing Rules on Liability and How to Design Human-empowering Solutions*. In *Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*. Custers B., Fosch-Villaronga E. (eds.). Leiden: Springer, 2022, p. 245.

³⁵ E.g. a traditional motor car is replaced by an autonomous car driven by AI systems.

³⁶ BUSNELLI, F.D. *et al.* *Strict Liability*. In *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, European Group on Tort Law. Vienna, New York: Springer, 2005, p. 103–104.

³⁷ WENDEHORST, CH., *op. cit.*, p. 174–175.

³⁸ TJONG TJIN TAI, E. *Liability for AI Decision-Making*. In *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*. DiMatteo L.A. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 124.

independent on the employer's fault in the choice and supervision of employees.³⁹ At the end of the day, however, vicarious liability is based on the fault of an employee. This means that even where a given jurisdiction provides for strict liability of the employer, independent of the employer's fault, it is still required that the damage is caused due to the fault of an employee.⁴⁰ The lack of the employee's fault exempts the employer from liability. Vicarious liability necessarily requires that an employee breaches a duty of acting with reasonable care.⁴¹

However, proving the fault of a professional operator of an AI system or of an employee directly using that system involves similar problems as the injured person faces when it is required to demonstrate a defect of the AI system. In practice, it is necessary to become familiar with the operating principles of a particular AI system, and such principles can be opaque. The more advanced a given AI system, the more unpredictable its course of operation. As a consequence, from the point of view of the injured person, it will be very difficult to determine and distinguish whether the damage was a consequence of a defect in the AI system or, alternatively, the non-defective system caused a damage since it was operated by a human (employee) in an inappropriate way.

Presently, the Union legislator does not plan to increase the tortious liability of professional operators of AI systems. Admittedly, on 28 September 2022, the European Commission published the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive)⁴², but the legal provisions contained therein do not envisage any essential reforms to the analysed subject matter. In particular, the European legislator, in the nearest future, does not intend to modify the liability model of professional operators of AI systems by departing from the basis of fault in favour of strict liability. On the contrary, according to the AI Liability Directive proposal the liability of professional operators of AI systems will still be fault-based, and the burden of proving fault will still be with the claimant, that is with the person injured by the AI system. Admittedly, under the AI Liability Directive proposal relaxations of the burden of proof were offered to a person injured by an AI system, as well as a possibility to apply the presumption of the defendant's fault and presumption of a causal link between the wrongful act or omission and the resulting damage.⁴³ However, numerous requirements correlated to the possibility of applying those presumptions in practice may effectively limit their scope. In the light of the above, the AI Liability Directive proposal does not introduce groundbreaking reforms, but obviously preserves the liability of professional operators of AI systems. It can be concluded that the existing legal provisions on tortious liability for damage caused by AI systems are favourable to professional operators of such AI systems.

³⁹ PISARCZYK, Ł. *Ryzyko pracodawcy*. Warsaw: Wolters Kluwer business, 2008, p. 328.

⁴⁰ TJONG TJIN TAI, E., *op. cit.*, p. 124.

⁴¹ BECKERS, A., TEUBNER, G. *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*. Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2021, p. 80.

⁴² https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf. Accessed September 25, 2024. Hereinafter: the AI Liability Directive proposal.

⁴³ See Art. 3, Art. 4 of the AI Liability Directive proposal.

3. THE RACE TOWARDS AUTONOMY AND CIVIL LAW LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY AI SYSTEMS

Experts in the area of developing AI technology, such as Stuart Russell⁴⁴, warn that constant progress should not lead to the creation of fully autonomous AI systems independent of humans. In fact, this may have consequences that will be irreversible and dangerous to the mankind. However, it seems that the actual breakthrough technological progress in the area of AI technologies has only one direction, i.e. it is oriented to constant growth. Among others, this follows from the fact that such technological powers as the United States and China compete with one another for global hegemony, e.g., in the area of innovative technologies, such as artificial intelligence. Despite the declarations made about the need to exercise care in the area of research and development of so called strong AI, in reality, none of the above-mentioned technological giants will voluntarily stop in that race, as non is willing to lose the current competition. Therefore, it is not excluded that at some indefinite future moment, fully autonomous artificial intelligence will become a fact and be applied in the economy; in the processes of manufacturing goods and providing services.

The continuing growth in autonomy of AI systems has a real impact on civil law liability for damages caused by such systems. It seems that the tortious liability analysed in this article for damages caused by AI systems will be consistently preserved by the EU legislator for broadly defined manufacturers of AI systems and other parties involved in the global supply chains of goods and services. Exemption from liability of all economic operators defined in the Products Liability Directive can take place only when autonomous systems are conferred with the status of digital legal persons. Obviously, provided that the EU legislator decides to introduce such far-reaching legislative reform at all.

Much more rapid changes can affect the parties presently qualified as professional operators of AI systems. Researchers from the United States emphasize that the existing professional operators of AI systems will successively lose the operator's status along with the increasing level of autonomy of AI systems and the corresponding decrease in the level of control exercised by the operators over AI-enabled systems. This process will go on until the time when the possibility to exercise control by a professional operator over an AI system is completely lost, i.e. when such party is deprived of the status of operator of an AI system. In this connection, professional operators of AI systems will be relieved from tortious liability on account of their loss of the previous operator status caused by the lack of control over the autonomous AI systems they use. The loss of the operator status will be literal as an AI system will no longer need any operation or supervision by humans (e.g., 5th level autonomous car without driver function). In the light of the above, in American legal literature, it is predicted that, along with the growing autonomy level of AI systems, the legislator will depart from the liability based on negligence of an

⁴⁴ See RUSSELL, S. *Human Compatible: AI and the Problem of Control*. UK, USA, Canada, Ireland, Australia, India, New Zealand, South Africa: Penguin Books, 2019, p. 12.

AI system operator towards the liability of such system's manufacturer.⁴⁵ At the same time, attention is drawn to the fact that such solution is not optimal as well since products liability is not fully suited to the challenges attributable to the inherent characteristics of AI systems. For example, it is highlighted that errors made by an AI system will not always be synonymous with the system's defect, the demonstration of which is necessary for the products liability to apply. One of the questions that arise is whether, in a given situation, the damage was caused by a defect of the AI system or the error that gave rise to the damage was of such type that could have been made also by a non-defective AI system.⁴⁶

At the same time, considering the legitimacy to exempt professional operators of AI systems from tortious liability, attention should be drawn to so called residual risk; "residual risk—that is risk that is not eliminated even when one takes reasonable care."⁴⁷ Residual risk is at play even if the operator of an AI system had control over the system and exercised due care to prevent the occurrence of damage. Therefore, it can be argued that residual risk will always be at play, i.e. both when the professional operator of an AI system exercises control over the AI system and when, due to the system's full autonomy, the professional operator has no such control. In the light of the above, exemption of a previous operator of an AI system (professional user of an AI system) from tortious liability on account of the loss by such party of the operator status would bring only benefits from the perspective of the professional user; incomes deriving from the use of the "work" of an autonomous AI system. On the other hand, from the perspective of the injured party (random natural person), there would be only losses; the damage and a missing possibility to hold liable the professional operator of the AI system causing the damage. Under such legislative framework, residual risk of damage would be entirely removed from the professional user of the AI system and transferred to the weaker party, i.e. to a random natural person (consumer) who suffered the damage. As a result, we would have to do with an undue advantage of that party, who, by definition, is the stronger party as an economic operator and professional. It should not be forgotten that parties having so far the status of professional operators of AI systems, despite the loss of control over the autonomous AI systems and the resulting loss of the operator status, will not cease to take advantage of the "work" of such autonomous systems and will still profit from their use.

CONCLUSION

The above considerations demonstrate that the liability of manufacturers for damages caused by defective AI systems, so far semi-autonomous but in the future probably fully autonomous, does not raise doubts. Such liability, envisaged in the

⁴⁵ SELBST, A.D. Negligence and AI's Human Users. In *Boston University Law Review*. Vol. 100, 2020, no. 4, p. 1318. <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2020/09/SELBST.pdf> Accessed September 25, 2024.

⁴⁶ SELBST, A.D., *op. cit.*, p. 1318, 1375.

⁴⁷ BÜYÜKSAGIS, E., VAN BOOM, W.H. Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn between Objects, Activities, and Their Risks. In *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 44, 2013, no. 2, p. 612.

jurisdictions of the EU and the USA will be preserved. On the other hand, the endless increase in the autonomy level of AI systems puts into question the liability of professional parties taking advantage of the “work” of such systems, who, at the same time, will lose a possibility to actually control the system and manage its operation. This means that, as a matter of fact, they will be deprived of the status of professional operator of the AI system. Researchers from the United States predict legislative reforms consisting in a departure from the liability of professional operators of AI systems towards products liability, in proportion to the growth in the autonomy level of AI systems. However, in my opinion, it does not seem legitimate to impose liability in the future for damages caused by – even fully autonomous – AI systems on broadly defined economic operators, including manufacturers, to the exclusion of professional users of such systems (former operators).

The use of AI systems for commercial or professional purposes and profiting from their use, in my opinion, is in itself a sufficient justification that professional users (e.g., employers) should incur liability for damages caused by AI systems; also in the future, when such systems, probably to a limited extent, will become fully autonomous. The second argument that liability should be borne both by broadly defined economic operators, including manufacturers of autonomous AI systems, and professional users of such systems is the existence of residual risk, as discussed above, which cannot be eliminated.

REFERENCES

1. AI Liability Directive proposal. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive). https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf. Accessed September 25, 2024.
2. Artificial Intelligence Act. Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401689. Accessed September 25, 2024.
3. BARFIELD, W. Liability for Autonomous and Artificially Intelligent Robots. In Paladyn, *Journal of Behavioral Robotics*. Vol. 9, 2018, no. 1, p. 196.
4. BECKERS, A., TEUBNER, G. *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*. Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2021, p. 80. ISBN 978-15-0994-933-5.
5. BROŹEK, B., FURMAN, M., JAKUBIEC, M., KUCHARZYK, B. The Black Box Problem Revisited: Real and Imaginary Challenges for Automated Legal Decision Making. In *Artificial Intelligence and Law*. ISSN 0924-8463, 2023,

- online version. <https://doi.org/10.1007/s10506-023-09356-9>. Accessed September 25, 2024.
6. BUSNELLI, F.D. *et al.* Strict Liability. In Principles of European Tort Law. Text and Commentary, European Group on Tort Law. Vienna, New York: Springer. 2005, p. 103–104. ISBN 978-3-211-23084-8.
 7. BÜYÜKSAGIS, E., VAN BOOM, W.H. Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn between Objects, Activities, and Their Risks. In Georgetown Journal of International Law. ISSN 1550-5200, vol. 44, 2013, no. 2, p. 612. <https://ssrn.com/abstract=2257859>. Accessed September 25, 2024.
 8. CASTELVECCHI, D. Can We Open the Black Box of AI? In Nature. ISSN 0028-0836, vol. 538, 2016, iss. 7623, p. 20–23. <https://www.nature.com/news/can-we-open-the-black-box-of-ai-1.20731>. Accessed September 25, 2024.
 9. DE CONCA, S. Bridging the Liability Gaps: Why AI Challenges the Existing Rules on Liability and How to Design Human-empowering Solutions. In Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice. Custers B., Fosch-Villaronga E. (eds.). Leiden: Springer, 2022, p. 245. ISBN: 978-94-6265-522-5.
 10. Directive 85/374/EEC. Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>. Accessed September 25, 2024.
 11. European Parliament legislative resolution of 12 March 2024 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products (COM(2022)0495 – C9-0322/2022 – 2022/0302(COD)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.html. Accessed September 25, 2024.
 12. European Parliament Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on civil law rules on robotics. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html. Accessed September 25, 2024.
 13. FAIRGRIEVE, D. *et al.* Product Liability Directive. In European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies. Machnikowski P. (ed.). Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, p. 46. ISBN: 978-1-780-68398-0.
 14. GREEN, M.D., CARDI, J. Product Liability in United States of America. In European Product Liability: An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies. Machnikowski P. (ed.). Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, p. 575-616. ISBN: 978-1-780-68398-0.
 15. HUBERMAN, P. A Theory of Tort Liability for Autonomous-Machine-Caused Harm. Toronto: University of Toronto, 2019, p. 83-87, online version, <https://hdl.handle.net/1807/108347>. Accessed September 25, 2024.
 16. JAGIELSKA, M. Odpowiedzialność za produkt. Warsaw: Oficyna Wolters Kluwer Business, 2009, p. 22. ISBN: 978-83-7601-772-3.
 17. KNETSCH, J. Are Existing Tort Theories Ready for AI? A Continental European Perspective. In The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global

- Perspectives on Law and Ethics. DiMatteo L.A. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 99. ISBN 978-1-316-51280-7.
18. PADOVAN, P.H., MARTINS, C.M., REED, C. Black is the New Orange: How to Determine AI Liability. In *Artificial Intelligence and Law*. ISSN 0924-8463, vol. 31, 2023, iss. 1, p. 133–167. <https://doi.org/10.1007/s10506-022-09308-9>. Accessed September 25, 2024.
 19. Products Liability Directive. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495> Accessed September 25, 2024.
 20. PISARCZYK, Ł. *Ryzyko pracodawcy*. Warsaw: Wolters Kluwer business, 2008, p. 328. ISBN 978-83-7601-007-6.
 21. RUSSELL, S. *Human Compatible: AI and the Problem of Control*. UK, USA, Canada, Ireland, Australia, India, New Zealand, South Africa: Penguin Books, 2019, p. 12. ISBN: 978-0-141-98750-7.
 22. SEAH, CH. Liability Arising from the Use of Artificial Intelligence. In *The Law Gazette*, 2023, online version, <https://lawgazette.com.sg/feature/liability-arising-from-the-use-of-artificial-intelligence/>. Accessed September 25, 2024.
 23. SELBST, A.D. Negligence and AI's Human Users. In *Boston University Law Review*. Vol. 100, 2020, no. 4, p. 1318. <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2020/09/SELBST.pdf> Accessed September 25, 2024.
 24. SULLIVAN, H.R., SCHWEIKART, S.J. Are Current Tort Liability Doctrines Adequate for Addressing Injury Caused by AI? In *AMA Journal of Ethics*. Vol. 21, 2019, no. 2, p. 161.
 25. SWANSON, G. Non-Autonomous Artificial Intelligence Programs and Products Liability: How New AI Products Challenge Existing Liability Models and Pose New Financial Burdens. In *Seattle U. L. Rev.* Vol. 42, 2019, no. 3, p. 1201-1222.
 26. TJONG TJIN TAI, E. Liability for AI Decision-Making. In *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*. DiMatteo L.A. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 124–126. ISBN 978-1-316-51280-7.
 27. WENDEHORST, CH. Strict Liability for AI and Other Emerging Technologies. In *Journal of European Tort Law*. ISSN 1868-9620, vol. 11, 2020, no. 2, p. 174–175. <https://doi.org/10.1515/jetl-2020-0140>. Accessed September 25, 2024.
 28. ZEDNIK, C. Solving the Black Box Problem: a Normative Framework for Explainable Artificial Intelligence. In *Philosophy & Technology*. ISSN 2210-5441, vol. 34, 2021, iss. 2, p. 265–288. <https://doi.org/10.1007/s13347-019-00382-7>. Accessed September 25, 2024.

CONTACT INFORMATION

iwona.gredka-ligarska@us.edu.pl
 University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration
 Bankowa 11b
 40-007 Katowice, Poland

Mgr. Kateřina Hrabánková¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

**Speňažovanie dlžníkovho podniku pred a po formálnom začatí
konkurzného konania (vybrané spôsoby)²**

**Monetization of the debtor's enterprise before and after the formal
commencement of insolvency proceedings (selected methods)**

Abstrakt

Príspevok sa zaoberá vybranými spôsobmi speňažovania dlžníkovho podniku v konkurznom konaní. Autorka v jednotlivých častiach príspevku poukazuje na možné aplikačné problémy či medzery v zákonnej právnej úprave vybraných spôsobov speňažovania, ktoré nie sú zákonodarcom explicitne riešené, a tým sa zároveň snaží vytýčiť návrhy právnej úpravy de lege ferenda či poskytnúť na danú problematiku vlastný názor. Súčasťou príspevku je inovatívne riešenie speňažovania dlžníkovho podniku tzv. „pre-pack“ postupmi. Záverom autorka vymedzuje charakteristické črty pre-pack postupov, ich odlišnosť od klasického spôsobu speňažovania majetku dlžníka a rovnako tak poskytuje svoj právny pohľad na možné legislatívne zakotvenie pre-pack postupov do konkurzného konania slovenského zákonodarstva.

Kľúčové slová: pre-pack, speňažovanie podniku, konkurzné konanie.

Abstract

The paper deals with selected methods of monetization of the debtor's enterprise in bankruptcy proceedings. In the individual parts of the paper, the author points out possible application problems or gaps in the legislative legal regulation of selected methods of monetization, which are not explicitly addressed by the legislator, and thus also tries to outline proposals for de lege ferenda legal regulation or to provide her own opinion on the issue. The paper includes an innovative solution to monetization of the debtor's business by the so-called "pre-pack" procedures. In conclusion, the author defines the characteristic features of pre-pack procedures, their difference from the classical way of monetization of the debtor's assets and also provides her legal view on the possible legislative anchoring of pre-pack procedures in the bankruptcy proceedings of the Slovak legislation.

¹ Autorka je doktorandkou na Univerzite Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnickej fakulte, Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva.

² Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-23-0331 „Integrácia únie kapitálových trhov: zmena korporáčného financovania a záchrana obchodných spoločností vo finančných ťažkostiach“. Financované EÚ NextGenerationEU prostredníctvom Plánu obnovy a odolnosti SR v rámci projektu Early State Grant UPJŠ v Košiciach, kód 09I03-03-V05-00008, číslo projektu VVGS-2023-2964.

Key words: pre-pack, monetization of the enterprise, insolvency proceedings.

JEL Classification: K20

ÚVOD

Speňažovanie dlžníkovho podniku³ nie je možné subsumovať pod jeden zo spôsobov speňažovania podniku daný § 92 ods. 1 zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej ako „ZKR“). Speňažovanie dlžníkovho podniku však môžeme nepochybne vnímať v rovine speňažovania vyznačujúceho sa osobitosťami, a to najmä vzhľadom na povahu (resp. druh) speňažovaného majetku – podniku. Aj napriek tomu však súdom ustanovený správca konkurznej podstaty (ďalej ako „správca“) speňažuje dlžníkov podnik práve využitím niektorého zo spôsobov speňažovania vymedzených v uvedenom ustanovení, najmä verejným ponukovým konaním, dobrovoľnou dražbou, elektronickou aukciou, či priamym predajom⁴ a pod.

Inovácie v prostredí speňaženia dlžníkovho podniku prináša speňažovanie pre-pack postupmi prvýkrát predstavené v Návrhu Smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva⁵ (ďalej ako „Návrh Smernice“). Uvedený proces má za cieľ vniest' do konkurzného konania rýchlosť a efektívnosť speňaženia podniku dlžníka za predpokladu jeho nepretržitej prevádzky. Špecifikom je, že sa, na rozdiel od klasického speňažovania podniku dlžníka, má tento proces začať už pred formálnym začatím konkurzného konania.

V tomto príspevku sa budeme podrobnejšie venovať vybraným spôsobom speňažovania podniku dlžníka v zmysle súčasnej právnej úpravy ZKR spolu s návrhmi právnej úpravy *de lege ferenda*. Následne sa zameriame na proces speňažovania dlžníkovho podniku postupmi pre-pack, pokúsime sa vytýčiť špecifiká tohto konania a účel jeho zakotvenia do právnych úprav členských štátov. Máme za cieľ overiť skutočnosť, že speňažovanie postupmi pre-pack môže byť skutočne efektívnejšie ako klasické spôsoby speňažovania, a rovnako tak pokúsiť sa odporučiť formu, akou by mali byť pre-pack postupy zakotvené v slovenskom právnom poriadku.

³ K vymedzeniu pojmu podnik bližšie pozri ĎURICA, M., KUBINEC, M., UŠIAKOVÁ, L. a kol. *Obchodné právo I. Všeobecné ustanovenia. Obchodné spoločnosti a družstvo. Vysokoškolská učebnica*. Banská Bystrica : Belianum. Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2024, s. 58-60.

⁴ DOLNÝ, J., CUKEROVÁ, D. *O pre-pack postupoch v konkurznom práve: Ďalšia harmonizácia na obzore?*. In: KŠENŽIGHOVÁ, A., KUBINEC, M., DZIMKO, J., eds. *Neštandardné legislatívne zásahy štátu v neštandardných situáciách. Pocta profesorovi Milanovi Ďuricovi. Recenzovaný zborník vedeckých prác*. Banská Bystrica : Belianum. Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2023, s. 138.

⁵ Návrh Smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva, COM (2022) 702 final, 2022/0408(COD). Dostupné online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=CELEX:52022PC0702>.

Pri písaní tohto príspevku sme využili metódu analýzy, analógie, komparácie, indukcie, a rovnako tak aj metódu dedukcie. Jednotlivé vedecké metódy nám napomohli bližšie sa zamerať na vybrané spôsoby speňažovania dlžníkovho podniku, na vymedzenie možných legislatívnych zmien a v neposlednom rade na overenie stanovenej hypotézy a naplnenie vytýčeného cieľa.

1. SPEŇAŽOVANIE DLŽNÍKOVHO PODNIKU V ZMYSLE SÚČASNEJ PRÁVNEJ ÚPRAVY (VYBRANÉ SPÔSOBY)

Prvým a základným predpokladom speňažovania podniku je jeho funkčnosť ako celku.⁶ Len za predpokladu splnenia tejto podmienky je možné speňažovať podnik „ako celok“, a nie jednotlivu jeho zložku (veci, práva či iné majetkové hodnoty). Kritérium funkčnosti podniku ako celku zodpovedá pokračovaniu v prevádzkovaní podniku správcom aj po vyhlásení konkurzu na majetok dlžníka.⁷ Adamus veľmi výstižne uvádza, že pokiaľ sa v prevádzkovaní podniku pokračuje aj po vyhlásení konkurzu, mal by správca prijať všetky opatrenia zabezpečujúce aspoň zachovanie hodnoty podniku (t.j. jej nezmenšenie).⁸

1.1. Dobrovoľná dražba

V konkurznom konaní je potrebné dražbu vnímať v rámci špecifik daných ZKR ako *lex specialis*. Osobitosť je daná príkladmo neobmedzovaním správcu pri speňažovaní majetku zaťaženého zmluvným⁹ predkupným právom¹⁰ vzťahujúcim sa na predmet dražby, pokiaľ toto právo nemá vecný charakter (*in rem*)¹¹, či neuplatňovaním zásady *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.¹²

⁶ Bližšie pozri aj § 88 ZKR.

⁷ K prevádzkovaní podniku po vyhlásení konkurzu na majetok dlžníka bližšie pozri ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021, s. 720-730.

⁸ ADAMUS, R. *Liquidation of the bankruptcy estate in Poland*. In: Bratislava Law Review. 2020, roč. 4, č. 1, s. 119.

⁹ Zákonným predkupným právom vznikajúcom napr. pri podielovom spoluvlastníctve a aktivizujúcom sa pri prevode spoluvlastníckeho podielu správcu viazaný je (ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021, s. 752-762).

¹⁰ Predkupné právo spočíva v tom, že správca je zaviazaný povinnosťou ponúknuť predmet predkupného práva za cenu ponúknutú treťou osobou subjektu z predkupného práva oprávnenému (POSPÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016, s. 530).

¹¹ POSPÍŠIL, B. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Bratislava : Iura edition, 2012, s. 348; V prípade klasickej dobrovoľnej dražby draženie predmetu zaťaženého predkupným právom (s výnimkami) nie je možné (VALOVÁ, K. a kol. *Zákon o dobrovoľných dražbách. Komentár*. 4. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2022, s. 59-61, 64-65); Porovnaj českú právnu úpravu, kde správca nie je zmluvným predkupným právom viazaný absolútne, bez ohľadu na to, či ide o vecné právo alebo nie (MORAVEC, T., KOTOUČOVÁ, J. a kol. *Insolvenční zákon. Komentář*. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021, s. 1046-1051).

¹² § 93 ods. 3 ZKR; Bližšie k problematike uplatňovania zásady *nemo plus iuris* v konkurznom konaní pozri uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z dňa 28. februára 2020, sp. zn. 6Cdo/60/2017.

Špecifickosť sa prejavuje aj v otázke prechodu záväzkov na nadobúdateľa.¹³ ZKR – na rozdiel od zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník¹⁴ (ďalej ako „ObZ“) stanovuje, že na kupujúceho prechádzajú len ním výslovne odsúhlasené finančné záväzky.¹⁵ Nepeňažné záväzky pracovnoprávneho charakteru prechádzajú v rozsahu a za podmienok daných zmluvou.¹⁶ Tým sa nadobúdateľ podniku v porovnaní s klasickým nadobúdaním podniku v zmysle príslušných ustanovení ObZ dostáva do výhodnejšieho postavenia (podnik nadobúda prakticky oslobodený od peňažných záväzkov). Ponuka odkúpenia podniku bez nadobudnutia záväzkov stáva interesantnejšou, a to najmä z pohľadu jednotlivcov so schopnosťami „rozbehnúť“ podnik v ťažkostiach.

ZKR dáva správcovi alternatívne na výber, či sa rozhodne organizovať speňažovanie dražbou sám, alebo či poverí uskutočnením dražby dražobníka. Dražobník je oprávnený uskutočniť dražbu za predpokladu uzavretia zmluvy o vykonaní dražby so správcom.¹⁷ Výber dražobníka, s ktorým sa správca rozhodne zmluvu uzavrieť je v zásade na správcovi. V prípade uskutočnenia súťažného procesu správcom (príkladmo verejného ponukového konania), predmetom ktorého je výber dražobníka, zodpovedá toto konanie správcu konaniu s odbornou starostlivosťou a s účelom vynaloženia čo najnižších nákladov na proces speňaženia. V istých prípadoch je správcovi prostredníctvom záväzného pokynu udeleného príslušným orgánom daný návrh na poverenie vykonaním dražby konkrétneho dražobníka. Správca však s uvedeným návrhom súhlasiť nemusí, nakoľko takýto návrh má výlučne charakter odporúčania a za žiadnych okolností nemôže správcu pri výbere dražobníka takýmto spôsobom obmedzovať. V prípade dražby organizovanej správcom vytvára zákonodarca pravidlami danými ZKR v spojení so zákonom č. 527/2002 Z. z. o dobrovoľných dražbách a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej ako „ZoDD“) nejasnosť právnej úpravy dražby organizovanej správcom, ktorá je podľa nášho názoru kľúčovým dôvodom toho, že v aplikačnej praxi k speňažovaniu majetku dobrovoľnou dražbou organizovanou správcom takmer nedochádza. Zatiaľ čo na dražbu organizovanú dražobníkom sa aplikuje ZoDD komplexne, pri organizovaní dražby správcom sa príslušné

¹³ K prechodu záväzkov vo vzťahu k zamestnancom v prípade „klasického“ prevodu podniku bližšie pozri DOLOBÁČ, M. *Zachovanie nárokov zamestnancov pri prevode činnosti podniku*. In: DOLOBÁČ, M., GREGOVÁ ŠIRICOVÁ, Ľ., eds. *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty*. Košice : Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2011, s. 118-123.

¹⁴ Ktorý zakotvuje *ex lege* prechod záväzkov na nadobúdateľa podniku, aj ak by tieto záväzky neboli presne špecifikované v zmluve o predaji podniku alebo jeho časti za predpokladu, že sa odpredávaného podniku alebo jeho časti týkajú (ĎURICA, M. *Obchodný zákonník. Komentár*. Bratislava : C. H. Beck, 2022, s. 1462-1466).

¹⁵ § 92 ods. 2 ZKR.

¹⁶ Ostatné nároky z pracovnoprávnych vzťahov v zmluve neuvedených zostávajú v konkurznej podstate (POSÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016, s. 527).

¹⁷ Správca je oprávnený uzatvoriť zmluvu o vykonaní dražby s dražobníkom v zmysle § 7 ods. 1 zákona č. 527/2002 Z. z. o dobrovoľných dražbách a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov.

ustanovenia ZoDD aplikujú len primerane.¹⁸ Definovanie primeranosti aplikácie príslušných ustanovení ZoDD však v zákonnej právnej úprave absentuje. Nie je jasné, akým spôsobom má byť primeranosť použitia príslušných ustanovení ZoDD na proces dražby organizovanej správcom interpretovaná. Mohli by sme dospieť k extrémnemu záveru, že dobrovoľná dražba organizovaná správcom bude vlastne len procesom, kde sa v konečnom dôsledku stretnú záujemci o ponúkaný predmet a hlasujú? Touto problematikou sa bližšie zaoberala aj Štofková, podľa ktorej je s poukazom na rozhodovacia prax súdov primerané použitie ustanovení ZoDD potrebné chápať ako aplikáciu základných princípov a zásad, ktoré je možné vyabstrahovať z legálnej definície dražby.¹⁹ Konkrétne ide o zásadu verejnosti, dispozičnú zásadu, výzvu na podávanie ponúk záujemcom o predmet dražby prítomným na dražbe a prevod vlastníckeho práva na osobu s najvyššou ponukou.²⁰ Máme za to, že aplikáciou ustanovení ZoDD na proces dobrovoľnej dražby organizovanej správcom je zabezpečená vyššia právna istota, dôveryhodnosť a spravodlivosť procesu – ZoDD jasne definuje pravidlá priebehu procesu speňaženia, čím sa navyše predchádza vzniku prípadných sporov. Nie je podľa nášho názoru možné jednoznačne vymedziť, do akej miery je potrebné ustanovenia ZoDD aplikovať. Vyžaduje sa preto od správcu, aby podľa okolností konkrétneho prípadu s odbornou starostlivosťou zvážil, či a v akej miere je vhodné právnu úpravu dražieb v ZoDD použiť na dražbu v sfére konkurzného konania – nekritická aplikácia ustanovení ZoDD na konkurzné konanie ako konanie špecifické určite nie je vhodná. Správca by mal v každom prípade brať ohľad na potrebu efektívnosti a rýchlosti procesu za účelom uspokojenia pohľadávok veriteľov. Z pohľadu aplikačnej praxe sú viac využívané dražby organizované dražobníkmi – správcovia pri výbere spôsobu speňaženia majetku dlžníka preferujú poverenie uskutočnenia speňaženia dražbou dražobníkom, k čomu nepochybne, okrem iného, prispieva nejasná právna úprava.

Speňaženie majetku dobrovoľnou dražbou však so sebou prináša z pohľadu konkurzného konania aj isté nevýhody, neopomenúc možnosť podania už spomínanej žaloby o určenie neplatnosti dražby, čím je v prípade úspechu žalobcu speňažovanie zmarené – ak súd rozhodne o určení dražby za neplatnú, účinky príklepu zanikajú spätne, ku dňu udelenia príklepu.²¹ Inicievanie takéhoto sporového konania nepochybne vyvoláva ďalšie negatíva, ako je predlžovanie konkurzného konania. Z ďalších možných rizík či negatív spomenieme napr. nemožnosť financovania dražby úverom, vyššia nákladovosť procesu (odmena dražobníka v prípade dražby organizovanej dražobníkom, vypracovanie znaleckého posudku

¹⁸ § 92 ods. 6 ZKR; POSPÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016, s. 524.

¹⁹ § 2 písm. a) ZoDD.

²⁰ ŠTOFKOVÁ, P. *Speňažovanie nehnuteľností v konkurze*. In: Súkromné právo [online]. 2015, roč. 73, č. 6-7. [cit. 2024-07-01]. Dostupné online: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/sukromne-pravo/spenazovanie-nehnutelnosti-v-konkurze.m-156.html>.

²¹ SUDŽINA, M. *Výnimky zo zásady nemo plus iuris so zameraním na nadobudnutie nehnuteľnosti od nevlastníka v slovenskom právnom poriadku*. In: Ius et Administratio [online]. 2013, č. 1. [cit. 2024-06-20]. Dostupné online: <https://repozytorium.ur.edu.pl/server/api/core/bitstreams/bec20183-e891-4836-b3fb-86183d539685/content>, s. 89.

a pod.), nekalé praktiky uplatňované na dobrovoľných dražbách ako zámerné nevpustenie účastníka konania do priestorov dražby za účelom zníženia jednotlivých podaní, „kupovanie si“ účastníkov dražby – poskytnutie finančného prospechu s cieľom odvrátiť ich účasť na dražbe, konanie dražobných spoločností *contra legem* a ďalšie.²²

1.2. Verejné ponukové konanie

Verejné ponukové konanie²³ predstavuje jeden zo spôsobov speňazenia dlžníkovho majetku, podstatou ktorého je výzva správcu adresovaná určitému okruhu subjektov na predkladanie ponúk, predmetom ktorých je ponuka na odkúpenie podniku dlžníka. Verejné ponukové konanie len čiastkovo upravuje ZKR v rámci ustanovení pojednávajúcich o speňazení hnuiteľných vecí,²⁴ a navyše, len v rámci oddĺženia fyzických osôb (IV. časti ZKR). Táto skutočnosť paradoxne nelimituje správcu v tom, aby verejné ponukové konanie využil ako spôsob speňazovania aj pri speňazovaní podniku dlžníka ako veci hromadnej.

Verejné ponukové konanie zverejňuje správcu v Obchodnom vestníku (ktorý je navyše prepojený s registrom úpadcov ako centrálnym registrom pre konkurzné konania). Vyhlásenie súťažného procesu na odkúpenie dlžníkovho majetku si vyžaduje jasnú špecifikáciu jeho jednotlivých podmienok. Zväčša ide o podmienky týkajúce sa uhradenia zábezpeky do uplynutia lehoty na podávanie ponúk,²⁵ podmienky týkajúce sa samotného návrhu – forma, lehota na jeho podanie, spôsob podávania a ďalšie. Na doručení ponuku je možné prihliadať len za predpokladu, že je súladná s vopred vymedzenými podmienkami. V opačnom prípade by mohlo dôjsť k neoprávnenému zvýhodneniu niektorého zo súťažiteľov na úkor ostatných súťažiteľov.

Najvhodnejší návrh vyhráva – vhodnosť ponuky podľa nášho názoru nezávisí výlučne od výšky finančného protiplnenia za odkúpenie podniku, ale aj od prípadných ďalších výhod, ktoré správcu posúdi ako prospešné, najmä z ekonomického hľadiska (hradenie nákladov súvisiacich s procesom prevodu podniku nadobúdateľom).

V rámci vyhodnocovania výsledkov verejného ponukového konania sú vo vzťahu k neúspešným účastníkom podľa nášho názoru kľúčové dve otázky, na ktoré ZKR explicitne odpoveď nedáva, a to (i) či je neúspešný záujemca oprávnený

²² K problematike nekalých praktík na dobrovoľných dražbách bližšie pozri JANČEK, M. *Budúcnosť dražieb na Slovensku*. In: TUROŠÍK, M., DOLÍHALOVÁ, M., DZIMKO, J., eds. *Právne rozpravy on-screen II. Zborník z online vedeckej konferencie konanej dňa 13.11.2020 na Právnickej fakulte Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici. Sekcia študentskej vedeckej činnosti*. [online]. Banská Bystrica : Belianum. Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2021. [cit. 2024-06-20]. Dostupné online: <https://www.prf.umb.sk/veda-a-vyskum/konferencne-on-line-vystupy/pravne-rozpravy-on-screen-ii/sekcia-studentskej-vedeckej-cinnosti/>, s. 36-44.

²³ POSPÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016, s. 524.

²⁴ §167p a nasl. ZKR.

²⁵ Tu zákonodarca stanovuje spodnú hranicu lehoty na podávanie ponúk, ktorou je 10 kalendárnych dní, pričom počiatok lehoty je daný zverejnením ponuky na odkúpenie majetku v Obchodnom vestníku (§167p ods. 1 ZKR).

domáhať sa sprístupnenia ostatných predložených ponúk, najmä ponuky víťaznej a (ii) či je neúspešný záujemca aktívne procesne legitimovaným subjektom k napadnutiu výsledkov verejného ponukového konania, resp. domáhania sa jeho neplatnosti.

Pokiaľ ide o poskytnutie informácií týkajúcich sa výhernej ponuky ostatným účastníkom, máme za to, že keďže na ostatných (neúspešných) záujemcov je možné hľadiť ako na účastníkov procesu speňažovania majetku verejným ponukovým konaním,²⁶ mali by mať právo na informácie tohto charakteru. Oproti tomu prichádza do úvahy argumentácia, že neúspešný záujemca však nie je účastníkom konkurzného konania ako takého.²⁷ Aj napriek uvedenému zotrúvame na vyslovenom názore – súťažiteľa vnímame ako „účastníka procesu v procese“. Podporne poukazujeme na právnu úpravu verejných obstarávaní,²⁸ kde je verejnemu obstarávateľovi a obstarávateľovi zákonodarcom daná povinnosť upovedomiť uchádzačov o výsledku vyhodnotenia jednotlivých ponúk vrátane uvedenia poradia uchádzačov (podľa kritéria výhodnosti predložených ponúk).²⁹ Okrem toho komplexné vyhodnotenie ponúk obsahuje aj presnú identifikáciu úspešného uchádzača spolu s uvedením výhod prijatej ponuky,³⁰ ktoré boli z pohľadu vyhodnotenia prijatej ponuky kľúčovými faktormi jej úspešnosti. Celkom interesantným sa *de lege ferenda* javí inšpirovanie sa právnou úpravou verejného obstarávania aj v zakotvení povinnosti presného vymedzenia vyhodnoteného poradia predložených ponúk za súčasného riadneho odôvodnenia vyššej výhodnosti výhernej ponuky oproti neúspešným ponukám. Nepochybne by sa tým zabezpečila vyššia transparentnosť procesu, čo by zároveň prispelo k dôvere tretích subjektov v poctivosť a nezneužívanie speňažovania majetku dlžníka verejným ponukovým konaním.

Odpoveď na druhú položenú otázku nachádzame v judikatúre súdnych autorít. Najvyšší súd Slovenskej republiky³¹ uviedol, že neúspešný účastník verejného ponukového konania (resp. predaja majetku dlžníka mimo dražby celkovo) nie je aktívne legitimovaným subjektom na podanie žaloby o určenie neplatnosti zmluvy, predmetom ktorej bol prevod majetku dlžníka na tretí subjekt a ani určenia, že ponuka tohto neúspešného súťažiteľa bola výhodnejšia než ponuka, ktorá bola vyhodnotená ako víťazná. Uvedené súd odôvodnil aj tým, že iný ako konkurzný súd nie je oprávnený posudzovať správnosť výberu víťaznej ponuky, nakoľko toto sa

²⁶ Podľa nášho názoru prestáva byť neúspešný záujemca účastníkom konania od okamihu vyhodnotenia ponuky iného záujemcu ako najvhodnejšej. Do tohto momentu je však potrebné naňho ako na účastníka konania hľadiť.

²⁷ Účastníctvo definuje ZKR v § 24 ods. 1 v spojení s ods. 3 a ods. 4 predmetného ustanovenia. V zmysle uvedeného je za účastníka konkurzného konania považovaný (i) dlžník, (ii) navrhovateľ, (iii) veritelia prihlásených pohľadávok, (iv) ďalšie osoby, o ktorých právach alebo povinnostiach sa má konať a (v) poverená osoba z titulu uzavretia zmluvy o vymáhaní pohľadávky štátu s účastníkom konkurzného konania.

²⁸ § 55 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

²⁹ § 55 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

³⁰ PAVLÁKOVÁ, L. a kol. *Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár*. Bratislava : C. H. Beck, 2019, s. 850-854.

³¹ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z dňa 14. novembra 2001, sp. zn. 2Obo/92/2001.

posudzuje v rámci osobitného – konkurzného – konania. Vyslovený právny názor bol následne dotvorený Ústavným súdom Slovenskej republiky,³² ktorý vyslovil, že tu absentuje naliehavý právny záujem³³ neúspešného účastníka na takomto určení,³⁴ a navyše, určenie neplatnosti zmluvy by vo vzťahu k právnemu postaveniu neúspešného uchádzača nič nezmenilo – určením neplatnosti zmluvy by sa nedosiahlo uloženie povinnosti správcovi uzavrieť zmluvu s týmto neúspešným uchádzačom. Judikatúra slovenských súdov teda vylúčila možnosti napadnutia výsledkov verejného ponukového konania určovacou žalobou. Zákonodarca však nezakotvuje žiadnu inú možnosť, akou by sa mohol neúspešný účastník domáhať určenia nesprávneho procesného postupu v rámci speňažovania (ako napr. pri dobrovoľnej dražbe, kde je výslovne daná možnosť podania žaloby o určenie neplatnosti dobrovoľnej dražby). Z uvedeného vyvodzujeme záver, že v istých momentoch konkurzného konania je až neprimerane uprednostňovaná rýchlosť konania pred zachovaním náležitej kontroly procesu vrátane možností domáhať sa nápravy nežiadúcich krokov správcu či iných subjektov. Preto dávame do úvahy zváženie doplnenia právnej úpravy zakotvením námietkového konania, v rámci ktorého by bol oprávnený neúspešný uchádzač namietať zjavnú neopodstatnenosť postupu správcu pri výbere najvhodnejšej ponuky.

1.3. Alternatívne spôsoby speňaženia – elektronická aukcia či priamy predaj

Pri oboch z opísaných spôsobov speňaženia, ktoré sú v aplikačnej praxi pri speňaží dlžníkovho podniku pomerne často využívané, sme mohli pozorovať isté znaky pre tieto procesy príznačné – verejnosť, súťažný proces, široký okruh záujemcov (resp. súťažiteľov, uchádzačov) o speňažovaný majetok, odpredanie majetku subjektu s ekonomicky najvýhodnejšou predloženou ponukou, zdĺhavosť. Iným súťažným procesom ako spôsobom speňaženia dlžníkovho majetku podľa § 92 ods. 1 písm. e) ZKR je možné všetky tieto formálnosti obísť a uskutočniť pomerne rýchly, hospodárny a efektívny predaj majetku s istým výťažkom.

³² Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky z dňa 18. februára 2004, sp. zn. III. ÚS 62/04.

³³ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z dňa 25. júna 2009, sp. zn. 3Cdo/249/2008: „Právny záujem, ktorý je procesnou podmienkou prípustnosti určovacej žaloby podľa tohto ustanovenia, musí byť naliehavý v tom zmysle, že žalobca môže navrhovaným určením dosiahnuť odstránenie spornosti a ochranu svojich práv a oprávnených záujmov.“; Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z dňa 16. marca 2016, sp. zn. 8Cdo/251/2015: „Teda naliehavosť právneho záujmu na požadovanom určení, v danom prípade určení neplatnosti predmetných zmlúv, musí spočívať v tom, že by sa ním vyriešili všetky sporné právne otázky medzi účastníkmi konania a vytvorilo by pevný právny základ pre budúce právne vzťahy.“; Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z dňa 28. marca 2023, sp. zn. 4Cdo/106/2021: „Doktrína preventívneho charakteru určovacej žaloby vychádza preto z toho, že žalobca má naliehavý právny záujem vtedy, ak k porušeniu jeho práva (zatiaľ) nedošlo, avšak jeho právo je neisté alebo ohrozené. Stav tejto neistoty alebo ohrozenia možno (preventívne) odstrániť tým, že bude existovať rozhodnutie súdu o existencii (neexistencii) predmetného práva.“

³⁴ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z dňa 13. júla 2017, sp. zn. 3Cdo/887/2015: „(...) nedostatok naliehavého právneho záujmu „predstavuje samostatný a prvoradý dôvod, pre ktorý určovacia žaloba nemôže obstáť a ktorý sám osebe a bez ďalšieho vedie k zamietnutiu žaloby“ (viď rozhodnutia sp. zn. 3 Cdo 98/2004, 1 Cdo 91/2006, 3 Cdo 240/2006, 1 Cdo 13/2010, 3 Cdo 56/2011).“

Ako jeden z alternatívnych spôsobov speňažovania dlžníkovho podniku prichádza do úvahy elektronická aukcia.³⁵ Ide o aukciu realizovanú vo virtuálnom priestore, kde uchádzači použitím elektronických zariadení predkladajú zadávateľovi svoje ponuky,³⁶ ktoré sú následne automatizovane vyhodnocované.³⁷ Pre konkurzné konanie si vieme ako využiteľnú predstaviť jednokriteriálnu³⁸ elektronickú aukciu na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, ktorej aukčným kritériom by bola cena.³⁹ Za účelom predídenia možných pochybností súvisiacich s dôveryhodnosťou vyhodnocovania predložených ponúk automatizovaným systémom a spravodlivosťou súťaže je potrebné vždy dbať na vhodné nastavenie kritérií, na základe ktorých bude automatizovaný systém jednotlivé ponuky vyhodnocovať. V celkovom dôsledku hodnotíme speňažovanie majetku dlžníka prostredníctvom elektronických aukcií ako inovatívny znak prinášajúci prosperovanie efektívnosti konkurzného konania. Elektronická aukcia je schopná prispieť k transparentnosti konania,⁴⁰ zabezpečuje možnosť okamžitého reagovania na predložené ponuky (čo podporuje súťaživosť jej účastníkov), dostupnosť súťaže širokej verejnosti a pod. Rovnako ako iné spôsoby speňažovania dlžníkovho majetku si však vyžaduje isté zdroje, ktoré je potrebné na jej uskutočnenie vynaložiť – príkladmo ide o výdavky na poradenské služby aukčných spoločností či softvérových firiem.⁴¹

Speňažovanie dlžníkovho podniku je možné uskutočniť aj priamym predajom. V aplikačnej praxi sa stáva, že ponuka na odkúpenie majetku je doručená správcovi aj bez akéhokoľvek vyhlásenia súťažného procesu, skôr ako reakcia na zverejnený súpis majetku dlžníka. V takom prípade môže správca pristúpiť na doručený návrh a speňažiť podnik jeho priamym predajom. Takéto speňaženie jednoznačne prináša nižšiu nákladovosť procesu, teda správca nevynaloží skoro žiadne náklady na uskutočnenie procesu speňaženia majetku. Na druhej strane je tu potláčaná

³⁵ POSPÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016, s. 525.

³⁶ GROMOVÁ, M., BRTÁŇOVÁ, K. *Metodické usmernenie k používaniu elektronickej aukcie*. In: Úrad pre verejné obstarávanie. Všeobecné metodické usmernenia [online]. [cit. 2024-08-10]. Dostupné online: <https://www.uvo.gov.sk/extdoc/12989>.

³⁷ Beall opisuje elektronické aukcie pri verejnom obstarávaní ako online dynamické aukcie uskutočňované v reálnom čase, ktorých podstatou je súťaženie účastníkov tak, že postupne, v rámci vymedzeného časového intervalu (ktorým je zväčša približne jedna hodina), predkladajú svoje ponuky pomocou špecializovaného softvéru (BEALL, S. a kol. *The Role of Reverse Auctions in Strategic Sourcing. Focus Study*. W.P. Carey School of Business, Arizona State University : CAPS Research, 2003, s. 7).

³⁸ PAVEL, J., SIČÁKOVÁ-BEBLAVÁ, E. *Do E-Auctions Really Improve the Efficiency of Public Procurement? The Case of the Slovak Municipalities*. In: Prague Economic Papers [online]. 2013, roč. 22, č. 1. [cit. 2024-08-11]. Dostupné online: <https://pep.vse.cz/pdfs/pep/2013/01/06.pdf>, s. 114.

³⁹ GROMOVÁ, M., BRTÁŇOVÁ, K. *Metodické usmernenie k používaniu elektronickej aukcie*. In: Úrad pre verejné obstarávanie. Všeobecné metodické usmernenia [online]. [cit. 2024-08-10]. Dostupné online: <https://www.uvo.gov.sk/extdoc/12989>.

⁴⁰ Transparentnosť je daná najmä dostupnosťou informácií. K transparentnosti elektronických aukcií bližšie pozri SIČÁKOVÁ-BEBLAVÁ, E., KLÁTIK, P., BEBLAVÝ, M. *Ekonomické efekty elektronických aukcií na Slovensku*. In: Ekonomický časopis [online]. 2013, roč. 61, č. 10. [cit. 2024-08-11]. Dostupné online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2402935, s. 1069-1070.

⁴¹ *Ibidem*, s. 1077.

transparentnosť konania či zamedzenie potencionálnej možnosti dosiahnutia vyššieho výťažku v prípade vyvolania súťaživosti medzi viacerými subjektmi (a tým pádom možnosti porovnania viacerých ponúk). Využitie tohto procesu si vieme predstaviť v prípade, kedy správca potrebuje pristúpiť k rýchlemu speňaženiu podniku a obísť tak zdĺhavosť ostatných spôsobov speňažovania. To všetko však len za predpokladu, že predložená ponuka zodpovedá aspoň trhovým hodnotám (pokiaľ nie je hodnota podniku ocenená znaleckým posudkom).

2. PRE-PACK POSTUPY SPEŇAŽOVANIA DLŽNÍKOVHO PODNIKU

Podstatou pre-pack postupov je uskutočnenie rýchleho likvidačného konania umožňujúceho speňaženie podniku platobne neschopného dlžníka (alebo jeho časti) ako ekonomicky produktívnej jednotky predajom najlepšiemu uchádzačovi,⁴² čo súčasne predpokladá aj dosiahnutie vyššieho výťažku zo speňaženia.

S cieľom nepretržitého pokračovania v činnosti podniku sa má podľa Návrhu Smernice proces speňaženia začať⁴³ a zmluva o predaji podniku alebo jeho časti dôverne dohodnúť už pred samotným (formálnym) začatím konkurzného konania.⁴⁴ Táto skutočnosť umožňuje speňažiť podnik prakticky ihneď po začatí konkurzného konania, čo pozitívne ovplyvňuje hodnotu podniku – aktivita sa neprerušuje, podnik naďalej prosperuje. Atraktivnosť predaja podniku navyše zvyšuje skutočnosť, že podnik sa, na rozdiel od právnej úpravy podľa ZKR, nadobúda bez dlhov a záväzkov.⁴⁵

Pre-pack postupy sú charakteristické rýchlosťou konania, čo je odôvodnené aj zámerom dlžníka predat' podnik v hospodársky nepriaznivej situácii v čo najkratšom čase. Požiadavka rýchlosti však prichádza aj zo strany potencionálnych nadobúdateľov podniku, ktorí majú záujem na tom, aby sa predišlo ďalšiemu zhoršeniu jeho ekonomickej situácie.⁴⁶

⁴² Článok 2 písm. p) Návrhu Smernice.

⁴³ Iniciovanie procesu speňaženia pre-pack postupmi je fakultatívnym inštitútom, t. j. spočíva výlučne na vôli dlžníka (DOLNÝ, J., CUKEROVÁ, D. *O pre-pack postupoch v konkurznom práve: Ďalšia harmonizácia na obzore?*. In: KŠENŽIGHOVÁ, A., KUBINEC, M., DZIMKO, J., eds. *Neštandardné legislatívne zásahy štátu v neštandardných situáciách. Pocta profesorovi Milanovi Ďuricovi. Recenzovaný zborník vedeckých prác*. Banská Bystrica : Belianum. Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2023, s. 134).

⁴⁴ *Ibidem*, s. 132.

⁴⁵ GAGNIER, A. D. *The French pre-pack proceedings challenged by the Directive Proposal of the European Parliament and of the Council, harmonising certain aspects of insolvency law: the difficulty of finding the balance between transparency and confidentiality*. In: *Insolvency and Restructuring International* [online]. 2023, roč. 17, č. 1. [cit. 2024-08-20]. Dostupné online: <https://bmhavocats.com/en/2023/08/02/restructuring-collective-proceedings-the-french-pre-pack-proceedings-challenged-by-the-directive-proposal-of-the-european-parliament-and-of-the-council-harmonising-certain-aspects-of-insolvency-la/>, s. 26.

⁴⁶ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *Jurisprudencia comunitaria y pre-pack: hacia un pre-pack reestructador preconcursal*. In: *Revista Jurídica De Asturias* [online]. 2023, č. 46. Oviedo : Universidad de Oviedo, 2023. [cit. 2024-08-14]. Dostupné online: <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/article/view/20281>, s. 225.

Proces speňaženia pre-pack postupmi pozostáva z dvoch na seba nadväzujúcich fáz, a to z:

- (i) fázy prípravy,⁴⁷ podstatou ktorej je výber potencionálneho nadobúdateľa podniku,⁴⁸ a
- (ii) fázy likvidácie, sledujúcou speňaženie podniku a poukázanie nadobudnutého výt'azku veriteľom.⁴⁹

Návrh Smernice alternatívne pripúšťa dva smery, akými sa môže uberať speňažovanie podniku dlžníka po ukončení fázy prípravy. *Pure pre-pack* model v súčasnosti využívaný napr. v Anglicku či Holandsku⁵⁰ počíta s procesom, ktorým k speňaženiu podniku dôjde vo fáze likvidácie na základe výsledkov z fázy prípravy bez ďalšieho uskutočnenia súťažného procesu. Ponuka predložená vo fáze prípravy a následne vyhodnotená kontrolórom ako najvýhodnejšia však následne podlieha schváleniu súdom,⁵¹ čo má zrejme zohiť absenciu súťažného procesu, a zároveň zachovať dôveryhodnosť procesu speňaženia. *Imperfect pre-pack* využívaný príkladmo v Spojených štátoch amerických⁵² počíta s uskutočnením verejnej dražby krátko po začatí fázy likvidácie.⁵³ Výsledok z fázy prípravy – ponuka vyhodnotená ako najvýhodnejšia pritom slúži pre stanovenie najnižšej ponuky, aby v rámci verejnej dražby nedošlo k podhodnoteniu navrhutej kúpnej ceny.⁵⁴ Domnievame sa, že slovenská právna úprava dražieb by vzhľadom na doterajšiu prax zakotvením tohto spôsobu speňaženia majetku nezachovávala požadovanú rýchlosť –

⁴⁷ V rámci fázy prípravy zohráva dôležitú úlohu kontrolór ustanovený príslušným súdom, ktorý je garantom konkurencieschopnosti, transparentnosti, spravodlivosti a dodržiavania trhových noriem procesu predaja (k funkcii kontrolóra bližšie pozri napr. THERY, A. *The pre-pack regulation in the EU Commission proposal for a second insolvency directive*. In: European Insolvency and Restructuring Journal [online]. 2023, č. 4. [cit. 2024-08-12]. Dostupné online: <https://eirjournal.com/article/view/18096/20135>, s. 12-16). K zachovaniu uvedených znakov prispievajú aj pravidlá pre nadobudnutie podniku osobou úzko prepojenou s dlžníkom (bližšie pozri článok 32 Návrhu Smernice), ďalej nepriznanie predkupných práv (článok 33 ods. 2 Návrhu Smernice) či osobitosti prípadných zabezpečení pohľadávok veriteľov vzťahujúcich sa na podnik (článok 33 ods. 3 Návrhu Smernice).

⁴⁸ Článok 19 ods. 1 písm. a) Návrhu Smernice.

⁴⁹ Článok 19 ods. 1 písm. b) Návrhu Smernice; K jednotlivým fázam pre-pack postupov bližšie pozri aj CIOROIU, C. G., LIPARA, D. *Pre-Pack Proceeding - A Hybrid and Derogatory Safeguard Tool. Member States' Future Obligation of Integrating a New Mechanism in Their National Insolvency Law*. In: Ovidius University Annals. Economic Sciences Series [online]. 2023, roč. 23, č. 1. [cit. 2024-08-20]. Dostupné online: <https://stec.univ-ovidius.ro/html/anale/RO/2023-i1/Section%203/8.pdf>, s. 305-306.

⁵⁰ THERY, A. *The pre-pack regulation in the EU Commission proposal for a second insolvency directive*. In: European Insolvency and Restructuring Journal [online]. 2023, č. 4. [cit. 2024-08-12]. Dostupné online: <https://eirjournal.com/article/view/18096/20135>, s. 17.

⁵¹ Článok 26 ods. 1 prvý pododsek Návrhu Smernice; V prípade odmietnutia povolenia predaja podniku súdom je speňaženie postupom pre-pack zmarené a konkurzné konanie pokračuje bez jeho realizácie (článok 26 ods. 1 druhý pododsek Návrhu Smernice).

⁵² THERY, A. *The pre-pack regulation in the EU Commission proposal for a second insolvency directive*. In: European Insolvency and Restructuring Journal [online]. 2023, č. 4. [cit. 2024-08-12]. Dostupné online: <https://eirjournal.com/article/view/18096/20135>, s. 17.

⁵³ Dražba sa má uskutočniť do 2 týždňov od začatia fázy likvidácie, pričom jej celkový priebeh nemá byť dlhší ako 4 týždne (článok 26 ods. 2 Návrhu Smernice).

⁵⁴ Označovaná aj ako „ponuka bieleho koňa“ (Dôvodová správa Návrhu Smernice).

v súčasnosti je predaj majetku dražobným procesom značne časovo náročný a trvá aj niekoľko mesiacov.⁵⁵

Zakotvenie pre-pack postupov do slovenského konkurzného prostredia by sme navrhovali prvým z opísaných spôsobov, teda speňažením podniku dlžníka na základe výsledkov fázy prípravy, a to rýchlym procesom speňaženia (ideálne verejným ponukovým konaním) krátko po začatí fázy likvidácie, čo odôvodňujeme najmä jednoduchším zapracovaním pre-pack postupov do právnej úpravy ZKR. Pokiaľ by zákonodarca zvolil druhú alternatívu – speňaženie dražbou, predpokladáme, že by bolo nevyhnutné vytvoriť osobitný proces dražby (osobitnú „dražbu pre-pack“), ktorý by síce zachovával základné princípy, na ktorých je proces dražby vystavaný, avšak zároveň by spĺňal požiadavky rýchlosti a nižšej formálnosti konania – vlastne obdobne ako v prípade dražby organizovanej správcom.

Pre-pack postupy so sebou prinášajú aj isté negatíva či riziká spojené predovšetkým s neverejnosťou procesu či neprimeranosťou ceny stanovenej za prevod podniku na nadobúdateľa, na ktoré poukazuje aj vedecká obec. Neverejnosť fázy prípravy sa prejavuje v absencii povinnosti zverejnenia oznámenia o začatí speňažovania či povinnosti individuálneho upovedomenia subjektov, ktorí môžu byť procesom speňaženia dotknutí, čo spôsobuje absolútnu neinformovanosť predovšetkým nezabezpečených veriteľov o postupoch pre-pack v zásade až do momentu začatia konkurzného konania.⁵⁶ Adebola vidí riziko spojené s „best value pochybnosťami“, t.j. pochybnosťami súvisiacimi s neprimeranosťou ceny pri predaji podniku osobám úzko spojeným s dlžníkom.⁵⁷ Transparentnosť pre-pack postupov by mala byť podľa nášho názoru korigovaná slovenským zákonodarcom – považujeme za nevyhnutné obsiahnuť povinnosť informovať o speňažovaní podniku postupmi pre-pack všetky subjekty, ktoré by procesom mohli byť dotknuté, aby sa tak predišlo potencionálnemu zvýhodneniu niektorého z veriteľov na úkor iných.

⁵⁵ DOLNÝ, J., CUKEROVÁ, D. *O pre-pack postupoch v konkurznom práve: Ďalšia harmonizácia na obzore?*. In: KŠENŽIGHOVÁ, A., KUBINEC, M., DZIMKO, J., eds. *Neštandardné legislatívne zásahy štátu v neštandardných situáciách. Pocta profesorovi Milanovi Ďuricovi. Recenzovaný zborník vedeckých prác*. Banská Bystrica : Belianum. Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2023, s. 138.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 135; Obdobne THERY, A. *The pre-pack regulation in the EU Commission proposal for a second insolvency directive*. In: European Insolvency and Restructuring Journal [online]. 2023, č. 4. [cit. 2024-08-12]. Dostupné online: <https://eirjournal.com/article/view/18096/20135>, s. 11 alebo GAGNIER, A. D. *The French pre-pack proceedings challenged by the Directive Proposal of the European Parliament and of the Council, harmonising certain aspects of insolvency law: the difficulty of finding the balance between transparency and confidentiality*. In: Insolvency and Restructuring International [online]. 2023, roč. 17, č. 1. [cit. 2024-08-20]. Dostupné online: <https://bmhavocats.com/en/2023/08/02/restructuring-collective-proceedings-the-french-pre-pack-proceedings-challenged-by-the-directive-proposal-of-the-european-parliament-and-of-the-council-harmonising-certain-aspects-of-insolvency-la/>, s. 27 alebo LUND, A. *Cooperative Difference in Insolvency Proceedings: Pre-Pack Sales, Fiduciary Duty and the Oppression Remedy*. In: McGill Law Journal. Revue de droit de McGill [online]. 2023, roč. 68, č. 2. [cit. 2024-08-22]. Dostupné online <https://id.erudit.org/iderudit/1110112ar>, s. 180.

⁵⁷ ADEBOLA, B. *Transforming Perceptions: The Development of Pre-pack Regulations in England and Wales*. In: Oxford Journal of Legal Studies [online]. 2023, roč. 43, č. 1. [cit. 2024-08-22]. Dostupné online: <https://academic.oup.com/ojls/article-pdf/43/1/150/49521983/gqac026.pdf>, s. 154-155.

Táto povinnosť so sebou podľa nášho názoru prinesie aj pozitívny efekt – o speňažovaní majetku dlžníka sa dozvie širší okruh subjektov, čo môže podporiť prirodzenú súťaž záujemcov o majetok a dosiahnuť tak vyšší výtťažok z predaja. Pokiaľ ide o riziko podhodnotenia ceny podniku pri jeho predaji dlžníkovi prepojeným osobám, zhojenie neprimeranej kúpnej ceny vidíme práve v schválení predaja podniku súdom ako nezávislým orgánom. Na námietku veriteľa a za predpokladu zloženia preddavku na výdavky spojené s vyhotovením znaleckého posudku si vieme predstaviť (pre odstránenie akýchkoľvek pochybností) aj vyhotovenie znaleckého posudku – čo však so sebou prinesie istú časovú aj finančnú záťaž.

ZÁVER

Miera aplikácie príslušných ustanovení ZoDD na speňažovanie dlžníkovho podniku dobrovoľnou dražbou organizovanou správcom nemá jasne stanovené hranice. Je potrebné vždy sa každých okolností posudzovať mieru aplikácie ZoDD podľa osobitostí konkrétneho prípadu. Takto nastavená právna úprava kladie na správcu vysoké požiadavky, a aj z tohto dôvodu je podľa nášho presvedčenia v aplikačnej praxi spôsob speňažovania dražbou organizovanou správcom využívaný len v zanedbateľnej miere.

Právna úprava verejného ponukového konania by sa mala *de lege ferenda* inšpirovať právnou úpravou verejných obstarávaní a priniesť tým do konkurzného konania vyššiu transparentnosť pri speňažovaní majetku dlžníka. Navrhovali by sme výslovne zakotviť povinnosť správcu na žiadosť opraveného účastníka predložiť kompelxné vyhodnotenie výsledkov verejného ponukového konania, a to vrátane vymedzenia poradia jednotlivých účastníkov spolu s odôvodnením odlišností ponuky vyhodnotenej ako najvýhodnejšej. Zároveň by tu mal byť vytvorený akýsi námietkový proces, meritom ktorého by bola možnosť neúspešného súťažiteľa domáhať sa preskúmania postupu správcu.

Jedným z alternatívnych spôsobov speňažovania podniku dlžníka je jeho speňaženie prostredníctvom elektronických aukcií. Elektronická aukcia napĺňa znaky charakteristické ako pre verejné ponukové konanie, tak pre dobrovoľnú dražbu, pričom od uvedených spôsobov speňažovania sa odlišuje najmä jednoduchším predkladaním ponúk, nižšou formálnosťou a vyššou transparentnosťou konania.

Pokiaľ ide o pre-pack postupy speňažovania podniku dlžníka, v porovnaní so súčasnou právnou úpravou ZKR by nepochybne vniesli do konkurzného konania efektívnosť a rýchlosť speňažovania za súčasného predpokladu dosiahnutia vyššieho výtťažku zo speňaženia dlžníkovho podniku, ktorého prevádzka nebola nijakým spôsobom prerušená. Všetky tieto znaky sú najmä z pohľadu záujmov veriteľov príznačné. Pre-pack postupy zároveň obchádzajú prílišnú formálnosť či zdĺhavosť speňažovania podniku dlžníka tak, ako ju poznáme v zmysle súčasnej právnej úpravy. Rovnako vyzdvihujeme možnosť nadobudnutia podniku bez akýchkoľvek záväzkov. Táto možnosť nepochybne rozširuje okruh subjektov ako potencionálnych záujemcov o speňažovaný majetok.

Máme za to, že slovenská právna úprava bola z pohľadu potreby legislatívnych zmien najmenej dotknutá za predpokladu, že by boli pre-pack postupy inšpirované právnou úpravou Anglicka, teda spomínaným *pure pre-pack* modelom. Ako sme uviedli, navrhovali by sme rýchle a efektívne speňaženie podniku dlžníka krátko po začatí fázy likvidácie. V opačnom prípade by bolo potrebné vytvoriť osobitný proces tzv. „dražby pre-pack“, ktorá by sa od klasickej dražby odlišovala najmä skrátením lehôt a nižšími formálnymi požiadavkami na jej priebeh. Aj v prípade dražby pre-pack by sme zákonodarcovi odporúčali počítať s možnosťou realizácie tohto spôsobu speňaženia samotným správcom, aby tak mohli byť eliminované náklady konkurzného konania.

Záverom myšlienku pre-pack postupov speňažovania dlžníkovho podniku hodnotíme ako pozitívnu, a to najmä z dôvodu zámeru získania vyššieho výťažku zo speňaženia podniku⁵⁸ ako ekonomicky fungujúcej jednotky v porovnaní so speňažením podniku po častiach.⁵⁹ Detailnejšie vymedzenie jednotlivých pravidiel bude však na zákonodarcovi, ktorý tomuto procesu stanoví jasné medze. Slovenský zákonodarcovia má v porovnaní s inými členskými štátmi (kde už je speňaženie pre-pack postupmi zaužívané) neporovnateľnú výhodu, keďže môže zohľadniť a predísť všetkým úskaliam, na ktoré iné členské štáty v aplikačnej praxi narazili a ktoré sa stali predmetom kritiky.

POUŽITÉ PRAMENE

1. ADAMUS, R. *Liquidation of the bankruptcy estate in Poland*. In: Bratislava Law Review. 2020, roč. 4, č. 1. ISSN 2585-7088, s. 115-130.
2. ADEBOLA, B. *Transforming Perceptions: The Development of Pre-pack Regulations in England and Wales*. In: Oxford Journal of Legal Studies [online]. 2023, roč. 43, č. 1. Dostupné online: <https://academic.oup.com/ojls/article-pdf/43/1/150/49521983/gqac026.pdf>. ISSN 0143-6503, s. 150-177.
3. AZUD, J., PAVLÁKOVÁ, L., BARTOŠ, P. *Zákon o verejnom obstarávaní. Komentár*. Bratislava : C. H. Beck, 2019. ISBN 978-80-89603-75-6.
4. BEALL, S. a kol. *The Role of Reverse Auctions in Strategic Sourcing. Focus Study*. W.P. Carey School of Business, Arizona State University : CAPS Research, 2003. ISBN 0-945968-57-4.
5. CIOROIU, C. G., LIPARA, D. *Pre-Pack Proceeding - A Hybrid and Derogatory Safeguard Tool. Member States' Future Obligation of Integrating a New Mechanism in Their National Insolvency Law*. In: Ovidius University Annals. Economic Sciences Series [online]. 2023, roč. 23, č. 1. Dostupné online:

⁵⁸ Čo pochopiteľne predpokladá vyššiu mieru uspokojenia veriteľov.

⁵⁹ GAGNIER, A. D. *The French pre-pack proceedings challenged by the Directive Proposal of the European Parliament and of the Council, harmonising certain aspects of insolvency law: the difficulty of finding the balance between transparency and confidentiality*. In: Insolvency and Restructuring International [online]. 2023, roč. 17, č. 1. [cit. 2024-08-20]. Dostupné online: <https://bmhavocats.com/en/2023/08/02/restructuring-collective-proceedings-the-french-pre-pack-proceedings-challenged-by-the-directive-proposal-of-the-european-parliament-and-of-the-council-harmonising-certain-aspects-of-insolvency-la/>, s. 24.

- <https://stec.univ-ovidius.ro/html/anale/RO/2023-i1/Section%203/8.pdf>. ISSN 2393-3127, s. 304-310.
6. DOLNÝ, J., CUKEROVÁ, D. *O pre-pack postupoch v konkurznom práve: Ďalšia harmonizácia na obzore?*. In: KŠENŽIGHOVÁ, A., KUBINEC, M., DZIMKO, J., eds. *Neštandardné legislatívne zásahy štátu v neštandardných situáciách. Pocta profesorovi Milanovi Ďuricovi. Recenzovaný zborník vedeckých prác*. Banská Bystrica : Belianum. Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2023. ISBN 978-80-557-2058-6, s. 123-142.
 7. DOLOBÁČ, M. *Zachovanie nárokov zamestnancov pri prevode činnosti podniku*. In: DOLOBÁČ, M., GREGOVÁ ŠIRICOVÁ, Ľ., eds. *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty*. Košice : Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2011. ISBN 978-80-7097-916-7, s. 118-123.
 8. ĎURICA, M. a kol. *Obchodné právo I. Všeobecné ustanovenia. Obchodné spoločnosti a družstvo. Vysokoškolská učebnica*. Banská Bystrica : Belianum. Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2024. ISBN 978-80-557-2138-5.
 9. ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021, s. 742-743. ISBN 978-80-7400-846-7.
 10. GAGNIER, A. D. *The French pre-pack proceedings challenged by the Directive Proposal of the European Parliament and of the Council, harmonising certain aspects of insolvency law: the difficulty of finding the balance between transparency and confidentiality*. In: *Insolvency and Restructuring International* [online]. 2023, roč. 17, č. 1. Dostupné online: <https://bmhavocats.com/en/2023/08/02/restructuring-collective-proceedings-the-french-pre-pack-proceedings-challenged-by-the-directive-proposal-of-the-european-parliament-and-of-the-council-harmonising-certain-aspects-of-insolvency-la/>. ISSN 1995-0241, s. 24-28.
 11. GROMOVÁ, M., BRTÁŇOVÁ, K. *Metodické usmernenie k používaniu elektronickej aukcie*. In: Úrad pre verejné obstarávanie. *Všeobecné metodické usmernenia* [online]. Dostupné online: <https://www.uvo.gov.sk/extdoc/12989>
 12. JANČEK, M. *Budúcnosť dražieb na Slovensku*. In: TUROŠÍK, M., DOLÍHALOVÁ, M., DZIMKO, J., eds. *Právne rozpravy on-screen II. Zborník z online vedeckej konferencie konanej dňa 13.11.2020 na Právnickej fakulte Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici. Sekcia študentskej vedeckej činnosti*. [online]. Banská Bystrica : Belianum. Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2021. Dostupné online: <https://www.prf.umb.sk/veda-a-vyskum/konferencne-on-line-vystupy/pravne-rozpravy-on-screen-ii/sekcia-studentskej-vedeckej-cinnosti/>. ISBN 978-80-557-1865-1, 36-44 s.
 13. MORAVEC, T. a kol. *Insolvenční zákon. Komentár*. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021. ISBN 978-80-7400-849-8.
 14. PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. Bratislava : C. H. Beck, 2022. ISBN 978-80-8232-018-6.
 15. PAVEL, J., SIČÁKOVÁ-BEBLAVÁ, E. *Do E-Auctions Really Improve the Efficiency of Public Procurement? The Case of the Slovak Municipalities*. In:

- Prague Economic Papers [online]. 2013, roč. 22, č. 1. Dostupné online: <https://pep.vse.cz/pdfs/pep/2013/01/06.pdf>. ISSN 2336-730X, s. 111–124.
16. POSPÍŠIL, B. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Bratislava : Iura edition, 2012. ISBN 978-80-8078-458-4.
 17. POSPÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-8168-388-6.
 18. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *Jurisprudencia comunitaria y pre-pack: hacia un pre-pack reestructador preconcursal*. In: Revista Jurídica De Asturias [online]. 2023, č. 46. Oviedo : Universidad de Oviedo, 2023. Dostupné online: <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/article/view/20281>. ISSN 0211-1217, s. 223-246.
 19. SIČÁKOVÁ-BEBLAVÁ, E., KLÁTIK, P., BEBLAVÝ, M. *Ekonomické efekty elektronických aukcií na Slovensku*. In: Ekonomický časopis [online]. 2013, roč. 61, č. 10. Dostupné online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2402935. ISSN 2729-7470, s. 1067 – 1078.
 20. SUDZINA, M. *Výnimky zo zásady nemo plus iuris so zameraním na nadobudnutie nehnuteľnosti od nevlastníka v slovenskom právnom poriadku*. In: Ius et Administratio [online]. 2013, č. 1. Dostupné online: <https://repozytorium.ur.edu.pl/server/api/core/bitstreams/bec20183-c891-4836-b3fb-86183d539685/content>. ISSN 2300-4797, s. 82-92.
 21. ŠTOFKOVÁ, P. *Speňažovanie nehnuteľností v konkurze*. In: Súkromné právo [online]. 2015, roč. 73, č. 6-7. Dostupné online: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/sukromne-pravo/spenzazovanie-nehnutelnosti-v-konkurze.m-156.html>. ISSN 2453-6504.
 22. THERY, A. *The pre-pack regulation in the EU Commission proposal for a second insolvency directive*. In: European Insolvency and Restructuring Journal [online]. 2023, č. 4. Dostupné online: <https://eirjournal.com/article/view/18096/20135>. DOI: 10.54195/eirj.18096, s. 1-40.
 23. VALOVÁ, K. a kol. *Zákon o dobrovoľných dražbách. Komentár*. 4. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2022. ISBN: 978-80-8232-022-3.
 24. Návrh Smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva, COM (2022) 702 final, 2022/0408(COD).
 25. Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník.
 26. Zákon č. 527/2002 Z. z. o dobrovoľných dražbách a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov.
 27. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
 28. Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
 29. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 2Obo/92/2001.
 30. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 8Cdo/251/2015.
 31. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 4Cdo/106/2021.
 32. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 3Cdo/249/2008.

33. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 3Cdo/887/2015.
34. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 6Cdo/60/2017.
35. Ústavný súd Slovenskej republiky: III. ÚS 62/04.

KONTAKT NA AUTORA

katerina.hrabankova@student.upjs.sk
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta
Kováčska 26
040 75 Košice
Slovenská republika

prof. JUDr. Ján Husár, CSc.¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Koncern v slovenskom práve – súčasnosť a perspektívy²

Concern in Slovak law - present and perspectives

Abstrakt

V predmetnej stati sme pracovali s hypotézou „Právna úprava koncernu ako osobitnej formy podnikateľského zoskupenia je v slovenskom práve potrebná“. Pri skúmaní problematiky koncernov ako osobitnej formy podnikateľských zoskupení a koncernového práva ako štrukturálnej časti práva podnikateľských zoskupení resp. ako neformálneho pojmu obchodného práva sme posudzovali právnu úpravu podnikateľských zoskupení v krajinách ako Nemecko a Česko, v ktorých je koncern upravený ako osobitná forma podnikateľského zoskupenia v porovnaní s právnou úpravou vo Francúzsku a v Slovenskej republike, v ktorých úprava koncernu ako formy podnikateľského zoskupenia absentuje. Porovnaním právnych úprav, názorov na skúmanú problematiku prezentovaných v českej a slovenskej akademickej spisbe a tiež na základe informácií z podnikateľského prostredia sme dospeli k záveru, že pracovná hypotéza „Právna úprava koncernu ako osobitnej formy podnikateľského zoskupenia je v slovenskom práve potrebná“ sa nepotvrdila

Kľúčové slová: koncern, podnikateľské zoskupenia, ovládaná osoba, ovládajúca osoba, zodpovednosť ovládajúcej osoby.

Abstract

In the article in question, we worked with the hypothesis "The legal regulation of a concern as a special form of business grouping is necessary in Slovak law". When examining the issue of concerns as a special form of business groups and concern law as a structural part of the law of business groups or as an informal concept of business law, we assessed the legal regulation of business groups in countries such as Germany and the Czech Republic, in which the concern is regulated as a special form of business grouping, compared to the legal regulation in France and the Slovak Republic, in which the regulation of the concern as a form of business grouping is absent.

¹ prof. JUDr. Ján Husár, CSc. – profesor obchodného práva na Univerzite Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnickej fakulte.

² Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-23-0331 „Integrácia únie kapitálových trhov: zmena korporáčného financovania a záchrana obchodných spoločností vo finančných ťažkostiach“.

By comparing the legal regulations, opinions on the investigated issue presented in Czech and Slovak academic writings and also based on information from the business environment, we came to the conclusion that the working hypothesis "Legal regulation of the concern as a special form of business grouping is necessary in Slovak law" was not confirmed.

Key words: concern, business groups, controlled person, controlling person, liability of the controlling person.

JEL Classification: K22

ÚVOD

Pojem „**koncern**“ súčasné slovenské obchodné právo neobsahuje – nie je legálnym pojmom. V ekonomickom prostredí je však tento pojem pomerne frekventovaným. Naproti tomu v akademickom prostredí, v odbornej právnickej literatúre sa používa pojem „**koncernové právo**“ popri pojmoch „právo podnikateľských zoskupení“, „kartelové právo“ a pod.

Právne poriadky niektorých krajín napr. Spolkovej republiky Nemecko, či Českej republiky obsahujú úpravu **koncernu** ako **osobitnej formy** podnikateľského zoskupenia. Naproti tomu v právnych poriadkoch iných krajín napr. vo Francúzsku, ale aj v slovenskom práve osobitná **úprava koncernu** ako formy podnikateľského zoskupenia **absentuje** a v týchto krajinách si **právo podnikateľských zoskupení „vystačí“ s úpravou vzťahov medzi ovládanou a ovládajúcou osobou** a na tieto vzťahy nadväzujúcich vzťahov, či s týmito vzťahmi súvisiacich vzťahov.

V ostatnom období boli v slovenskej právnej spisbe publikované viaceré tituly, ktoré sa však len okrajovo dotýkali nami skúmanej problematiky právnej regulácie podnikateľských zoskupení a v rámci nich aj problematiky koncernu ako osobitnej formy podnikateľského zoskupenia. Koncernovým právom sa zaoberal najmä K. Csach, „podľa ktorého základné pojmy právnej úpravy označovanej ako koncernové právo zaviedla novela Obchodného zákonníka (zákon č. 127/1999 Z. z.) vymedzením pojmov ovládaná a ovládajúca osoba v ustanovení § 66a. Pojem koncernové právo – podľa K. Csacha neprejudikuje vecný príklon k nemeckému konceptu *Konzernrecht*, na rozdiel od anglického *group of companies*, ide len o vžité označenie popisujúce určitú spoločensko – ekonomickú realitu³. Obsah právnej úpravy koncernového práva nebol do slovenského obchodného práva – podľa K. Csacha – zahrnutý v plnom rozsahu a podstatné inštitúty zmluvných koncernov, najmä ovládacia zmluva a koncernový záujem sú tak slovenskému obchodnému právu cudzie a v praxi sa stretávame najmä s daňovoprávnymi aspektmi skupín spoločností.⁴

³ CSACH, K. in OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník, Veľký komentár, Zv. I.* Bratislava: Wolters Kluwer, s.465

⁴ Tamtiež s. 465

J. Duračinská uvádza, že v slovenskej právnej úprave nemáme osobitnú právnu úpravu ani samostatné označenie pre skupinu spoločností na rozdiel od nemeckej a českej právnej úpravy, ktoré takúto úpravu skupín spoločností obsahujú.⁵ Obchodný zákonník – podľa J. Duračinskej - neuznáva skupinový záujem a každá spoločnosť je považovaná za samostatnú entitu s vlastným záujmom.⁶ V slovenskom práve je obsiahnutá len úprava konceptu ovládajúcej a ovládanej osoby, ktorý predstavuje – podľa niektorých názorov – základ slovenského „koncernového práva“⁷.

Obdobne aj M. Kubinec spolu s L. Ušiakovou považujú úpravu ovládajúcej a ovládanej osoby (v ustanovení § 66a a § 66aa Obch. z.) spolu s inými všeobecne záväznými právnymi predpismi za základ úpravy tzv. koncernového práva v Slovenskej republike. Koncernové právo má síce – podľa uvedených autorov - základ v Obchodnom zákonníku, no má výrazne širší presah aj do predpisov verejného práva, osobitne do úpravy ochrany hospodárskej súťaže (v súvislosti s problematikou koncentrácií) alebo účtovníctva (vo väzbe na potrebu vyhotovenia tzv. konsolidovanej účtovnej závierky)⁸

Naším zámerom bolo prispieť k úvahám o ďalšom smerovaní práva podnikateľských zoskupení – koncernového práva v slovenskom práve v procese prebiehajúcej rekodifikácie súkromného práva.

Pri spracovaní state sme využívali najmä komparatívnu metódu. V stati sme **pracovali s hypotézou: Právna úprava koncernu ako osobitnej formy podnikateľského zoskupenia je v slovenskom práve potrebná.**

1. KONCERNOVÉ PRÁVO

1.1. Ponímanie koncernu v ekonomickej teórii

Úvahy o slovenskom koncernovom práve je – podľa môjho názoru – najvhodnejšie začať predstavením názorov profesora Imricha Karvaša, najvýznamnejšieho slovenského národohospodára z obdobia 30. a 40. rokov XX. storočia – na problematiku podnikateľských združení a v ich rámci koncernov⁹.

Medzi podnikateľské združenia zaraďoval prof. Karvaš – a ďalší ekonómovia - kartely, trusty, **koncerny**, záujmové spoločenstvá, pooly a ringy¹⁰. Koncerny vymedzil prof. Karvaš v porovnaní s trustom a holdingom.

⁵ DURAČINSKÁ, J. in PATAKYOVÁ, M., ĎURICA, M., HUSÁR, J. a kol. *Aplikované právo obchodných spoločností a družstva- ťažiskové inštitúty*. Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2021, s. 232

⁶ Tamtiež s. 232

⁷ Tamtiež s. 232

⁸ KUBINEC, M., UŠIAKOVÁ, L. in ĎURICA, M. a kol. *Obchodné právo I*. Banská Bystrica: Belianum. Vydavateľstvo UMB, 2024, s. 236 -237

⁹ Podľa názoru Univ. Prof. Dipl. Ing. Dr. Mikuláša Luptáčika, profesora na Technickej univerzite vo Viedni – v predslove k druhému vydaniu učebnice „Základy hospodárskej vedy“, ktoré bolo vydané v roku 1999.

Učebnica Základy hospodárskej vedy (I. a II. zväzok), ktorej prvé vydanie vyšlo v roku 1947, je vyvrcholením a určitou syntézou teoretického odkazu prof. Karvaša

¹⁰ KARVAŠ, I. *Základy hospodárskej vedy*. Bratislava: VEDA, vydavateľstvo SAV, 1999, s. 212

Trust predstavuje -v ponímaní prof. Karvaša – finančné a hospodárske združenie podnikov, ktoré vzniká tým, že riadenie podnikov sa zveruje určitej spoločnosti do správy (trustee), takže podniky de iure zostali samostatné, ale hospodársku a finančnú samostatnosť úplne stratili ¹¹.

Koncern – považoval prof. Karvaš za akúsi európsku formu trustu, v ktorej sa samostatnosť podnikov redukuje na minimum, pričom postupne strácajú i formálnu samostatnosť. Podniky, ktoré sú súčasťou koncernu, sa dostávajú do finančnej a hospodárskej závislosti od vedúceho podniku koncernu. Koncerny predstavujú formu **vertikálnej koncentrácie**, ale tiež formu horizontálnej koncentrácie¹².

Koncernu veľmi podobnou formou združenia podnikov je **holdingová spoločnosť (holding)**, ktorej podstatou je – podľa prof. Karvaša – združenie finančne silných skupín do spoločnosti, ktorá nadobúda také množstvo účastín iných spoločností, aby získala vplyv na riadení týchto spoločností. ¹³

1.2. Právo podnikateľských zoskupení

S. Černá už v roku 1999 vymedzila právo podnikateľských zoskupení „*ako súbor noriem, ktorý upravuje jednotlivé typy spojení, z ktorých je zoskupenie zložené, formuluje pravidlá ich vytvárania, poskytuje nástroje ochrany ohrozeným subjektom a je teda – viac alebo menej účinným – prostriedkom regulácie špecifických konfliktov záujmov vnútri a čiastočne aj navonok zoskupení*“¹⁴

Právo podnikateľských zoskupení nepovažuje S. Černá za právne odvetvie, ale za účelovo vytváraný súbor noriem, ktorého jednota spočíva na jeho základnej funkcii, ktorou je ochrana subjektov ohrozených vytváraním špecifických väzieb medzi právne samostatnými subjektami.¹⁵

Prevažná časť noriem upravujúcich pravidlá zoskupovania a jeho dôsledky patrí – podľa S. Černej – do práva podnikateľských zoskupení v užšom zmysle a je súčasťou súkromného práva, presnejšie práva spoločností.¹⁶

Popri normách patriacich do obchodného práva (do práva podnikateľských zoskupení v užšom zmysle) existujú – podľa S. Černej – účtovné, daňové právo podnikateľských zoskupení, pracovné právo, ktorého predmetom sú mnohé problémy, ktoré so sebou prináša vytváranie zoskupení v oblasti pracovnoprávných vzťahov.¹⁷

¹¹ Tamtiež s. 215

¹² Tamtiež s. 216

¹³ Tamtiež s. 216

¹⁴ Pozri ČERNÁ, S. *Koncernové právo v Nemecku, Evropské únii a České republice*. Praha: C. H. BECK, 1999. s. 7. Toto vymedzenie sformulovala S. Černá približne 13 rokov pred prijatím úpravy podnikateľských zoskupení v zákone č. 90/2012 Sb. o obchodních korporacích.

¹⁵ Tamtiež s. 7

¹⁶ Tamtiež s. 8

¹⁷ Tamtiež s. 8

1.3. Koncernové právo

Obchodný zákonník Českej republiky (zákon. č.. 513/1991 Sb., účinný od r. 1992 do r. 2013) neobsahoval členenie jednotlivých typov koncernotvorných vzťahov a ich úpravu. Podľa S. Černej Obchodný zákonník však čiastočne vo všeobecných ustanoveniach o obchodných spoločnostiach, čiastočne v úprave akciovej spoločnosti obsahoval prvky, ktoré (podľa nemeckého práva) svojou podstatou patria do práva podnikateľských zoskupení a možno ich – s istou rezervou nazvať „českým koncernovým právom“¹⁸

1.4. Koncerny v právnej úprave pred rokom 1989

V Československu boli koncerny upravené ako forma výrobnjej hospodárskej jednotky aj v období pred rokom 1989 kedy sa u nás uplatňoval hospodársky systém založený na záväznom hospodárskom plánovaní a administratívno – direktívnom rozhodovaní o hospodárskych záležitostiach.

V období hospodárskej reformy v polovici 60-tych rokov boli podľa nariadenia vlády č. 132/1965 Zb. o organizácii výrobných hospodárskych jednotiek a ich štatútoch vytvárané ako nadpodnikové zoskupenia

- **odborový podnik**, ku ktorému mohli byť pridružené národné podniky a účelové organizácie,
- **trust podnikov** – pozostávajúci z generálneho riaditeľstva trustu a jemu podriadených národných podnikov a účelových organizácií.

Nariadením vlády č. 91/1974 Zb. došlo k rozšíreniu foriem výrobných hospodárskych jednotiek o **koncern**, ktorý predstavoval samostatnú právnickú osobu (štátnu hospodársku organizáciu) a bol ekonomicky i právne samostatným celkom. Koncern sa členil na **koncernové podniky** a **koncernové účelové organizácie**, ktoré boli spôsobilé právne konať vo svojom mene, avšak len v **rozsahu vymedzenom v štatúte koncernu**.

Ak by koncernový podnik prekročil štatútom vymedzený rozsah oprávnenia konať vo vlastnom mene, avšak konal by v rámci predmetu činnosti koncernového podniku, bol jeho konaním koncern viazaný, čím mala byť zabezpečená právna istota podnikov vstupujúcich do právnych vzťahov s koncernovými podnikmi a koncern tiež zodpovedal za záväzky koncernového podniku, na úhradu ktorých nestačili prostriedky, s ktorými hospodáril koncernový podnik.

Pravidlá vytvárania koncernov boli upravené normatívnym právnym aktom (vládnym nariadením) a na jeho základe boli **jednotlivé koncerny vytvárané „zhora“, rozhodnutím rezortného ministerstva**.

¹⁸ Tamtiež s. 75

2. KONCERN V NEMECKEJ PRÁVNEJ ÚPRAVE

Výraz koncern má pôvod v nemčine „der Konzern“ a označuje formu zoskupenia podnikateľských subjektov, resp. relevantnú časť systému práva.

erudovane spracovala prof. Stanislava Černá z Karlovej univerzity v Prahe už v roku 1999.¹⁹ v publikácii „Koncernové právo v Nemecku, Evropské unii a České republice“, z ktorej budeme v ďalšom vychádzať.

2.1. Koncepcia nemeckej právnej úpravy koncernov

Úprava podnikateľských zoskupení v Nemecku je prevažne obsiahnutá v akciovom zákone.²⁰ Táto právna úprava platí pre podnikateľské zoskupenia, ktorých účastníkom je akciová spoločnosť alebo komanditná spoločnosť na akcie. Úprava akciového zákona sa teda aplikuje aj na tých členov zoskupenia, ktorí majú inú právnu formu, avšak len za splnenia podmienky, že členom zoskupenia (v podriadenom postavení) je spoločnosť akciového práva.²¹

Podnikateľské zoskupenia sa podľa akciového zákona členia na: a) vzťahy väčšinovej majetkovej účasti, b) vzťahy ovládania (a jednostrannej závislosti), c) **koncern**, d) vzájomná majetková účasť, e) vzťahy vzniknuté na základe uzavretia osobitných, tzv. podnikových zmlúv.

Koncern charakterizuje S. Černá ako najvýznamnejším typ zoskupenia, ktorý v sebe zahŕňa (viac -menej) ostatné typy zoskupení a - predstavuje spojenie aspoň dvoch právne samostatných subjektov, ktoré na základe jednotného strategického vedenia tvorí ekonomický celok, pričom jeho hlavným znakom je jednotné vedenie.²²

Na fungovanie jednotného vedenia viaže zákon nevyvrátiteľnú právnu domnienku existencie koncernového usporiadania. Jednotné vedenie spočíva v prvom rade na centrálnom plánovaní, ktoré vytvára zo zoskupenia podnikov, nezávisle na ich právnej samostatnosti, hospodársku jednotku, ktorá v ekonomickom prostredí vystupuje jednotne a na jednotnom finančnom riadení, kedy jednotlivé články koncernu odvádzajú hospodárske výnosy, ktoré sú následne rozdeľované podľa jednotného finančného a investičného plánu.²³

2.2. Členenie koncernov

Základným členením koncernov je členenie podľa väzieb medzi článkami koncernu podľa ktorého sa rozlišujú podriadené a nepodriadené koncerny.

¹⁹ ČERNÁ, S. *Koncernové právo v Nemecku, Evropské unii a České republice*. Praha: C. H. Beck, 1999, 140 s.

²⁰ AktG z 1965

²¹ ČERNÁ, S. *Koncernové právo v Nemecku, Evropské unii a České republice*. Praha: C. H. Beck, 1999, s. 11.

²² Tamtiež s. 31

²³ Tamtiež s. 31

Podriadený vertikálny koncern je založený na ovládaní podriadených článkov „lídrom“ koncernu a to už od okamihu, keď sa **medzi dvomi podnikmi vytvorí vzťah ovládania**. Od tohto okamihu platí vyvrátiteľná právna domnienka, že tieto subjekty spolu tvoria koncern.

Nepodriadený horizontálny koncern je vymedzený negatívne a to tak, že **žiadny zo zúčastnených podnikov nie je ovládaný iným zúčastneným podnikom**. V takomto koncerne právne samostatné články stoja celkom alebo čiastočne pod jednotným vedením, bez toho aby boli previazané vzťahmi ovládania a závislosti.

Právna teória ďalej rozlišuje, vychádzajúc z platnej právnej úpravy, v rámci podriadeného vertikálneho koncernu **faktický koncern**, ktorý je založený na väčšinovej majetkovej účasti ovládajúcej spoločnosti v ovládanej spoločnosti. Môže existovať v dvoch modifikáciách ako **jednoduchý faktický koncern** a **kvalifikovaný faktický koncern**.

V prípade **jednoduchého faktického koncernu** môže ovládajúca spoločnosť presadzovať svoju vôľu len využitím nástrojov založených na väčšinovej majetkovej účasti akými sú väčšina hlasov na valnom zhromaždení a s tým spojená väčšina v orgánoch spoločnosti. Platí však, že ovládajúca spoločnosť nesmie vykonávať koncernové vedenie spôsobom, ktorý by bol pre ovládanú spoločnosť nevýhodný. Vo faktickom jednoduchom koncerne majú záujmy ovládanej spoločnosti prednosť pred koncernovým záujmom.

Ak nastane ovládnutie spoločnosti inou spoločnosťou a tým nastane situácia, ktorá zodpovedá jednoduchému faktickému koncerne je povinnosťou predstavenstva ovládanej spoločnosti **informovať ohrozených akcionárov** o vzťahoch vnútri koncernu a vypracovať správu o vzťahoch ovládajúcej spoločnosti k ovládanej spoločnosti – tzv. **správa o závislosti**. Povinnosťou ovládajúcej spoločnosti v prípade jednoduchého faktického koncernu je **vyrovnať ujmu** ²⁴, ktorá vznikla ovládanej spoločnosti presadením koncernových záujmov a tiež povinnosť nahradiť ovládanej spoločnosti spôsobenú škodu.

Zmluvný koncern je založený na ovládacom vzťahu vyplývajúcom zo zmluvy o ovládaní, ktorou sa spoločnosť podriaďuje druhej zmluvnej strane, ktorá tak získava právo dávať predstavenstvu ovládanej spoločnosti príkazy na jej riadenie. Na uzavretie zmluvy o ovládaní viaže zákon nevyvrátiteľnú právnu domnienku, že ovládaná spoločnosť je podriadená jednotnému vedeniu ovládajúcej osoby, s ktorou vytvára koncern. So vznikom zmluvného koncernu spája zákon viaceré právne dôsledky, ktorých cieľom je chrániť jednak samotnú ovládanú spoločnosť, jej spoločníkov a veriteľov spoločnosti. Ochrane uvedených osôb slúžia najmä:

- súhlas valného zhromaždenia obidvoch zmluvných strán s uzavretím zmluvy o ovládaní a zmluvy o prevode
- zisku,
- viazanie nadobudnutia zmluvy o ovládaní na zápis do obchodného registra,
- informačná povinnosť predstavenstiev vysvetliť a zdôvodniť akcionárom uzavretie zmluvy o ovládaní,
- solidárna zodpovednosť ovládajúcej osoby, členov jej riadiaceho orgánu a členov kolektívnych orgánov ovládanej osoby za škodu, ktorá vznikla

²⁴ § 311 AktG

- ovládanej spoločnosti porušením povinnosti postupovať pri udeľovaní príkazov ovládanej spoločnosti s riadnou a náležitou starostlivosťou,
- povinnosť zrýchlenej tvorby rezerv,
 - právo akcionárov ovládanej spoločnosti, ktorí sa rozhodnú zostať v spoločnosti na vyrovnanie,
 - právo akcionárov ovládanej spoločnosti, ktorí sa rozhodnú ukončiť účasť v spoločnosti právo na odstúpenie,
 - povinnosť vyrovnávať ročnú stratu podriadenej spoločnosti,
 - povinnosť zabezpečiť pohľadávky veriteľov ovládanej spoločnosti pri zániku zmluvy o ovládaní.

Začlenenie predstavuje najintenzívnejší spôsob koncernového spojenia. Začlenená spoločnosť zostáva navonok právne samostatnou, avšak z hľadiska vnútrokoncernového je ako vnútorná súčasť ovládajúceho podniku. Pri začleňovaní sa rozlišuje situácia kedy všetky akcie budúcej začlenej spoločnosti má vo svojich rukách budúca hlavná spoločnosť, a situácia, kedy budúca hlavná spoločnosť drží aspoň 95% akcií budúcej začleňovanej spoločnosti. O začlenení sa rozhoduje na základe uznesenia valného zhromaždenia začleňovanej spoločnosti. Začlenenie je účinné zápisom do obchodného registra, ku ktorému je potrebný i súhlas valného zhromaždenia budúcej hlavnej spoločnosti.

Začlenenie sa odlišuje od zmluvného koncernu tým, že právo hlavnej spoločnosti dávať príkazy nevýhodné pre začlenenú spoločnosť nie je nijako obmedzené. Ekonomickou podstatou sa začlenenie približuje ku zlúčeniu. Na rozdiel od zlúčenia zostáva začlenená spoločnosť i naďalej právne samostatná.

3. KONCERN VO FRANCÚZSKEJ PRÁVNEJ ÚPRAVE

3.1. Hospodárske záujmové skupiny

Právna úprava podnikateľských zoskupení vo Francúzsku vychádza z francúzskeho Obchodného zákonníka (Code de commerce) a je obsiahnutá v jeho druhej knihe nazvanej „Obchodné spoločnosti a hospodárske záujmové skupiny“ (Des sociétés commerciales et de groupements d'intérêt économique), v tretej kapitole tretej hlavy „Dcérske spoločnosti, holdingy a ovládané spoločnosti“ (Des filiales, des participations et des sociétés contrôlées) v ustanoveniach L. 233-1- L. 233-28. Súčasťou tejto úpravy je aj diel „Konsolidované účtovné závierky“ (Des comptes consolidés).

Francúzske právo neobsahuje legálnu definíciu definíciu „koncernu“ ako osobitnej formy podnikateľského zoskupenia. Vo Francúzsku sú predmetom právnej regulácie zoskupenia spoločností, ktoré sú navzájom „previazané“ a v ktorých jedna spoločnosť má rozhodujúci vplyv na iné spoločnosti ("**société mère**" -materská spoločnosť a "**filiale**" - dcérska spoločnosť).

Ako koncern sa poníma až situácia, keď jedna spoločnosť (materská) vlastní väčšinový podiel (alebo rozhodujúci vplyv) v iných spoločnostiach, čím môže tieto spoločnosti kontrolovať, čo zahŕňa nielen právne ale tiež finančné a prevádzkové

aspekty kontroly. Vo väčšine prípadov koncernová štruktúra zahŕňa centralizované riadenie a rozhodovanie.

3.2. Vzťah medzi materskou spoločnosťou (société mère) a dcérskou spoločnosťou (filiale)

Vzťah medzi **materskou spoločnosťou (société mère)** a **dcérskou spoločnosťou (filiale)** je kľúčový v rámci francúzskeho práva obchodných spoločností a je upravený viacerými predpismi, ktoré určujú práva a povinnosti oboch strán. Tieto vzťahy sa riadia francúzskym **Obchodným zákonníkom (Code de commerce)**, pričom sa venuje pozornosť najmä kontrole, zodpovednosti a ochrane záujmov akcionárov.

V právnom zmysle sa dcérska spoločnosť vo Francúzsku považuje za spoločnosť, v ktorej iná spoločnosť, teda materská spoločnosť, vlastní väčšinový podiel. Podľa článku **L.233-1 Obchodného zákonníka**, ak spoločnosť priamo alebo nepriamo drží viac ako 50 % základného imania inej spoločnosti, táto spoločnosť je považovaná za dcérsku spoločnosť. Tento vzťah väčšinového vlastníctva zaisťuje kontrolu materskej spoločnosti nad riadením a rozhodovacími procesmi dcérskej spoločnosti.

Existuje tiež pojem "**affiliée**" (spojená spoločnosť), čo sa vzťahuje na spoločnosti, kde materská spoločnosť vlastní menej ako 50 % podielu, ale stále má významný vplyv na jej rozhodnutia (zvyčajne medzi 20 % a 50 % akcií).

3.3. Práva a povinnosti materskej spoločnosti voči dcérskej spoločnosti

3.3.1. Kontrola a riadenie

Materská spoločnosť má právo vykonávať kontrolu nad dcérskou spoločnosťou, čo sa prejavuje v práve určovať stratégiu, riadenie a operácie spoločnosti. To zahŕňa právo hlasovať na valnom zhromaždení akcionárov, menovať členov predstavenstva, a teda aj kontrolu nad správou a riadením dcérskej spoločnosti.

Podľa článku **L.233-16 Code de commerce** má materská spoločnosť povinnosť konsolidovať účtovníctvo svojich dcérskejších spoločností, čo znamená, že musí predkladať účtovné výkazy, ktoré zahŕňajú všetky spoločnosti v rámci koncernu. Cieľom je zabezpečiť transparentnosť a úplný obraz o finančnom stave celej skupiny.

3.3.2. Zodpovednosť materskej spoločnosti za dcérske spoločnosti

Francúzske právo zásadne vychádza z toho, že materská spoločnosť a dcérske spoločnosti sú právne oddelené subjekty, pričom každá spoločnosť je zodpovedná len za svoje vlastné záväzky. To znamená, že ak dcérska spoločnosť nespláca svoje dlhy, veritelia sa v zásade nemôžu obrátiť na materskú spoločnosť, aby tieto dlhy vyrovnala, okrem prípadov, keď materská spoločnosť prevzala určité konkrétne záväzky.

Existujú však výnimky, najmä v situáciách, kedy sa preukáže, že materská spoločnosť zneužila svoju kontrolu nad dcérskou spoločnosťou alebo viedla dcérsku

spoločnosť k nesolventnosti alebo inému nezákonnému konaniu. V takýchto prípadoch môže dôjsť k "**prieniku právnej subjektivity**" (piercing the corporate veil), kedy sa zodpovednosť materskej spoločnosti rozšíri na záväzky dcérskej spoločnosti.

Hoci dcérska spoločnosť má právnu subjektivitu, a teda zodpovedá za svoje vlastné záväzky, existujú prípady, kedy môže byť materská spoločnosť zodpovedná za konanie alebo finančné problémy svojej dcérskej spoločnosti. Ide najmä o prípady, kedy sa preukáže, že materská spoločnosť zneužila svoju kontrolu alebo riadenie na škodu veriteľov či akcionárov dcérskej spoločnosti. V takýchto prípadoch možno aplikovať princíp "**prieniku právnej subjektivity**" (*piercing the corporate veil*).

Francúzska judikatúra sa pri rozhodovaní opiera o faktory ako:

- prepojenie manažmentu medzi materskou a dcérskou spoločnosťou,
- nedostatok autonómie dcérskej spoločnosti v rozhodovaní,
- zneužívanie finančných zdrojov dcérskej spoločnosti na prospech materskej spoločnosti.

Ak dôjde k takémuto prieniku, veritelia dcérskej spoločnosti môžu požadovať splnenie záväzkov aj od materskej spoločnosti.

3.3.3. Riziko nekalej súťaže a zneužitia vplyvu

Materská spoločnosť nesmie zneužiť svoj vplyv na dcérsku spoločnosť tak, aby táto konala v rozpore s jej vlastnými obchodnými záujmami. Francúzske právo, konkrétne článok **L.225-102-1 Code de commerce**, upravuje pravidlá pre "**abus de majorité**" (zneužitie väčšiny), čo je situácia, kedy väčšinový akcionár, teda zvyčajne materská spoločnosť, prijíma rozhodnutia, ktoré sú v rozpore so záujmami menšinových akcionárov alebo samotnej dcérskej spoločnosti.

V prípade dokázania takéhoto zneužitia môžu menšinoví akcionári podať žalobu a požiadať o náhradu škody alebo neplatnosť rozhodnutí prijatých na úkor dcérskej spoločnosti.

3.3.4. Finančné výkazníctvo a konsolidácia účtov

Francúzske právo vyžaduje, aby materská spoločnosť konsolidovala svoje finančné výkazy s dcérskými spoločnosťami, pokiaľ spĺňa určité podmienky stanovené zákonom. Toto pravidlo platí pre veľké skupiny spoločností, ktoré prekračujú určité finančné limity (veľkosť obratu, aktív, zamestnancov). Konsolidácia umožňuje poskytnúť verný a celistvý obraz o finančnej situácii celej skupiny spoločností.

Podľa článku **L.233-16 Code de commerce** (Obchodného zákonníka) musí materská spoločnosť zahrnúť všetky dcérske spoločnosti do konsolidovaných účtov, pokiaľ má nad nimi podstatnú kontrolu (viac ako 50 % hlasovacích práv) alebo podstatný vplyv (20 % až 50 % hlasovacích práv).

Cieľom tejto povinnosti je zabezpečiť, aby finančná situácia celej skupiny spoločností bola transparentná a zrozumiteľná pre veriteľov, akcionárov a regulačné orgány.

3.3.5. Ochrana akcionárov a veriteľov

Francúzske právo poskytuje špecifickú ochranu pre minoritných akcionárov v koncernových štruktúrach, kde materská spoločnosť môže mať rozhodujúci vplyv na dcérsku spoločnosť. Tieto predpisy zahŕňajú ochranu pred zneužitím práv materskej spoločnosti, ako aj povinnosť poskytnúť informácie minoritným akcionárom.

Akcionári, najmä minoritní, majú právo na informácie o finančnom stave spoločnosti a jej transakciách s inými spoločnosťami v rámci koncernu.

3.4. Daňové otázky

Koncerny vo Francúzsku môžu využiť daňový režim tzv. "**intégration fiscale**" (daňová integrácia), ktorý umožňuje materskej spoločnosti a jej dcérskym spoločnostiam podávať konsolidovanú daňovú správu. Tento režim je výhodný, pretože umožňuje kompenzovať straty jednej spoločnosti ziskami inej spoločnosti v rámci koncernu, čo môže znížiť celkovú daňovú záťaž skupiny.

Pre využitie daňovej integrácie musí byť materská spoločnosť rezidentom Francúzska a držať minimálne 95 % podielu na dcérskej spoločnosti.

3.5. Zamestnanecké práva a sociálna zodpovednosť

Francúzske právo kladie dôraz aj na sociálnu zodpovednosť koncernov voči zamestnancom, najmä v prípadoch reštrukturalizácie alebo zlučovania spoločností v rámci skupiny. Zákon stanovuje povinnosť konzultovať zmeny s odborovými organizáciami a informovať zamestnancov o zásadných rozhodnutiach, ktoré ovplyvnia ich pracovné miesta alebo podmienky.

3.6. Pravidlá týkajúce sa fúzií a akvizícií

Francúzsky právny rámec obsahuje komplexné pravidlá pre **fúzie a akvizície**, ktoré sú relevantné pre koncerny, najmä pokiaľ ide o spojenie materských a dcérskych spoločností. V prípade fúzie medzi spoločnosťami musia byť rešpektované záujmy akcionárov, zamestnancov a veriteľov. Zákon stanovuje presné postupy schvaľovania a zverejnenia plánov fúzie.

Vzťah medzi materskou spoločnosťou a dcérskou spoločnosťou vo Francúzsku je dôkladne regulovaný, aby sa zabezpečila férovosť, transparentnosť a ochrana práv všetkých zainteresovaných strán. Materské spoločnosti majú značnú kontrolu nad svojimi dcérskymi spoločnosťami, ale musia dodržiavať pravidlá týkajúce sa zodpovednosti, finančnej transparentnosti a ochrany menšinových akcionárov a veriteľov. Právna úprava zahŕňa viaceré aspekty, od konsolidácie účtov po ochranu

pred zneužívaním väčšinového vplyvu, a je zakotvená v **Code de commerce** a ďalších súvisiacich predpisoch.

4. KONCERNOVÉ PRÁVO V ČESKEJ REPUBLIKE

4.1. Vymedzenie koncernu ako právnej formy podnikateľského zoskupenia

Právna úprava koncernu je v českom práve obsiahnutá v deviatom diele prvej hlavy prvej časti zákona č. 90/2012 Sb. o obchodných spoločnostiach a družstvách (zákon o obchodných korporáciách) v diele nazvanom Podnikateľská seskupení (§ 71-§ 91).

Podľa tejto úpravy sa rozlišujú tri stupne podnikateľských zoskupení a to – ovplyvnenie (§ 71 a nasl.), ovládanie (§ 74 a nasl.) a koncern (§ 79 a nasl.). Platí, že každé ovládanie je súčasne ovplyvnením a každý koncern je súčasne ovplyvnením, ale nie naopak.

Pojem koncern je legálne vymedzený v ustanovení § 79 ods. 1 zákona, podľa ktorého koncern sa vytvára vtedy, ak jedna alebo viac osôb sú podrobené jednotnému riadeniu („riadená osoba“) inou osobou alebo osobami (riadiaca osoba).

Koncern je ponímaný podľa B. Havla ako ekonomická jednotka s pevnejším stupňom vnútornej koexistencie než iné podnikateľské zoskupenia.²⁵ Účelom predmetného zákonného ustanovenia je vytvoriť pravidlá pre funkčnú existenciu koncernu, kde sú riadené osoby podriadené súdržné výhody a nevýhody sanovaného v rámci celého koncernu, tak aby nedošlo k úpadku členov koncernu.²⁶

Podľa B. Havla, má koncern obligačnú podstatu a je jedno, či k jeho vzniku došlo zmluvou alebo jednostranným konaním riadiacej osoby.²⁷

Podľa J. Lasáka²⁸ predstavuje koncern najvyšší stupeň podnikateľského zoskupenia, ktorý predstavuje stav, keď sú jedna alebo viac osôb podrobené jednotnému riadeniu inou osobou alebo osobami pričom podrobenia sa jednotnému riadeniu môže byť uskutočnené na základe formálnych (zmluvných) alebo neformálnych spôsobov a je založený na dlhodobom prepojení medzi riadiacou a riadenou osobou.

4.2. Charakteristické znaky koncernu

O existencii koncernu sa verejnou (tretie osoby) dozvie z informácií na internetových stránkach uverejnených na internetových stránkach všetkých členov koncernu. Tieto informácie o existencii koncernu nie sú registrované v obchodnom registri. Nezverejnenie informácií o existencii koncernu má za následok, že členovia takéhoto skrytého koncernu nemôžu využívať výhody vyplývajúce z ustanovenia §

²⁵ Havel, B. in Štenglová, I., Havel, B., Čileček, F., Kuhn, P., Šuk, P. *Zákon o obchodných korporáciách. Komentár.* Praha: C.H.B.BECK, 2013, s. 189.

²⁶ Tamtiež s. 189

²⁷ Tamtiež s.189

²⁸ Lasák, J., in POKORNÁ, J., HOLEJŠOVSKÝ, J., LASÁK, J., PEKÁREK, M. a kol.: *Obchodní společnosti a družstva.* Praha: C. H. BECK, 2014, s.163.

72 z ktorého vyplýva, že ujma, ktorá vznikla v záujme riadiacej osoby alebo inej osoby s ktorou tvorí koncern, bola alebo bude v rámci tohto koncernu vyrovnaná.

Koncern sa vyznačuje týmito charakteristickými znakmi:

- je najvyšším stupňom je najvyšším stupňom podnikateľského zoskupenia,
- predstavuje stav, kedy sú jedna alebo viac osôb podriadené **jednotnému riadeniu** inou osobou, príp. osobami,
- dlhodobým presadzovaním koncernových záujmov v rámci jednotnej koncernovej politiky,
- podriadenie jednotnému režimu – na základe zmluvy, resp. na základe neformálneho postupu,
- koncernová deklarácia.

5. SLOVENSKÉ KONCERNOVÉ PRÁVO

Legálnu definíciu pojmov „ovládaná osoba“ a „ovládajúca osoba“ zaviedla novela Obch. zák. – zákon č. 127/1999 Z. z. v ustanovení § 66a.

Po 18-tich rokoch bola novelou Obch. z. zákonom č. 264/2017 Z. z. táto úprava doplnená o ustanovenie § 66aa, ktoré upravuje zodpovednosť ovládajúcej osoby za úpadok ovládanej osoby.

Úprava obsiahnutá v zákone č. 127/1999 Z. z. bola odbornou verejnosťou i praxou privítaná – Vitaj slovenské koncernové právo – i keď pojem koncernové právo – podľa K. Csacha - neprejudikuje vecný príklon k nemeckému konceptu *Konzernrecht*, na rozdiel od anglického *group of companies*, ide len o vžitú označenie popisujúce určitú spoločensko – ekonomickú realitu.

Nanešťastie - ako zdôrazňuje K. Csach- obsah právnej úpravy koncernového práva nebol do slovenského obchodného práva zahrnutý – podstatné inštitúty zmluvných koncernov (ovládacia zmluva, koncernový záujem) sú slovenskému obchodnému právu cudzie a v praxi sa stretávame najmä s daňovoprávnymi aspektmi skupín spoločností.

Koncernovým právom možno rozumieť – podľa K. Csacha – osobitnú právnu úpravu vzťahujúcu sa na zoskupenia právne samostatných obchodných spoločností podliehajúcich spoločnému riadeniu a vytvárajúcich ekonomickú jednotu koncernu (holding, podnikateľské zoskupenie alebo skupina spoločností).²⁹

5.1. Ovládaná a ovládajúca osoba

Z ustanovenia § 66a možno vyvodit', že ovládanou osobou môže byť len obchodná spoločnosť alebo družstvo a ovládajúcou osobou môže byť nielen obchodná spoločnosť alebo družstvo ale akákoľvek iná osoba, či už fyzická alebo právnická osoba a že medzi týmito osobami je vzťah ovládania.

Predpokladom vzniku vzťahu ovládajúcej a ovládanej osoby je – ako uvádza K. Csach - väčšinový podiel na hlasovacích právach, počítaný zo všetkých hlasovacích

²⁹ Csach, K. in OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník, Veľký komentár, Zv. I.* Bratislava: Wolters Kluwer, 2017 s.465

práv všetkých spoločníkov spoločnosti.³⁰ Z vymedzenia ovládacieho vzťahu možno vyvodit', že v slovenské obchodné právo vychádza z konceptu faktického koncernu

5.2. Zodpovednosť ovládajúcej osoby za úpadok ovládanej osoby

Novelou Obchodného zákonníka zákonom č. 264/2017 Z. z., ktorá nadobudla účinnosť od začiatku roku 2018 bola úprava vzťahu medzi ovládajúcou osobou a ovládanou osobou, ponímaná ako „základ slovenského koncernového práva“ doplnená o ustanovenia § 66a, ktoré upravuje inštitút zodpovednosti ovládajúcej osoby za úpadok ovládanej osoby. Tento inštitút sa označuje aj ako *piercing of corporate veil* (prepichnutie korporátneho závoja).³¹

Účelom inštitútu zodpovednosti ovládajúcej osoby za úpadok ovládanej osoby – ako uvádza K. Csach – je ochrana veriteľov pred zničujúcimi zásahmi ovládajúceho spoločníka do riadenia obchodnej spoločnosti.³² Zodpovedným bude ovládajúci spoločník, ktorý svojim rozhodnutím priviedol spoločnosť do úpadku. Zodpovedajúca (ovládajúca) osoba zodpovedá veriteľom ovládanej osoby za škodu spôsobenú úpadkom ovládanej osoby, ak svojim konaním podstatne prispela k úpadku ovládanej osoby. Zodpovednosti za úpadok ovládanej osoby sa ovládajúca osoba zbaví preukázaním, že postupovala v dobrej viere, že koná v prospech ovládanej osoby.

ZÁVER

V predmetnej stati sme pracovali s hypotézou „Právna úprava koncernu ako osobitnej formy podnikateľského zoskupenia je v slovenskom práve potrebná“.

Problematiku koncernov ako formy podnikateľských zoskupení a koncernového práva ako štrukturálnej časti práva podnikateľských zoskupení resp. ako neformálneho pojmu obchodného práva sme posudzovali porovnávaním právnych úprav vo vybraných krajinách. V týchto krajinách sa uplatňujú dva prístupy k úprave podnikateľských zoskupení. V krajinách ako Nemecko a Česko je koncern upravený ako osobitná forma podnikateľského zoskupenia. Naproti tomu vo Francúzsku a v Slovenskej republike právna úprava koncernu ako formy podnikateľského zoskupenia chýba. V týchto krajinách je právna úprava skupín spoločností (podnikateľských zoskupení) redukovaná na úpravu vzťahov medzi ovládajúcou spoločnosťou a ovládanou spoločnosťou (materskou spoločnosťou a dcérskou spoločnosťou) a na riešenie zodpovednosti ovládajúcej spoločnosti za úpadok ovládanej spoločnosti.

Právne úpravy skúmanej problematiky vo všetkých sledovaných krajinách sú relatívne stabilné. Konkrétne slovenská právna úprava koncernového práva sa

³⁰ Tamtiež s. 466

³¹ Lacko, P. in PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. Bratislava: C. H. Beck, 2022, s. 319

³² Csach, K. in OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník, Veľký komentár, Zv. I*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2022, s.597

nemenila už takmer sedem rokov. Toto konštatovanie sa javí ako pozitívum – stále predsa voláme po stabilite právnej úpravy.

Limitovaný rozsah tejto state neumožnil podrobnejšie skúmanie ďalších súvisiacich inštitútov, len ich empirické posúdenie.

V súčasnosti sa nejaví aktuálnou spoločenská požiadavka na zmenu právnej úpravy napr. zo strany ovládaných spoločností, ich spoločníkov, zamestnancov, veriteľov ovládaných spoločností a pod. Zákonodarca tak necíti impulzy od ovládaných osôb, veriteľov ovládaných osôb, či dotknutých inštitúcií na zmenu právnej úpravy a jej obsahu.

Porovnaním právnych úprav, názorov na skúmanú problematiku prezentovaných v českej a slovenskej akademickej spiseb a tiež na základe informácií z podnikateľského prostredia sme dospeli k záveru, že pracovná hypotéza „**Právna úprava koncernu ako osobitnej formy podnikateľského zoskupenia je v slovenskom práve potrebná**“ sa nepotvrdila.

POUŽITÉ PRAMENE

1. ČERNÁ, S. *Koncernové právo v Německu, Evropské úunii a České republice*. Praha: C. H. BECK, 1999. 140 s. ISBN 80-7179-245-4.
2. CLARK, R. C. *Firemní právo*. Praha: VICTORIA PUBLISHING, 1992. 985s. ISBN 80-85605-16-3.
3. ĎURICA, M. a kol. *Obchodné právo I*. Banská Bystrica: Belianum. Vydavateľstvo UMB, 2024, 540 s. ISBN 978-80-557-2138-5.
4. HEXNER, E. – MARTÍNEK, K.. *Kartelové a syndikačísací předpisy československé*. Praha: Nákladem Hospodářské politiky, 1936. 463 s.
5. HUSÁR, J., CSACH, K.(eds.): *Obchodná spoločnosť ako právnická osoba*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika, 2014, 148 s. ISBN 978-80-8152-199-7.
6. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník, Velký komentár, Zv. I*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017 s. ISBN 978-80-8168-573-6.
7. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník, Velký komentár, Zv. I*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2022, 2100 s. ISBN 978-80-571-0436-0.
8. OVEČKOVÁ, O. – CSACH, K. *Obchodné právo I*, Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, 316 s. ISBN 978- 80-571-0176-5.
9. PATAKYOVÁ, M., ĎURICA, M., HUSÁR, J. a kol. *Aplikované právo obchodných spoločností a družstva- ťažiskové inštitúty*. Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2021, 864s. ISBN 978-80-571-0363-9
10. POKORNÁ, J., HOLEJŠOVSKÝ, J., LASÁK, J., PEKÁREK, M. a kol.: *Obchodní společnosti a družstva*. Praha: C. H. BECK, 2014, 448 s. ISBN 978-80-7400-475-9.
11. RABAN, P. a kol. *Obchodní právo. 2.vyd.*, Brno: Václav Klemm – Vydavatelství a nakladatelství, 2024, 750 s. ISBN 978-80-87713-24-2
12. RIPERT, G., - ROBLLOT, R.: *Droit commercial*. Paris: L.G.D.J. 1988, 1245s. ISBN 2.275.00785.7

13. SUCHOŽA, J. a kol.: *Obchodný zákonník a súvisiace predpisy. Komentár*, Bratislava: Eurounion, 2016, 1332 s. ISBN 978-80-89374-34-2.
14. ŠTENGLOVÁ, I., HAVEL, B., CILEČEK, F., KUHN, P., ŠUK, P.: *Zákon o obchodných korporáciách. Komentár*. Praha: C. H. BECK, 2013, 1008 s. ISBN 978-80-7400-480-3.
15. *CODE DE COMMERCE*, Paris: Dalloz, 2012, s. 3619

KONTAKT NA AUTORA

jan.husar@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

JUDr. Viliam Janáč, PhD.¹
Ústav štátu a práva SAV, v.v.i., Bratislava

Zamestnanecké programy odmeňovania² **ESOP plans**

Abstrakt

ESOP je v domácich podmienkach stále pomerne málo známym pojmom, hoci v poslednej dobe sa už aj v našom regióne zvyšuje záujem o implementáciu ESOP programov. ESOP možno vo všeobecnosti definovať ako benefičný program umožňujúci zamestnancom získať opcie na kúpu podielov v spoločnosti, resp. priamo aj podiel v spoločnosti. V dôsledku uvedeného získava následne zamestnanec aj status spoločníka, a to s právami a povinnosťami plynúcimi z takto založenej účasti na spoločnosti. Téma ESOP je prierezová, prechádza naprieč viacerými odvetviami súkromného (korporačné právo, záväzkové právo), ako aj verejného práva (daňové právo). V príspevku sa zameriame na vybranú problematiku týkajúcu sa ESOP programov, primárne na platnú korporatívnu úpravu regulujúcu ich čiastkové aspekty.

Kľúčové slová: ESOP program, motivačná schéma, spoločnosť, zamestnanec, nadobúdanie akcií .

Abstract

ESOP is still a relatively little-known concept in domestic conditions, although the interest in the implementation of ESOP programs has recently been increasing in our region. The ESOP plan can generally be defined as a benefit program enabling employees to obtain options to purchase shares in the company, or directly the shares in the company. As a result of the above, the employee subsequently acquires the status of the shareholder, with the rights and obligations arising from such a participation in the company. The topic of ESOP is cross-cutting, it crosses several branches of private law (corporate law, law of contracts) as well as public law (tax law). In the article, we will focus on selected issues related to ESOP plans, primarily on the applicable legislation in the field of corporate law regulating its sub-aspects. Key words: ESOP program, incentive scheme, company, employee, shares acquisition.

JEL Classification: K200

¹ Autor je vedeckým pracovníkom na Ústave štátu a práva SAV, v.v.i. a rámci svojho odborného zamerania sa dlhodobo venuje problematike korporatívneho práva.

² Tento príspevok bol spracovaný v rámci riešenia grantového projektu APVV-23-0331 „Integrácia únie kapitálových trhov: zmena korporatívneho financovania a záchrana obchodných spoločností vo finančných ťažkostiach“ („Capital Market Union Integration: Reshaping Corporate Finance and Rescuing Companies in Distress“).

ÚVOD

Zamestnanecké programy odmeňovania môžu byť rôzne. Od osobitných peňažných prémieí a odmien vyplácaných nad rámec mzdy, cez možné schémy podielov na zisku pre zamestnancov, až po rozličné benefity spojené s nepeňažným plnením. Nás pre účely príspevku budú zaujímať programy odmeňovania zamestnancov, ktoré spočívajú v získavaní účasti v kapitálovej spoločnosti. Tieto odmeňovacie schémy určené pre zamestnancov spoločnosti sa zvyknú označovať anglickou skratkou ESOP. Skratka ESOP v anglickom jazyku znamená „*Employment stock option program*“ alebo „*Employment stock ownership program*“. Tento termín možno do slovenského jazyka voľne preložiť ako zamestnanecký program odmeňovania opciami na podiel, resp. zamestnanecký program odmeňovania podielmi v spoločnosti. Ďalej v príspevku budeme pre zjednodušenie používať len skratku ESOP plán alebo ESOP program.

ESOP je v domácich podmienkach stále pomerne málo známym pojmom, hoci v poslednej dobe sa už aj v našom regióne zvyšuje záujem malých a stredných podnikov o ESOP a jeho implementáciu. ESOP možno vo všeobecnosti definovať ako benefičný program umožňujúci zamestnancom získať opcie na kúpu podielov v spoločnosti, resp. priamo podiel v spoločnosti. Hoci jedným slovom treba zároveň dodať, že podoby, alebo modely ESOP plánov bývajú v aplikačnej praxi rôzne, a opcie na získanie podielov, alebo priame nadobudnutie podielov predstavujú len vybranú subkategóriu z nich.

Historicky, ESOP vznikol a vyvinul sa v angloamerickom právnom prostredí. Originálna myšlienka ESOP-u sa zvykne prisudzovať právnikovi, p. Louisovi Kelsovi zo San Francisca, ktorý v ESOP-e videl nástroj, ktorým možno pracovníkov „meniť“ na kapitalistov³.

ESOP programy bývajú založené na dlhodobom princípe a často obsahujú konkrétne podmienky, aby zamestnanci, ktorí sú súčasťou ESOP, podiely aj skutočne získali. Medzi takéto podmienky patrí o.i. minimálna doba trvania pracovného pomeru, postupné nadobúdanie podielov (podieľ sa získavajú postupne v priebehu času z dôvodu zachovania motivácie (tzv. *vesting period*). Vo väčšine prípadov sa jedná o celkovú dobu 4 rokov. Podmienkou môže byť aj neexistencia porušenia pracovnej disciplíny alebo iného neželaného konania voči spoločnosti a pod.⁴ Pokiaľ zamestnanci v rámci ESOP plánov aj reálne nadobúdajú podiely do vlastníctva, prevoditeľnosť týchto podielov býva spravidla obmedzená. Postupné nadobúdanie podielov (rozložené v čase) v spojené s obmedzenou prevoditeľnosťou podielov majú za cieľ predísť špekulatívnemu nakladaniu s podielmi v rukách zamestnancov.

ESOP programy bývajú nielen dlhodobé, ale mali by byť prístupné pre široký okruh zamestnancov spoločnosti. Dizajn ESOP programu je v réžii spoločnosti samotnej, ale práve prístupnosť ESOP programov pre široké rady zamestnancov

³ KELSO, L., HETTER, P. How to turn eighty million workers into capitalist on borrowed money. New York: Random House. 1967

⁴ SAPÁKOVÁ, J., MAKÚCHOVÁ S. Zamestnanecké akcie z hľadiska pracovného práva a v kontexte novely zákona o dani z príjmov. In Pracovné právo. 2024

možno zaradiť k definičným znakom ESOP programov. Tento široký základ pre implementáciu ESOP programov ich zároveň odlišuje od iných motivačných schém, ktoré sú budované na exkluzívnejšom základe a bývajú prístupné len pre okruh vrcholového manažmentu podniku (tantiémy, opčné akciové programy a pod.).⁵

Významnou charakteristikou ESOP programov býva aj celkový podiel na základnom imaní, ktorý je predmetom týchto plánov (tzv. *ESOP pool*). Kým iné schémy odmeňovania využívajú len pomerne malé percento celkového objemu základného kapitálu; pre ESOP plány býva skôr typické, že sa v rámci nich pracuje s väčšinovým podielom, niekedy (napr. aj v rámci medzigeneračného nástupníctva) môžu zamestnanci prostredníctvom ESOP plánu získať aj 100% podielov spoločnosti (vtedy hovoríme o tzv. „*employee-owned companies*“, čiže o spoločnostiach vlastnených zamestnancami). Ani táto skutočnosť však neplatí paušálne a veľa závisí predovšetkým od typu organizácie kapitálovej spoločnosti. Preto uvedené konštatovanie bude platiť v prípadoch kapitálových spoločností budovaných ako uzatvorené kapitálové spoločnosti a v rodinných podnikoch. Naopak štandardom v prípade startupových spoločností býva rozmedzie od 10% do 20%.

Rôzne bývajú aj samotné štruktúry (modely) ESOP programov. Od nepravých, nazývaných aj fantómové, či virtuálne (ide len o peňažné plnenie, ktorého výška sa odvodzuje od hodnoty podielu; zamestnanec však status spoločníka nezískava), cez právo na nadobudnutie opcie, až po pravé, ktoré sú spojené s reálnym nadobúdaním podielov v prospech zamestnancov. Na účely príspevku sa v ďalšom texte budeme zameriavať na tzv. ekvité ESOP plány, ktoré sú spájané s reálnym nadobúdaním podielov v spoločnosti.

V rámci ESOP-u však možno vytvoriť aj samostatný subjekt práva, novú entitu, ktorá bude združovať zamestnancov a zároveň vykonávať správu získaných podielov v spoločnosti. V USA sa k uvedenému účelu využíva trust. V našom prostredí pôjde skôr o kapitálovú spoločnosť; v princípe však nemožno vylúčiť ani občianske združenie alebo družstvo. Takto vytvorená entita potom spravuje podiely pre zamestnancov; prístup zamestnancov k podielom je v tomto nastavení len nepriamy. Zamestnanci v tomto prípade nevykonávajú práva spoločníkov; právne vzťahy v tejto konštelácii bývajú nastavené tak, aby zamestnanci boli „odbremeňovaní“ od výkonu práv spoločníka a boli postavení do role pasívnych prijímateľov benefítov spojených s účasťou na ESOP programe.

1. HISTORICKÁ SKÚSENOSŤ S ODMEŇOVANÍM ZAMESTNANCOV PODIELMI V SPOLOČNOSTI

Odmeňovanie zamestnancov podielmi v spoločnosti nie je v podmienkach Slovenskej republiky úplnou novinkou. Istá historická skúsenosť tu nepochybne existuje. Tieto odmeňovacie schémy pre zamestnancov sa súdobo neoznačovali anglickými skratkami ako ESOP plány. Existovali tu ale, a mali úzky súvis s transformáciou ekonomiky z plánovaného na trhové hospodárstvo. Tento prechod

⁵ K uvedenému napr. pozri právnu úpravu pravidiel odmeňovania členov orgánov kótovaných spoločností v § 201a a nasl. OBZ

bol mimo iného spojený s procesmi kupónovej privatizácie. A kupónová privatizácia, jej priebeh a výsledky, predstavujú aj jednu z hlavných príčin, prečo v Slovenskej republike nedošlo k výraznejšiemu rozvoju tejto formy odmeňovania zamestnancov.

Mnoho štátnych podnikov transformovaných na akciové spoločnosti (v ktorých zamestnanci získali akcie) skončila vytunelovaná alebo v konkurze. Akcie týchto podnikov, ktoré sčasti vlastnili samotní zamestnanci, sa behom krátkeho časového úseku stali bezcennými. Neexistovali žiadne podmienky vhodné pre obchodovanie ani pre tú skupinu akcií, ktoré si svoju hodnotu ešte zachovali. Dôsledkom uvedeného sa tieto akcie stávali málo likvidným aktívom, a ľudia sa o ne postupne prestali zaujímať. Majoritní akcionári sa snažili o koncentráciu rozdrobenej akcionárskej štruktúry v spoločnostiach, preto často krát dochádzalo k vytesňovaniu zamestnancov, resp. bývalých zamestnancov ako minoritných akcionárov z týchto spoločností.⁶

K ďalším príčinám výraznejšieho nepresadania sa týchto programov možno pripočítať aj celospoločenské pomery a pracovnú kultúru minulosti. V rámci ktorej, by sa mal zamestnanec predovšetkým zaujímať o riadne dodanie práce a nie sa podieľať na rozhodovaní v otázkach spoločnosti, ktoré by mu umožňoval status spoločníka (najmä účasť a hlasovanie na valných zhromaždeniach spoločnosti). Za takejto konštelácie spoločenských pomerov nedošlo nikdy k výraznejšiemu rozvoju zamestnaneckých programov odmeňovania, a tým ani k významnejšej participácii a angažovanosti zamestnancov na hospodárskom živote spoločnosti.⁷

Dopyt po takýchto riešeniach v domácich podmienkach tu jednoducho neexistoval. Situácia sa začala postupom času meniť, avšak až najmä v súvislosti s nástupom startupovej éry na scénu.

2. ÚČEL ESOP PLÁNOV

ESOP plány majú v aplikačnej praxi široké využitie, o čom svedčí aj pomerne dlhý zoznam účelov ich využitia. Tieto účely sú rôzne, a to jednak v závislosti od geografického hľadiska (USA, Anglicko, Európa), tak aj od typu spoločnosti, v ktorej sa ESOP plány využívajú (kótovaná spoločnosť, malý alebo stredný podnik, rodinný podnik, stratupová spoločnosť).

V každom prípade platí, že ESOP plány sa využívajú ako motivačný nástroj pre získanie nových zamestnancov na trhu práce, resp. na udržanie si doterajších zamestnancov. Nielen kríza vyvolaná pandemiou COVID-19, ale aj súperenie jednotlivých aktérov v globálnej ekonomike nám prináša poznanie, akým kľúčovým prvkom súčasnej ekonomiky sú ľudia, ľudský kapitál. V súčasnosti mnohí zamestnávateľia bojujú s problémom ako prilákať, motivovať a dlhodobo si udržať najlepších a najtalentovanejších ľudí na trhu. Riešenie sa ponúka o.i. aj v podobe ESOP programov. Tie v konečnom dôsledku môžu prispieť aj k celkovému zvyšovaniu produktivity práce na pracovisku.

⁶ JANÁČ, V. Odmeňovanie zamestnancov kapitálovou účasťou v akciovej spoločnosti. Právny obzor, 98, 2015, č.5, s. 482

⁷ Tamtiež, s. 482

Z hľadiska *corporate governance* môžu ESOP plány prispievať k posilňovaniu väzby medzi spoločnosťou a zamestnancom ako spoločníkom spoločnosti, a to prostredníctvom vytvárania silnejšej miery lojality u takéhoto spoločníka. Vhodne implementovaný ESOP plán môže fungovať ako „win-win“ situácia pre všetkých aktérov. Vyššia produktivita práce na strane zamestnancov vedie k vyššiemu zisku a potenciálnej dividende na strane akcionára, z čoho v konečnom dôsledku môže benefitovať aj samotný štát v podobe zvýšeného výberu daní z príjmov právnických osôb a daní z dividend.

ESOP dokáže fungovať ako nástroj, ktorým možno reagovať na potreby riešenia medzigeneračného nástupníctva podnikateľov. V dlhodobom horizonte má ESOP potenciál fungovať ako nástroj a ďalší pilier dôchodkového zabezpečenia zamestnancov (ako schéma dôchodkového sporenia takto ESOP funguje v USA už dlhodo).

Azda najvýraznejšie sa však ESOP momentálne etabluje práve v startupovom prostredí. Startupové spoločnosti sú z pohľadu reálneho dosahovania vytýčených podnikateľských cieľov, veľmi rizikové. Ako také predstavujú riziko aj pre samotných zamestnancov, keďže tieto spoločnosti majú neistý tok financií, ktorý spôsobuje, že nemajú k dispozícii dostatok disponibilných prostriedkov, aby uhrádzali týmto zamestnancom primerané trhové ohodnotenie. Zakladatelia, ako aj investori, potrebujú zamestnancov motivovať, aby v spoločnosti zotrvali, keďže odchod kľúčového zamestnanca predstavuje pre spoločnosť vysoké transakčné náklady. Odchod kľúčového zamestnanca zo startupovej spoločnosti predstavuje aj riziko, že zamestnanec bude vyvíjať konkurenčnú činnosť, preto je potrebné formalizovanie vzťahu medzi zamestnancom a spoločnosťou, aby nedochádzalo k znehodnocovaniu duševného vlastníctva startupovej spoločnosti.⁸ Kľúčoví zamestnanci bývajú v startupových spoločnostiach častokrát pôvodcami, či autormi duševného vlastníctva a nositeľmi kľúčového know-how. Z pohľadu startupovej spoločnosti (ktorá nie je výrobným podnikom, jej produkt je v procese vývoja a nebol ešte umiestnený na trh, a preto táto spoločnosť nedosahuje ani pravidelné obraty z predaja) sú títo zamestnanci a nimi vytvorené duševné vlastníctvo kľúčovými atribútmi jej vlastného prežitia. Odchod týchto zamestnancov tak môže mať pre spoločnosť fatálne dôsledky. ESOP tak v tomto prostredí prispieva k znižovaniu rizík a zvyšuje šance pre prežitie a postupné etablovanie startupovej spoločnosti na trhu. Ak by sme mali zhrnúť význam ESOP plánov v prostredí startupových spoločností, potom by toto zhrnutie znelo asi nasledovne. ESOP programy sú pre startupy možnosťou, ako sa podeliť o úspech spoločnosti a motivovať zamestnancov, čo vedie k zvýšeniu produktivity ich práce. Pokiaľ majú zamestnanci podiel v podniku, ich pocit vlastníctva zvyšuje morálku a dôveru v jeho rozvoj a škálovateľnosť. Okrem toho sú ESOP skvelým spôsobom, ako kompenzovať zamestnancom nižšie platy, vďaka nim vyzerá kompenzačný balík konkurencieschopný a atraktívny a zároveň znižuje tlak na cash-flow spoločnosti. Udelenie časti vlastníctva zamestnancom znižuje fluktuáciu zamestnancov, zvyšuje

⁸ GRAMBLIČKOVÁ, B. In GRAMBLIČKOVÁ, B., MAZÚR, J., BARKOCI, S. Právo startupových spoločností: správa, financovania a duševné vlastníctvo. Bratislava : C. H. Beck. 2023. ISBN: 978-80-8232-032-2, s. 262

lojalitu, zvyšuje spokojnosť s prácou a napokon zvyšuje pravdepodobnosť prežitia spoločnosti samotnej. Participujúci zamestnanci sa lepšie informujú o vízii a plánoch spoločnosti, čo pomáha budovať silnú vnútopodnikovú kultúru. Všetci tak smerujú k spoločnému cieľu a motivujú pritom aj ostatných členov tímu.⁹ Využívanie ESOP plánov v prostredí stratupových spoločností je však dôležité nielen z hľadiska zachovania motivácie a konkurencieschopnosti, ale aj z hľadiska budúcich kôl financovania startupu. Môžu mať tiež vplyv na celkovú valuáciu start-upovej spoločnosti ako aj jej atraktivitu z pohľadu investorov.

3. ESOP PLÁNY A ICH ZÁKLADNÁ KORPORAČNÁ REGULÁCIA V DOMÁCOM PRÁVNOM PORIADKU

Ucelená zákonná úprava ESOP v domácom právnom poriadku neexistuje. Niektoré čiastkové regulácie sú predmetom úpravy súkromného práva (korporačné právo), iné sa zasa týkajú práva verejného (daňové zákony). Avšak skutočnosť, že mnoho aspektov ESOP programov spadá pod režim zmluvného práva a tým aj pod režim zmluvnej autonómie, dáva jeho účastníkom pomerne široký priestor na variabilitu jeho celkového „nastavenia“ v spoločnosti. Nás pre účely príspevku bude zaujímať predovšetkým platná legislatíva v oblasti korporáčného práva, ktorá má priamy súvis s problematikou ESOP programov, a to v rámci kapitálových spoločností právnou formou j.s.a. a a.s.

3.1. Korporačná úprava rámujúca ESOP programy

Úvodom rovno povedzme, že najviditeľnejšia korporáčná úprava ESOP programov je práve v rámci j.s.a. Je to pochopiteľné, keďže táto „nová“ právna forma kapitálovej spoločnosti bola primárne dizajnovaná pre využitie v stratupovom prostredí. A zákonodarca tu od začiatku vyslovene predpokladal širšie využívanie ESOP plánov. Z uvedeného dôvodu tak legislatívny rámec j.s.a. umožňuje:

- a) primárny úpis akcií priamo zo strany spoločnosti (§ 220r OBZ, pričom samotný paragraf OBZ označuje ako *Osobitné ustanovenia týkajúce sa akcií pre zamestnancov a iné fyzické osoby vykonávajúce činnosť pre spoločnosť*)¹⁰;
- b) možnosť emitovať akcie v eurocentoch (§ 220i ods. 2 OBZ);
- c) možnosť emitovať akcie s osobitnými právami, čo de iure umožňuje v prostredí j.s.a. vytvárať zamestnanecké akcie ako osobitný druh akcií, s ktorými napr. nemusia byť spojené hlasovacie práva (zamestnanec tak získa prístup k právu na dividendu; nebude ale môcť rozhodovať v otázkach zverených do právomoci valného zhromaždenia) (§ 220i ods. 3 OBZ).

⁹ internetový zdroj: LACZYNSKI, M. ESOP For Startups: What is ESOP and how does it benefit startup? [online]. [citované 27.8.2024] Dostupné na internete: <https://www.vestbee.com/blog/articles/esop-for-startups-what-is-esop-and-how-does-it-benefit-startup?>

¹⁰ V uvedenom prípade sa jedná o originárny primárny úpis akcií samotnou j.s.a., čo je postup, ktorý právna úprava pre a.s. vylučuje. V prípade j.s.a. je tento primárny úpis regulovaný niekoľkými podmienkami (schválenie valným zhromaždením, okruh nadobúdateľov je vopred daný, test vlastného imania a ohraničenie takto vytvoreného „poolu“ celkovým objemom, ktorý zodpovedá 20%základného imania spoločnosti).

V rámci zákonnej úpravy akciovej spoločnosti (ktorá ale taktiež vecne dopadá aj na j.s.a.) nachádzame úpravu pravidiel o možnostiach poskytovania zvýhodnení pre zamestnancov pri nadobúdaní akcií. Uvedený koncept, ktorý v rámci harmonizačných prác nahradil predošlý koncept zamestnaneckých akcií v OBZ¹¹, spolu s právnou úpravou o nadobúdaní vlastných akcií a právnou úpravou o finančnej asistencii, vytvárajú základnú kostru zákonnej úpravy regulujúcej ESOP plány v domácom právnom poriadku.

3.1.1. Koncept nadobúdania akcií zamestnancami za zvýhodnených podmienok

Po zrušení zamestnaneckých akcií došlo k zavedeniu nového konceptu do OBZ, ktorý vytvára predpoklady pre **nadobúdanie akcií spoločnosti jej zamestnancami za zvýhodnených podmienok**. Nielenže sa zamestnanci môžu stať akcionármi spoločnosti, ale koncept nadobúdania akcií spoločnosti jej zamestnancami za zvýhodnených podmienok umožňuje spoločnosti právne dovoľeným spôsobom „dotovať“ nadobúdaciú cenu zamestnancami získavaných akcií spoločnosti, prípadne aj nadobúdať akcie bezodplatne. Takéto „dotácie“ pri nadobúdaní akcií zamestnancami predstavujú zvýhodnenia, ktoré OBZ dovoľuje spoločnosti použiť práve vo vzťahu k osobám majúce právne postavenie zamestnancov. Zvýhodnenia poskytované zamestnancom možno vnímať ako osobitnú podobu odmeňovania zamestnancov. Odmenu získava zamestnanec v podobe ušetrených prostriedkov, ktoré nemusí z vlastných zdrojov vynaložiť samotný zamestnanec, ale namiesto neho tieto náklady znáša spoločnosť. Takéto zvýhodnenia vykazujú spoločný menovateľ v tom, že ich ťarchu (finančné výdavky na realizáciu) znáša spoločnosť.

Za uvedené zvýhodnenia možno označiť:

- a) použitie majetku spoločnosti na úhradu emisného kurzu nových akcií upísaných zamestnancami v rámci zvýšenia základného imania (§ 204 ods. 4 OBZ)
- b) použitie majetku spoločnosti na výkup vlastných akcií so zámerom ich následného prevodu na zamestnancov (§ 161a ods. 5 OBZ).

3.1.2. Okruh ESOP participantov

Následne možno riešiť otázku komu všetkému má, môže byť ESOP určený. Logicky by odpoveď na túto otázku znela, že zamestnancom. Ako to ozrejmime v texte nižšie, táto odpoveď platí, ale len čiastočne.

¹¹ Akciová spoločnosť môže emitovať len tie druhy akcií, ktoré sú v OBZ explicitne stanovené, pričom novelou Obchodného zákonníka účinnou 1. januára 2002 boli zamestnanecké akcie ako osobitný druh akcie zrušené, a to najneskôr k 1. januáru 2004. Hlavným dôvodom zrušenia bola implementácia druhej kapitálovej smernice zdôrazňujúcej princíp vytvorenia a udržiavania výšky základného imania. Keďže zamestnanecké akcie, ako boli pôvodne v našom právnom poriadku upravené, umožňovali nesplatiť istú časť menovitej hodnoty, dostali sa do rozporu s touto smernicou. K tomu pozri internetový zdroj: HRONČEK, R. Zamestnanecké akcie. [online]. [citované 27.8.2024] Dostupné na internete: <https://www.legalfirm.sk/sk/stranky/clanok/zamestnanecke-akcie-1-cast>

V prvom rade si povedzme, že aj pojem „zamestnanec“ má svoj definovaný obsah. Legálna definícia pojmu zamestnanec je vyjadrená v § 11 ods. 1 Zákonníka práce: „Zamestnanec je fyzická osoba, ktorá v pracovnoprávných vzťahoch, a ak to ustanovuje osobitný predpis, aj v obdobných pracovných vzťahoch vykonáva pre zamestnávateľa závislú prácu.“ Pojem zamestnanec sa zvykne používať v užšom aj širšom význame. V užšom zmysle pod pojmom zamestnanec treba rozumieť len fyzickú osobu, ktorá na základe pracovnej zmluvy vykonáva závislú prácu v pracovnom pomere.¹² Do širšieho vymedzenia pojmu zamestnanec by bolo možné zahrnúť nielen fyzickú osobu ako účastníka pracovného pomeru, ale aj fyzické osoby, ktoré pracujú na základe dohôd o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru.¹³ K záveru, že pod zamestnanca, ktorý je oprávnený požívať zvýhodnenia pri odmeňovaní kapitálovou účasťou v spoločnosti, treba zaradiť aj zamestnanca v širšom ponímaní v zmysle predchádzajúcej vety, prichádza aj Dvořák, ktorý uvádza: „Je otázkou, či za zamestnanca spoločnosti treba považovať i osoby vykonávajúce pre spoločnosť práce na základe dohôd vykonávaných mimo pracovného pomeru. Vzhľadom k tomu, že zákonník práce označuje aj tieto osoby za zamestnancov, je možné konštatovať, že aj im môžu byť zvýhodnené akcie poskytnuté.“¹⁴ Pracovný pomer sa zakladá pracovnou zmluvou a vzniká dňom, ktorý bol v pracovnej zmluve dohodnutý ako deň nástupu zamestnanca do práce. Moment vzniku pracovného pomeru je rozhodujúci odkedy možno fyzickú osobu považovať za zamestnanca. Z pohľadu posúdenia momentu vzniku statusu zamestnanca, a tým aj z pohľadu možnosti prisúdenia zvýhodnení, ktoré OBZ spája s účasťou zamestnanca na spoločnosti, bude rozhodujúci moment vzniku pracovného pomeru. Dohodnutá dĺžka trvania pracovného času v rámci pracovného pomeru, nie je z pohľadu subsumovania takejto osoby pod kategóriu zamestnanca rozhodujúca. Zamestnanec s ustanoveným týždenným pracovným časom (full-time) ako aj zamestnanec s kratším pracovným časom (part-time) sú stále zamestnancom v zmysle § 11 ods. 1 Zákonníka práce. Z uvedeného dôvodu aj zamestnanec s kratším pracovným časom je zamestnancom, ktorý môže požívať výhody spojené s nadobúdaním akcií pre zamestnancov v zmysle OBZ. Napokon za zamestnanca bude treba považovať aj subkategóriu mladistvého zamestnanca, t.j. zamestnanca, ktorý dovŕšil 15. rok života a nedovŕšil 18. rok života.¹⁵

V súvislosti s vymedzením pojmu zamestnanec môžu vznikať otázky, či je spoločnosť povinná v rámci zavádzaného ESOP programu umožniť účasť každému zamestnancovi spoločnosti bez rozdielu, už iba z titulu, že daná osoba má status zamestnanca v spoločnosti, alebo je oprávnená sama rozhodnúť a nastaviť

¹² BARANCOVÁ, H.: Zákonník práce. Komentár. 2. vydanie, Praha: C. H. Beck, 2012, s. 178

¹³ Tamtiež, s. 178

¹⁴ DVOŘÁK, T.: Akciová společnost a Evropská společnost, Praha: ASPI, a.s., 2005, s. 215, odkaz pod čiarou 383

¹⁵ Mladiství zamestnanci mají spôsobilost' na práva a povinnosti, nemajú však plnú spôsobilost' na právne úkony. Z uvedeného dôvodu má aj táto skupina zamestnancov spôsobilost' nadobúdať akcie spoločnosti za zvýhodnených podmienok a tieto vlastniť; pri právnych úkonoch spojených s upísaním akcií, pri scudzovacích úkonoch týkajúcich sa akcií ako aj pri výkone akcionárskych práv však mladiství zamestnanci budú musieť byť zastúpený zákonným zástupcom alebo iným zástupcom, ktorého si sami zvolia.

kvalifikačné kritériá, až po splnení ktorých bude zamestnanec oprávnený získať účasť v ESOP programe spoločnosti. Máme zato, že bude plne v kompetencii spoločnosti a jej orgánov, aby rozhodli a sami nastavili takéto kvalifikačné kritériá. Zrejme najčastejším kritériom v praxi bude požiadavka na určitú dĺžku trvania pracovného pomeru u zamestnávateľa (tzv. *cliff period*¹⁶), alebo existencia pracovného pomeru na dobu neurčitú, prípadne aj požiadavka na kumulatívne splnenie uvedených podmienok zo strany zamestnanca. Čo je s určitosťou možné povedať je, že spoločnosťou nastavované kvalifikačné kritériá nemajú byť diskriminačné. Nesmú vopred vylučovať účasť definovanej skupiny zamestnancov z ESOP plánu na základe veku, pohlavia, národnosti, či vierovyznania a pod. A taktiež je potrebné, aby zostavený ESOP program vychádzal zo zásady dobrovoľnosti. Spoločnosť ako zamestnávateľ nemôže nútiť zamestnancov, aby sa stali beneficietami, pokiaľ o to sami záujem nemajú.

Osobitná úprava j.s.a. počíta do okruhu participantov nielen zamestnancov spoločnosti, ale aj skupinu tzv. zmluvných dodávateľov, ktorých OBZ označuje ako fyzické osoby (podnikateľov) vykonávajúce činnosť pre spoločnosť, ktorých výsledky činnosti sú pre spoločnosť predmetom práv duševného vlastníctva. Aj tu možno sledovať osobitosť zákonnej úpravy vo vzťahu k j.s.a. a k predpokladom, že táto právna forma bude v praxi využívaná pre startupy. Právna úprava v tomto ohľade reflektuje požiadavky ekonomickej reality a nedeformuje startupové prostredie arbitrárnym preferovaním výlučne pracovnoprávneho vzťahu.¹⁷ Právna úprava pritom zároveň presne cieľi na kategóriu len vybraných, a pre startupovú spoločnosť významných dodávateľov, ktorí sú pôvodcovia a/alebo autori duševného vlastníctva.

3.1.3. Tvorba ESOP programov

Pokiaľ máme hovoriť o samotnom vytvorení ESOP programu musíme predovšetkým hovoriť o spôsobe vytvorenia equity, ktorá sa následne v zmysle definovaných distribučných kľúčov určených v rámci ESOP plánu prerozdeľuje medzi zamestnancov spoločnosti. V princípe existujú dva základné spôsoby, ako želaný stav docieľiť¹⁸.

- a) Prvým spôsobom je kreovanie novej equity, ktorú je v prostredí kapitálových spoločnosti možné dosiahnuť cez zvýšenie základného imania spoločnosti. V prípade j.s.a. túto equitu v podobe novoemitovaných akcií cez proces zvýšenia základného imania môže upísať aj priamo spoločnosť; v prípade a.s. takáto možnosť zo zákona prípustná nie je.

¹⁶ Pojem „*cliff period*“ možno z angličtiny voľne preložiť ako minimálnu dobu, počas ktorej musí existovať medzi účastníkom a spoločnosťou pracovný pomer, eventuálne dodávateľský vzťah, ktorý z uvedeného titulu následne „kvalifikuje“ daného účastníka, aby bol zaradený medzi okruh beneficietov ESOP programu. V praxi býva táto doba často v trvaní 1 roka.

¹⁷ PALA, R. a kol. In OVEČKOVÁ, O. a kol. Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok I. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2022, s. 1873

¹⁸ Pre úplnosť dosajme, že existuje aj tretí spôsob. Ten však predpokladá existenciu ESOP ako samostatnej entity odlišnej od zamestnancov spoločnosti, ktorá môže akcie spoločnosti získavať aj cez priamy nákup akcií od doterajších akcionárov.

- b) Druhý spôsob spočíva vo výkupe akcií od doterajších akcionárov spoločnosťou (proces nadobúdania vlastných akcií) a následnej distribúcií vykúpených vlastných akcií v prospech zamestnancov.

Zvýšenie základného imania cez úpis nových akcií a možné zvýhodnenia pre zamestnancov. Podľa § 204 ods. 4 OBZ: "Uznesenie valného zhromaždenia o zvýšení základného imania môže schváliť, že určitý počet akcií môžu zamestnanci spoločnosti nadobudnúť za cenu nižšiu ako emisný kurz akcií, ak bude tento rozdiel spoločnosť kryť z vlastných zdrojov. Podmienky upisovania a splácania akcií zamestnancami spoločnosti určí uznesenie valného zhromaždenia o zvýšení základného imania."

Vydanie akcií zamestnancom za cenu nižšiu ako je emisný kurz akcií, je vo svojej podstate kombinovaným zvýšením základného imania, pretože uvedený scenár predpokladá, že spoločnosť má vlastné zdroje, ktoré sa použijú na krytie zvýšenia základného imania vo výške, ktorý zodpovedá rozdielu medzi emisným kurzom akcií a cenou, ktorú podľa rozhodnutia valného zhromaždenia majú zaplatiť zamestnanci spoločnosti. V súlade so zásadou reálneho vytvorenia základného imania sú zamestnanci povinní v lehote určenej valným zhromaždením splatiť určitú časť menovitej hodnoty upísaných akcií. Pri peňažnom zvýšení základného imania, OBZ predpisuje úroveň minimálne 30% menovitej hodnoty upísaných akcií. Keďže sa ale v prípade zamestnancov jedná v podstate o kombinovaný spôsob zvýšenia základného imania, možno analogicky aplikovať § 209a ods. 2 písm. i) a § 209a ods. 3 OBZ, v zmysle ktorých možno uznesením valného zhromaždenia nastaviť emisný kurz aj nižšie ako je 30% menovitej hodnoty akcií.¹⁹ Napríklad aj na úroveň 10% menovitej hodnoty upísaných akcií.

V uvedenej súvislosti stojí za zmienku spomenúť aj zákonodarcom použité slovné spojenie "*určitý počet akcií*". Tento pojem je podľa nášho názoru potrebné vykladať v zmysle, že valné zhromaždenie môže rozhodnúť, že aj celá nová emisia bude distribuovaná výlučne medzi zamestnancov, a že zvýhodnenie sa bude vzťahovať na každú jednu akciu emisie nadobúdanej zamestnancom. Nesprávny by bol výklad, podľa ktorého by zákon spoločnosť limitoval tým, že iba časť balíka novo-emitovaných akcií môžu nadobudnúť zamestnanci a zvyšnú časť musia nadobudnúť doterajší akcionári, respektíve tým, že všetky akcie novej emisie môžu upísať výlučne iba zamestnanci, avšak zvýhodnenie sa podľa zákona môže vzťahovať iba na určitý počet z takto upísaných akcií, t.j. nie na všetky. Celú emisiu akcií môžu upísať zamestnanci. Zákonnými limitmi sú a) potreba vylúčiť prednostné právo na úpis pre doterajších akcionárov a b) veľkosť (objem) vlastných zdrojov spoločnosti, ktoré je Spoločnosť schopná a ochotná vynaložiť pri dodržaní testu vlastného kapitálu.

¹⁹ Pozri PALA, R. a kol. *In OVEČKOVÁ, O. a kol. Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok I.* 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2022, s. 1636

Pre úplnosť uvedme, že v prípade zvyšovania základného imania emisiou nových akcií majú doterajší akcionári spoločnosti právo na ich prednostné upísanie.²⁰ Zvyšovanie základného imania emisiou nových akcií vedie k rozriadeniu účasti u doterajších akcionárov. Právo na prednostný úpis nových akcií preto slúži ako zákonná ochrana postavenia doterajších akcionárov, ktorí majú príležitosť ako rozriadeniu predísť, pokiaľ nové akcie sami upíšu. Do tohto zákonného práva akcionárov možno zasiahnuť len výnimočne (stanovami toto právo nemožno obmedziť ani vylúčiť), a to prijatím uznesenia valného zhromaždenia o zvýšení základného imania, ktorým valné zhromaždenie zároveň rozhodne o.i. o obmedzení alebo vylúčení práva na prednostné upisovanie.²¹ Valné zhromaždenie toto uznesenie môže prijať iba ak na to existuje dôležitý záujem spoločnosti, alebo ak tak ustanoví osobitný predpis. V záujme právnej istoty OBZ *expressis verbis* ustanovuje, že vydanie nových akcií zamestnancom spoločnosti bude vždy dôležitým záujmom spoločnosti, pri ktorom je obmedzenie alebo vylúčenie prednostného práva zákonom dovolené.²²

Pokiaľ nové akcie v rámci zvýšenia základného imania majú upísať zamestnanci, je to vždy dôležitý záujem, pre ktorý je možné rozhodnúť o vylúčení práva na prednostný úpis (§ 204a ods. 7 OBZ).

Distribúcia vlastných akcií evidovaných v majetku spoločnosti zamestnancom.

Druhým základným spôsobom, ako ESOP vytvoriť, je získanie akcií výkupom akcií od doterajších akcionárov spoločnosti a ich následnej distribúcií zamestnancom spoločnosti. Proces nadobúdania vlastných akcií spoločnosťou za účelom ich prevodu na zamestnancov tak spočíva v dvojkoľovom systéme. Vnútornú štruktúru tejto transakcie preto možno vnímať nasledovne. Zamestnanec má záujem nadobudnúť akcie, ktoré však v danom momente nie sú k dispozícii, pretože ich majiteľmi sú doterajší akcionári. Spoločnosť má záujem, aby akcie nadobudol zamestnanec. Z uvedeného dôvodu spoločnosť vytvorí ponuku pre doterajších akcionárov, akcie vykúpi, a tým ich obstará pre zamestnanca (prvé kolo). Následne sú akcie, vykúpené v prvom kole, spoločnosťou distribuované medzi akcionárov (druhé kolo). Spoločnosť v celej transakcii vystupuje fakticky v úlohe prostredníka, ktorý cez nákup vlastných akcií a ich následný prevod, spája záujmy zamestnanca

²⁰ Podľa § 204a ods. 1 OBZ platí: „Ak spoločnosť zvyšuje základné imanie peňažnými vkladmi, doterajší akcionári majú právo na prednostné upísanie akcií na zvýšenie základného imania, a to v pomere menovitej hodnoty ich akcií k výške doterajšieho základného imania.“

²¹ Podľa § 204a ods. 5 OBZ zároveň platí: „Právo akcionárov na prednostné upísanie akcií nemožno stanovami obmedziť ani vylúčiť. Obmedziť alebo vylúčiť právo na prednostné upísanie akcií možno len uznesením valného zhromaždenia o zvýšení základného imania, ak to vyžadujú dôležité záujmy spoločnosti alebo ak to vyžaduje osobitný predpis. Ak sa navrhuje obmedziť alebo vylúčiť právo akcionárov na prednostné upísanie akcií, musí predstavenstvo predložiť valnému zhromaždeniu písomnú správu, v ktorej odôvodní návrh na obmedzenie alebo vylúčenie prednostného práva na upísanie akcií a navrhovanú výšku emisného kurzu akcií; predstavenstvo je povinné v čase medzi zvolaním valného zhromaždenia, ktoré o obmedzení alebo vylúčení práva rozhoduje, a jeho konaním bezodkladne na požiadanie akcionára poskytnúť mu túto písomnú správu, inak pred otvorením tohto valného zhromaždenia. Ustanovenia § 184 ods. 6 až 8 sa použijú primerane.“

²² Podľa § 204a ods. 7 OBZ: „Ak je podľa uznesenia valného zhromaždenia účelom zvýšenia základného imania vydanie akcií zamestnancom spoločnosti, je to dôležitý záujem spoločnosti, aby sa obmedzili alebo vylúčili práva na prednostné upísanie akcií podľa odseku 5.“

po nadobudnutí akcií, a na strane druhej, záujmy akcionárov na uskutočnení predaja akcií a ich dobrovoľného exitovania zo spoločnosti. Výkup vlastných akcií musí spoločnosť realizovať za podmienok OBZ.²³

Ustanovenie § 161a ods. 5 OBZ²⁴ umožňuje, aby stanovy vylúčili aplikáciu § 161a ods. 2 písm. a), pokiaľ sa výkup realizuje za účelom prevodu akcií na zamestnancov (t.j. rozhodovanie valného zhromaždenia v uvedenej otázke ako aj schvaľovanie podmienok výkupu). Vtedy však OBZ vyžaduje, aby akcie vykúpené spoločnosťou bez predchádzajúceho rozhodnutia valného zhromaždenia, boli zamestnancom prevedené do 12 mesiacov odkedy ich nadobudla spoločnosť. A napokon, vždy je vhodné (aj z pohľadu ochrany predstavenstva), pokiaľ sami akcionári na valnom zhromaždení odsúhlasia podmienky pre nadobúdania vlastných akcií.

ZÁVER

ESOP ako taký, je na Slovensku stále málo diskutovanou témou. Trendy odmeňovania zamestnancov podielmi možno sledovať takmer výhradne len v prostredí začínajúcich *startupových* spoločností. Navyše aj v ich prípade sa v praxi využívajú skôr fantómové modely oproti reálnym ekvityným modelom. U malých a stredných podnikov sa jedná len o pár spoločností, ktoré chcú byť pokrokovejšie a snažia sa zvýšiť angažovanosť svojich zamestnancov na chode spoločnosti, resp. snažia sa myslieť na ich budúcnosť po tom, ako zo spoločnosti odídu.²⁵ V rámci veľkých podnikov nesúcich právnu formu a.s. sa odmeňovanie zamestnancov s využitím ESOP programov takmer nevidno. Príčin existencie tohto stavu je v domácich podmienkach viacero, od negatívnych historických skúseností ľudí s vlastníctvom zamestnaneckých akcií až po neochotu spoločností púšťať sa v našich podmienkach do „experimentov“ s väčšou zainteresovanosťou zamestnancov do rozhodovacích procesov spoločnosti, či nedostatočná motivácia pre zavádzanie

²³ Podľa § 161a ods. 2 OBZ: „Spoločnosť alebo osoba konajúca vo vlastnom mene a na účet spoločnosti môže nadobúdať vlastné akcie podľa odseku 1, ak

a) nadobudnutie akcií schváli valné zhromaždenie, ktoré súčasne určí podmienky, za ktorých môže spoločnosť vlastné akcie nadobudnúť, najmä najvyšší počet akcií, ktoré môže spoločnosť nadobudnúť, lehotu, počas ktorej môže spoločnosť akcie nadobudnúť, ktorá nesmie presiahnuť 18 mesiacov, a pri odplatnom nadobudnutí akcií najnižšiu a najvyššiu cenu, za ktorú môže spoločnosť akcie nadobudnúť,

b) nadobudnutím akcií neklesne vlastné imanie spoločnosti pod hodnotu základného imania spolu s rezervným fondom (§ 217), prípadne ďalšími fondmi vytváranými spoločnosťou povinne podľa zákona zníženú o hodnotu nesplateného základného imania, ak táto hodnota ešte nie je zahrnutá v aktívach uvedených v súvahe podľa osobitného zákona,

c) emisný kurz nadobúdaných akcií je úplne splatený.“

Podľa § 161a ods. 3 OBZ: „Predstavenstvo je povinné zabezpečiť splnenie podmienok podľa ustanovení odseku 2 písm. b) až c).“

²⁴ Podľa § 161a ods. 5 OBZ: „Stanovy môžu určiť, že ustanovenie odseku 2 písm. a) sa nepoužije na nadobudnutie vlastných akcií spoločnosti na účel ich prevodu na zamestnancov spoločnosti. Takto nadobudnuté akcie musia byť prevedené na zamestnancov spoločnosti do 12 mesiacov od ich nadobudnutia spoločnosťou.“

²⁵ PAŠEK, P. ESOP a malé & stredné podniky. [online]. [citované 27.8.2024] Dostupné na internete: <https://accace.sk/esop-a-male-a-stredne-podniky/>

ESOP programov, a to najmä z daňového uhľa pohľadu. ESOP je ale aj o zmene myslenia zúčastnených aktérov, kde zámerom je celková zmena zmýšľania zo zamestnaneckého na podnikateľské. A to si vyžaduje čas, ako aj veľa vzdelávania.²⁶

POUŽITÉ PRAMENE

1. BARANCOVÁ, H. Zákonník práce. Komentár. 2. vydanie, Praha: C. H. Beck, 2012
2. DVOŘÁK, T. Akciová spoločnosť a Evropská spoločnosť, Praha: ASPI, a.s., 2005
3. GRAMBLIČKOVÁ, B., MAZÚR, J., BARKOCI, S. Právo startupových spoločností: správa, financovania a duševné vlastníctvo. Bratislava : C. H. Beck. 2023. ISBN: 978-80-8232-032-2
4. JANÁČ, V. Odmeňovanie zamestnancov kapitálovou účasťou v akciovej spoločnosti. Právny obzor, 98, 2015, č. 5
5. KELSO, L., HETTER, P. How to turn eighty million workers into capitalist on borrowed money. New York: Random House. 1967
6. SAPÁKOVÁ, J., MAKÚCHOVÁ S.: Zamestnanecké akcie z hľadiska pracovného práva a v kontexte novely zákona o dani z príjmov. In Pracovné právo. 2024
7. PALA, R., FRINDRICH, J., PALOVÁ, I., MAJERIKOVÁ, M. In OĽGA OVEČKOVÁ a kolektív. Obchodný zákonník. Veľký komentár. Bratislava: Wolters Kluwer s.r.o., 2017
8. ROSEN, C., RODRICK, S. Understanding ESOPs. The National Center for Employee Ownership. 2024
9. internetový zdroj: HRONČEK, R. Zamestnanecké akcie. [online]. [citované 27.8.2024] Dostupné na internete: <https://www.legalfirm.sk/sk/stranky/clanok/zamestnanecke-akcie-1-cast>
10. internetový zdroj: LACZYNSKI, M. ESOP For Startups: What is ESOP and how does it benefit startup? [online]. [citované 27.8.2024] Dostupné na internete: <https://www.vestbee.com/blog/articles/esop-for-startups-what-is-esop-and-how-does-it-benefit-startup?>
11. internetový zdroj: PAŠEK, P. ESOP a malé & stredné podniky. [online]. [citované 27.8.2024] Dostupné na internete: <https://accace.sk/esop-a-male-a-stredne-podniky/>

KONTAKT NA AUTORA

v.janac@gmail.com
Ústav štátu a práva SAV, v.v.i.
Klemensova 19
813 64 Bratislava
Slovenská republika

²⁶ Tamtiež

Jędrzej Jerzmanowski, PhD¹

Adam Mickiewicz University in Poznań, Faculty of Law and
Administration

**The spillover effect of the European law of cross-border mergers on
local rules on domestic mergers – the case of Polish side-stream mergers**

Abstract

In the European Union member states, 2023 marked a thorough revision of legislation on corporate mergers, divisions and conversions. The deadline for transposing the extensive regulations outlined in Directive 2019/2121 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions was set for 31 January 2023. Consequently, national legislators were compelled to adapt to these developments.

Since the directive specifically addresses cross-border transformations, national legislators predominantly focused on enacting new laws on transactions involving a so-called foreign element. In a number of cases, however, we have also observed the “spillover” of EU law into local regulations on domestic transactions. A notable example of this is Poland, where the spillover effect was evident, in particular as regards side-stream mergers and spin-offs.

This paper delves into Polish regulations on the former, i.e. side-stream mergers, examining the extent to which EU law “spilled over” into Polish national law. It also explores an interesting “novelty” developed by the Polish legislator – a new mechanism for the protection of creditors of companies not involved in a merger directly, but affected by its consequences. While the analysis primarily presents Polish rules in the context of EU law, it also incorporates insights from German law, which has always served as an important point of reference for the Polish legislator. Since side-stream mergers are relatively frequently used for the purpose of intra-group reorganisations, I believe that this discussion holds value for scholars not only within the EU but also in non-EU states, including the common law jurisdictions.

Key words: mergers of companies, side-stream mergers, spillover effect, directive 2019/2121.

JEL Classification: K – K220

¹ PhD, Assistant Professor at the Chair of Civil, Commercial and Insurance Law at the Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University in Poznań.

INTRODUCTION

In the European Union, 2023 was the year marked by the implementation of Directive of the European Parliament and of the Council (UE) 2019/2121 of 27.11.2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions.² The deadline for the implementation of Directive 2019/2121 was set for 31 January 2023, but hardly any national legislator managed to meet it. It was kept in Hungary, Finland and Sweden,³ while other countries recorded significant delays. For instance, in Poland the new rules implementing the Directive⁴ came into force as late as on 15 September 2023.

Directive 2019/2121 mandated member states to incorporate certain entirely new transaction types into their national legal frameworks. Notably, it introduced so-called cross-border conversions and cross-border divisions. The fact that these new types of cross-border corporate reorganisations have been recognized in EU law is deemed a significant legislative milestone, crowning the decades of efforts aimed at harmonizing the legal framework for cross-border company mobility in the European common market.⁵ To a certain extent, it also required adjustments to provisions on cross-border mergers.

In the process of adopting the new rules, national legislators grappled with the decision of confining them solely to cross-border transactions or extending the application of some of them to the domestic transactions as well. We have observed different approaches in this respect. For instance, in Poland a notable spillover of EU law into national legislation occurred, going beyond the scope covered by the Directive.⁶ The Polish legislator sought to prevent the so-called reverse discrimination, which manifests itself in a potentially worse treatment of actors involved in a domestic conversion with respect to a cross-border one.⁷ As a result, a law on domestic side-stream mergers and domestic spin-offs was enacted, even though the Directive governs only those of such processes that are of cross-border nature.

² EU OJ L 321 of 12.12.2019 p. 1 as amended, hereinafter “Directive 2019/2121”.

³ Additionally, the regulation came into force with a slight, one-day delay (i.e. on 01.02.2023) in Estonia and barely one month late in Germany (this applies to one of the two laws implementing the new rules, i.e. Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze of 22.02.2023, BGBl. 2023 I No. 51; the other one became effective earlier, i.e. on 31.01.2023) – see the EY report entitled “Directive (EU) 2019/2121 on cross-border reorganizations” https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pl_pl/noindex/2023/ey-cross-border-directive-guide.pdf, p. 4 (accessed on 08/01/2024).

⁴ Act of 16.08.2023 amending the Commercial Companies Code act (hereinafter “CCC”) and certain other acts (OJ 2023.1705).

⁵ OPUSTIL, K., MUCHA, A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*. In *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2020, no. 3, p. 138-139, 182.

⁶ There are many other countries where the acts implementing Directive 2019/2121 were used to pass a number of laws that do not result from it directly – see EY report, op.cit. pp. 6-8.

⁷ MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, J., *Rodzaje dyskryminacji*. In MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, J. (ed.) *System Prawa Unii Europejskiej*, vol. 6, *Prawo antydyskryminacyjne*. Warszawa: C.H. Beck, 2020, p. 202-205 and JASTRZEBSKI, J., *Ochrona wierzycieli spółki kapitałowej w przypadku podziału krajowego i transgranicznego*, *Progress. Journal of Young Researchers*, 2021, no. 9-10, p. 25.

This paper focuses on the discussion of the former, i.e. side-stream mergers,⁸ also known as horizontal mergers, as they take place horizontally between companies from a specific corporate group, direct or indirect subsidiaries of the same parent. For this reason they are sometimes also called “sister mergers”, even though “sister-mergers” are only one of the many sub-types of side-stream mergers.

This discussion encompasses procedural aspects of side-stream mergers, including the streamlined procedures applicable to such transactions and the new mechanisms for the protection of creditors of companies that are not directly involved in the merger, but are affected by its consequences. The analysis delves into the new Polish transaction type in the context of EU law on cross-border and domestic mergers and considers comparisons with German law.

The paper unfolds in following structure: the first part delineates the nature of the spillover effect, the second presents the EU model for side-stream merger regulations, the third discusses the new Polish rules on domestic side-stream mergers, while the fourth engages in comparative law reasoning. The concluding section encapsulates final insights.

The research methodology employed in this paper predominantly relies on the dogmatic law analysis and comparative law analysis.

1. THE NATURE OF SPILLOVER EFFECT

The spillover effect is defined as such impact of EU law on national law that prompts member states, at their own initiative, to model national law upon EU legislation.⁹ Scholars delving into this phenomenon primarily emphasize the potential obligation to interpret not only the national legislation corresponding to the scope of the directive but also the rules modelled upon it in compliance with the directive itself. Whether such obligation does indeed exist is being debated both in European and Polish literature.¹⁰ Some posit that if national provisions are adopted as a result of the spillover effect, they should undergo a pro-EU interpretation.¹¹

⁸ More on the latter e.g. in JERZMANOWSKI, J. *On the need to extend the catalogue of domestic corporate division types in the Polish Code of Commercial Companies – comments inspired by Directive 2019/2121 of the European Parliament and of the Council*. In SUCHOŹA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.) *Právo, obchod, ekonomika X*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2021.

⁹ SKIBIŃSKA, E., *Prounijna wykładnia prawa spółek w przypadku spillover effect*. In *Monitor Prawa Handlowego*, 2011, no. 1, p. 80, NAPIERAŁA, J., *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*. Warszawa: C.H. Beck, 2013, p. 377.

¹⁰ NAPIERAŁA, J., *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*. Warszawa: C.H. Beck, 2013, pp. 376-377, cf. SKIBIŃSKA, E., *Prounijna wykładnia prawa spółek w przypadku spillover effect*. In *Monitor Prawa Handlowego*, 2011, no. 1, p. 80, OPALSKI, A., *Europejskie prawo spółek*. Warszawa: LexisNexis, 2010, pp. 76-77, HABERSACK, M., VERSE, D.A., *Europäisches Gesellschaftsrecht – Einführung für Studium und Praxis*, Munich: C.H. Beck 2011, pp. 55-56, GRUNDMANN, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg 2004, p. 74.

¹¹ See, in the context of an analysis of the case law of the Court of Justice of the European Union, SKIBIŃSKA, E., *Prounijna wykładnia prawa spółek w przypadku spillover effect*. In *Monitor Prawa Handlowego*, 2011, no. 1, p. 80, who claims that “The Court has consistently maintained that it is in the unquestionable interest of the EU to avoid any interpretative discrepancies in the

Others argue that the obligation of pro-EU interpretation is confined to provisions corresponding to the scope of the directives.¹²

There are countless examples of EU law spilling into national legislation. When it comes to Polish law, notable examples include provisions on domestic mergers between private limited liability companies which, as a rule, are consistent with provisions on mergers of joint-stock companies drafted to implement Directive 2017/1132¹³ (despite the directive not governing mergers between private limited liability companies). Yet another example involves Polish provisions on the National Court Register addressing transparency, modelled upon the First Directive,¹⁴ but applicable – apart from companies and a partnership limited by shares (as prescribed by the directive) – to other types of partnerships as well.¹⁵

Interestingly, recent additions to Polish law resulting from the spillover effect include certain provisions on mergers and divisions, for instance the rules on domestic side-stream mergers (Article 515¹ and Article 516(6¹) CCC) or domestic spin-offs (Article 529(1)(5) CCC).

2. EU MODEL

2.1. Preliminaries

The EU model of side-stream merger rules is laid down in provisions on cross-border mergers, i.e. Chapter II Title II of Directive 2017/1132 (Articles 118-133a). However, no analogous rules have been defined with regard to domestic mergers, i.e. in Chapter I Title II of Directive 2017/1132 (Articles 87-117 of the Directive).

The provisions of key importance are Article 119(2)(d) (which defines and establishes the nature of side-stream mergers) and Article 132(1) of the Directive (laying down the streamlined procedures applicable to such mergers).

2.2. Definition and nature of side-stream mergers

Before Directive 2019/2121 came into force, the term “merger” within the meaning of Chapter II Title II of Directive 2017/1132 comprised three distinct

future and ensure that the terms adopted from EU law be interpreted in a consistent manner irrespectively of the circumstances (i.e. whether they have been adopted incidentally to the implementation of directives or spilled over from EU law) in which they are to be applied”.

¹² See e.g. OPALSKI, A., *Europejskie prawo spółek*. Warszawa: LexisNexis, 2010, p. 76, who nonetheless adds that directives may be referenced within the boundaries of the interpretative methods applied to national law, and the functional and historical interpretation in particular.

¹³ Directive of the European Parliament and of the Council (EU) 2017/1132 of 14.06.2017 relating to certain aspects of company law (EU OJ L 169 of 30.06.2017 p. 46 as amended), hereinafter “Directive 2017/1132”.

¹⁴ Directive of the European Parliament and of the Council 2009/101/EU of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty on the Functioning of the European Union, of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (OJ EU L 258 of 01.10.2009, p. 11).

¹⁵ Examples quoted after OPALSKI, A., *Europejskie prawo spółek*. Warszawa: LexisNexis, 2010, p. 76.

merger procedures, listed separately in Article 119(2) of Directive 2017/1132: (1) merger through acquisition, (2) merger by the formation of a new company and (3) a specific sub-type of a merger involving the acquisition by the parent company of its wholly owned subsidiary. Directive 2019/2121 extended this catalogue by adding a fourth merger type, known as a *side-stream merger*. As we now read in Article 119(2)(d) of Directive 2017/1132, such a merger takes place when: “one or more companies, on being dissolved without going into liquidation, transfer all their assets and liabilities to another existing company, the acquiring company, without the issue of any new shares by the acquiring company, provided that one person holds directly or indirectly all the shares in the merging companies or the members of the merging companies hold their securities and shares in the same proportion in all merging companies”.

The EU legislator distinguished two types of side-stream mergers. The first one consists of the merger between companies whose shares are owned directly or indirectly by a single shareholder. These can be either the so-called “sister-companies” (e.g. two companies, “B” and “C”, being 100% subsidiaries of “A”), as well as companies located at different levels in the vertical organisational structure of a specific holding (e.g. a “sister company” and a direct subsidiary of the other “sister”).¹⁶

The other type of side-stream mergers comprises mergers between companies whose shares are held by the same shareholders in equal proportion. An example would be where two shareholders, “X” and “Y”, each hold 50% shares in two companies, “A” and “B” respectively, and these two companies are to be merged.

Crucially, both types of mergers discussed in this paper are mergers executed exclusively through acquisition, with no new company being established.

What is of key importance, is the European legislator’s assumption that such mergers do not require the issue of any new shares. The lawmakers seem to assume that in the case of mergers between companies controlled in the same way by the same shareholders, the allocation of shares of the acquiring company to the shareholders of the company being acquired (which typically involves increasing the share capital of the acquiring company) would be an unnecessary complication. The legislator predominantly approaches such mergers from the perspective of their economic owners, i.e. the shareholders of the merging companies, noting that the aggregate value of the property in which the shareholders have a specific share before and after the merger remains identical. The scope of control of the merging companies enjoyed by existing shareholders also remains unchanged compared to the control they exercised prior to the merger (either directly or indirectly). It is for this specific reason that issuing new shares to be allocated to the existing shareholders of the merging companies is deemed unnecessary.

¹⁶ OPUSTIL, K., MUCHA, A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*. In *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2020, no. 3, p. 144, footnote 96.

2.3. Streamlined procedures applicable to side-stream mergers

In the context of a specific category side-stream mergers, Directive 2017/1132 introduced certain streamlined procedures. They are laid down in Article 132(1) of the directive, which previously eased formal requirements only with regard to cross-border upstream mergers between parent companies and their 100% subsidiaries. Now, this streamlined process has been expanded to encompass side-stream mergers as well. However, its applicability is limited to the first of the side-stream merger sub-types described above – specifically the mergers carried out by companies where one person directly or indirectly holds all shares (excluding companies which are each owned in the same proportion by the same shareholders).¹⁷

The streamlined procedures under Article 132(1) of Directive 2017/1132 involve the derogation from Article 122(b), (c), (e) and (m), Article 125 and Article 131(1)(b) of that Directive. What is more, Articles 124 and 126(1) of the Directive do not apply to the company or companies being acquired. This, in turn, has the following consequences – first of all, in such cases, the cross-border merger plan is less extensive and does not specify (as in fact it simply cannot specify): (1) the share swap ratio, (2) terms and conditions concerning the allocation of shares in the acquiring company to the shareholders of the company or companies being acquired, (3) the day from which the shares entitle their holders to participation in profit and (4) detailed offer regarding the cash compensation for the shareholders divesting from the company under Article 126a of Directive 2017/1132. Secondly, the merger plan is not subject to an examination by an independent expert. Thirdly, the rule providing that the shareholders of the company being acquired become the shareholders of the acquiring company does not apply. All of these procedural simplifications result from the fact that such mergers do not involve the issue of any new shares. Additionally, in company or companies being acquired: (1) no management board report justifying the merger is drafted and (2) no merger resolutions are adopted.

3. POLISH LAW

3.1. Preliminaries

The Polish legislator has chosen a distinct approach in regulating side-stream mergers, diverging slightly from the one laid down in Directive 2017/1132. Relevant provisions are not confined solely to the CCC chapter on cross-border mergers (i.e. Chapter 2¹ Title IV CCC), but are also incorporated in the chapter on domestic mergers (i.e. Chapter 2 Title IV CCC). Moreover, the rules on domestic mergers act as the foundational regulation for the former and are inherently more comprehensive. They are laid down in two articles of CCC, i.e. in Article 515¹ and Article 516(6¹). These provisions define side-stream mergers (Article 515¹(1) CCC), introduce streamlined procedures for one of the sub-types of side-stream mergers (Article

¹⁷ The reasons for the different treatment of the two subtypes of side-stream mergers are not entirely clear – see OPUSTIL, K., MUCHA, A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*. In *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2020, no. 3, p. 145.

516(6¹) CCC) and provide for a special creditor protection mechanism applicable to a specific merger configuration (Article 515¹(2)-(3) CCC).

Provisions on cross-border mergers are fragmentary. There is no equivalent of Article 515¹ CCC, which is a consequence of the fact that laws on cross-border mergers simply include a general clause referring to rules on domestic mergers unless the provisions on cross-border mergers state otherwise (Article 516¹(1) CCC). Meanwhile, the chapter on cross-border mergers contains only one article on side-stream mergers, i.e. Article 516¹⁵ CCC, that introduces streamlined procedures applicable to them.

Given the topic of this paper, i.e. the spillover effect of EU law on national law, the key regulation is the Polish provision on domestic side-stream mergers, which will be discussed in more detail below.

3.2. Definition and nature of side-stream mergers

In Polish law, the definition of a side-stream merger is directly drawn from Directive 2017/1132. Side-stream mergers are divided into two sub-types – the first one involves cases where one shareholder directly or indirectly holds all shares in the merging companies, while the second pertains to situations where the shareholders of the merging companies hold shares in the same proportion across all merging companies. In Polish law, side-stream merger regulations refer only and exclusively to mergers by acquisition. Obviously, this does not mean that sister companies cannot merge by establishing a new company (they obviously can), but such cases are not governed by the specific rules laid down in Article 515¹ and Article 516(6¹) CCC.

With regard to both sub-types of side-stream mergers governed by Article 515¹(1) CCC, the Polish legislator stipulates that “the merger may be carried out without allocating shares in the acquiring company”. On the basis of this rule, and in the context of spillover of EU law on Polish law, two key issues arise.

Firstly, there is a question about whether the Polish legislator (or any other national legislator in general) may allow for domestic side-stream mergers involving joint-stock companies without the allocation of shares in the acquiring company. The matter pertains specifically to mergers between such companies (and does not apply to other companies or partnerships, e.g. private limited liability companies) since the provisions of Directive 2017/1132 apply to joint-stock companies only. Some foreign scholars, like D. Mayer and S. Weiler,¹⁸ expressed their negative view on the matter, claiming that introducing an option to merge German joint-stock companies without the allocation of new shares in the acquiring company is in breach of EU laws, which simply do not permit such an option with regard to domestic mergers. Nevertheless, it is my perspective that domestic side-stream mergers involving joint-stock companies can be allowed without allocating the shares of the acquiring company. While Article 89 of Directive 2017/1132, which lays down the normative model for mergers by acquisition (as discussed in this paper), implies the issue of

¹⁸ MAYER, D., WEILER, S., *Neuregelungen durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (Teil I)*, Der Betrieb, 2007, no. 22, p. 1239.

new shares by the acquiring company to be taken up by the shareholders of the company being acquired to be inherent in every merger, this argument should not be considered decisive. In my view, given the wording of Article 88 of the Directive, we should assume that the rules laid down in Article 89 ff. of the Directive are applicable to “mergers by acquisition” as defined in that article. This interpretation does not preclude a potential extension of the domestic catalogues of mergers by adding side-stream mergers carried out without increasing the share capital of the acquiring company. It is also worth noting that, in the context of Article 135 of Directive 2017/1132 (on divisions), it is assumed that national legislators may expand their own (domestic) catalogues of corporate divisions with respect to the list laid down in the Directive.¹⁹

Secondly, it is noteworthy that in Article 515¹(1) CCC, the Polish legislator used a slightly different wording compared to the majority of language versions of the Directive. While most of such versions state that the merger takes place without the issue of any new shares,²⁰ Article 515¹(1) CCC specifies only that a side-stream merger “may be” carried out without the allocation of new shares of the acquiring company. This seems to suggest that, provided that the partners decide to do so, in Polish side-stream mergers it is possible, as an alternative solution, to allocate shares in the acquiring company.

This structure of Article 515¹(1) CCC once again prompts a reflection on the correctness of the Polish regulation. In response to this issue, it is crucial to note that the content of Article 515¹(1) CCC was not developed by the Polish legislator independently. Instead, it results from a mechanical transfer of the wording used in the Polish version of Article 119(1)(d) of Directive 2017/1132 (unfortunately imprecisely translated from the English language). This is where the Polish wording “przenosi swoje aktywa na inną (...) spółkę (...) bez konieczności emisji nowych akcji lub ustanawiania nowych udziałów” [transfers all its assets to another (...) company (...) without the necessity to issue any new shares] was originally used. The expression “without the necessity” suggests that such an issue is, nevertheless, possible, should parties so decide.

The Polish language version of the Directive, like any other version, constitutes its official text. Thus, it seems that also the wording included in Article 515¹(1) CCC is accurate. In consequence, based on Polish law, it is indeed possible to carry out side-stream mergers both with and without the allocation of shares in the acquiring company. This conclusion should raise no doubts, especially with regard to domestic side-stream mergers. One should bear in mind that – as far as such mergers are concerned – it is only the outcome of the spillover of EU law into Polish law, while the Polish legislator, acting beyond the scope of the directive, in fact enjoyed full discretion to determine what the domestic rule would be.

¹⁹ OPALSKI, A., *Europejskie prawo spółek*. Warszawa: LexisNexis, 2010, p. 476.

²⁰ This is the case, in particular, of the English language version; analogous wording is found in e.g. the German (“ohne dass die übernehmende Gesellschaft neue Anteile ausgibt”), French (“sans émission de nouvelles actions”), Italian (“senza che questa emetta nuove azioni”) and Spanish texts (“sin que la sociedad absorbente emita nuevas acciones”).

Regardless of the foregoing, it is crucial to emphasize that streamlined procedures provided by the Polish legislator in provisions on side-stream mergers apply to mergers which do not involve the allocation of shares in the acquiring company anyway. As a result, even if a side-stream merger is carried out with the increase of the share capital of the acquiring company, then, even though such merger is acceptable on the grounds of Polish law, the streamlined procedures laid down in Article 516(6¹) CCC will not apply.

3.3. Streamlined procedures applicable to do domestic side-stream mergers

Streamlined procedures applicable to domestic side-stream mergers are laid down in Article 516(6¹) CCC. According to this provision, specific regulations – Articles 494(4), 499(1)(2)-(4), 502 and 503 CCC – do not apply to mergers by acquisition where one shareholder directly or indirectly holds all shares in the acquiring and acquired companies, provided that the merger takes place by acquisition without the allocation of shares in the acquiring company. Additionally, Articles 501 and 506 CCC do not apply to the company being acquired. The requirement to announce or make available the merger plan referred to in Article 500(2) and 500 (2¹) CCC and to make available the documents referred to in Article 505(1) CCC must be met at least one month before the date of the shareholders' meeting or the general meeting of the acquiring company at which the decision concerning the merger is to be made.

Also in this case, the Polish legislator drew upon EU regulation on cross-border mergers, making this a case of the “spillover effect” as well. The specific exemptions have the following sense and purpose: Article 494(4) and Article 499(1)(2)-(4) pertain to the share swap ratio, the share allocation rules, the determination of the date from which such shares entitle their holders to participate in profits and the date on which the shareholders of the company being acquired become the shareholders of the acquiring company. All these regulations become pointless if the merger process does not involve the allocation of any shares in the acquiring company. Articles 502 and 503 CCC mandate that the merger plan be audited by an expert auditor. The derogation from these rules in the case of side-stream mergers is motivated by the fact that the key element of auditor's opinion, i.e. the verification of the correctness of the share swap ratio, cannot be audited in stream-side mergers as it is not determined at all. Meanwhile, Articles 501 and 506 contain rules that mandate the drafting of a management board report with rationale for the merger and the adoption of merger resolutions. The derogation from these rules with regard to companies being acquired results from the assumption that the report and resolution of the acquiring company would be sufficient (since both companies remain under analogous control).

As regards the latter area, the spillover effect has produced a rather intriguing situation, where one article (Article 516 CCC) currently incorporates several incoherent rules. This article outlines certain streamlined procedures not only for side-stream mergers, but also, as mentioned earlier, e.g. for upstream mergers. In the former case, it is acceptable to proceed with a merger without adopting merger resolutions in companies being acquired, while in the latter a merger can be carried

out without the adoption of a resolution by the acquiring company. Unfortunately, the inclusion (without much justification) of two very different rules in a single article undermines the coherence of the code and appears incorrect. The fact that it results from the “spillover” of EU law is an insufficient argument to consider it as a positive development.

Streamlined procedures laid down in Article 516(6¹) CCC apply exclusively to mergers between companies directly or indirectly owned by a single shareholder and do not extend to mergers involving shareholders owning shares in the merging companies in the same proportion. This situation is challenging to accept and difficult to understand;²¹ nevertheless, it is also a product of the spillover of EU law into Polish law. One could only hope that over time the EU legislator will extend the option to apply streamlined procedures, currently reserved for the first type of cross-border side-stream mergers, to the mergers of the other type. This extension could be proposed during the review to be carried out by 01.02.2027 on the basis of the so-called review clause laid down in Article 4 of Directive 2019/2021. In such a scenario, one could expect that the Polish legislator would decide likewise with regard to domestic mergers.

3.4. New rules on creditor protection

When transposing EU laws on cross-border side-stream mergers into CCC, the Polish legislator took a step further and designed a special mechanism to protect creditors in certain mergers. This choice was fully acceptable from the legal standpoint, since EU law regulates the matters of creditor protection in the context of mergers only to a small extent. Obviously, the entire Directive 2017/1132 is aimed, among other things, at the protection of creditors of the merging companies.²² However, its provisions are fairly general in this respect (see in particular Article 99 of the Directive, which provides that the laws of Member States are to ensure an “adequate” system for the protection of interests of the creditors of the merging companies; the article merely sets out the minimum protection requirements that must be met, but fails to outline any detailed mechanisms).

The new mechanism designed by the Polish legislator for side-stream mergers merits to be presented in more detail, as it is a product of an interesting observation that in some cases creditors are not protected at all. This pertains not so much to the creditors of the acquiring or acquired companies, but the creditors of a company not involved in the merger directly but rather affected by it (i.e. parent company of the company being acquired by another company in a side-stream merger). One example would be a side-stream merger where one shareholder “X” holds shares in two companies: “A” and “B”, company “A” additionally holds all shares in company “C” and the merger takes place between “C” (company being acquired) and “B”

²¹ Cf. OPUSTIL, K., MUCHA, A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*. In *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2020, no. 3, p. 145.

²² See e.g. recital 51 of Directive 2017/1132, which provides that “creditors, including debenture holders, and persons having other claims on the merging companies should be protected so that the merger does not adversely affect their interests”.

(acquiring company). As a result, one of “sister companies” acquires a “daughter company” of the other “sister company”, while “A” is not allocated shares in “B”.

This is specifically the transaction type with regard to which the Polish legislator introduced a special rule in Article 515¹(2)-(3) CCC. It provides that if one shareholder directly or indirectly holds all shares in the company being acquired and the merger takes place without the allocation of any shares in the acquiring company, the creditor of the company not involved in the merger, directly or indirectly holding all shares of the company being acquired may request the company to establish a security for their claims within one month from the announcement of the merger plan, provided that the creditor makes probable that the merger threatens the satisfaction of such claims (§2). In the case of a dispute, a court competent for the registered office of the company referred to in §2 makes a decision to grant security to a creditor at creditor’s request lodged within two months from the announcement of the merger plan (§3).

The drafters of the new rule explain that, in the case in question, the company not involved in the merger (in our example – company “A”) will not receive a compensation for the lost property in the form of shares of the acquiring company (in our example – company “B”), while the creditors of the former (“A”) will not be able to rely on the classic protection measures designed for the creditors of merging companies (in Articles 495 and 496 CCC). These provisions protect the creditors of the merging companies, while company “A” is not directly involved in the merger. Its liabilities are not transferred to the acquiring company (“B”) by way of universal succession, while the potential source from which the creditors of “A” could be satisfied, namely shares in “C”, are transferred to “B” without any equivalent for company “A”. This is why a different protection measure, of *ex ante* nature, must be applied in this case.

The content of Article 515¹(2)-(3) is largely similar to the rule laid down in Article 496(2) CCC, which in turn results from the implementation of Article 99(2) of Directive 2017/1132. Pursuant to this provision, creditors of a merging company who notified their claims within six months from the merger announcement date and demonstrated that the satisfaction of their claim is likely to be threatened by the merger can request the court locally competent for the registered office of the acquiring or newly formed company to grant them adequate security for their claims, provided that no such security was established by the merging acquiring company or the newly formed company.

The structure of Article 515¹(2)-(3) CCC is very similar, but it pertains to a different group of creditors. The Polish legislator was right to point out to the lack of protection of a certain group in side-stream mergers, i.e. the group of creditors of the company not involved in the merger. This observation may be inspiring also for legislators from other member states who allowed for the spillover of rules on cross-border side-stream mergers into domestic laws, but failed to provide the creditors of companies not involved in the merger with analogous protection.

4. GERMAN LAW AS AN ADDITIONAL POINT OF REFERENCE

As mentioned in the introduction to this paper, national legislators proceeded with the implementation of Directive 2017/1132 amended by Directive 2019/2121 at a different pace. Their approach to the implementation of this law, especially in terms of the spillover of EU law on domestic side-stream mergers, varies as well. To provide a comparison to the Polish rules, it is worthwhile to analyse the German regulations, since German provisions are the ones most frequently used by the Polish lawmakers as a model.

Side-stream mergers (so-called *Verschmelzungen von Schwestergesellschaften* or *Seitwärtsverschmelzungen*) have been discussed in Germany since the 1970s. Initially, the analyses of German scholars focused mostly on tax issues, in particular those related to the so-called hidden profit distributions (DE *verdeckte Gewinnausschüttungen*).²³ Shortly afterwards, what caught their attention was the topic of admissibility of side-stream mergers without increasing the share capital of the acquiring company (or with a minimum increase thereof), with special focus on mergers involving excessively leveraged companies. German courts have issued a number of interesting judgements on these matters as well.

Generally speaking, two major currents could be distinguished in German scholarships and case law. The representatives of the first (and prevailing) one allowed for side-stream mergers without increasing the share capital of the acquiring companies.²⁴ Those who supported the other current, held the opposite view.²⁵

In 2007, the German law on mergers (*Umwandlungsgesetz*)²⁶ was significantly modified, as §54 and §68 of the Act concerning mergers involving private limited

²³ See the literature quoted in PRIESTER, H.J., *Notwendige Kapitalerhöhung bei Verschmelzung von Schwestergesellschaften*, Betriebs-Berater, 1985, no. 6, p. 363, footnote 1.

²⁴ See e.g. PRIESTER, H.J., *Notwendige Kapitalerhöhung bei Verschmelzung von Schwestergesellschaften*, Betriebs-Berater, 1985, no. 6, pp. 363-366, HECKSCHEN, H., *Amerkung zu BayObLG, Beschluss vom 24.5.1989*, Der Betrieb, 1989, no. 31, pp. 1560-1562, KRIEGER G., *Der Konzern in Fusion und Umwandlung*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1990, no. 3, p. 522, KNOTT, H., *Gläubigerschutz bei horizontaler und vertikaler Konzernverschmelzung*, Der Betrieb, 1996, no. 48, p. 2424, NARASCHEWSKI, A., *Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von GmbH*, GmbH Rundschau, 1998, no. 8, pp. 360-361, as well as other literature quoted in WINTER, M., VETTER, J., *§54 – Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung*. In LUTTER, M. (ed.), *Umwandlungsgesetz. Kommentar*. Cologne: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014, p. 939, footnote 6; see also LG München judgement of 22.01.1998, case No. 17 HKT 623/98, GmbH Rundschau, 1999, No. 1, pp. 35-36.

²⁵ See e.g. PETERSEN, J., *Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht*. Munich: C.H. Beck, 2001, p. 208 ff., cf. ZEIDLER, F., *Verschmelzung mit Schwester-GmbH/Anteilsgewährung und Kapitalerhöhung – Anmerkung*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 1990, no. 4, p. 176; see also a brief case law review in REICHERT, J., *§54 – Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung*. In SEMLER, J., STENGEL, A. (eds.), *Umwandlungsgesetz*, Munich: C.H. Beck, 2007, p. 629 and the judgements themselves: of the Supreme Court of Bavaria (BayObLG) of 24.05.1989, case No. BReg. 3 Z 20/89, Der Betrieb, 1989, No. 31, pp. 1558-1560, KG (Kammergericht) of 22.09.1998, case No. 1 W 4387/97, Der Betrieb, 1998, No. 50, pp. 2511-2513 and OLG Frankfurt of 10.03.1998, case No. 20 W 60/98, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, No. 28, pp. 1191-1193 and OLG Hamm of 3.08.2004, case No.15 W 236/04, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2005, No. 15, pp. 662-663 (*obiter dictum* comments).

²⁶ Act of 28.10.1994; Bundesgesetzblatt I S. 3210, 1995 I S. 428 ff. as amended.

companies and joint-stock companies respectively were extended by adding provisions that allow for abstaining from allocating the shares in the acquiring company to the shareholders of the company being acquired, provided that the shareholders of the companies being acquired waive their right to receive the new shares before a notary. This rule is not dedicated to side-stream mergers specifically, but it has been commonly claimed that it may be applied to them as well. Although it requires consent of all shareholders of the company being acquired, in the case of side-stream mergers obtaining such consent typically is problem-free, unless we are dealing not so much with mergers between 100% (direct or indirect) subsidiaries of a single parent, but rather mergers between companies of identical (but broader) ownership structure (especially where minority interest is in conflict with majority shareholders).

Since, unlike e.g. the Polish regulation, the rule contained in the German §54 and 68 UmwG is not *expressis verbis* dedicated to side-stream mergers, it also does not include exemptions from certain procedural obligations that would apply to such transactions specifically. However, such exemptions are granted in general provisions of §8(3) and §9(3) UmwG which allow for waiving – at consent of all shareholders of the merging companies – the obligation to draft a report with rationale for the merger and to have the merger plan audited by an expert auditor.²⁷ Previous regulations allowed for the application of such rules to side-stream mergers as well, although relevant provisions did not explicitly provide so.

The situation changed as a result of the most recent amendment to §8(3) UmwG (which, according to §9(2) UmwG, is also applicable accordingly) arising from the act implementing Directive 2019/2121 (*Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze*) of 2023.²⁸ It directly provided that the streamlined procedures referred to above are applicable to side-stream mergers currently referred to in §8(3) UmwG.

When comparing the German regulation with the Polish one, the Polish rules come across as more transparent. Polish provisions on side-stream mergers are laid down in two adjacent articles (Article 515¹ and Article 516 CCC), while in the case of Umwandlungsgesetz one needs to look for them in different parts of the act (§54, §68, §8, §9 UmwG). They also directly define side-stream mergers and specify that such transactions may be carried out without allocating shares in the acquiring company (which, in German law, must be deduced from the law by applying complex interpretative procedures). However, the coherence of Polish provisions in this respect is not merely a consequence of the single transposition of the rules contained in Directive 2019/2121 into CCC, and the spillover of EU law into Polish law has had very positive impact in this case.

A glance at the regulations in other states shows that the approaches of the legislators vary significantly, often depending on when specific lawmakers expressed interest in side-stream mergers for the first time (following the effective

²⁷ See also STRATZ, R.-C., §54 – *Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung*. In SCHMITT, J., HÖRTNAGL, R., STRATZ, R.-C. (eds.). *Umwandlungsgesetz. Umwandlungssteuergesetz*, Munich: C.H. Beck, 2016, p. 508.

²⁸ See footnote 3 above.

date of Directive 2019/2121 or much earlier). It is precisely depending on when the need to codify side-stream mergers was identified in a specific state that we either find rules directly designed with side-stream mergers in mind or those applicable to them only because of their more universal nature (cf. for example §224(2) of the Austrian öAktG²⁹, Article 23(1)(b) and Article 24(1) of the Swiss FusG,³⁰ Article L236-3(II)(3°) and (4°) of the French Code de Commerce,³¹ and Article 2505 of the Italian c.c.³²).

The topic of side-stream mergers becomes more prominent also in international case law. There are already many judgements on this topic; interestingly, most of them come from the period where specific regulations on such transactions were lacking from national law of specific states. Surprisingly, this applies even to cross-border mergers. In particular, one could refer to the judgements by English courts in cases *Re Olympus* (of 2014),³³ *Re Easynet* (of 2016)³⁴ and *Re Interoute Networks* (of 2019),³⁵ where the courts allowed for cross-border side-stream mergers without increasing the share capital of the acquiring company still on the basis of the law in force before the amendment to Directive 2017/1132 by Directive 2019/2121.³⁶

The case law trend initiated at that time is bound to be upheld.

CONCLUSION

The analysis sheds light on the impact of EU law and its influence on the national legislation of European Union member states. Not only does EU law shape the national legislation within the directives' specified scope, but it also "spills over" into the areas not covered directly by EU rules. A noteworthy illustration of this phenomenon is found in EU regulations on cross-border side-stream mergers, which "spill over" the regulations applicable to domestic mergers. Poland serves as a compelling case study, showcasing this spillover effect: the new regulations on side-stream mergers, apart from cross-border transactions (as required by Directive 2019/2121), were extended to domestic mergers as well.

Contrary to initial impressions, as illustrated in the analysis, the adoption of national rules on side-stream mergers analogous to those applicable to cross-border mergers covered by the Directive proved to be a challenging task. The difficulties concerned in particular the domestic mergers between joint-stock companies, governed by Directive 2017/1132 (without any exceptions for side-stream mergers). This raises uncertainties regarding: (1) the possibility of effecting such mergers

²⁹ Aktiengesetz of 31.03.1965 (Bundesgesetzblatt No. 1965/98 as amended).

³⁰ Fusionsgesetz of 3.10.2003 (Systematische Sammlung des Bundesrechts 221.301, AS 2004 S. 2617 ff., as amended).

³¹ Code de Commerce of 24.07.1966 (Loi n°66-537 as amended).

³² Il Codice Civile of 16.3.1942 (Gazzetta Ufficiale No. 79 of 4.04.1942, Serie Generale, as amended).

³³ Judgement in the case of *Re Olympus UK Ltd.* [2014] EWHC 350 (Ch).

³⁴ Judgement in the case of *Easynet Global Services Ltd* [2016] EWHC 2681 (Ch).

³⁵ Judgement in the case of *Re Interoute Networks Ltd* [2019] EWHC 1030 (Ch).

³⁶ More in SCHMIDT, J., *Company Law Package: neue Sonderregelungen für Konzernverschmelzungen*, In DAUNER-LIEB, B. et al. (ed.), *Festschrift für Barbara Grunewald zum 70. Geburtstag*. Cologne: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2021, pp. 1006-1008.

without allocating shares of the acquiring company to the shareholders of the company being acquired, and (2) the introduction of special streamlined procedures, not provided for in the Directive, applicable to domestic mergers. On the other hand, developing rules for mergers involving companies that are not covered by the Directive at all (e.g. mergers between private limited liability companies) proved to be more straightforward.

Yet another source of problems in the process of spillover of EU law into national law may concern the linguistic inconsistencies between the specific language versions of the directives. This is best exemplified by Article 515¹(1) CCC, mechanically transferred to CCC from the Polish version of Article 119(2)(d) of Directive 2017/1132. However, this version contains a translation that differs from other language versions.

Despite these difficulties, the spillover effect of EU law into domestic legislation is highly desirable. When it comes to the company mergers discussed in this paper, it prevents the so-called reverse discrimination, which manifests itself in a potentially worse treatment of actors involved in a domestic conversion with respect to a cross-border one. What is more, EU law may serve as an inspiration for lawmakers from third states (just like foreign law may be inspiring for the EU legislator). They could foster an exchange that allows us to identify certain lacunae and fill them in by adopting necessary amendments. One good example of this process are the new Polish regulations on the protection of creditors of companies not directly involved in a side-stream merger, but nevertheless affected by it (Article 515¹(2)-(3) CCC). In this case, the Polish legislator identified a major threat to the creditors of such companies and developed a special mechanism to protect them. The resultant regulation may be an interesting source of inspiration for the lawmakers in other states.

REFERENCES

1. GRUNDMANN, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004. 557 p. ISBN 978-3811451285.
2. HABERSACK, M., VERSE, D.A., *Europäisches Gesellschaftsrecht – Einführung für Studium und Praxis*, Munich: C.H. Beck, 2011. 531 p. ISBN 978-3406608834.
3. HECKSCHEN, H., *Amerkung zu BayObLG, Beschluss vom 24.5.1989*. Der Betrieb ISSN 0005-9935, 1989, no 31.
4. JASTRZEBSKI, J., *Ochrona wierzycieli spółki kapitałowej w przypadku podziału krajowego i transgranicznego*, Progress. Journal of Young Researchers ISSN 2543-8638, 2021, no. 9-10, p. 13-27.
5. JERZMANOWSKI, J. *On the need to extend the catalogue of domestic corporate division types in the Polish Code of Commercial Companies – comments inspired by Directive 2019/2121 of the European Parliament and of the Council*. In SUCHOŻA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.) *Právo, obchod, ekonomika X*.

- Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2021. 264 p. ISBN 978-80-574-0035-6.
6. KNOTT, H., *Gläubigerschutz bei horizontaler und vertikaler Konzernverschmelzung*. Der Betrieb ISSN 0005-9935, 1996, no. 48.
 7. KRIEGER, G., *Der Konzern in Fusion und Umwandlung*. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ISSN 1612-7048, 1990, no. 3.
 8. MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, J., *Rodzaje dyskryminacji*. In MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ, J. (ed.) System Prawa Unii Europejskiej, vol. 6, *Prawo antydyskryminacyjne*. Warszawa: C.H. Beck, 2020. 562 p. ISBN 978-83-8198-271-9.
 9. MAYER, D., WEILER, S., *Neuregelungen durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (Teil I)*. Der Betrieb ISSN 0005-9935, 2007, no. 22.
 10. NAPIERAŁA, J., *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*. Warszawa: C.H. Beck, 2013. 496 p. ISBN 978-83-255-5447-7.
 11. NARASCHEWSKI, A., *Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von GmbH*. GmbH Rundschau ISSN 0016-3570, 1998, no. 8.
 12. OPALSKI, A., *Europejskie prawo spółek*. Warszawa: LexisNexis, 2010. 667 p. ISBN 978-83-7620-360-7.
 13. OPLUSTIL, K., MUCHA, A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*. In Transformacje Prawa Prywatnego ISSN 1641-1609, 2020, no. 3, p. 125-186.
 14. PRIESTER H.J., *Notwendige Kapitalerhöhung bei Verschmelzung von Schwestergesellschaften*. Betriebs-Berater ISSN 0340-7918, 1985, no. 6.
 15. PETERSEN, J., *Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht*. Munich: C.H. Beck, 2001. 396 p. ISBN 978-3406481246.
 16. REICHERT, J., §54 – *Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung*. In SEMLER, J., STENGEL, A. (eds.), *Umwandlungsgesetz*. Munich: C.H. Beck, 2007. 2575 p. ISBN 978-3406550577.
 17. SCHMIDT, J., *Company Law Package: neue Sonderregelungen für Konzernverschmelzungen*, In B. DAUNER-LIEB et al. (eds.), *Festschrift für Barbara Grunewald zum 70. Geburtstag*. Cologne: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2021. 1452 p. ISBN 978-3504060633.
 18. SKIBIŃSKA, E., *Prounijna wykładnia prawa spółek w przypadku spillover effect*. In Monitor Prawa Handlowego ISSN 2083-7968, 2011, no. 1.
 19. STRATZ, R.-C., §54 – *Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung*. In SCHMITT, J., HÖRTNAGL, R., STRATZ, R.-C. (eds.), *Umwandlungsgesetz. Umwandlungssteuergesetz*. Munich: C.H. Beck, 2016. 2186 p. ISBN 978-3406687172.
 20. WINTER, M., VETTER, J., §54 – *Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung*. In LUTTER, M. (ed.), *Umwandlungsgesetz. Kommentar*. Cologne: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014. 3646 p. ISBN 978-3504370190.

21. ZEIDLER, F., *Verschmelzung mit Schwester-GmbH/Anteilsgewährung und Kapitalerhöhung – Anmerkung*. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht ISSN 1434-9272, 1990, no. 4.
22. Ey report entitled „Directive (EU) 2019/2121 on cross-border reorganizations”, https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pl_pl/noindex/2023/ey-cross-border-directive-guide.pdf.

CONTACT INFORMATION

jedrzej.jerzmanowski@amu.edu.pl

Adam Mickiewicz University in Poznań, Faculty of Law and

Administration

Wieniawskiego 1

61-712 Poznań

Poland

Marcin Kielbasa Ph.D.¹

Krakow University of Economics, Faculty of Economics, Finance and Law

It's the economy, stupid? Crucial forms of Ukrainian entrepreneurship in Poland²

Abstract

Before 2014 (and especially before 2004) Poland was a country of practically 'zero migration'. After the Russian aggression to eastern part of Ukraine as well as in Crimea, it has begun to change and the full-scale Russian war on Ukraine commencing in 2022, the flow of migrants has become enormous. Among those those fleeing the war, were also businesspeople as well as those who were to become businesspeople in Poland. Given the above-mentioned outlook, the goal of the proposed article is to demonstrate crucial forms, in which the economic activity may be undertaken by Ukrainian citizens in the Republic of Poland. Given the space constraints, I shall focus in particular on two issues: single person (sole trader) business activity of natural persons, as well as posting of Ukrainian workers (residing in Ukraine and employed there) to Poland. Where appropriate – data concerning the Ukrainian entrepreneurship in Poland will also be demonstrated.

Key words: single person (sole trader) business activity, entrepreneurs, entrepreneurship, social security, European Union.

JEL Classification: K 29, K31, K33, K37, K39

INTRODUCTION

Although since the beginning of the 1990s there has been an upward trend in the number of foreigners³ residing in the territory of Poland⁴, it should be remembered

¹ Attorney-at-law; ORCID number: 0000-0002-4986-2328.

² The publication was co-financed from the subsidy granted to the Cracow University of Economics - Project number 033/EPC/2023/POT [POTENCJAŁ Programme].

³ The concept of 'a *foreigner*' is defined differently in various Polish legal acts (for more on this cf. e.g. M. Kumela-Romańska, *Administracyjnoprawny status cudzoziemca w Polsce*, LEX/el. 2017). Furthermore, in the science of law various classifications are used – see e.g. P. Majka, M. Rydzewska, I. Wieleba, *Zatrudnianie cudzoziemców. Aspekty prawne, pracownicze i podatkowe. Ze szczególnym uwzględnieniem obywateli Ukrainy*, Warszawa 2022, p. 21 et seq.]. Herein, I refer to the notion of 'a *foreigner*' as construed by the Law on Foreigners [Ustawa o cudzoziemcach, Polish Journal of Laws, 2013 item 1650, as amended] in its Article 3 point 2 – therefore meaning 'anyone who does not hold Polish citizenship'.

⁴ Cf. I. Kawka, Ł. Kozera, *Prawne aspekty podejmowania pracy w Polsce przez cudzoziemców z państw spoza Unii Europejskiej*, *Rocznik Administracji Publicznej* 2019(5), p. 40.

that only a decade ago, Poland was not only not an immigration country, but after its accession to the EU in 2004, due to the first great wave of migration from Poland⁵ (which, as it is indicated in the light of public opinion surveys, was an expression of the society's aspiration to, *inter alia*, gain opportunities for individual development through the possibility to travel freely and take up employment in other EU Member States⁶), the balance of migration in our country was negative⁷.

This picture changed substantially after 2014, i.e. after the outbreak of the war in the Eastern Ukraine. In a relatively brief timeframe, Poland has witnessed a substantial increase in immigration, transitioning from predominantly an emigration country to one characterised by both emigration and immigration. The scale of immigration in Poland has increased significantly in a fairly short time, transforming the country from an emigration country to an emigration-immigration country. Indeed, in the process, Poland became a European leader in newly issued residence permits and even a global leader when the seasonal foreign workforce was taken into account. According to available estimates, the stock of immigrants in Poland has increased from around 100,000 in 2011 to more than two million in 2019. Ukrainian citizens represented the majority of this population, and certainly, the radical change in the migration situation in Poland is attributable to the inflow from that country⁸. The Member States of the European Union jointly stated that there was a mass influx of displaced persons within the meaning of Art. 5 of Directive 2001/55/EC⁹, in order to provide for temporary protection for them. It took the form of the Council Implementing Decision 2022/382¹⁰, adopted unanimously¹¹. The very Implementing

⁵ Cf. The Statistics Poland (Główny Urząd Statystyczny, GUS), estimated the number of the Polish population staying abroad for more than two months on 1 January 2007 at 1 million 950 thousand (Statistics Poland 2007), after 1 May 2004 migration processes started to combine elements of continuity and change. Previously, they were subordinated to the political situation, limited by difficulties in leaving, lack of access to the labour market and other factors - see also H. Grzymała-Moszczyńska (ed.), *Drogi i rozdroża. Migracje Polaków w Unii Europejskiej po 1 maja 2004. Analiza psychologiczno-socjologiczna*, Kraków 2010, p. 19 et seq.

⁶ Cf. P. Biskup (red.), *Polski Instytut Spraw Międzynarodowych [The Polish Institute of International Affairs], 20 lat Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2024, pp. 21-22.

⁷ Cf. M. Duszczyk, P. Kaczmarczyk, *The War in Ukraine and Migration to Poland: Outlook and Challenges*, *Intereconomics* 2022, 57(3), s. 164. Por. także: R. King, M. Okólski, *Diverse, Fragile and Fragmented: The New Map of European Migration*, *Central and Eastern European Migration Review*, 2019, Vol. 8, No. 1, 2019 s. 25 i n.

⁸ Cf. M. Duszczyk, P. Kaczmarczyk, *The War in Ukraine and Migration to Poland: Outlook and Challenges*, op. cit.

⁹ Cf. Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, J L 212, 7.8.2001, p. 12–23, hereinafter also referred to as ‘TPD’.

¹⁰ The final text of the very Decision was published on 4 March 2022 Art. 1 thereof confirmed that the existence of a mass influx into the Union of displaced persons who have had to leave Ukraine as a consequence of an armed conflict has been established – cf. M. Kielbasa, M. Szaraniec, M. Mędrała, M. Benio, *Posting of workers from and to Poland. Facts and Figures*. 2022, Leuven: POSTING.STAT project VS/2020/0499, p. 116 et seq.

¹¹ Cf. M. I. Ciger, *What happens next? Scenarios following the end of the temporary protection in the EU*, MPC Blog of the Robert Schuman Centre at the EUI, 9 March 2023, <https://blogs.eui.eu/migrationpolicycentre/what-happens-next-scenarios-following-the-end-of-the-temporary-protection-in-the-eu/#:~:text=To%20respond%20to%20the%20large-scale%20>

Decision activated the mechanisms of the Temporary Protection Directive 2001/55. The provisions of the TPD had been transposed in Poland by way of the Act of 13 June 2003 on granting protection to foreigners within the territory of the Republic of Poland¹².

The adoption of the above-mentioned Council Implementing Decision came with some obligations and rights – for both Member States (and their institutions) and the displaced Ukrainian citizens. Of note is here that the Member States have agreed in a statement that they will not apply Article 11 of Directive 2001/55¹³ which effectively insured that persons enjoying temporary protection could generally engage in employed or self-employed activities.

On the other hand, the legal act that was supposed to respond to the need to implement the provisions of the Council Implementing Decision 2022/382 was the Act of 12 March 2022 on assistance to citizens of Ukraine in connection with the armed conflict on the territory of that country (commonly referred to as ‘Special Ukraine Law’ [“*specustawa ukraińska*”]¹⁴.

Among the Ukrainians coming to Poland and making use of the above-mentioned legal instruments, there were also entrepreneurs as well as entrepreneurs-to-be – persons who, either driven by necessity or who actually discovered passion for such activities.

This made the issue of economic activity of Ukrainian citizens an interesting research issue and inspired me to pose a question as contained in the title of my present article. I shall endeavour to reply to that question herein.

1. SINGLE PERSON (SOLE TRADER) BUSINESS ACTIVITY OF UKRAINIAN CITIZENS IN POLAND

Pursuant to the provisions of Polish law, foreign persons may undertake and carry out economic activity in the territory of the Republic of Poland in accordance with the principles set out in the Act of 6 March 2018 on the principles of participation of foreign entrepreneurs and other foreign persons in economic turnover / dealings in the territory of the Republic of Poland¹⁵. In its Art. 3 point 5, ‘foreign person’ has been defined as follows:

5) *foreign person*:

- a) *a natural person who does not hold Polish citizenship,*
- b) *a legal person with its seat abroad,*

displacement%20of%20Ukrainians,the%20Council%20Directive%202001%2F55%2FEC%2C%20%28Temporary%20Protection%20Directive-%20TPD%29.

¹² Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Polish Journal of Laws 2023, item 1504, as amended).

¹³ Cf. M. Kielbasa, M. Szaraniec, M. Mędrala, M. Benio, *Posting of workers from and to Poland. Facts and Figures, op. cit.*, p. 117 et seq.

¹⁴ Cf. Polish Journal of Laws 2022, item 583, as amended.

¹⁵ Cf. Polish Journal of Laws 2018, item 649, as amended, hereinafter referred to as ‘**The Act on principles of participation**’.

c) an organisational unit that is not a legal person, having legal capacity and having its registered office abroad (...).

Drawing from the above-mentioned provision, in Art. 4 of the Act on principles of participation, the legislator has distinguished four groups of foreign persons whose entitlement to carry out economic activity in the territory of the Republic of Poland has been subject to differentiation: 1) foreign persons hailing from Member States of the EU¹⁶, who may undertake and perform economic activity on the same principles as Polish citizens (Art. 4 section 1); 2) citizens of countries other than those listed in point 1 above, who may undertake and perform economic activity on the same principles as Polish citizens when circumstances provided for in Art. 4 section 2 of the Act on principles of participation are fulfilled; 3) other foreign persons not listed in points 1 and 2 above, who have the right to undertake and perform economic activity exclusively in the form of a limited partnership, limited joint-stock partnership, limited liability company and joint-stock company, to join such companies, as well as to take up or acquire their shares or stocks, unless international agreements provide otherwise¹⁷; 4) family members of foreign persons who may undertake economic activity in the territory of the Republic of Poland under the conditions specified in Art. 4 section 4 and 5 of the Act on principles of participation have been fulfilled¹⁸.

How do Ukrainian citizens, who are ‘foreign persons’ within the meaning thereof, actually fit the picture above? It is obvious that (unless they have dual citizenship – the other one being of the state fulfilling the criteria) they do not fall Article 4 section 1 of the Act on principles of participation. Therefore, they will rather be falling under the second of the above-mentioned categories – in accordance with Art. 4 section 2 of the Act (save for family members as described above).

One may state that there are few conditions for such Ukrainian citizens to undertake and perform economic activity in Poland. The first, crucial condition is legal residence in Poland. The second one concerns those Ukrainian citizens, who are subject to the ‘Special Ukraine Law’ and consists in the obligation to obtain PESEL identification number¹⁹. One may therefore also divide the Ukrainians who are to undertake and perform business activity in our country according to whether

¹⁶ Pursuant to Art. 3 point 6 of the **Act on principles of participation** – it denotes other than the Republic of Poland, Member States of the European Union or Member States of the European Free Trade Agreement - parties to the EEA Agreement - Iceland, Norway, Liechtenstein as well as Switzerland.

¹⁷ Cf. Art. 4 section 3 of the **Act on principles of participation**.

¹⁸ Cf. *Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. (ed.) G. Koziół, Warszawa 2019, Legalis/el. – commentary to Art. 4.

¹⁹ PESEL – is a personal identity number consists of 11 digits, that identifies exactly one person. PESEL number contains date of birth, a unique identification number, gender and a check digit. It is commonly used in contacts with various institutions and in legal transactions e.g.: official matters, e.g. wedding, change of residence, inheritance or court matters when starting work in the form of: employment contract, contract for specific work or mandate contract – cf. Department for Foreigners. The Office of Wielkopolska Province in Poznan, retrievable at: <https://migrant.poznan.uw.gov.pl/en/slownik-pojec/pesel>

they get their right of residence from the Act on principles of participation or from the Special Ukraine Law (in the latter case they also need to obtain the PESEL number). We shall now examine these two categories.

A. Ukrainian citizens covered by the residence permit pursuant to the Act on principles of participation

As mentioned above, citizens of countries other than those listed in Article 4 section 1 of the Act on principles of participation, who fulfill conditions set out in its Article 4 section 2, may undertake and perform economic activity on the same principles as Polish citizens. Ukrainian citizens may be covered by the wording of that provision, too. However, this entitlement is subject to the fulfilment of the conditions related to the status of a specific person residing in the territory of the Republic of Poland, provided for in Article 4 section 2, points 1-5. These provisions in turn refer to the legal institutions regulated primarily in: the Law on Foreigners and in other relevant laws.

Article 4 section 2 provides as follows:

2. Citizens of countries other than Member States, who:

1) have the following in the Republic of Poland:

- a) permanent residence permit,*
 - b) a long-term resident's EU residence permit,*
 - c) a temporary residence permit granted in connection with the circumstances referred to in Article 144, Article 151(1), Article 159(1) or Article 186(1)(3), (4) and (7) of the Act of 12 December 2013 on foreigners (Journal of Laws of 2021, item 2354 and of 2022, item 91),*
 - d) refugee status,*
 - e) subsidiary protection,*
 - f) humanitarian residence permit or permit for tolerated stay,*
 - g) temporary residence permit and are married to a Polish citizen residing in the territory of the Republic of Poland,*
 - h) a temporary residence permit for the purpose of carrying out business activities, granted due to continuation of already conducted business activities on the basis of an entry in the Central Register of Business Activity and Information;*
- 2) enjoy temporary protection in the Republic of Poland,*
- 3) have a valid Pole's Card ['Karta Polaka'],*
- 4) are family members within the meaning of Art. 2 Item 4 of the Act of 14 July 2006 on the entry into, residence in and exit from the Republic of Poland of nationals of the Member States of the European Union and their family members (Journal of Laws of 2021, item 1697), joining or staying with nationals of the states referred to in Paragraph 1,*
- 5) residing on the territory of the Republic of Poland on the basis of Article 108(1)(2) or Article 206(1)(2) of the Act on Foreigners of 12 December 2013 or on the basis of a stamp imprint placed in a travel document which confirms*

the submission of an application for a residence permit for a long-term resident of the European Union, if immediately prior to the submission of the application they were entitled to take up and pursue economic activity pursuant to paragraph 2(1)(c) and (g),

6) are participants of support programmes for foreigners to take up and pursue economic activity in the territory of the Republic of Poland, organised or co-organised by the entities referred to in Article 3 of the Act of 11 August 2021 on open data and re-use of public sector information (Journal of Laws, item 1641)

- may undertake and perform economic activity on the territory of the Republic of Poland on the same principles as Polish citizens.

One may observe, firstly, that the above-mentioned catalogue is a close one – therefore it lists all the legal titles (within the meaning of the Act on principles of participation), which provide legal bases for Ukrainian (and other third-country) citizens to undertake and perform economic activity in Poland on the same principles as Polish citizens. Thus, all the other potential titles (apart from the ones provided for in the Special Ukraine Law) do not entitle such citizens to the same rights as enjoyed by the Polish (EU / EFTA / Swiss) citizens in this regard.

Secondly, among the above-mentioned titles, particular attention herein concerns the issue of temporary protection of Ukrainian citizens in Poland. Temporary protection, in accordance with art. 3, sec. 9 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ('Convention') is protection within the meaning of art. 106 sec. 1 Act on principles of participation. Pursuant to that provision, foreigners arriving in large numbers in the Republic of Poland, who have left their country of origin or a specific geographical area due to a foreign invasion, war, civil war, ethnic conflicts or gross violations of human rights, may be granted temporary protection on the territory of the Republic of Poland regardless of whether their arrival was spontaneous or resulted from assistance provided to them by the Republic of Poland or the international community. Temporary protection is granted until it becomes possible for the foreigners to return to their previous place of residence, however for no longer than one year. If after a year the obstacles to the foreigners' safe return to their previous place of residence do not cease to exist, the period of temporary protection is extended for a further 6 months, however no more than twice (art. 106 sec. 2-3 Act on principles of participation)²⁰.

When it comes to the Card of the Pole (Article 4 sec. 1 item 3 of the Act on principles of participation), it may be granted to a person who declares his/her affiliation with the Polish Nation and fulfils the following conditions jointly: 1) demonstrates his/her connection to Polishness by at least a basic knowledge of the Polish language, which he/she considers to be his/her mother tongue, and knowledge and cultivation of Polish traditions and customs; 2) in the presence of a consul of the Republic of Poland, or the voivode, or an employee appointed by him/her, submits

²⁰ Cf. *Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. (ed.) G. Koziół, Warszawa 2019, Legalis/el. – commentary to Art. 4.

a written declaration of his/her affiliation to the Polish Nation; 3) demonstrates that he/she is of Polish nationality or at least one of his/her parents or grandparents or two of his/her great-grandparents were of Polish nationality, or presents a certificate from a Polish or Polish-national organisation operating on the territory of one of the countries referred to in sec. 2 of the Law on the Card of the Pole, confirming active involvement in Polish language and culture or Polish national minority activities for at least the last three years; 4) submits a declaration that he/she or his/her ascendants did not repatriate or were not repatriated from the territory of the Republic of Poland or the Polish People's Republic, on the basis of repatriation agreements concluded in the years 1944-1957 by the Republic of Poland or the Polish People's Republic with the Belarusian Soviet Socialist Republic, the Ukrainian Soviet Socialist Republic, the Lithuanian Soviet Socialist Republic and the Union of Soviet Socialist Republics, to one of the countries being a party to those agreements. The Card of the Pole may be granted only to a person who, on the day of submitting an application for the Card of the Pole, holds citizenship of the Republic of Armenia, the Republic of Azerbaijan, the Republic of Belarus, the Republic of Estonia, Georgia, the Republic of Kazakhstan, the Kyrgyz Republic, the Republic of Lithuania, the Republic of Latvia, the Republic of Moldova, the Russian Federation, the Republic of Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine or the Republic of Uzbekistan or holds the status of a stateless person in one of these states (Article 2, Section 2, of the Law on the Card of the Pole). The Card of the Pole may also be granted to a person who is a citizen of one of the above-mentioned countries, whose Polish origins have been established in accordance with the provisions of the Act of 9.11.2000 on repatriation²¹ on condition that he/she demonstrates at least a basic command of the Polish language. The Card of the Pole may only be granted to a person who does not have Polish citizenship or a permanent residence permit in the territory of the Republic of Poland. Pursuant to Article 3(1) of the Law in question, the Card of the Pole is a document confirming belonging to the Polish Nation.

B. Ukrainian citizens covered by the residence permit pursuant to the Special Ukraine Law

Article 23 of the Special Ukraine Law is a special provision (*lex specialis*) in relation to the provisions of Article 4 section 2-5 the Act on principles of participation (which is *lex generalis* in this regard). This is because it contains separate provisions on taking up and pursuing economic activity in the territory of the Republic of Poland by citizens of Ukraine within the meaning of that Law. Such interpretation confirmed inter alia by its Article 1 section 3 point 9 thereof, which provides that.

Therefore, Article 23 of the Special Ukraine Law is applicable to the issue of taking up and pursuing economic activity in the territory of the Republic of Poland by citizens of Ukraine within the meaning of the Act to the extent covered by this provision. As mentioned above, the provisions contained in Article 4 section 2-5 of the Act on principles of participation, as a general regulation, may be made use of

²¹ Cf. Polish Journal of Laws of 2018, item 609.

for those citizens of Ukraine (as citizens of a third country to Poland), who are not covered by the Special Ukraine Law.

Therefore, as long as the stay of the Ukrainian citizen in Poland is legal in the above-mentioned regard, it is only one step that separates them from the possibility of establishing an economic activity - obtaining a PESEL number. A Ukrainian citizen (as well as his or her spouse) who has legally arrived in Poland from 24 February 2022 from the territory of Ukraine will obtain a PESEL after submitting a personally hand-signed application in any municipality office on the territory of Poland.

From a practical point of view, it is important for persons planning to conduct business activities in Poland that the applicant submits an application for the so-called 'trusted profile' ["profil zaufany"] together with the application for a PESEL number. With a trusted profile, he or she will be able, among other things, to register a business online.

On the other hand, citizens of Ukraine who arrived in Poland before 24 February 2022 may either register in Poland (in which case they will automatically obtain a PESEL number) or, on similar terms to those arriving after 24 February 2022, submit an application in any municipality office²².

C. Termination of economic activity

A separate word should be dedicated to the termination of economic activity – or a specific manner thereof. Article 23(3) of the Special Ukraine Law determines the legal consequences of the future occurrence of a situation that is directly related to the performance of economic activity in the territory of the Republic of Poland by a citizen of Ukraine. It refers to the situation when the stay of a citizen of Ukraine on the territory of the Republic of Poland as an entrepreneur ceases to be legal on the basis of the Special Ukraine Law or of the Law on Foreigners. According to this provision, the occurrence of this situation results in the deletion of the entrepreneur as a citizen of Ukraine from the CEIDG, which is the basic economic register intended for natural persons. This means that the entrepreneur, as a citizen of Ukraine shall be subject to deletion from the economic register due to the loss of the right to conduct economic activity, which he is entitled to under the above-mentioned two legal acts. This deletion is of a subjective nature and takes place *ex officio* by way of an administrative decision, which is issued by the Minister competent for economy. An entrepreneur who, as a natural person, has been removed from register for the above reason, loses the right to undertake and perform economic activity in the territory of the Republic of Poland.²³

²² Cf. K. Gradowska-Kania, *Jednoosobowa działalność gospodarcza obywateli Ukrainy. Jakie warunki muszą zostać spełnione?* 30 March 2022, retrievable [in Polish:] at: <https://cgolegal.pl/baza-wiedzy/biezace-doradztwo-prawne/jednoosobowa-dzialalnosc-gospodarcza-obywateli-ukrainy-jakie-warunki-musza-spelnic/>

²³ Cf. *Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. (ed.) G. Koziół, Warszawa 2019, Legalis/el. – commentary to Art. 23.

2. POSTING OF UKRAINIAN WORKERS TO POLAND

Posting of workers in the framework of the provision of services is a relatively new (yet a very fledging one) institution in European Union law - the very concept of posting was first used in Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16.12.1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services [1]. Its growing importance is linked to the development of the cross-border provision of services within the EU, as it is an expression of the exercise of one of the freedoms of the EU internal market by employers. It is the manifestation of freedom to provide services, guaranteed by Article 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union²⁴. It covers the temporary secondment of workers to other Member States of the European Union in order to perform the service(s) requested. Construed in this way, the institution of posting is to be distinguished from the freedom of movement of workers as set out in Article 45 TFEU, which allows any EU citizen to move freely to another Member State in order to work and reside there. In contrast, the freedom to provide services enables companies to provide services temporarily in another Member State. It is for this purpose that companies can temporarily send ('post') their workers to another Member State to carry out work necessary for the provision of services²⁵. Such workers are covered by the so-called 'Basic Directive'²⁶, as well as by the provisions of Enforcement Directive 2014/67/EU²⁷ and the recently adopted Revision Directive (EU) 2018/957²⁸ (when it comes to labour law provisions)²⁹.

Posting of Ukrainian citizens (residing in Ukraine and habitually employed there) by Ukrainian-based entrepreneurs to carry out work on their behalf is in such a light a manner to make use of an opportunity to carry out services in Poland. Therefore, we are dealing in this case with Ukrainian entrepreneurs who perform economic activity by carrying out services 'using' workers they post from the territory of Ukraine (and it is such entrepreneurs' business activity that are to be taken into account in this context).

²⁴ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390.

²⁵ Cf. M. Kielbasa, *Prawa socjalne w Unii Europejskiej a granice swobód rynku wewnętrznego*, C.H. Beck, Warszawa 2017, p. 173 et seq.

²⁶ Cf. Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ L 18, 21.1.1997, p. 1–6.

²⁷ Cf. Directive of the European Parliament and of the Council of 15.05.2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System ('the IMI Regulation'), OJ L 159, 28.5.2014, p. 11–31.

²⁸ Cf. Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, PE/18/2018/REV/1, OJ L 173, 9.7.2018, p. 16–24.

²⁹ Cf. M. Kielbasa, „*Nowy wspaniały świat (delegowania pracowników)?*”, czyli o zasadności (niektórych) zmian w delegowaniu pracowników w Unii Europejskiej słów kilka [in:] *Verba volant, scripta manent : księga jubileuszowa dedykowana profesor Bogusławie Gneli*, edited by A. KAZMIERCZYK, K. MICHAŁOWSKA, M. SZARANIEC, Warszawa 2023, pp. 402 et seq.

How large actually this phenomenon is? In 2023 The State Labour Inspectorate accepted 17,061 declarations from employers posting workers to Poland, 991 notifications of changes in the data covered by the declaration submitted and 17 motivated notifications. The declarations were submitted by 2 077 foreign employers posting workers to Poland originating from 66 countries, who declared the fact of posting 30,610 workers.

The decrease in the number of posting declarations submitted to the labour inspectorate in 2023 is due, *inter alia*, to the implementation of separate notification solutions at EU level dedicated to the road transport sector (notifications of transports carried out by EU drivers are made via a public interface connected to the IMI system, and by drivers from third countries via a separate electronic form available on biznes.gov.pl, through which the fact of posting is reported to the National Labour Inspectorate). In 2023, the largest number of workers posted to Poland came from Germany (10 866 workers), Ukraine (5 974) and Belarus (2 056) – marking a significant decrease in workers posted from Ukraine to Poland³⁰.

When it comes to a foreign person who does not hail from a Member State of the Union, Art. 5 section 3 of the Act on principles of participation indicates in general that they may provide services in the territory of the Republic of Poland under the terms of international agreements binding the Republic of Poland or, in the absence of such agreements, under the principle of reciprocity. The very principle in international legal relations makes dealing with foreign persons dependent on how Polish entrepreneurs are treated in the foreign person's country of origin. Leaving aside doubts expressed as to whether ‘the provision of a service’ set out in the present section 3 is actually tantamount to the economic activity within the meaning of the very Act, or whether Article 5 section 4 refers to “cross-border service activities,” since it speaks generally of foreign persons, it should not give rise to any ambiguity seems that paragraph 3 refers to the temporary provision of a service³¹.

³⁰ Cf. *Report on the activities of the State Labour Inspectorate in 2023 [Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2023 roku]*, Warszawa 2024, p. 197 et seq.

Controls related to the delegation of foreigners to Poland reveal a problem related to the legalisation of work of foreigners who were recognised during control activities as apparently delegated to work in Poland. If their status of a posted worker is questioned, these foreigners should not be allowed to enter the Polish labour market on the basis of type C, D and E work permits. On the other hand, it is impossible to issue type A work permits for these foreigners, as their employer remains a foreign entity not based in Poland.

This problem relates, *inter alia*, to the posting to the territory of Poland by entities that do not conduct any operational activity abroad, are often established on the territory of the Republic of Poland, solely for the benefit of reducing the public and legal burden related to employment, and the persons with whom they formally establish an employment relationship are recruited on the territory of Poland. In such cases, there is a serious doubt as to the real employer, which remains de facto the Polish entity that ultimately benefits from their work.

³¹ Cf. *Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. (ed.) G. Kozieł, Warszawa 2019, Legalis/el. – commentary to Art. 5.

It seems that, by all accounts, the Agreement of 18 May 2012 on social security between the Republic of Poland and Ukraine³² is such an international agreement. It entered into force on 1 January 2014³³.

The Agreement is based on the basic principles of coordination of social security systems, viz:

- the principle of equal treatment - according to which persons to whom the Agreement applies are subject to the obligations and enjoy the rights deriving from the legislation of the other Contracting Party under the same conditions as the nationals of that Contracting Party (Article 4 of the Agreement),
- the principle of preservation of acquired rights (export of benefits) - according to which cash benefits acquired under the legislation of one Contracting Party may not be reduced, suspended, withdrawn or withheld on the grounds that the person entitled to these benefits resides in the territory of the other Contracting Party. The fact of residence in the other State shall not adversely affect the right and the amount of benefits paid (Article 5 of the Agreement),
- the principle of aggregation of insurance periods - according to which there shall be aggregation of insurance periods completed under the Polish or Ukrainian legislation, which, according to this legislation, are required for acquiring or retaining the right to social security benefits, as well as for calculating the amount of these benefits (Articles 9, 10 and 12 of the Agreement).

According to Article 6 of the Agreement, persons to whom the provisions of the Agreement apply will be subject to the legislation of the State in the territory of which they perform work. As a rule, therefore, the legislation of the State of the place of work or activity is applicable to the employment or self-employment in question.

The Agreement also provides for certain exceptions to the above rule. These are mainly due to the nature or specificity of the work (profession) performed and are commonly found in such bilateral agreements as well as in the European Union legislation. The most relevant - from the point of view of Polish-Ukrainian relations - will indeed be the exception concerning posted workers (Article 7(1) of the Agreement). Pursuant to this article, a Ukrainian worker who is posted by his/her employer to work in Poland - still - for a period of 24 months, in terms of social security, will be subject to the Ukrainian (social security) legislation and not to Polish legislation - which would follow from the general rule expressed in Article 6 of the Agreement. This provision thus allows the worker to remain in the social security regime hitherto applicable to him/her, without having to change the regime

³² Cf. Polish Journal of Laws 2013, item 1373, as amended.

³³ Cf. the information contained on the website of the Polish Social Insurance Institution (ZUS): <https://www.zus.pl/swiadczenia/emerytury-i-renty-dla-osob-pracujacych/zamieszkalych-za-granica/zasady-przyznawania-emerytur-i-rent-dla-osob-pracujacych-w-panstwach-umownych/umowa-z-ukraina-o-zabezpieczeniu-spoiecznym/informacje-ogolne>

for the period of the worker's posting. This regulation will also work the other way round, i.e. with regard to Polish workers posted to work in Ukraine.

CONCLUSION

Poland from a 'zero migration' country, after the Russian aggression to eastern part of Ukraine as well as in Crimea and the full-scale Russian war on Ukraine commencing in 2022, became the net migration one. Among those those fleeing the war, were also businesspeople as well as those who were to become businesspeople in Poland.

As indicated in the article - single person (sole trader) business activity of natural persons, as well as posting of Ukrainian workers (residing in Ukraine and employed there) to Poland – can be named among the crucial forms of Ukrainian entrepreneurship in Poland.

Given the numbers of the very activities undertaken – one may reply to the question posed in the title of the article – that indeed it is the economy and plethora of Ukrainian citizens actually made it in Poland as entrepreneurs (for the benefit of the whole Polish society).

REFERENCES

1. BARNARD C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, OUP, Oxford 2013;
2. BISKUP P. (ed.), *Polski Instytut Spraw Międzynarodowych [The Polish Institute of International Affairs], 20 lat Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2024;
3. CIGER M.I., *What happens next? Scenarios following the end of the temporary protection in the EU*, MPC Blog of the Robert Schuman Centre at the EUI, 9 March 2023;
4. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, pp. 47–390;
5. Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, J L 212, 7.8.2001, pp. 12–23;
6. Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ L 18, 21.1.1997, pp. 1–6;
7. Directive of the European Parliament and of the Council of 15.05.2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System ('the IMI Regulation'), OJ L 159, 28.5.2014, pp. 11–31;

8. Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, PE/18/2018/REV/1, OJ L 173, 9.7.2018, pp. 16–24;
9. DUSZCZYK M., KACZMARCZYK P., *The War in Ukraine and Migration to Poland: Outlook and Challenges*, Intereconomics 2022, 57(3);
10. FLORCZAK I., *Pobyt i zatrudnianie cudzoziemców w Polsce. Rozwiązania wynikające z ustawy o pomocy obywatelom Ukrainy*, C.H. Beck, Warszawa 2022;
11. GRZYMAŁA-MOSZCZYŃSKA H. (ed.), *Drogi i rozdroża. Migracje Polaków w Unii Europejskiej po 1 maja 2004. Analiza psychologiczno-socjologiczna*, Kraków 2010;
12. KAWKA I., KOZERA Ł., *Prawne aspekty podejmowania pracy w Polsce przez cudzoziemców z państw spoza Unii Europejskiej*, Rocznik Administracji Publicznej 2019(5);
13. KIEŁBASA M., *Prawa socjalne w Unii Europejskiej a granice swobód rynku wewnętrznego*, C.H. Beck, Warszawa 2017;
14. KIEŁBASA M., „Nowy wspaniały świat (delegowania pracowników)?”, czyli o zasadności (niektórych) zmian w delegowaniu pracowników w Unii Europejskiej słów kilka [in:] *Verba volant, scripta manent : księga jubileuszowa dedykowana profesor Bogusławie Gneli*, KAŹMIERCZYK A., MICHAŁOWSKA K., SZARANIEC M. (eds.), Warszawa 2023;
15. KIEŁBASA M., SZARANIEC M., MĘDRALA M., BENIO M., *Posting of workers from and to Poland. Facts and Figures. 2022*, Leuven: POSTING.STAT project VS/2020/0499;
16. KING R., OKÓLSKI M., *Diverse, Fragile and Fragmented: The New Map of European Migration*, Central and Eastern European Migration Review, 2019, Vol. 8, No. 1, 2019;
17. KOZIEŁ G. (ed.), *Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis/el.;
18. KUMELA-ROMAŃSKA M., *Administracyjnoprawny status cudzoziemca w Polsce*, LEX/el. 2017;
19. MAJKA P., RYDZEWSKA M., WIELEBA I., *Zatrudnianie cudzoziemców. Aspekty prawne, pracownicze i podatkowe. Ze szczególnym uwzględnieniem obywateli Ukrainy*, Warszawa 2022;
20. The Office of Wielkopolska Province in Poznan, <https://migrant.poznan.uw.gov.pl/en/slownik-pojec/pesel>;
21. The Polish Social Insurance Institution (ZUS): <https://www.zus.pl/swiadczenia/emerytury-i-renty-dla-osob-pracujacych/zamieszkalych-za-granica/zasady-przyznawania-emerytur-i-rent-dla-osob-pracujacych-w-panstwach-umownych/umowa-z-ukraina-o-zabezpieczeniu-spoecznym/informacje-ogolne>;
22. Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Polish Journal of Laws 2023, item 1504, as amended);

23. Ustawa z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (consolidated version Polish Journal of Laws 2024, item 167, as amended);
24. Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (consolidated version, Polish Journal of Laws 2022, item 470, as amended);
25. Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o zabezpieczeniu społecznym, sporządzona w Kijowie dnia 18 maja 2012 r. (Polish Journal of Laws 2013, item 1373, as amended).

CONTACT INFORMATION

marcin.kielbasa@uek.krakow.pl

Krakow University of Economics, Faculty of Economics,

Finance and Law

27 Rakowicka Street

31-510 Krakow

Poland

JUDr. Radka Kopčová, PhD., LL.M.¹
Paneurópska vysoká škola v Bratislave, Fakulta práva

Environmentálne klamlivé vyhlásenia v kontexte práva proti nekalej súťaži

Environmental claims ("greenwashing") in the context of the unfair competition law

Abstrakt

Súčasná doba všadeprítomnej reklamy a marketingových praktík firiem so sebou prináša aj novodobé nekalé praktiky obchodníkov, ktorí v snahe zapôsobiť na spotrebiteľov využívajú ich záujem o životné prostredie. Autor skúma takéto „environmentálne klamlivé vyhlásenia“ („greenwashing“) v kontexte práva proti nekalej súťaži. V tej súvislosti sa autor zameriava najmä na výklad súčasného Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach, porovnáva ich vzájomný vzťah so Smernicou o nekalých obchodných praktikách a Smernicou o klamlivej a porovnávacej reklame. Autor analyzuje environmentálne klamlivé vyhlásenia ako nekalosúťažné konanie a aj pomocou výkladu príslušnej judikatúry si zodpovedá niektoré špecifické otázky, ktoré môžu vyvstať pri takomto konaní zo strany obchodníkov.

Kľúčové slová: environmentálne klamlivé vyhlásenia, greenwashing, Smernica o zelených tvrdeniach, klamlivá reklama, ochrana spotrebiteľa, ochrana súťažiteľa.

Abstract

The current age of ubiquitous advertising and marketing practices also brings with it modern unfair practices of competitors who use common interest in the environment in an attempt to impress consumers. The author examines such "explicit environmental claims" ("greenwashing") in the context of the law against unfair competition. In this context, the author mainly focuses on the interpretation of the current Draft of Green Claims Directive, compares their mutual legal relationship with the Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC and the Directive 2006/114/EC concerning Misleading and Comparative Advertising. The author analyzes environmentally misleading statements as an anti-competitive practice and, with the help of the interpretation of the relevant jurisprudence, answers some specific questions that may arise during such practices on the part of traders.

¹ Odborná asistentka na Ústave súkromného práva na Fakulte práva PEVŠ v Bratislave, so zameraním na Právo duševného vlastníctva a Obchodné právo. ORCID: 0009-0000-0930-4543.

Key words: explicit environmental claims, environmental labels, greenwashing, Green Claims Directive, misleading advertising, consumer protection, competitor protection.

JEL Classification: K21

ÚVOD

Žijeme v dobe informačnej a v dobe všadeprítomnej reklamy či marketingových praktík firiem, v ktorých sa snahy obchodníkov dosiahnuť úspech na hospodárskom trhu často uskutočňujú na úkor prirodzených hodnôt. Hodnôt ľudského zdravia či hodnôt kvality životného prostredia. Zastávame názor, že potreba ochrany životného prostredia sa v súčasnosti najviac prehliada aj v práve hospodárskej súťaže. Hodnoty zdravia a životného prostredia na jednej strane a hodnota súťažného úspechu na strane druhej stoja voči sebe v pomere komplementarity a vzájomnej konkurencie.² Súťažitelia často zatvárajú oči pred dôsledkami ich súťažných aktivít s vidinou čo najlepšie zaujať spotrebiteľov, vyhrať nad konkurenciou a dosiahnuť čo najvyšší zisk. Využívajú pritom však aj také praktiky, ktoré zavádzajú, klamú spotrebiteľa, či dokonca zneužívajú ľudské city.³ V posledných rokoch možno konštatovať stúpajúcu tendenciu celospoločenského záujmu o životné prostredie a rastúce snahy o jeho ochranu. Nepochybne si to všimli aj súťažitelia, ktorí vynašli spôsob, ako v tomto smere zaujať spotrebiteľa. V súvislosti so svojimi podnikateľskými aktivitami alebo v súvislosti s tovarmi a službami, ktoré ponúkajú, používajú obchodníci rôzne environmentálne tvrdenia, odkazy, reklamy, či iné vyhlásenia, ktoré sú založené na podpore životného prostredia. Uvedené vyhlásenia týkajúce sa životného prostredia v hospodárskej súťaži môžu mať rôznu podobu a formu, a z právneho hľadiska je potrebné skúmať najmä to, či je takéto vyhlásenie súťažiteľa skutočne oprávnené a či sa zakladá na skutočnosti alebo nie. Pokiaľ vyhlásenie súťažiteľa, ktoré sa opiera o princíp ochrany životného prostredia, nie je pravdivé, prípadne svojou povahou zavádza, klame alebo môže klamať o svojej ekologickosti, takéto konanie nie je z právneho hľadiska povolené. V právnej teórii a praxi sa pre tento druh konania obchodníkov používajú pojmy ako „environmentálne klamlivé vyhlásenie“, „environmentálne klamlivá reklama“ alebo „greenwashing“.⁴

² HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 231.

³ Z nem. „Gefühlsbetonte Werbung“; k tomu pozri napr.: Rozsudok Krajského súdu v Stuttgarte zo dňa 10.01.2022 vo veci 36 O 92/21, kde súd odsúdil environmentálne klamlivú reklamu žalovaného s jej pozitívnym ekologickým dopadom (v predmetnom prípade šlo o reklamu na internete, v ktorej žalovaný na svojom webovom sídle „www.klimavest.de“ prezentoval, že investícia do produktu „klimaVest ELTIF ISEN L U 2183939003“ je vhodná na zníženie osobnej stopy CO² o 3,5 tony; takéto uvádzanie absolútneho zníženia CO² v investícii môže byť podľa záveru súdu podľa príslušných ustanovení UWG zavádzajúce).

⁴ Aplikovateľná slovenská legislatíva neobsahuje všeobecne zaužívaný pojem pre takéto konanie. Preto v našom príspevku používame pojem „environmentálne klamlivé vyhlásenie“, ktoré obsahuje návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady o zdôvodňovaní a oznamovaní výslovných tvrdení

Environmentálne klamlivé vyhlásenia môžu spočívať v zavádzaní spotrebiteľov o „zelenom“ (šetnom k životnému prostrediu) pôvode tovaru či jeho jednotlivých zložiek, procesu výroby či distribúcie tovarov „bez uhlíkovej stopy“ alebo bez iných negatívnych dopadov na životné prostredie, môžu nepravdivo či už priamo alebo nepriamo označovať svoje tovary a služby ekologickými nálepkami s cieľom zaujať spotrebiteľov⁵, môžu klamať alebo zavádzať o ekologických postupoch súťažiteľa, vyprodukovaných emisiách pri výrobných procesoch, používaní zákonom predpísaných filtrov na ochranu vzduchu, vody či pôdy, a mnoho iných nekalých praktík súťažiteľov v hospodárskej súťaži, ktoré majú negatívny dopad jednak na zdravú a spravodlivú hospodársku súťaž, a jednak aj na samotnú kvalitu životného prostredia. Jednoduchšie povedané, environmentálne klamlivé vyhlásenia sú tvrdenia súťažiteľov, že pre životné prostredie robia viac, než tomu v skutočnosti je. V roku 2020 sa Európska komisia a vnútroštátne orgány na ochranu spotrebiteľa v rámci kontrolnej akcie zamerali práve na takéto environmentálne klamlivé vyhlásenia v rôznych obchodných odvetviach⁶ a zistili, že v takmer polovici prípadov mali orgány aspoň dôvod domnievať sa, že tvrdenie môže byť nepravdivé alebo klamlivé a potenciálne by sa mohlo kvalifikovať ako nekalá obchodná praktika podľa smernice o nekalých obchodných praktikách.⁷ Výsledkom kontroly boli aj nasledovné zistenia:

- Vo viac ako polovici prípadov obchodník spotrebiteľom neposkytol dostatočné informácie na overenie pravdivosti uvádzaných tvrdení o environmentálnom vplyve;
- V 37 % prípadov toto tvrdenie obsahovalo vágne a všeobecné tvrdenia, ako napríklad slová „uvedomelé“, „ekologické“, „udržateľné“, ktorých cieľom bolo u spotrebiteľov vyvolať nepodložený dojem, že výrobok nemá žiadny negatívny vplyv na životné prostredie;
- V 59 % prípadov obchodník neposkytol na preukázanie svojho tvrdenia žiadne ľahko dostupné dôkazy.⁸

týkajúcich sa životného prostredia (smernica o tvrdeniach týkajúcich sa životného prostredia), a pojem „environmentálne klamlivá reklama“, ktorý sa vyvinul v príslušnej judikatúre (z nem. „die irreführende umweltbezogene Werbung“ ako špecifický druh klamlivej reklamy, jednej z foriem nekalej súťaže podľa § 5 UWG). Z angl. „greenwashing“ – ide o správanie alebo činnosti, vďaka ktorým ľudia veria, že spoločnosť robí pre ochranu životného prostredia viac, ako tomu v skutočnosti je. Cambridge Dictionary [online] <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/greenwashing>.

⁵ Takéto „ekologické nálepky“ tovarov či služieb spočívajú v priamych alebo nepriamych odkazoch pozitívneho vplyvu na životné prostredie (priame označenia tovaru nálepkami „eko“, „dbáme na životné prostredie“, „100% natural“; alebo nepriame označenia, ktoré môžu pôsobiť na cieľovú skupinu napríklad vizuálne, v podobe zelenej farby obalu, vyobrazení čistej horskej prírody na obale a pod.).

⁶ Išlo o kontrolu environmentálnych tvrdení v oblastiach odevného priemyslu a obuvi, kozmetických výrobkov, cestovných služieb, dopravy, energetických služieb, domácich zariadení, elektroniky, potravín a iné. Zdroj: https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/sweeps_en.

⁷ Išlo o súbor kontrol v roku 2020 vykonávaných súčasne aj na webových stránkach s cieľom identifikovať porušenia spotrebiteľského práva EÚ. Zdroj: https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/sweeps_en.

⁸ Tiežtam.

Nakoľko uvedená štatistika environmentálne klamlivých vyhlásení súťažiteľov je vytvorená z výsledkov kontrolnej akcie z roku 2020, možno objektívne predpokladať, že objem environmentálne klamlivých vyhlásení sa od tej doby ešte zväčšil, čo možno logicky predpokladať rastúcou tendenciou dopytu a spotrebiteľského záujmu o výrobky šetrné k životnému prostrediu.

Zo status quo nekalosúťažných praktík v hospodárskej súťaži možno uviesť nasledovné hypotézy:

- Princíp ochrany životného prostredia je v práve stále viac aktuálny, čo sa premieta do vybraných odvetví práva, vrátane práva hospodárskej súťaže;
- Súťažitelia v hospodárskej súťaži využívajú súčasný záujem spotrebiteľov o výrobky a služby šetrné k životnému prostrediu;
- Súťažitelia v hospodárskej súťaži používajú environmentálne vyhlásenia s cieľom zaujať spotrebiteľa;
- Vo veľkej miere takéto environmentálne vyhlásenia súťažiteľov nezodpovedajú skutočnosti, t. j. sú klamlivé.

V príspevku sa zameriavame na tie environmentálne vyhlásenia, ktoré nezodpovedajú skutočnému stavu, čiže tie, ktoré sú *klamlivé*. Skúmame, či environmentálne klamlivé vyhlásenia možno považovať v zmysle prislúchajúcich právnych noriem za nekalosúťažné. Na dosiahnutie tohto cieľa v prvom rade pomocou metódy výkladu definujeme základné pramene práva proti nekalej súťaži v kontexte medzinárodnej a európskej právnej úpravy. Dôraz pritom kladieme na návrh tzv. „Smernice o zelených tvrdeniach“. Analyzujeme základnú definíciu samotného pojmu environmentálne klamlivé vyhlásenie (tzv. „greenwashing“) z pohľadu slovenského a európskeho práva. Pomocou metódy komparácie porovnávame vzájomný vzťah Smernice o zelených tvrdeniach k vybraným smerniciam regulujúcim nekalú súťaž (konkr. ide o Smernicu o nekalých obchodných praktikách a Smernicu o klamlivej a porovnávacej reklame v posudzovaní environmentálne klamlivého vyhlásenia ako klamlivej obchodnej praktiky). Pomocou metódy analýzy znakov generálnej klauzuly nekalej súťaže následne analyzujeme environmentálne klamlivé vyhlásenie ako nekalosúťažné konanie a aj pomocou výkladu príslušnej judikatúry si zodpovedáme niektoré špecifické otázky, ktoré môžu vyvstať pri takomto druhu konaní zo strany obchodníkov.

1. OCHRANA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA V HOSPODÁRSKEJ SÚŤAŽI V KONTEXTE PRÁVA EÚ A BOJ PROTI ENVIRONMENTÁLNE KLAMLIVÝM VYHLÁSENIAM (TZV. „GREENWASHINGU“⁹)

Právo na zdravé životné prostredie patrí medzi základné ľudské práva. Zaraďuje sa do tzv. tretej generácie ľudských práv, ktoré sú známe aj ako práva solidarity.¹⁰

⁹ Z angl. „greenwashing“ - správanie alebo činnosti, vďaka ktorým ľudia veria, že spoločnosť robí pre ochranu životného prostredia viac, ako tomu v skutočnosti je. Cambridge Dictionary [online] <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/greenwashing>.

¹⁰ PRUSÁK, J., Ľudské práva tretej generácie a ochrana životného prostredia. In: ACTA FACULTATIS IURIDICAE UNIVERSITATIS COMENIANAE, Tomus XVII, Bratislava 1995, s. 92-101.

Avšak, aj napriek tomu, že právo na zdravé životné prostredie je základným ľudským právom, pôsobiacim *erga omnes*, zabezpečenie dodržiavania tohto práva je veľmi náročné, dovoľme si tvrdiť, priam nemožné.¹¹ Toto ľudské právo je stále v rozvoji a jeho ochrana závisí od najmä od politickej, hospodárskej a kultúrnej úrovne spoločnosti.¹² Dlhoročný proces postupného vytvorenia „zeleného“ a udržateľného hospodárstva v práve Európskej únie bol už v rámci vedeckej a odbornej literatúry podrobne opísaný, a tak sa v našom príspevku budeme venovať výlučne súčasnej úprave problematiky ochrany životného prostredia v hospodárskej súťaži so zámerom na environmentálne klamlivé vyhlásenia.¹³

Základným prameňom práva proti nekalej súťaži v kontexte medzinárodnej a európskej právnej úpravy je Parížsky dohovor na ochranu priemyslového vlastníctva.¹⁴ Potlačovanie nekalej súťaže zakotvuje tento dohovor ako jednu z kľúčových úloh ochrany priemyslového vlastníctva.¹⁵ Podľa čl. 10 bis ods. 1 Parížskeho dohovoru sú krajiny povinné zabezpečiť príslušníkom Únie účinnú ochranu proti nekalej súťaži. Nekalou súťažou každá súťažná činnosť, ktorá odporuje poctivým zvyklostiam v priemysle alebo obchode.

Podľa čl. 10bis ods. 3 Parížskeho dohovoru:

Musia sa najmä zakázať:

- 1. akékoľvek činy, ktoré by mohli akokoľvek spôsobiť zámenu s podnikom, výrobkami alebo s priemyslovou alebo obchodnou činnosťou súťažiteľa;*
- 2. falošné údaje pri vykonávaní obchodu, ktoré by mohli poškodiť dobrú povesť podniku, výrobkov alebo priemyslovej alebo obchodnej činnosti súťažiteľa;*
- 3. údaje alebo tvrdenia, ktorých používanie pri prevádzke obchodu by mohlo uvádzať verejnosť do omylu o vlastnosti, spôsobe výroby, charakteristike, spôsobilosti na použitie alebo o množstve tovaru.*

Právo nekalej súťaže v EÚ nie je úplne harmonizované.¹⁶ Za najdôležitejšie sekundárne pramene práva v tejto oblasti práv sa považuje Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu¹⁷, ktorá má za cieľ zjednotiť

¹¹ Bližšie v samostatnom príspevku: Kopčová, R.: Princíp ochrany životného prostredia v hospodárskej súťaži. In: 20 rokov v Európskej únii z pohľadu práva a éra udržateľnosti. 2024.

¹² MAJERČÁK, T., Ústavnoprávny rozmer práva na priaznivé životné prostredie. In: Ochrana životného prostredia v podmienkach územnej samosprávy, UPJŠ, Košice 2011, s. 7-16.

¹³ Pozri napr.: KARAS, V. - KRÁLIK, A. Právo Európskej únie. Praha: C. H. Beck, 2012. s. 1-72. ISBN 978-80-7179-287-1; JANKUV, J. Historický vývoj a súčasná podoba práva životného prostredia európskej únie v kontexte vplyvu medzinárodného práva životného prostredia. 2022, in: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, Vol. 10.2022, No.1. s. 12-30. ISSN 1339-3995. <https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-02>.

¹⁴ Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 64/1975 Zb. z 13. januára 1975 o Parížskom dohovore na ochranu priemyslového vlastníctva z 20. marca 1883 (ďalej iba „Parížsky dohovor“).

¹⁵ Čl. 1 ods. 2 Parížskeho dohovoru.

¹⁶ STUYCK, J. Thoughts on Improved Integration of Competition Law and Unfair Trade Practices Law. 2011. In *Revue internationale de droit économique, Issue 4*, 2011, s. 455 to 479 <https://doi.org/10.3917/ride.254.0455>.

¹⁷ Ďalej iba „Smernica o nekalých obchodných praktikách“.

prístup krajín k nekalým praktikám vo vzťahoch medzi podnikateľmi a spotrebiteľmi a zároveň má chrániť spotrebiteľov pred nekalými, klamlivými, či agresívnymi praktikami súťažiteľov v hospodárskej súťaži. Druhým významným prameňom práva nekalej súťaže je Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/114/ES z 12. decembra 2006 o klamlivej a porovnávacej reklame (kodifikované znenie)¹⁸. Keďže v súčasnej dobe reklama presahuje hranice jednotlivých členských štátov, je potrebné zakotviť rovnaký právny rámec klamlivej a porovnávacej reklamy. S tým súvisí ustanovenie minimálnych a objektívnych kritérií, na základe ktorých sa posúdi, či je reklama klamlivá, a rovnako jasné stanovenie, ktoré praktiky týkajúce sa porovnávacej reklamy môžu narušovať hospodársku súťaž, poškodiť súťažiteľov a mať tak nepriaznivý vplyv na výber spotrebiteľa.¹⁹ Okrem nich, pozornosť budeme v súvislosti s vytýčenými hypotézami venovať najmä predloženému Návrhu Smernice európskeho parlamentu a rady o zdôvodňovaní a oznamovaní výslovných tvrdení týkajúcich sa životného prostredia z 22. marca 2023 (smernica o tvrdeniach týkajúcich sa životného prostredia).²⁰

Princíp ochrany životného prostredia je v práve EÚ veľmi aktuálny, čo sa premieta do vybraných odvetví práva, vrátane práva hospodárskej súťaže. Silný celospoločenský záujem na ochrane životného prostredia a trvalo udržateľnom rozvoji je zakotvený v čl. 37 Charty základných práv EÚ²¹ nasledovne: „*Vysoká úroveň ochrany životného prostredia a zlepšovanie kvality životného prostredia sa musia začleniť do politik Únie a zabezpečiť v súlade so zásadou trvalo udržateľného rozvoja.*“ Snaha EÚ o podporu vyváženého a trvalo udržateľného rozvoja vyplýva aj zo samotnej preambuly Charty EÚ.²² Trvalo udržateľný rozvoj a s tým súvisiaca ochrana životného prostredia tak predstavuje jednu zo základných zásad, na ktorých spočíva právo EÚ a táto zásada sa premieta aj do práva nekalej súťaže. Príkladom je aj súčasný boj proti environmentálne klamlivým vyhláseniam („greenwashing“). Ak by sme mali čo najjednoduchšie definovať, čo to environmentálne klamlivé vyhlásenie je, ide o prax, v rámci ktorej spoločnosti tvrdia, že pre životné prostredie robia viac, než tomu v skutočnosti je. Ide o všetky praktiky zo strany súťažiteľov v hospodárskej súťaži, ktoré zavádzajú, klamú alebo môžu viesť do omylu

¹⁸ Ďalej iba „Smernica o klamlivej a porovnávacej reklame“.

¹⁹ Smernicu Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/943 z 8. júna 2016 o ochrane nezverejňovaného know-how a obchodných informácií (obchodné tajomstvo) pred ich nezákonným získaním, použitím a sprístupnením považujeme za nemenej dôležitý prameň európskeho práva nekalej súťaže, avšak vzhľadom na vytýčenú problematiku (skúmanie environmentálne klamlivých vyhlásení ako formy nekalej súťaže) sa budeme v ďalšom výklade venovať iba uvedeným dvom predchádzajúcim smerniciam.

²⁰ Ďalej iba „Návrh Smernice o zelených tvrdeniach“ online: https://environment.ec.europa.eu/publications/proposal-directive-green-claims_en?prefLang=sk.

²¹ Charta základných práv Európskej únie, Úradný vestník Európskych spoločenstiev 2016 C 202/09 (ďalej iba „Charta EÚ“).

²² Podľa Preambuly Charty EÚ: „Únia prispieva k zachovaniu a rozvoju týchto spoločných hodnôt pri rešpektovaní rozmanitosti kultúr a tradícií národov Európy, ako aj národnej identity členských štátov a organizácie ich orgánov verejnej moci na ústrednej, regionálnej a miestnej úrovni; usiluje sa podporovať vyvážený a *trvalo udržateľný rozvoj* a zabezpečuje voľný pohyb osôb, služieb, tovaru a kapitálu, ako aj slobodu usadiť sa.“.

spotrebiteľov, ale aj iných sťažiteľov tým, že v spojitosti so svojimi tovarmi alebo službami uvádzajú nepravdivé environmentálne tvrdenia.²³ V Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach je tvrdenie týkajúce sa životného prostredia definované ako „akékoľvek vyhlásenie alebo zobrazenie, ktoré nie je povinné podľa práva Únie ani podľa vnútroštátneho práva, ale v podobe textu, obrazového, grafického alebo symbolického zobrazenia sa v rámci obchodnej komunikácie poskytuje v najrôznejšej forme, napríklad na označeniach, v obchodnej značke, názve spoločnosti alebo názve produktu, s cieľom uviesť alebo naznačiť, že produkt alebo obchodník majú pozitívny alebo nemajú žiadny vplyv na životné prostredie, prípadne menej škodlivý vplyv na životné prostredie ako iné produkty alebo iní obchodníci, alebo že sa im za určitý čas podarilo svoj vplyv zmierniť.“²⁴

Právny základ boja EÚ proti environmentálne klamlivým vyhláseniam možno nájsť v čl. 114 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ), ktorý sa uplatňuje v prípade opatrení, ktorých cieľom je vytvorenie vnútorného trhu alebo zabezpečenie jeho fungovania, pričom za základ sa považuje „vysoká úroveň ochrany životného prostredia“. Rovnako je potrebné v tejto súvislosti zmieniť aj Európsku zelenú dohodu²⁵, v ktorej sa Komisia zaviazala zabezpečiť posilnenie postavenia spotrebiteľov, aby mohli prijímať lepšie informované rozhodnutia a aktívne sa zapojiť do ekologickej transformácie. V Európskej zelenej dohode je stanovený záväzok riešiť nepravdivé tvrdenia týkajúce sa životného prostredia tým, že sa zabezpečí, aby kupujúci (spotrebiteľia) mali spoľahlivé, porovnateľné a overiteľné informácie, ktoré im umožnia prijímať udržateľnejšie rozhodnutia a znižujú riziko environmentálne klamlivého vyhlásenia. Výsledkom tohto záväzku bolo prijatie Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach.²⁶ Cieľom tejto smernice má byť umožniť spotrebiteľom, aby sa mohli rozhodovať na základe transparentných a spoľahlivých informácií o udržateľnosti, trvanlivosti a uhlíkovej stope produktov. Tým sa má zabezpečiť vysoká úroveň ochrany spotrebiteľa a životného prostredia. Potreba právnej regulácie environmentálne klamlivých vyhlásení vychádza najmä z posúdenia vplyvu, ktoré bolo zverejnené spoločne s návrhom Európskej komisie o posilnení postavenia spotrebiteľov v rámci zelenej transformácie.²⁷

²³ VOLLERO, A. *Understanding Greenwashing*. Emerald Publishing Limited, Leeds, s. 1-20. 2022. ISBN: 978-1-80117-967-6 <https://doi.org/10.1108/978-1-80117-966-920221001>.

²⁴ Dôvodová správa k Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach, bod 1.1.

²⁵ Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Európskej rade, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov, Európska zelená dohoda [COM(2019) 640] (ďalej iba „EZD“).

²⁶ KURME, M.: MEPs adopt new law banning greenwashing and misleading product information. In: *European Parliament News*. [online] <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240112IPR16772/meps-adopt-new-law-banning-greenwashing-and-misleading-product-information>.

²⁷ Z posúdenia vplyvu boli zistené nasledovné problémy, ktoré sú v obsahu návrhu Smernice o zelených tvrdeniach zohľadnené:

- Spotrebiteľia sú v otázke udržateľnosti produktov vystavení klamlivým obchodným praktikám,
- Spotrebiteľia sú vystavení nejasným alebo nedostatočne podloženým tvrdeniam spoločností týkajúcim sa životného prostredia („environmentálne klamlivé vyhlásenia“),
- Spotrebiteľia sa stretávajú so značkami udržateľnosti, ktoré nie sú vždy transparentné alebo vierohodné. (Bližšie pozri: bod 3.2.1. Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach).

Podľa rozsahu pôsobnosti sa Smernica o zelených tvrdeniach vzťahuje na výslovné tvrdenia týkajúce sa životného prostredia uvádzané obchodníkmi o produktoch alebo o samotných obchodníkoch v rámci obchodných praktík podnikateľov voči spotrebiteľom.²⁸ Stanovujú sa v nej minimálne požiadavky na zdôvodňovanie a oznamovanie tvrdení týkajúcich sa životného prostredia a na environmentálne označovanie v rámci obchodných praktík podnikateľov voči spotrebiteľom. Tieto tvrdenia týkajúce sa životného prostredia obchodníci používajú dobrovoľne, najmä v oblasti reklamy, čím tvoria súčasť ich „zeleného“ marketingu.

Pre jasnejšiu špecifikáciu povinností vyplývajúcich zo Smernice o zelených tvrdeniach je potrebné v prvom rade rozlišovať „tvrdenia týkajúce sa životného prostredia“²⁹, ktoré môžu mať buď písomnú alebo ústnu formu, a „environmentálne označovanie“³⁰. Obchodníci by mali používať jasné kritériá a najnovšie vedecké dôkazy na zdôvodnenie svojich environmentálnych tvrdení a označení. Všetky výslovné environmentálne tvrdenia a označenia by mali byť pre spotrebiteľa jasné a ľahko pochopiteľné, s konkrétnym odkazom na environmentálne charakteristiky, ktorých sa týkajú.³¹ Rôzne typy tvrdení si tak budú vyžadovať rôzne úrovne zdôvodnenia. Smernica o zelených tvrdeniach nepredpisuje jedinú metódu takéhoto zdôvodnenia, a na to, aby sa posúdenie považovalo za spoľahlivé, malo byť zahŕňať primárne údaje týkajúce sa konkrétneho obchodníka vzhľadom na príslušné aspekty, ktoré významne prispievajú k environmentálnym vlastnostiam výrobku alebo k environmentálnemu správaniu obchodníka uvedeným v tvrdení. Napríklad, inak sa budú posudzovať zdôvodnenia výrobcu detských plienok z prírodných materiálov a inak zdôvodnenia pri ekologickom spôsobe ťažby ropy.

Okrem štandardných tvrdení týkajúcich sa životného prostredia špecifikuje čl. 4 Smernice o zelených tvrdeniach aj tzv. „*porovnávacie výslovné tvrdenia týkajúce sa životného prostredia*“, v ktorých sa uvádza alebo naznačuje, že produkt alebo obchodník má menší environmentálny vplyv, že produkt má lepšie environmentálne vlastnosti ako iné produkty alebo že obchodník má lepšie environmentálne správanie ako iní obchodníci. Pre porovnávacie výslovné tvrdenia týkajúce sa životného prostredia sa vyžadujú dodatočné zdôvodnenia, ktoré bez toho, aby tým bolo dotknuté prípadné uplatňovanie Smernice o klamlivej a porovnávačej reklame, v záujme umožnenia prístupu spotrebiteľov k spoľahlivým informáciám majú zabezpečiť, aby sa porovnávacie tvrdenia týkajúce sa životného prostredia mohli primeraným spôsobom porovnávať. Napríklad, ak dvaja obchodníci uvedú tvrdenie týkajúce sa životného prostredia o dopade na zmenu klímy, pričom jeden zohľadnil len priame environmentálne vplyvy a druhý zohľadnil priame aj nepriame environmentálne vplyvy, tieto výsledky nie sú porovnateľné.³²

²⁸ Čl. 1 Smernice o zelených tvrdeniach.

²⁹ Z angl. „explicit environmental claims“.

³⁰ Z angl. „environmental labels“.

³¹ Napríklad recyklovateľnosť alebo biodiverzita (porovnaj: čl. 3 Smernice o zelených tvrdeniach).

³² Podľa zásady predbežného overovania výslovných tvrdení týkajúcich sa životného prostredia a environmentálnych označení by mali byť takéto environmentálne tvrdenia pred ich zverejnením overené nezávislými odborníkmi. Určité typy environmentálnych tvrdení sú z overovania treťou stranou vyňaté, pričom sa uplatňuje sa zjednodušený postup, kedy by oprávnené spoločnosti mali preukázať súlad s novými pravidlami vyplnením technického dokumentu, ktorý je potrebný vyplniť

2. VZŤAH SMERNICE O ZELENÝCH TVRDENIACH K VYBRANÝM SMERNICIAM REGULUJÚCIM NEKALÚ SÚŤAŽ

Za výhodu Smernice o zelených tvrdeniach považujeme to, že ide o samostatný právny nástroj, ktorým sa nemenia existujúce právne predpisy na úrovni EÚ. V súvislosti s bojom EÚ proti environmentálne klamlivým vyhláseniam s problematikou nekalej súťaže úzko súvisia ďalšie dve významné smernice vymedzené v úvode kapitoly. Smernica o nekalých obchodných praktikách a Smernica o klamlivej a porovnávacej reklame.

Ak by sme mali vymedziť vzájomný právny vzťah smerníc upravujúcich nekalú súťaž, Návrh Smernice o zelených tvrdeniach vo svojom obsahu stanovuje konkrétnejšie pravidlá, a tak ide o *lex specialis*, ktorý dopĺňa súčasnú Smernicu o nekalých obchodných praktikách (*lex generalis*). Zásada subsidiarity týchto smerníc vyplýva z rozsahu ich pôsobnosti, a zatiaľ čo Smernica o zelených tvrdeniach sa podľa ustanovenia v čl. 1 vzťahuje na „*výslovné tvrdenia týkajúce sa životného prostredia uvádzané obchodníkmi o produktoch alebo obchodníkoch v rámci obchodných praktík podnikateľov voči spotrebiteľom*“³³, v zmysle ustanovenia čl. 3 Smernice o nekalých obchodných praktikách sa táto smernica uplatňuje na nekalé obchodné praktiky podnikateľov voči spotrebiteľom. Na základe uvedenej zásady môžeme environmentálne klamlivé vyhlásenia subsumovať ako druh nekalej obchodnej praktiky.

Čo sa týka vymedzenia rozsahu Smernice o klamlivej a porovnávacej reklame, „*klamlivou reklamou*“ sa podľa uvedeného ustanovenia rozumie „*akákoľvek reklama, ktorá akýmkoľvek spôsobom, vrátane predvedenia, zavádza alebo pravdepodobne môže zavádzať osoby, ktorým je určená alebo ktoré zasiahne, a ktorá pre svoj klamlivý charakter pravdepodobne ovplyvní ich hospodárske správanie, alebo ktorá z týchto dôvodov poškodí alebo môže poškodiť iného súťažiteľa*.“³⁴ Ak by sme mali výklad tohto ustanovenia zovšeobecniť, za klamlivú reklamu v zmysle uvedeného ustanovenia čl. 2 Smernice o klamlivej a porovnávacej reklame možno považovať aj environmentálne klamlivé vyhlásenie. Vychádzame najmä z čl. 3 tejto smernice, podľa ktorého:

„Pri posudzovaní, či je reklama klamlivá, je nevyhnutné vziať do úvahy všetky jej črty, najmä v nej obsiahnuté informácie týkajúce sa:

- a) vlastností tovaru alebo služieb, ako je ich dostupnosť, charakter, vyhotovenie, zloženie, výrobný postup a dátum výroby alebo dodávky, vhodnosť na účel použitia, možnosti použitia, množstvo, špecifikácia, krajina pôvodu alebo výroby alebo očakávané výsledky použitia, alebo výsledky a podstatné časti skúšok alebo previerok vykonaných na tovare alebo službách;*

ešte pred zverejnením tvrdenia. Na malé a stredné podniky, vrátane mikropodnikov, sa vzťahujú zároveň aj podporné opatrenie na pomoc počas celého postupu (ako napríklad poskytovanie usmernení, nástrojov a dodatočných opatrení na zníženie administratívnej záťaže pre poľnohospodárov, finančná podpora a školenia) (porovnaj: bod 27 Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach).

³³ Čl. 1 Smernice o zelených tvrdeniach.

³⁴ Čl. 2 Smernice o klamlivej a porovnávacej reklame.

- b) *ceny alebo spôsobu, akým je vypočítaná cena, a podmienok, za ktorých sa tovar dodáva alebo poskytujú služby;*
- c) *podstaty, charakteristických črt a práv zadávateľa reklamy, ako je jeho totožnosť a majetok, kvalifikácia a práva priemyselného vlastníctva, práva na obchodovanie a práva duševného vlastníctva alebo jeho ocenenia a vyznamenania.*³⁵

Podľa nášho názoru, environmentálne klamlivé vyhlásenie môže naplniť všetky uvedené pojmové znaky klamlivej reklamy v zmysle čl. 2 a čl. 3 Smernice o klamlivej a porovnávacej reklame, a tak môže byť posudzovaný ako klamlivá reklama. Environmentálne klamlivé vyhlásenie je svojim spôsobom informácia týkajúca sa „*vlastností tovaru alebo služieb, ako je ...charakter...zloženie, výrobný postup,...,špecifikácia, krajina pôvodu alebo výroby*“ podľa čl. 3 písm. a), pokiaľ je takéto environmentálne vyhlásenie spojené s tovarom alebo službou súťažiteľa (ide o predmet reklamy); alebo môže ísť klamlivé environmentálne informácie týkajúce sa „*podstaty, charakteristických črt a práv zadávateľa reklamy*“ podľa čl. 3 písm. c), pokiaľ je takéto environmentálne vyhlásenie spojené so samotným súťažiteľom-obchodníkom, ktorý vyrába tovary alebo poskytuje služby (ide o subjekt reklamy).

Za zásadný rozdiel oboch smerníc považujeme objekt ochrany, t. j. voči komu je právna ochrana primárne nasmerovaná. Hlavným cieľom Smernice o klamlivej a porovnávacej reklame je chrániť *obchodníkov* proti klamlivej reklame a jej nekalým následkom.³⁶ „Obchodníkom“ sa podľa čl. 2 písm. d) rozumie „*akákoľvek fyzická alebo právnická osoba, ktorá koná na účely spadajúce do rámca jej obchodnej, remeselnej a podnikateľskej činnosti alebo povolania, a ktokoľvek, kto koná v mene alebo v zastúpení obchodníka*“, t. j. v ponímaní slovenského práva nekalej súťaže ide o súťažiteľa.³⁷ Smernica o zelených tvrdeniach má za cieľ v prvom rade chrániť a posilniť postavenie *spotrebiteľa*.³⁸ Je nepochybné, že zvýšenie transparentnosti environmentálnych vyhlásení obchodníkov bude mať pozitívny dopad na informovanosť spotrebiteľa a objektivitu jeho aktivít v hospodárskej súťaži, ktorý v súčasnosti často nemá úplné a pravdivé informácie o produktoch alebo službách, prípadne sú tieto informácie skreslené. Ochrana spotrebiteľa je totiž podobne ako ochrana životného prostredia zakotvená ako jedno zo základných práv podľa štvrtej hlavy Charty EÚ.³⁹ S ohľadom na zdravú hospodársku súťaž však považujeme za potrebné zvýrazniť, že nie len spotrebiteľia, ale aj samotní *súťažitelia* si zaslúžia transparentnosť, právnu jasnosť a rovnaké podmienky hospodárskej súťaže. Len spravodlivá hospodárska súťaž je zdravá

³⁵ Čl. 3 Smernice o klamlivej a porovnávacej reklame.

³⁶ Čl. 1 Smernice o klamlivej a porovnávacej reklame.

³⁷ MORAVČÍKOVÁ, A. in: PATAKYOVÁ M. et al. *Obchodný zákonník a komentár*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010. s. 129-130.

³⁸ Pozri dôvodová správa k Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach: „Cieľom tejto smernice je umožniť spotrebiteľom, aby sa mohli rozhodovať na základe transparentných a spoľahlivých informácií o udržateľnosti, trvanlivosti a uhlíkovej stope produktov.“

³⁹ Podľa čl. 38 Charty EÚ: „Politiky Únie zabezpečia vysokú úroveň ochrany spotrebiteľa“.

hospodárska súťaž.⁴⁰ V hospodárskej súťaži je preto podľa nás potrebné chrániť nie len spotrebiteľa, ale aj ostatných súťažiteľov, ktorí môžu byť environmentálne klamlivými vyhláseniami iných súťažiteľov v súťažnom vzťahu znevýhodnení. Ide najmä o takých súťažiteľov, ktorí vynakladajú (často nemalé) finančné prostriedky na ekologické postupy pri výrobe či distribúcii produktov, prípadne ktorých označenia alebo iné formy environmentálnych vyhlásení sú pravdivé.

3. ENVIRONMENTÁLNE KLAMLIVÉ VYHLÁSENIE AKO NEKALOSÚŤAŽNÉ KONANIE

V zmysle základnej právnej úpravy nekalej súťaže vychádzajúcej z Parížskeho dohovoru: Nekalou súťažou každá súťažná činnosť, ktorá odporuje poctivým zvyklostiam v priemysle alebo obchode. Podľa bodu 3 čl. 10bis ods. 3 Parížskeho dohovoru:

„Musia sa najmä zakázať: (...)

3. údaje alebo tvrdenia, ktorých používanie pri prevádzke obchodu by mohlo uvádzať verejnosť do omylu o vlastnosti, spôsobe výroby, charakteristike, spôsobilosti na použitie alebo o množstve tovaru.“

Konštatujeme, že environmentálne klamlivé vyhlásenie v zmysle Smernice o zelených tvrdeniach definované v predchádzajúcom texte napĺňa skutkovú podstatu znenia bodu 3 čl. 10bis ods. 3 Parížskeho dohovoru. Zastávame názor, že environmentálne klamlivé vyhlásenie je uvádzanie environmentálne klamlivých údajov alebo tvrdení, ktorých používanie pri prevádzke obchodu by mohlo uvádzať verejnosť do omylu o ekologických vlastnostiach, spôsoboch výroby, charakteristike tovaru.⁴¹

Podľa generálnej klauzuly nekalej súťaže: „Nekalou súťažou je konanie v hospodárskej súťaži, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi súťaže a je spôsobilé privodiť ujmu iným súťažiteľom alebo spotrebiteľom. Nekalá súťaž sa zakazuje.“⁴²

Environmentálne klamlivé vyhlásenie, ako je uvedené v bode 1.1. dôvodovej správy k Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach, je „akékoľvek vyhlásenie alebo zobrazenie, ktoré nie je povinné podľa práva Únie ani podľa vnútroštátneho práva, ale v podobe textu, obrazového, grafického alebo symbolického zobrazenia sa v rámci obchodnej komunikácie poskytuje v najrôznejšej forme, napríklad na označeniach, v obchodnej značke, názve spoločnosti alebo názve produktu, s cieľom

⁴⁰ KOLKUSOVÁ, R.: Zásada rovnosti účastníkov na hospodárskej súťaži. In: *Banskobystrické zámocké dni práva (Princípy súkromného práva ako stabilizačný faktor pri tvorbe a interpretácii právnych predpisov)*. Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici: Belianum. 2020. s. 112-119

⁴¹ Ako sme definovali environmentálne klamlivé vyhlásenie je určitá prax, v rámci ktorej spoločnosti tvrdia, že pre životné prostredie robia viac, než tomu v skutočnosti je. Ide o všetky praktiky zo strany súťažiteľov v hospodárskej súťaži, ktoré zavádzajú, klamú alebo môžu viesť do omylu spotrebiteľov, alebo aj iných súťažiteľov tým, že v spojitosti so svojimi tovarmi alebo službami uvádzajú nepravdivé environmentálne tvrdenia. Spôsob environmentálneho klamlivého vyhlásenia môže mať rôznu podobu, či už ide o reklamu, priame alebo nepriame označovanie, logá, slogany, alebo akákoľvek iná forma „zeleného“ vyhlásenia, ktorá sa nezakladá na pravdivých „eko-friendly“ údajoch.

⁴² § 44 ObchZ.

uviesť alebo naznačiť, že produkt alebo obchodník majú pozitívny alebo nemajú žiadny vplyv na životné prostredie, prípadne menej škodlivý vplyv na životné prostredie ako iné produkty alebo iní obchodníci, alebo že sa im za určitý čas podarilo svoj vplyv zmierniť“

V nasledujúcej časti analyzujeme environmentálne klamlivé vyhlásenie ako nekalosúťažné konanie v zmysle naplnenia pojmových znakov nekalej súťaže v zmysle ust. § 44 ObchZ:

1. Podľa prvej podmienky generálnej klauzuly sa na vznik nekalosúťažného konania musia subjekty – súťažitelia (obchodníci) stretnúť v hospodárskej súťaži. Pod pojmom hospodárska súťaž pre potreby nekalej súťaže sa rozumie súperenie podnikateľských subjektov, z čoho vyplýva, že toto konanie predpokladá najmenej dvoch súperiacich subjektov a existenciu súťažného vzťahu.⁴³ Podľa výkladu slovenskej judikatúry ku konaniu v hospodárskej súťaži je podstatné to, aby došlo k stretu produktov alebo služieb súťažiacich subjektov na jednom trhu – čo do priestoru, času a predmetu.⁴⁴ Nemusí však ísť striktne len o konanie v hospodárskom alebo obchodnom styku, čím sa dosah súťažnoprávnej úpravy rozširuje na všetky druhy konaní, ktoré majú (resp. môžu mať) akýkoľvek nepriaznivý vplyv na hospodársku súťaž.⁴⁵ Environmentálne klamlivé vyhlásenie je takým konaním „obchodníka“ (súťažiteľa), ktorý v snahe zapôsobiť na „kupcu“ (spotrebiteľa) klamlivo vyhlasuje, že jeho tovar alebo služba nemá negatívny dopad na životné prostredie alebo naopak, tvrdí, že má pozitívny dopad na životné prostredie, pokiaľ takáto informácia (vyhlásenie) nezodpovedá skutočnosti. Je irelevantné, či k takémuto vyhláseniu dôjde priamo (napríklad všeobecné označenia na tovare ako „ekologické“, „prírodné“, „biologicky odbúrateľné“, „klimaticky neutrálne“, „eko“, prípadne konkrétnejšie ako „bez uhlíkovej stopy“, „s využitím obnoviteľných zdrojov“ a i.) alebo nepriamo (zelený obal v snahe zapôsobiť na spotrebiteľa), a rovnako nie je podstatné, kde a akými prostriedkami k takémuto environmentálne klamlivému vyhláseniu dôjde (hospodárska súťaž sa vytvára aj v médiách, na internete, na online platformách a pod.). Zastávame názor, že takéto vyhlásenia obchodníka majú (resp. môžu mať) nepriaznivý vplyv na hospodársku súťaž.⁴⁶
2. Pre naplnenie druhej podmienky je treba skúmať, či environmentálne klamlivého vyhlásenia sú v rozpore s dobrými mravmi súťaže. Možno si totiž

⁴³ SUCHOŽA, J. - HUSÁR, J. a kol.: Obchodné právo. 1. vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2009. s. 68.

⁴⁴ Rozsudok Najvyššieho súdu SR, sp. zn. 4 Obo 245/2004.

⁴⁵ Porovnaj: Munková, J.: Právo proti nekalé súťaži. Komentár. 3. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2008. s. 44.

⁴⁶ Z posúdenia vplyvu boli zistené viaceré problémy, ktoré svojim spôsobom ohrozujú zdravú hospodársku súťaž. Bližšie pozri bod 3.2.1. Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach: ide napr. o nasledovné problémy: *Spotrebiteľia sú vystavení nejasným alebo nedostatočne podloženým tvrdeniam spoločností týkajúcim sa životného prostredia („environmentálne klamlivé vyhlásenia“); Spotrebiteľia sa stretávajú so značkami udržateľnosti, ktoré nie sú vždy transparentné alebo vierohodné; a i.*

klásť otázku, či vyhlásenia o pozitívnom dopade na životné prostredie nie sú len konaním proti dobrým mravom vo všeobecnosti (s cieľom zapôsobiť na spotrebiteľa svojím domnelým environmentálnym vplyvom) a nie proti dobrým mravom súťažným.⁴⁷ Samotný pojem „dobré mravy“ alebo „dobré mravy súťaže“ vo svojich ustanoveniach ObchZ nikde neuvádza, a tak je pri ich definovaní v súvislosti s nekalou súťažou potrebné vychádzať z iných súvisiacich právnych predpisov súkromného práva. *Lex generalis*, Občiansky zákonník, súlad s dobrými mravmi zakotvuje ako jednu z podmienok pre platnosť právneho úkonu.⁴⁸ Podľa Zákona o ochrane spotrebiteľa sa za „konanie v rozpore s dobrými mravmi“ rozumie najmä „konanie, ktoré je v rozpore so vžitými tradíciami a ktoré vykazuje zjavné znaky diskriminácie alebo vybočenia z pravidiel morálky uznávanej pri predaji výrobku a poskytovaní služby, alebo môže privodiť ujmu spotrebiteľovi pri nedodržaní dobromyselnosti, čestnosti, zvyklosti a praxe, využíva najmä omyl, lesť, vyhrážku, výraznú nerovnosť zmluvných strán a porušovanie zmluvnej slobody.“⁴⁹ Je však potrebné zdôrazniť, že v uvedenej definícii sa vzťahuje „na účely tohto zákona“.⁵⁰ Generálna klauzula vyžaduje, aby konanie bolo v rozpore s dobrými mravmi *súťaže*. Právny poriadok však samotný pojem „dobré mravy *súťaže*“ v nijakom právnom predpise neupravuje, preto analogicky vychádzame z definície „dobrých mravov“, ktorú nám poskytuje Zákon o ochrane spotrebiteľa, a môže slúžiť ako výkladová pomôcka pre definíciu konania v rozpore s dobrými mravmi *súťaže* (nekalosúťažné konanie spôsobuje ujmu nie len jednotlivým súťažiteľom, ale v konečnom dôsledku aj spotrebiteľom). Dobré mravy *súťaže* podľa tejto analógie môžeme chápať ako *pravidlá a zvyklosti, ktoré by sa mali dodržiavať pri podnikateľskej činnosti v konkurenčnom prostredí*, a subjekt, ktorý sa domáha právnej ochrany prostredníctvom práva proti nekalej súťaži musí uviesť, kde vidí konkrétny rozpor konania s takýmito zvyklosťami. Následne prislúcha už súdu rozhodnúť, či tvrdené konanie je proti dobrým mravom *súťaže* alebo nie. Samotná existencia rozporu environmentálne klamlivého vyhlásenia s dobrými mravmi *súťaže* je tak otázkou, ktorú súd môže posúdiť podľa každého konania individuálne.⁵¹ K súvisu dobrých mravov *súťaže* a klamlivosti ako takej sa vyjadril Najvyšší súd SR nasledovne: „*Pre rozpor s dobrými mravmi súťaže a pre klamlivosť postačuje, že konanie je objektívne závadné a spôsobilé privodiť ujmu iným súťažiteľom alebo spotrebiteľom.*“

⁴⁷ Porovnaj: HAJN, P.: Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita, 2000. s. 123.

⁴⁸ Konkrétne § 39 OZ, podľa ktorého „*neplatný je právny úkon, ktorý svojím obsahom alebo účelom odporuje zákonu alebo ho obchádza alebo sa prieči dobrým mravom*“.

⁴⁹ § 4 ods. 8 Zákona č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa.

⁵⁰ Čiže pre účely Zákona o ochrane spotrebiteľa (podľa jeho ustanovenia § 4 ods. 8).

⁵¹ Zastávame názor, že environmentálne klamlivé vyhlásenia obchodníkov sú nie len konaním proti dobrým mravom *súťaže* v zmysle § 44 ObchZ ale zároveň sú aj konaním porušujúcim zásady poctivého obchodného styku, ktoré v negatívnom slova zmysle mení funkciu hospodárskej *súťaže* (porovnaj: Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 22.04.2008, sp. zn. 1 Obo 239/2006).

*Nevyžaduje sa ani vedomosť o nesprávnom konaní a ani úmysel klamať.*⁵² Podľa aktuálnej nemeckej judikatúry klamlivosť spočíva napríklad aj v označení tovaru za „klimaticky neutrálny“, pokiaľ nie je priamo na tovare spotrebiteľom podrobnejšie vysvetlené, v čom uvedená klimatická neutralita spočíva.⁵³ Máme tak za to, že environmentálne klamlivé vyhlásenia obchodníkov sú proti dobrým mravom sťažné, a to vo svojich všetkých podobách.

3. Čo sa týka *spôsobilosti privodiť ujmu iným súťažiteľom alebo spotrebiteľom*, treba zvýrazniť, že stačí, aby takéto konanie bolo „*spôsobilé privodiť ujmu*“, t. j. vznik ujmy je možné v súvislosti s konaním dôvodne predpokladať a jej vznik objektívne hrozí a nie je podstatné, či k vzniku ujmy (či už na strane súťažiťela alebo spotrebiteľa) skutočne dôjde alebo nie.⁵⁴ Environmentálne klamlivé vyhlásenia tak môže ale v konečnom dôsledku nemusí ujmu skutočne spôsobiť. Myslíme si však, že environmentálne klamlivé vyhlásenia majú schopnosť pôsobiť na ľudské city a emócie, výsledkom čoho môže vyvstať otázka, či spotrebiteľia majú reálny záujem o konkrétny tovar alebo službu, alebo či sa o daný produkt zaujímajú iba z dôvodu jeho (domnelého) pozitívneho dopadu na životné prostredie.⁵⁵ V tom zmysle sa vyjadril aj nemecký súd v prípade „Regenwaldprojekt I“, podľa ktorého prísľub ochrany jedného štvorcového metra dažďového pralesa vyvoláva otázku, či sa spotrebiteľ pri kúpe výrobku zaujíma o jednotlivý štvorcový meter, alebo chce podporiť environmentálny projekt vo všeobecnosti.⁵⁶ Environmentálne klamlivé vyhlásenia v hospodárskej súťaži však podľa nás majú potenciál zmeniť ekonomické správanie nie len spotrebiteľov aj iných súťažiteľov – konkurentov. Ako je uvedené v dôvodovej správe k Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach: „*Spoločnosti, ktoré ponúkajú skutočne udržateľné produkty, sú znevýhodnené v porovnaní so spoločnosťami, ktoré ich neponúkajú. Sú vystavené aj riziku zbytočne vysokých nákladov na dodržiavanie predpisov, keďže krajiny EÚ začínajú zavádzať rozličné vnútroštátne riešenia týkajúce sa opísaných problémov.*“ Zastávame preto názor, že environmentálne klamlivé vyhlásenia sú spôsobilé privodiť ujmu nie len spotrebiteľom, ale aj iným súťažiteľom (a to aj napriek tomu, že Návrh

⁵² Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa, sp. Zn. 6 Obo 364/2005, ZSP 1/2008.

⁵³ Podľa názoru súdu je samotné označenie tovaru nálepkou „klimaticky neutrálny“ klamlivé (v zm. § 5 UWG), keďže bez ďalších vysvetlení na obale by sa spotrebiteľ mohol domnievať, že sa spoločnosť podarilo vyhnúť všetkým emisiám skleníkových plynov. (bližšie: Rozsudok Bundesgerichtshof v Karlsruhe zo dňa 27. júna 2024 vo veci I ZR 98/23.

⁵⁴ V tomto prípade by subjektívna stránka prichádzala do úvahy len pri uplatňovaní náhrady škody. (Rozsudok NS SR, sp. zn. 6 Obo 364/2005, ZSP 1/2008).

⁵⁵ Z nem. „Gefühlsbetonte Werbung“ (k tomu pozri napr.: Rozsudok Krajského súdu v Stuttgarte zo dňa 10. januára 2022 vo veci 36 O 92/21).

⁵⁶ Rozsudok Bundesgerichtshof zo dňa 26. októbra 2006 vo veci I ZR 33/04 („Regenwaldprojekt I“), bod. 34.

Smernice o zelených tvrdeniach má v prvom rade za cieľ chrániť spotrebiteľov).⁵⁷

ZÁVER

V príspevku poukazujeme na potrebu právnej regulácie súčasného trendu v hospodárskej súťaži, kedy obchodníci využívajú rôzne formy klamlivých vyhlásení spočívajúcich v domnele pozitívnom dopade ich podnikateľských aktivít na životné prostredie. Analyzujeme aktuálny právny stav práva EÚ vo vzťahu k súčasnému boju EÚ proti takýmto environmentálne klamlivým vyhláseniam v kontexte práva nekalej súťaže. V tej súvislosti sme pozornosť upriamili najmä na Smernicu o zelených tvrdeniach (z angl. Green Claims Directive), Smernicu o nekalých obchodných praktikách a Smernicu o klamlivej a porovnávacej reklame. Definujeme základné súvisiace pojmy a analyzovali sme vzájomný právny vzťah uvedených smerníc.

Návrh Smernice o zelených tvrdeniach vo svojom obsahu stanovuje konkrétnejšie pravidlá, a tak ide o *lex specialis*, ktorý dopĺňa súčasnú Smernicu o nekalých obchodných praktikách (*lex generalis*). Podľa uvedenej zásady považujeme environmentálne klamlivé vyhlásenia ako určitý druh nekalej obchodnej praktiky. Rovnako tak pomocou demonštratívneho výkladu uvádzame, že environmentálne klamlivé vyhlásenie môže naplniť všetky pojmové znaky klamlivej reklamy v zmysle čl. 2 a čl. 3 Smernice o klamlivej a porovnávacej reklame, a posudzuje sa tak aj ako klamlivá reklama v zmysle predmetnej smernice. Zastávame názor, že zvýšenie transparentnosti environmentálnych vyhlásení obchodníkov podľa navrhovanej Smernice o zelených tvrdeniach bude mať jednoznačne pozitívny dopad na informovanosť spotrebiteľa a objektivitu jeho aktivít v hospodárskej súťaži, ktorý v súčasnosti často nemá úplné a pravdivé informácie o produktoch alebo službách, čo negatívne pôsobí na zdravú a spravodlivú hospodársku súťaž. Zároveň je však podľa nášho názoru potrebné chrániť nie len spotrebiteľov (ktorých má za cieľ smernica chrániť) ale aj ostatných tých súťažiteľov, ktorí vynakladajú nemalé prostriedky na ekologické postupy pri výrobe či distribúcii produktov, prípadne ktorých označenia alebo iné formy environmentálnych vyhlásení sú pravdivé, a ktorí tak sú (alebo môžu byť) environmentálne klamlivými vyhláseniami iných súťažiteľov v hospodárskej súťaži znevýhodnení.

V príspevku ďalej analyzujeme environmentálne klamlivé vyhlásenie ako nekalosúťažné konanie v zmysle naplnenia pojmových znakov nekalej súťaže v zmysle ust. § 44 ObchZ. Skúmame, či environmentálne klamlivé vyhlásenie svojou povahou môže kumulatívne naplniť všetky pojmové znaky nekalej súťaže (t.j. či ide o konanie v hospodárskej súťaži, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi

⁵⁷ Porovnaj z Dôvodovej správy k Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach: „*Spotřebitelia sú vystavení praktikám založeným na nejasných alebo nedostatočne preukázaných tvrdeniach týkajúcich sa životného prostredia.*“; Dôvodová správa k Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach: „*s cieľom zaistiť ochranu spotrebiteľov a posilniť ich postavenie, aby mohli aktívne prispievať k zelenej transformácii*“; „...“ *s iniciatívou na posilnenie postavenia spotrebiteľov v rámci zelenej transformácie*“; a i.)

súťaže a je spôsobilé privodiť ujmu iným súťažiteľom alebo spotrebiteľom). Uvádzame, že pri konaní v hospodárskej súťaži nemusí ísť striktno len o konanie v hospodárskom alebo obchodnom styku, ale výklad zákona rozširuje aplikovateľnosť prvej podmienky generálnej klauzuly nekalej súťaže na všetky druhy konaní, ktoré majú (rsp. môžu mať) akýkoľvek nepriaznivý vplyv na hospodársku súťaž. Konštatujeme, že environmentálne klamlivé vyhlásenie je každé konanie súťažiteľa, ktorý v snahe zapôsobiť na spotrebiteľa klamlivo vyhlasuje, že jeho tovar alebo služba nemá negatívny dopad na životné prostredie alebo naopak, tvrdí, že má pozitívny dopad na životné prostredie, pokiaľ takáto informácia (vyhlásenie) nezodpovedá skutočnosti. Je irelevantné, či k takémuto vyhláseniu dôjde priamo (napríklad všeobecné označenia na tovare ako „ekologické“, „prírodné“, „biologicky odbúrateľné“, „klimaticky neutrálne“, „eko“, prípadne konkrétnejšie ako „bez uhlíkovej stopy“, „s využitím obnoviteľných zdrojov“ a i.) alebo nepriamo (zelený obal v snahe zapôsobiť na spotrebiteľa), a rovnako nie je podstatné, kde a akými prostriedkami k takémuto environmentálne klamlivému vyhláseniu dôjde (hospodárska súťaž sa vytvára aj v médiách, na internete, na online platformách a pod.), a tak zastávame názor, že všetky takéto vyhlásenia obchodníka majú (rsp. môžu mať) nepriaznivý vplyv na hospodársku súťaž ako takú. Vo vzťahu k druhej podmienke si kladieme otázku, či vyhlásenia o pozitívnom dopade na životné prostredie nie sú len konaním proti dobrým mravom vo všeobecnosti (s cieľom zapôsobiť na spotrebiteľa svojím domnelým environmentálnym vplyvom) a nie proti dobrým mravom súťažným. K súvisu dobrých mravov súťaže a klamlivosti ako takej sa opierame o súvisiacu slovenskú judikatúru (Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa, sp. Zn. 6 Obo 364/2005, ZSP 1/2008) a odkazujeme na aktuálnu nemeckú judikatúru, v zmysle ktorej klamlivosť spočíva napríklad aj v označení tovaru za „klimaticky neutrálny“, pokiaľ nie je priamo na tovare spotrebiteľom podrobnejšie vysvetlené, v čom uvedená klimatická neutralnosť spočíva (Rozsudok Bundesgerichtshof v Karlsruhe zo dňa 27. júna 2024 vo veci I ZR 98/23). V poslednom bode si myslíme, že environmentálne klamlivé vyhlásenia majú schopnosť pôsobiť na ľudské city a emócie, výsledkom čoho môže vyvstať otázka, či spotrebiteľia majú reálny záujem o konkrétny tovar alebo službu, alebo či sa o daný produkt zaujímajú iba z dôvodu jeho (domnelého) pozitívneho dopadu na životné prostredie. Odkazujeme pritom aj na súdnu úvahu o tzv. „reklame útočiacej na ľudské city“ (z nem. „Gefühlsbetonte Werbung“).

POUŽITÉ PRAMENE

1. HAJN, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000, 329 s. ISBN 80-210-2282-5.
2. JANKUV, J. Historický vývoj a súčasná podoba práva životného prostredia európskej únie v kontexte vplyvu medzinárodného práva životného prostredia. 2022, in: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, Vol. 10.2022, No.1. s. 12-30. ISSN 1339-3995. <https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-02>.

3. KINGSTON, S. E. J.: The role of environmental protection in EC competition law and policy. Universitiet Leiden. 2009. [online] <https://hdl.handle.net/1887/13497>.
4. KOLKUSOVÁ, R.: Zásada rovnosti účastníkov na hospodárskej súťaži. In: Banskobystrické zámocké dni práva (Princípy súkromného práva ako stabilizačný faktor pri tvorbe a interpretácii právnych predpisov). Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici: Belianum. 2020. s. 112-119.
5. KOPČOVÁ, R.: Princíp ochrany životného prostredia v hospodárskej súťaži. In: 20 rokov v Európskej únii z pohľadu práva a éra udržateľnosti. 2024.
6. KURME, M.: MEPs adopt new law banning greenwashing and misleading product information. In: European Parliament News. [online] <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240112IPR16772/meps-adopt-new-law-banning-greenwashing-and-misleading-product-information>.
7. MAJERČÁK, T., Ústavnoprávny rozmer práva na priaznivé životné prostredie. In: Ochrana životného prostredia v podmienkach územnej samosprávy, UPJŠ, Košice 2011, s. 7-16.
8. MORAVČÍKOVÁ, A. in: PATAKYOVÁ M. et al. Obchodný zákonník a komentár. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010. s. 129-130.
9. MUNKOVÁ, J. 2008. Právo proti nekalé súťaži: komentár. Praha: C. H. Beck, 2008. 3. vyd. 234 s. ISBN: 978-80-7179-543-8.
10. PRUSÁK, J., Ľudské práva tretej generácie a ochrana životného prostredia. In: ACTA FACULTATIS IURIDICAE UNIVERSITATIS COMENIANAE, Tomus XVII, Bratislava 1995, s. 92-101.
11. STUYCK, J. Thoughts on Improved Integration of Competition Law and Unfair Trade Practices Law. 2011. In Revue internationale de droit économique, Issue 4, 2011, s. 455-479. <https://doi.org/10.3917/ride.254.0455>.
12. SUCHOŽA, J., HUSAR, J. a kol. Obchodné právo. 1. vyd. Bratislava: IURA EDITION, 2009. 1032 s. ISBN 978-80-8078-290-0.
13. VOLLERO, A. Understanding Greenwashing. 2022. Emerald Publishing Limited, Leeds, s. 1-20. ISBN: 978-1-80117-967-6 <https://doi.org/10.1108/978-1-80117-966-920221001>.
14. Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 64/1975 Zb. z 13. januára 1975 o Parížskom dohovore na ochranu priemyslového vlastníctva z 20. marca 1883.
15. Návrh Smernice európskeho parlamentu a rady o zdôvodňovaní a oznamovaní výslovných tvrdení týkajúcich sa životného prostredia z 22. marca 2023 (smernica o tvrdeniach týkajúcich sa životného prostredia)
16. Dôvodová správa k Návrhu Smernice o zelených tvrdeniach
17. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu.
18. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/114/ES z 12. decembra 2006 o klamlivej a porovnávacej reklame (kodifikované znenie).
19. Charta základných práv Európskej únie, Úradný vestník Európskych spoločenstiev 2016 C 202/09.
20. Zákon č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa.
21. Zákon č. 513/1991 Zb. (Obchodný zákonník)

22. Najvyšší Súd Slovenskej republiky: 4 Obo 245/2004.
23. Najvyšší Súd Slovenskej republiky: 1 Obo 239/2006.
24. Najvyšší Súd Slovenskej republiky: 6 Obo 364/2005, ZSP 1/2008.
25. Rozsudok Bundesgerichtshof v Karlsruhe zo dňa 27. júna 2024 vo veci I ZR 98/23.
26. Rozsudok Bundesgerichtshof zo dňa 26. októbra 2006 vo veci I ZR 33/04 („Regenwaldprojekt I“).
27. Rozsudok Krajského súdu v Stuttgarte zo dňa 10. januára 2022 vo veci 36 O 92/21.

KONTAKT NA AUTORA

radka.kopcova@gmail.com

Paneurópska vysoká škola v Bratislave, Fakulta práva

Tomášikova 20

821 02 Bratislava

Slovenská republika

prof. JUDr. Pavol Kubiček, CSc.¹

Paneurópska vysoká škola v Bratislave, Fakulta práva; Rozhodcovský súd
Slovenskej obchodnej a priemyselnej komory

Niekoľko poznámok k vývoju právnej úpravy rozhodcovského konania v Slovenskej republike

A few notes on the development of the legal regulation of arbitration in the Slovak Republic

Abstrakt

Jedným z alternatívnych spôsobov rozhodovania obchodných sporov je rozhodcovské konanie. Pri realizácii takéhoto rozhodovania majú významné miesto stále rozhodcovské súdy. Ich postavenie sa počas krátkej histórie existencie Slovenskej republiky viackrát menilo a to bez ohľadu na následky týchto zmien. Zmyslom článku je upozorniť na túto skutočnosť, ktorá neprispieva k budovaniu autority rozhodcovských súdov.

Kľúčové slová: rozhodcovské konanie, stály rozhodcovský súd, zákon o rozhodcovskom konaní.

Abstract

One of the alternative ways of deciding commercial disputes is arbitration. In the implementation of such decision-making, arbitration courts still have an important place. Their position changed several times during the short history of the existence of the Slovak Republic, regardless of the consequences of these changes. The purpose of the article is to draw attention to this fact, which does not contribute to building the authority of arbitration courts.

Key words: arbitration, permanent arbitration court, law on arbitration.

JEL Classification: K49

ÚVOD

Pri úvahe o tom, čím by som prispel k pocte profesorovi Suchožovi ma inšpirovali jednak organizátori tohto sympózia a jednak spolupráca s pánom profesorom na Rozhodcovskom súde SOPK, keď sme sa zamýšľali na problémami rozhodcovského súdnictva. História rozhodcovského súdnictva v Slovenskej

¹ Profesor, vedúci Oddelenia obchodného práva na Fakulte práva Paneurópskej vysokej školy v Bratislave, Rozhodcovský súd Slovenskej obchodnej a priemyselnej komory.

republike je, oproti tej svetovej, síce krátka ale plná zvrátov a nečakaných legislatívnych riešení, ktoré v mnohých prípadoch neboli v prospech tohto inštitútu. Následne načrtnutý historický vývoj môže byť poučný pre tých, ktorí sa chcú zaoberať rozhodcovským konaním a prispieť k tomu, aby toto konanie plnilo svoj pôvodný účel, byť alternatívnym spôsobom riešenia obchodných sporov.

V tejto súvislosti treba pripomenúť, že inštitút rozhodcovského konania nie je v našej histórii novinkou, kde by sme začínali bez solidného základu. Myšlienka zriaďovania rozhodcovských súdov nezávislých na štátnej moci sa stala súčasťou nášho právneho poriadku. 2/ Právna úprava nášho rozhodcovského súdnictva bola tradične ovplyvnená najmä nemeckou právnou úpravou, a preto vnášanie cudzorodých prvkov do tejto koncepcie môže pôsobiť rušivo, resp. kontraproduktívne. V tejto súvislosti si pripomeňme ako sa vlastne prezentuje myšlienka existencie nezávislých rozhodcovských súdov v odbornej literatúre. O rozhodcovskom konaní hovoríme všade tam, kde súkromná vôľa strán zveruje spornú vec na prerokovanie a rozhodovanie určitým osobám súkromným, alebo laickým inštitúciám a odníma ich takto štátnym súdom. 3/

Z novej histórie pripomeniem fakt, že do decembra 1992 pôsobil na našom území Rozhodcovský súd pri Československej obchodnej a priemyselnej komore. Po vzniku Slovenskej republiky v januári 1993 vznikli dve samostatné obchodné komory a dva rozhodcovské súdy, jeden v SR a druhý v ČR. Slovenská obchodná a priemyselná komora je zriaďovateľom stáleho Rozhodcovského súdu pri SOPK /ďalej len „RS SOPK“. Tým bola vytvorená právna kontinuita rozhodovania obchodných sporov rozhodcami na Slovensku. Slovenská republika sa takto začlenila do systému rozhodovania medzinárodných a následne i vnútroštátnych sporov rozhodcami. Podobne ako SOPK spolupracuje s Medzinárodnou obchodnou komorou v Paríži, spolupracuje aj Rozhodcovský súd SOPK s Európskou arbitrážnou skupinou v Paríži, ktorej zasadnutí sa zúčastňujú predsedovia rozhodcovských súdov z krajín, ktoré sú členmi Medzinárodnej obchodnej komory. V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, že medzinárodná spolupráca v oblasti rozhodcovského súdnictva je regulovaná viacerými mnohostrannými dohodami. 4/

S vyššie uvedenými medzinárodnými dohodami by mala byť v súlade vnútroštátna právna úprava zák. č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení neskorších zmien a doplnkov. Z tohto zákona pripomeňme, že v § 1 ods. 1 upravuje: a/ rozhodovanie majetkových sporov vzniknutých z tuzemských a medzinárodných obchodnoprávných a občianskoprávných vzťahov ak je miesto konania v Slovenskej republike, b/ uznanie a výkon tuzemských a cudzích rozhodcovských rozhodnutí v Slovenskej republike.

Postavenie tradičných rozhodcovských súdov majú predovšetkým stále rozhodcovské súdy, ktoré vydávajú vlastné interné predpisy – Pravidlá rozhodcovského súdu, ktorých súčasťou sú: a/ Štatút rozhodcovského súdu, b/ Rokovací poriadok rozhodcovského súdu, c/ Pravidlá o nákladoch rozhodcovského konania rozhodcovského súdu, d/ Sadzobník trov rozhodcovského konania rozhodcovského súdu.

K dokumentácii stáleho rozhodcovského súdu patrí aj listina rozhodcov, z ktorej si budúci účastníci sporu vyberajú zástupcu do senátu, ktorý bude rozhodovať ich

spor. V praxi sa vyskytli názory, že takýto postup obmedzuje možnosť účastníkov konania pri výbere člena senátu. V súčasnosti prevládlo stanovisko, že zápis do listiny rozhodcov korešponduje s právom príslušnej obchodnej komory /zriaďovateľ rozhodcovského súdu/ ponechať si vplyv na výber rozhodcov.

Stále rozhodcovské súdy sú predstaviteľmi tradičného rozhodovania obchodných sporov, svojou činnosťou garantujú kvalitný výkon rozhodovacej činnosti, a preto si právna úprava ich postavenia zaslúži osobitnú pozornosť. Nazrime teda do relatívne krátkej histórie vývoja postavenia stálych rozhodcovských súdov v Slovenskej republike, ktorá by mala dať odpoveď na otázku odkiaľ a kam táto právna úprava smeruje. V rámci právnej kontinuity začiatkom 90-tych rokov bola aplikovaná právna úprava zák. č. 98/1963 Zb. o rozhodcovskom konaní v medzinárodnom obchodnom styku a o výkone rozhodcovských rozhodnutí. V zmysle § 8 ods. 1 tohto zákona mohli strany v rozhodcovskej zmluve dohodnúť, že o sporoch medzi nimi má rozhodovať stály rozhodcovský súd. Pritom zriaďovanie stálych rozhodcovských súdov upravovali osobitné predpisy. Dohoda o príslušnosti stáleho rozhodcovského súdu znamenala, že strany sa podrobili uverejneným stanovám, poriadkom a iným predpisom upravujúcim konanie na stálom rozhodcovskom súde v čase, keď bol doručený návrh na začatie rozhodcovského konania /žaloba/. V zmysle § 28 ods. 2 bolo umožnené, aby predpisy platné pre stále rozhodcovské súdy umožnili podrobnejšie a odchyľne určiť spôsob ako a v akom počte budú vymenovaní rozhodcovia, najmä mohli výber rozhodcov viazať na určitý zoznam. Mohli určiť aj spôsob konania a rozhodovania a iné otázky súvisiace s činnosťou stálych rozhodcovských súdov a rozhodcov. Nebolo však možné strany pozbaviť práva domáhať sa zrušenia rozhodcovského rozhodnutia alebo zastavenia nariadenia výkonu podľa ustanovení tohto zákona. Treba uviesť, že účelom zákona č. 98/1963 Zb. bolo umožniť účastníkom medzinárodného obchodného styku rýchle, pružné a odborným požiadavkám zodpovedajúce riešenie sporov. Neuvažovalo sa teda o tom, že by sa v súlade s týmto zákonom riešili vnútroštátne spory. V súvislosti s právnou úpravou zák. č. 98/1963 Zb. stojí za povšimnutie, že tento zákon umožňoval stálym rozhodcovským súdom výber rozhodcov viazať na určitý zoznam. Viest' zoznam rozhodcov stálym rozhodcovským súdom nie je teda žiadna novinka, ale zaužívaný spôsob, akým pracujú stále rozhodcovské súdy.

Následne bol prijatý zákon č. 218/1996 Zb. o rozhodcovskom konaní, ktorým si Slovenská republika etablovala novú právnu úpravu, rozdielnu od právnej úpravy v Českej republike. V zmysle § 1 tohto zákona rozhodcovské konanie malo slúžiť na uľahčenie rozvoja a priebehu obchodných vzťahov. Táto právna úprava teda ustupuje od termínu medzinárodný obchodný styk. Rozširuje možnosť využitia rozhodcovského konania aj na tuzemské spory. Pokiaľ sa týka stálych rozhodcovských súdov v § 8 ods. 1 zák. č. 218/1996 Zb. bola použitá formulácia, že právnické osoby môžu na základe zákona zriaďiť a na svoje náklady udržiavať stále rozhodcovské súdy. V poznámke k tomuto ustanoveniu sa uvádzajú: § 16 zák. č. 9/92 Zb. o obchodných a priemyselných komorách, § 28 zák. č. 229/1992 Zb. o komoditných burzách, § 30 zák. č. 214/1992 Zb. o burze cenných papierov, § 3 zák. č. 30/1992 Zb. o Slovenskej poľnohospodárskej a potravinárskej komore. Z uvedeného výpočtu je zrejmé, že v tejto etape už dochádza k „zahmlievaniu“

tradičného pojmu stály rozhodcovský súd. Burzové súdy sú určené len na riešenie určitých sporov, ktoré vznikajú z burzových obchodov, a preto ich nemožno zaraďovať pod pojem rozhodcovské konanie, v zmysle nášho zákona o rozhodcovskom konaní. Štatút burzy cenných papierov určuje, okrem iného, spôsob riešenia sporov, ktoré vzniknú z burzových obchodov. 5/ Tým nie je povedané, že by takáto prax bola nesprávna.

Ďalším v poradí bol zákon č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní, ktorý v § 1 ods. 1 zákona používa formuláciu, že tento zákon upravuje rozhodovanie majetkových sporov vzniknutých z tuzemských a z medzinárodných obchodnoprávných a občianskoprávných, ak je miesto rozhodcovského konania v Slovenskej republike. Zároveň zákon upravuje uznanie a výkon tuzemských a cudzích rozhodcovských rozhodnutí v Slovenskej republike. Nebývalú pozornosť vzbudil § 12 zákona o rozhodcovskom konaní, ktorý upravuje postavenie stálych rozhodcovských súdov. V zmysle § 12 ods. 1 zák. č. 244/2002 Z. z. mohla právnická osoba na základe tohto zákona a na svoje náklady zriadiť a udržiavať stály rozhodcovský súd. Táto právna úprava priniesla jednu zo základných zmien, ktorá významným spôsobom narušila tradičnú koncepciu rozhodcovského konania tým, že umožnila zriaďovanie stálych rozhodcovských súdov právnickými osobami bez toho, aby tieto právnické osoby bližšie špecifikovala. / Legálnu definíciu právnických osôb obsahuje § 18 ods. 2 Občianskeho zákonníka. /

Takýto návrh bol od začiatku predmetom kritiky odbornej verejnosti pre jeho neurčitosť. Dalo sa predvídať zneužitie rozhodcovského konania na nekalé praktiky. To následne potvrdila aj prax. V Slovenskej republike bolo založených niekoľko desiatok stálych rozhodcovských súdov, niektoré nevykonávali žiadnu činnosť, iné dokonca svojou praxou znižovali dôveru v rozhodcovské súdnictvo ako také. Na túto tému bolo publikovaných množstvo prípadov v médiách. Ministerstvo spravodlivosti uviedlo, že súdy zastavili desaťtisíc nezákonných exekúcií, ktoré sa začali na základe rozsudkov súkromných rozhodcovských súdov nebankoviek. / Pritom nebankovky, ktoré poskytovali nebankové spotrebiteľské pôžičky boli len jednou skupinou zriaďovateľov rozhodcovských súdov. / Aj to je dôvod, aby sme na situáciu v rozhodcovskom súdnictve opakovane upozorňovali a vysvetľovali právnu povahu a poslanie stálych rozhodcovských súdov. Rovnako aj rozhodcovského konania, ako alternatívneho riešenia predovšetkým obchodno – právnych sporov. 6/

V odbornej verejnosti vzbudila pozornosť príprava novely zák. č. 244/2002 Z. z. v znení zák. č. 521/2005 Z. z. a zákona č. 711/2009 Z. z. V tejto novele už boli navrhované koncepčné zmeny, ktoré by mohli ohroziť samotnú podstatu právnej úpravy tradičného rozhodcovského konania, ako aj postavenie stálych rozhodcovských súdov. Návrh novely, tak ako bol pripravený v roku 2010 bol v rozpore s medzinárodnými zmluvami, ktoré sa týkajú rozhodcovského konania a ktorými je Slovenská republika viazaná. Prijatie takto navrhovanej novely by bolo zároveň skomplikovalo spoluprácu s Medzinárodnou obchodnou komorou v Paríži a jej rozhodcovským súdom. Tento návrh nerozlišoval medzi tradičným rozhodcovským konaním a rozhodcovským konaním pod dohľadom Ministerstva spravodlivosti SR. Podobne na jednej strane nerozlišoval medzi Slovenskou obchodnou a priemyselnou komorou ako verejnoprávnou inštitúciou, zriadenou na

základe zákona na podporu podnikania a jej rozhodcovským súdom, ktorý má rozhodovať spory medzi podnikateľskými subjektmi / domácimi a zahraničnými /, pričom garantom kvality výberu rozhodcov a rozhodovania je táto komora. Na druhej strane medzi právnickými osobami, ktoré zriaďovali rozhodcovské súdy na rozhodovanie tzv. spotrebiteľských sporov, kde jednou zo strán je spotrebiteľ / občan, fyzická osoba, nepodnikateľ/, ktorý má byť osobitne chránený, teda použitie princípu ochrany tzv. slabšej strany. Opodstatnenosť tradičného rozhodcovského konania je potvrdená jeho dlhoročnou aplikáciou a kvalitou rozhodovania. Vybudovať kvalitný tradičný stály rozhodcovský súd, ktorý by mal potrebnú dôveryhodnosť doma i v zahraničí je dlhodobá záležitosť.

Počas kalendárneho roka 2012 sa pripravovala novela zákona o rozhodcovskom konaní, resp. uvažovalo sa aj o novom zákone. Za určitý pokrok v myslení možno považovať úsilie rozlíšiť v novej právnej úprave „tradičné“ rozhodcovské konanie a konanie v spotrebiteľských sporoch, kde bola prijatá osobitná právna úprava, čo možno považovať za zásadnú koncepčnú zmenu. Nedarí sa dosiahnuť pokrok v otázke, kto môže zriaďovať stále rozhodcovské súdy. Za úspech možno považovať, že nie každá právnická osoba môže zriadiť stály rozhodcovský súd. V § 12 ods. 1 novely zák. č. 244/2002 Z. z. bola formulácia : „Zriaďovateľom stáleho rozhodcovského súdu môže byť len záujmové združenie právnických osôb, národný športový zväz, Slovenský olympijský výbor, Slovenský paraolympijský výbor alebo komora zriadená zákonom.“ /Uvedená novela zák. č. 336/2014 Z. z. nadobudla účinnosť 1. januára 2015./ V porovnaní s predchádzajúcou právnou úpravou došlo teda k formálnemu zníženiu počtu právnických osôb , ktoré môžu zakladať stále rozhodcovské súdy. Reálne však nie je problém založiť záujmové združenie právnických osôb a tak získať oprávnenie na zriadenie stáleho rozhodcovského súdu.

Po opakovanej korekcii bol z predmetnej formulácie vypustený pojem záujmové združenie právnických osôb. /Zák. č. 125/2016 Z. z. , ktorým bol okrem iného , novelizovaný zákon o rozhodcovskom konaní, táto novela nadobudla účinnosť dňa 1. januára 2017./ Čaká nás teda ďalšia etapa úvah smerujúcich k ochrane tradičného stáleho rozhodcovského súdu ako dôveryhodnej nezávislej inštitúcie zriaďovanej na riešenie predovšetkým obchodných sporov. Ďalšie novely zákona o rozhodcovskom konaní nepriniesli žiadnu podstatnú zmenu v postavení stálych rozhodcovských súdov /zák. č. 373/2018 Z. z., zák. č. 310/2019 Z. z. a zák. č. 108/2024 Z. z./.

ZÁVER

V poslednom období som si vypočul aj názor, že teoretické pracoviská /rozumej v tomto prípade právnické fakulty/ by sa nemali zaoberať príliš konkrétnymi, praktickými právnymi problémami. Bolo to práve v súvislosti s rozhodcovským konaním. Vyznelo to tak, že sa vlastne nemajú miešať do kvality legislatívneho procesu. Tak som sa dostal k otázke či univerzitné pracoviská majú byť izolované od praxe a vlastne nevyjadrovať sa kriticky k legislatívnemu procesu. To je ale cesta k potlačeniu jednej zo základných úloh univerzít vyslovovať sa k spoločenskému daniu objektívne, bez ohľadu na partikulárne záujmy lobistických skupín a tým aj cesta k oslabeniu postavenia univerzít a degradácii ich významu na apologetov

rozhodnutí prijímaných politickými a štátnymi orgánmi. /V konečnom dôsledku oni rozhodujú o prideľovaní financií univerzitám./

Som si vedomí, že zákon o rozhodcovskom konaní je jedným z množstva zákonov, ktoré tvoria náš právny systém. Chcel som len dokumentovať urputnosť boja záujmových skupín a ťažkú pozíciu oponentov týchto záujmových skupín v oblasti legislatívy. Berte toto moje vystúpenie ako podnet na zamyslenie sa nad rozhodcovským konaním, ale aj poslaním našich pracovníkov pri tvorbe legislatívnych návrhov.

V záujme doplnenia informácie o postavení stálych rozhodcovských súdov v zahraničí, v porovnaní so Slovenskou republikou, treba uviesť, že v štátoch západnej Európy nie je problém s vymedzením stálych rozhodcovských súdov, ktoré fungujú kontinuálne a získali si povest' dôveryhodných napr. Paríž, Viedeň. 7/ Ich existencia je spravidla spätá s existenciou tamojších obchodných komôr, ktoré sú ich zriaďovateľmi a garantmi kvalifikovaného výkonu ich činnosti. S pochopením úlohy stálych rozhodcovských súdov vznikli problémy v krajinách strednej a východnej Európy v poslednom štvrt' storočí /približne po roku 1990/. Je to čas hľadania miesta rozhodcovského konania a rozhodcovských súdov v právnom poriadku týchto štátov. Svedčí o tom aj vývoj našej právnej úpravy. Tento vývoj jednoznačne potvrdil, že benevolentná právna úprava vzniku stálych rozhodcovských súdov v našom právnom poriadku by nemala byť tolerovaná. Bolo úplne zbytočné obviňovať Rozhodcovský súd SOPK z pokusov o monopolné postavenie v rozhodcovskom súdnictve. Jeho špecifické postavenie je dané historickým vývojom právnej úpravy obchodných komôr a ich stálych rozhodcovských súdov na území Rakúsko – Uhorska a následných štátnych útvarov.

Pokiaľ štát zvažuje vznik ďalších stálych rozhodcovských súdov, mal by podľa nášho názoru, postupovať veľmi uvážlivo a brať do úvahy fakt, že vytvára inštitúcie, ktoré budú mať postavenie všeobecných súdov, včítane vymožitelnosti ich rozhodnutí v exekučnom konaní. Neodborný, lobistami vynútený prístup k riešeniu tejto otázky vzbudzuje v právnickej verejnosti pochybnosti o ústavnosti takéhoto riešenia. V laickej verejnosti vyvoláva až odpor a znevažovanie rozhodcovského súdnictva.

POUŽITÉ PRAMENE

1. SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.: Právo, obchod, ekonomika. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2020, s. 308.
2. FOREJT, A. Řešení sporu v rozhodčím řízení, PROSPEKTRUM PRAHA, Praha 1995, s. 5 a nasl.
3. SINGER, E. Právo v zahraničním obchodu, Orbis, Praha 1960, s. 409 a nasl.
4. Napr. Protokol o doložkách o rozhodcovi /Ženeva, 1923/, Dohoda o vykonateľnosti cudzích rozhodcovských výrokov /Ženeva, 1927/, Dohoda o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských nálezov /New York, 1958/, Európska dohoda o medzinárodnej obchodnej arbitráži /Ženeva 1961/, Dohoda o civilnom konaní /Haag, 1954/.

5. BENEŠ, V., MUSÍLEK, P. Burzy a burzovní obchody, INFORMATORIUM, Praha 1991, s. 86 a nasl.
6. K pojmu alternatívne riešenie sporov pozri napr.: Raban, P., Alternativní řešení sporu, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí. 1. Vydání, Praha: C.H.Beck, 2004, 765 s., HUČKOVÁ, R. Rozhodcovské konanie. Košice, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2013, s. 210, ROZEHNALOVÁ, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 3. aktualizované vyd. Praha: Wolter Kluwer ČR, 2013. 400 s.
7. Pozri napr. BĚLOHLÁVEK, A.J. Rozhodčí řízení v zemích Evropy, 1. vydání, Praha: C.H.Beck, 2012, s. 1762.

KONTAKT NA AUTORA

pavol.kubicek@paneurouni.com

Paneurópska vysoká škola v Bratislave, Fakulta práva

Tomášikova 20

821 02 Bratislava

Slovenská republika

Jolanta Loranc-Borkowska¹, PhD
Krakow University of Economics

Complaint about a physical defect of real estate purchased on the secondary market under Polish law

Abstract

It seems that due to the long existence of Polish law, the regulation of warranty for physical defects of real estate should be an institution generally known to both the seller and the buyer. However, as practice shows, many of them are still unaware of the scope of this liability, the rights and obligations of the parties, especially those burdening the buyer himself who would like to use the warranty after discovering a defect in the purchased real estate. Moreover, the introduction of a new regulation on liability for non-conformity of goods with the contract may pose a problem for the buyer. This is because a buyer who wants to file a complaint may have difficulty choosing the appropriate legal regulation for a given sale, and the effectiveness of the actions taken will depend on the appropriate behavior of the buyer. The aim of the study is to indicate what regulations apply and what a complaint should look like in the event of a sale of real estate with a physical defect to a buyer.

Key words: physical defect of real estate, warranty, complaint about real estate with a physical defect.

JEL Classification: K12

INTRODUCTION

From January 1, 2023, as a result of the implementation of Directive 2019/771/EU² in Polish law, a dualism has arisen in terms of the seller's liability for poor quality of goods. This dualism of liability means that, depending on the person of the buyer and the seller and the object of sale, the seller is either liable under the

¹ Jolanta Loranc-Borkowska, PhD in law, assistant professor at the Institute of Law at the Cracow University of Economics. He specializes, inter alia, in consumer protection law and market protection law, as well as international and EU tax law. Author of several dozen publications in this field. As part of her teaching activities, she has developed and conducted her own lectures on the following subjects: Competition and Consumer Protection Law, Legal Market and Consumer Protection, Legal Aspects of Quality and Legal Aspects of the Sales Process, as well as International and EU Tax Law and Customs Law.l

² Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC (Text with EEA relevance), OJ L 136, 22.5.2019, pp. 28–50.

warranty regime for defects regulated in the Civil Code³, or for non-conformity of the goods with the contract regulated in the Consumer Rights Act⁴. The latter liability regime applies to goods of inappropriate quality, i.e. movable thing purchased by the consumer, as well as water, gas and electricity when they are offered for sale in a specific volume or quantity. With regard to liability for defects in real estate that is not a commodity, the provisions governing warranty for defects will be of fundamental importance. In addition to the above, the nature of the parties to the real estate sale agreement should be taken into account. If a real estate sales contract is concluded between the developer and the consumer, the consumer's additional obligation will be to collect both the premises and the building real estate. This process is to be carried out in accordance with art. 41 section 1-3 of the Development Act⁵. Pursuant to this provision, the consumer is obliged to carry out the acceptance of the premises or building before transferring the rights arising from the development contract or another contract obliging to transfer ownership, under pain of losing this right at a later date. In turn, in the case of selling real estate on the secondary market, the buyer will be obliged to collect the real estate, provided that both parties are entrepreneurs, and the sales contract will provide for the obligation to inspect the real estate at the time and in the manner adopted for this type of real estate (art. 563 § 1 CC). The diversified scope of rights and obligations of the parties to a real estate sales contract, as well as the lack of regulations regarding the procedure for submitting complaints and a precisely defined deadline for their resolution, in practice lead to the emergence of several procedural options. The subject of this study is to present the complaint process for a physical defect in real estate that was sold by a seller who is not a developer and purchased by a buyer who may be either an entrepreneur or a consumer.

1. CONDITIONS OF SELLER'S LIABILITY FOR PHYSICAL DEFECTS OF REAL ESTATE

The concept of a defect (art. 556 CC), especially a physical one, is important for liability under the warranty. To define the concept of a physical defect, please refer to art. 556³ CC in connection with art. 556¹ § 1 CC. Art. 556 CC, which defines a legal defect at the end it says that „the remaining defects are physical defects”. Art. 556¹ § 1 CC defines a (physical) defect as the non-compliance of the thing with the contract and in the following sentence 2 extracts example forms of defects.

Content analysis of the art. 556¹ § 1 CC leads to the conclusion that whether a real estate has a physical defect is determined by the functional criterion qualifying the suitability of the real estate for an individually or standard purpose, and not a

³ Act of 23 April 1964, Civil Code, consolidated text Journal of Laws 2024, item 1061 as amended, hereinafter CC.

⁴ Act of 30 May 2014 on Consumer Rights, consolidated text Journal of Laws 2023, item 2759 as amended.

⁵ Act of May 21, 2021, on the protection of the rights of the purchaser of a residential premises or a single-family house and the Developer Guarantee Fund, Journal of Laws of 2024, item 695, hereinafter referred to as the Development Act.

normative and technical criterion⁶ (including applicable technical standards). This approach means that in order to determine the non-compliance of the real estate with the contract, it is important to determine how the physical defect makes the real estate unfit for this purpose. Additionally, when checking what type of physical defect exists, you should also take into account art. 354 CC, specifying the manner of fulfilling the obligation.

Taking into account the above, when determining the compliance of the real estate with the contract, the arrangements made between the parties to the contract will be of fundamental importance, although they will not always result directly from its content. This applies whenever the buyer tells the seller what the purpose of purchasing a given real estate is, and the seller does not raise any objections⁷ - this will mean that he implicitly consents to the use of the real estate in the manner indicated by the buyer. If some features of the real estate have not been agreed individually, when assessing its compliance with the contract, objective criteria should be taken into account, allowing for comparison of the properties of a given real estate with the properties that a real estate of this type should have, taking into account not only its purpose, but also the possession of specific properties or suitability for a specific purpose, as well as similar value or method of construction (technology used).

Art. 556¹ § 3 CC in the case of real estate, it is particularly important. According to this provision, „an thing sold has a physical defect also in the event of improper installation and commissioning, if these activities were performed by the seller or a third party for whom the seller is responsible, or by the buyer who followed the instructions received from the seller”. According to the provision, the seller will be liable for the results of installation and commissioning if the obligation to perform these activities results either from the sales contract⁸, which will also include the provision of services, or from a separate contract that will be related to the sales contract⁹. In the scope in question, the seller is responsible both for himself and for the person with the help of whom he performs the installation and commissioning or to whom he entrusts the performance of such a service¹⁰. Liability for these persons is based on the principle of risk¹¹, and therefore the seller cannot exempt himself from it by demonstrating that he was not at fault in his supervision or selection.

⁶ This approach is emphasized in the jurisprudence, judgment of the Court of Appeal in Cracow of May 31, 2016, I ACa 937/15, LEX no. 2053829. Point 2 of the resolution of the full bench of the Civil and Administrative Chamber of the Supreme Court of the Republic of Poland of December 30, 1988, III CZP 48/88 OSNC 1989/3/36.

⁷ The seller's silence should be considered tantamount to acceptance of the purpose presented by the buyer.

⁸ Compare: KOZIOŁ A., [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764(9)), FRAS M. (ed.), HABDAS M. (ed.), LEX 2018, comment to art. 556¹ KC, Nb 18.

⁹ Compare: ZOLL F., Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy. Warszawa: C.H. Beck 2018, p. 144.

¹⁰ The catalog of entities should be determined by referring to art. 474 CC.

¹¹ Art. 429 CC cannot be applied in this case. This is due to the fact that the provision, based on the criterion of fault in the selection, allows the person entrusting the performance of the activity to be released from liability when he is not at fault in the selection or when he entrusted the performance of the activity to entities with appropriate professional qualifications. What is important here is the

2. RELEASE OF THE SELLER FROM LIABILITY FOR PHYSICAL DEFECTS OF THE REAL ESTATE

The seller may be released from liability for existing physical defects pursuant to art. 557 CC, which states that „the seller is exempt from liability under the warranty if the buyer knew about the defect at the time of concluding the contract (§ 1) or at the time of handing over the thing (§ 2), when the subject of the sale are things marked only as to species or things to come into being”. The provision of art. 557 CC introduces two different moments according to which the knowledge of the buyer about the defect is examined - the relevant moment¹² is either the moment of concluding the contract or the moment of delivery of the thing. In relation to a real estate sales contract, the first moment should be considered as decisive.

If the basis for exempting the seller from liability for defects is the buyer's knowledge of the defect, the question arises from what source should it come? Pursuant to art. 557 CC, for the exemption from liability to be effective, the buyer must know about the defect¹³, i.e. be informed¹⁴ about it by the seller. It should be remembered that, as a rule, „release from liability does not occur in a situation where the buyer can easily notice the defect or detected after due diligence”¹⁵. „The possibility of detecting a defect is not the same as its detection, because the fact that the buyer did not notice a visible physical defect does not mean that he knew about it”¹⁶. However, whether the seller is able to release himself from liability for defects under the consisting in examining the goods. The provisions governing warranty for defects do not provide for such an obligation on the part of the consumer¹⁷. However, the situation is different in the case of sales between entrepreneurs, which introduces an obligation to examine the thing¹⁸ at the time and in the manner usual for this type

fact that the assembly and commissioning activities are part of the performance charged to the sale and it does not matter to the buyer who performs the activities, as all claims will be directed against the seller.

¹² Compare: JEZIORO J. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, GNIEWEK E. (ed.), MACHNIKOWSKI P. (ed.), Warszawa: C.H. Beck 2014, p. 1135.

¹³ The Supreme Court of the Republic of Poland in its judgment of February 16, 2005, IV CK 546/2004, LEX No. 802431 stated that art. 557 § 1 does not release the seller from liability under the warranty if the buyer should have known about the defect. On the contrary, this provision states that for such an effect to occur, the buyer must be aware of the defect at the time of concluding the contract.

¹⁴ LORANC-BORKOWSKA J., Nowa regulacja rękojmi za wady rzeczy sprzedanej – uwagi ogólne [w:] Zmiany prawodawstwa gospodarczego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce, Kocowski T. (ed.), Marak K. (ed.). Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu 2014, no. 362, p. 257.

¹⁵ See: judgment of the Court of Appeal in Poznań of January 26, 1994, I ACr 640/94, Wokanda 1994, no. 11, p. 48. Judgment of the Court of Appeal in Białystok of July 8, 2016, ref. no. file I ACa 172/16, LEX no. 2081574.

¹⁶ See: ŁĘTOWSKA E., Prawo umów konsumenckich. Warszawa: C.H. Beck, 2002, p. 398.

¹⁷ Compare: KATNER W.J., Rękojmią za wady rzeczy [w:] System prawa prywatnego, T. 7. Prawo zobowiązań, część szczegółowa, RAJSKI J. (ed.), Warszawa: C.H. Beck 2004, p. 129. PISULIŃSKI J., Sprzedaż konsumencka [w:] System prawa prywatnego. T.7. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, RAJSKI J. (ed.), Warszawa: C.H. 2004, p. 187; ŁĘTOWSKA E., Prawo umów..., p. 397.

¹⁸ LORANC-BORKOWSKA J., Nowa regulacja rękojmi za wady..., p. 261.

of thing (art. 563 § 1 CC). Therefore, if the buyer is not obliged to examine the thing, in the event of a dispute between the parties regarding knowledge of the defect, the proof that the buyer knew about it rests with the seller (in accordance with art. 6 CC).

3. MODIFICATION OF LIABILITY UNDER THE WARRANTY FOR PHYSICAL DEFECTS

Pursuant to art. 558 § 1 CC, „the parties may extend, limit or exclude liability under the warranty. If the buyer is a consumer, limitation or exclusion of warranty liability is permitted only in cases specified in specific provisions”. In the case of real estate, modification of liability is possible when the seller is a developer and the buyer is a consumer¹⁹. The Development Act (specific provision) states that the consumer is obliged to examine the real estate before taking possession of it, while the warranty does not provide for such an obligation towards the consumer.

4. COMPLAINT ABOUT A PHYSICAL DEFECT IN REAL ESTATE

The provisions on warranty for defects do not specify how the buyer should exercise his rights arising from receiving a defective real estate under the sales contract. In view of the above, it should be considered that this may take place through a declaration of will made in the manner specified in the provisions on the form of legal action (art. 73 CC et seq.). It will be most appropriate to submit the request in writing, as it meets the requirements set out in the regulations (art. 568 § 1 CC) and is effective if it is delivered to the seller before the expiry of the period in which he is liable for defects in the real estate²⁰. Moreover, it makes it easier to prove that the buyer discovered the defect before the expiry of the seller's liability period. The basis for the seller's liability is a physical defect of the real estate that existed in the thing at the time of its delivery (art. 559 CC), which means there is no such liability if the defect occurred after the transfer of possession to the buyer²¹. The burden of proving the existence of non-compliance of the real estate with the contract at the time of its issuance rests with the seller in accordance with the reverse rule of evidence introduced by art. 556² CC (as part of a sale to a consumer) or to the buyer in accordance with the general rule of evidence under art. 6 CC. If a physical defect of the thing is discovered by the consumer within one year from the date of taking possession of the thing, it is presumed that the defect existed at the time of taking possession of the thing. This is the effect predicted in the art. 556² CC. Presumption

¹⁹ Pursuant to art. 41 sec. 1-3 of the Development Act, the buyer is obliged to accept the real estate before transferring the rights arising from the development contract or another contract obliging him to transfer ownership of the real estate. The same obligation is borne by the buyer in the case of a development sale agreement.

²⁰ Yes, too JEZIORO J., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 535-1088*, t. II (red. E. Gniewek), Warszawa: C.H. Beck 2004, p. 90. Judgment of the Supreme Court of the Republic of Poland of August 31, 1973, II CR 396/73, OSPiKA 1974, no. 9, item 191 with a critical commentary by W. Maruczyński.

²¹ Compare KIERZYK T., *Odpowiedzialność za niezgodność produktu z umową*. Rejent 2004, no. 7, p. 92.

under art. 556² CC is rebuttable, the seller has the opportunity to provide counterevidence that the physical defect identified by the consumer did not exist at the time of handing over the real estate, and therefore there are no grounds for charging him with liability. If a defect is found in the real estate while using it, the buyer is entitled to warranty rights provided for in the Civil Code, which he or she can use in the complaint process. The choice of these rights (withdrawal from the contract, price reduction, removal of a defect or replacement of a defective thing with a defect-free one) is legally binding, i.e. binding on the buyer, who may change the right only with the consent of the seller. Only the direct buyer²² has the right to exercise these rights, i.e. to submit a complaint to the seller²³.

If the real estate has defects, the buyer, using art. 560 § 1 CC may submit a declaration of price reduction²⁴ or withdrawal from the contract, unless the seller immediately and without excessive inconvenience to the buyer replaces the defective thing with a defect-free one (this is unlikely to apply to the entire real estate) or removes the defect. The seller may exercise his right not to agree to withdraw from the contract or reduce the price. The seller may use this right only once and may not use it if the thing has already been replaced or repaired by him or he has not fulfilled the obligation to replace the thing with a defect-free one or to remove the defect. Withdrawal from the contract is possible only if the defect is significant (art. 560 § 4 of CC). Whether a given defect is significant is determined by the buyer's point of view based on subjective criteria limited by the scope of art. 5 CC²⁵. Generally speaking, a significant defect makes the real estate unsuitable for the use specified in the contract or does not allow it to be used for its intended purpose.

Due to the nature of the real estate, the buyer using the warranty, instead of withdrawing from the contract or reducing the price, will probably strive to maintain the functionality of the real estate and, in the event of a defect, demand that the seller remove it or replace the real estate in accordance with art. 561 § 1 CC.

Removing the defect is intended to bring the real estate into compliance with the contract, therefore this activity should be done in such a way as to eliminate the possibility of the same defects occurring in the future. Hence, the method by which the seller removes a physical defect in the real estate will depend mainly on the nature of the defect found. Removal of the defect may consist in repairing the real estate or replacing components or accessories installed in it. In the case of removing a defect by replacing elements that were independent things before installation, the question arises whether this means replacing them with a new element? Based on the

²² Therefore, for example, in the case of a housing community, complaints will be able to be submitted by the purchasers of the premises, and not by the community, see: judgment of the District Court in Olsztyn of September 16, 2019, I C 210/19, LEX No. 2735239. Decision of the Supreme Court of the Republic of Poland of September 7, 2019 I CSK 743/18, LEX no. 2686290.

²³ In the event of purchasing real estate on the so-called in the secondary market, when the buyer is not directly bound by the contract with the developer, he or she cannot exercise warranty rights against the developer.

²⁴ The reduced price should be in such proportion to the price resulting from the contract that the real estate with a physical defect is proportional to the value of the real estate without this defect (art. 560 § 3 CC).

²⁵ Compare: judgment of the Supreme Court of the Republic of Poland of June 29, 2004, II CK 388/03, LEX no. 176096.

assumption that the basis for the seller's liability is a physical defect present in the real estate at the time of its delivery, and the subsequent disclosure of this defect is the result of its existence from the very beginning, the answer to this question must be affirmative. Therefore, if a new element (part) has been installed, if a defect is discovered, the buyer, demanding its removal by replacement, has the right to demand replacement with a new element.

If the seller did not build the real estate, running a maintenance service is very difficult. Such a seller, in certain circumstances, may act as an intermediary in settling complaints and refer the buyer to the manufacturer who has the facilities to remove the defect.

In other circumstances, the buyer may demand the replacement of the real estate with a defect-free one, however, replacing one real estate with another seems to be at least very difficult, but this does not mean that it will always be impossible²⁶. In practice, in the case of real estate, components will most often be replaced, hence the question arises: can replacement involve this? Due to the content of art. 561 §1 CC, the term „exchange of real estate” cannot include the exchange of a defective part of it, even on the basis of *a maiori ad minus*²⁷ inference, because the request for exchange concerns the real estate as a whole, and not its component parts.

Pursuant to art. 561 § 2 CC, the seller is obliged to remove the defect or replace the thing within a reasonable time without excessive inconvenience to the buyer. However, the seller may refuse to meet the demands of the buyer (art. 561 § 3 sentence 1 CC) if it was impossible or would require excessive costs. In this situation, the buyer will be able to withdraw from the contract or reduce the price, because from an economic point of view it would not be justified to grant the buyer the right to demand removal of the defect in every case. Of course, the buyer must be aware of the possibility of objective obstacles that will prevent the fulfillment of the demands made by him, especially when the performance will be impossible to fulfill²⁸.

The second condition that allows the seller not to fulfill the buyer's claims is to demonstrate that fulfilling them requires incurring excessive costs. The point is that the seller's performance related to the fulfillment of the buyer's claims is disproportionate to the price paid by the buyer (so-called relative disproportion of performance). The seller, invoking the premise of excessive costs, releases himself from the obligation to remove the defect (replace) not because he has to bear the costs of carrying out these activities, but because these costs may turn out to be disproportionate to the value of the real estate and another way of satisfying the buyer's demands. The assessment of whether the costs are excessive should be made objectively, taking into account the value of the real estate in accordance with the contract and the type and degree of the physical defect found, as well as the

²⁶ In relation to the contract for specific work, see: BRZOZOWSKI S., *Umowa o dzieło [w:] RAJSKI J. (ed.), System prawa prywatnego, t. 7. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa: C.H. Beck 2018, p. 469.

²⁷ See: WOJDYŁO M., *Odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi i gwarancji jakości przy umowie sprzedaży w obrocie gospodarczym*, Kraków: Dom Wydawniczy OSTOJA 2000, p. 54.

²⁸ Compare: STEFANICKI R., *Ochrona konsumenta w świetle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej*. Zakamycze 2006, p. 257.

inconvenience to which the buyer would be exposed to a different way of meeting his demands²⁹. Excessive costs are unreasonable costs compared to the costs of alternative removal of the defect, e.g. excessive repair costs may result from excessive wear or the discovery of a large number of minor defects. However, the provision does not indicate what the difference is - so it will be determined in the circumstances of a specific case³⁰.

Determining a defect is not tantamount to notifying the seller about the defect, just as notifying him of the defect (declaration of knowledge) is not tantamount to indicating how to resolve the complaint (declaration of will). Therefore, it may happen that the buyer first reports a physical defect to the seller and then claims repair or replacement in a separate declaration. However, such separation in time of declarations is not a common practice.

The provisions governing warranty do not specify a specific deadline within which the buyer's justified requests should be fulfilled. The only provision introducing a clear deadline refers to the seller's obligation to respond to the consumer's request to replace the thing or remove the defect or to declare a price reduction. The Seller should respond within 14 days of receiving this request, otherwise such request will be considered justified (art. 561⁵ CC). This provision will apply in relations between the seller (entrepreneur) and the consumer. The seller is obliged to respond to the reported complaint within 14 days. If the seller does not notify the consumer about his decision within 14 days, he must consider the consumer's request justified. It should be emphasized that the deadline for responding to the complaint is not the deadline for settling it, but only the deadline within which the seller decides whether to accept or reject the complaint. The only information regarding the time for processing a complaint is contained in art. 561 § 2 CC stating that „the seller is obliged to replace the defective thing with a defect-free one or to remove the defect within a reasonable time without excessive inconvenience to the buyer”. The provision does not precisely specify the deadline by which the seller is to fulfill the buyer's claims, limiting it to stating that it should take place within a „reasonable time”. The use of an undefined term may complicate the buyer's situation and may be used by the seller as an opportunity to extend the time for "resolving" the complaint. It is understandable that the legislator wanted to introduce the most flexible deadline possible to adapt it to various factual situations, but the need to protect the buyer's interest justifies setting a maximum deadline and thus eliminating attempts at over-interpretation.

A reasonable deadline should be set in such a way as not to expose the buyer to significant inconvenience, i.e. it should be an appropriate deadline from the point of view of the buyer, not the seller, because if a physical defect occurs in the thing, the seller has not properly performed his obligation. Failure to remove the defect (or replace it) on time constitutes a breach of duty³¹. If the above-mentioned activities

²⁹ Compare: JEZIORO J. [w:] GNIEWEK E. (ed.), Machnikowski P. (ed.), Kodeks cywilny. Komentarz. Warszawa: C.H. Beck 2016, p. 1161.

³⁰ Compare: ZOLL F., *Rękojmia...*, p. 304.

³¹ It seems that in such a case, the best solution would be substitute performance, i.e. removal of the defect by the buyer at the seller's expense.

do not restore the real estate to its specified properties, the buyer may be able to reduce the price or withdraw from the contract based on the regulations. In the scope of these last two rights, the provisions governing warranty for defects do not provide any instructions regarding the deadline for their implementation, therefore one should refer to the general principles arising from art. 455 CC.

The regulation of liability under the warranty for defects does not specify the procedure for handling complaints, although it would be in the interest of both the buyer and the seller to regulate the entire complaint procedure.

5. DURATION OF LIABILITY FOR PHYSICAL DEFECTS OF REAL ESTATE

Pursuant to art. 568 § 1 CC, the seller is liable under the warranty if a physical defect of the real estate is discovered within five years from the date of its delivery to the buyer. The duration of the seller's liability for physical defects of the real estate is a statutory deadline³² of substantive law, which means that after its expiry, the buyer will not be able to exercise his rights³³, unless it turns out that the seller fraudulently concealed the defect (art. 568 § 6 CC).

In addition to the strict deadline, in art. 568 § 2 CC introduced a limitation period for claims for removal of defects or replacement of thing with defect-free ones. These claims expire after one year from the date the defect is discovered, but for the consumer this period cannot end earlier than the expiry of the seller's liability for physical defects of the real estate. Therefore, after detecting a defect, the consumer will not be bound by the deadline for filing claims, as he will be able to submit a claim for replacement or removal of the defect within the limitation period corresponding to the duration of the seller's liability under the warranty for physical defects. Pursuant to art. 568 § 3 CC, also within this period the buyer will be able to submit a declaration of withdrawal from the contract or price reduction.

The provision of art. 568 § 2 CC constitutes *lex specialis* in relation to art. 118 CC. After the expiry of the limitation period, the seller may avoid satisfying the claims, unless he waives the defense of the limitation period (art. 117 §2 CC). The provision indicates the day on which the defect is discovered as the moment from which the limitation period is counted.

³² See e.g. judgment of the Supreme Court of the Republic of Poland of October 23, 2003, V CK 343/02, LEX no. 159708.

³³ Compare: BIERECKI D., [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, CISZEWSKI J. (ed.), NAZARUK P. (ed.), LEX 2019, comment to art. 568 CC, No. 1.

CONCLUSION

The seller's liability under the warranty for physical defects of the real estate seems simple, especially for the consumer who is not obliged to collect the real estate before purchasing it, unlike the purchasing entrepreneur who may be burdened with such an obligation and should carry out the acceptance at the time and in the manner accepted for the goods this kind. In practice, it is also necessary to determine whether, as a result of the buyer's knowledge of a physical defect in the real estate, the seller is released from liability in relation to this defect. In addition, it is also important to determine whether any modifications have been introduced in the sales contract on the basis of which the seller will bear limited liability under the warranty or will not bear it at all. In practice, the above circumstances, as well as unclear concepts and terms used in the warranty regime and the lack of a clear complaint handling procedure force the buyer to be careful and attentive when concluding a contract with the seller and reporting complaints in connection with the occurrence of a physical defect. The idea is to prevent situations in which, as a result of releasing the seller from liability for defects existing at the time of concluding the contract, or the buyer's failure to fulfill his obligations, for example those related to the quality acceptance of the real estate, there is no loss of rights that the buyer could have exercised in other circumstances.

REFERENCES

1. BIERECKI D., [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, CISZEWSKI J. (ed.), NAZARUK P. (ed.), LEX 2019, comment to art. 568 CC, No. 1.
2. BRZOZOWSKI S., Umowa o dzieło [w:] RAJSKI J. (ed.), System prawa prywatnego, t. 7. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa: C.H. Beck 2018, p. 469.
3. STEFANICKI R., Ochrona konsumenta w świetle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Zakamycze 2006, p. 257.
4. JEZIORO J., [w:] Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 535-1088, t. II (red. E. Gniewek), Warszawa: C.H. Beck 2004, p. 90.
5. JEZIORO J. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, GNIEWEK E. (ed.), MACHNIKOWSKI P. (ed.), Warszawa: C.H. Beck 2014, p. 1135.
6. JEZIORO J. [w:] GNIEWEK E. (ed.), Machnikowski P. (ed.), Kodeks cywilny. Komentarz. Warszawa: C.H. Beck 2016, p. 1161.
7. KATNER W.J., Rękojmia za wady rzeczy [w:] System prawa prywatnego, T. 7. Prawo zobowiązań, część szczegółowa, RAJSKI J. (ed.), Warszawa: C.H. Beck 2004, p. 129.
8. KOZIOŁ A., [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764(9)), FRAS M. (ed.), HABDAS M. (ed.), LEX 2018, comment to art. 556¹ KC, Nb 18.
9. ŁĘTOWSKA E., Prawo umów konsumenckich. Warszawa: C.H. Beck, 2002, p. 398.

10. PISULIŃSKI J., Sprzedaż konsumencka [w:] System prawa prywatnego. T. 7. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, RAJSKI J. (ed.), Warszawa: C.H. 2004, p. 187.
11. WOJDYŁO M., Odpowiedzialność sprzedawcy z tytułu rękojmi i gwarancji jakości przy umowie sprzedaży w obrocie gospodarczym, Kraków: Dom Wydawniczy OSTOJA 2000, p. 54.
12. ZOLL F., Rękojmia. Odpowiedzialność sprzedawcy. Warszawa: C.H. Beck 2018, p. 144.
13. KIERZYK T., Odpowiedzialność za niezgodność produktu z umową. Rejent 2004, no. 7, p. 92.
14. LORANC-BORKOWSKA J., Nowa regulacja rękojmi za wady rzeczy sprzedanej – uwagi ogólne [w:] Zmiany prawodawstwa gospodarczego w okresie transformacji ustrojowej w Polsce, Kocowski T. (ed.), Marak K. (ed.). Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu 2014, no. 362, p. 257.
15. Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC (Text with EEA relevance), OJ L 136, 22.5.2019, pp. 28–50.
16. Act of 23 April 1964, Civil Code, consolidated text Journal of Laws 2024, item 1061 as amended.
17. Act of 30 May 2014 on Consumer Rights, consolidated text Journal of Laws 2023, item 2759 as amended.
18. Act of May 21, 2021, on the protection of the rights of the purchaser of a residential premises or a single-family house and the Developer Guarantee Fund, Journal of Laws of 2024, item 695.
19. The resolution of the full bench of the Civil and Administrative Chamber of the Supreme Court of the Republic of Poland of December 30, 1988, III CZP 48/88 OSNC 1989/3/36.
20. Judgment of the Supreme Court of the Republic of Poland of August 31, 1973, II CR 396/73, OSPiKA 1974, no. 9, item 191 with a critical commentary by W. Maruczyński.
21. Judgment of the Supreme Court of the Republic of Poland of June 29, 2004, II CK 388/03, LEX no. 176096.
22. Judgment of the Supreme Court of the Republic of Poland of October 23, 2003, V CK 343/02, LEX no. 159708.
23. Judgment of the Supreme Court of the Republic of Poland of February 16, 2005, IV CK 546/2004, LEX No. 802431.
24. Decision of the Supreme Court of the Republic of Poland of September 7, 2019 I CSK 743/18, LEX no. 2686290.
25. Judgment of the Court of Appeal in Poznań of January 26, 1994, I ACr 640/94, Wokanda 1994, no. 11, p. 48.
26. Judgment of the Court of Appeal in Cracow of May 31, 2016, I ACa 937/15, LEX no. 2053829.

27. Judgment of the Court of Appeal in Białystok of July 8, 2016, ref. no. file I ACa 172/16, LEX no. 2081574
28. Judgment of the District Court in Olsztyn of September 16, 2019, I C 210/19, LEX No. 2735239.

CONTACT INFORMATION

lorancj@uek.krakow.pl
Krakow University of Economics
ul. Rakowicka 27
31-510 Kraków
Poland

doc. JUDr. Peter Lukáčka, PhD.¹ - Mgr. Daniel Zigo, PhD., LL.M.²
Comenius University Bratislava, Faculty of Law

Current Challenges in Identifying the Ultimate Beneficial Owners and the Register of Public Sector Partners³

Abstract

This article examines the regulation of ultimate beneficial ownership within the European Union and Slovakia, focusing on these frameworks' evolution, implementation, and application challenges. The first section analyzes the EU-level regulation of UBOs, beginning with the 4th and 5th Anti-Money Laundering Directives and the development of UBO registries. It discusses the implications of the Court of Justice of the European Union's WM and Sovim SA case on public disclosure of UBOs and explores subsequent regulatory reactions. The section concludes by addressing current developments and the goals of the 6th AML Directive. The second section shifts focus to Slovakia, outlining the dual legal framework for UBO regulation, comprised of the AML Act and the Register of Public Sector Partners Act. It evaluates the AML UBO register in the context of EU requirements and provides a detailed analysis of the RPSP, including its potential intersection with the WM and Sovim SA judgment. The paper also identifies some application challenges arising from discrepancies in national legal frameworks, particularly regarding cross-border ownership structures involving trusts, which are unrecognized under Slovak law.

Key words: ultimate beneficial owners, register of beneficial owners, AML, Sovim case, data protection, right to privacy.

JEL Classification: K22

INTRODUCTION

The ultimate beneficial owners (“UBO”) regulation within the European Union (“the EU”) has evolved significantly over recent years, driven by the need to combat money laundering, terrorist financing, and other forms of financial crime. The EU has been at the forefront of developing a comprehensive framework for identifying

¹ Associate Professor at the Department of Commercial Law and Economic Law.

² Assistant Professor at the Institute of Clinical Legal Education.

³ This contribution was supported by the Research and Development Agency under Contract no. APVV-16-0553 (project "Transformations and innovations of the concept of capital companies in the conditions of globalization").

UBOs, ensuring transparency in corporate structures, and increasing accountability within both private and public sectors. The obligation to identify and disclose UBOs stems primarily from EU Anti-Money Laundering (“AML”) Directives, which aim to establish a unified framework across Member States. Despite these directives, significant challenges remain in implementing and harmonising UBO regulation at both the EU and national levels. Recent case law, such as the WM and Sovim SA judgment by the Court of Justice of the European Union (“CJEU”), has further highlighted complexities in balancing transparency with fundamental rights, prompting renewed discussions on the effectiveness and consistency of UBO regulation.

This paper's primary aim is to explore the evolution of UBO regulation in the EU and Slovakia, analysing its development, key challenges, and future directions. Specifically, it seeks to assess how EU regulatory requirements influence Slovak UBO frameworks, including the AML Act and the Register of Public Sector Partners Act. It also investigates whether findings from the WM and Sovim SA case are applicable to Slovakia's unique regulatory landscape, particularly the RPSP.

The article examines various aspects of UBO regulation in the EU and Slovakia, with the central thesis being that Slovakia's current approach to UBO data disclosure, maintained despite the WM and Sovim SA judgment, is unsustainable in the long term and will require revision in light of the VI AML Directive. A secondary assumption posits that the changes in UBO regulations following the WM and Sovim SA judgment should also be considered by the Slovak legislator in the case of Register of Public Sector Partners. Another hypothesis of this paper is that, despite the EU's overarching aim to harmonize UBO regulation, disparities in national legal systems might lead to application challenges and potential inconsistencies in identifying UBOs across jurisdictions. The paper uses doctrinal legal research methodology, analyzing EU directives, Slovak legislation, and relevant case law, including WM and Sovim SA. Comparative legal analysis is also utilized to identify discrepancies between the EU and Slovak approaches to UBO regulation. Finally, the paper incorporates case studies to illustrate practical application issues, such as those arising from ownership structures involving trust entities.

1. REGULATION OF ULTIMATE BENEFICIAL OWNERS AT THE EU LEVEL

The issue of regulating legal entities' UBOs is a fundamental part of the legal framework for combating the legalization of proceeds from criminal activities at the European Union level. The main legislative foundation for UBO regulation are the EU's Anti-Money Laundering (“AML”) Directives, which have undergone multiple revisions to address emerging challenges and improve enforcement mechanisms. The Fourth Anti-Money Laundering Directive⁴ (“AMLD 4”) of 2015 introduced the

⁴ Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council,

requirement for Member States to establish central registers of beneficial ownership information, enabling the identification of individuals who ultimately control or own entities.⁵ This was further enhanced by the Fifth Anti-Money Laundering Directive⁶ (“AMLD 5”) in 2018, which expanded the scope of these registers and increased public access to the information⁷, in line with the EU's commitment to transparency. One of the core principles of these regulations is establishing a definition for UBOs, focusing on natural persons who ultimately own or control a legal entity, such as a company, trust, or foundation. The EU framework specifies thresholds for determining who qualifies as a UBO—typically individuals owning or controlling more than 25% of a company's shares or voting rights.⁸ The primary objective of this regulation is to identify the ultimate natural person who benefits from a legal entity, even when that person is obscured by complex chains of ownership involving other legal entities. In the absence of transparency regarding beneficial ownership, illicit actors can exploit legal entities or nominees to conceal their activities and evade accountability. Beneficial ownership disclosure serves to unveil the individuals ultimately controlling or profiting from an entity.⁹ European legislation seeks to establish a framework where all legal entities operating within the EU, irrespective of ownership by third-country nationals, maintain a transparent ownership structure, clearly identifying the individuals who derive economic or other advantages from their existence. The initial intention of the AML Directives was to collect data on UBOs of all legal entities in the territory of the Member States for the needs of competent authorities, Financial Intelligence Units (“FIUs”) and obliged entities such as financial institutions, auditors, lawyers, notaries, or real estate agents. In addition to competent authorities and professionals, access to the registers should also have been allowed to any person or organization demonstrating a legitimate interest. This intention was later developed in AMLD 5, and the registers in the Member States became publicly available to any member of the general public. However, the publication of this type of data to the general public has come up against the case law of the CJEU¹⁰, which considered it incompatible with the right to respect for private and family life and the right to the protection of personal data. The EU finally decided to address this problem through the Sixth Anti-Money Laundering Directive¹¹ (“AMLD 6”).

and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC.

⁵ AMLD 4, Article 30 (3).

⁶ Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU.

⁷ AMLD 5, Article 1 (15) c).

⁸ AMLD 4, Article 3 (6).

⁹ KNOBEL, A., HARARI, M., MEINZER, M. The state of play of beneficial ownership registration: A visual overview. p. 2.

¹⁰ Joined Cases C-37/20 and C-601/20, WM and Sovim SA v Luxembourg Business Registers, The Court of Justice of the European Union, EU:C:2022:912. („WM and Sovim SA case“).

¹¹ Directive (EU) 2024/1640 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2024 on the mechanisms to be put in place by Member States for the prevention of the use of the financial

1.1. The Development of UBO Regulation in the 4th and 5th AML Directives

The regulation of UBOs within the European Union underwent significant refinement with the introduction of the AMLD 4 in 2015 and its subsequent amendment through the AMLD 5 in 2018. As mentioned, both directives aimed to enhance transparency and accountability in the financial and corporate sectors to combat money laundering, terrorist financing, and related crimes.

The AMLD 4 marked a significant shift in the EU's approach to beneficial ownership transparency. For the first time, it mandated Member States to establish central registers containing information about UBOs of corporate entities and certain other legal structures, such as trusts. This requirement represented a significant step towards improving authorities' and other stakeholders' access to ownership information.¹² In relation to the obligation to collect data on UBOs, AMLD 4 stated: "Member States shall ensure that corporate and other legal entities incorporated within their territory are required to obtain and hold adequate, accurate and current information on their beneficial ownership, including the details of the beneficial interests held. ... Member States shall ensure that the information referred to in paragraph 1 is held in a central register in each Member State, for example a commercial register, companies register"¹³

Regarding access to this data, the directive further stipulated that Member States shall ensure that the information on the beneficial ownership is accessible in all cases to:

”

- (a) competent authorities and FIUs, without any restriction;
- (b) obliged entities, within the framework of customer due diligence in accordance with Chapter II;
- (c) any person or organisation that can demonstrate a **legitimate interest**.

The persons or organisations referred to in point (c) shall access at least the name, the month and year of birth, the nationality and the country of residence of the beneficial owner as well as the nature and extent of the beneficial interest held.”¹⁴

Therefore, in the case of persons who are not competent authorities or obliged entities, member states should have based access to the registers on the need to demonstrate a legitimate interest in relation to the need to obtain the collected data. Under AMLD 4, most EU Member States have established or committed to establishing centralized UBO data registries by 2020.¹⁵ While establishing the UBOs registers by the AMLD 4 was considered a significant step towards combating money laundering and terrorist financing, it was later deemed insufficient in several key aspects. Its restriction of access to beneficial ownership registers to competent

system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Directive (EU) 2019/1937, and amending and repealing Directive (EU) 2015/849.

¹² BERGSTRÖM, M. The Global AML Regime and the EU AML Directives: Prevention and Control. p. 34.

¹³ AMLD 4, Article 30 (1) and (3).

¹⁴ AMLD 4, Article 30 (5).

¹⁵ VAN DER MERWE, T. Beneficial ownership registers: Progress to date. p. 7.

authorities and obligated entities limited broader oversight, excluding civil society and the general public from scrutinizing ownership structures. The public had difficulty accessing data in the registers because Member States applied different interpretations of the concept of legitimate interest.¹⁶ Furthermore, the absence of interconnected national registers created obstacles for cross-border investigations and hindered the effectiveness of the EU's collective efforts to address financial crime.¹⁷ These shortcomings resulted in the adoption of the AMLD 5, which expanded access to the registers.

In response to emerging challenges and critiques of AMLD 4, the EU adopted AMLD 5 in May 2018. This directive built upon its predecessor by addressing gaps and introducing new provisions to enhance the accessibility and reliability of beneficial ownership information. One of the most significant changes introduced by AMLD 5 was the extension of access to UBO registers. The directive achieved this by amending the wording of the article 30 (5) AMLD 4, that Member States shall ensure that the information on the beneficial ownership is accessible in all cases to:

“

- (a) competent authorities and FIUs, without any restriction;
- (b) obliged entities, within the framework of customer due diligence in accordance with Chapter II;
- (c) **any member of the general public.**

The persons referred to in point (c) shall be permitted to access at least the name, the month and year of birth and the country of residence and nationality of the beneficial owner as well as the nature and extent of the beneficial interest held.”¹⁸

The justification for this change implies that granting public access to information about beneficial ownership enhances oversight by civil society, including journalists and non-governmental organizations, thereby fostering confidence in the integrity of business practices and the financial system. This transparency helps prevent the exploitation of corporate and legal structures for money laundering or terrorist financing by aiding investigative efforts and creating reputational deterrence, as potential transaction partners are aware of the true owners behind entities.¹⁹ Additionally, AMLD 5 expanded the scope of entities subject to UBO reporting requirements. Virtual currency providers, tax advisors, and art dealers were brought under the regulatory framework, reflecting the EU's commitment to adapting its anti-money laundering regime to evolving risks.²⁰

¹⁶ Transparency International. Major flaws in European anti-money laundering regimes exposed by new Transparency International EU report. Available from: <https://transparency.eu/flaws-aml/>.

¹⁷ DAUDRIKH, Y. IV. AML Directive: Problems related to exchange of information between Financial Intelligence Units. p. 25.

¹⁸ AMLD 5, Article 1 (15) c).

¹⁹ AMLD 5, recitals 25, 30.

²⁰ DAUDRIKH, Y. V. AML smernica – aplikačné problémy súvisiace s reguláciou virtuálnych mien. p. 192.

1.2. The Evolution of UBO Regulation Following the WM and Sovim SA case

During the validity period of the AMLD 5, most EU Member States opened centralised UBO registers to the general public, making their data available for public scrutiny.²¹ In general, however, this approach has also been criticised due to interference with citizens' rights and the inconsistent application of exceptions to data disclosure.²² For this reason, and also given the evolving case law of the CJEU in the area of the protection of the right to respect for private and family life and the right to the protection of personal data, it was a matter of time before UBO registers would be subject to judicial review. The decision in *Joined Cases C-37/20 and C-601/20, WM and Sovim SA v Luxembourg Business Registers* significantly impacted the openness of UBO registers across the European Union. The case addressed the compatibility of public access to beneficial ownership information with fundamental rights to privacy and data protection enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights. The CJEU ruled that the provision of Article 1 (15) c) of the AMLD 5 requiring Member States to grant unrestricted, public access to UBO registers constituted a disproportionate infringement on the rights to privacy and protection of personal data. The Court noted that while combating money laundering and terrorist financing is a legitimate objective of general interest, granting general public access went beyond what was necessary to achieve that aim.²³ The Court emphasised that disclosing personal data in UBO registers exposed individuals to risks such as misuse of their information, including identity theft, fraud, or targeted attacks. The CJEU thus decided that point (c) of the first subparagraph of Article 30(5) of the 4th AML directive as amended did not pass the proportionality test performed by the CJEU and was declared invalid by its decision.

1.3. Current Developments in UBO Regulation at the EU Level

As a result of the *WM and Sovim SA* case decision, Member States were compelled to reassess the openness of their UBO registers. This decision has returned EU-level regulation to the state it was in when the original version of AMLD 4 was in effect, and therefore, members of the general public interested in accessing data in UBO registers must demonstrate a legitimate interest. In their national regulations, several Member states (e.g. Austria, Belgium, Cyprus, Germany, Finland, Greece, Ireland, Luxembourg, Malta) either restricted access to specific stakeholders, such as competent authorities and obligated entities or imposed additional safeguards to ensure compliance with privacy and data protection standards. Other member states, such as Spain and Italy, never set up public registers, and others, such as Slovakia, Bulgaria, and Estonia, have kept UBO registers open to the general public despite

²¹ Pearson, L. Transparency International urges EU to act on patchy beneficial ownership registers. Available from: <https://transparency.eu/eu-must-act-beneficial-ownership-registers/>.

²² VON UND ZU LIECHTENSTEIN, M. Public register: a populist tool to control the citizen. p. 693.

²³ *WM and Sovim SA* case, para. 83-85.

the CJEU ruling.²⁴ The judgment underscored the need to balance transparency with protecting individual rights, prompting the EU to revisit its regulatory framework for beneficial ownership disclosure.

Following the Court's ruling, the EU acknowledged the need to amend its framework for beneficial ownership disclosure to address the legal concerns raised while preserving the effectiveness of its anti-money laundering (AML) regime. At the EU level, the AMLD 6 was adopted in May 2024, aimed at removing loopholes in the domestic legislation of member states by harmonizing the definition of money laundering across the EU. Concerning the identification of the UBO and the UBO data registers, the EU uses the approach from AMLD 4, modified with elements contained in the decision in the WM and Sovim SA case. The UBO registers shall be accessible to competent state or EU authorities as specified in Article 11(2) of the AMLD 6 and to individuals who demonstrate a legitimate interest. However, the directive seeks to avoid implementation and interpretation problems and provides more detailed guidance on applying the concept of legitimate interest. AMLD 6 thus provides a list of natural or legal persons who shall be deemed to have a legitimate interest in accessing the information, including, for example, non-governmental organisations, journalists, academics or natural or legal persons likely to engage in transactions with a legal entity who wish to prevent any link between such transactions and money laundering, related predicate offences, or terrorist financing.²⁵ The general deadline for the Member States to transpose the AMLD 6 is set for July 10, 2027.

Concerning the EU AML directives, it can currently be stated that, given the cited judgment of the CJEU and considering the ongoing deadline for transposing the AMLD 6, it is evident that the AML Directives no longer require the unrestricted availability of beneficial ownership information to the members of the general public. Instead, AMLD 4 and AMLD 5, following the decision of WM and Sovim SA, establish certain limitations and requirements concerning general public's access to UBO registers information, currently based on demonstrating legitimate interest.

2. THE REGULATION OF ULTIMATE BENEFICIAL OWNERSHIP IN SLOVAKIA

The regulation of beneficial ownership transparency in Slovakia has evolved significantly in recent years, primarily in response to EU directives aimed at combating money laundering and terrorist financing, but also partly pursuing its own goals in increasing public oversight of the spending of public funds. UBO regulation in Slovakia is thus built on two different approaches. The cornerstone of this framework is Act No. 297/2008 Coll. Act on the Protection against the Legalization of Proceeds from Crime and on the Protection against the Financing of Terrorism

²⁴ LORENZO, F. Split among EU countries over beneficial ownership ruling mirrors rankings on Financial Secrecy Index. Available from: <https://taxjustice.net/2023/07/13/split-among-eu-countries-over-beneficial-ownership-ruling-mirrors-rankings-on-financial-secrecy-index/>.

²⁵ AMLD 6, Article 12 (2).

and on Amendments to Certain Acts (“AML Act”) The text addresses UBO identification within a broader AML context and includes the transposition of several parts of the AML directives, particularly regarding the definitions of beneficial owner, obliged entities, and their obligations. Additionally, Act No. 315/2016 Coll. on the Register of Public Sector Partners and on amendments to certain laws (“RPSP Act”), commonly referred to as the "Anti-Shell Company Act," establishes the rules for identifying and disclosing the UBOs of entities engaging in transactions with the public sector.

2.1. UBO Register in the Slovak Republic in the context of EU regulatory requirements

Slovakia implemented the requirements for UBO registers mandated by the AMLD 5 primarily through Act No. 272/2015 Coll. on the register of legal entities, entrepreneurs and public authorities and on amendments and supplements to certain acts. The UBO procedural disclosure works by entering identification data about the ultimate beneficiary in the commercial register, including name, surname, personal identification number or date of birth if a personal identification number has not been assigned, address of permanent residence or other residence, nationality and type and number of the identity document and data that establish the status of the ultimate beneficiary.²⁶ However, data on UBOs are not published through the Commercial Register, but this service is provided by another public administration information system, namely the Register of legal entities, entrepreneurs and public authorities.²⁷ According to the provisions of Section 7a (11) of Act No. 272/2015 Coll., "Publicly accessible data from the record of the ultimate beneficial owner entered in the register of legal entities are the *name, surname, date of birth, nationality, address of residence and data that establish the status of the ultimate beneficial owner*; the Statistical Office publishes them free of charge on its website." In other words, within the Slovak Republic, data on the ultimate beneficial owner to the specified extent are still available to the general public without the need to provide proof of interest (legitimate, justified).

In this sense, a rather interesting situation has arisen. Due to the CJEU decision of WM and Sovim SA and the responding regulation of the AMLD 6, the obligation of EU Member States to publish data online on the ultimate beneficial owner to the general public has been revoked. Following the aforementioned decision of the CJEU, which pointed out that making beneficial owner data available to everyone, without any limits, constitutes a disproportionate interference with fundamental rights to privacy and data protection enshrined in the EU Charter, the question arises regarding whether the current Slovak regulation, which falls outside the scope of the valid and effective AML Directives, conflicts with the EU Charter and the Constitution of the Slovak Republic. The Constitution of the Slovak Republic, in its Article 19, regulates similar rights, in particular:

²⁶ Act No. 530/2003 Coll. on the Commercial Register and on Amendments to Certain Acts („Commercial Register Act”, § 2 (3).

²⁷ Act No. 272/2015 Coll., § 7a (11).

“(2) Everyone has the right to protection against unauthorised interference with private and family life.

(3) Everyone has the right to protection against unauthorised collection, publication or other misuse of personal data.”²⁸

The CJEU's judgment issued in a preliminary ruling procedure under Article 267(1)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union is legally binding to the extent of its operative part, which must be interpreted in light of the reasoning provided in the decision. The invalidation of the provision of AMLD 5 is legally binding on all EU institutions and national authorities applying the relevant legal norm, with the invalidation taking effect retroactively (*ex tunc*).²⁹ Most EU member states have amended their national regulations to suspend the publication of UBO data; Slovakia has not taken any steps in this regard. Even though there is currently no judicial review of a UBO data disclosure regime in Slovakia, a revision of the existing legal framework will have to take place in the future, precisely in connection with the transposition of AMLD 6 to meet enhanced EU standards. In the context of potential future changes, the legislator is anticipated to stop publicly sharing data from the UBO register. Instead, clear criteria for granting access to UBO registers based on "legitimate interest" should be established. It is crucial that access would be permitted for anti-corruption organisations, journalists, academics, financial institutions, and others who can demonstrate a specific and legitimate interest in accessing UBO data. Slovakia must also ensure its UBO systems are fully interoperable with the EU's centralized platform for UBO data sharing. This will facilitate cross-border investigations and the identification of beneficial owners involved in multi-jurisdictional corporate structures. For such access, an appropriate technical solution for access to information should be chosen, which would allow the identification of the person entering the register.³⁰

2.2. Register of Public Sector Partners

The Register of Public Sector Partners (“RPSP”) is a specialized transparency tool established in Slovakia to enhance accountability and prevent corruption in the use of public funds. Governed by the RPSP Act, the RPSP is designed to ensure that all entities benefiting from public resources or participating in public procurement disclose their UBOs. Entities must register their UBOs in the RPSP before engaging in activities that involve public funds or contracts of specified value, and registration must be verified by a qualified authorized person (typically a lawyer, auditor, or tax advisor) who confirms the accuracy of the disclosed data.³¹ The RPSP aims to ensure transparency in public funds' allocation and use by revealing the individuals benefiting from such transactions. Therefore, this instrument's objectives are slightly

²⁸ Constitutional Act No. 460/1992 Coll. Constitution of the Slovak Republic as amended, Art. 19.

²⁹ KUBINEC, M., UŠIAKOVÁ, L., DZIMKO, J., KRIŠTIAKOVÁ, K. Vplyv rozhodnutia Súdneho dvora Európskej únie vo veci plošného odhaľovania informácií o konečných užívateľoch výhod na právny poriadok Slovenskej republiky. p. 455.

³⁰ Additional information on the technical methods of sharing data: ZIGO, D. Corporate transparency in the EU after the *Wm and Sovim SA v. Luxembourg business registers* judgment, p. 152.

³¹ RPSP Act, § 5 (1).

different than those of the AML directives, but it uses the same means, namely, revealing the ownership structure of entities. At the same time, Slovakia also uses the RPSP for AML purposes because entities registered in the RPSP do not have to make additional registration in the UBO register.³²

While the WM and Sovim SA decision is not directly binding on the RPSP because its primary purpose (public fund transparency) differs from AMLDs, nonetheless, the argumentation concerning privacy and proportionality may become relevant if challenges are raised against the RPSP in the future. The CJEU has addressed this issue in the past in other cases of state registers that published data regarding the management of public resources. For example, the decision in *Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v Land Hessen* where the Court ruled that while transparency serves legitimate objectives, such as ensuring accountability in the use of public funds, it must be balanced against individuals' rights to privacy and data protection under Articles 7 and 8 of the EU Charter.³³ The ruling underscored that public disclosure of data must be strictly necessary to achieve the intended transparency objectives. Blanket publication of information, without differentiation or justification, violates proportionality principles. Instead, targeted access or alternative transparency mechanisms (e.g., restricted access or anonymized data) should be considered. The RPSP currently use open access to UBO data without differentiating between the sensitivity of data or the necessity of disclosure in individual cases, the scope of disclosed data is also quite broad. While transparency is essential to the RPSP's goals, Slovakia might also need to demonstrate that public disclosure mechanisms are proportionate and do not unduly infringe on individuals' privacy rights. This might include redacting non-essential information or even providing access only upon justified requests.

The issue of the operation of the RPSP was also recently addressed by the Supreme Court of the Slovak Republic ("SCSR") in its decision-making activities, which, in connection with the case under review, submitted preliminary questions to the CJEU. The SCSR also discussed the issue of the coexistence of the UBO register and the RPSP, expressing the legal opinion that "the publication of data on KUV in the RPSP, in particular the publication of the full text of the 'verification document' online and its availability to anyone from the general public, in *our* opinion, does not ensure such protection of fundamental rights and freedoms as required by Articles 7 and 8 of the EU Charter in the context of the judgment *Wm and Sovim SA*".³⁴ The preliminary questions themselves, however, do not touch on the issue of publishing data in the RPSP, as the appellants have not contested this aspect and is not the subject of judicial review. The SCSR is asking the CJEU through preliminary questions whether the strict and, in its opinion, sometimes unclear concept of sanctions for violating the RPSP is contrary to the provisions of the EU Charter and the TFEU. For instance, it questions whether imposing penalties for an authorized person's lack of impartiality is valid without clearly defining the criteria for assessing

³² Commercial Register Act, § 2 (3).

³³ Joined Cases C-92/09 and C-93/09, *Volker und Markus Schecke and Eifert*, The Court of Justice of the European Union, EU:C:2010:662.

³⁴ Case no.: 5Obdo/26/2023, The Supreme Court of the Slovak Republic, para. 20.

impartiality in the Act. It also challenges sanctions equating to the economic benefit of a person when the law does not outline how to calculate such benefits. Moreover, it inquires if imposing fines on companies without considering the severity of the offence or the specific circumstances aligns with the EU Charter.³⁵

2.3. Application challenges in the Slovak Republic³⁶

The second line of application challenges associated with identifying ultimate beneficial owners lies in the goal of this issue, largely regulated by EU law. The reason for adopting the current regulation of the UBO registers is to ensure that the identified ultimate beneficial owner of a specific legal entity is the same across all EU member states in which the entity is registered. In other words, if someone carries out the identification process according to the laws of another Member state, the result should be identical. In our view, this principle is also a dominant aspect of the 6th AML Directive. We specifically refer to cases where a domestic company is owned by a foreign entity whose ultimate beneficial owner is also registered in another Member state. In such cases, it should not happen that one individual is identified as the beneficial owner in Slovakia while a different individual is registered in, for example, the Czech Republic.

However, differences in national legal frameworks can sometimes lead to practical challenges. A specific example can be given:

XY s.r.o. (registered in Slovakia) is wholly owned (100%) by ABC a.s. (registered in the Czech Republic), where 80 % of the voting shares have been placed into a trust fund by their owner. The purpose of EU and Slovak legislation should be to properly identify individuals at the end of the chain of ownership structures to the extent established by law. Concerning this example, the process for identifying the UBO should proceed as follows:

1. Through the criteria set out in AML Act § 6a (1)(a) (a legal entity that is not an asset association), the UBO of the joint-stock company registered in the Czech Republic should be identified (in this case, the shareholder holding 80% of the voting rights in the company). Since this individual has placed their shares into a trust fund, the UBO of the trust fund itself should subsequently be examined.
2. However, neither the AML Act nor the Commercial Register Act explicitly addresses the situation where a Slovak company's ownership chain ends with a trust fund. Moreover, Slovak law does not recognize such an entity. The closest equivalent might be an asset association under AML Act § 6a(1)(c). This approach is also commonly used in practice for UBO identification in the processes under the RPSP Act.

³⁵ Case no.: 5Obdo/26/2023, The Supreme Court of the Slovak Republic.

³⁶ Authors' note: the conclusions of this subsection are current as of October 23, 2024. In relation to Slovak legislation, some of the identified shortcomings have been partially addressed in subsequent amendments introduced by Act No. 387/2024 Coll.

On the other hand, it is necessary to note that the Commercial Register Act and Decree No. 25/2004 Coll., in some respects, hinder this process. Commercial Register Act in § 2 (3), concerning the registration of UBO data in the Commercial Register, explicitly refers only to § 6a(1)(a) of the AML Act. From this, one could infer that only this provision should be applied. However, following such an approach might lead to difficulties in identifying the UBO or result in different conclusions about registered individuals compared to the Czech Republic. This conclusion is supported by the UBO registration form³⁷, which is the sole technical way to change UBO data in the Commercial Register. The form primarily focuses on criteria for identifying UBOs under § 6a(1)(a), (2), and (3) of the AML Act. Consequently, it is practically impossible to register as UBO individuals identified as real owners under Czech law. The legislative drafting technique further reinforces this issue. When dealing with asset associations (under § 6a(1)(c)), the legislator specifies that the UBO identification process applies even if the founder or settlor is a legal entity, referring back to Section 6a(1)(a). However, in identifying the UBO of a legal entity under § 6a(1)(a), which relates to asset associations, there is no reference to the identification process under § 6a(1)(c) of the AML Act. Strict adherence to Slovak legal provisions would likely identify the UBO as the person entitled to at least 25% of the economic benefit from the legal entity's business or other activities, which would likely be the "beneficiary" in this case. Consequently, significant discrepancies may arise between the UBO records in the Czech Republic and Slovakia, which might be considered as substantial issue that Slovak legislation should adequately address.

CONCLUSION

The regulation of Ultimate Beneficial Owners (UBOs) has become an important issue in the fight against money laundering and the financing of terrorism. This is a regulation that has its critics from the private sector but also advocates from non-governmental organizations focused on fighting corruption. However, it is undeniable that developments in the EU, which has been a pioneer in this area for a long time, have also inspired the legislation of many third countries, and today, at least partially, the registration obligation of legal entities for their UBO is a relatively common thing in the world.³⁸ The EU has achieved this through trade relations with third countries and banks' requirements for transparency of the ownership structures of their clients.

The presented paper briefly examined the evolution of UBO regulation at both the EU and Slovak levels, highlighting key legislative developments, practical challenges, and the implications of recent judicial decisions. At the EU level, a concise analysis of the 4th, 5th, and 6th AML Directives demonstrates the

³⁷ Available from: Ministry of Justice of the Slovak republic. <https://www.justice.gov.sk/sluzby/obchodny-register/formulare-or-pre-podania-v-elektronickej-podobe/#formular-na-zapis-zmeny-o-konecnom-uzivatelovi>.

³⁸ Open Ownership. Open Ownership map: Worldwide action on beneficial ownership transparency. Available from: <https://www.openownership.org/en/map/>.

development of this regulation from its introduction, through an open approach to a more balanced future direction. The judgment in WM and Sovim SA partially solved the tension between public access to UBO registers and the protection of personal data, prompting a reevaluation of legislative frameworks across Member States. The Court was particular in how it envisions adjustments in this area to align with the rights of individuals and this decision could thus provide guidance on how to further develop the UBO regulation. This decision was followed by AMLD 6, which set the conditions for the existence of UBO registers in a more precise manner, seeking to avoid extensive interference with individuals' right to privacy.

In Slovakia, the dual-system approach exists, where two UBO registration regulations operate side by side governed by the AML Act and the RPSP Act, each with different goals. The paper confirms the hypothesis that Slovakia's current practice of maintaining UBO disclosure to the general public, despite the WM and Sovim SA judgment, is unsustainable. This practice raises questions about the balance between transparency and privacy rights and risks non-compliance with the EU Charter and the Slovak Constitution. Furthermore, the secondary assumption is validated, as in our opinion the implications of the judgment and subsequent regulatory shifts in the EU can also be an important aspect in relation to the RPSP framework. The legislator might also need to demonstrate that public disclosure mechanisms of the RPSP are proportionate and do not unduly infringe on individuals' privacy rights.

While Slovakia has tried to adapt its regulations to EU requirements, some aspects of national law may create difficulties in practice, due to differences from the rules in other Member States. Cases involving entities such as trust funds, which lack recognition under Slovak law, illustrate the complexities arising from divergent national legal frameworks.

Moving forward, the Slovak legislator must address these challenges through legislative revisions that harmonize national law with the new EU standards set forth by the AMLD 6 while also considering practical application issues. This includes establishing criteria for granting access to UBO registers based on legitimate interest, incorporating mechanisms to address entities like trust funds, ensuring that privacy and data protection concerns are adequately balanced with transparency objectives and securing that UBO systems are fully interoperable with the EU's centralized platform for UBO data sharing.

REFERENCES

1. Act No. 297/2008 Coll. Act on the Protection against the Legalization of Proceeds from Crime and on the Protection against the Financing of Terrorism and on Amendments to Certain Acts as amended.
2. Act No. 272/2015 Coll. on the register of legal entities, entrepreneurs and public authorities and on amendments and supplements to certain acts as amended.
3. Act No. 315/2016 Coll. on the Register of Public Sector Partners and on amendments to certain laws as amended.

4. Act No. 530/2003 Coll. on the Commercial Register and on Amendments to Certain Acts as amended.
5. BERGSTRÖM, M. The Global AML Regime and the EU AML Directives: Prevention and Control. In: *The Palgrave Handbook of Criminal and Terrorism Financing Law*. Cham: Springer International Publishing, 2018, pp. 33–56. ISBN 9783319644974. Available from: doi:10.1007/978-3-319-64498-1_3.
6. Constitutional Act No. 460/1992 Coll. Constitution of the Slovak Republic as amended.
7. Charter of Fundamental Rights of the European Union, No. 2000/C 364/01 (2000) (European Union).
8. DAUDRIKH, Y. IV. AML Directive: Problems related to exchange of information between Financial Intelligence Units. *Institutiones Administrationis*. 2022, 2(2), 23–34 [viewed 5 October 2024]. ISSN 2786-1929. Available from: doi:10.54201/iajas.v2i2.49.
9. DAUDRIKH, Y. V. AML smernica – aplikačné problémy súvisiace s reguláciou virtuálnych mien. In *Časopis pro právní vědu a praxi*. Vol XXX, 2022, no. 1, p. 191-214. [viewed 5 October 2024]. ISSN 2786-1929. Available from: <https://www.cceol.com/search/article-detail?id=1031133>.
10. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC.
11. Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU. (5th AML Directive).
12. Directive (EU) 2024/1640 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2024 on the mechanisms to be put in place by Member States for the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Directive (EU) 2019/1937, and amending and repealing Directive (EU) 2015/849.
13. Joined Cases C-37/20 and C-601/20, *WM and Sovim SA v Luxembourg Business Registers*, The Court of Justice of the European Union, EU:C:2022:912.
14. Joined Cases C-92/09 and C-93/09, *Volker und Markus Schecke and Eifert*, The Court of Justice of the European Union, EU:C:2010:662.
15. KNOBEL, A., HARARI, M., MEINZER, M. The state of play of beneficial ownership registration: A visual overview. *Tax Justice Network*, 2018, 65 p. [viewed 5 October 2024]. Available from: <https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2018/06/TJN2018-BeneficialOwnershipRegistration-StateOfPlay-FSI.pdf>.

16. KUBINEC, M., UŠIAKOVÁ, L., DZIMKO, J., KRIŠTIAKOVÁ, K. Vplyv rozhodnutia Súdneho dvora Európskej únie vo veci plošného odhaľovania informácií o konečných užívateľoch výhod na právny poriadok Slovenskej republiky. *Právny obzor*, 106, 2023, č. 5, s. 447 – 460. [viewed 8 October 2024]. Available from: <https://doi.org/10.31577/pravnyobzor.2023.5.05>.
17. LORENZO, F. Split among EU countries over beneficial ownership ruling mirrors rankings on Financial Secrecy Index. [viewed 7 October 2024]. Available from: <https://taxjustice.net/2023/07/13/split-among-eu-countries-over-beneficial-ownership-ruling-mirrors-rankings-on-financial-secrecy-index/>.
18. Open Ownership. Open Ownership map: Worldwide action on beneficial ownership transparency. Available from: <https://www.openownership.org/en/map/>.
19. Pearson, L. Transparency International urges EU to act on patchy beneficial ownership registers. Available from: <https://transparency.eu/eu-must-act-beneficial-ownership-registers/>.
20. Supreme Court of the Slovak Republic: 5Obdo/26/2023.
21. Transparency International. Major flaws in European anti-money laundering regimes exposed by new Transparency International EU report. [viewed 5 October 2024]. Available from: <https://transparency.eu/flaws-aml/>.
22. Treaty on the Functioning of the European Union.
23. VAN DER MERWE, T. Beneficial ownership registers: Progress to date. Transparency International, 2020, 22 p. [viewed 5 October 2024]. Available from: https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Beneficial-ownership-registers_2020_PR.pdf.
24. VON UND ZU LIECHTENSTEIN, M. Public register: a populist tool to control the citizen. *Trusts & Trustees*. 2017, 23(6), 693–695. ISSN 1752-2110. Available from: doi:10.1093/tandt/ttx068.
25. ZIGO, D. Corporate transparency in the EU after the Wm and Sovim SA v. Luxembourg business registers judgment, In *Horizons of Law in Business and Finance*, Bucharest: ADJURIS, 2023, p. 142 - 158. ISBN 978-606-95862-2-8.

CONTACT INFORMATION

peter.lukacka@flaw.uniba.sk
daniel.zigo@flaw.uniba.sk
Comenius University Bratislava, Faculty of Law
Šafárikovo nám. č. 6
P.O.BOX 313
810 00 Bratislava
Slovenská republika

JUDr. Ján Matejka, Ph.D.¹
doc. JUDr. Ing. Otakar Schlossberger, Ph.D.²
Česká akademie věd, Ústav státu a práva, Praha

Inovativní změny PDS 3 a poskytování platebních služeb³ **Innovative changes to PSD 3 and the provision of payment services**

Abstrakt

Platební služby jsou regulovanou součástí finančního trhu zhruba od roku 1995 přijetím několika směrnic. Směrnice byly postupně transponovány do národních právních řádů jednotlivých zemí Evropské unie a díky možnosti určitých národních odlišností (diskrepancí) se stalo, že se v různých zemích EU se v některých regulovaných oblastech vyskytují odlišnosti, které nejsou chápány jako výhody. Potvrdilo, že ne všechny subjekty poskytující platební služby mají při své aktivitě rovné postavení. Autoři této stati se zaměřili na diskusi nad některými regulatorními inovacemi, které by měla zavést nová směrnice Payment services directive 3, která by měla nevhodné odlišnosti odstranit. Byla stanovena hypotéza, že přijetím směrnice PSD3 dojde k odstranění odlišností v oblasti platebních služeb a dojde k narovnání právních podmínek všech poskytovatelů platebních služeb.

Klíčová slova: inovace, platební služby, regulace, směrnice.

Abstract

Payment services have been a regulated part of the financial market since about 1995 with the adoption of several directives. The directives have been gradually transposed into the national laws of the different EU countries and, due to the possibility of certain national differences (discrepancies), it has happened that in different EU countries there are differences in some regulated areas that are not perceived as advantages. It has confirmed that not all payment service providers are on an equal footing in their activities. The authors of this paper have focused on discussing some of the regulatory innovations to be introduced by the new Payment Services Directive 3, which should eliminate inappropriate differences. It was hypothesised that the adoption of PSD3 would eliminate the differences in payment services and level the legal playing field for all payment service providers.

-
- ¹ Ján Matejka je výzkumným pracovníkem a ředitelem Ústavu státu a práva ČAV a pedagogem na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze a právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni
- ² Otakar Schlossberger je výzkumným pracovníkem Ústavu státu a práva ČAV, docentem v oboru finance na Masarykově ústavu Českého vysokého učení technického v Praze a externím docentem právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni.
- ³ Výzkum pro tento článek byl podpořen v rámci grantového projektu Ministerstva vnitra ČR s názvem "Elektronické důkazy v trestním řízení". Registrační číslo projektu VJ01010084.

Key words: directives, inovations, payment services, regulation.

JEL Classification: G23, K15, P45

ÚVOD

Realizace platebního styku je důležitou součástí nejen banka dalších poskytovatelů platebních služeb, každého ekonomického subjektu. Vždy je potřeba za dobavy zboží nebo služeb zaplatit peněžní prostředky reálnými penězi (fiat peníze) nebo digitálními jednotkami. Záleží na tom, na čem se dodavatel s odběratelem dohodnou. Evropská unie (dále jen EU) se prostřednictvím Evropské komise (dále jen EK) rozhodla již v devadesátých letech minulého století přikročit k výraznější regulaci oblasti platebního styku (viz dále). Těmito kroky se snaží naplnit poslání evropské integrace v oblasti poskytování platebních služeb. Za téměř třicet let se regulace platebního styku a poskytování platebních služeb vč. regulace jejich poskytovatelů dostala do určité úrovně. Nicméně EK přikročila v průběhu roku 2023 k vyhodnocení současné úrovně při poskytování platebních služeb⁴ a dospěla k situaci, že připravila novou, v pořadí již třetí směrnici o platebních službách. Označuje se jednoduše PSD 3 (Payment Services Directive 3)⁵.

Inovace byly zaměřeny do oblastí, ve kterých byla zpráva kritická a bylo by nanejvýše vhodné tyto oblasti „narovnat“ a navrhnout vhodnější či příznivější regulaci nejen poskytovatelů platebních služeb, ale zejména činnosti při aktiv

Přesto však lze neustále zjišťovat, že vybrané subjekty, které nabízejí široké podnikatelské či občanské veřejnosti tyto služby, nemají při poskytování těchto služeb rovné postavení. Dalo by se říci, že aktuálně platná regulace může v některé rovinně legitimizovat diskriminační jednání, což je v rozporu s obecnými zásadami unijního práva, např. s principy strukturálními, do kterých jsou zasazeny i zásady ústavní, jakou je zákaz diskriminace, institucionální rovnováha a další⁶. Autoři se ve své stati věnují vybraným pasážím návrhu nové evropské právní úpravy při poskytování platebních služeb a regulaci, jako např. charakteristice vybraných pojmů, elektronickým penězům nebo postavení nebankovních poskytovatelů platebních služeb.

1. FORMULACE PROBLÉMU A METODOLOGIE PŘÍSTUPU

Autoři této stati si dali za úkol diskutovat některé regulatorní změny, které by měla zavést směrnice PSD3. Při svém zkoumání vycházejí z hypotézy, že implementací nové právní úpravy ve formě PSD3 dojde k odstranění odlišností v oblasti platebních služeb mezi zeměmi EU a dojde k narovnání právních podmínek

⁴ Zpráva Komise Evropskému parlamentu, Radě, ECB a EHSV o přezkumu směrnice EP a R 2015/2366 o platebních službách na vnitřním trhu, 2023.

⁵ Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o platebních službách a službách elektronických peněz na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 98/26/ES a zrušují směrnice 2015/2366/EU a 2009/110/ES,

⁶ SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. Praha: C. H. Beck, 2023, s. 101-110.

při poskytování platebních služeb. Dojde tedy k odstranění zejména diskriminace při regulaci bankovních a nebankovních poskytovatelů platebních služeb.

Problematikou platebního styku a platebních služeb se již zabývalo mnoho odborníků, a o rozsáhlé, zejména zahraniční publikace a články zabývající se obecnými principy a pravidly, není nouze⁷. Z českých autorů se problematikou regulace platebních služeb a postavení nebankovních poskytovatelů zabýval v poslední době Bočánek⁸ v rámci své doktorské disertační práce nebo Kos⁹ při řešení diplomové práce, jehož vedoucím byl jeden ze spoluautorů příspěvku. Platební stykem a platebními službami se zabývá dlouhodobě jeden z autorů této statě¹⁰. Za poměrně zdařilé publikace na téma platebního styku a platebních služeb lze považovat studie společnosti Capgemini, které jsou zpracovávány každoročně jako World Payments Report¹¹, které se věnují jak ekonomickým, tak právním aspektům platebního styku. Nicméně problematice návrhu PSD3 se prozatím vědecká komunita dosud významně nezabývala.

Při zkoumání problematiky regulace platebního styku a platebních služeb autoři využili zejména metodu literární rešerše aktuální právní úpravy a vybraných odborných statí, a metodu deskriptivní komparativní analýzy. Využité metody mají za cíl prokázat platnost stanovené hypotézy uvedené výše. Je vhodné zdůraznit, že vědecký přístup lze považovat za cílevědomý proces řízeného, systematického a metodologického pro identifikované poznání, který je zaměřen zvláště specifickým směrem, jehož cílem je kvalifikovat kognitivní poznání určitého jevu nebo procesu a který je předmětem k možnosti ověření získaných znalostí¹². Autoři jsou toho názoru, že předložený příspěvek dokládá, že se jim podařilo naplnit atributy vědeckého bádání.

2. DEFINICE PROBLÉMU

Při zkoumání aktuální problematiky platebního styku a poskytovaných platebních služeb byl zvolen přístup rozdělený do tří úrovní:

- vymezení současné právní regulace,

⁷ Např. Goldwater, B. Incumbency or Innovation: Why a Collective Agency View of Cross-Border Payments Means Private Blockchain Cannot Prevail. In *Cornell International Law Journal*. Vol. 52, No. 2/2019, s. 351-381; POZZOLO, A. F. PSD2 and the Transformation of the Business Model of Payment Services Providers. In *European Economy*. Roč. 2020, č. 1 nebo VIVES, X. The Impact of FinTech on Banking. *European Economy*. In *European economy*. Roč. 2017, č.2, s. 97-105.

⁸ BOČÁNEK, M. *Platební styk v rámci vysoce rizikových odvětví*. Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta, 2023, s. 56

⁹ KOS, P. *Právní aspekty platebních služeb v České republice*. Vysoká škola finanční a správní, fakulta ekonomických studií, 2024. Diplomová práce, 111 s.

¹⁰ Např. SCHLOSSBERGER, O. *Platební služby*. Praha: Management Press, 2012 nebo řada sborníkových statí, z poslední doby např. SCHLOSSBERGER, O. Platební styk a role centrální banky v něm. In Heseková, S a V. Poništ (eds). *30 rokov Zákona o Národnej banke Slovenska*. Bratislava: Národná banka Slovenska a Právnická fakulta Univerzity Komenského Bratislava, 2023, ss 89-98.

¹¹ Capgemini. World Payments Report, 2023.

¹² ROUBAL, O, PETROVÁ, I. and ZICH, F. *Metodologie marketingových výzkumů*. Praha: Eupress, 2014, s. 37

- posouzení dopadů směrnice PSD2 a
- rozbor odlišností vybraných oblastí z nové, připravované právní úpravy představované PSD3 a současně platné a účinné směrnice o platebních službách¹³.

2.1. Aktuální regulace platebních služeb

První regulace v oblasti poskytování platebního styku se vázala na Směrnici Evropského parlamentu a Rady 97/5/ES ze dne 27. ledna 1997 o přeshraničních převodech a Směrnici Evropského parlamentu a Rady 98/26/ES ze dne 19. května 1998 o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry. Začátkem nového tisíciletí evropskou regulaci doplnily v této oblasti další předpisy. Jednalo se konkrétně o Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2000/46/ES ze dne 18. září 2000 o přístupu k činnosti institucí elektronických peněz, o jejím výkonu a o obezřetnostním dohledu nad touto činností a dále o Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2006/48/ES ze dne 14. června 2006, týkající se přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu. Zejména tyto evropské právní normy se odrazily v historicky první regulaci oblasti platebního styku na území České republiky, kterým byl zákon č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech – tzv. zákon o platebním styku.

Tento zákon byl již překonán a v roce 2008 byl přijat a nabyl účinnosti druhý zákon o platebním styku, který byl publikován pod číslem 284/2009 Sb., který harmonizoval celou řadu dalších směrnic EU, zejména pak Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2007/64/ES ze dne 13. listopadu 2007 o platebních službách na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 97/7/ES, 2002/65/ES, 2005/60/ES a 2006/48/ES a zrušuje směrnice 97/5/ES, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/111/ES, která byla známa pod zkratkou PSD 1 (Payment Service Directive 1, dále jen PSD 1). Zároveň domácí právní úprava navazovala na přímo účinné předpisy EU, kterými byly nařízení upravující danou oblast. Z nich lze zdůraznit zejména význam již zrušeného Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 924/2009 ze dne 16. září 2009 o přeshraničních platbách ve Společenství a zrušení nařízení (ES) č. 2560/2001, Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 260/2012 ze dne 14. března 2012, kterým se stanoví technické a obchodní požadavky pro úhrady a inkasa v eurech a kterým se mění nařízení (ES) č. 924/2009. V roce 2021 vstoupilo v platnost Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2021/1230 o přeshraničních platbách v Unii, které nahradilo výše uvedené nařízení, které bylo zrušeno právě tímto nařízením. V neposlední řadě jde dále i o Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/751 ze dne 29. dubna 2015 o mezibankovních poplatcích za karetní platební transakce.

K dalším relevantním předpisům, které se mohou dotýkat i oblasti platebních služeb, je nařízení o trzích kryptoaktiv (tzv. MiCA)¹⁴, nařízení o digitální provozní

¹³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2015/2366/EU o platebních službách na vnitřním trhu.

¹⁴ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2023/1114 o trzích kryptoaktiv.

odolnosti týkající se kybernetické bezpečnosti (DORA)¹⁵ či směrnice a nařízení o boji proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu¹⁶.

Směrnice PSD 1 poprvé do právních řádů všech zemí EU, tedy i ČR, zavedla poprvé v historii pojem „platební služby“. Tento pojem byl pak následně Směrnicí PSD 2 z roku 2015, kterým byla Směrnice Evropského Parlamentu a Rady (EU) 2015/2366 o platebních službách na vnitřním trhu, doplněna o některé další služby. Tyto změny se pak odrazily v dobově platných právních předpisech o platebním styku. Současně platný a účinný je zákon č. 370/2017 Sb., o platebním styku (dále jen ZPS), aktuálně platný a účinný právní předpis regulující platební služby ve Slovenské republice je zákon č. 492/2009 Z.z., o platebních službách.

2.2. Posouzení dopadů směrnice PSD 2

Směrnice PSD2 byla zhodnocena EK v roce 2022. Podklady k hodnocení zahrnovaly názory zúčastněných stran vyjádřené v rámci veřejných konzultací a zprávu nezávislého poskytovatele. Hodnotící zpráva je publikována jako příloha posouzení dopadů připojeného k návrhu směrnice PSD3. Zpráva uvádí, že při plnění cílů PSD2 bylo dosaženo různé míry úspěšnosti¹⁷.

Hodnocení nicméně dochází k závěru, že navzdory určitým nedostatkům PSD2 umožnil současný rámec směrnice dosáhnout pokroku při plnění svých cílů, přičemž z hlediska nákladů je relativně účinný a přináší přidanou hodnotu EU.

Bylo konstatováno, že na trhu EU jsou čtyři klíčové problémy:

- spotřebitelé jsou ohroženi podvody a nemají důvěru v platby,
- otevřené bankovníctví funguje nedokonale,
- orgány dohledu v členských státech EU mají nejednotné pravomoci a povinnosti,
- banky a nebankovní poskytovatelé platebních služeb nemají rovné podmínky.

Dále hodnotící zpráva uvedla, že tyto problémy mají následující důsledky:

- uživatelé (spotřebitelé, obchodníci a malé a střední podniky) jsou nadále vystaveni riziku podvodu a mají omezený výběr platebních služeb, přičemž ceny jsou vyšší, než je nezbytné,
- poskytovatelé otevřeného bankovníctví se potýkají s překážkami při nabízení základních služeb otevřeného bankovníctví a je pro ně obtížnější inovovat,

¹⁵ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/2554 o digitální provozní odolnosti finančního sektoru.

¹⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/849 o předcházení využívání finančního systému k praní peněz nebo financování terorismu (tzv. IV AML směrnice) a dále Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/847 o informacích doprovázející převody peněžních prostředků.

¹⁷ Zpráva Komise Evropskému parlamentu Radě, Evropské centrální bance a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o přezkumu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2015/2366/EU o platebních službách na vnitřním trhu, 2023.

- poskytovatelé platebních služeb se potýkají s nejistotou ohledně svých povinností a nebankovní poskytovatelé platebních služeb jsou oproti bankám v konkurenční nevýhodě,
- existuje ekonomická neefektivita a vyšší náklady na obchodní operace, což má negativní dopad na konkurenceschopnost EU,
- vnitřní trh s platbami je roztržštěný a dochází ke spekulativnímu výběru soudní příslušnosti.

Zároveň však byla nastíněna možná řešení. Tato řešení jsou zaměřena do následujících oblastí. Jde např. o:

- zlepšení uplatňování silného ověření klienta, právní základ pro výměnu informací o podvodech a povinnost vzdělávat klienty v oblasti podvodů, rozšíření ověřování IBAN na všechny úhrady a podmíněné přenesení odpovědnosti za podvody založené na autorizaci platby plátcem,
- požadavek, aby poskytovatelé platebních služeb, kteří vedou účet, zavedli specializované rozhraní pro přístup k údajům; tzv. „přehledy o povoleních“, které uživatelům umožní spravovat udělená povolení přístupu k otevřenému bankovníctví
- nahrazení větší části směrnice PSD2 přímo použitelným nařízením; zpřísnění ustanovení o sankcích; objasnění prvků, které jsou nejednoznačné; integraci licenčních režimů pro platební instituce a instituce elektronických peněz
- posílení práv platebních institucí/institucí elektronických peněz k bankovnímu účtu; poskytnutí možnosti přímé účasti platebních institucí a institucí elektronických peněz ve všech platebních systémech.

Uvedené skutečnosti hodnotící zprávy byly základem pro deskriptivní analýzu navrhovaného nařízení o platebních službách v EU (dále jen PSR)¹⁸ a návrhu směrnice o platebních službách a službách elektronických peněz – PSD3.

3. DISKUSE

Autoři se v rámci svého výzkumu zaměřili na návrh regulace v následujících oblastech:

- určení místa poskytování on-line platebních služeb,
- rozdělení platebních služeb podle PSD3,
- platební účet a jeho vymezení v komparaci PSD 2 vs. PSD3,
- charakteristika dalších vybraných kategorií rámci PSD3,
- elektronické peníze a PSD3,
- rozdílné regulační podmínky v zemích EU,
- postavení nebankovních poskytovatelů platebních služeb.

Na jednotlivé oblasti se nyní podíváme podrobněji.

¹⁸ Návrh Nařízení Evropského parlamentu a Rady o platebních službách na vnitřním trhu a o změně nařízení (EU) č. 1093/2010

3.1. Určení místa poskytování on-line platebních služeb

K určení místa poskytování on-line platebních služeb lze uvést, že V době internetu je stále složitější určit, kde došlo k poskytnutí platební služby. Nezřídka může dojít k situaci, kdy jsou plátce, příjemce a jejich poskytovatelé usazeni v různých zemích, přičemž spolu interagují na dálku. Určení místa poskytnutí platební služby je pak klíčové pro určení práv a povinností nejen poskytovatele, ale i jeho klienta. Obecně platí, že pro posouzení otázky, zda se z hlediska regulace podnikání na finančním trhu jedná o poskytování služby v určitém státě, má rozhodující význam, kde je uskutečňováno plnění charakteristické pro poskytovanou finanční službu, tedy kde klient přijímá plnění podle smlouvy, za které se poskytuje úplata.

Např. ČNB ve svých výkladových stanoviscích k tomu uvádí, aby bylo možno považovat poskytování on-line služby na území ČR mělo by být naplněno, že

- finanční služba je nabízena v České republice (prostřednictvím internetu novinových inzerátů, plakátů, finančních poradců atp.),
- specifické internetové stránky zaměřené na osoby z České republiky,
- internetové stránky a komunikace mezi poskytovatelem a příjemcem služby jsou v českém jazyce, atd.

Podle výše uvedeného výkladu však ve skutečnosti může být poskytovatel zapsán v registru firem (v ČR jde o obchodní rejstřík) např. v Polsku nebo Francii, přitom může splňovat všechny výše uvedená kritéria, pak by podle toho stanoviska bylo místo poskytování služeb Česko, přitom podle sídla firmy by se jednalo o firmu polskou nebo francouzskou. V podstatě pak jde o skutečnost, který orgán dozoru, resp. i regulace je vůči takové firmě kompetentní. Současně platný a účinný ZPS ani směrnice PSD2 tuto problematiku blíže neupravují. A bohužel ani připravovaná směrnice PSD3, ani nařízení PSR nevnášejí více jasnosti do uvedené problematiky. Autoři jsou však názoru, že kompetentní by byl orgán dozoru v místě poskytované služby, tedy z území ČR, druhotně pak orgán, který příp. dělil takovému subjektu oprávnění podnikat v on-line službách např. platebního styku. Podobně je řešen princip jednotné evropské licence, např. pro banky.

3.2. Rozdělení platebních služeb podle PSD3

K rozdělení platebních služeb podle PSD3 lze uvést, že očekávaná PS3 bude rozdělovat platební služby takto:

- Služby umožňující vklad hotovosti na platební účet nebo výběr hotovosti z platebního účtu – zde dochází ke sjednocení služeb vkladu a výběru hotovosti do jedné služby, neboť poskytovatel, který poskytuje službu vkladu hotovosti na platební účet, bude obvykle poskytovat službu výběru z platebního účtu, což lze považovat za velmi logické.
- Provádění platebních transakcí, včetně převodů peněžních prostředků z platebního účtu a na platební účet, včetně případů, kdy jsou peněžní

prostředky kryty úvěrovou linkou u poskytovatele platebních služeb uživatele nebo u jiného poskytovatele platebních služeb. – zde dochází nejen ke sjednocení definice služby provedení převodu peněžních prostředků podle § 3 odst. 1 písm. c) a d) ZPS, ale dále dochází i k zohlednění, zdali jsou peněžní prostředky kryty úvěrovou linkou u poskytovatele platebních služeb uživatele nebo u jiného poskytovatele platebních služeb.

- Vydávání platebních prostředků – zde dochází k situaci, že např. vydavatelům platebních karet bude stačit získat pouze uvedené oprávnění.
- Akceptace platebních transakcí – díky rozdělení služby do dvou částí nyní bude stačit poskytovatelům služby acquiringu získat pouze toto oprávnění.

Některé současné platební služby, kterými jsou poukazování peněz a služba iniciování platby, nepředpokládá žádné doplnění či změnu¹⁹. Avšak služba informování o účtu jistě změny očekává. Podle PSD2 se jedná o službu on-line, jejímž cílem je poskytnout konsolidované informace o jednom nebo více platebních účtech uživatele platebních služeb vedených buď u jiného poskytovatele platebních služeb, nebo u více než jednoho poskytovatele platebních služeb. Podle návrhu PSD3 se bude jednat také o on-line službu spojenou se shromažďováním, buď přímo, nebo prostřednictvím poskytovatele technických služeb, a konsolidací informací vedených o jednom nebo více platebních účtech uživatele platebních služeb u jednoho nebo více poskytovatelů platebních služeb, kteří vedou účet. Uvedené zpřesnění již přímo nepovažuje za důležité rozlišovat jiného poskytovatele platebních služeb a vlastního poskytovatele. Zkrátka se vychází z předpokladu, že se jedná o poskytovatele platebních služeb. Navíc nová charakteristika zahrnuje rozdělení přímého nebo nepřímého poskytování této služby, což vložilo do definice kategorii „poskytovatel technických služeb“. Poskytovatelem technických služeb je takový poskytovatel služeb, které ačkoli nejsou platebními službami, jsou pro poskytování platebních služeb nezbytné, aniž by v kterémkoli okamžiku převáděné peněžní prostředky přecházely do držby služeb. Tuto kategorii v PSD2 jako definici - pojem, resp. ZPS, přímo nenalezneme. Pouze se tento pojem vyskytuje v textu §3 odst. 3 písm. g., ve kterém je však uvedeno zenění obdobně jako je tomu u nového pojmu podle PSD3. Jako pojem – kategorie se však v úvodních ustanoveních nenalézá.

3.3. Platební účet a jeho vymezení a některé vybrané pojmy PSD3

Směrnice PSD2 vymezuje platební účet jako „účet, který slouží k provádění platebních transakcí“²⁰. Návrh směrnice PSD3 však charakterizuje platební účet jako účet vedený poskytovatelem platebních služeb na jméno jednoho nebo více uživatelů platebních služeb, který je současně využíván k provádění jedné nebo více platebních transakcí a umožňuje odesílání a přijímání peněžních prostředků třetím

¹⁹ Proto lze odkázat na § 2 odst. 1 písmeno k, l, resp. § 3 odst. 1 písm f zákona č. 370/2017 Sb., o platebním styku.

²⁰ Dto, § 2 odst. 1 písm. b.

stranám a od nich. „Definice“ platebního účtu podle návrhu je mnohem přesnější, byť obecná úprava účtu, resp. smlouvy o účtu vychází z obdobných parametrů – majitel účtu nebo více majitelů, provádění převodů peněžních prostředků z účtu a na něj²¹. Samotná charakteristika platebního účtu není v občanském zákoníku uvedena a ten se odkazuje na jiný zákon, aniž by uváděl na něj odkaz. Nicméně „jiným zákonem“ je v myšlen současný ZPS.

Zajímavé je vymezení pojmu „platební prostředek“. Směrnice PSD2 jej vymezuje jako jakékoli personalizované zařízení nebo soubor postupů sjednaný mezi uživatelem platebních služeb a poskytovatelem platebních služeb, které jsou používány k iniciování platebního příkazu. PSD3 pak platební prostředek vymezuje jako jakékoli individualizované zařízení a/nebo soubor postupů sjednaný mezi uživatelem platebních služeb a poskytovatelem platebních služeb, které umožňují iniciování platební transakce. Definice „platebního prostředku“ podle PSD2 tedy na „personalizované zařízení“. Vzhledem k tomu, že existují předplacené karty, na nichž není vytištěno jméno držitele tohoto prostředku, mohly by tyto druhy karet zůstat mimo oblast působnosti definice platebního prostředku. Definice „platebního prostředku“ by proto měla být změněna tak, aby namísto na „personalizovaná“ zařízení odkazovala na zařízení „individualizovaná“, čímž se vyjasní, že předplacené karty, na nichž není vytištěno jméno držitele prostředku, jsou platebními prostředky²² Viditelná změna se týká také toho, že platební prostředek již nemusí být používán k iniciování platebního příkazu, aby jej bylo možné definovat jako platební prostředek. Nově postačí, aby umožňoval iniciaci platebního příkazu.

V charakteristice pojmu „peněžní prostředky“ návrh PSD3 předpokládá také zpřesnění. Podle PSD2 jsou za peněžní prostředky považovány bankovky a mince, bezhotovostní peníze a elektronické peníze ve smyslu čl. 2 odst. 2 směrnice 2009/110/ES (dále jen EMD2)²³. Návrh nové definice pojmu je uveden tak, že se jedná o peníze centrální banky vydané pro maloobchodní použití, bezhotovostní peníze a elektronické peníze. O takto definovaném pojmu bychom mohli diskutovat, neboť použití slov „pro maloobchodní použití“ je zavádějící. Podle takto stanovené charakteristiky by z regulace mohly vypadnout veškeré peněžní prostředky použité pro „velkoobchodní použití“, což znamená využití peněz pro placení mezi podnikatelskými subjekty. Lze však předvídat, že i tam se využívají bezhotovostní peníze, takže by pod regulaci „spadly“. Sousedství „maloobchodní použití“ lze v kontextu historie vykládat jako náhrada za slova „bankovky a mince“.

3.4. Elektronické peníze a PSD3

Elektronické peníze byly poprvé do právního řádu EU začleněny do PSD1²⁴. Za elektronické peníze jsou považovány peněžní prostředky uchovávané elektronicky,

²¹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, § 2662 a následující.

²² Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o platebních službách a službách elektronických peněz na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 98/26/ES a zrušují směrnice 2015/2366/EU a 2009/110/ES, odst. 12 preambule.

²³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/110/ES o přístupu k činnosti institucí elektronických peněz, o jejím výkonu a o omezitelném dohledu nad touto činností.

²⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/64/ES o platebních službách na vnitřním trhu.

a to i magneticky; jde o peněžní hodnotu vyjádřenou pohledávkou za vydavatelem, jsou vydávány proti přijetí peněžních prostředků za účelem provádění platebních transakcí vymezených v čl. 4 bodě 5 PSD1. Jsou přijímány jinou fyzickou či právnickou osobou, než je samotný vydavatel těchto elektronických peněz. PSD3 zavádí pojem „služby elektronických peněz. Službami elektronických peněz bude nově vydávání elektronických peněz, vedení platebních účtů, na nichž jsou uloženy jednotky elektronických peněz a převody jednotek elektronických peněz. Toto lze považovat v jejich charakteristice za výrazný posun, neboť definice přímo předpokládá možnost jejich ukládání na platebním účtu, což současná právní úprava podle PSD2 neumožňuje.

Stav nedostatečné regulace kryptoaktiv se stal na úrovni EU v posledních letech horkým tématem, ze kterého vzešlo již výše zmiňované Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2023/1114 o trzích kryptoaktiv a o změně nařízení (EU) č. 1093/2010 a (EU) č. 1095/2010 a směrnic 2013/36/EU a (EU) 2019/1937 (tzv. Nařízení MiCA - Markets in Crypto-Assets).

Nařízení MiCA definuje různé kategorie kryptoaktiv, mezi nimi též elektronické peněžní tokeny. Tyto elektronické peněžní tokeny budou nově považovány za elektronické peníze podle směrnice PSD3. Tímto krokem dojde k omezení rizika obcházení směrnice vydáváním kryptoměny, jejíž charakteristiky splňují definici elektronických peněz.

Vydávání elektronických peněz je v současné době upraveno EMD2. Samotné používání elektronických peněz v rámci platební transakce je pak z velké části upraveno směrnicí PSD2. Právní rámec je v této části v určité míře již harmonizován.

V praxi však docházelo k problémům s výkladem a vymežováním správných režimů podle PSD2 a EMD2, kdy například ze strany platebních institucí docházelo k faktickému vydávání elektronických peněz, ačkoliv formálně tyto služby byly prezentovány jako platební služby nesouvisející s vydáváním elektronických peněz.

Nová regulace si klade za cíl sjednotit režimy podle EMD2 a PSD2 se zachováním určitých specifík. Tato skutečnost však nijak zvlášť neovlivňuje sám zákon o platebním styku, neboť uvedený zákon již sám tyto dva režimy sjednocuje.

3.5. Rozdílné regulační podmínky v zemích EU

European Banking Authority (dále EBA) zjistila, že v postupech regulačních orgánů na úrovni jednotlivých členských států při posuzování předložených informací existují rozdíly a úroveň kontroly dokumentů předkládaných žadateli o oprávnění podle PSD2 se u jednotlivých orgánů značně liší. Konkrétně se liší postupy při posuzování podnikatelských plánů a opatření žadatelů v oblasti řízení a vnitřních kontrolních mechanismů. Dále bylo zjištěno, že některé regulační orgány neprovádějí pokyny (guidelines) EBA v plném rozsahu, zejména pokud jde o získávání úplného souboru informací od žadatelů. Tyto nedostatky vedou k tomu, že žadatelé nadále podléhají různým očekáváním ve vztahu k dohledu v rámci EU.

Tento nedostatek by měl být nově napraven tím, že pravidla týkající se poskytování platebních služeb budou nově upravena přímo účinným nařízením

(PSR) a pravidla týkající se povolování poskytovatelů platebních služeb a dohled nad nimi bude upraven směrnicí PSD3.

3.6. Postavení nebankovních poskytovatelů platebních služeb

Nebankovní poskytovatelé služeb se dlouhodobě potýkají s obtížným přístupem k finanční infrastruktuře. Tato infrastruktura je představována především:

- platebními účty,
- platebními systémy.

Neochota bank otvírat účty se zvláštním režimem, ačkoliv podle čl. 36 PSD2 platí, že „členské státy zajistí, aby platební instituce měly přístup ke službám platebních účtů úvěrových institucí na objektivním, nediskriminačním a přiměřeném základě“.

Dále byly zjištěny rozdílné postupy v souvislosti s přístupem nebankovních poskytovatelů platebních služeb k platebním systémům, kdy některé členské státy umožňují přímou účast nebankovních poskytovatelů v platebních systémech s neodvolatelností zúčtování, zatímco jiné nikoli. V těchto případech jsou nebankovní poskytovatelé při výkonu své činnosti závislé a odkázané na úvěrové instituce, jejichž prostřednictvím získávají nepřímou účast v uvedených platebních systémech.

Dále byly zjištěny rozdílné postupy v souvislosti s přístupem nebankovních poskytovatelů platebních služeb k platebním systémům, kdy některé členské státy umožňují přímou účast nebankovních poskytovatelů v platebních systémech s neodvolatelností zúčtování, zatímco jiné nikoli.

V těchto případech jsou nebankovní poskytovatelé při výkonu své činnosti závislé a odkázané na úvěrové instituce, jejichž prostřednictvím získávají nepřímou účast v uvedených platebních systémech. Jako příklad lze uvést, že poskytovatelé platebních služeb se mohou v Litvě napřímo připojit k systému CENTROLINK, který umožňuje zpracování plateb v Eurech. V České republice existuje obdobný systém pro zpracování plateb v českých korunách – CERTIS. K tomuto systému se však mohou napřímo připojit pouze banky.

Uvedenou problematikou nerovných podmínek pro poskytování platebních služeb bankami na jedné straně a nebankovními poskytovateli platebních služeb na straně druhé (s výjimkou spořitelních a úvěrních družstev) se autoři zabývali a své výsledky zkoumání a závěry publikovali v samostatné studii²⁵.

ZÁVĚR

Současná evropská regulace reaguje na inovace a přirozený vývoj. Jejím cílem je relativní technologická neutralita, zvyšování konkurenceschopnosti, ochrana spotřebitele, minimalizace podvodů a vytváření vhodného prostředí pro inovace.

²⁵ SCHLOSSBERGER, O., MATEJKA, J. The Impact and Implications of PSD3 and the Payment Services Regulation on the Provision of Payment Services. In STANIČKOVÁ, M. and MELECKÝ, L. (eds.). *Proceedings of the 7th International Conference on European Integration 2024*. Ostrava: VSB – Technical University of Ostrava, 2024, s. 233-244.

V rámci dosahování některých z těchto a dalších cílů pak může docházet k volbě nevhodných prostředků, především pak ze stran centrálních bank, které mají mandát dohledu nad sektorem v konkrétním vnitrostátním právním prostředí.

Byla stanovena hypotéza jako cíl předložené studie, že implementací nové právní úpravy ve formě PSD3 dojde k odstranění odlišností v oblasti platebních služeb mezi zeměmi EU a dojde k narovnání právních podmínek při poskytování platebních služeb.

Předložená stať se se snažila stručným způsobem, mimo jiné, za využití metody deskriptivní komparativní analýzy charakterizovat vybrané změny – inovace – v oblasti regulace platebních služeb mezi PSD2 a připravovanou PSD3. Z této analýzy vyplynulo, že řada formulovaných oblastí posune regulaci platebních služeb a jejich poskytovatele do rovnějších a udržitelnějších podmínek, avšak bylo také zjištěno, že ne vše je danou regulatorikou vyřešeno. Jedná se zejména, podle názorů autorů, o oblast charakterizovanou jako určení místa poskytování on-line platebních služeb.

Lze tedy konstatovat, že předložená studie naplnila výše uvedenou stanovou hypotézu, avšak s drobnými odchylkami. Stanovený cíl byl tedy splněn.

POUŽITÉ PRAMENY

1. BOČÁNEK, M. *Platební styk v rámci vysoce rizikových odvětví*. Masarykova univerzita v Brně, právnická fakulta, 2023. Doktorská disertační práce, školitel Doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D.
2. Capgemini. *World Payments Report*, 2023.
3. Důvodová zpráva ke Směrnici Evropského parlamentu a Rady o platebních službách a službách elektronických peněz na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 98/26/ES a zrušují směrnice 2015/2366/EU a 2009/110/ES, 2023.
4. Goldwater, B. Incumbency or Innovation: Why a Collective Agency View of Cross-Border Payments Means Private Blockchain Cannot Prevail. In *Cornell International Law Journal*. ISSN 0010-8812, vol. 52, No. 2/2019, s. 351-381.
5. KOS, P. *Právní aspekty platebních služeb v České republice*. Vysoká škola finanční a správní, fakulta ekonomických studií, 2024. Diplomová práce, školitel Doc. JUDr. Ing. Otakar Schlossberger, Ph.D.
6. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 924/2009 ze dne 16. září 2009 o přeshraničních platbách ve Společenství a zrušení nařízení (ES) č. 2560/2001.
7. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 260/2012 ze dne 14. března 2012, kterým se stanoví technické a obchodní požadavky pro úhrady a inkasa v eurech a kterým se mění nařízení (ES) č. 924/2009.
8. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/751 ze dne 29. dubna 2015 o mezibankovních poplatcích za karetní platební transakce.
9. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/847 o informacích doprovázející převody peněžních prostředků.
10. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/2554 o digitální provozní odolnosti finančního sektoru.

11. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2023/1114 o trzích kryptoaktiv.
12. Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o platebních službách na vnitřním trhu a o změně nařízení (EU) č. 1093/2010.
13. Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o platebních službách a službách elektronických peněz na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 98/26/ES a zrušují směrnice 2015/2366/EU a 2009/110/ES.
14. POZZOLO, A. F. PSD2 and the Transformation of the Business Model of Payment Services Providers. In *European Economy*. ISSN, roč. 2020, č. 1
15. ROUBAL, O, PETROVÁ, I. and ZICH, F. *Metodologie marketingových výzkumů*. Praha: Eupress, 2014. 142 s. ISBN 978-80-7408-092-0
16. SCHLOSSBERGER, O. *Platební služby*. Praha: Management Press, 2012. 325 s. ISBN 978-80-7261-238-3
17. SCHLOSSBERGER, O. Platební styk a role centrální banky v něm. In Heseková, S a V. Poništ (eds). *30 rokov Zákona o Národnej banky Slovenska*. Bratislava: Národná banka Slovenska a Právnická fakulta Univerzity Komenského Bratislava, ISBN 978-80-8043-258-4, rok 2023, s. 89 -98.
18. SCHLOSSBERGER, O., MATEJKA, J. The Impact and Implications of PSD3 and the Payment Services Regulation on the Provision of Payment Services. In STANIČKOVÁ, M. and MELECKÝ, L. (eds.). *Proceedings of the 7th International Conference on European Integration 2024*. Ostrava: VSB – Technical University of Ostrava. ISBN 978-80-248-4733-7, rok 2024, s. 233-244.
19. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/26/ES ze dne 19. května 1998 o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry.
20. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/46/ES ze dne 18. září 2000 o přístupu k činnosti institucí elektronických peněz, o jejím výkonu a o obezřetnostním dohledu nad touto činností.
21. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/48/ES ze dne 14. června 2006, týkající se přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu.
22. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/64/ES o platebních službách na vnitřním trhu.
23. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/110/ES o přístupu k činnosti institucí elektronických peněz, o jejím výkonu a o obezřetnostním dohledu nad touto činností.
24. Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/849 o předcházení využívání finančního systému k praní peněz nebo financování terorismu
25. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2015/2366/EU o platebních službách na vnitřním trhu.
26. SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. Praha: C. H. Beck, 2023. 464 s. ISBN 978-80-7400-938-9
27. VIVES, X. The Impact of FinTech on Banking. *European Economy*. In *European economy*. ISSN 2421-6917, roč. 2017, č.2, s. 97-105.

28. Vyhláška č. 67/2018 Sb., o některých požadavcích na systém vnitřních zásad, postupů a kontrolních opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů.
29. Wolfsberg Group. *Wolfsberg Correspondent Banking Due Diligence Questionnaire*, 2024.
30. Zákon č. 124/2002 Sb., o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech, ve znění pozdějších předpisů.
31. Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů.
32. Zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů.
33. Zákon č. 492/2009 Z. z., o platebních službách, v znění neskorších předpisů.
34. Zákon č. 370/2017, o platebním styku, ve znění pozdějších předpisů.
35. Zpráva Komise Evropskému parlamentu Radě, Evropské centrální bance a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o přezkumu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2015/2366/EU o platebních službách na vnitřním trhu, 2023.

KONTAKT NA AUTORY

otakar@schlossberger.cz
matejka@ilaw.cas.cz
Ústav státu a práva České akademie věd
Národní 18
116 00 Praha 1
Česká republika

Mgr. Monika Mikušková¹

University of Economics and Business Prague, Faculty of International Relations

Online Behavioural Advertising in the Context of Abusive Arrangements and Business Law

Abstract

Behavioural advertising, in particular advertising that is personalised on the basis of the collection and analysis of the data of a user browsing a website, is increasingly subject to legal supervision and regulatory measures. This paper examines the penetration of behavioural advertising and commercial contract law, particularly in relation to abusive arrangements. Key issues include transparency, informed consent, protection of personal data and fair contract terms. The paper examines the role of legislation in regulating behavioural advertising. It also provides an overview of the significant case law of the Court of Justice of the European Union and highlights the implications of these judgments for the practice in the sector and their applicability in future disputes. It also examines the impact of these legal frameworks on the rights and obligations of traders and consumers to prevent and avoid unfair practices. Examination of the issues raised enables businesses (companies) to use data for targeted advertising, while highlighting the importance of fair and transparent contractual terms to protect consumers' interests. The paper emphasises the need for continuous evaluation and adaptation of regulation to respond to the challenges that behavioural advertising in the digital world presents.

Key words: personal data protection, consumer protection, free competition, online behavioural advertising, traders, consumers, consent.

JEL Classification: K220

INTRODUCTION

Advertising as a form of communication intended to promote business activity is defined in the Advertising Regulation Act itself.² As a result of the continuous development of technology and digitalisation, advertising is thus a very widespread form of presentation of traders and their goods and services in digital form on the

¹ The author of this paper is a PhD student and a researcher of the IGS VŠE project in Prague, no. F2/58/2024, entitled “Commercial contracts in the digital environment”. The author works as a junior lawyer in a law office.

² Act No. 40/1995 Coll., on the regulation of advertising and on amending and supplementing Act No. 468/1991 Coll., on the operation of radio and television broadcasting, as amended.

internet, which promotes awareness of the traders' brand, their credibility with potential customers and, last but not least, the sale of their goods and services itself.³ Advertising is a big part of most of our lives, and the digital environment makes it more effective, because online we can evaluate and then work with data that shows us how successful the ad is, how far it reaches, who it is shown to, and when or how often.⁴ Online behavioural advertising (abbreviated as “OBA”) is based on tracking the behaviour of a visitors on the internet. Based on a visitors’ history or recent website visits, tracking systems evaluate and assign a specific advertisement to a users’ personal profile.⁵ The personal profiles of users are assigned to different categories of users' interests, which are then “used to present ads thought to be relevant to users in those categories”⁶. All these functions are constantly evolving rapidly thanks to digitisation, and legislation is not able to reflect all these new trends quickly enough. As a consequence, in a number of cases, the weaker party, the consumer, can and often is not sufficiently protected. However, the correct application of the regulation appears to be very difficult, since several interests must be considered together, which are mainly autonomous, economic or political interests.⁷

This paper aims, on the one hand, to examine the interrelationship between behavioural advertising and commercial contract law, focusing on abusive agreements and the legal frameworks that govern this area. The second objective is to analyse the role of legislation and case law in shaping the legal standards for behavioural advertising, with particular emphasis on transparency, informed consent, data protection and fair contract terms. These two secondary objectives overlap with the primary objective of the work, which is to provide an overview of how these laws affect the rights and obligations of business corporations and consumers, and to emphasise the need to continuously update existing legal and regulatory frameworks and reflect the evolving challenges posed by digital advertising practices.

In order to achieve this objective, the author of the paper has set out the following hypotheses to be verified in the context of the paper. The first hypothesis is that the current legal and regulatory measures are necessary but require constant innovation to adequately reflect the evolving OBA challenges in the context of the constantly evolving digital environment. The second hypothesis of this paper is the need to

³ BEBNADZE, K. Modern Tendencies in the Use of Internet Advertising. In *International scientific journal – Grail of Science*. [online]. 2024, 38, 52-53. 2710-3056 [24 September 2024]. Available from: <http://dx.doi.org/10.36074/grail-of-science.12.04.2024.006>.

⁴ BURNS, O. Social Media and Data Privacy. In: TAAL, A. Ed. *The GDPR Challenge: Privacy, Technology, and Compliance in an Age of Accelerating Change*. Boca Raton: CRC Press, 2022, 71-73. 9780367257262.

⁵ JANOUCH, V. *Internetový marketing*. 2. edition. Brno: Computer Press, 2014, 123-124. 9788025143117.

⁶ Office of the Privacy Commissioner of Canada. *Online Behavioural Advertising (OBA) Follow Up Research Project: A report prepared by the Technology Analysis Branch of the Office of the Privacy Commissioner of Canada* [online]. Gatineau, June 2015 [accessed on 27 August 2024]. In [priv.gc.ca](https://www.priv.gc.ca/media/1802/oba_201506_e.pdf). Available from: https://www.priv.gc.ca/media/1802/oba_201506_e.pdf.

⁷ CHEN, J. *Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021, 4-5. 9781839108297.

strike a balance between allowing businesses to use data for targeted advertising and protecting consumers' interests through fair and transparent contractual terms. The third hypothesis is that the judgments of the Court of Justice of the European Union (hereinafter “CJEU”) have important implications for OBA practice, including for future developments in this field.

The author uses scientific research methods through a legal analysis of existing legislation and regulatory measures, including data protection, consumer protection and commercial contract law. The author then analyses case studies of significant judgments of the CJEU. The author also uses a comparative analysis of the rights and obligations of companies and consumers.

To review recently published work in this area, the author has researched the current literature to provide accurate and up-to-date information. The general foundations of OBA as an emerging trend are described in Andrew McStay's monograph⁸, which was published in 2011 and is obsolete for this research. However, the author agrees with the view that OBA has a higher degree of brand awareness than the other forms of advertising examined in the abovementioned monograph. In the area of personal data protection and privacy, several studies have examined the challenges of ensuring compliance with data protection legislation, such as Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (hereinafter “GDPR”)⁹, in the context of OBA. In particular, the monograph by Jiahong Chen¹⁰ emphasizes the importance of protecting Internet users from risks to their privacy and personal data. A very current chapter in the book relevant to this post by Frederico Galli and Galileo Sartor deals with GDPR non-compliance and OBA.¹¹

There are also a number of scientific articles on the subject of OBA. Most of the articles highlight the potential for unfair contractual terms and abusive practices in OBA, but none of the articles directly addresses abusive arrangements. This is particularly the case where consumers are not aware of how their data is being used. The authors also agree on the need for stronger legal protection to prevent abuse and ensure a higher level of integrity.

⁸ MCSTAY, A. *The Mood of Information A Critique of Online Behavioural Advertising*. New York: The Continuum International Publishing Group, 2011, 193. 9781441176141.

⁹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC [online]. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

¹⁰ CHEN, J. *Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021. 9781839108297.

¹¹ GALLI, F., SARTOR, G. The Mismatch Between GDPR and Behavioural Advertising: What Way Forward. In: EBERS, M., SEIN, K. Eds. *Privacy, Data Protection and Data-driven Technologies*. London: Routledge, 2024, 283-324. 9781003502791.

1. THE EVOLUTION OF OBA LEGISLATION IN THE AREA OF PERSONAL DATA PROTECTION AND THE CURRENT RELATED EU LEGISLATION

The digital environment has evolved rapidly over the past two decades, as has the EU's legislative approach to regulating this complex and often controversial practice. This chapter looks at the evolution of the legislation on OBA in the EU and highlights the evolution of this legislation from general basic principles to increasingly specific and complex legal regulations. The development of this area of regulation reflects not only technological advances but also changes in societal attitudes towards privacy, the protection of personal data and the dynamics of influence between consumers and digital platforms.

Firstly, it is necessary to draw on the primary law, the Charter of Fundamental Rights of the European Union¹² (which is consistent with the European Convention on Human Rights), which enshrines the protection of personal data (Article 8) as a fundamental right distinct from the right to privacy (Article 7), thereby increasing its importance in EU law and directly influencing the way in which the practices of the OBA must respect and protect the personal data of the users concerned. The second group of legislation is secondary law, which the author divides into three areas of concern for the legal regulation of the OBA, namely legislation governing the protection of personal data, legislation governing the protection of competition and legislation governing consumer protection.

At the beginning of the 21st century, one of the first major steps to regulate the processing of personal data, including those related to OBA, was the adoption of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data¹³ (hereinafter "Directive on the protection of personal data"). This Directive on the protection of personal data does not explicitly mention the OBA, as at the time of its adoption the OBA had not been extended in practice. The Directive on the protection of personal data nevertheless established the basic rules for the protection of personal data in the EU and provided that personal data could be processed only with the informed consent of the data subject or on the basis of another legitimate legal title. These rules are laid down in particular in Articles 2(a) (definition of personal data), Article 2(b) (definition of processing of personal data), Article 6 (principles on data quality and the way in which data are processed and collected), Article 7 (principles on lawful processing of data, including where the data subject gives consent), Article 10 (provision on the obligation of controllers to inform data subjects when their data are collected), Article 14 (the right of data subjects to object to the processing of their data for direct marketing purposes), and also in Article 15 (individuals have the right not to be

¹² Charter of Fundamental Rights Of The European Union 2012/C 326/02 (Official Journal of the European Union C 326/391) [online]. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>.

¹³ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>.

subject to a decision based solely on automated data processing). These articles thus laid the foundation for many of the principles that later came to apply more specifically to the OBA¹⁴, notably in the GDPR, which later replaced the Directive on the protection of personal data.

With the development of the internet and digital technologies, there has been a need to update the legislation on the protection of personal data and privacy in the online environment. Consequently, Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector¹⁵ (hereinafter “ePrivacy Directive”) was adopted in 2002. ePrivacy Directive was the first legislative act to specifically address issues of privacy and the protection of personal data in digital communications. In particular, Article 5(1) and (2) of the ePrivacy Directive provides for an obligation on Member States to ensure the confidentiality of electronic communications by allowing the collection and retention of data only with the consent of the users concerned or where permitted by law. ePrivacy Directive also established rules on the use of cookies and similar technologies to track its users, in Article 5(3) of the ePrivacy Directive, which requires that “the subscriber or concerned user has given his or her consent, having been provided with clear and comprehensive information”. This article is key for the OBA because it requires that the informed consent of the users be obtained before cookies or similar behavioural tracking technologies are placed on their device. Although Article 13 of the ePrivacy Directive does not directly concern the OBA, it does create a basis for requiring consent in digital marketing practices. It establishes the principle of consent of the users concerned in digital marketing. This article is mainly relevant for e-mail marketing campaigns that may use data collected using OBA techniques.

Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (hereinafter “Amendment of the ePrivacy Directive”) introduces enhanced consent requirements for cookies and similar technologies for the users concerned, namely in Article 5(3) of the ePrivacy Directive. The Amendment of the ePrivacy Directive thus brings about, through this article, a change from the right of the users concerned to refuse consent (the so-called “opt-out”) to the right of the users concerned to give prior consent (the so-called “opt-

¹⁴ Judgment of the Court of Justice of 13 May 2014. *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*. Case C-131/12. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.

¹⁵ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/58/oj>.

in”).¹⁶ However, this fundamental change took a long time to be properly implemented in practice. However, the adoption of this Amendment of the ePrivacy Directive has led to the emergence and widespread implementation of consent banners for the use of cookies and similar technologies on websites in the EU.¹⁷ In 2010 the Data Protection Working Party established under Article 29 of the ePrivacy Directive produced Opinion 2/2010 on online behavioural advertising,¹⁸ which clarifies the relationship of the Directive on the protection of personal data and the ePrivacy Directive to the OBA¹⁹, as the providers of advertising networks have been redefined as data controllers and are therefore primarily responsible for compliance with data protection legislation.²⁰

As the main piece of legislation governing the processing of personal data in the EU and having a significant impact on the OBA, the GDPR is the one that, through the articles listed below, collectively creates the rules that significantly affect the OBA's practices. At the same time, those articles emphasise in particular the need for the consent of the users concerned, its transparency and control over how their personal data are used for advertising purposes.²¹ Article 4 defines personal data, including an online identifier, and consent. Article 7 of the GDPR sets out the conditions for the consent of the user concerned to the collection of data, which must be explicit and active. In OBA practice, this means that pre-ticked boxes or silences are not valid consent of the user concerned. Furthermore, the users concerned must be able to refuse such consent without any sanction and to withdraw it as easily as they had given it.²² Article 6 of the GDPR sets out six legitimate grounds for the processing of data subjects' personal data, with the most important for the OBA being the consent of the data subject, or the users concerned (Article 6(a) of the GDPR) and “processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party” (Article 6(f) of the GDPR). Article

¹⁶ MARKOU, Ch. Behavioural Advertising and the New “EU Cookie Law“ as a Victim of Business Resistance and a Lack of Official Determination. In: GUTWIRTH, S., LEENES, R., DE HERT, P. Eds. *Data Protection on the Move: Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection*. Tilburg: Springer Science, 2016, 213-215. 9789401773751.

¹⁷ JAKOBSEN, S. EU Internet Law in the Era of Convergence and Digital Platforms: The Interplay with EU Telecoms and Media Law. In: SAVIN, A., TRZASKOWSKI, J. Eds. *Research Handbook on EU Internet Law*. 2nd edition. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2023, 58-59. 9781803920870.

¹⁸ Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. [online]. Brussels, 2010, 3-24. [accessed on 26 September 2024]. In ec.europa.eu. Available from: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf.

¹⁹ Judgment of the Court of Justice of 6 October 2015. Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner. Case C-362/14. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0362>.

²⁰ MANTELERO, A., ESPOSITO, M. S. An Evidence-based Methodology for Human Rights Impact Assessment (HRIA) in the Development of AI Data-intensive Systems. In: RESTA, G., ZENOVICH, V. Eds. *Governance of/Through Big Data: Volume I*. Rome: Roma TrE-Press, 2023, 60-62. 9791259771735.

²¹ KAZEMI, R. *General Data Protection Regulation (GDPR)*. Hamburg: tredition, 2018, 112-143. 9783746947648.

²² CHEN, J. *Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021, 138-139. 9781839108297.

21(2) and (3) of the GDPR gives the users concerned the right to object to the processing of their data. In practice, this means that companies must have functional systems in place to deal with such objections promptly and completely and that the personal data of the users concerned will no longer be processed.²³ It is also important to mention Article 22 of the GDPR, which regulates automated decision-making, including profiling, and regulates the limits of the use of automated systems to make decisions about the users concerned, including for advertising purposes²⁴. Article 25 “can be seen as an *ex ante* governance mechanism requiring data collectors to view compliance as an ongoing process. ... data collectors are expected to be proactive in the design of systems in a way that demonstrates adherence to standard of fairness, security and transparency.”²⁵ This principle thus requires data controllers to design their personal data processing technologies and processes in such a way that they protect the privacy of the users concerned from the outset.

Recent initiatives in 2022 are Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act)²⁶ (hereinafter “DMA”) and Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)²⁷ (hereinafter “DSA”) which govern the area of competition protection. The DMA focuses on regulating large technology firms called gatekeepers (e.g. Google, Meta, Amazon, etc.) and has a significant impact on the way big platforms manage and use data for advertising and try to prevent unfair business practices. In particular, the relevant provisions in the area of OBA are Article 5 of the DMA, which prohibits the combination of personal data from the main services of the platform with personal data from other services, and Article 6 of the DMA, which restricts the use of non-public data, and gatekeepers must allow business users access to data generated by these users when using their services.²⁸ However, these obligations do

²³ GALLI, F. Online Behavioural Advertising and Unfair Manipulation Between the GDPR and the UCPD. In: EBERS, M., GAMITO, C. M. Eds. *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms: Legal and Ethical Challenges*. 2021, 114-116. 9783030505592.

²⁴ SCHÄFERLING, S. Governmental Automated Decision-Making and Human Rights. In *Springer Nature Switzerland AG*. [online]. 2023, 62, 3-301. 2352-1902 [11 September 2024]. Available from: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-48125-3>.

²⁵ SAVIRIMUTHU, J. The GDPR, AI and the NHS Code of Conduct for Data-Driven Health and Care Technology. In: TZANO, M. Ed. *Health Data Privacy under the GDPR: Big Data Challenges and Regulatory Responses*. Oxon: Routledge, 2021, 142-143. 9780367077143.

²⁶ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>.

²⁷ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>.

²⁸ PURNHAGEN, K. Why Do We Need Responsive Regulation and Behavioural Research in EU Internal Market Law?. In: MATHIS, K. Ed. *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015, 51-71. 9783319116341.

not apply to all gatekeepers services, but only to essential services.²⁹ The DSA also aims to regulate large online platforms and improve the protection of affected users, including transparency of advertising algorithms and data processing for OBA. These OBA objectives are reflected in particular in the provisions of Article 24 of the DSA governing transparency in online advertising,³⁰ including OBA. The aim is to detect profiling or the use of users' behavioural data by requiring online platform providers to explain why users see a particular advertisement.

Existing EU consumer protection legislation that has an impact on OBA includes in particular Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council³¹ (Unfair Commercial Practices Directive) (hereinafter "UCPD"), which provides in Article 5 of the UCPD for a general prohibition of unfair commercial practices,³² which in practice also covers some of the practices used within OBA.³³ When Articles 6 and 7 of the UCPD cover deceptive acts and deceptive omissions, and Articles 8 and 9 aggressive business practices. Another important legislation in force in the field of consumer protection is Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council³⁴ (hereinafter "CRD"). Although the CRD focuses primarily on contract law, Article 6 of the CRD contains provisions on the pre-contractual information requirements provided by the trader to consumers for distance and off-premises contracts. Article 8 of the CRD further lays

²⁹ HOFFMANN, J., HERRMANN, L., KESTLER, L. Gatekeeper's Potential Privilege—the Need to Limit DMA Centralization. In *Journal of Antitrust Enforcement*. [online]. 2024, 12, 131-133. 2050-0696 [24 September 2024]. Available from: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad040>.

³⁰ FOLKERT, W., KALEDA, S. L., LOEWENTHAL, P. *The EU Digital Services Act: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2024, 195-200. 9780198892847.

³¹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj>.

³² SIBONY, A. Can EU Consumer Law Benefit From Behavioural Insights? In: MATHIS, K. Ed. *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015, 87-89. 9783319116341.

³³ CHEN, J. *Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021, 180. 9781839108297.

³⁴ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj>.

down formal requirements for distance contracts.³⁵ Therefore, traders making use of OBA have to ensure that consumers are informed in a clear and comprehensible manner about all aspects of the purchase.³⁶ The obligation for traders to inform consumers thus includes information on the way in which their offers have been personalised. However, such legislation also includes, for example, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)³⁷, which regulates the clear identification of commercial communications (transparency) or does not require commercial communications (spam); or Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising³⁸, which sets out the definition of misleading and comparative advertising and establishes the conditions under which comparative advertising is permitted (the conditions for comparative advertising can be applied to comparative advertising of services or products).

To conclude this chapter, it can be summarised that the legislation that can be applied to OBA is quite broad and can be divided into several areas of regulation. The above developments and the list of applicable legislation is far from exhaustive and a whole range of other legislation can be found relating to the area examined in this paper. The author therefore only mentions above those legal provisions which she considers to be important in relation to the practical part of the paper.

2. SIGNIFICANT CASE LAW OF THE CJEU ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AND ADVERTISING

As a practical part of the paper, the author has chosen a search of legal case law dealing with OBA in connection with personal data protection, competition protection and consumer protection. Below, the author provides an overview of important recent decisions of the CJEU from 2019 to the present, as the author wants to reflect the current case law of the courts, in chronological order.

The first case to which the author refers is the judgment of the CJEU in *Fashion ID GmbH & Co.KG v Verbraucherzentrale NRW eV*.³⁹, which dealt with the issue

³⁵ KÄSTLE-LAMPARTER, D. Pre-contractual Information Duties. In: JANSEN, N., ZIMMERMANN, R. Eds. *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2018, 465-472. 9780198790693.

³⁶ ZARD, L., SEARS, A. Targeted Advertising and Consumer Protection Law in the European Union. In *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*. [online]. 2023, 56(3), 799-852. 0090-2594 [17 September 2024]. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4249743.

³⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.

³⁸ Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj>.

³⁹ Judgment of the Court of Justice of 29 July 2019. *Fashion ID GmbH & Co.KG v Verbraucherzentrale NRW eV*. Case C-40/17. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0040>.

of providers of social plug-ins and the integration of these providers' plug-ins into the operator's website. The judgment thus clarified that the providers of social modules are joint controllers of the personal data of the users concerned with the website operator.⁴⁰ In the context of consumer protection, this judgment thus increases the transparency of the processing of personal data and introduces greater control over the personal data collected.

Another important case law is the CJEU judgment *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v Planet49 GmbH*⁴¹. This judgment dealt with the concept of consent of the data subject, its granting by means of cookies and the scope of the mandatory information that must be communicated to the users concerned before giving their consent to the subsequent processing of their personal data.⁴² According to this decision, the consent of the users concerned is not given if the consent box is pre-ticked. In other words, the consent of the user concerned is not granted if the user has to untick the box (untick it) in order not to grant it.⁴³ The conduct described in the judgment is therefore also an unfair commercial practice, which falls within the field of consumer protection. In particular, the aim is to protect users against the risk of hidden identifiers or other similar tools penetrating the end-user's device.

In CJEU judgment in *Google LLC, successor in law to Google Inc. v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*⁴⁴, the CJEU addressed the issue of the display of search engine results with links to personal data. In this dispute, the company invoked the right to be forgotten for all domain names, but Google only partially complied with this right, and only in one EU Member State.⁴⁵ The CJEU held “that operator is not required to carry out that de-referencing on all versions of its search engine, but on the versions of that search engine corresponding to all the Member States, using, where necessary, measures which, while meeting the legal requirements, effectively prevent or, at the very least, seriously discourage an internet user conducting a search from one of the Member States on the basis of a data subject’s name from gaining access, via the list of results displayed following that search, to the links which are the subject of that request”. In this judgment, it

⁴⁰ O'DOHERTY, M. *Internet Law*. Dublin: Bloomsbury Publishing, 2020, 207-208. 9781526508010.

⁴¹ Judgment of the Court of Justice of 1 October 2019. *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v Planet49 GmbH*. Case C-673/17. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0673>.

⁴² WIEDEMANN, K. The ECJ's Decision in “Planet49” (Case C-673/17): A Cookie Monster or Much Ado About Nothing?. In *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*. online]. 2020, 51, 543-553. 2195-0237 [11 September 2024]. Available from: 10.1007/s40319-020-00927-w.

⁴³ SURBLYTĖ-NAMAVIČIENĖ, G. *Competition and Regulation in the Data Economy: Does Artificial Intelligence Demand a New Balance?*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 252. 9781788116640.

⁴⁴ Judgment of the Court of Justice of 24 September 2019. *Google LLC, successor in law to Google Inc. v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*. Case C-507/17. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0507>.

⁴⁵ ASENSIO, P. *Conflict of Laws and the Internet*. 2. edition. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2024, 123. 9781035315130.

can be seen that the CJEU has balanced the right to privacy and data protection, on the one hand, with the right to information and freedom of expression, on the other. The protection of EU consumers can be seen in the right to exercise their right to be forgotten (within the EU), although this information remains accessible elsewhere (outside the EU).

In the case law of the CJEU, namely the Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximillian Schrems⁴⁶, the CJEU dealt with the transfer of personal data from the EU to the US, finding both the level of protection of personal data and the mechanisms ensuring such protection to be insufficient⁴⁷. According to that judgment, the level of protection of personal data provided to another economic operator established in a third country should therefore be in principle equivalent to the level of protection guaranteed in the EU. Consumer protection has been strengthened in particular by the fact that EU data protection legislation must be largely maintained even if the personal data of the users concerned are also transferred and subsequently processed in third countries.

Following judgment of the CJEU Orange Romania SA v Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)⁴⁸, the CJEU ruled that the personal data controller bears the burden of proof to prove that the user concerned was duly informed about the granting of his consent to the processing of personal data and that he gave this consent by his active action.⁴⁹ The data subjects' consent shall not be deemed to have been validly given if the consent has already been pre-ticked by the controller before the contract is signed. The consent of the users concerned, who have been misled by the fact that by refusing to give their consent to the processing of their data they will not be able to conclude the contract in question, is also invalid. The controller shall inform the data subjects of any change to the data subjects' consent to the processing of their personal data. The author sees consumer protection in this judgement primarily in the fact that consent to the processing of personal data cannot be pre-empted in contractual terms, made conditional on the conclusion of a main contract or obtained through fraudulent actions by the controller.

⁴⁶ Judgment of the Court of Justice of 16 July 2020. Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximillian Schrems. Case C-311/18. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0311>.

⁴⁷ SANDFUCHS, B. The Future of Data Transfers to Third Countries in Light of the CJEU's Judgment C-311/18 – Schrems II. In *GRUR International*. [online]. 2021, 70(3), 245-249. 2632-8550 [5 September 2024]. Available from: <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa204>.

⁴⁸ Judgment of the Court of Justice of 11 November 2020. Orange Romania SA v Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP). Case C-61/19. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0061>.

⁴⁹ NIŠEVIĆ, M., SEARS, A., FOSCH-VILLARONGA, E., CUSTERS, B. Understanding the Legal Bases for Automated Decision-Making Under the GDPR. In: KOSTA, E., LEENES, R. Eds. *Research Handbook on EU Data Protection Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2022, 446. 9781800371675.

The CJEU judgment in *Facebook Ireland Ltd and Others v Gegevensbeschermingsautoriteit*⁵⁰ dealt with the cooperation of supervisory authorities in the cross-border processing of personal data. The national supervisory authorities for personal data protection may, under certain (emergency) conditions, initiate proceedings against companies even if they are not the lead supervisory authority under the “one-stop-shop” mechanism of the GDPR.⁵¹ The judgment thus ensured, from a consumer protection point of view, that consumers could seek redress through the supervisory authorities. This is particularly the case for companies that are primarily established in other EU Member States.

According to the judgment of the CJEU *TU, RE v Google LLC*⁵², the operator of an internet search engine is obliged to remove the reference to the information from the search results made on the basis of their names. However, the internet search engine operator shall comply with that obligation if the applicant demonstrates to them that such information is manifestly untrue. However, such evidence of the applicant may not result from a judicial decision issued against the website operator.⁵³ From the point of view of consumer protection, this judgment provides an opportunity for consumers or users concerned to challenge false personal data displayed in search results. If the user concerned requests the removal of a reference to false information, they must provide sufficient evidence capable of supporting their request and the burden of proof is thus borne by the user. Where the request of the users concerned contains sufficient evidence, the search engine operator shall comply with such requests.

These examples of the case law of the CJEU provide an interpretation of EU data protection law, often with direct implications for the OBA. However, the above list of judgments of the CJEU is not exhaustive. In analysing these cases, the author focuses on how key concepts (consent, personal data and controller liability) are interpreted, their impact on the practical implementation of data protection principles, how commercial interests are balanced against individual rights, and their impact on consumer protection.

This list covers a number of important issues in the area of personal data protection and OBA, ranging from the mechanisms of consent of the users concerned to the scope of personal data processed and the responsibilities of the controllers. Each case provides valuable insights into how EU law is interpreted and applied in these areas. The author has also drawn up her own table summarising the abovementioned case law of the CJEU:

⁵⁰ Judgment of the Court of Justice of 15 June 2021. *Facebook Ireland Ltd and Others v Gegevensbeschermingsautoriteit*. Case C-645/19. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0645>.

⁵¹ CALSTER, G. *European Private International Law: Commercial Litigation in the EU*. 4. edition. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2024, 133. 9781509970919.

⁵² Judgment of the Court of Justice of 8 December 2022. *TU, RE v Google LLC*. Case C-460/20. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62020CA0460>.

⁵³ ULGEN, O. Introductory Note to Case C-460/20, *TU, RE V. Google LLC (C.J.E.U.)*. In *International Legal Materials*. [online]. 2023, 62(6), 1062-1065. 1930-6571 [11 September 2024]. Available from: <https://doi.org/10.1017/ilm.2023.31>.

CASE	ISSUE	AREA OF PROTECTION	ARTICLES
Case C-40/17	Operator of a website who has embedded on that website a social plugin that allows the personal data of a visitor to that website to be transferred to the provider of that plugin	Personal data protection	Article 2(d) and 2(h), Article 7(a) and 7(f), Article 10, Articles 22 to 24 Directive on the protection of personal data
Case C-673/17	Declaration of consent by means of a pre-ticked checkbox	Personal data protection	Article 2(f) and Article 5(3) ePrivacy Directive Article 2(h) Directive on the protection of personal data Article 4(11) and Article 6(1)(a) GDPR
Case C-507/17	Rule on the geographical scope of application of the right to be forgotten	Personal data protection	Article 12(b) and Article 14(1)(a) of Directive on the protection of personal data Article 17(1) GDPR
Case C-61/19	Refusal of the collection and storage of personal data by completing an additional refusal form	Personal data protection	Article 2(h) and Article 7(a) Directive on the protection of personal data Article 4(11) and Article 6(1)(a) GDPR
Case C-311/18	Validity of data transfer mechanisms between the EU and third countries, particularly the US	Personal data protection	Article 2(1) and (2), Article 45(2), Article 46(1) and Article 46(2)(c), Article 58(2)(f) and (j) GDPR Articles 7, 8 and 47 of the Charter of Fundamental

			Rights of the European Union
Case C-645/19	National data protection authorities act against companies operating across multiple EU member states	Personal data protection	Article 55(1), Articles 56 to 58 and Articles 60 to 66 GDPR Articles 7, 8 and 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union
Case C-460/20	Request for de-referencing of the search engine	Personal data protection	Article 12(b) and Article 14 (1)(a) Directive on the protection of personal data Article 17(3)(a) GDPR Articles 7, Article 8 and Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

3. POSSIBLE PRACTICAL CONSEQUENCES FOR TRADERS ARISING FROM A SELECTION OF THE CASE LAW OF THE CJEU

Following judgment of the CJEU in Case C-40/17 “*in the first place, website operators should clarify which social plug-ins they actually use and include information on the plug-ins used in their personal data processing policies. The principles for processing personal data should then be easily accessible to website visitors (e.g. in the footer of the website)*”.⁵⁴ On the contrary, the judgment of the CJEU in Case C-673/17 seeks to force companies to review and, if necessary, revise their existing consent mechanisms for the use of cookies to process users' personal data in such a way that the consent of the users concerned is informed before it is given and that any checkbox for its granting is not pre-ticked by the user concerned.

The judgment of the CJEU in Case C-311/18 abolished the EU-US Privacy Shield framework, which many companies relied on for transatlantic data transfers.

⁵⁴ KANDRÁČ, M., SMETANA, V. Plug-in či neplug-in, toť otázka, aneb sociální plug-iny ve světle rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci Fashion ID. [online]. 2019. 2336-4114 [3 September 2024]. Available from: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/pravo-it/plug-in-ci-neplug-in-tot-otazka-aneb-socialni-plug-iny-ve-svetle-rozhodnuti-soudniho-dvora-evropske-unie-ve-veci-fashion-id>.

Although the judgment upheld the validity of the standard contractual clauses, it required further safeguards and consideration for their future application. Companies, as controllers, who transfer personal data to third countries thus have a greater responsibility to verify the level of protection in the recipient country. In practice, the level of protection of personal data in the recipient country should roughly correspond to the level of protection of personal data guaranteed by EU law. Given that companies are obliged to carry out a thorough assessment of the data protection laws of third countries to which they provide personal data, this can potentially increase costs for companies and complicate the global provision of personal data under the OBA. Finally, this may limit the ability of some OBA to continue to provide personal data to third countries and to process personal data only within the EU.

In judgment Case C-507/17 the CJEU ruled that search engine operators are not obliged to carry out de-listing of all versions of their search engine worldwide but must comply with the right to be forgotten on the internet in all EU Member States. Such a move would prevent the EU users concerned from accessing, and even preventing them from accessing, the discarded search results also through search engines from non-EU versions. This ruling is particularly crucial for companies involved in cross-border OBA and personal data processing, as it highlights the challenges of applying data protection legislation in a globally connected digital environment. The judgment of the CJEU in Case C-61/19 emphasises the need to provide detailed information to the controller prior to the granting of consent by the user concerned. In practice, this may mean for companies that OBA professionals are more specific about the types of personal data collected and the way they use it. Given that the consent of the users concerned must be withdrawn as easily as it is given, some companies need to change the design of user interfaces for the management of the consents given by the users concerned. Judgment C-645/19 of the CJEU makes it more difficult for companies processing users' personal data and operating in several EU Member States to comply with EU law, as they may face enforcement action from different supervisory authorities. The ruling thus potentially increases the regulatory burden on companies, but also strengthens the rights of data subjects across the EU.

Judgment C-460/20 of the CJEU may significantly affect the way in which the requests of the users concerned are handled by the companies processing the personal data of those users. By means of that request, the users concerned may request the deletion of personal data related to the search results. This judgment emphasises that data processing companies and OBAs must take care of the rights of the users concerned and the accuracy of the information they process or make available about those users.

CONCLUSION

There is a growing body of opinion, including literature, on the urgent need for dynamic regulatory approaches to keep pace with the rapid evolution of digital advertising technologies. The author therefore takes the view that the constant

updating of EU law in order to deal with emerging problems is necessary, but very complicated. This is mainly due to the lengthy process of preparing and adopting new legislation compared to rapidly evolving technologies.

OBA appears in the EU legislation as early as the beginning of the 21st century, with the author dividing this legislation into four possible groups in the paper. The first group on which the OBA legislation is based in the area of primary law, i.e. the protection of human rights. The second set of EU law is the evolution of secondary law legislation governing the protection of personal data. The third group of EU secondary legislation is the current consumer protection legislation. Finally, the fourth group of EU secondary legislation consists of current competition law.

In the meantime, a number of self-regulatory guidelines have also emerged in the development of OBA legislation, which, although not binding legislation, represented an important step in the development of OBA practices in EU law. Since 2008, the European Advertising Standards Alliance (hereinafter “EASA”), a non-profit organisation promoting ethical standards, has published a document together with the Interactive Advertising Bureau Europe (hereinafter “IAB Europe”) called the Best Practice Recommendation on OBA (hereinafter “BPR”)⁵⁵. EASA, together with IAB Europe, has therefore provided the following guidance on the key points in the OBA area, namely:

- a) a clear and visible indication of the collection of the data of the users concerned for the purposes of OBA;
- b) an easy mechanism to opt-out the users concerned from the collection and processing of data for the purposes of OBA;
- c) the concept of an 'Ad Choices' icon to be displayed on or near the OBA;
- d) the establishment of guidelines for the secure storage and processing of data collected for the purposes of OBA;
- e) restrictions on OBA specifically targeting children or using sensitive categories of personal data;
- f) consumer complaints are handled by national self-regulatory organisations;
- g) education of consumers and businesses on OBA.

These guidelines and their updated versions have influenced subsequent regulatory discussions and procedures in the field of OBA.⁵⁶ In 2012, the European Alliance for Interactive Digital Advertising (hereinafter “EDAA”) was established and took over the management of the OBA self-regulatory programme, which was further developed alongside formal EU legislation.⁵⁷ The question remains whether those guidelines did not provide sufficient protection in the area of consumer privacy.

⁵⁵ European Advertising Standards Alliance. *EASA Best Practise Recommendation on Online Behavioural Advertising* [online]. Brussels, 2021, 1-47 [accessed on 30 August 2024]. In [easa-alliance.org](https://www.easa-alliance.org). Available from: <https://www.easa-alliance.org/wp-content/uploads/2022/04/EASA-Best-Practice-Recommendation-on-OBA-2021.pdf>.

⁵⁶ WILKS, J., MARSHALL, L. Privacy and data protection. In: LINDSAY, R. Ed. *Ad Law: The Essential Guide to Advertising Law and Regulation*. London: Kogan Page Limited, 2016, 109-123. 9780749472894.

⁵⁷ MCKEAN, J. *Customer's New Voice: Extreme Relevancy and Experience Through Volunteered Customer Information*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2015, 270. 9781119002321.

EU legislation is thus clearly lacking in time to respond adequately to the current dynamic changes in OBA, but there are efforts by legislators to reflect these trends. An example of such efforts is the ePrivacy Regulation, which is still being negotiated between the European Commission, the European Parliament and the European Council. Although the European Commission's Proposal was issued as early as 2017, a final decision on the Regulation has not yet been taken in 2024.⁵⁸ Looking at the evolution of the OBA legislative process in general, it is clear that the EU's efforts to legislate OBA are part of a broader attempt to create a digital ecosystem that respects the privacy of the users concerned, promotes fair competition and seeks to build greater trust in online interaction.

The search for recent selected judgments of the CJEU from 2019 to the present reflects the evolving law of EU law in the field of OBA. The analysis highlights the indispensable role of the EU judiciary and case law in shaping the legal environment and addressing the new challenges posed by digital technologies. The author considers the above list of selected case law to be sufficient, but, owing to the lack of rapidity of the case law, the author cannot sufficiently reflect the current issues arising on the subject, since the proceedings are ongoing and are not final, thus binding on the practice of the parties concerned. For each case selected, the author examined the main issue of the case, tried to identify the consumer protection context, produced a summary table of each case selected, and in a subsequent chapter considered the impact of these judgments on companies (traders). In general, the Planet49 case has set an important precedent for cookie consent. The Fashion ID and Facebook Ireland cases clarified the issues of the joint controller and cross-border enforcement. The Schrems II decision, although not directly affecting the OBA, has important implications for international data transfers. The Orange Romania SA case clarified the burden of proof for obtaining valid consent to the processing of personal data of the users concerned. In Facebook Ireland Ltd and others v. Gegevensbeschermingsautoriteit, the court allowed national supervisory authorities to initiate proceedings against companies in certain exceptional cases, even if they are not the lead authority under the GDPR's "one-stop shop" mechanism. Finally, the case TU, RE v. Google LLC obliged search engine operators to remove links to manifestly false information at the request of the user concerned, provided that sufficient evidence of the falsity of the data is provided.

There are currently many pending CJEU cases, such as Meta Platforms and Others, SCHUFA Holding, UI v Österreichische Post AG, VK, which could significantly influence the future development of OBA jurisprudence.

The use of the search results identified by the CJEU case law for traders in this paper can generally be summarised as the topics of cookies and privacy being important issues concerning website operators. In order to ensure compliance with EU legislation, it is necessary to keep up-to-date legislation and regularly update the

⁵⁸ European Commission. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council: concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC*. [online]. Brussels, January 2017, 1-34 [accessed on 30 August 2024]. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010>.

Cookies Policy in line with the latest EU requirements and legislation. The key for traders is to have a properly implemented cookies sheet. This sheet must be correct both technically and in terms of content (text). It is also important that business operators take into account the risks associated with the cross-border processing or transfer of personal data, i.e. that they are fully aware of the risks associated with the processing of personal data in more than one place in the EU Member States and outside the EU.

REFERENCES

BOOKS

1. ASENSIO, P. *Conflict of Laws and the Internet*. 2. edition. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2024, 560. 9781035315130.
2. CALSTER, G. *European Private International Law: Commercial Litigation in the EU*. 4. edition. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2024, 467. 9781509970919.
3. CHEN, J. *Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021, 221. 9781839108297.
4. FOLKERT, W., KALEDA, S. L., LOEWENTHAL, P. *The EU Digital Services Act: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2024, 567. 9780198892847.
5. JANOUC, V. *Internetový marketing*. 2. edition. Brno: Computer Press, 2014, 375. 9788025143117.
6. KAZEMI, R. *General Data Protection Regulation (GDPR)*. Hamburg: tredition, 2018, 712. 9783746947648.
7. MCKEAN, J. *Customer's New Voice: Extreme Relevancy and Experience Through Volunteered Customer Information*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2015, 352. 9781119002321.
8. MCSTAY, A. *The Mood of Information A Critique of Online Behavioural Advertising*. New York: The Continuum International Publishing Group, 2011, 193. 9781441176141.
9. O'DOHERTY, M. *Internet Law*. Dublin: Bloomsbury Publishing, 2020, 1115. 9781526508010.
10. SURBLYTĖ-NAMAVIČIENĖ, G. *Competition and Regulation in the Data Economy: Does Artificial Intelligence Demand a New Balance?*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 285. 9781788116640.

CHAPTER IN THE BOOK AND CONFERENCE PAPERS

11. BURNS, O. Social Media and Data Privacy. In: TAAL, A. Ed. *The GDPR Challenge: Privacy, Technology, and Compliance in an Age of Accelerating Change*. Boca Raton: CRC Press, 2022, 67-86. 9780367257262.
12. GALLI, F. Online Behavioural Advertising and Unfair Manipulation Between the GDPR and the UCPD. In: EBERS, M., GAMITO, C. M. Eds. *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms: Legal and Ethical Challenges*. 2021, 109-137. 9783030505592.

13. GALLI, F., SARTOR, G. The Mismatch Between GDPR and Behavioural Advertising: What Way Forward. In: EBERS, M., SEIN, K. Eds. *Privacy, Data Protection and Data-driven Technologies*. London: Routledge, 2024, 283-324. 9781003502791.
 14. JAKOBSEN, S. EU Internet Law in the Era of Convergence and Digital Platforms: The Interplay with EU Telecoms and Media Law. In: SAVIN, A., TRZASKOWSKI, J. Eds. *Research Handbook on EU Internet Law*. 2nd edition. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2023, 46-63. 9781803920870.
 15. KÄSTLE-LAMPARTER, D. Pre-contractual Information Duties. In: JANSEN, N., ZIMMERMANN, R. Eds. *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2018, 383-505. 9780198790693.
 16. MANTELERO, A., ESPOSITO, M. S. An Evidence-based Methodology for Human Rights Impact Assessment (HRIA) in the Development of AI Data-intensive Systems. In: RESTA, G., ZENO-ZENCOVICH, V. Eds. *Governance of/Through Big Data: Volume I*. Rome: Roma TrE-Press, 2023, 33-107. 9791259771735.
 17. NIŠEVIĆ, M., SEARS, A., FOSCH-VILLARONGA, E., CUSTERS, B. Understanding the Legal Bases for Automated Decision-Making Under the GDPR. In: KOSTA, E., LEENES, R. Eds. *Research Handbook on EU Data Protection Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2022, 435-455. 9781800371675.
 18. MARKOU, Ch. Behavioural Advertising and the New “EU Cookie Law“ as a Victim of Business Resistance and a Lack of Official Determination. In: GUTWIRTH, S., LEENES, R., DE HERT, P. Eds. *Data Protection on the Move: Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection*. Tilburg: Springer Science, 2016, 213-249. 9789401773751.
 19. PURNHAGEN, K. Why Do We Need Responsive Regulation and Behavioural Research in EU Internal Market Law?. In: MATHIS, K. Ed. *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015, 51-71. 9783319116341.
 20. SAVIRIMUTHU, J. The GDPR, AI and the NHS Code of Conduct for Data-Driven Health and Care Technology. In: TZANOU, M. Ed. *Health Data Privacy under the GDPR: Big Data Challenges and Regulatory Responses*. Oxon: Routledge, 2021, 133-157. 9780367077143.
 21. SIBONY, A. Can EU Consumer Law Benefit From Behavioural Insights?. In: MATHIS, K. Ed. *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015, 71-107. 9783319116341.
 22. WILKS, J., MARSHALL, L. Privacy and data protection. In: LINDSAY, R. Ed. *Ad Law: The Essential Guide to Advertising Law and Regulation*. London: Kogan Page Limited, 2016, 106-123. 9780749472894.
- ELECTRONIC ARTICLES**
23. BEBNADZE, K. Modern Tendencies in the Use of Internet Advertising. In *International scientific journal – Grail of Science*. [online]. 2024, 38, 52-58. 2710-3056 [24 September 2024]. Available from: <http://dx.doi.org/10.36074/>

- grail-of-science.12.04.2024.006.
24. HOFFMANN, J., HERRMANN, L., KESTLER, L. Gatekeeper's Potential Privilege—the Need to Limit DMA Centralization. In *Journal of Antitrust Enforcement*. [online]. 2024, 12, 124-147. 2050-0696 [24 September 2024]. Available from: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad040>.
 25. KANDRÁČ, M., SMETANA, V. Plug-in či neplug-in, toť otázka, aneb sociální plug-iny ve světle rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci Fashion ID. [online]. 2019. 2336-4114 [3 September 2024]. Available from: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/pravo-it/plug-in-ci-neplug-in-tot-otazka-aneb-socialni-plug-iny-ve-svetle-rozhodnuti-soudniho-dvora-evropske-unie-ve-veci-fashion-id>.
 26. SANDFUCHS, B. The Future of Data Transfers to Third Countries in Light of the CJEU's Judgment C-311/18 – Schrems II. In *GRUR International*. [online]. 2021, 70(3), 245-249. 2632-8550 [5 September 2024]. Available from: <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa204>.
 27. SCHÄFERLING, S. Governmental Automated Decision-Making and Human Rights. In *Springer Nature Switzerland AG*. [online]. 2023, 62, 3-301. 2352-1902 [11 September 2024]. Available from: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-48125-3>.
 28. ULGEN, O. Introductory Note to Case C-460/20, TU, RE V. Google LLC (C.J.E.U.). In *International Legal Materials*. [online]. 2023, 62(6), 1062-1083. 1930-6571 [11 September 2024]. Available from: <https://doi.org/10.1017/ilm.2023.31>.
 29. WIEDEMANN, K. The ECJ's Decision in "Planet49" (Case C-673/17): A Cookie Monster or Much Ado About Nothing?. In *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*. [online]. 2020, 51, 543-553. 2195-0237 [11 September 2024]. Available from: [10.1007/s40319-020-00927-w](https://doi.org/10.1007/s40319-020-00927-w).
 30. ZARD, L., SEARS, A. Targeted Advertising and Consumer Protection Law in the European Union. In *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*. [online]. 2023, 56(3), 799-852. 0090-2594 [17 September 2024]. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4249743.

ELECTRONIC SOURCES

31. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. [online]. Brussels, 2010, 3-24. [accessed on 26 September 2024]. In [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf). Available from: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf.
32. European Advertising Standards Alliance. *EASA Best Practise Recommendation on Online Behavioural Advertising* [online]. Brussels, June 2021, 1-47 [accessed on 30 August 2024]. In [easa-alliance.org](https://www.easa-alliance.org). Available from: <https://www.easa-alliance.org/wp-content/uploads/2022/04/EASA-Best-Practice-Recommendation-on-OBA-2021.pdf>.
33. European Commission. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council: concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC*. [online]. Brussels, January 2017, 1-34 [accessed on 30 August 2024].

- 2024]. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010>.
34. Office of the Privacy Commissioner of Canada. *Online Behavioural Advertising (OBA) Follow Up Research Project: A report prepared by the Technology Analysis Branch of the Office of the Privacy Commissioner of Canada* [online]. Gatineau, June 2015 [accessed on 27 August 2024]. In priv.gc.ca. Available from: https://www.priv.gc.ca/media/1802/oba_201506_e.pdf.
- COURT OF JUSTICE OF THE EU**
35. Judgment of the Court of Justice of 13 May 2014. Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. Case C-131/12. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>.
36. Judgment of the Court of Justice of 6 October 2015. Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner. Case C-362/14. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0362>.
37. Judgment of the Court of Justice of 29 July 2019. Fashion ID GmbH & Co. KG v Verbraucherzentrale NRW eV. Case C-40/17. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0040>.
38. Judgment of the Court of Justice of 24 September 2019. Google LLC, successor in law to Google Inc. v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Case C-507/17. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0507>.
39. Judgment of the Court of Justice of 1 October 2019. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v Planet49 GmbH. Case C-673/17. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0673>.
40. Judgment of the Court of Justice of 16 July 2020. Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems. Case C-311/18. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0311>.
41. Judgment of the Court of Justice of 11 November 2020. Orange Romania SA v Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP). Case C-61/19. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0061>.
42. Judgment of the Court of Justice of 15 June 2021. Facebook Ireland Ltd and Others v Gegevensbeschermingsautoriteit. Case C-645/19. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0645>.
43. Judgment of the Court of Justice of 24 March 2022. X and Z v Autoriteit Persoonsgegevens. Case C-245/20. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62020CJ0245>.

44. Judgment of the Court of Justice of 8 December 2022. TU, RE v Google LLC. Case C- 460/20. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62020CA0460>.

LEGAL ACTS

45. Act No. 40/1995 Coll., on the regulation of advertising and on amending and supplementing Act No. 468/1991 Coll., on the operation of radio and television broadcasting, as amended.
46. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>.
47. Charter of Fundamental Rights Of The European Union 2012/C 326/02 (Official Journal of the European Union C 326/391) [online]. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>.
48. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.
49. Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/58/oj>.
50. Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj>.
51. Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj>.
52. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj>.
53. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC [online]. In EUR-Lex. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

54. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>.
55. Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC [online]. In EUR-Lex. Available from: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>.

CONTACT INFORMATION

mikm39@vse.cz

University of Economics and Business Prague, Faculty of

International Relations

nám. W. Churchilla 1938/4

130 67 Praha 3 – Žižkov

Czech Republic

Dominik Mizerski¹

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

Exceptions to the related party transactions regime – critical remarks

Abstract

The purpose of this article is to analyse the existing exemptions from the obligations of the related party transactions regime regulated by the provisions of the Act on Public Offering². The considerations covered by the paper prove that the exemptions currently in force impose a disproportionate burden on companies resulting from this regime and may adversely affect the safety of trading. Based on the analysis, the author presents postulates regarding the proposed changes to the existing exemptions.

Key words: related party transaction, groups of companies, company's interest, group of companies.

JEL Classification: K15, K20, K22

INTRODUCTION

The main objective of the related party transactions regime, established under provisions of the Directive (EU) 2017/828³ of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017, is to create instruments against related party transactions that are detrimental to the interests of companies and shareholders (Recital 42 of Directive 2017/828).

This regime does not apply to all related party transactions, but only to those whose value exceeds the materiality threshold set by Member States of the European Union (Art. 9c sec. 1 of Directive 2017/828). For transactions qualified as material, Member States are required to impose obligations on companies to publish information on the conclusion of a material transaction (Article 9c sec. 2 Directive 2017/828) and to require the approval of the general meeting or the administrative

¹ Dominik Mizerski, PhD Candidate at the University of Silesia in Katowice, Member of the Research Team of Economic and Commercial Law.

² Act of 29 July 2005 on public offering and the conditions governing the introduction of financial instruments to the organized trading system and public companies (Official Journal of Laws of Republic of Poland 2024.620, as amended), hereinafter abbreviated as the Act on Public Offering.

³ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017, amending Directive 2007/36/EC in the encouragement of long-term shareholder engagement (Official Journal of the European Union L 132/2017,1), hereinafter abbreviated as Directive 2017/828.

or supervisory body for a listed company to conclude a material transaction with a related party (Art. 9c sec. 4 Directive 2017/828). Optionally, Member States may provide that the announcement containing information on the transaction to be entered into must be accompanied by a report assessing whether the transaction is fair and reasonable from the point of view of the company and the non-affiliated shareholders, including minority shareholders, and explaining the assumptions on which it is based and the methods used (Art. 9c sec. 3 Directive 2017/828)⁴. These measures address the most significant risk arising from the conclusion of related party transactions, which is the lack of transparency, which has been repeatedly described in various acts adopted by the European Commission⁵.

The provisions of Directive 2017/828 provide for the possibility of establishing exceptions to this regime. However, the scope of the exceptions depends on the decision of the Member States. The purpose of this article is to present the scope of the exceptions to this regime adopted in the provisions of the Act on Public Offering. The considerations covered by the article are intended to prove that the scope of exceptions adopted in the Polish legal system results in a disproportionate burden on companies with regard to the obligations arising from the related party transactions regime.

1. EXCEPTIONS TO THE RELATED PARTY TRANSACTION REGIME IN THE PROVISIONS OF THE DIRECTIVE 2017/828

The provisions of the Directive 2017/828 provide for two groups of exemptions from the obligations imposed by the related party regime⁶. The exceptions to the related party transactions regime constitute a balance between, on the one hand, the need to ensure that the interests of the company and non-related party shareholders are properly protected and, on the other hand, necessity to avoid imposing a disproportionate burden on listed companies arising from the related party transactions regime.

The first group covers transactions entered into in the ordinary course of business and under normal market conditions (Art. 9c sec. 5 Directive 2017/828). For such transactions, the administrative or supervisory body of the listed company shall establish an internal procedure to periodically assess whether these conditions are met. This procedure must be conducted on a periodic basis and is therefore supposed

⁴ See more on obligations related to the related party transaction regime: WAJDA, D., *Transakcje spółki kapitałowej z jej udziałowcami i funkcjonariuszami – uwagi na tle dyrektywy 2017/828*, *Monitor Prawniczy*, 2018, No. 1, pp. 24-26.

⁵ REYNISSON, K. M., *Related Party Transaction: Analysis of Proposed Art. 9c of Shareholders' Right Directive*, *European Company Law*, 2016, Vol. 13, No. 5, p. 177.

⁶ FLORSTEDT, T., *Harmonising Shareholder Protection Laws for Related Party Transactions – Art. 9c of the Shareholder Right Directive as the Nucleus of European Group Law*, *European Company and Financial Law Review* 2022, Vol. 19, Issue 5, pp. 715-720; MOSKAŁA, P., *Zatwierdzenie transakcji wewnątrzgrupowych w zmienionej dyrektywie 2007/36/WE – perspektywy implementacji*, *Przegląd Prawa Handlowego*, 2018, No. 1, pp. 26-29.

to operate only as an ex post and aggregate procedural safeguard⁷. The considered exception is not absolute. Member States may decide not to apply this exemption and that the conclusion of such transactions are subject to the obligation under related party regime (Art. 9c sec. 5 Directive 2017/828).

The second group of exemptions is optional. Member States may also exempt or allow companies in their internal statutes (articles of association) to exempt, the following transactions from the obligations of the related party regime: (i) transactions entered into between the listed company with: (a) wholly owned subsidiaries; (b) its subsidiaries, when no other related party of the company has an interest in the subsidiary undertaking; and (c) its subsidiaries, when national law provides for adequate protection of the interests of the company, of the subsidiary and of their shareholders who are not a related party, including minority shareholders (Art. 9c sec. 6(a) Directive 2017/828), (ii) clearly defined types of transactions for which national law requires approval by the general meeting, provided that fair treatment of all shareholders and the interests of the company and of the shareholders who are not a related party, including minority shareholders, are specifically addressed and adequately protected in such provisions of law (Art. 9c sec. 6(b) Directive 2017/828), (iii) transactions regarding remuneration of directors, or certain elements of remuneration of directors, awarded or due in accordance with the remuneration policy (Art. 9c sec. 6(c) Directive 2017/828), (iv) transactions entered into by credit institutions based on measures, aiming at safeguarding their stability, adopted by the competent authority in charge of the prudential supervision within the meaning of Union law (Art. 9c sec. 6(d) Directive 2017/828) and (v) transactions offered to all shareholders on the same terms where equal treatment of all shareholders and protection of the interests of the company is ensured (Art. 9c sec. 6(e) Directive 2017/828)⁸.

2. EXCEPTIONS TO THE RELATED PARTY TRANSACTION REGIME IN THE PROVISIONS OF THE ACT ON PUBLIC OFFERING

The scope of exemptions under the Act on Public Offering compared to the possible exceptions under the provisions of Directive 2017/828 is limited. The Polish legislator has adopted only three exceptions to the obligations imposed by the related party transactions regime. Exceptions other than those listed below may not be introduced based on provisions of company's articles of association. Such provisions of articles of association extending the scope of the exceptions would be null and void (Art. 58 CC⁹ in conjunction with Art. 2 CCC¹⁰).

⁷ BIANCHI, M., MILIĆ M., (in:) *The Shareholder Rights Directive II. A Commentary*, H. S. Birkmose, K. Sergakis (eds.), Edward Elgar Publishing, 2021, p. 312.

⁸ See more: LIEDER J., BIALLUCH M., (in:) *European Corporate Law. Article-by-Article Commentary*, P. Kindler, J. Lieder (eds.), Bloomsbury Publishing 2021, pp. 956-958.

⁹ Act of 23 April 1964 – Civil Code (Official Journal of Laws of Republic of Poland 2023.1610 as amended)

¹⁰ Act of 15 September 2000 Code of Commercial Companies (Official Journal of Laws of Republic of Poland 2024.18, as amended), hereinafter abbreviated as CCC or Commercial Companies Code

The exceptions in question should be interpreted strictly. In this respect, the prohibition of broad interpretation (*exceptiones non sunt extendendae*) applies¹¹. The qualification as to whether one of the exceptions applies to a given transaction is made by the management board and, consequently, members of this body, in principle, bear responsibility for the conclusion of a transaction that they have mistakenly qualified by them as an exception to the related party transaction regime.

2.1. Transactions concluded on market conditions in the ordinary course of the company's business

The legal basis for the exclusion of the obligations of the related party transaction regime with regard to the transactions under consideration is the provision of Art. 90j sec. 1.1 of the Act on Public Offering. The conclusion of a transaction under the conditions stipulated by this provision does not create a risk of infringement of the interests of the company and its shareholders who are not related parties due to the equivalence of the benefits of the parties involved in the transaction and its typical nature. With regard to these transactions, the supervisory board is required to develop a procedure for periodically assessing whether the transactions meet the conditions envisaged (Art. 90j sec. 2 Act on Public Offering).

The terms "market conditions" and "ordinary course of business" are general clauses. Their interpretation should be based on the circumstances of the particular case. Nevertheless, it is possible to provide general explanations as to how these terms should be understood.

Market conditions are described in the literature as the conditions that would be set by independent parties in the given circumstances¹², taking into account, among other things, the economic situation and the cost of money¹³. This understanding remains close to the meaning of this term under the tax legislation. Transactions entered into in the ordinary course of business, on the other hand, should be understood as those transactions which are entered into by the company on an ongoing basis in connection with the operation of its business¹⁴. These two conditions must be met simultaneously.

The exception under consideration is in line with the purpose of this exception, which is regulated in the provision of Art. 9c sec. 5 of Directive 2017/828. Subjecting

¹¹ MOSKAŁA, P. (in:) *Prawo rynku kapitałowego*, Tom II. Komentarz, M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (eds.), Warszawa, C.H. Beck, 2023, p. 412.

¹² RODZYNKIEWICZ, M., *Kodeks spółek handlowych*, Komentarz, Warszawa, Wolters Kluwer, 2018, p. 808; OPALSKI, A., *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa, C.H. Beck, 2012, pp. 370-371.

¹³ OPALSKI, A., (in:) *Kodeks spółek handlowych*. Tom III A. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301-392, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2016, p. 862.

¹⁴ MOSKAŁA, P. (in:) *Prawo rynku kapitałowego...*, p. 414.

such transactions to the obligations of the related party regime would place a disproportionate burden on companies¹⁵.

2.2. Transactions entered into by a company with a company that is its subsidiary if the company is the sole shareholder of the company that is its subsidiary.

The legal basis for the exclusion of the obligations of the related party transactions regime with respect to the transactions under consideration is the provision of Art. 90j sec. 1.2 of the Act on Public Offering.

First of all, it should be noted that the provisions of the Act on Public Offering do not contain a definition of a subsidiary company. In this respect, it should be noted that in determining the subjective scope of this exception, the concept of a dependent company, as regulated in the provision of Art. 4 item 15 of the Act on Public Offering, should be applied in a subsidiary manner. In addition, the provisions of the Act on Public Offering allow the use of the described exemption only with regard to companies with the status of a subsidiary. These can be both domestic and foreign companies. This exemption does not apply to entities other than companies, such as associations, cooperatives and foundations¹⁶.

Secondly, only transactions with a company in which a listed company subject to the related party transaction regime holds all the shares are covered by this exemption. Participation in a company that is a subsidiary of a person holding at least one share excludes the application of the envisaged exemption.

Additionally, transactions with companies that have the status of a related party but are indirectly controlled by a listed company do not fall within the scope of the considered exception¹⁷. This means, therefore, that the conclusion of a material transaction between a listed company (the grandmother company) and a company in which a wholly owned subsidiary of the listed company (the granddaughter company) participates, is subject to the obligations of the related party transaction regime.

The solution adopted in the provision of Art. 90j sec. 1.2 of the Act on Public Offering, while complying with the provision of Art. 9c sec.6(a) of Directive 2017/828, only partially achieves the purpose of this exception. The rationale for the group exemption from related party transaction regime is indeed related to the same opportunity to ensure a proper balance between minority protection rules and the

¹⁵ WAJDA, D., *Transakcje spółki kapitałowej...*, pp. 27-28, PRAGER, I., *Doradcy inwestorów do spraw głosowania (proxy advisors)*, Warszawa, C.H. Beck, 2019, p. 163.

¹⁶ MOSKAŁA, P. (in:) *Prawo rynku kapitałowego...*, p. 420.

¹⁷ MOSKAŁA, P., *Wyrażanie zgody na zawieranie transakcji wewnątrzgrupowych przez radę nadzorczą spółki giełdowej – uwagi do transpozycji nowelizacji dyrektywy 2007/36/WE*, *Przegląd Prawa Handlowego*, 2020, No. 11, p. 22.

proper functioning of the group¹⁸. However, the exemption under Art. 90j sec. 1.2 of the Act on Public Offering significantly limits the applicability of this exemption to intra-group transactions. Therefore, the exception implemented by the Polish legislator only partially fulfils the purpose of this exception under the provisions of Directive 2017/828.

2.3. Transactions relating to the payment of remuneration to members of the management or supervisory board which is due in accordance with the company's remuneration policy

The purpose of this exemption is to avoid the coexistence of two regimes: related party transactions and remuneration policy and remuneration report (Art. 90c-90ge Act on the Public Offering). The basis for the exemption from the obligations of the related party transactions regime in respect of the transactions under consideration is the provision of Art. 90j sec. 1.3 of the Act on Public Offering. A dual regime for these transactions would create a superfluous burden imposed on listed companies.

According to the literature, the exemption covered by this provision includes all legal transactions on the basis of which a member of the management board or the supervisory board receives property value that forms part of his or her remuneration on the basis of the adopted remuneration policy¹⁹. However, the applicability of this exception is subject to the condition that the remuneration policy has been adopted by the listed company's general meeting and is in force at the time of the conclusion of the transaction with the member of the company's management board and/or supervisory board). Therefore, this exemption does not apply if, in a given company, due to the non-adoption of a remuneration policy, remuneration is granted to members of the management board and the supervisory board in accordance with past practice (Art. 90e sec. 3 Act on Public Offering)²⁰. Based on a linguistic interpretation, it should be noted that this exception does not apply also in the case of a temporary withdrawal of the remuneration policy (Art. 90f Act on Public Offering).

2.4. Transactions related to forced restructuring

One additional exception is the subject of the provision of Art. 121 sec. 1(ba) of the Act on Bank Guarantee Fund, Deposit Guarantee Scheme and Forced Restructuring²¹, which entirely excludes the provisions of the related party transaction regime regarding entities under forced restructuring that are commercial companies. In the literature, it is pointed out that the disposition covered by this provision fulfils the exception to the application of the obligations of the related party transactions regime to transactions entered into by credit institutions on the basis of

¹⁸ BIANCHI, M., MILIĆ M., (in:) *The Shareholder Rights...*, p. 314.

¹⁹ MOSKAŁA, P. (in:) *Prawo rynku kapitałowego...*, p. 421.

²⁰ *Ibidem*, p. 422.

²¹ Act of 10 June 2016 on Bank Guarantee Fund, Deposit Guarantee Scheme and Forced Restructuring (Official Journal of Laws of Republic of Poland 2024.487 as amended).

measures to guarantee the stability of those institutions adopted by the competent prudential supervisory authority (Art. 9c sec. 6(d) of Directive 2017/828)²².

2.5. Transactions not exempted from the related party transactions regime

The national legislator has not transposed into Polish law the exceptions provided for in Art. 9c sec. 6(b) and Art. 9c sec. 6(e) of Directive 2017/828. This has important consequences for the definition of the material scope of the related party transactions regime.

First, it should be noted that the need to obtain the consent of the supervisory board for the conclusion of a material transaction is also required where the provisions of the Commercial Companies Code require the consent of the general meeting for the resolution. This includes, for example, entering into a credit, loan, guarantee or other similar agreement with the company's officers (Art. 17 § 1 CCC), remuneration for services rendered by founders, shareholders and companies, cooperatives and other related entities or entities in a relationship of dependence or control (Art. 355 sec. 3 CCC), sale and lease of the company's assets (Art. 355 sec. 3 CCC), sale and lease of an enterprise or an organised part thereof (Art. 393 item 3 CCC), acquisition and sale of real estate, perpetual usufruct or a share in real estate (Art. 391 item 4 CCC), acquisition of real estate for a price exceeding one tenth of the paid-up share capital from the founder or shareholder (Art. 394 CCC). In the case of such transactions, the requirements of a resolution of the general meeting, disclosure obligations and the possibility of challenging resolutions by means of actions for annulment or nullity are sufficient to protect the interests of the company and non-affiliated shareholders. The requirement for an additional resolution by the supervisory board in this case represents a disproportionate burden for companies.

Second, due to the lack of transposition of the provision of Art. 9c sec. 6(b) and Art. 9c sec. 6(e) of Directive 2017/828, the approval of the supervisory board for the conclusion of a material transaction will be required for legal transactions such as the payment of dividends or the execution of a capital increase with the preservation of the pre-emptive rights of existing shareholders.

In the case of such transactions (qualified as material), in addition to the need to comply with the requirements of the provisions of the Commercial Companies Code, it will be necessary to comply with the obligations of the related party transactions regime under the provisions of the Act on Public Offering²³. The basis for the lack of the obligation to obtain the consent of the supervisory board cannot be the objective and functional interpretation of the provisions of the related party

²² MOSKAŁA, P. (in:) *Prawo rynku kapitałowego...*, p. 412.

²³ In contrast: BASZCZYK, M., *Wymóg uzyskania zgody rady nadzorczej na transakcje ze spółkami z grupy – uwagi na tle art. 384¹ k.s.h.*, *Przegląd Prawa Handlowego*, 2024, No. 2, pp. 17-22, which states that the regime of related party transactions does not apply to activities carried out in the course of a company relations.

transactions regime transposed into Polish law or the invocation of the direct effect of the Directive 2017/828. The Polish legislator, by not implementing considered exception, expressly decided that the conclusion of transactions offered to all shareholders on the same terms and conditions, ensuring equal treatment of all shareholders and protecting the interests of the company, would be subject to the regime of transactions with related parties. Conclusion of such transactions in breach of the above rules, in particular failure to obtain the consent of the supervisory board to the conclusion of the transaction, leads to the nullity of the concluded transaction (Art. 17 § 1 CCC).

CONSLUSIONS

The provisions regarding exemptions from the obligations of the related party transactions regime impose a disproportionate burden on companies. This applies in particular to the legal situation of listed companies operating in the group companies and to transactions that are offered to all shareholders on the same terms, thereby ensuring that all shareholders are treated equally and that the interests of the company are protected.

With regard to the first group of transactions, a change to the existing exception specified in the Art. 90j sec. 1.2 of the Act on Public Offering should be proposed. The current regulation results in a significant limitation of the possibility to apply this exception in the reality of functioning groups of Polish listed companies. A model solution could be to regulate the scope of this exception in the provisions of the German Joint Stock Companies Act²⁴. § 111a sec. 3 AktG the application of the related party transaction regime to transactions entered into by a listed company: (i) with subsidiaries in which the listed company holds, directly or indirectly, 100% of the shares or interests; (ii) with a subsidiary in which no other person related to the listed company holds an interest; and (iii) with subsidiaries established in a member state of the European Union and whose shares are admitted to trading on a regulated market located or operated in a member state. A revision of the applicable exception along the lines of the regulations under German law would lead to a significant reduction in the burden on listed companies in the case of transactions with capital group members, ensuring that the interests of the company and non-affiliated shareholders are protected.

A further proposed amendment is to introduce an exemption from the obligations of the related party transactions regime to transactions offered to all shareholders under the same conditions, thereby ensuring equal treatment of all shareholders and protecting the interests of the company. As stated above, the lack of this obligation imposes a disproportionate burden on companies and creates uncertainty as to the security of transactions, due to the sanction of not obtaining the approval of the supervisory board and therefore nullity of concluded transactions (Art. 17 § 1 CCC).

²⁴ Act of 6 September 1965 on joint stock companies (Aktiengesetz, BGBl. I s. 1089 ze zm.), hereinafter abbreviated as AktG

The introduction of this exemption is justified by the fact that minority shareholders are not at risk of being disadvantaged in such transactions, as they are guaranteed equal access to the transaction²⁵.

Last proposed amendment is to exclude the obligations of the related party transactions regime for transactions requiring a resolution of the general meeting. As indicated in the article, the existing rules provide sufficient protection for the interests of the company and minority shareholders.

REFERENCES

1. BASZCZYK M., Wymóg uzyskania zgody rady nadzorczej na transakcje ze spółkami z grupy – uwagi na tle art. 384¹ k.s.h., *Przeгляд Prawa Handlowego*, 2024, No. 2, ISSN 1230-2996.
2. BIANCHI, M., MILIĆ M., (in:) *The Shareholder Rights Directive II. A Commentary*, H. S. Birkmose, K. Sergakis (eds.), Edward Elgar Publishing, 2021, ISBN 978 1 83910 122 9.
3. FLORSTEDT, T., Harmonising Shareholder Protection Laws for Related Party Transactions – Art. 9c of the Shareholder Right Directive as the Nucleus of European Group Law, *European Company and Financial Law Review*, 2022, Vol. 19, Issue 5, ISSN 1613-2556.
4. MOSKAŁA, P. (in:) *Prawo rynku kapitałowego, Tom II. Komentarz*, M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (eds.), Warszawa, C.H. Beck, 2023, ISBN 978-83-8235-210-8.
5. MOSKAŁA, P., Wyrażanie zgody na zawieranie transakcji wewnątrzgrupowych przez radę nadzorczą spółki giełdowej – uwagi do transpozycji nowelizacji dyrektywy 2007/36/WE, *Przeгляд Prawa Handlowego* 2020, No. 11, ISSN 1230-2996.
6. MOSKAŁA, P., Zatwierdzanie transakcji wewnątrzgrupowych w zmienionej dyrektywie 2007/36/WE – perspektywy implementacji, *Przeгляд Prawa Handlowego* 2018, No. 1, ISSN 1230-2996.
7. OPALSKI, A., (in:) *Kodeks spółek handlowych. Tom III A. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301-392*, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2016, ISBN 978-83-255-7944-9.
8. OPALSKI, A., *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa, C.H. Beck, 2012, ISBN 978-83-255-3866-8.
9. PRAGER, I., *Doradcy inwestorów do spraw głosowania (proxy advisors)*, Warszawa, C.H. Beck, 2019, ISBN 978-83-8158-856-0.
10. REYNISSON, K. M., *Related Party Transaction: Analysis of Proposed Art. 9c of Shareholders' Right Directive*, *European Company Law*, 2016, Vol. 13, No. 5, ISSN: 1875-6530.

²⁵ In contrast, PRAGER, I., *Doradcy inwestorów...*, p. 164, who points out that due to the multitude of vague concepts covered by the exception, such transactions should be subject to the obligations of the related party transactions regime.

11. RODZYNKIEWICZ, M., Kodeks spółek handlowych, Komentarz, Warszawa, Wolters Kluwer, 2018, ISBN: 978-83-8124-501-2.
12. WAJDA, D., Transakcje spółki kapitałowej z jej udziałowcami i funkcjonariuszami – uwagi na tle dyrektywy 2017/828, Monitor Prawniczy 2018, No. 1, ISSN 1230-6509.
13. LIEDER J., BIALLUCH M., (in:) European Corporate Law. Article-by-Article Commentary, P. Kindler, J. Lieder (eds.), Bloomsbury Publishing 2021.

CONTACT INFORMATION

dominik.mizerski@us.edu.pl

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

ul. Bankowa 11B

40-007 Katowice

Poland

JUDr. Žofia Mrázová, PhD., MCL¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Ochrana majiteľov iných cenných papierov ako akcií pri premenách obchodných spoločností

Protection of holders of securities, other than shares, to which special rights are attached in corporate mergers

Abstrakt

Premena obchodnej spoločnosti môže významným spôsobom zasiahnuť do oprávnených záujmov tretích osôb, vrátane majiteľov iných cenných papierov ako akcií, s ktorými sú spojené osobitné práva. Ide o kategóriu veriteľov spoločnosti zúčastnenej na premene, ktorým právna úprava poskytuje osobitnú ochranu v podobe práva na rovnocenné postavenie v nástupníckej spoločnosti. Autorka sa v príspevku zameriava na analýzu právnej úpravy ochrany majiteľov iných cenných papierov v zákone č. 309/2023 Z. z. o premenách obchodných spoločností a družstiev, účinnnej od 1. marca 2024. V novej právnej úprave zákonodarca explicitne rozšíril uplatnenie ochranného mechanizmu aj v prípadoch cezhraničných premien, čím náležite reflektoval závery Súdneho dvora Európskej únie.

Kľúčové slová: ochrana majiteľov vymeniteľných dlhopisov, ochrana majiteľov prednostných dlhopisov, premeny obchodných spoločností.

Abstract

The transformation of a company may significantly affect the legitimate interests of third parties, including holders of securities other than shares to which special rights are attached. This refers to a category of creditors of the company involved in the merger, who are provided with special protection under the law, granting them the right to maintain an equivalent position in the acquiring company. In this article, the author analyses the legal framework protecting holders of debentures and securities other than shares under Act No. 309/2023 Coll. on the Transformation of Companies and Cooperatives, which came into effect on March 1, 2024. The new legislation explicitly extends the application of protective mechanism to cases of

¹ Autorka je odbornou asistentkou na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. Tento príspevok bol financovaný z VEGA č. 1/0259/22 „Nové prístupy k riešeniu finančných ťažkostí podnikateľá“ a podporený Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-23-0331 „Integrácia únie kapitálových trhov: zmena korporáčného financovania a záchrana obchodných spoločností vo finančných ťažkostiach“.

cross-border mergers, thus appropriately reflecting the case law of the Court of Justice of the European Union.

Key words: holders of debentures, holders of securities other than shares, protection of creditors, corporate mergers.

JEL Classification: K220

ÚVOD

Dňa 1. marca 2024 vstúpil do účinnosti zákon č. 309/2023 Z. z. o premenách obchodných spoločností a družstiev (ďalej len ako „zákon o premenách“ alebo „ZoP“). Tento zákon upravuje problematiku premien obchodných spoločností – zlúčenia, splynutia a rozdelenia spoločnosti, ako aj zmeny právnej formy, ktorá bola doposiaľ obsiahnutá v zákone č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník (ďalej len „Obchodný zákonník“), a cezhraničnej zmeny právnej formy obchodných spoločností. Prijatím novej právnej úpravy sa, okrem iného, zabezpečila transpozícia smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/2121 z 27. novembra 2019, ktorou sa mení smernica (EÚ) 2017/1132², pokiaľ ide o cezhraničné premeny, zlúčenia alebo splynutia a rozdelenia do slovenského právneho poriadku.³

Vnútroštátna premena ako aj cezhraničná premena obchodných spoločností prináša zásadné korporáčne zmeny, pri ktorých dochádza k transformácii imania zúčastnených spoločností. Keďže tieto zmeny môžu výrazným spôsobom ovplyvniť nielen postavenie spoločníkov spoločností zúčastnených na premene, ale aj veriteľov zúčastnených spoločností, cieľom právnej úpravy je poskytnúť dotknutým osobám náležitú ochranu, a to takým spôsobom, aby premena spoločností výrazne negatívne neovplyvnila ich postavenie alebo oprávnené záujmy.

Rovnako ako pôvodná práva úprava v Obchodnom zákonníku, aj v súčasnosti účinná úprava v zákone o premenách obsahuje viaceré ustanovenia *na ochranu veriteľov spoločností zúčastnených na premene*. Medzi tieto ustanovenia môžeme zaradiť *ustanovenia o neprípustnosti premeny*, ak je zúčastnená spoločnosť v likvidácii, ak voči zúčastnenej spoločnosti pôsobia účinky vyhlásenia konkurzu alebo začatia reštrukturalizačného konania alebo povolenia reštrukturalizácia, ak sa vedie konanie o zrušení zúčastnenej spoločnosti, alebo by v dôsledku odštiepenia bola niektorá zo zúčastnených spoločností v hroziacom úpadku [§ 3 ods. 5 písm. a) až e) ZoP], prípadne by vlastné imanie rozdeľovanej spoločnosti bolo nižšie ako jej základné imanie (§ 57 ods. 3 ZoP). Okrem týchto ustanovení slúži na ochranu veriteľov aj právna úprava zákonného ručenia nástupníckych spoločností pri rozdelení spoločnosti (§ 59 ZoP) alebo úprava oprávnenia veriteľov požadovať od

² Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1132 zo 14. júna 2017 týkajúca sa niektorých aspektov práva obchodných spoločností, Ú. v. EÚ L 169, 30.6.2017, s. 46–127.

³ Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/2121 z 27. novembra 2019, ktorou sa mení smernica (EÚ) 2017/1132, pokiaľ ide o cezhraničné premeny, zlúčenia alebo splynutia a rozdelenia, Ú. v. EÚ L 321, 12/12/2019, p. 1-44.

nástupníckej spoločnosti dostatočné zabezpečenie svojich nespliatných pohľadávok, ak sa ich vymožiteľnosť v dôsledku premeny zhorší (§ 20 ZoP). Zákon taktiež formuluje osobitnú zodpovednosť členov štatutárnych orgánov zúčastnených spoločnosti voči veriteľom za škodu, ktorú spôsobili tým, že napriek zákonným dôvodom pre pozastavenie procesu premeny uskutočnili kroky k završeniu procesu premeny (§ 6 ods. 3 ZoP).⁴

Osobitnou zákonnou normou sú chránení tí veritelia, ktorí sú majiteľmi prioritných dlhopisov, vymeniteľných dlhopisov alebo iných cenných papierov ako akcií, s ktorými sú spojené osobitné práva (ďalej tiež ako „majitelia iných cenných papierov“). Nakoľko všeobecný výklad k otázke ochrany majiteľov iných cenných papierov bol doposiaľ poskytnutý v zásade len v rámci komentárovej literatúry,⁵ uvedené sa snažíme týmto príspevkom zmeniť. Cieľom tohto príspevku je preskúmať účinnú právnu úpravu týkajúcu sa ochrany majiteľov iných cenných papierov pri premenách obchodných spoločností, identifikovať prípadné zmeny, ktoré nový zákon o premenách priniesol v porovnaní s predchádzajúcou právnou úpravou a navrhnúť legislatívne zmeny, ktoré by bolo vhodné prijať. Za týmto účelom je v príspevku využitá najmä metóda komparácie, analýzy a syntézy.

1. OCHRANA MAJITEĽOV INÝCH CENNÝCH PAPIEROV V PRÁVNEJ ÚPRAVE OBCHODNÉHO ZÁKONNÍKA

Ochranný mechanizmus pre majiteľov iných cenných papierov bol pôvodne upravený v § 218f OBZ. Uvedené ustanovenie obsahovalo jednak pravidlo na ochranu veriteľov, ktorí mali ku dňu účinnosti fúzie voči niektorej zo zúčastnených spoločností nespliatné pohľadávky (ods. 1) a jednak pravidlo na ochranu majiteľov iných cenných papierov (ods. 2). Tieto normy boli do nášho právneho poriadku zavedené európskou novelou č. 500/2001 Z. z., ktorou boli do Obchodného zákonníka transponované viaceré európske smernice.

Minimálny ochranný mechanizmus bol zákonodarcom explicitne upravený po vzore v tom čase účinnej tretej smernice č. 78/855/EHS v prospech majiteľov prioritných dlhopisov, vymeniteľných dlhopisov alebo iných cenných papierov *výlučne* pri vnútroštátnych premenách. Rovnako aj konsolidovaná smernica č. 2017/1132 (ďalej aj ako „smernica o obchodných spoločnostiach“)⁶ priznáva právo na ochranu majiteľom týchto cenných papierov pri vnútroštátnych fúziách (čl. 101 smernice o obchodných spoločnostiach) a vnútroštátnych rozdeleniach (čl. 147

⁴ K ochrane veriteľov pri premene obchodných spoločností v pôvodnej právnej úprave pozri napr. CUKEROVÁ, D. *Ochrana veriteľov pri premene obchodnej spoločnosti*. In Právo, obchod, ekonomika IX. Košice: UPJŠ v Košiciach, 2019, s. 98-110. K ochrane veriteľov pri premene obchodných spoločností odporovacou žalobou pozri aj MRÁZOVÁ, Ž. *Odporovacia žaloba ako prostriedok ochrany veriteľov pri rozdelení spoločnosti* (rozsudok SD EÚ C-394/18). In Právo obchod ekonomika. Košice : UPJŠ v Košiciach, 2020, s. 201-207.

⁵ PALA, R., PALOVÁ, I., ŽITŇANSKÁ, L. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok I (§ 1 až 260)*. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer SR s. r. o., 2022, s. 1738, MAŠUROVÁ, A., PATAKYOVÁ, M. In PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2022, s. 980-981.

⁶ Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1132 zo 14. júna 2017 týkajúca sa niektorých aspektov práva obchodných spoločností, Ú. v. EÚ L 169, 30.6.2017, s. 46–127.

smernice o obchodných spoločnostiach). Vo vzťahu k cezhraničnému zlúčeniu, splynutiu alebo rozdeleniu pravidiel na ochranu majiteľov iných cenných papierov v Obchodnom zákonníku, absentovali.

Účelom právnej úpravy bolo, a zároveň stále, je zabezpečiť zachovanie osobitných práv spojených s týmito cennými papiermi aj po zavŕšení procesu vnútroštátnej premeny.

2. OCHRANA MAJITEĽOV INÝCH CENNÝCH PAPIEROV PODĽA ZÁKONA O PREMENÁCH

2.1. Rozšírenie ochrany aj pre prípady cezhraničných premien

Ochrana majiteľov iných cenných papierov je v súčasnosti upravená v § 42 ZoP pre vnútroštátne premeny. Podľa § 42 ods. 1 ZoP „*Majitelia prioritných dlhopisov, vymeniteľných dlhopisov alebo iných cenných papierov s osobitnými právami vydaných zanikajúcimi spoločnosťami musia v nástupníckej spoločnosti získať práva rovnocenné s právami, ktoré mali voči zanikajúcim spoločnostiam.*“ Podľa ods. 2 ďalej platí, že „*odsek 1 sa nepoužije, ak so zmenou práv súhlasil každý z majiteľov týchto cenných papierov alebo ak majú nárok na to, aby nástupnícka spoločnosť od nich tieto cenné papiere odkúpila.*“ Súčasná právna úprava tak v plnom rozsahu vychádza z doterajšej právnej úpravy.⁷ Osobitná ochrana majiteľov cenných papierov sa uplatní nielen v procese fúzií obchodných spoločností, ale vychádzajúc z ustanovenia § 65 ods. 1 ZoP aj v procese rozdelenia spoločností.⁸

Zatiaľ čo pri vnútroštátnych premenách požiadavka osobitnej ochrany majiteľov iných cenných papierov vyplýva priamo zo znenia čl. 101 smernice EÚ 2017/1132⁹, obdobné ochranné mechanizmy pre cezhraničné premeny konsolidovaná smernica o obchodných spoločnostiach neposkytuje. Slovenský zákonodarca však oproti pôvodnej právnej úprave explicitne rozšíril ochranu aj na majiteľov cenných papierov pri cezhraničných premenách, ktorá je obsiahnutá v § 88 ZoP.¹⁰ Hoci dôvodová správa k zákonu o premenách obchodných spoločností nám výslovne neponúka odpoveď na otázku, prečo sa zákonodarca rozhodol túto ochranu výslovne rozšíriť aj pri cezhraničných premenách, môžeme sa len domnievať, že zákonodarca mal záujem výslovne reflektovať závery európskej súdnej authority. Uvedená úprava totiž koreluje so závermi rozhodnutia Súdneho dvora Európskej únie (ďalej len ako „*Súdny dvor*“) vo veci *C-483/14 Ka Finanz AG*, v ktorom Súdny dvor konštatoval,

⁷ Pozri aj dôvodová správa k zákonu č. 309/2023. Z. z.

⁸ Požiadavka zabezpečenia osobitnej ochrany pre majiteľov iných cenných papierov pre prípady rozdelenia obchodnej spoločnosti vyplýva priamo z článku 147 smernice o obchodných spoločnostiach.

⁹ Čl. 101 smernice o obchodných spoločnostiach „*Majitelia iných cenných papierov, s ktorými sú spojené osobitné práva a ktoré nie sú akciami, musia v preberajúcej spoločnosti dostať práva minimálne rovnocenné právam, ktoré mali v preberanej spoločnosti, pokiaľ zmenu uvedených práv neschválila schôdza majiteľov takýchto cenných papierov, ak je takáto schôdza stanovená vnútroštátnymi právnymi predpismi, alebo jednotlivo majitelia takýchto cenných papierov, alebo pokiaľ majitelia nie sú oprávnení, aby preberajúca spoločnosť odkúpila späť ich cenné papiere.*“

¹⁰ Dovoľme si len upozorniť, že ustanovenie § 88 ZoP nesie názov „ochrana spoločníkov pri cezhraničnej premene“ hoci norma obsiahnutá v ods.1 uvedeného ustanovenia sa netýka spoločníkov, ale výslovne majiteľov iných cenných papierov, odlišných od akcií.

že pokiaľ ide o ochranu záujmov veriteľov v rámci cezhraničných premien, z odôvodnenia čl. 3 a čl. 4 smernice č. 2005/56/ES¹¹ (v tom čase účinná smernica o cezhraničných premenách, pozn. *autorky*) vyplýva, že na spoločnosť, ktorá sa podieľa na cezhraničnej premene sa, pokiaľ ide o ochranu veriteľov, vzťahujú normy vnútroštátneho práva, ktoré by sa uplatňovali v prípade vnútroštátnej premeny.¹² Inými slovami, veritelia spoločnosti (majitelia iných cenných papierov) by mali požívať rovnakú právnu ochranu pri cezhraničnej premene ako veritelia dotknutí vnútroštátnou premienou. Slovenský zákonodarca uvedené zabezpečuje výslovnou úpravou v § 88 ZoP.

2.2. Subjekt ochrany

Ochranný mechanizmus podľa § 42 ZoP, resp. § 88 ods. 1 ZoP sa vzťahuje na majiteľov:

- dlhopisov, s ktorými je spojené právo na prednostné upísanie akcií, tzv. prioritné dlhopisy,
- dlhopisov, s ktorými je spojené právo výmeny za akcie spoločnosti, tzv. vymeniteľné alebo konvertibilné dlhopisy,
- iných cenných papierov ako akcií, s ktorými sú spojené osobitné práva.

V zmysle § 174b OBZ sú pravidlá pre emitovanie vymeniteľných a prioritných dlhopisov alebo iných cenných papierov upravené v stanovách spoločnosti. Jednotlivé práva a povinnosti majiteľov cenných papierov a obchodnej spoločnosti ako emitenta cenného papiera sa spravujú úpravou v stanovách spoločnosti a emisnými podmienkami cenných papierov.

Zákonodarca však bližšie neurčuje aké osobitné práva by mali byť s cenným papierom spojené. V zásade by malo ísť o také osobitné práva, ktoré majiteľom cenných papierov zabezpečujú aj iné práva, ako len právo na úhradu pohľadávky spolu s úrokmi. Ide teda o také cenné papiere, ktoré svojim majiteľom priznávajú napríklad právo vymeniť ich za akcie alebo právo podieľať sa na zisku emitujúcej spoločnosti.¹³ Okrem dlhopisov výslovné predpokladaných zákonom sa medzi takéto cenné papiere môžu zaradiť aj dlhopisy spojené s podielom na zisku spoločnosti alebo opčné listy.¹⁴ Pri identifikácii, či konkrétny veriteľ spadá pod ochranu podľa § 42 ZoP, resp. 88 ZoP je potrebné vždy posudzovať, či konkrétny

¹¹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/56/ES z 26. októbra 2005 o cezhraničných zlúčeníach alebo splynutiach kapitálových spoločností, zrušená smernicou Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1132 zo 14. júna 2017.

¹² Rozsudok Súdneho dvora EÚ zo 7. apríla 2016 vo veci C-483/14 *KA Finanz AG proti Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, ECLI:EU:C:2016:205, body 60 až 62.

¹³ Rozsudok Súdneho dvora EÚ zo 7. apríla 2016 vo veci C-483/14 *KA Finanz AG proti Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, ECLI:EU:C:2016:205, bod. 65.

¹⁴ Pozri Rozsudok Súdneho dvora EÚ zo 7. apríla 2016 vo veci C-483/14 *KA Finanz AG proti Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, ECLI:EU:C:2016:205, bod 64 „[...] iné cenné papiere, s ktorými sú spojené osobitné práva a ktoré nie sú akciami v zmysle článku 15 uvedenej smernice [č. 78/855, pozn. *autorky*], zahŕňajú okrem iných cenných papierov dlhopisy vymeniteľné za akcie, dlhopisy s prednostnými upisovacími právami k základnému imaniu, dlhopisy spojené s podielom na zisku, ako aj opčné listy.“

druh cenného papiera je možné kvalifikovať ako „cenný papier, s ktorým sú spojené osobitné práva“. Malo by ísť o také práva, z ktorých má prospech upisovateľ (majiteľ cenného papiera) nie výlučne emitent.¹⁵

Túto osobitnú kategóriu veriteľov je však potrebné odlišovať od majiteľov „bežných“ dlhopisov emitovaných spoločnosťou, s ktorými nie sú spojené osobitné práva. Pokiaľ teda nie je s dlhopisom okrem práva na splatenie pohľadávky spojené žiadne iné právo, ktorým by sa majitelia podieľali na zisku spoločnosti alebo ktoré by umožňovalo zmenu pozície majiteľa dlhopisu ako veriteľa na pozíciu akcionára, majitelia takéhoto cenného papiera sa nenachádzajú v osobitnom ochrannom postavení. Môžu sa však ako „bežní veritelia“ domáhať primeraného zabezpečenia svojich nesplatených pohľadávok podľa § 20 ZoP, resp. § 92 ZoP v prípade cezhraničných premien.

Majitelia iných cenných papierov, pokiaľ nie sú zároveň aj majiteľmi akcií niektorej zo zúčastnenej spoločnosti, nemajú právo rozhodovať o schválení návrhu projektu premeny, nie sú teda v rovnakom postavení ako akcionári. Ich osobitný súhlas s návrhom projektu premeny sa nevyžaduje.

2.3. Právo na rovnocenné postavenie v nástupnickej spoločnosti

Ako sme už vyššie uviedli, požiadavka rovnocennosti práv spojených s cennými papiermi obsiahnutá v § 42 ods. 1 ZoP vyplýva priamo zo smernice o obchodných spoločnostiach. Majitelia musia získať práva rovnocenné s právami, ktoré mali voči zanikajúcej spoločnosti.¹⁶ Zaujímavosťou je, že smernica o obchodných spoločnostiach používa slovné vyjadrenie „dostať práva minimálne rovnocenné právam“ v zanikajúcej spoločnosti, čím predpokladá, že majitelia iných cenných papierov, by mohli po účinnosti premeny získať nielen rovnocenné práva, ale svoju pozíciu v nástupnickej spoločnosti vo vzťahu k svojim oprávneniam by mohli aj vylepšiť. Smernica tak formuluje požiadavku nielen právne a ekonomicky ekvivalentného, ale dokonca lepšieho postavenia. Slovenský zákonodarca (rovnako ako český zákonodarca) možnosť zlepšiť postavenie majiteľov cenných papierov na úkor iných zúčastnených osôb – akcionárov, nepredpokladá. Hoci uvedené nevyklučuje, aby akcionári zúčastnených spoločností na premene schválili pre majiteľov dlhopisov alebo iných cenných papierov priaznivejšie podmienky, v praxi by to mohlo znamenať zhoršenie ich pozície v rámci (budúcej) akcionárskej štruktúry.

Rovnakosť práv sa nevyžaduje a *de facto* ani možná nie je, keďže právo na výmenu dlhopisu za akcie zanikajúcej spoločnosti sa mení na právo na výmenu dlhopisu za akcie iného subjektu práva – nástupnickej spoločnosti.

¹⁵ Návrhy Generálneho advokáta Yves Bot, prednesené 12. novembra 2015 vo veci C-483/14 *KA Finanz AG proti Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, bod 50.

¹⁶ Pre porovnanie, česká právna úprava v § 37 ods. 1 prvá veta českého zákona č. 125/2008 Sb. zákona o premenách obchodných spoločností a družstev obsahuje pojem „stejná“: „*Vlastníci vyměnitelných a prioritních dluhopisů a vlastníci jiných účastnických cenných papírů nebo účastnických zaknihovaných cenných papírů než akcií, s nimiž jsou spojena zvláštní práva, získávají nabytím účinnosti přeměny vůči nástupnické akciové společnosti stejná práva, jaká měli vůči emitentovi.*“

Vynárajúcou otázkou je, akým spôsobom docieľiť rovnocennosť práv. Požiadavka rovnocennosti by podľa nášho názoru mohla byť splnená vtedy, ak osobitné práva – právo na výmenu dlhopisov za akcie alebo právo na prednostné upísanie akcií, by bolo v nástupníckej spoločnosti garantované v rovnakom pomere, ako bol určený výmenný pomer akcií pre akcionárov zanikajúcich spoločností, ktoré pôvodne prioritné alebo vymeniteľné dlhopisy, resp. iné cenné papiere emitovali. Z komparatívneho hľadiska poukážeme na českú právnu úpravu, ktorá výslovne uvádza, že výmenný pomer práv spojených s týmito cennými papiermi musí byť vhodný a odôvodnený.¹⁷

Návrh projektu premeny musí obsahovať určenie práv, ktoré nástupnícka spoločnosť majiteľom iných cenných papierov poskytuje.¹⁸ Predstavenstvo a dozorná rada spoločnosti sú v zmysle § 38 ZoP povinné posudzovať rovnocennosť práv spojených cennými papiermi. Domnievame sa, že správa predstavenstva podľa § 36 ZoP ako aj správa audítora podľa § 35 ZoP, ak je v zmysle zákona o premenách požadovaná, by mala obsahovať vysvetlenie prijatých opatrení pre túto skupinu veriteľov. Ak by došlo k porušeniu povinnosti audítora pri vypracovaní správy k návrhu projektu premeny, majitelia iných cenných papierov si môžu uplatniť voči audítorovi nárok na náhradu škody podľa všeobecnej občianskoprávnej zodpovednosti za škodu.

2.4. Výnimky z rovnocenného postavenia v nástupníckej spoločnosti

Právna úprava v § 42 ods. 2 ZoP formuluje dve situácie ako výnimky, za ktorých nie je povinné majiteľom iných cenných papierov zabezpečiť rovnocenné práva v nástupníckej spoločnosti. Prvou výnimkou je súhlas všetkých majiteľov konkrétneho typu cenného papiera o zmene ich práv alebo podmienkach uplatnenia týchto práv po účinnosti premeny voči nástupníckej spoločnosti. Príkladom takejto zmeny by mohla byť zmena rozhodného dňa, kedy si majiteľ dlhopisu môže uplatniť právo jeho výmeny za akciu nástupníckej spoločnosti.

Keďže je možné predpokladať vyšší počet majiteľov pri emisii dlhopisov alebo cenných papierov, zákonná požiadavka unanimity je z nášho pohľadu veľmi striktná. Smernica o obchodných spoločnostiach pritom pripúšťa, aby vnútroštátne právne poriadky upravili možnosť, aby o súhlase rozhodla schôdza majiteľov cenných papierov, pri rozhodovaní ktorej sa v zásade uplatňuje väčšinový princíp.¹⁹ Zakotvenie takejto možnosti *de lege ferenda* by umožnilo uskutočniť premenu aj

¹⁷ Pozri § 37 ods. 1 druhá a tretia veta českého zákona č. 125/2008 Sb. o premenách obchodných spoločností a družstev „*Výmenný poměr, kterým se přepočítají dosavadní práva na vydání účastnických cenných papírů nebo zaknihovaných účastnických cenných papírů na práva na vydání účastnických cenných papírů nástupnické společnosti nebo jejich zaknihovaných účastnických cenných papírů, musí být uveden v projektu přeměny, musí být vhodný a odůvodněný a musí být přezkoumán stejně jako výmenný poměr akcií nebo podílů. Ustanovení o právu na dorovnání se použijí obdobně.*“

¹⁸ Pozri § 34 písm.f) ZoP pre vnútroštátne premeny a § 77 písm. e) ZoP pre cezhraničné premeny.

¹⁹ Pre porovnanie, česká právna úprava v § 37 ods. 2 zákona č. 125/2008 Sb. o premenách obchodných spoločností a družstev výslovne stanovuje, že súhlas so zmenou práv môže udeliť aj schôdza majiteľov týchto cenných papierov.

v situáciách, ak by niektorí (menšinoví) majitelia cenných papierov s prípadnými zmenami ich práv nesúhlasili.

Keďže zákon o premenách neurčuje formu udelenia súhlasu, pre prax odporúčame, aby bol prejav vôle majiteľov cenných papierov písomne zaznamenaný vo forme vyhlásenia, ktoré bude prílohou návrhu projektu premeny.

Pokiaľ majitelia cenných papierov nevyjadrili jednomyselný súhlas so zmenou práv alebo podmienok uplatnenia týchto práv, schválený projekt premeny musí upravovať právo majiteľov iných cenných papierov požadovať ich odkúpenie nástupníckou spoločnosťou. Zákon bližšie podmienky pre uplatnenie tohto práva neupravuje, na rozdiel od práva akcionárov požadovať odkúpenie ich akcií nástupníckou spoločnosťou, ktorého spôsob uplatnenia je v zákone o premenách stanovený (§ 47 a nasl. ZoP). Návrh projektu premeny by mal preto obsahovať okrem vymedzenia práva na odkúpenie dotknutých cenných papierov aj ďalšie náležitosti, akým je napríklad lehota na uplatnenie práva alebo cena, resp. spôsobom jej určenia. Do úvahy prichádza aj analogická aplikácia ustanovení týkajúcich sa odkúpenia akcií, napríklad vo vzťahu k lehotám alebo spôsobu odkupu akcií, pokiaľ by takáto úprava v schválenom projekte premeny absentovala.

3. ĎALŠIE MECHANIZMY OCHRANY PRE MAJITEĽOV INÝCH CENNÝCH PAPIEROV?

Otázne je, aké prostriedky ochrany prináležia majiteľom iných cenných papierov, ak sa domnievajú, že návrh projektu premeny v dostatočnej miere nezabezpečuje rovnocennosť ich práv v nástupníckej spoločnosti. Ako sme už v príspevku uviedli, oproti akcionárom, ktorí sú oprávnení rozhodovať o schválení návrhu projektu premeny, osobitný súhlas majiteľov iných cenných papierov s návrhom projektu premeny sa nevyžaduje. Ako veritelia nie sú oprávnení podať návrh na vyhlásenie neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia, ktorým sa schválil návrh projektu premeny,²⁰ teda domáhať sa neplatnosti účinkov premeny.²¹ Z dôvodu nezabezpečenia rovnocennosti práv sa nemôžu domáhať ani neplatnosti nástupníckej spoločnosti.²² Hoci majitelia iných cenných papierov môžu podať žalobu na náhradu škody voči subjektom, ktoré sú v zmysle zákona o premenách povinné posudzovať, či sú splnené zákonné požiadavky pre uskutočnenie procesu premeny a svoje závery sú povinné uviesť v osobitnej správe, nemajú právne prostriedky na zablokovanie finalizácie premeny.

ZÁVER

Proces premeny obchodných spoločností môže mať výrazný vplyv na postavenie veriteľov, vrátane majiteľov dlhopisov alebo iných cenných papierov ako akcií emitovaných spoločnosťami zúčastnenými na premene. V príspevku sme sa snažili

²⁰ Ustanovenie § 183 OBZ.

²¹ Ustanovenie § 18 ZoP.

²² Ustanovenie § 68a OBZ. Pozri aj MAŠUROVÁ, A., PATAKYOVÁ, M. In PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2022, s. 981.

poukázat na zmeny, ktoré priniesla nová právna úprava s účinnosťou od 1. marca 2024 a zároveň analyzovať úpravu osobitného mechanizmu ochrany, ktorá je dostupný pre majiteľov iných cenných papierov ako akcií. Zákonodarca v novej právnej úprave premien obchodných spoločností explicitne rozšíril pravidlá na ochranu majiteľov iných cenných papierov pri vnútroštátnych premenách aj na cezhraničné premeny. Hoci zákon bližšie neurčuje, akým spôsobom by sa mala docieľiť rovnocennosť práv, ktoré majitelia iných cenných papierov v nástupníckej spoločnosti získajú, domnievame sa, že tento výmenný pomer by mal byť riadne odôvodnený, zodpovedajúc by mohol výmennému pomeru akcií. Z návrhu projektu premeny by malo taktiež jasne vyplývať, že v dôsledku premeny sa právo výmeny alebo právo úpisu, alebo iné osobitné právo spojené s cenným papierom emitovaným zanikajúcou spoločnosťou mení na právo výmeny, právo úpisu alebo iné rovnocenné právo spojené s cenným papierom emitovaným nástupníckou spoločnosťou. Pokiaľ nie je možné zabezpečiť rovnocennosť práv v nástupníckej spoločnosti, návrh projektu premeny by mal obsahovať taktiež vymedzenie práva na odkup cenného papiera vrátane pravidiel pre uplatnenie tohto práva a primeranú cenu. *De lege ferenda* je vhodné uvažovať aj o zmene právnej úpravy takým spôsobom, aby o zmene týchto práv v nástupníckej spoločnosti mohli rozhodnúť nielen všetci majitelia dotknutých cenných papierov, ale aj schôdza majiteľov cenných papierov potrebnou väčšinou.

POUŽITÉ PRAMENE

1. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok I (§ 1 až 260)*. 2. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer SR s. r. o., 2022, 2100 s.
2. PATAKYOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Komentár*. 1. vyd. Bratislava: C. H. Beck, 2022. 1792 s.
3. CUKEROVÁ, D. *Ochrana veriteľov pri premene obchodnej spoločnosti*. In *Právo, obchod, ekonomika IX*. Košice: UPJŠ v Košiciach, 2019, s. 98-110.
4. MRÁZOVÁ, Ž. *Odporovacia žaloba ako prostriedok ochrany veriteľov pri rozdelení spoločnosti (rozsudok SD EÚ C-394/18)*. In *Právo obchod ekonomika*. Košice : UPJŠ v Košiciach, 2020, s. 201-207.
5. *Rozsudok Súdneho dvora EÚ zo 7. apríla 2016 vo veci C-483/14 KA Finanz AG proti Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*, ECLI:EU:C:2016:205.
6. *Návrhy Generálneho advokáta Yves Bot, prednesené 12. novembra 2015 vo veci C-483/14 KA Finanz AG proti Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*.
7. *Zákon č. 513/1991 Z. z. Obchodný zákonník*.
8. *Zákon č. 309/2023 Z. z. o premenách obchodných spoločností a družstiev*.
9. *Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1132 zo 14. júna 2017 týkajúca sa niektorých aspektov práva obchodných spoločností*, Ú. v. EÚ L 169, 30.6.2017, s. 46–127.

10. Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/2121 z 27. novembra 2019, ktorou sa mení smernica (EÚ) 2017/1132, pokiaľ ide o cezhraničné premeny, zlúčenia alebo splynutia a rozdelenia, Ú. v. EÚ L 321, 12/12/2019, p. 1–44.
11. Zákon č. 125/2008 Sb. o premenách obchodných spoločností a družstiev.
12. Dôvodová správa k zákonu č. 309/2023 Z. z. o premenách obchodných spoločností a družstiev.

KONTAKT NA AUTORA

zofia.mrazova@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

Mgr. Andrej Oriňak¹

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law

The Artificial Intelligence Act of the European Parliament – The First Regulation of Artificial Intelligence in the World

Abstract

This paper analyzes the Artificial Intelligence Act (AIA). The AIA's risk-based approach, dividing the AI systems into four categories faces challenges in consistency and adaptability as AI technologies evolve. Our research supports that the AIA can help establish a regulated and ethical AI environment in the EU. We find that the focus on transparency and oversight reduces risks associated with high-risk systems. AIA's risk categorization into four tiers is bringing balance between rule stringency and potential harm. However, SMEs may struggle to comply with AIA requirements, potentially affecting their economic situation. On the other hand, the AIA could enhance public trust through rules on AI explanation, algorithm transparency, and documentation for high-risk systems.

Key words: artificial intelligence, European Parliament, European Union, European Commission, digitization, automation.

JEL Classification: O30

INTRODUCTION

In the context of rapid technological progress and the proliferation of Artificial intelligence (AI) systems, the European Union (EU) was the first major jurisdiction to propose a horizontal legal framework for regulating AI. The AI Act (AIA) is the first global effort to ensure that AI technologies are safe, transparent and consistent with EU values such as privacy, non-discrimination and human dignity. This paper provides a detailed overview of the EU's legislative efforts, describes the challenges and opportunities presented by AI law and assesses the impact on technology users and developers.

The goal of AIA is to regulate AI in order to reduce the risks to society and individuals posed by AI technology. As AI develops and expands, new ethical and legal challenges arise, requiring specific legislation. The AIA aims to address these challenges by introducing a risk-based approach to classifying AI systems into four categories. This classification system ensures that each level of risk meets certain

¹ Author is a PhD student at Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Department of Commercial Law and Business Law.

legal requirements and places a particular emphasis on high-risk systems that directly affect human rights and safety.²

The paper's research question is: *How can the AIA contribute to creating a regulated and ethical environment for the development and use of AI technologies in the EU?* Based on this question, the following hypotheses were formed:

- a) The AIA effectively reduces the risks associated with high-risk AI systems by means of mandatory transparency and supervision requirements.
- b) The introduction of risk categories into the AIA enables more effective risk management and the protection of citizens' fundamental rights.
- c) The implementation of the AIA will have a significant impact on the innovation potential of small and medium-sized enterprises, especially given the high compliance costs associated with high-risk systems.
- d) Clarifying the transparency of high-risk AI systems under the AIA will promote public confidence in AI technology.

1. METHODOLOGY

The paper is developed on the basis of an analysis of papers written on the AIA, as well as on the basis of an analysis of the text of the AIA itself, which provide an overview of the legal and ethical framework, risk classification, social impact and economic impact of regulation. Information from papers detailing the development and adoption of the AIA, risk assessment, and economic and social implications were used to test the hypothesis using the methods of analysis, synthesis, comparison and deduction.

2. OVERVIEW OF PUBLISHED WORKS IN THE RESEARCH AREA

Haataja and Bryson meticulously examine revisions to the AIA proposal in the European Parliament. They investigate whether these changes actually improve AI governance or just regulate superficially, focusing on the legislative processes that influence the Act.³ **Hacker** criticizes the European Commission's dual AI liability directives as an insufficient approach. He suggests implementing a more stringent liability framework for high-risk AI to better address issues of fault and causality, pointing out shortcomings in current suggestions concerning AI's societal consequences.⁴ **Helberger and Diakopoulos** examine how the AIA affects research

² Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>], Accessed on 23th October 2024

³ HAATAJA, M. – BRYSON, J.J. *The European Parliament's AI Regulation: Should We Call It Progress?* Amicus Curiae, Series 2, Vol. 4, No. 3 (2023), Accessed on 20th October 2024

⁴ HACKER, P. *The European AI Liability Directives: Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future.* (2023).

in media and journalism, with a focus on ethical AI practices and transparency. They highlight the importance of the Act in establishing guidelines for ethical AI and urge academics to explore its impact on the media environment.⁵ **Kazim and his team** analyze the compromise text of the AIA proposed by the Presidency, discussing exemptions for national security and safeguards for research. The authors emphasize changes in the scope of the Act, such as AI manipulation and the classification of high-risk applications.⁶ **Sovrano and colleagues** examine the importance of explainability in the AI Act, especially for high-risk systems. They focus on explainability metrics and the required standards to guarantee that AI systems are clear and transparent, meeting both regulatory requirements and societal demands.⁷ **Veale and Borgesi** thoroughly analyze the AIA and discuss the AI regulation's structured approach based on risk levels and analyze areas where the AIA may lack effectiveness, especially in terms of enforcement and restrictions on national AI policies.⁸ **Wagner and his team** provide practical assistance for professionals dealing with regulations in the EU. They clarify system categorization, identify high-risk AI sectors, and highlight compliance responsibilities, emphasizing the potential effects on businesses and developers.⁹ In his article on the philosophical foundations of the AIA, **Floridi** delves into the rationale behind the legislation, highlighting its goals of promoting ethical, sustainable, and socially fair advancement in AI. He ponders the wider effect of this regulation on Europe's digital evolution.¹⁰ **Gasser** characterizes the AIA as an innovative model for worldwide AI regulation. He talks about the strict criteria, types of risks, and how the Act could set new global standards, but also considers the potential difficulties, especially for small companies and innovation.¹¹

⁵ HELBERGER, N. – DIAKOPOULOS, N. *The European AI Act and How It Matters for Research into AI in Media and Journalism*. In: *Digital Journalism*, Vol. 11, No. 9 (2023), DOI: <https://doi.org/10.1080/21670811.2022.2082505>. Accessed on 19th October 2024

⁶ KAZIM, E. – GÜÇLÜTÜRK, O. – ALMEIDA, D. – KERRIGAN, C. – LOMAS, E. – KOSHIYAMA, A. – HILLIARD, A. – TRENGOVE, M. *Proposed EU AI Act—Presidency Compromise Text: Select Overview and Comment on the Changes to the Proposed Regulation*. In: *AI and Ethics*, Vol. 3, No. 4 (2023), DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed on 25th October 2024

⁷ SOVRANO, F. – SAPIENZA, S. – PALMIRANI, M. – VITALI, F. *Metrics, Explainability and the European AI Act Proposal*. In: *J*, Vol. 5, No. 1 (2022) DOI: <https://doi.org/10.3390/j5010010>. Accessed on 25th October 2024

⁸ VEALE, M. – BORGESIU, F.Z. *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act: Analyzing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach*. In: *CRi Computer Law Review International*, Vol. 4 (2021), pp. 97–116. DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed on 23rd October 2024

⁹ WAGNER, M. – BORG, M. – RUNESON, P. *Navigating the Upcoming European Union AI Act*. In: *IEEE Software*, Vol. 41, No. 1 (2024), DOI: <https://doi.org/10.1109/MS.2023.3322913>. Accessed on 25th October 2024

¹⁰ FLORIDI, L. *The European Legislation on AI: A Brief Analysis of its Philosophical Approach*. In: *Philosophy & Technology*, Vol. 34, No. 2 (2021), pp. 215–222. DOI: <https://doi.org/10.1007/s13347-021-00460-9>. Accessed on 25th October 2024

¹¹ GASSER, U. *An EU Landmark for AI Governance*. In: *Science*, Vol. 380, No. 6651 (2023) DOI: <https://doi.org/10.1126/science.adj1627>. Accessed on 25th October 2024

3. TIMELINE OF INITIAL PROPOSAL AND LEGISLATIVE PROCESS

- In 2018 – Launch of the European Strategy for Artificial Intelligence (AI). The European Commission has defined key elements to support AI research, innovation and regulation, to ensure that Europe plays a leading role in safe and responsible AI;¹²
- In 2019 – At the EU27 meeting in Sibiu, the European Commission presented a vision for a common European approach to ethical and humane AI. This created the basis for the next legislative steps in the field of AI;¹³
- July 16, 2019 – Ursula von der Leyen promises a legislative proposal on AI, when she states in her policy guidelines for the European Commission her intention to bring forward legislation for a coordinated European approach to AI and its ethical implications. This promise became the impetus for the draft AI Act.¹⁴
- February 2020 – The European Commission published a White Paper setting out a risk-based approach to AI, with the aim of promoting the adoption of safe and ethical technologies;¹⁵
- April 2021 – The European Commission officially presented a proposal for an AI Act. This proposal aims to harmonise the rules for the development, deployment and use of AI systems on the EU market, including risk categorisation and conformity assessment;¹⁶
- November 2021 – The Presidency of the European Union presented the text of a compromise proposal that included changes in the areas of national security, research and development, as well as the extension of the prohibitions on tampering and socio-economic vulnerabilities;¹⁷

¹² KAZIM, E. – GÜÇLÜTÜRK, O. – ALMEIDA, D. – KERRIGAN, C. – LOMAS, E. – KOSHIYAMA, A. – HILLIARD, A. – TRENGOVE, M. *Proposed EU AI Act—Presidency Compromise Text: Select Overview and Comment on the Changes to the Proposed Regulation*. In: *AI and Ethics*, Vol. 3, No. 4 (2023), DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed on 25th October 2024

¹³ VEALE, M. – BORGESIU, F.Z. *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act: Analyzing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach*. In: *CRi Computer Law Review International*, Vol. 4 (2021), pp. 97–116. DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed on 23rd October 2024

¹⁴ SOVRANO, F. – SAPIENZA, S. – PALMIRANI, M. – VITALI, F. *Metrics, Explainability and the European AI Act Proposal*. In: *J*, Vol. 5, No. 1 (2022) DOI: <https://doi.org/10.3390/j5010010>. Accessed on 25th October 2024

¹⁵ FLORIDI, L. *The European Legislation on AI: A Brief Analysis of its Philosophical Approach*. In: *Philosophy & Technology*, Vol. 34, No. 2 (2021), pp. 215–222. DOI: <https://doi.org/10.1007/s13347-021-00460-9>. Accessed on 25th October 2024

¹⁶ VEALE, M. – BORGESIU, F.Z. *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act: Analyzing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach*. In: *CRi Computer Law Review International*, Vol. 4 (2021), pp. 97–116. DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed on 23rd October 2024

¹⁷ KAZIM, E. – GÜÇLÜTÜRK, O. – ALMEIDA, D. – KERRIGAN, C. – LOMAS, E. – KOSHIYAMA, A. – HILLIARD, A. – TRENGOVE, M. *Proposed EU AI Act—Presidency Compromise Text: Select Overview and Comment on the Changes to the Proposed Regulation*. In: *AI and Ethics*, Vol. 3, No. 4 (2023), DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed on 25th October 2024

- June 2023 – The European Parliament adopted 771 amendments to the original AIA proposal, with new rules including regulation of generative models (such as ChatGPT models). These amendments indicate the direction the final law should take;¹⁸
- The trilateral negotiations between the European Commission, the European Parliament and the Council of the European Union have been concluded and the AIA was adopted on **12 June 2024** and published in the Official Journal of the EU on **12 July 2024**. The AIA enters into force on the twentieth day of publication in the Official Journal of the EU, so on **1st August 2024**. The AIA fully harmonises rules on the marketing, commissioning and use of AI systems in EU Member States to promote innovation and the deployment of trustworthy AI, while ensuring the protection of health, safety and security and fundamental rights, including the protection of democracy, the rule of law and the environment.¹⁹

4. RISK-BASED APPROACH

4.1. Principles of risk assessment in the context of the aia

Recital 14 of the AIA states that a well-defined risk-based methodology should be adopted to implement a balanced and enforceable regulatory framework for AI systems. This method should customize the nature and specifics of these regulations based on the severity and extent of the potential risks posed by AI technologies.²⁰ Consequently, it is essential to ban specific practices of artificial intelligence that are deemed unacceptable, establish criteria for high-risk AI systems, impose duties on pertinent operators, and mandate transparency for certain AI systems.²¹ The AIA divides the degree of risk associated with the use of AI into four levels:²²

- unacceptable risk (or harmful AI practices)
- high-risk
- limited risk
- minimal risk²³

¹⁸ WAGNER, M. – BORG, M. – RUNESON, P. *Navigating the Upcoming European Union AI Act*. In: IEEE Software, Vol. 41, No. 1 (2024), DOI: <https://doi.org/10.1109/MS.2023.3322913>. Accessed on 25th October 2024

¹⁹ KELLNER, R. *Vybrané pojmy a koncepty umelej inteligencie*. In: EPI Odborné články, 2024. <https://www.epi.sk/odborny-clanok/vybrane-pojmy-a-koncepty-umelej-inteligencie.htm>. Accessed on 22nd October 2024

²⁰ DÍAZ-RODRÍGUEZ, N. – DEL SER, J. – COECKELBERGH, M. – LÓPEZ DE PRADO, M. – HERRERA-VIDEVA, E. – HERRERA, F., *Connecting the dots in trustworthy Artificial Intelligence: From AI principles, ethics, and key requirements to responsible AI systems and regulation* [<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1566253523002129>], Accessed 5 October 2024

²¹ Recital 14 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 7 October 2024

²² NOVELLI, C. – CASOLARI, F. – ROTOLO, A. – TADDEO, M. – FLORIDI, L., *Taking AI risks seriously: a new assessment model for the AI Act* [<https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-023-01723-z>], Accessed 10 October 2024

²³ SCHWEMER, S. F. – TOMADA, L. – PASINI, T., *Legal AI Systems in the EU's proposed Artificial Intelligence Act* [<https://ssrn.com/abstract=3871099>], Accessed 5 October 2024

The higher the risk, the higher the regulations, restrictions, and obligations associated with the use of artificial intelligence systems.²⁴ The AIA's traditional risk conception, which defines risk as the likelihood of a hazard causing actual harm, has several limitations when applied to AI systems:

- **Opaque risk assessment.** The AIA's approach to risk assessment for high-risk AI systems (Annex III) and by providers (Article 9) lacks transparency. A more open process is needed to build trust.
- **Rigid risk categorization.** The AIA pre-defines high-risk AI applications in Annex III. However, this closed list approach is reactive rather than preventive given AI's rapid evolution. A more flexible risk assessment, such as a general AI impact assessment, could adapt quickly to emerging risks.
- **Simplistic risk quantification.** Categorizing AI systems as high-risk based on the application area contradicts the multidimensional nature of AI risks, which impact different rights and freedoms to varying degrees. An overall risk level is hard to define.²⁵
- **Overreliance on safeguards.** Expressing risk as a ratio of hazard to safeguards assumes that safeguards can sufficiently mitigate AI risks. However, AI systems are complex, can fail in unpredictable ways, and can have unintended consequences that safeguards cannot fully prevent.²⁶
- **Insufficient stakeholder involvement:** The AIA marginalizes the role of AI system users in risk assessment. Engaging diverse stakeholders, including the public, is crucial for identifying context-specific risks.²⁷

In summary, while the AIA's risk-based approach is a step forward, its concept of AI risk has shortcomings. A more nuanced, participatory and adaptable risk assessment methodology, focused on real-world scenarios rather than rigid categories, could better capture the multifaceted nature of AI risks. Continuous monitoring and adjustment are also key, as our understanding of AI risks will evolve.²⁸

²⁴ KUTEYNIKOV, D. L. – IZHAEV, O. A. Analysing Risk-Based Approach in the Draft EU Artificial Intelligence Act [<https://lida.hse.ru/article/view/18252>], Accessed 13th October 2024.

²⁵ NOVELLI, C. – CASOLARI, F. – ROTOLO, A. – TADDEO, M. – FLORIDI, L. AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act [<https://link.springer.com/article/10.1007/s44206-024-00095-1>], Accessed 17th October 2024

²⁶ KAMINSKI, M. E. Regulating the risks of AI [<https://www.bu.edu/bulawreview/files/2023/11/KAMINSKI.pdf>], Accessed 21st October 2024.

²⁷ NOVELLI, C. – CASOLARI, F. – ROTOLO, A. – TADDEO, M. – FLORIDI, L. AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act [<https://link.springer.com/article/10.1007/s44206-024-00095-1>], Accessed 17th October 2024

²⁸ DELABORDE, A. Risk assessment of artificial intelligence in autonomous machines [<https://hal.science/hal-03009978/document>], Accessed 23rd October 2024.

4.2. Minimal risk

The AIA classifies the lowest level of risk as minimal risk. This category encompasses all AI systems that are not included in the other mentioned groups, such as spam blockers, AI-driven video games, and inventory control systems²⁹. AI systems at this level are not subject to any compulsory restrictions or obligations. Nevertheless, adhering to general principles, such as human oversight, non-discrimination, and fairness is recommended. These programs are already extensively utilized and constitute the majority of the AI technologies that we use regularly.³⁰

4.3. Limited risk

Second lowest level of risk according to AIA is limited risk. The only regulation and/or obligation established for this level of risk is transparency obligations.³¹ Article 52 of the AIA states that providers must design and develop AI systems intended for direct interaction with individuals so that these individuals are aware that they are communicating with an AI, unless it is obvious to a reasonably informed, observant, and prudent person under the given circumstances and context. This requirement does not apply to AI systems that are legally permitted to detect, prevent, investigate, and prosecute crimes, provided that they include suitable protections for third-party rights and freedoms, unless these systems are publicly accessible for reporting of criminal activities.³²

Providers of AI systems, including those that produce synthetic audio, images, video, or text, must ensure that their outputs are marked in a machine-readable format to indicate that they are artificially generated or manipulated. Providers should ensure that their technical solutions are effective, interoperable, robust, and reliable, as much as technically possible, considering the specificities and limitations of various content types, implementation costs, and the generally recognized state of the art, as set out in relevant technical standards. This requirement does not apply to AI systems that merely assist in standard editing or do not significantly change the input data or its semantics provided by the deployer, nor to systems legally enabled to detect, prevent, investigate, and prosecute crimes.³³

²⁹ FTI Journal, *The Four Risks of the EUs Artificial Intelligence Act: Is Your Company Ready?* [<https://www.fticonsulting.com/insights/fti-journal/four-risks-eus-artificial-intelligence-act>], Accessed 8 October 2024

³⁰ Trail, *EU AI Act: How risk is classified*, [<https://www.trail-ml.com/blog/eu-ai-act-how-risk-is-classified>], Accessed 8 October 2024

³¹ MESARČIK, M. – SLOSIAROVÁ, N. – PODROUŽEK, J. – BIELIKOVÁ, M. Stance on the regulation of Generative Artificial Intelligence [https://www.researchgate.net/publication/378944017_Stance_on_the_Regulation_of_Generative_Artificial_Intelligence], Accessed 26th October 2024.

³² Article 52, paragraph (1) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

³³ Article 52, paragraph (1a) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

Deployers of emotion recognition or biometric categorization systems must notify the individuals exposed to these systems about their operation and process personal data in compliance with Regulation (EU) 2016/679, Regulation (EU) 2016/1725, and Directive (EU) 2016/280, as relevant. This obligation does not apply to AI systems used for biometric categorization and emotion recognition that are legally authorized to detect, prevent, and investigate criminal offenses, provided that they include adequate protections of the rights and freedoms of third parties and adhere to Union law.³⁴

Deployers of AI systems that create or alter images, audio, or video content to produce deep fakes must disclose that the content is artificially generated or manipulated. This requirement does not apply when the use is legally authorized for the detection, prevention, investigation, or prosecution of criminal offenses. When the content is clearly part of an artistic, creative, satirical, or fictional work or program, the transparency requirements are confined to appropriately disclosing the existence of such generated or manipulated content without interfering with the presentation or enjoyment of the work. Deployers of AI systems that generate or manipulate text intended for public information on matters of public interest must disclose that the text is artificially generated or manipulated. This obligation does not apply when the use is legally authorized for the detection, prevention, investigation, and prosecution of criminal offenses, or when the AI-generated content is subject to human review or editorial control, and a natural or legal person is editorially responsible for its publication.³⁵

The information described in paragraphs 1 to 3 must be clearly and distinctly provided to the relevant individuals no later than the time of their first interaction or exposure. This information must comply with all applicable accessibility standards.³⁶

In conclusion, the only obligation associated with using limited risk AI systems (such as chat-bots) established in the AIA is, that the natural person using AI system has to be notified about the fact, that he is interacting with AI, not with a human. The same goes for deep fakes and other altered images, audio, video or other content.

Article 52 of the AIA addresses transparency concerning human interaction with AI systems, introducing the term "natural persons" as those engaging with these systems. This terminology introduces potential confusion with other terms used within the AIA, such as "user." Therefore, it would be beneficial for the AIA to clarify whether these subject categories differ from one another.³⁷

³⁴ Article 52, paragraph (2) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

³⁵ Article 52, paragraph (3) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

³⁶ Article 52, paragraph (3a) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

³⁷ EBERS, M. – HOCH, V. R. S. – ROSENKRANZ, F. – RUSCHEMEIER, H. – STEINRÖTTER, B. The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS) [https://www.researchgate.net/publication/355281617_The_European_Commission's_Proposal_f_or_an_Artificial_Intelligence_ActA_Critical_Assessment_by_Members_of_the_Robotics_and_AI_Law_Society_RAILS], Accessed 9th October 2024

AI systems with generative capabilities, such as ChatGPT, are not designated as high-risk under the AIA. However, they are subject to aforementioned transparency directives and must adhere to EU copyright regulations by:

- clearly indicating when output is AI-generated;
- ensuring the AI model does not produce content that violates legal standards;
- providing public summaries of copyrighted material utilized in their training processes.

General-purpose AI models with the potential for widespread impact, such as the more sophisticated GPT-4, are required to undergo comprehensive assessments. Providers must report significant incidents related to these models to the European Commission.³⁸

4.4. High risk

The AIA establishes a regulatory framework for AI systems, categorizing them based on the level of risk they pose. High-risk AI systems are subject to stringent obligations for various stakeholders, including providers, users, and importers. High-risk AI systems are defined in two ways:

- **Systems as safety components or products.** AI systems that are used as safety components of products or are themselves products covered by Union harmonisation legislation listed in Annex II, such as machinery, medical devices, or toys, are considered high-risk if they are required to undergo a third-party conformity assessment;³⁹
- **Systems covered in Annex III of the AIA.** AI systems that fall under the categories listed in Annex III of the AIA are also considered high-risk. Annex III outlines eight specific areas where the use of AI systems is deemed high-risk due to their potential impact on health, safety, or fundamental rights.⁴⁰

The specific use cases within each area are as follows:

- **Biometrics** (when permitted by relevant Union or national law):
 - ✓ remote biometric identification systems (excluding biometric verification for identity confirmation);
 - ✓ AI systems for biometric categorization based on sensitive or protected attributes;

³⁸ *EU AI Act: first regulation on artificial intelligence*

[<https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>], Accessed 9 October 2024

³⁹ Article 6, paragraph (1), letter (a) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁴⁰ Article 6, paragraph (2) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

- ✓ AI systems for emotion recognition.⁴¹
- **Critical infrastructure**
 - ✓ AI systems used as safety components in managing and operating critical digital infrastructure, road traffic, water, gas, heating, and electricity supply;⁴²
- **Education and vocational training**
 - ✓ AI systems used to determine access or admission to educational and vocational training institutions;
 - ✓ AI systems used to evaluate learning outcomes and steer the learning process;
 - ✓ AI systems used to assess appropriate education levels for individuals;
 - ✓ AI systems used to monitor and detect prohibited behaviour during tests.⁴³
- **Employment, workers management, and access to self-employment**
 - ✓ AI systems used for recruitment, selection, and job advertisements;
 - ✓ AI systems used to make decisions affecting work relationships, promotion, termination, task allocation, and performance evaluation.⁴⁴
- **Access to and enjoyment of essential private and public services and benefits**
 - ✓ AI systems used by public authorities to evaluate eligibility for essential public assistance benefits and services;
 - ✓ AI systems used to evaluate creditworthiness or establish credit scores (except for detecting financial fraud);
 - ✓ AI systems used to evaluate and classify emergency calls and dispatch emergency services;
 - ✓ AI systems used for risk assessment and pricing in life and health insurance.⁴⁵
- **Law enforcement** (when permitted by relevant Union or national law):
 - ✓ AI systems used to assess the risk of a person becoming a victim of criminal offenses;
 - ✓ AI systems used as polygraphs and similar tools;

⁴¹ Annex III, paragraph (1) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁴² Annex III, paragraph (2) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁴³ Annex III, paragraph (3) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁴⁴ Annex III, paragraph (4) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁴⁵ Annex III, paragraph (5) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

- ✓ AI systems used to evaluate the reliability of evidence in criminal investigations or prosecutions;
 - ✓ AI systems used to assess the risk of offending or re-offending and to assess personality traits, characteristics, or past criminal behaviour;
 - ✓ AI systems used for profiling in the course of detection, investigation, or prosecution of criminal offenses.⁴⁶
- **Migration, asylum, and border control management** (when permitted by relevant Union or national law)
 - ✓ AI systems used as polygraphs and similar tools;
 - ✓ AI systems used to assess risks posed by individuals entering or intending to enter a Member State;
 - ✓ AI systems used to assist in examining applications for asylum, visa, and residence permits;
 - ✓ AI systems used to detect, recognize, or identify natural persons (except for travel document verification).⁴⁷
 - **Administration of justice and democratic processes**
 - ✓ AI systems used by judicial authorities to research, interpret, and apply the law to concrete facts;
 - ✓ AI systems used to influence the outcome of elections, referenda, or voting behaviour (excluding administrative and logistical tools not directly exposed to natural persons).⁴⁸

These high-risk use cases are subject to specific obligations and requirements under the AIA to ensure their safety, transparency, and respect for fundamental rights. Each area contains specific use cases that are considered high-risk. The Commission has the authority to amend Annex III to include additional AI systems that are intended to be used in any of the listed areas and pose a risk of harm or negative impact on fundamental rights equivalent to or worse than the systems already indicated.⁴⁹ For the legal sector, the area of 'administration of justice and democratic processes' is particularly relevant. This includes AI systems used by judicial authorities to assist in researching and interpreting facts and the law, as well as in applying the law to specific situations. It also covers AI systems that could influence the outcome of elections or referenda or the voting behaviour of individuals.⁵⁰ The AIA's risk-based approach aims to ensure that AI systems are

⁴⁶ Annex III, paragraph (6) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁴⁷ Annex III, paragraph (7) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁴⁸ Annex III, paragraph (8) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁴⁹ Article 6, paragraph (2d) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

⁵⁰ Annex III, paragraph (8) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 9 October 2024

developed and used in a way that respects safety and fundamental rights, while fostering innovation and adoption of AI. Providers, users, and importers of high-risk AI systems must comply with the obligations set out in the AIA to ensure that those systems are safe and trustworthy.

4.5. Requirements for high-risk ai systems

The AIA imposes several key requirements on providers of high-risk AI systems under Chapter 2 (Articles 9-15) to ensure these systems are safe, transparent, and respect fundamental rights.⁵¹ Some of the most notable obligations include:

- ✓ **Risk Management System:**⁵²
- ✓ providers must create, implement, document and maintain a risk management system for high-risk AI systems throughout their entire lifecycle;
- ✓ this is a continuous iterative process requiring regular systematic updating;
- ✓ it includes identifying and analysing foreseeable risks, estimating and evaluating emerging risks, and adopting appropriate risk management measures;
- ✓ the aim is to ensure any residual risk is acceptable if the system is used as intended.⁵³

- **Data and Data Governance:**⁵⁴
- ✓ training, validation and testing datasets must be relevant, representative, error-free and complete;⁵⁵
- ✓ datasets must have appropriate statistical properties and take into account the system's intended purpose, characteristics and risk of harm.⁵⁶

⁵¹ EDWARDS, L. Expert explainer: The EU AI Act proposal [<https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/eu-ai-act-explainer/>], Accessed 10th October 2024.

⁵² Article 9 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁵³ MANEK, D. – TOM, K. – YUSHCHAK, C. EU's AI Act: AI Risk Management System [<https://www.jdsupra.com/legalnews/eu-s-ai-act-ai-risk-management-system-7305502/>], Accessed 15th October 2024.

⁵⁴ Article 10 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁵⁵ SULLIVAN, M. AI Data Governance: Ensuring Ethical Use and Security [<https://transcend.io/blog/ai-data-governance>], Accessed 10th April 2024.

⁵⁶ TOLSON, B. Managing AI to Ensure Compliance with Data Privacy Laws [<https://www.smarsh.com/blog/thought-leadership/managing-ai-to-ensure-compliance-with-data-privacy-laws>], Accessed 11th October 2024.

- **Technical Documentation:**⁵⁷
 - ✓ detailed technical documentation must be prepared before a high-risk system is placed on the market or put into operation;⁵⁸
 - ✓ documentation should prove the system's compliance with the AI Act's requirements.⁵⁹
- **Record-keeping:**⁶⁰
 - ✓ high-risk AI systems must have capabilities enabling automatic recording of events ('logs') throughout their lifecycle.⁶¹
- **Transparency and Provision of Information to Users:**⁶²
 - ✓ high-risk AI systems must be designed and developed to ensure their operation is transparent enough to allow users to appropriately interpret and use the system's output;
 - ✓ clear instructions for use must be provided, including the system's characteristics, capabilities, limitations, and risks.⁶³
- **Human Oversight:**⁶⁴
 - ✓ high-risk AI systems must be designed to allow effective human oversight throughout their lifecycle;
 - ✓ human supervision aims to prevent or minimize risks to health, safety or fundamental rights;
 - ✓ measures can include the ability to decide not to use the system, override or reverse its output, or intervene during operation.⁶⁵

⁵⁷ Article 11 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁵⁸ HILLEARY, J. Breaking Down the New EU Regulations for Artificial Intelligence [<https://www.eckerson.com/articles/breaking-down-the-new-eu-regulations-for-artificial-intelligence>], Accessed 10th April 2024

⁵⁹ VILLEGAS B., M. What U.S. Regulators can Learn from the EU AI Act [<https://epic.org/what-u-s-regulators-can-learn-from-the-eu-ai-act/>], Accessed 11th October 2024.

⁶⁰ Article 12 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁶¹ HILLEARY, J. Breaking Down the New EU Regulations for Artificial Intelligence [<https://www.eckerson.com/articles/breaking-down-the-new-eu-regulations-for-artificial-intelligence>], Accessed 10th April 2024

⁶² Article 13 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁶³ *The AI regulation: from transparency obligations to banning AI with unacceptable risks* [<https://www.turing.law/the-ai-regulation-from-transparency-obligations-to-banning-ai-with-unacceptable-risks/>], Accessed 10 October 2024

⁶⁴ Article 14 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁶⁵ DEMIRCAN, M. Users of High-Risk AI Systems: What will be your obligations under the EU AI Act? [<https://www.linkedin.com/pulse/users-high-risk-ai-systems-what-your-obligations-under-demircan>], Accessed 24th October 2024.

- **Accuracy, Robustness and Cybersecurity:**⁶⁶
 - ✓ high-risk AI systems must be resilient against errors, mistakes or inconsistencies that may occur within the system or its operating environment,⁶⁷
 - ✓ they must have appropriate levels of accuracy, robustness and cybersecurity in relation to their intended purpose.⁶⁸

Compliance with these requirements is assessed through a mandatory conformity assessment before placing high-risk systems on the market⁶⁹. Failure to comply can result in fines of up to 6% of a company's total worldwide annual turnover.⁷⁰ The AI Act's risk-based approach aims to ensure that AI systems are trustworthy and respect fundamental rights while enabling innovation. However, some argue the requirements could be challenging for providers to implement in practice and can create barriers for smaller companies.^{71, 72}

4.6. Prohibited ai practices⁷³

AI systems that conflict with the values of the Union, for example by violating fundamental rights, are considered unacceptable and prohibited under Article 5. This includes AI that uses subliminal techniques, exploits vulnerabilities of specific groups, is used by public authorities for social evaluation or involves 'real-time' remote biometric identification in publicly accessible spaces for law enforcement purposes. While the prohibited AI practices under Article 5 are well-defined and subject to additional requirements, the categorization raises several issues. First, an AI system can be separated from other technologies it is combined with, potentially allowing it to avoid the letter of the prohibited categories while still violating their spirit. Second, each category raises complex transdisciplinary questions involving the legal, psychological, neurological, and technological domains, requiring

⁶⁶ Article 15 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁶⁷ TOLSON, B. Managing AI to Ensure Compliance with Data Privacy Laws [<https://www.smarsh.com/blog/thought-leadership/managing-ai-to-ensure-compliance-with-data-privacy-laws>], Accessed 11th October 2024.

⁶⁸ HILLEARY, J. Breaking Down the New EU Regulations for Artificial Intelligence [<https://www.eckerson.com/articles/breaking-down-the-new-eu-regulations-for-artificial-intelligence>], Accessed 10th April 2024

⁶⁹ EDWARDS, L. Expert explainer: The EU AI Act proposal [<https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/eu-ai-act-explainer/>], Accessed 10th October 2024

⁷⁰ EGAN, H. – SCHRÖDER, C. – YAVORSKY, S. The New EU Approach to the Regulation of Artificial Intelligence [<https://www.orrick.com/en/Insights/2021/05/The-New-EU-Approach-to-the-Regulation-of-Artificial-Intelligence>], Accessed 10th October 2024.

⁷¹ EGAN, H. – SCHRÖDER, C. – YAVORSKY, S. The New EU Approach to the Regulation of Artificial Intelligence [<https://www.orrick.com/en/Insights/2021/05/The-New-EU-Approach-to-the-Regulation-of-Artificial-Intelligence>], Accessed 10th October 2024

⁷² VILLEGAS B., M. What U.S. Regulators can Learn from the EU AI Act [<https://epic.org/what-u-s-regulators-can-learn-from-the-eu-ai-act/>], Accessed 11th October 2024.

⁷³ Article 5 of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

thorough scientific and transdisciplinary investigation. In summary, the AIA's horizontal approach to AI regulation is ambitious and forward-looking, but faces challenges in ensuring consistency, coherence, and adaptability given the rapid evolution and convergence of AI with other technologies. The risk-based categorization, particularly the prohibited AI practices, requires careful consideration and ongoing transdisciplinary research to effectively address the complex issues raised by AI systems.⁷⁴

The key prohibited AI practices (which pose an unacceptable risk) set out in the Article 5 of the AIA are:

- **Subliminal AI Systems.** AI systems that deploy subliminal techniques outside of a person's awareness to materially distort behaviour in a way that causes or is likely to cause physical or psychological harm;^{75, 76}
- **Practices Exploiting Vulnerabilities.** AI systems that exploit any of the vulnerabilities of a specific group of persons due to their age, physical or mental disability, in order to materially distort the behaviour of a person pertaining to that group in a manner that causes or is likely to cause physical or psychological harm;^{77, 78}
- **Social Scoring Systems.** AI systems used by or on behalf of public authorities to assess or classify the trustworthiness of natural persons over a period of time based on their social behaviour or known or predicted personal or personality characteristics;^{79, 80}
- **'Real-Time' Remote Biometric Identification Systems.** The use of 'real-time' remote biometric identification systems in publicly accessible areas for law enforcement purposes, with a few narrow exceptions;^{81, 82}

⁷⁴ NEUWIRTH, R. J. – MIGLIORINI, S. Unacceptable Risks in Human-AI Collaboration: Legal Prohibitions in Light of Cognition, Trust and Harm [<https://ceur-ws.org/Vol-3547/paper4.pdf>], Accessed 10th April 2024.

⁷⁵ NEUWIRTH, R. J. Prohibited Artificial Intelligence Practices in the Proposed EU Artificial Intelligence Act [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4261569], Accessed 14th October 2024

⁷⁶ Article 5, paragraph (1), letter (a) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁷⁷ Article 5, paragraph (1), letter (b) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁷⁸ NEUWIRTH, R. J. Prohibited Artificial Intelligence Practices in the Proposed EU Artificial Intelligence Act [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4261569], Accessed 14th October 2024

⁷⁹ Article 5, paragraph (1), letter (ba) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁸⁰ LAWSON, A. The EU AI Act Explained: Tracking Developments for Responsible AI [<https://www.responsible.ai/the-eu-ai-act-explained-tracking-developments-for-responsible-ai/>], Accessed 10th April 2024.

⁸¹ Article 5, paragraph (1), letter (d) of the AIA [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 10 October 2024

⁸² NEUWIRTH, R. J. Prohibited Artificial Intelligence Practices in the Proposed EU Artificial Intelligence Act [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4261569], Accessed 14th October 2024

- "post" remote biometric identification systems, with the sole exception of law enforcement agencies for the prosecution of serious crimes and only after judicial authorization;⁸³
- biometric categorization systems using sensitive characteristics (e.g. gender, race, ethnicity, citizenship status, religion, political orientation);
- predictive policing systems (based on profiling, location or past criminal behaviour);⁸⁴
- emotion recognition systems in law enforcement, border management, workplace, and educational institutions;⁸⁵
- indiscriminate scraping of biometric data from social media or CCTV footage to create facial recognition databases (in violation of the GDPR).⁸⁶

These prohibited AI practices are considered to pose unacceptable risks to fundamental rights, and the AIA aims to eliminate these risks by banning the development and use of such systems. The goal is to ensure that AI is developed and deployed in a trustworthy way that respects EU values and protects individuals from harm.⁸⁷ Indeed, several commentators have expressed concerns about the intrusive and potentially harmful nature of certain AI systems, particularly those used for manipulation, social assessment, and biometric identification. They have called for stricter protections and prohibitions in the AIA to protect fundamental rights and prevent abuse.⁸⁸

CONCLUSION

During the research carried out while processing this paper we answered the research question: **How can the AIA contribute to creating a regulated and ethical environment for the development and use of AI technologies in the EU?**

During our research we validated most of our hypotheses, leading us to conclude that the AIA can facilitate the establishment of a regulated and ethical environment

⁸³ *AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence* [<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence>], Accessed 10 October 2024

⁸⁴ *AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence* [<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence>], Accessed 10 October 2024

⁸⁵ *AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence* [<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence>], Accessed 10 October 2024

⁸⁶ *AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence* [<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence>], Accessed 10 October 2024

⁸⁷ NEUWIRTH, R. J. – MIGLIORINI, S. Unacceptable Risks in Human-AI Collaboration: Legal Prohibitions in Light of Cognition, Trust and Harm [<https://ceur-ws.org/Vol-3547/paper4.pdf>], Accessed 10th April 2024.

⁸⁸ NEUWIRTH, R. J. Prohibited Artificial Intelligence Practices in the Proposed EU Artificial Intelligence Act [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4261569], Accessed 14th October 2024

for AI technology development and usage in the EU. We discovered that the AIA emphasizes transparency and oversight, which are critical elements aimed at minimizing risks tied to high-risk AI systems. Similarly, the division of risks into four levels and the obligations associated with each tier seem to be an effective modification that we believe will help strike a balance between the rigidity of the regulations and the potential danger in each tier. On the downside, we negatively evaluate the ramifications for SMEs, as they might struggle to adhere to the AIA regulations without support, potentially hampering their financial condition. On a positive note, we observe that the AIA could enhance public confidence by integrating rules concerning AI explanation, algorithm transparency, and the provision of documentation to users dealing with high-risk AI systems.

EVALUATION OF THE HYPOTHESES

“The AIA effectively reduces the risks associated with high-risk AI systems by means of mandatory transparency and supervision requirements.”

The theory has been **proven**. The AIA's focus on transparency and oversight is a key aspect designed to reduce the risks associated with high-risk AI systems. High-risk AI systems must be subject to strict controls to verify that developers and operators adhere to ethical standards, transparency needs, and security protocols. This requires thorough documentation and sharing of data needed by stakeholders and regulators.⁸⁹ Moreover, the monitoring is necessary to ensure continuous supervision to prevent abuse and guarantee the proper functioning of these systems. These measures address the risks directly by enforcing a strict level of transparency and accountability for developers and operators of AI systems thereby reducing potential dangers.⁹⁰

“The introduction of risk categories into the AIA enables more effective risk management and protection of citizens' fundamental rights.”

This theory has been **proven**. The AIA categorizes risks into unacceptable, high-risk, limited risk, and minimal risk categories to tailor regulation, striking a balance between regulatory intensity and the level of potential harm associated with each category. The AIA can better allocate regulatory resources by implementing strict controls on high-risk systems and providing less oversight on low-risk applications.⁹¹ This method prioritizes the protection of citizens' fundamental rights by focusing on

⁸⁹ WAGNER, M. – BORG, M. – RUNESON, P. Navigating the Upcoming European Union AI Act. In: IEEE Software, Vol. 41, No. 1 (2024) DOI: <https://doi.org/10.1109/MS.2023.3322913>. Accessed on 25th October 2024

⁹⁰ SOVRANO, F. – SAPIENZA, S. – PALMIRANI, M. – VITALI, F. *Metrics, Explainability and the European AI Act Proposal*. In: J, Vol. 5, No. 1 (2022) DOI: <https://doi.org/10.3390/j5010010>. Accessed on 25th October 2024

⁹¹ HELBERGER, N. – DIAKOPOULOS, N. The European AI Act and How It Matters for Research into AI in Media and Journalism. In: Digital Journalism, Vol. 11, No. 9 (2023) DOI: <https://doi.org/10.1080/21670811.2022.2082505>. Accessed on 25th October 2024

areas such as biometric identification and credit scoring that have the greatest potential to impact privacy, security, and fairness, while encouraging creativity in less sensitive sectors.⁹²

“The implementation of the AIA will have a significant impact on the potential for innovation of small and medium-sized enterprises, especially given the high compliance costs associated with high-risk systems.”

This hypothesis was **partially proven**. The AIA imposes significant compliance requirements that can be challenging for SMEs, especially when working on high-risk systems. Small and medium-sized enterprises can face significant financial and administrative problems due to requirements such as transparency, regular audits and detailed documentation. Research has identified that SMEs could face difficulties in meeting these requirements without specific assistance, which could hinder their ability to innovate.⁹³ Nevertheless, the AIA offers ways to alleviate some challenges for smaller organizations, such as offering regulatory sandboxes and enabling personalized support from EU and national governments.

“Clarifying the transparency of high-risk AI systems under the AIA will promote public confidence in AI technology.”

This theory has been **proven**. The AIA aims to increase public trust by incorporating rules on explainable AI, algorithm transparency, and providing user documentation in high-risk AI systems. The AIA guarantees users and affected individuals greater visibility into AI decision-making processes by requiring transparent and easily understandable information about how these systems work, ultimately alleviating concerns about AI's opacity.⁹⁴ Furthermore, transparency helps build trust in AI technologies by promoting accountability and reliability. The AIA's emphasis on transparency is a key element in building a reliable AI ecosystem.⁹⁵

The AIA represents a monumental advancement in global regulation and oversight of AI usage, constituting a framework intended to ensure fairness and respect for human rights. It addresses the most pressing challenges associated with high-risk AI technologies by establishing a regulatory structure based on risk

⁹² VEALE, M. – BORGESIU, F.Z. Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act: Analyzing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach. *CRi Computer Law Review International*, Vol. 4 (2021) DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed on 25th October 2024

⁹³ HACKER, P. The European AI Liability Directives: Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future. Working Paper (2023). Accessed on 25th October 2024

⁹⁴ SOVRANO, F. – SAPIENZA, S. – PALMIRANI, M. – VITALI, F. *Metrics, Explainability and the European AI Act Proposal*. In: *J*, Vol. 5, No. 1 (2022) DOI: <https://doi.org/10.3390/j5010010>. Accessed on 25th October 2024

⁹⁵ WAGNER, M. – BORG, M. – RUNESON, P. Navigating the Upcoming European Union AI Act. In: *IEEE Software*, Vol. 41, No. 1 (2024) DOI: <https://doi.org/10.1109/MS.2023.3322913>. Accessed on 25th October 2024

assessment and fostering accountability. The AIA seeks to safeguard individuals and society at large from potential threats and nurture an environment where AI can be employed in a safe and ethical manner. Although the AIA is primarily designed to bolster AI regulation within the European Union, it also poses challenges for small and medium-sized enterprises, which may perceive compliance as burdensome and costly. Our overall perception of the AIA is positive, and we anticipate to see its practical application.

REFERENCES

1. AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence [<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence>], Accessed 28th October 2024.
2. Breaking Down the New EU Regulations for Artificial Intelligence [<https://www.eckerson.com/articles/breaking-down-the-new-eu-regulations-for-artificial-intelligence>], Accessed 13th October 2024.
3. Connecting the dots in trustworthy Artificial Intelligence: From AI principles, ethics, and key requirements to responsible AI systems and regulation [<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1566253523002129>], Accessed 14th October 2024.
4. DELABORDE, A. Risk assessment of artificial intelligence in autonomous machines [<https://hal.science/hal-03009978/document>], Accessed 23rd October 2024.
5. DEMIRCAN, M. Users of High-Risk AI Systems: What will be your obligations under the EU AI Act? [<https://www.linkedin.com/pulse/users-high-risk-ai-systems-what-your-obligations-under-demircan>], Accessed 24th October 2024.
6. EBERS, M. – HOCH, V. R. S. – ROSENKRANZ, F. – RUSCHEMEIER, H. – STEINRÖTTER, B. The European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act—A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS) [https://www.researchgate.net/publication/355281617_The_European_Commission's_Proposal_for_an_Artificial_Intelligence_Act_A_Critical_Assessment_by_Members_of_the_Robotics_and_AI_Law_Society_RAILS], Accessed 9th October 2024.
7. EDWARDS, L. Expert explainer: The EU AI Act proposal [<https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/eu-ai-act-explainer/>], Accessed 10th October 2024.
8. EGAN, H. – SCHRÖDER, C. – YAVORSKY, S. The New EU Approach to the Regulation of Artificial Intelligence [<https://www.orrick.com/en/Insights/2021/05/The-New-EU-Approach-to-the-Regulation-of-Artificial-Intelligence>], Accessed 10th October 2024.
9. EU AI Act: first regulation on artificial intelligence [<https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>], Accessed 9th April 2024.

10. EU AI Act: How risk is classified [<https://www.trail-ml.com/blog/eu-ai-act-how-risk-is-classified>], Accessed 8th April 2024.
11. FLORIDI, L. The European Legislation on AI: A Brief Analysis of its Philosophical Approach. In: *Philosophy & Technology*, Vol. 34, No. 2 (2021) DOI: <https://doi.org/10.1007/s13347-021-00460-9>. Accessed 11th October 2024.
12. FOREJTOVÁ, M. – ZÁRUBA, V. Kontury evropského Aktu o umělé inteligenci [<https://www.pravniprostor.cz/clanky/pravo-it/kontury-evropskeho-aktu-o-umele-inteligenci>], Accessed 7th April 2024.
13. FTI JOURNAL The Four Risks of the EUs Artificial Intelligence Act: Is Your Company Ready? [<https://www.fticonsulting.com/insights/fti-journal/four-risks-eus-artificial-intelligence-act>], Accessed 8th April 2024.
14. GASSER, U. An EU Landmark for AI Governance. In: *Science*, Vol. 380, No. 6651 (2023) DOI: <https://doi.org/10.1126/science.adj1627>. Accessed 16th October 2024.
15. HACKER, P. The European AI Liability Directives: Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future. Working Paper (2023). Accessed 18th October 2024.
16. HAATAJA, M. – BRYSON, J.J. The European Parliament's AI Regulation: Should We Call It Progress? *Amicus Curiae*, Series 2, Vol. 4, No. 3 (2023) Accessed 20th October 2024.
17. HELBERGER, N. – DIAKOPOULOS, N. The European AI Act and How It Matters for Research into AI in Media and Journalism. In: *Digital Journalism*, Vol. 11, No. 9 (2023) DOI: <https://doi.org/10.1080/21670811.2022.2082505>. Accessed 27th October 2024.
18. HILLEARY, J. Breaking Down the New EU Regulations for Artificial Intelligence [<https://www.eckerson.com/articles/breaking-down-the-new-eu-regulations-for-artificial-intelligence>], Accessed 10th April 2024.
19. KAMINSKI, M. E. Regulating the risks of AI [<https://www.bu.edu/bulawreview/files/2023/11/KAMINSKI.pdf>], Accessed 21st October 2024.
20. KAZIM, E. – GÜÇLÜTÜRK, O. – ALMEIDA, D. – KERRIGAN, C. – LOMAS, E. – KOSHIYAMA, A. – HILLIARD, A. – TRENGOVE, M. Proposed EU AI Act—Presidency Compromise Text: Select Overview and Comment on the Changes to the Proposed Regulation. In: *AI and Ethics*, Vol. 3, No. 4 (2023) DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed 24th October 2024.
21. KELLNER, R. Vybrané pojmy a koncepty umelej inteligencie. In: *EPI Odborné články*, 2024. <https://www.epi.sk/odborny-clanok/vybrane-pojmy-a-koncepty-umelej-inteligencie.htm>. Accessed 22nd October 2024.
22. KUTEYNIKOV, D. L. – IZHAEV, O. A. Analysing Risk-Based Approach in the Draft EU Artificial Intelligence Act [<https://lida.hse.ru/article/view/18252>], Accessed 13th October 2024.
23. LAWSON, A. The EU AI Act Explained: Tracking Developments for Responsible AI [<https://www.responsible.ai/the-eu-ai-act-explained-tracking-developments-for-responsible-ai/>], Accessed 10th April 2024.

24. MANEK, D. – TOM, K. – YUSHCHAK, C. EU's AI Act: AI Risk Management System [<https://www.jdsupra.com/legalnews/eu-s-ai-act-ai-risk-management-system-7305502/>], Accessed 15th October 2024.
25. MESARČÍK, M. – SLOSIAROVÁ, N. – PODROUŽEK, J. – BIELIKOVÁ, M. Stance on the regulation of Generative Artificial Intelligence [https://www.researchgate.net/publication/378944017_Stance_on_the_Regulation_of_Generative_Artificial_Intelligence], Accessed 26th October 2024.
26. NEUWIRTH, R. J. Prohibited Artificial Intelligence Practices in the Proposed EU Artificial Intelligence Act [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4261569], Accessed 14th October 2024.
27. NEUWIRTH, R. J. – MIGLIORINI, S. Unacceptable Risks in Human-AI Collaboration: Legal Prohibitions in Light of Cognition, Trust and Harm [<https://eur-ws.org/Vol-3547/paper4.pdf>], Accessed 10th April 2024.
28. NOVELLI, C. – CASOLARI, F. – ROTOLO, A. – TADDEO, M. – FLORIDI, L. AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act [<https://link.springer.com/article/10.1007/s44206-024-00095-1>], Accessed 17th October 2024.
29. NOVELLI, C. – CASOLARI, F. – ROTOLO, A. – TADDEO, M. – FLORIDI, L. Taking AI risks seriously: a new assessment model for the AI Act [<https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-023-01723-z>], Accessed 23rd October 2024.
30. Position Paper on the Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts [<https://www.internetforum.eu/component/attachments/attachments.html?task=view&id=7034>], Accessed 15th October 2024.
31. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>], Accessed 12th October 2024.
32. SCHWEMER, S. F. – TOMADA, L. – PASINI, T. Legal AI Systems in the EU's proposed Artificial Intelligence Act [<https://ssrn.com/abstract=3871099>], Accessed 10th October 2024.
33. SOUKUPOVÁ, J. Návrh nařízení o umělé inteligenci aneb první podoba budoucí regulace umělé inteligence v EU [<https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/navrh-narizeni-o-umele-inteligenci-aneb-prvni-podoba-budouci-regulace-umele-inteligence-v-eu>], Accessed 14th October 2024.
34. SOVRANO, F. – SAPIENZA, S. – PALMIRANI, M. – VITALI, F. Metrics, Explainability and the European AI Act Proposal. In: J, Vol. 5, No. 1 (2022) DOI: <https://doi.org/10.3390/j5010010>. Accessed 25th October 2024.
35. SULLIVAN, M. AI Data Governance: Ensuring Ethical Use and Security [<https://transcend.io/blog/ai-data-governance>], Accessed 10th April 2024.

36. The AI Act [<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>], Accessed 28th October 2024.
37. The AI regulation: from transparency obligations to banning AI with unacceptable risks [<https://www.turing.law/the-ai-regulation-from-transparency-obligations-to-banning-ai-with-unacceptable-risks/>], Accessed 10th April 2024.
38. TOLSON, B. Managing AI to Ensure Compliance with Data Privacy Laws [<https://www.smarsh.com/blog/thought-leadership/managing-ai-to-ensure-compliance-with-data-privacy-laws>], Accessed 11th October 2024.
39. Trail, EU AI Act: How risk is classified [<https://www.trail-ml.com/blog/eu-ai-act-how-risk-is-classified>], Accessed 13th October 2024.
40. Users of High-Risk AI Systems: What will be your obligations under the EU AI Act? [<https://www.linkedin.com/pulse/users-high-risk-ai-systems-what-your-obligations-under-demircan>], Accessed 10th April 2024.
41. VEALE, M. – BORGESIU, F.Z. Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act: Analyzing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach. *CRi Computer Law Review International*, Vol. 4 (2021) DOI: <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00179-z>. Accessed 24th October 2024.
42. VILLEGAS B., M. What U.S. Regulators can Learn from the EU AI Act [<https://epic.org/what-u-s-regulators-can-learn-from-the-eu-ai-act/>], Accessed 11th October 2024.
43. WAGNER, M. – BORG, M. – RUNESON, P. Navigating the Upcoming European Union AI Act. In: *IEEE Software*, Vol. 41, No. 1 (2024) DOI: <https://doi.org/10.1109/MS.2023.3322913>. Accessed 21st October 2024.

CONTACT INFORMATION

andrej.orinak@student.upjs.sk
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law
Kováčska 26
040 75 Košice
Slovenská republika

dr Aneta Paleczna¹

University of Silesia, Faculty of Law and Administration

Damage to the company and damage to the shareholder. Conditions for accepting the concept of indirect damage²

Abstract

The concept of indirect violation of rights and interests requires consideration on the grounds of company law. This requires an analysis of the relationship between the company's injury and the shareholder's injury, including the shareholder's rights. No less important is the determination if a shareholder fits into the concept of indirect victim, and the company - of the directly injured party. Finally, it must be considered if the conception of indirect violation of rights and interests can easily fit into the area of commercial companies.

Key words: indirect violation of rights and interests, indirect damage, joint-stock company, shareholder.

JEL Classification: K15, K20, K22, K33

INTRODUCTION

The concept of indirect violation of rights and interests must be considered not only in the context of harm suffered as a result of death of a close person or grievous bodily injury but also in the context of capital companies. Although a joint-stock company is a pure capital form, the main assumptions of the indirect damage conception can be tracked down when determining liability in the relation between the wrongdoer and the stock- or shareholder.

In this context, a question arises about the criteria of distinguishing between the damage suffered by a shareholder (stockholder, member) and the damage suffered by the company. An answer will require careful analysis of the relationship between the capital company and the shareholder. The question cannot be divorced from the rights vested in a shareholder and from the status of shares or stocks, amounting to subjective rights.

¹ PhD, Institute of Law, Faculty of Law and Administration, University of Silesia in Katowice, attorney in Katowice Bar Association, ORCID: 0000-0001-7951-200.

² This research was funded in full by the National Science Centre, Poland, project number: 2021/41/N/HS5/02285. For the purpose of Open Access, the author has applied a CC-BY public copyright licence to any Author Accepted Manuscript (AAM) version arising from this submission. The article is financed from the funds available under a project of the National Science Centre, Poland, project number: 2021/41/N/HS5/02285.

The analysis will allow to establish if and to what extent a shareholder is entitled to seek redress for damage that can be expressed in a reduction of the value of stocks, shares or incomes associated with holding stocks or shares as a consequence of damage caused to the company. Within this subjective framework, no less important is the determination if a shareholder fits into the concept of indirect victim, and the company – of the directly injured party. Finally, it must be considered if the conception of indirect violation of rights and interests can easily fit into the area of commercial companies.

1. THE NATURE OF SHARES AND STOCKS

As a consequence of development of market economy, an increasing role for the development of enterprises has been attached to their value from the point of view of shareholders.³ It was noted that an increase in the shareholder's assets affects an increase in the assets of the enterprise, which implies a relationship between the financial situation of the company and that of a shareholder.⁴

Shareholders' profit is made, in particular, through an increase in the price of shares.⁵ However, there are situations in which a reduction in the value of a stock or share is a result of a damage suffered by the company, and the party liable for the damage is a third person. Damage caused to the company affects the financial situation of its shareholders.⁶ But for the wrongdoer's behaviour, the company would have not suffered a detriment and, in consequence, the value of shares would not have been decreased. The same mechanism will apply when additional incomes are reduced relating to stock- or shareholding (dividend) or when the possibility of such payments is excluded in a situation of decline of the liquidation amount or loss of profits deriving from an increase in the value of stocks or shares. A decline in the value of the company assets translates into a decline in the value of shares (stocks), reduces the amount of dividend and the liquidation amount, which qualifies as damage suffered by a shareholder (stockholder).⁷

The legal situation of a member in a commercial company is described using the construction of subjective right.⁸ A shareholder, although being a party to the

³ WROŃSKA, E. M., Wartość dla akcjonariuszy a wartość rynkowa akcji, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio H, Oeconomia* 39, Lublin 2005, vol. XXXIX, 18, p. 251.

⁴ DULINIEC A., Zarządzanie wartością przedsiębiorstwa, *Bank i Kredyt* 1999.

⁵ Market value of a share, depending on the demand and supply mechanism, is subject to changes. Financial decisions made by shareholders are verified by the market, which gives rise to the financial risk assumed by shareholders, and shareholders accept that risk as they invest their capital hoping to maximize their assets. See PANNERT M., Roszczenie odszkodowawcze z tytułu obniżenia wartości akcji, *Forum Prawnicze* 2014, p. 26.

⁶ CHAUDET F., *Droit Suisse des affaires*, Bâle, Genève, Munich 2000, p. 150.

⁷ BILEWSKA K., Dochodzenie roszczeń spółki kapitałowej przez jej współników (*actio pro socio*), Warszawa 2008, p. 70-75.

⁸ JACYSZYN J. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, eds. J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2011, p. 11; PYZIOŁ W. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, ed. W. Pyziół, Warszawa 2008, p. 13.

company deed, is at the same time a part of a certain organizational structure.⁹ The substance of such legal relationship¹⁰ are mutual rights and obligations of the shareholder and the company. The substance of the legal relationship of membership is expressed in the member's subjective right, which is especially valid in the context of remedies available to protect subjective rights.¹¹ In capital companies, the legal relationship is related to the holding of subjective rights assuming the form of shares or stocks. Every stock or share is a carrier of specific related rights and constitutes a separate subjective right. A share sets the shareholder within the corporate structure, reflecting the shareholder's scope of participation in the company and vesting in him or her a number of rights.¹²

2. SHARE-RELATED DAMAGE AND SHAREHOLDER'S SEPARATE DAMAGE

The Supreme Court, in the judgment of 22.06.2012, distinguished between the damage of a stockholder, being a derivative of the company's damage when the stockholder's claim is not fully independent, and an independent damage exceeding the damage caused to the company. In case of the latter, it is the stockholder that bears the burden of proving the prerequisites of liability for damage caused in consequence of indirect violation of the stockholder's rights or interests.¹³

In literature,¹⁴ shareholder's damage (reflective damage) is distinguished from share-related damage (separate damage). The former relates to a reduction in the value of a share (*damnum emergens*) or the lack of increase in its value (*lucrum cessans*). The latter, on the other hand, reflects the decrease in the value of shareholding rights being a consequence of a damage suffered by the company that, at least in part, can be compensated by redressing the company's damage. As far as shareholder's damage is concerned, it must be concluded that – despite the economic and legal ties between the company and the shareholder – it should not be understood as the company's damage. There are subjective differences in this regard (the injured

⁹ POPIOLEK W., Prawa podmiotowe uczestników spółek handlowych, dodatek do Monitora Prawniczego 2015, nr 7, p. 1018.

¹⁰ Referred to as membership, participation in the company or corporate link. See GORCZYŃSKI G., Kilka uwag o tzw. zbyciu członkostwa w handlowych spółkach osobowych (na tle art. 10 KSH), Prawo spółek 2001, nr 7-8, p. 13 et seq.; KOZIEŁ G., Przeniesienie praw i obowiązków wspólników w handlowych spółkach osobowych, Kraków 2006, p. 79 et seq.; POPIOLEK W., O dziedziczeniu udziału w spółce jawnej [in:] Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Edwarda Gniewka, Warszawa 2010, p. 485; FRĄCKOWIAK J. [in:] Kodeks handlowy. Komentarz, ed. K. Kruczałak, Warszawa 1998, p. 452; PYZIOŁ W. [in:] Prawo spółek, eds. W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, Warszawa 2014, p. 40; WEISS I., Prawa wspólników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej, Prawo spółek 1997, nr 10, p. 22.

¹¹ For more, see: POPIOLEK W., Akcja – prawo podmiotowe, Warszawa 2010.

¹² Especially in the context of so called collective rights, see OKOLSKI J., MODRZEJEWSKI J., GASIŃSKI Ł., Natura stosunku korporacyjnego spółki akcyjnej, Przegląd Prawa Handlowego 2000, nr 8, p. 13.

¹³ Judgment of the Supreme Court (hereinafter: SC) of 22.06.2012, V CSK 338/11, Legalis No. 544275.

¹⁴ PEŁCZYŃSKI M., Kompensacja szkody udziałowej – szkody wspólnika uzależnionej od szkody spółki, Monitor Prawniczy 2018, nr 18, p. 975.

party) and objective ones (the type and amount of detriment, available remedies and the causal link).¹⁵ While compensation of the former raises no doubts, the compensation of the latter does.

The proposed criterion of the division between share-related damage and shareholder's damage is not clear. It seems that the criterion boils down to a possibility to compensate for the damage suffered by the shareholder by redressing the detriment sustained by the company. As an example of separate damage of the shareholder, literature points to setting a company's vehicle on fire, as a consequence of which the shareholder's warehouse has burned.¹⁶ One cannot but agree with the thesis that such damage is compensable and that we cannot speak of any concurrent claims (or overlapping of the damages suffered by the company and the shareholder), however, it must be borne in mind that such detriment would be qualified in the same way regardless of whether the warehouse belonged to the shareholder or any other party. In other words, the detriment suffered by the shareholder is not correlated to the shareholder status in the company (the owner of the above-mentioned vehicle).

Without downplaying the arguments deployed, the considerations presented in this article will focus solely on the problems of shareholder's damage, understood as a detriment relating to the damage suffered by the company.

3. THE COMPANY'S DAMAGE AND THE SHAREHOLDER'S DAMAGE IN THE CONTEXT OF INDIRECT DAMAGE

The relationship between damage suffered by a shareholder and the damage suffered by the company can be threefold: the damage suffered by the shareholder can be a detriment equal to, greater or smaller than the company's damage. From this perspective, it should be considered if the company's claim for damages excludes the possibility of asserting a claim by the shareholder him- or herself. If it is concluded that the shareholder has a claim for damages, it must be considered if the company's claim affects the amount of compensation payable to the shareholder.

A share, in economic and legal sense, is an asset of the shareholder and not of the company.¹⁷ One of the factors that affect the value of a share is the financial condition of the company.¹⁸ In the light of the above, if the assets of the company are reduced, the market value of a share will fall. From this perspective, a decline in

¹⁵ CHŁOPECKI A., Szkada poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, p. 11-17, KALIŃSKI M., Głosa do wyroku SN z 22.06.2012 r., V CSK 338/11, *Państwo i Prawo* 2015, nr 11, p. 128.

¹⁶ PEŁCZYŃSKI M., Kompensacja szkody udziałowej – szkody współnika uzależnionej od szkody spółki (cz. I), *Monitor Prawniczy* 2018, nr 18, p. 975.

¹⁷ WYCECH D., Prawna relewancja szkody akcjonariusza stanowiącej refleks szkody spółki akcyjnej, *Prawo Spółek* 2010, nr 5, p. 44.

¹⁸ WYCECH D., Prawna relewancja szkody akcjonariusza stanowiącej refleks szkody spółki akcyjnej, *Prawo Spółek* 2010, nr 5, p. 35; CHŁOPECKI A., Szkada poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, p. 16.

the price of a share is a normal consequence of a harmful event that directly affects the company's assets, and indirectly the shareholder's assets.¹⁹

Among arguments supporting the position that a shareholder has a claim for damages, ones that come to the fore are the subjective (company and shareholder) and objective (type and scope of detriment) difference between both claims for compensation.

That said, no equation mark can be drawn between the detriment suffered by the company and the detriment suffered by the shareholder. While the damage to the company's assets can be minor, the decline in the value of shares can be significant, and the other way round – the company does not suffer damage (or the extent of damage is minor), however, a decline in the price of shares is clear.²⁰ Moreover, the harmful event can also lead to the company's liquidation in bankruptcy proceedings, and then its shares will have a zero value.

Bearing in mind the above, dissimilarities can arise not only at the stage of determining the extent of damage but also at the stage of redressing the damage. Even full compensation of the company's damage might not remedy the damage sustained by the shareholder. Especially that in case of bringing a legal action, the proceedings can take a long time, which will affect the process of restoring the asset balance. Also the method of determining the extent of damage will most often be different for the company and for the shareholder. Moreover, even positive outcome, from the point of view of the company, does not mean that the damages will be paid.²¹

A view opposing the conclusion that the damage suffered by the company constitutes the shareholder's damage is supported by Art. 486 of the Code of Commercial Partnerships and Companies (hereinafter: k.s.h.).²²

In the judgment of 22 June 2012, the Supreme Court held that admission of a stock- or shareholder's separate claim for damages cannot affect the possibility of the company's creditors to become satisfied.²³ This decision was delivered in the following factual situation. The claimant company conducted investment activities

¹⁹ PANNERT M., Roszczenie odszkodowawcze z tytułu obniżenia wartości akcji, *Forum Prawnicze* 2014, p. 35.

²⁰ As an example, one can point to acts intended to prevent bringing the company's stocks to the regulated market, which can entail less prestige for the company while the shareholder can face significant losses (*lucrum cessans*). So: SKOREK B., Odpowiedzialność za szkodę pośrednią wyrządzoną wspólnikowi (akcjonariuszowi), *Przegląd Prawa Handlowego* maj 2017, p. 31.

²¹ Moreover, the value is different of a profit-generating enterprise and of a compensatory claim for the destruction of components of an enterprise and preventing the enterprise from making a profit. So: PEŁCZYŃSKI M., Kompensacja szkody udziałowej – szkody wspólnika uzależnionej od szkody spółki, *„Monitor Prawniczy”* 2018, nr 18, p. 975.

²² The Act of 15 September 2000 – Code of Commercial Partnerships and Companies (Dz.U. 2000 nr 94 poz. 1037). Under Art. 486 § 1 k.s.h., [i]f the company does not bring an action for a redress of damage caused to it within one year of the date on which the act causing the damage is discovered, each shareholder or a person who holds another title to participate in profits or division of assets may file a suit for the redress of damage caused to the company. As a part of systemic interpretation, it can be concluded that if the rule of thumb were the assertion of claims by a shareholder against the wrongdoer, it would be unnecessary to introduce such special provision. See KALIŃSKI M., *Glosa do wyroku z 22.06.2012 r., V CSK 338/11*, *Państwo i Prawo* 2013, nr 2, p. 133.

²³ Judgment of the SC of 22.06.2012, V CSK 338/11, *Legalis* No. 544275.

of acquiring or taking up shares or stocks of entrepreneurs (mainly in the ICT sector) and introducing them to the stock exchange. In consequence of a transaction made in 1999, the claimant became the biggest stockholder of another company. In 1999, the Fiscal Control Inspector, in the course of pending proceedings, issued eight decisions covering the period from July 1998 to February 1999 in which the Inspector determined the amounts of tax arrears, interest for late payment and an additional tax liability, as a result of which the total sum executed from the company was 10,476,466.76 PLN. On the date of collecting the above liabilities, the value of the stocks held by the claimant, calculated using the accounting method, was 9,772,800 PLN, and using the income-based method – 26,305,766 PLN. From 2001 on, the company's incomes were systematically decreasing. By the judgments of 2003, the Supreme Administrative Court annulled the decisions of the Tax Chamber, however, the company eventually filed for bankruptcy. In 2004, the claimant company sold all its stockholdings in the said company.

In the opinion of the Circuit Court – and this opinion was shared by the II instance Court – if the company had not been imposed an obligation to pay and had been developing in the years 2000-2004 at a pace comparable to other enterprises in the same sector, the value of the price for the claimant's block of stocks would have increased up to 29,590,000 PLN. The Court held that the damage caused to the claimant by executing non-final tax decisions was expressed by the sum of the amounts of a hypothetical value of the block of stocks and a hypothetical dividend decreased by the dividend paid and the value of the stocks sold. Analysing the nature of the stockholder's claim as not fully independent, the Supreme Court stressed that in the company's balance there should be assets in the form of a receivable, and satisfaction of the receivable results in obtaining funds and – in consequence – in an increase of the stock price. Although there are no grounds to conclude that the assertion of a claim by the stockholder is dependent on a request being made by the company, (in the light of a derivative nature of the damage sustained by the stockholder) priority should be afforded to the protection of the company's creditors and interests of the company itself. Especially that the stockholder bears the economic risk associated with the company's activities. The above is confirmed by the liquidation of the company, under which procedure stockholders are generally satisfied after the creditors from the remaining liquidation amount.

Moreover, a problem noticeable in the context of the cited decision is the question of duration of the proceedings. It is not the case that mere submission of the claim by the company means compensation of the detriment suffered. In the same way, a shareholder – deprived of his or her own claim – would cope with the sustained damage for a long time, without any influence on the time of commencing the proceedings or the course of the proceedings initiated by the company. Moreover, in the meantime, the damage may increase.²⁴

The Supreme Court, upon re-examining the matter outlined above, emphasized that a claim for redressing a damage caused to a stockholder in consequence of unlawful tax decisions issued against the company can take the form of a supplementary claim in relation to the company's claim for damages or of the

²⁴ Judgment of the SC of 26.03.2014, V CSK 284/13, Legalis No. 994651.

stockholder's own claim arising from a damage caused through an indirect violation of the shareholder's rights and interests, reaching beyond the damage suffered by the company. At the same time, attention was drawn to the fact that a stockholder incurs the risk associated with the activities of the company whose stocks he or she bought, and that the stockholder has a claim under Art. 486 k.s.h. (*actio pro socio*).

Along similar lines, it is argued in literature that a claim for redressing a shareholder's damage can arise at the earliest when the company does not exercise its claim. And this happens in case of expiry of the limitation period prescribed for the claim or ineffective execution from the wrongdoer's assets. Until that moment the shareholder's damage should be considered as eventual damage.²⁵

However, this opinion cannot be accepted. It is unclear what should be understood as non-exercised claims – if the term includes expiry of the period for asserting claims, partial assertion of claims and, then, going to the court, or, finally, a court decision negative from the perspective of the company in respect of the asserted claims. Bearing in mind procedural aspects, duration of the proceedings, the statute of limitations for claims, adoption of this conception would offer only illusory protection to the shareholder.

Other doubts relate to the risk of double compensation of damage in a situation when a claim is brought – beside the shareholder – also by the company. In case of allowing the claims, the shareholder would be enriched, and his or her damage compensated two times.²⁶

According to the most far-reaching objection, however, in case of a harmful event assets are replaced by a claim for damages. From the point of view of the shareholder, particular assets of the company are irrelevant, and the essential part is that balance of assets and liabilities that will be settled by admitting the claim for damages.²⁷

To summarize the above considerations, my thesis is that there are no grounds to completely deprive a stock- or shareholder of the claim for compensation. Bearing in mind the diversity of factual situations, the number of possible sources of damage and market mechanisms, such an opinion would be contrary to the principles of liability for damages. In the context of the above thesis, the questions requiring thorough analysis are the scope of damage and its origination, as well as the relation between the damage suffered by the company and the shareholder's damage. Establishment of the above factual circumstances will have an essential impact on the choice of the legal remedy (grounds) and the scope of the protection sought (amount of compensation).

²⁵ OLECHOWSKI M., O relacji między szkodą poniesioną przez spółkę akcyjną a szkodą poniesioną przez akcjonariusza – polemika, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, nr 9, p. 57 – 58.

²⁶ PANNERT M., Roszczenie odszkodowawcze z tytułu obniżenia wartości akcji, *Forum Prawnicze* 2014, p. 31.

²⁷ OLECHOWSKI M., O relacji między szkodą poniesioną przez spółkę akcyjną a szkodą poniesioną przez akcjonariusza – polemika, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, nr 9, p. 16, p. 57.

4. THE CONDITIONS OF ADMITTING THE LIABILITY FOR INDIRECT VIOLATION OF RIGHTS AND INTERESTS IN THE CONTEXT OF SHAREHOLDER'S DAMAGE

Under Art. 300 k.s.h., the provisions imposing civil law liability (art. 291 k.s.h. – art. 299¹ k.s.h.) do not prejudice the rights of shareholders or third parties to seek redress for the damage on general terms.²⁸ In other words, this provision permits – notwithstanding the introduced civil law claims – to seek compensation of damage on general terms. One can only share the opinion that Art. 300 k.s.h. is not an independent basis for a claim but specifies the relation between the provisions of Title III Section I Chapter 7 k.s.h. (introducing civil law claims) and liability on general terms.²⁹ In this context, the expression “general terms” should be understood as the provisions on tortious liability (Art. 415 of the Civil Code (hereinafter: k.c.)) and contractual liability (Art. 471 and following k.c.), unjust enrichment or the terms of civil liability laid down in other legislative acts.³⁰

Seeking damages “on general terms” (Art. 300 k.s.h.) does not necessarily mean seeking compensation for damage “caused directly” to shareholders or third parties (Art. 299 k.h.), which might suggest that, under the current legislative framework, it is admissible to assert claims by indirectly injured parties. However, even in the light of the current wording of Art. 300 k.s.h., it is argued in literature that the provision does not offer to shareholders or third parties a basis for seeking redress for damage when they have not been directly injured but only suffered an indirect detriment in consequence of a damage caused to the company.³¹

The Supreme Court held otherwise in the judgment of 22 June 2012³² by sharing the opinion of the II instance Court, adjudicating in the case, that the nature of the joint-stock company does not entail a prohibition for the shareholder's seeking of compensation for a detriment to the company's assets. However, the shareholder's possibility to assert a claim for redressing a detriment deriving from the damage suffered by the company depends on proving the prerequisites of tortious liability. Expanding on this thought, the SC highlighted the need for an assessment if the damage of the company constitutes an eventual damage or damage in the form of lost profits (*lucrum cessans*). It was also noted that the company's claim for damages – even if not asserted by the entitled party – influences the shareholder's claim for

²⁸ For a joint-stock company an analogous provision is Art. 490 k.s.h., and for a simple joint-stock company – art. 300¹³⁴ k.s.h.

²⁹ RODZYNKIEWICZ M. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, ed. M. Rodzynekiewicz, Warszawa 2018, p. 703.

³⁰ MICHALSKI M. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do art. 151 – 300*, ed. A. Kidyba, Warszawa 2018, p. 928; NOWACKI A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Tom II. Komentarz. Art. 227-300 KSH*, ed. A. Nowacki, Warszawa 2021, p. 1560 et seq.

³¹ In consequence a proposal for new wording of Art. 300 k.s.h. was formulated that might change – though not without doubt – the principle of compensation of damage suffered by indirectly injured parties so that: “shareholders and third parties shall have the right to seek redress for damage notwithstanding Arts. 291 – 299 KSH”. See NOWACKI A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Tom II. Komentarz. Art. 227-300 KSH*, ed. A. Nowacki, Warszawa 2021, p. 1560 et seq.

³² Judgment of the SC of 22.06.2012, V CSK 338/11, Legalis No. 544275.

damages. It must be borne in mind that – because of the claim for damages held – the company's assets (and, in the same way, shareholding rights in the company) increase.

If we accept the thesis that it is admissible for a share- or stockholder holder to assert a claim under Art. 300 k.s.h. or Art. 490 k.s.h., the scope of this legal regime predominantly covers situations in which the damage caused to the company may give rise to a damage in the stockholder's or a third party's assets. In such situations, the relevant party is entitled to seek redress for the damage provided – as argued in literature³³ – that the prerequisites of liability for damages specified under Art 415 k.c. have been fulfilled.

Resorting to the theory of adequate causal nexus, it must be concluded that if the damage suffered by a stockholder as a result of a declining value of stocks has a normal causal link with the detriment suffered by the company – and the wrongdoer's behaviour – then the damage is compensable.³⁴ In other words, if the detriment sustained by the stockholder (or shareholder) is a normal consequence in the understanding of Art. 361 § 1 k.c., the damage will be compensable. In the light of the above, the construction of adequate causal nexus is an instrument of selecting the consequences of an indemnifiable event and, at the same time, it delimits the compensation of damage.³⁵

The shareholder's damage can take the form of actual loss (*damnum emergens*) or lost profits (*lucrum cessans*).³⁶ When determining the legally relevant damage suffered by the shareholder, the differential method should be used.³⁷ Bearing in mind the above considerations, when establishing the scope of a shareholder's damage (and the scope of its compensation), one cannot lose sight of the company's claim for damages.

CONCLUSION

The construction of indirect violation of rights and interests can apply also in the area of commercial companies. This is supported by the wording of Art. 300 k.s.h.,

³³ BILEWSKA K., *Dochodzenie roszczeń spółki kapitałowej przez jej wspólników (actio pro socio)*, Warszawa 2008, p. 74-75.

³⁴ SKOREK B., *Odpowiedzialność za szkodę pośrednią wyrządzoną wspólnikowi (akcjonariuszowi)*, *Przegląd Prawa Handlowego* maj 2017, p. 32.

³⁵ If the damage occurred within the limits of an indirect causal link and, at the same time, adequate causal nexus can be established, then the damage is compensable. So: SKOREK B., *Odpowiedzialność za szkodę pośrednią wyrządzoną wspólnikowi (akcjonariuszowi)*, *Przegląd Prawa Handlowego* maj 2017, p. 33. See also: CHŁOPECKI A., *Szkoda poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, p. 16.

³⁶ PANNERT M., *Roszczenie odszkodowawcze z tytułu obniżenia wartości akcji*, *Forum Prawnicze* 2014, p. 36.

³⁷ GILCZ M., *Odpowiedzialność cywilna emitenta za naruszenie obowiązków publikacyjnych w zakresie informacji poufnych*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 2005, nr 11, p. 14; STECKI L., *Problematyka odpowiedzialność za szkodę pośrednią [in:] Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*, Poznań 1990, p. 293.

Art. 300¹³⁴ k.s.h. and Art. 490 k.s.h., which authorise shareholders and third parties to seek compensation of damage on general terms, including under Art. 415 k.c.

Without repeating the considerations whether Art. 300 k.s.h., Art. 300¹³⁴ k.s.h. and Art. 490 k.s.h. form a separate legal basis for a claim, a thesis should be accepted that the claim for redressing the damage is admissible. The scope of this legal regime covers, in the first place, situations in which a damage caused to the company may give rise to a damage to the assets of a shareholder or a third party. Then, the relevant party may seek redress for the damage as long as the prerequisites of liability for damages laid down in Art. 415 k.c. have been fulfilled.

A damage suffered by the shareholder should not be identified with a damage suffered by the company. The same event can give rise to a detriment both to the assets of the company and of the shareholder. Among arguments supporting the position that the shareholder's claim is not excluded, ones that come to the fore are the subjective (company and shareholder) and objective (type and scope of detriment) difference between the claims for compensation. Also the method of establishing the scope of damage will usually be different for the company and for the shareholder.

However, it cannot be excluded that a damage sustained by the company and its possible redress will affect the scope of compensation of the shareholder's damage. Provided that the company brings a claim for damages against the wrongdoer and the claim is allowed by the court, the shareholder's damage may be compensated (at least in part). On the other hand, considering the duration of court proceedings, the shareholder's damage may even increase. Finally, in case of selling the shares or stocks for a price lower than their market value (because of the harmful event), the shareholder faces a damage whose satisfaction is not affected by the allowance of the claim asserted by the company.

It is difficult to accept that the use of the *actio pro socio* construction satisfies the damage of the shareholder since the compensation sought is paid to the company.

REFERENCES

1. BILEWSKA K., Dochodzenie roszczeń spółki kapitałowej przez jej wspólników (*actio pro socio*), Warszawa 2008.
2. CHAUDET F., Droit Suisse des affaires, Bâle, Genève, Munich 2000.
3. CHŁOPECKI A., Szkoda poniesiona przez spółkę akcyjną a szkoda poniesiona przez akcjonariusza w świetle przepisów kodeksu spółek handlowych i kodeksu cywilnego, Przegląd Prawa Handlowego 2007.
4. DULINIEC A., Zarządzanie wartością przedsiębiorstwa, Bank i Kredyt 1999.
5. FRĄCKOWIAK J. [in:] Kodeks handlowy. Komentarz, ed. K. Kruczałak, Warszawa 1998.
6. GILCZ M., Odpowiedzialność cywilna emitenta za naruszenie obowiązków publikacyjnych w zakresie informacji poufnych, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2005, nr 11.

7. GORCZYŃSKI G., Kilka uwag o tzw. zbyciu członkostwa w handlowych spółkach osobowych (na tle art. 10 KSH), *Prawo spółek* 2001, nr 7-8.
8. JACYSZYN J. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, eds. J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2011.
9. KALIŃSKI M., Glosa do wyroku SN z 22.06.2012 r., V CSK 338/11, *Państwo i Prawo* 2015, nr 11.
10. KOZIEŁ G., *Przeniesienie praw i obowiązków wspólników w handlowych spółkach osobowych*, Kraków 2006.
11. POPIOŁEK W., O dziedziczeniu udziału w spółce jawnej [in:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci profesora Edwarda Gniewka*, Warszawa 2010.
12. MICHAŁSKI M. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Tom II. Komentarz do art. 151 – 300*, ed. A. Kidyba,
13. NOWACKI A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Tom II. Komentarz. Art. 227-300 KSH*, ed. A. Nowacki, Warszawa 2021.
14. OKOLSKI J., MODRZEJEWSKI J., GASIŃSKI Ł., *Natura stosunku korporacyjnego spółki akcyjnej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2000, nr 8.
15. OLECHOWSKI M., O relacji między szkodą poniesioną przez spółkę akcyjną a szkodą poniesioną przez akcjonariusza – polemika, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, nr 9.
16. PANNERT M., Roszczenie odszkodowawcze z tytułu obniżenia wartości akcji, *Forum Prawnicze* 2014.
17. PEŁCZYŃSKI M., Kompensacja szkody udziałowej – szkody wspólnika uzależnionej od szkody spółki, *Monitor Prawniczy* 2018, nr 18.
18. POPIOŁEK W., *Akcja – prawo podmiotowe*, Warszawa 2010.
19. POPIOŁEK W., *Prawa podmiotowe uczestników spółek handlowych*, dodatek do *Monitora Prawniczego* 2015, nr 7.
20. PYZIOŁ W. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, ed. W. Pyzioł, Warszawa 2008.
21. PYZIOŁ W. [in:] *Prawo spółek*, eds. W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, Warszawa 2014.
22. WEISS I., *Prawa wspólników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej*, *Prawo spółek* 1997, nr 10.
23. RODZYŃKIEWICZ M. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, ed. M. Rodzyńkiewicz, Warszawa 2018.
24. KALIŃSKI M., *Glosa do wyroku z 22.06.2012 r., V CSK 338/11*, *Państwo i Prawo* 2013, nr 2.
25. SKOREK B., Odpowiedzialność za szkodę pośrednią wyrządzoną wspólnikowi (akcjonariuszowi), *Przegląd Prawa Handlowego* maj 2017.
26. STECKI L., *Problematyka odpowiedzialność za szkodę pośrednią* [in:] *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*, Poznań 1990,.
27. WRÓŃSKA, E. M., *Wartość dla akcjonariuszy a wartość rynkowa akcji*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio H, Oeconomia* 39, Lublin 2005, vol. XXXIX, 18.

28. WYCECH D., Prawna relewancja szkody akcjonariusza stanowiącej refleks szkody spółki akcyjnej, Prawo Spółek 2010, nr 5.
29. Judgment of the SC of 22.06.2012, V CSK 338/11, Legalis No. 544275.
30. Judgment of the SC of 26.03.2014, V CSK 284/13, Legalis No. 994651.

CONTACT INFORMATION

aneta.palczna@us.edu.pl

University of Silesia, Faculty of Law and Administration

Bankowa 11B

40-007 Katowice

Poland

Mgr. Jana Pezlar Selecká¹

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Akt o umelej inteligencii: Prielom v obchodnom práve a regulácií AI
The AI Act: a breakthrough in business law and AI regulation

Abstrakt

Článok sa zameriava na komplexnú analýzu Aktu o umelej inteligencii a jeho význam pre obchodné právo v Európskej únii. Preskúmava kľúčové aspekty regulácie AI, ako je definícia umelej inteligencie, klasifikácia rizík a povinnosti, ktoré sa vzťahujú na podnikateľov. Hovorí o tom, ako nová právna úprava predstavuje dôležitý krok v regulácii technológií AI a aký dopad bude mať na podnikateľské praktiky a inováciu v digitálnom hospodárstve. Článok sa tiež zameriava na výzvy a príležitosti, ktoré nová právna regulácia prináša pre podnikateľov a rozvoj AI technológií, čím poskytuje cenné informácie nie len pre akademikov, ale aj podnikateľov.

Kľúčové slová: umelá inteligencia, digitalizácia, podnikanie, obchodné spoločnosti, transformácia.

Abstract

The article focuses on a comprehensive analysis of the AI Act and its relevance for business law in the European Union. It examines key aspects of AI regulation, such as the definition of AI, the classification of risks and the obligations that apply to entrepreneurs. It outlines how the new legislation represents an important step in the regulation of AI technologies and what impact it will have on business practices and innovation in the digital economy. The article also focuses on the challenges and opportunities that the new legislation brings for entrepreneurs and the development of AI technologies, providing valuable insights not only for academics but also for entrepreneurs.

Key words: artificial intelligence, digitalization, entrepreneurship, corporations, transformation.

JEL Classification: K22

¹ Autorka pôsobí ako interná doktorandka na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach.

ÚVOD

Umelá inteligencia sa rýchlo stala transformačnou silou v globálnej ekonomike a ovplyvňuje sektory od zdravotníctva, až po financie a výrobu. S jej exponenciálnym rozvojom sa regulácia umelej inteligencie stala naliehavou témou, najmä v Európskej únii (ďalej len „EÚ“), kde zákonodarcovia podnikli proaktívne kroky na zaistenie toho, aby sa technológie umelej inteligencie vyvíjali v súlade so základnými právami a hodnotami EÚ. Akt o umelej inteligencii Európskej únie² predstavuje jeden z najambicióznejších regulačných rámcov zameraných na riadenie AI systémov, pričom osobitný dôraz kladie na rovnováhu medzi inováciami a ochranou obyvateľov EÚ.

Hlavným cieľom príspevku s názvom „*Akt o umelej inteligencii: Prielom v obchodnom práve a regulácii AI*“ je poskytnúť analýzu Aktu o umelej inteligencii a jeho vplyvu na podnikanie v rámci Európskej únie. Článok sa zameriava na preskúmanie základných aspektov regulácie umelej inteligencie, vrátane definície umelej inteligencie, klasifikácie rizík a povinností, ktoré sa vzťahujú na podnikateľov podľa novej legislatívy. Ďalej hodnotí, akým spôsobom nový regulačný rámec ovplyvní obchodné praktiky a inovácie v digitálnej ekonomike, a zároveň zdôrazňuje výzvy a príležitosti, ktoré prináša pre podnikateľov.

Ako hypotézu sme si stanovili, že Akt o umelej inteligencii významne ovplyvní obchodné praktiky v Európskej únii tým, že zavedie štruktúrovaný a prísnejší regulačný rámec pre vývoj a používanie technológií umelej inteligencie, čo v konečnom dôsledku ma potenciál podporiť inovácie pri súčasnom dodržiavaní etických a právnych štandardov.

Na úvod považujeme za dôležité zdôrazniť, že pre výskum v oblasti AI je signifikantný interdisciplinárny prístup. „*Prečo je dôležité hovoriť o interdisciplinarite v súvislosti s AI?*“ Či už, sa pohybujeme v oblasti AI v medicíne, ekonómii alebo sociálnych vedách, všade je potrebné integrovať odborné znalosti z odvetví, ako je napr. informatika, analytika a etika. Prepojenie viacerých odborných oblastí je vyznačujúce pre používanie AI, a preto je dôležité v rámci výskumu AI využívať interdisciplinárny prístup. Na pochopenie vplyvu umelej inteligencie na podnikanie v digitálnej sfére sme sa rozhodli pre kvalitatívnu výskumnú metódu. Vyvodené závery nášho výskumu budú postavené na empirickom výskume, to znamená, že závery budú založené na jasných skutočnostiach získaných z relevantných zdrojov, či už knižných alebo internetových. Celkovým cieľom zvolenej metodiky je poskytnúť komplexné pochopenie právnej regulácie a výziev v oblasti AI vo svete podnikania.

V rámci prehľadu nedávno publikovaných prác v skúmanej oblasti uvádzame: SOKOL, M. Digitalizácia a umelá inteligencia v obchodných spoločnostiach. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2024; PINTÉROVÁ, D.: Právna regulácia umelej inteligencie (perspektívy a výzvy). Právny obzor, 107, č. 4, 2024.

² Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady, ktorým sa stanovujú harmonizované pravidlá v oblasti umelej inteligencie (Akt o umelej inteligencii) bol formálne schválený Radou Európskej únie 21. mája 2024

1. ZÁKLADNÉ VÝCHODISKÁ

Často sa v dnešnom svete stretávame s nepochopením umelej inteligencie (ďalej len „AI“), vychádza to najmä z tej skutočnosti, že AI je často prezentovaná v negatívnom zmysle laickej komunite prostredníctvom médií. AI zvykne byť spájaná so scenárom o zahubení ľudskej populácie robotmi, ktorí sa vymknú kontrole ľudí a ovládnu svet. To je podľa nášho názoru, jednou z prvých predstáv ľudí, ktorí sa hlbšie nezaoberajú AI. Týmto nevyklúčujeme možné riziká, ktoré sú spájané s vývojom AI, ktorý napreduje vysokou rýchlosťou. Už len pri samotnom vyvíjaní najznámejšieho a najpoužívanejšieho nástroja ChatGPT³ jeho vývojári zistili, že AI začala prejavovať vlastné emócie. Čo poukazuje na riziko potenciálnej nekontrolovateľnosti AI.

Ak sa presunieme, od týchto katastrofických scenárov, je zjavné, že na to aby bola AI prínosom pre spoločnosť musí byť správne implementovaná a riadená. V posledných rokoch zaznamenala umelá inteligencia významný pokrok, primárne v dôsledku zdokonalenia strojového učenia a hlbokých neurónových sietí.⁴ Táto technológia nachádza uplatnenie v širokom spektre odvetví, vrátane zdravotníctva, finančných služieb, dopravy a priemyselnej výroby. Umelú inteligenciu, však bežne využívame aj v každodennom živote, napríklad prostredníctvom hlasových asistentov, ako sú Siri či Alexa, alebo prostredníctvom personalizovaných odporúčacích systémov na platformách typu Netflix a YouTube. V oblasti elektronického obchodu navyše prispieva k výraznému zlepšeniu zákazníckej skúsenosti a personalizácie ponúk.

Ak to zhrnieme, rozmach AI prináša množstvo nových príležitostí, ako aj rôzne riziká do nášho života. Dovoľme si povedať, že s AI začína nová „éra“, ktorá má potenciál zefektívniť naše fungovanie, či už v práci, v školstve, v medicíne, vo vede, v podnikaní, a mnohých ďalších oblastiach. Na druhej strane, používanie AI vyvoláva aj obavy týkajúce sa etiky, práva na súkromie, možnosti vyvodenia zodpovednosti a regulácie používania AI, napríklad v rámci využívania digitálnych služieb poskytovaných podnikateľmi.

Dôležité je podotknúť, že AI má **cezhraničný charakter**, jedná sa o globálnu technológiu, ktorá nepozná hranice medzi štátmi. AI systémy môžu byť vytvorené v jednej krajine, prevádzkované v druhej a mať vplyv na používateľov v tretej. Ak by každá krajina prijala svoje vlastné predpisy, mohlo by to viesť k nejednotnosti v právnych rámcoch, čo by vytváralo neistotu pre podniky, ktoré pôsobia na medzinárodnom trhu.

Ak by sa umelá inteligencia regulovala, iba na národnej úrovni, niektoré krajiny by mohli prijať menej prísne zákony, alebo by nemuseli zaviesť regulácie vôbec. To by vytvorilo zákonné medzery, kde by firmy mohli sídliť v štátoch s miernejšími predpismi, a tým sa vyhýbať prísnejším pravidlám v iných krajinách. Takýto prístup by oslaboval účinnosť regulácií a mohol by ohroziť ochranu spoločnosti.

³ Dostupné na webovej adrese: < <https://chatgpt.com/> >

⁴ MURÁŇ, J.: Úvod do neurónových sietí. Umelá inteligencia. [online]. 2019. Dostupné na: < <https://umelainteligencia.sk/uvod-do-neuronovych-sieti/> > [cit. 9.5.2024].

Práve preto, bolo podľa nášho názoru, nevyhnutné vytvoriť jednotné pravidlá pre používanie AI vo forme právnej regulácie na úrovni EÚ. Európska regulácia, najmä vo forme **Aktu o umelej inteligencii**⁵ (ďalej len „Akt o AI“), vytvára jednotné pravidlá pre všetky členské krajiny EÚ, čím sa eliminuje nespravodlivá súťaž medzi štátmi s rozdielnymi úrovňami regulácie. Akt o AI má potenciál zabezpečiť férové podmienky na jednotnom európskom trhu a poskytuje spoločný právny základ pre vývoj a využívanie umelej inteligencie v súlade s európskymi hodnotami a štandardmi.

Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady, ktorým sa stanovujú harmonizované pravidlá v oblasti umelej inteligencie (Akt o umelej inteligencii) bol formálne schválený Radou Európskej únie 21. mája 2024.⁶ Citovaný Akt o AI predstavuje prvý komplexný právny rámec zameraný na vytvorenie dôveryhodného prostredia pre oblasť AI v EÚ.⁷ S používaním AI úzko súvisí kybernetická bezpečnosť, ktorá nie je viazaná štátnymi hranicami a predstavuje výzvu pre celú EÚ, ktorú nie je možné riešiť vnútroštátnou právnou úpravou,⁸ tento fakt vnímame, ako hlavný dôvod, prečo bol Akt o AI prijatý vo forme nariadenia.

V zmysle Dôvodovej správy⁹ je cieľom Aktu o AI:

- zabezpečiť, aby používané systémy AI uvedené na trh EÚ boli bezpečné a v súlade s platnými právnymi predpismi týkajúcimi sa základných práv a hodnôt Únie;
- zabezpečiť právnu istotu na uľahčenie investícií a inovácií v oblasti AI;
- zlepšiť riadenie a účinné presadzovanie platných právnych predpisov týkajúcich sa základných práv a bezpečnostných požiadaviek uplatniteľných pre systémy AI;
- uľahčiť rozvoj jednotného trhu v záujme zákonných, bezpečných a dôveryhodných aplikácií AI a zabrániť fragmentácii trhu.

Jedná sa o prvú právnu reguláciu AI na úrovni EÚ, aký bude mať dopad na podnikateľov, ktorí vyvíjajú systémy AI a inovácie v digitálnom hospodárstve, v praxi budeme môcť skúmať o necelé 2 roky, momentálne môžeme analyzovať

⁵ Akt EÚ o umelej inteligencii. [online] Dostupný na: < <https://artificialintelligenceact.eu/ai-act-explorer/> > [cit. 25.5.2024]

⁶ WILSON SONSINI GOODRICH & ROSATI. *EU AI Act Is Now Adopted*. 21. máj 2024. [online]. Dostupné na: < <https://www.wsgr.com/en/insights/eu-ai-act-is-now-adopted.html>. > [cit. 28.5.2024].

⁷ Ministerstvo investícií, regionálneho rozvoja a informatizácie Slovenskej republiky. *Zasadnutie Rady EÚ pre telekomunikácie: Prelomový Akt o umelej inteligencii bol prijatý, jeho efektívna implementácia môže začať*. 21. máj 2024. [online]. Dostupné na: < <https://mirri.gov.sk/aktuality/digitalna-agenda/zasadnutie-rady-eu-pre-telekomunikacie-prelomovy-akt-o-umelej-inteligencii-bol-prijaty-jeho-efektivna-implementacia-moze-zacat/> > [cit. 30.5.2024].

⁸ HRONČEK & PARTNERS, S. R. O. *Právne postavenie umelej inteligencie*. 24.1.2022. [online]. Dostupné na: < <https://www.legalfirm.sk/sk/stranky/clanok/pravne-postavenie-umelej-inteligencie> > [cit. 1.6.2024].

⁹ Dôvodová správa k COM/2021/206 final. [online]. Dostupné na: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206&qid=1717151830965> > [cit. 30.5.2024].

a identifikovať výzvy, ktorým v zmysle Aktu o AI budú podnikatelia čeliť v blízkej budúcnosti.

1.1. Legálna definícia umelej inteligencie

Hneď na úvod, považujeme za dôležité sa zamerať na legálnu definíciu AI. Ak chce zákonodarca regulovať AI, musí najprv definovať, čo vlastne AI je. Lenže pojem „*umelá inteligencia*“ sa používa v rôznych oblastiach a má naozaj široký význam. Napríklad sa používa ako systém na diagnostiku ochorení v medicíne, systém, ktorý používajú samojazdiace autá, v marketingu pri vytváraní kampaní atď. Každá táto oblasť predstavujú absolútne odlišné rizika, ktoré môžu vzniknúť pri používaní AI.¹⁰

Vo vede existujú rôzne definície AI, napr. doktor Pei Wang vo svojej práci uvádza 5 možností, ako definovať AI, a to na základe: *štruktúry, správania, schopností, funkcie a princípu*.¹¹ Standfordský profesor John McCarthy, ktorý prvýkrát použil pojem "*umelá inteligencia*" v roku 1955, definoval AI ako „*vedu a inžinierstvo zamerané na vytváranie inteligentných strojov*.“ Tento pohľad sa sústredil na schopnosť strojov vykonávať úlohy, ktoré by inak vyžadovali ľudskú inteligenciu.¹² AI HLEG (High-Level Expert Group on AI), ktorá pôsobí v rámci Európskej komisie, definuje AI ako „*systémy, ktoré prejavujú inteligentné správanie tým, že analyzujú svoje prostredie a prijímajú autonómne rozhodnutia na dosiahnutie konkrétnych cieľov*.“ Táto definícia pokrýva širokú škálu technológií vrátane strojového učenia a tradičných logických systémov.¹³

Tieto definície AI poukazujú na rozmanitosť prístupov v závislosti od toho, ktorý aspekt AI je zdôrazňovaný – či už ide o strojové učenie, autonómiu alebo schopnosť prispôbena sa rôznym prostrediam. Prezentované definície a prístupy ukazujú, že vývoj AI a jeho vnímanie je dynamické a pokračuje v reagovaní na nové vedecké objavy a technologické inovácie.

Napriek tomu, že AI je naozaj zložitý pojem, „*tvorcovia politik EÚ*“ definovali pojem systém AI, v **Akte o umelej inteligencii**¹⁴ nasledovne: v zmysle článku 3 ods. 1 citovaného Aktu o AI sa systémom AI v preklade chápe: „*systém umelej inteligencie je softvér vyvinutý s jednou alebo viacerými technikami a prístupmi*

¹⁰ SCHUETT J.: *A legal definition of AI*. Nemecko: Goethe University Frankfurt., 2029, s. 1. [online]. Dostupné na: < https://www.researchgate.net/profile/Jonas-Schuett/publication/336198524_A_Legal_Definition_of_AI/links/5e20599a458515ba208b9e4c/A-Legal-Definition-of-AI.pdf > [cit. 28.5.2024]

¹¹ WANG, Pei. *What Do You Mean by "AI"?*. In: AGI. 2008. s. 2. [online]. Dostupné na: < https://linas.org/mirrors/nars.wang.googlepages.com/2007.06.27/wang.AI_Definitions.pdf > [cit. 28.5.2024]

¹² MANNING, Christopher. *Artificial Intelligence Definitions*. Stanford University [online]. September 2020. Dostupné na: < <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf> > [cit. 28.5.2024]

¹³ Sheikh, H., Prins, C., Schrijvers, E. *Artificial Intelligence: Definition and Background*. In: Mission AI. Research for Policy. Springer, Cham. 2023. [online]. Dostupné na: < https://doi.org/10.1007/978-3-031-21448-6_2 > [cit. 28.5.2024]

¹⁴ Akt EÚ o umelej inteligencii. [online] Dostupné na: < <https://artificialintelligenceact.eu/ai-act-explorer/> > [cit. 28.5.2024]

uvedenými v prílohe I, ktorý môže pre daný súbor cieľov resp. vstupov vymedzených človekom vytvárať výstupy, ako je obsah, predpovede, odporúčania alebo rozhodnutia ovplyvňujúce prostredie, s ktorým sú v interakcii.“

Z citovaného znenia je možné si vyvodit', že autori sa snažili definovať AI, čo najvšeobecnejšie, ako systém, ktorý generuje rôznorodé výstupy napr. ako známy ChatGPT, ktorý generuje primárne odpovede na otázky. Pričom otázku, ktorú mu položíme je v znení článku 3 ods. 1 Aktu o AI potrebné chápať, ako vstup, ktorý poskytujeme my používatelia a odpoveď systému ChatGPT je vygenerovaným výstupom, ktorý vo finále ovplyvňuje naše prostredie napr. tým, že urýchli prístup k informáciám, ktoré si v konečnom dôsledku užívateľ nemusí vyhľadávať sám prostredníctvom internetového prehliadača.

Za hlavný dôvod takejto formulácie citovanej definície, považujeme aj samotnú **interdisciplinaritu**, ktorá je neoddeliteľnou súčasťou využívania AI systémov. Interdisciplinaritu môžeme považovať za vlastnosť AI, keďže pri používaní AI sa prepájajú viaceré odvetvia, napríklad právo s informatikou, medicína s etikou a informatikou, atď.

Ako sme spomenuli vyššie, pre AI, ako pojem bolo žiaduce definíciu formulovať čo najvšeobecnejšie, tak aby bolo možné pod tento pojem subsumovať, čo najväčší a najrozsiahlejší počet systémov AI. Súhlasíme s názorom prof. Klučka, že definícia AI by nemala byť príliš úzka, inak by nebola schopná absorbovať technologický vývoj a inovácie, ale taktiež nemala by byť ani príliš široká, pretože by to mohlo viesť k viacerým interpretačným problémom v procese jej globálnej, regionálnej a vnútroštátnej implementácie.¹⁵

2. CESTA K PRÁVNEJ REGULÁCII UMELEJ INTELIGENCIE V EURÓPSKEJ ÚNII

Príchod umelej inteligencie možno považovať za jednu z najrevolučnejších zmien 21. storočia. AI sa zavádza do všetkých aspektov nášho života – od zdravotnej starostlivosti, cez dopravu, až po vzdelávanie a pracovný trh. Vývoj AI je takmer nepolapiteľný a napreduje exponenciálnou rýchlosťou, čo predstavuje obrovskú výzvu pre právne systémy. Napríklad, jazykové moduly v AI sa stali otázkou nielen technickou, ale aj psychologickou, sociologickou a právnou. AI technológie dnes zasahujú do oblastí, ktoré neboli predtým ovplyvnené AI.

AI sa postupne vyvinula z jednoduchých algoritmických rovníc a príkazov na komplexné jazykové algoritmy, ktoré majú zásadný vplyv na spoločnosť. To otvára dôležité otázky o zodpovednosti: Kto bude niesť zodpovednosť za rozhodnutia a konanie AI? Ako zabezpečiť ochranu súkromia a práv používateľov v digitálnom svete? Ešte zložitejšie otázky vyvolávajú etické dilemy. Napríklad, aké sú riziká spojené s autonómnym rozhodovaním AI v oblastiach ako zdravotníctvo alebo doprava? Vývoj legislatívnych rámcov pre AI sa týmti stáva nevyhnutnosťou.

¹⁵ KLUČKA, J. Medzinárodné právo, umelá inteligencia a vice versa. In *Časopis pro právní vědu a praxi*. Roč. XXIX, č. 3/2021. s. 554. [online]. Dostupné na: < https://www.researchgate.net/publication/355124271_Medzinarodne_pravo_umela_inteligencia_avice_versa/citations >

V rámci vývoja právnej regulácie AI sa EÚ najprv vydala smerom *soft law*.¹⁶ Dôkazom je odporúčanie expertnej skupiny Európskej komisie na vysokej úrovni AI z roku 2019 s názvom „*Etické smernice pre dôveryhodnú umelú inteligenciu*“.¹⁷ V rámci citovaného odporúčania by mala obsahovať dôveryhodná umelá inteligencia nasledujúce zložky:

1. **Zákonnosť** – čím sa má zabezpečiť dodržiavanie všetkých platných zákonov a iných právnych predpisov;
2. **Etickosť** – čím sa zabezpečuje dodržiavanie etických zásad a hodnôt;
3. **Odolnosť** – z technického aj sociálneho hľadiska, keďže systémy AI majú potenciál aj pri dobrých úmysloch spôsobiť neúmyselnú škodu.

V zmysle citovaného odporúčania, EÚ definovala sedem kľúčových požiadaviek na dôveryhodnú AI, nasledovne:

- I. **Ľudské riadenie a dohľad:** Systémy umelej inteligencie by mali podporovať informované rozhodovanie ľudí a ich základné práva prostredníctvom dohľadových mechanizmov, ako je napr. „*human-in-the-loop*“.
- II. **Technická odolnosť a bezpečnosť:** Systémy umelej inteligencie musia byť odolné, spoľahlivé, bezpečné a pripravené na riešenie potenciálnych problémov.
- III. **Ochrana súkromia a riadenie údajov:** Systémy umelej inteligencie musia zabezpečiť ochranu súkromia a kvalitu údajov, s dôrazom na ich integritu a legitímny prístup.
- IV. **Transparentnosť:** Systémy umelej inteligencie by mali byť transparentné a vysvetliteľné, pričom užívatelia musia byť informovaní o možnostiach a obmedzeniach systému.
- V. **Rozmanitosť, nediskriminácia a spravodlivosť:** Systémy umelej inteligencie musia byť prístupné a spravodlivé, bez zaujatosti, a mali by zapojiť relevantné zainteresované strany.
- VI. **Dobré spoločenské a environmentálne podmienky:** Systémy umelej inteligencie by mali byť udržateľné, ekologické a zväziť svoj sociálny vplyv na spoločnosť a životné prostredie.
- VII. **Zodpovednosť:** Musia existovať mechanizmy na zodpovednosť za výsledky systémov umelej inteligencie, umožňujúce ich kontrolu a posúdenie.¹⁸

¹⁶ PINTÉROVÁ, D.: Právna regulácia umelej inteligencie (perspektívy a výzvy). Právny obzor, 107, č. 4, 2024. s. 371

¹⁷ Expertná skupina na vysokej úrovni pre umelú inteligenciu (HLEG AI) (2019). Etické usmernenia pre dôveryhodnú umelú inteligenciu. Správa pre Európsku komisiu, 9.4.2019. Brusel: Európska komisia, s. 2. [online] < <https://digital-strategy.ec.europa.eu/sk/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> > [cit. 17.10.2024]

¹⁸ Ibidem. s. 17

Ako príklad môžeme taktiež uviesť „*Biela kniha o umelej inteligencii – európsky prístup k excelentnosti a dôvere*“¹⁹, ktorej cieľom bolo vytvoriť vyvážený rámec pre rozvoj umelej inteligencie v Európe. Jej cieľom bolo podporiť inovácie a excelentnosť v oblasti umelej inteligencie a zároveň zabezpečiť, aby boli technológie umelej inteligencie dôveryhodné, a v súlade s európskymi hodnotami. V dokumente sa navrhli regulačné opatrenia na riešenie rizík, ktoré zabezpečia, že systémy AI budú bezpečné, transparentné a budú rešpektovať základné práva, ako je súkromie a nediskriminácia. Tiež jej úlohou bolo podnietenie verejnosti k diskusiám o forme prístupu EÚ k regulácii AI.²⁰

Následne, môžeme zaznamenať zmenu v stratégii EÚ, a to prechod z regulácie AI formou *soft law* k formálnejším regulačným nástrojom *hard law*.²¹ Okrem **Aktu o umelej inteligencii** vo forme nariadenia, bol na pôde EÚ vypracovaný aj *Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady o prispôsobení pravidiel mimozmluvnej občianskoprávnej zodpovednosti umelej inteligencii (smernica o zodpovednosti za umelú inteligenciu)*, ktorá sa najmä zameriava na čiastkové otázky mimozmluvnej zodpovednosti za škodu spôsobenú systémami umelej inteligencie.²² Pre účely nášho príspevku sa ďalej výlučne zameriavame na analýzu Aktu o umelej inteligencii.

Nadväzujúco, EÚ prijala *Nariadenie Európskeho Parlamentu a Rady, ktorým sa stanovujú harmonizované pravidlá v oblasti umelej inteligencie (akt o umelej inteligencii) a menia niektoré legislatívne akty únie*,²³ ktorý predstavuje prvý komplexný právny rámec zameraný na reguláciu AI technológií. Tento akt definuje, čo je umelá inteligencia – čo je prelomový krok, keďže doteraz bolo náročné nájsť jednoznačnú a ustálenú definíciu. Regulácia sa zameriava najmä na vysokorizikové AI systémy, ktoré môžu mať významný dopad na životy ľudí. Akt o AI sa zameriava nielen na technologickú stránku, ale berie do úvahy aj širšie spoločenské a etické aspekty. Nová legislatíva je príkladom toho, ako právo reaguje na nové technologické výzvy a ako sa snaží chrániť občanov EÚ pred potenciálnymi rizikami.

2.1. Akt o umelej inteligencii

Akt o AI bol 12. júla tohto roka zverejnený v Úradnom vestníku EÚ, následne 1. augusta 2024 nadobudol účinnosť. V zmysle čl. 113 Aktu o AI sa nariadenie začne uplatňovať 24 mesiacov po nadobudnutí účinnosti, to znamená 2. Augusta 2026.

¹⁹ Biela kniha o umelej inteligencii – európsky prístup k excelentnosti a dôvere. 19.2.2020. [online]. Dostupné na: < <https://op.europa.eu/sk/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-sk> >

²⁰ SOKOL, M. Digitalizácia a umelá inteligencia v obchodných spoločnostiach. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2024;

²¹ PINTÉROVÁ, D.: Právna regulácia umelej inteligencie (perspektívy a výzvy). Právny obzor, 107, č. 4, 2024. s. 372.

²² Návrh SMERNICA EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY o prispôsobení pravidiel mimozmluvnej občianskoprávnej zodpovednosti umelej inteligencii (smernica o zodpovednosti za umelú inteligenciu). [online]. Dostupné na: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=EN> >

²³ Akt EÚ o umelej inteligencii. [online] Dostupný na: < <https://artificialintelligenceact.eu/ai-act-explorer/> >

Zaujímavosťou je, že niektoré články Aktu o AI sa budú implementovať postupne s časovým odstupom, konkrétne v tejto forme:²⁴

- Kapitoly I a II sa začnú uplatňovať 6 mesiacov od nadobudnutia účinnosti, predpokladaným dátumom je 2. február 2025. Týka sa to najmä zakázaných systémov AI, napríklad záznamov z priemyselných kamier na vytváranie databáz na rozpoznávanie tvárí.
- Kapitola III oddiel 4, kapitola V, kapitola VII a kapitola XII a článok 78 sa uplatňujú 12 mesiacov od dňa nadobudnutia účinnosti tohto nariadenia s výnimkou článku 101, t.j. 2. augusta 2025. Týka sa to ustanovení upravujúcich systémy AI určené na všeobecné účely, označované, ako GPAI.²⁵
- Článok 6, nadobudne účinnosť v lehote 36 mesiacov od dňa účinnosti tohto nariadenia, t.j. 2. augusta 2027.

V rámci analýzy samotného nariadenia, sa na úvod zameriavame na **subjekty**, ktorých sa nová právna regulácia dotýka, sú to v zmysle čl. 2 ods. 1 Aktu o AI:

- poskytovatelia, ktorí uvádzajú na trh alebo do prevádzky systémy AI, alebo uvádzajú na trh modely AI na všeobecné použitie v EÚ (bez ohľadu na to, či sa nachádzajú v EÚ alebo nie);
- „*deployer*“ (implementátor/nasadzovateľ) systémov AI so sídlom alebo umiestnením v EÚ;
- poskytovateľov a nasadzovateľov mimo EÚ, ak sa výstup systému AI používa v EÚ;
- dovozcov a distribútorov systémov AI;
- výrobcov výrobkov, ktorí uvádzajú na trh alebo do prevádzky systém AI spolu so svojím výrobkom;
- splnomocnených zástupcov poskytovateľov so sídlom mimo EÚ;
- dotknuté osoby nachádzajúce sa v EÚ.

Pričom v zmysle Aktu o AI je:

Poskytovateľom, fyzická alebo právnická osoba, orgán verejnej moci, agentúra alebo iný subjekt, ktorý vyvíja systém AI alebo model GPAI alebo ktorý si nechá vyvinúť systém AI alebo model GPAI a uvedie ho na trh alebo uvedie systém AI do prevádzky pod vlastným menom alebo ochrannou známkou;²⁶

Deployer, fyzická alebo právnická osoba, orgán verejnej moci, agentúra alebo iný subjekt, ktorý používa systém AI v rámci svojej pôsobnosti, s výnimkou prípadov, keď sa systém AI používa v rámci osobnej neprofesionálnej činnosti;²⁷

²⁴ Článok 113. Akt o umelej inteligencii.

²⁵ WILSON SONSINI GOODRICH & ROSATI. EU AI Act Is Now Adopted. 21. máj 2024. [online]. Dostupné na: < <https://www.wsgr.com/en/insights/eu-ai-act-is-now-adopted.html>. > [cit. 01.06.2024].

²⁶ Čl. 3 ods. 3. Akt o umelej inteligencii

²⁷ Čl. 3. ods. 4. Akt o umelej inteligencii

Splnomocnený zástupca, fyzická alebo právnická osoba so sídlom alebo usadená v EÚ, ktorá dostala a prijala písomné poverenie od poskytovateľa systému AI alebo GPAI, aby v jeho mene plnila a vykonávala povinnosti a postupy stanovené zákonom o AI.²⁸

Dovozca, fyzická alebo právnická osoba nachádzajúca sa alebo usadená v EÚ, ktorá uvádza na trh systém AI, ktorý nesie názov alebo ochrannú známku fyzickej alebo právnickej osoby usadenej v tretej krajine;²⁹

Distribútor, fyzická alebo právnická osoba v dodávateľskom reťazci, iná ako poskytovateľ alebo dovozca, ktorá sprístupňuje systém AI na trhu EÚ;³⁰

Na to, aby sme správne chápali samotnému zneniu Aktu o AI, považujeme za dôležité si bližšie priblížiť nasledujúce pojmy:

- A. napriek tomu, že sme sa samotnej definícií **systému AI** venovali vyššie, jedná sa o nosný pojem, preto ho v tejto časti spomenieme ešte raz: *„systém AI je softvér vyvinutý s jednou alebo viacerými technikami a prístupmi uvedenými v prílohe I, ktorý môže pre daný súbor cieľov resp. vstupov vymedzených človekom vytvárať výstupy, ako je obsah, predpovede, odporúčania alebo rozhodnutia ovplyvňujúce prostredie, s ktorým sú v interakcii.“³¹*
- B. *„Model umelej inteligencie na všeobecné účely (ďalej len „model GPAI“) je model umelej inteligencie vrátane prípadov, keď je takýto model umelej inteligencie vycvičený pomocou veľkého množstva údajov s využitím samokontroly vo veľkom rozsahu, ktorý vykazuje značnú všeobecnosť a je schopný kvalifikovane vykonávať širokú škálu rôznych úloh bez ohľadu na spôsob uvedenia modelu na trh a ktorý možno integrovať do rôznych nadväzujúcich systémov alebo aplikácií, s výnimkou modelov umelej inteligencie, ktoré sa používajú na výskumné, vývojové alebo prototypové činnosti pred ich uvedením na trh.“³²*
- C. *„Systém umelej inteligencie na všeobecné účely (ďalej len „systém GPAI“) znamená systém umelej inteligencie, ktorý je založený na modeli umelej inteligencie na všeobecné účely, ktorý je schopný slúžiť na rôzne účely, a to na priame použitie, ako aj na integráciu do iných systémov umelej inteligencie.“³³*

V zmysle Aktu o AI môžeme systémy AI rozdeliť do 4 stupňov rizika.³⁴ Ako sme už vyššie spomínali, regulácia sa zameriava najmä na vysokorizikové AI systémy, ktoré môžu mať významný dopad na životy ľudí. V nasledujúcej časti príspevku sa

²⁸ Čl. 3. ods. 5. Akt o umelej inteligencii

²⁹ Čl. 3. ods. 6. Akt o umelej inteligencii

³⁰ Čl. 3. ods. 7. Akt o umelej inteligencii

³¹ Článok 3. ods. 1. Akt o umelej inteligencii

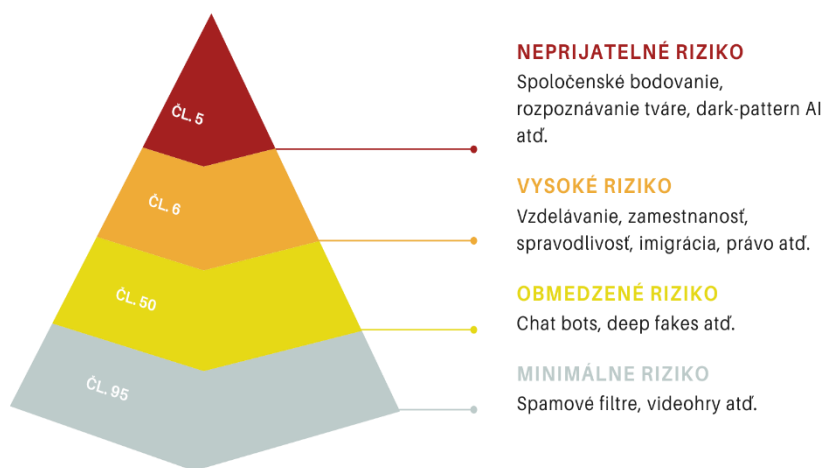
³² Článok 3 ods. 63. Akt o umelej inteligencii

³³ Článok 3 ods. 66. Akt o umelej inteligencii

³⁴ EDWARDS. L.: The EU AI Act: A summary of its significance and scope. 2022. s. 9. [online]. Dostupné na: < <https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/04/Expert-explainer-The-EU-AI-Act-11-April-2022.pdf> >

zameriavame na všetky 4 riziká, pričom začíname neprijateľným rizikom, ktoré je označované ako zakázané riziko.

Grafické znázornenie č.1: 4 stupne rizika systémov AI v zmysle Aktu o umelej inteligencii



Zdroj: Inšpirované štúdiou³⁵ (vlastné spracovanie v canva.com)

I. Neprijateľné riziko resp. zakázané praktiky využívajúce AI

Na vrchole pyramídy (grafické znázornenie č. 1) sa nachádzajú systémy AI, ktoré sa považujú za natoľko nebezpečné, že sú zakázané. V zmysle čl. 5 Aktu o AI, príkladom uvádzame nasledujúce zakázané systémy AI:

- Systém AI, ktorý **využíva podprahové techniky mimo vedomia osoby alebo účelovo manipulatívne alebo klamlivé techniky** s cieľom alebo účinkom podstatne narušiť správanie osoby alebo skupiny osôb tým, že sa citeľne oslabí ich schopnosť prijať informované rozhodnutie, čo zapríčiní, že prijmú rozhodnutie, ktoré by inak neprijali, a to spôsobom, ktorý tejto osobe, inej osobe alebo skupine osôb spôsobuje alebo pri ktorom je odôvodnené predpokladať, že pravdepodobne spôsobí značnú ujmu.³⁶ V zmysle citovaného sú zakázané podprahové techniky a manipulácia osôb, čím sa EÚ snaží predísť využívaniu zraniteľnosti určitých osôb na rozhodovanie sa im nevlastným spôsobom.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Článok 5 ods. 1 písm. a). Akt o umelej inteligencii

- b) Systémy AI, ktoré **vytvárajú alebo rozširujú databázy na rozpoznávanie tváre** prostredníctvom necielenej extrakcie podôb tváre z internetu alebo zo záznamov CCTV.³⁷
- c) Taktiež, je zakázané **hodnotenie alebo klasifikáciu fyzických osôb alebo skupín osôb** počas určitého obdobia na základe ich spoločenského správania alebo známych, odvodených či predpokladaných osobných alebo osobnostných charakteristík, pričom takto získané sociálne skóre vedie k jednému alebo obidvom z týchto výsledkov:
 - i. ku škodlivému alebo nepriaznivému zaobchádzaniu s určitými fyzickými osobami alebo skupinami osôb v sociálnych kontextoch, ktoré nesúvisia s kontextami, v ktorých boli údaje pôvodne generované alebo zhromaždené;
 - ii. ku škodlivému alebo nepriaznivému zaobchádzaniu s určitými fyzickými osobami alebo skupinami osôb, ktoré je neodôvodnené alebo neprimerané ich spoločenskému správaniu alebo jeho závažnosti.³⁸

V poslednom príklade c) sa jedná o tzn. „*social scoring*“. Dôvodom zákazu sú obavy, že „*social scoring*“ má potenciál viesť k nespravodlivej diskriminácii, čím by boli porušované základné ľudské práva a hodnoty, na ktorých je EÚ postavená. Cieľom Aktu o AI je preto zabezpečiť, aby takéto praktiky boli zakázané, čo vytvára do budúcnosti dôležitý precedens.

Špecificky, sa ďalej zameriavame na zákaz používania diaľkovo biometrickej identifikácie:

- d) v zmysle článku 5 ods. 1 písm. h) Aktu o AI, používanie systémov **diaľkovej biometrickej identifikácie** v reálnom čase vo verejne prístupných priestoroch na účely presadzovania práva, pokiaľ takéto použitie nie je nevyhnutne potrebné na jeden z týchto cieľov:
 - i. ciele pátranie po konkrétnych obetiach únosov, obchodovania s ľuďmi alebo sexuálneho vykorisťovania ľudí, ako aj pátranie po nezvestných osobách;
 - ii. predchádzanie konkrétnemu, závažnému a bezprostrednému ohrozeniu života alebo fyzickej bezpečnosti fyzických osôb alebo skutočnej a existujúcej alebo skutočnej a predvídateľnej hrozbe teroristického útoku;
 - iii. lokalizácia alebo identifikácia osoby podozrivej zo spáchania trestného činu na účel vedenia vyšetrovania alebo stíhania trestného činu alebo výkonu trestnej sankcie za trestné činy uvedené v prílohe II, za ktoré možno v dotknutom členskom štáte uložiť trest odňatia slobody alebo ochranné opatrenie obmedzujúce slobodu s hornou hranicou trestnej sadzby najmenej štyri roky.

³⁷ Článok 5 ods. 1 písm. e). Akt o umelej inteligencii

³⁸ Článok 5 ods. 1 písm. c) Akt o umelej inteligencii

Biometrická identifikácia, najmä tá vykonávaná v reálnom čase na verejných priestranstvách, vzbudzuje vážne obavy o ochranu súkromia, zodpovednosť za spracovanie údajov a potenciálne zneužitie tejto technológie. Európska únia sa prostredníctvom Aktu o AI snaží vyvážiť využívanie systémov umelej inteligencie s ochranou základných práv, ako sú súkromie a ochrana osobných údajov. Tento prístup je obzvlášť dôležitý v kontexte používania biometrickej identifikácie, kde je potrebné zabrániť jej možnému zneužitiu, ktoré by mohlo ohroziť základné práva občanov.

II. Vysokorizikové AI systémy

Medzi vysokorizikové systémy AI zaraďuje Akt o AI tie, ktoré negatívne ovplyvňujú bezpečnosť alebo základné práva, sa považujú za vysoko rizikové systémy AI a delia sa do dvoch kategórií:

1. systémy AI používané vo výrobkoch, na ktoré sa vzťahujú právne predpisy EÚ o bezpečnosti výrobkov, ako sa podrobne uvádza v prílohe I Aktu o AI. Do tejto kategórie patria napríklad hračky, letectvo, automobily, zdravotnícke pomôcky atď.
2. systémy AI spadajúce do špecifických oblastí, ktoré musia byť registrované v databáze EÚ, zoznam nájdeme v prílohe III Aktu o AI:
 - biometria, pokiaľ je jej používanie povolené podľa príslušných právnych predpisov EÚ alebo vnútroštátnych právnych predpisov;
 - riadenie a prevádzka kritickej infraštruktúry;
 - vzdelávanie a odborná príprava;
 - zamestnanosť, riadenie pracovníkov a prístup k samostatnej zárobkovej činnosti;
 - prístup k základným súkromným službám a základným verejným službám a výhodám a ich využívanie;
 - presadzovanie práva;
 - riadenie migrácie, azylu a hraničných kontrol;
 - výkon spravodlivosti a demokratické procesy.

Komisia môže delegovaným aktom pridať do prílohy III nové podoblasti, ak predstavujú rovnaké alebo väčšie riziko ako systémy, ktoré sú už zahrnuté, ale nemôže pridať úplne nové kategórie najvyššej úrovne.³⁹

III. Systém AI s obmedzeným rizikom

Pre systémy AI, ktoré nespádajú do kategórie vysokorizikových, zákon o AI stanovuje len minimálne požiadavky týkajúce sa transparentnosti. Týka sa to najmä

³⁹ EDWARDS. L.: The EU AI Act: A summary of its significance and scope. 2022. s. 14 . [online]. Dostupné na: < <https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/04/Expert-explainer-The-EU-AI-Act-11-April-2022.pdf> > [cit. 18.10.2024]

generatívnych systémov AI, ako sú ChatGPT, Gemini, alebo DALL-E.⁴⁰ Tieto pravidlá transparentnosti sa vzťahujú na systémy AI, ktoré:

- Používajú sa na zisťovanie emócií alebo určovanie príslušnosti k sociálnym kategóriám na základe biometrických údajov.⁴¹
- Generujú alebo manipulujú obsah (tzv. „deep fakes“).⁴²

Ak osoby interagujú so systémom AI alebo sa ich emócie, či osobnostné vlastnosti rozpoznávajú pomocou automatizovaných prostriedkov, ľudia musia byť o tomto procese informovaní. Napríklad, ak komunikujú s chatbotom, musia byť informovaní, že ide o stroj, aby si sa mohol vedome rozhodnúť, či budeš pokračovať v interakcii. Ak systém AI generuje alebo manipuluje obrazový, zvukový alebo video obsah, ktorý sa výrazne podobá autentickému obsahu, poskytovatelia sú povinní zreteľne informovať používateľov, že daný obsah bol vytvorený automatizovanými prostriedkami. Výnimky sa môžu uplatniť len v legitímnych prípadoch, ako je presadzovanie práva alebo ochrana slobody prejavu.⁴³

IV. Systém AI s minimálnym rizikom

Najnižšia úroveň rizika je kategorizovaná ako minimálne riziko, ktoré nepodlieha žiadnej konkrétnej regulácii. Do tejto kategórie spadajú systémy AI, ktoré nepredstavujú významné riziko, ako sú napríklad spamové filtre alebo AI vo videorách.⁴⁴ Kľúčovým cieľom tejto klasifikácie je uľahčiť fungovanie týchto nízkorizikových systémov tým, že sa im neukladajú nadmerné regulačné povinnosti, čo prispieva k ich rýchlejšiemu vývoju a inováciám v oblastiach, kde sú riziká spojené s AI považované za zanedbateľné alebo takmer neexistujúce.

2.2. Vplyv aktu o umelej inteligencii na podnikateľské prostredie

Podľa nášho názoru, Akt o AI významne ovplyvní podnikateľské prostredie, keďže zavádza nové pravidlá pre poskytovateľov, ale aj prevádzkovateľov systémov AI. Najväčší vplyv to bude mať na podnikateľov, ktorý v rámci svojej podnikateľskej činnosti vyvíjajú nové systémy AI. Ale taktiež podnikatelia, ktorý využívajú AI pri poskytovaní svojich služieb tretím stranám.

V zmysle našej analýzy Aktu o AI sme identifikovali nasledujúce vplyvy prijatého nariadenia na podnikateľské prostredie:

⁴⁰ ČECHOVÁ & Partners: The EU Artificial Intelligence Act. In Legal Alert. 2024. s. 8. [online]. Dostupné na: < <https://media.licdn.com/dms/document/media/D4E1FAQG0bXBwsIUA4g/feedshare-document-pdf-analyzed/0/1716362836341?e=1730332800&v=beta&t=W3Z4wgdjOuoNVN-flkAZFT10oD0ScpTVMnQ45Zrytl8> > [cit. 19.10.2024]

⁴¹ Článok 50 ods. 3 Akt o umelej inteligencii

⁴² Článok 50 ods. 4 Akt o umelej inteligencii

⁴³ Článok 50 ods. 4 druhý odstavec. Akt o umelej inteligencii

⁴⁴ EDWARDS. L.: The EU AI Act: A summary of its significance and scope. 2022. s. 15 [online]. Dostupné na: < <https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/04/Expert-explainer-The-EU-AI-Act-11-April-2022.pdf> > [cit. 19.10.2024]

1. Na základe článku 4 Aktu o AI spoločnosti, ktoré vytvárajú a používajú systémy AI, sa musia uistiť, že ich zamestnanci a všetci ostatní, ktorí tieto systémy obsluhujú alebo používajú v ich mene, sú o AI dobre informovaní. To zahŕňa zohľadnenie ich technických znalostí, skúseností, vzdelania a odbornej prípravy, ako aj kontextu, v ktorom sa budú systémy AI používať, a taktiež ľudí alebo skupín, ktoré ich budú využívať.
2. Podnikatelia musia zabezpečiť, aby ich systémy AI spĺňali pravidlá upravené v Akte o AI. Najmä v zmysle článku 5, kde sú upravené zakázané praktiky pri používaní AI. Napríklad zákaz uvedenia na trh systém AI, ktorý môže spôsobiť fyzickej osobe značnú škodu z dôvodu jej veku alebo zdravotného postihnutia.⁴⁵
3. Vychádzajúc z kapitoly č. III, oddielu č. 2 a 3, budú podnikatelia musieť zaviesť spoľahlivé systémy riadenia rizík a zabezpečiť, aby ich systémy AI boli transparentné a zrozumiteľné, aby ich používatelia správne pochopili a používali. Od podnikateľov sa bude vyžadovať, aby viedli podrobnú dokumentáciu a záznamy o svojich systémoch AI. To zahŕňa poskytovanie informácií o údajoch použitých na tréning modelov AI a zabezpečenie toho, aby systémy spĺňali bezpečnostné normy. Podnikateľ by mal tiež zvážiť, či by systém AI, ktorý vytvoril alebo používa mohol mať negatívny vplyv na osoby mladšie, ako 18 rokov alebo iné zraniteľné skupiny.
4. V článku 23 citovaného Aktu o AI sa ustanovuje, že pred predajom vysokorizikového systému AI musia dovozcovia zabezpečiť, aby spĺňal všetky požiadavky. To zahŕňa kontrolu, či systém prešiel potrebným posúdením, či má správnu dokumentáciu a či je označený symbolom CE. Ak má dovozca podozrenie, že systém nespĺňa predpisy alebo má falošnú dokumentáciu, nesmie ho predávať, kým nebude spĺňať príslušné požiadavky. Dovozcovia musia na systéme alebo jeho obale uviesť aj svoje kontaktné údaje, zabezpečiť jeho bezpečné skladovanie a prepravu a uchovávať záznam o jeho osvedčení a návode na použitie po dobu 10 rokov. V prípade potreby musia spolupracovať aj s príslušnými orgánmi.
5. Článok 24 uvádza, že pred predajom vysokorizikového systému AI musia distribútori zabezpečiť, aby spĺňal určité normy vrátane označenia CE a kópie vyhlásenia o súlade s Aktom o AI. Ak sa distribútor domnieva, že systém AI nespĺňa tieto normy, nemôže ho predávať, kým ich nebude spĺňať. Musí tiež zabezpečiť, aby systém AI zostal v súlade s predpismi počas skladovania alebo prepravy. Ak sa zistí, že predaný systém AI nie je v súlade, distribútor ho musí opraviť, stiahnuť alebo prevziať späť. Musí tiež spolupracovať s príslušnými orgánmi a poskytnúť všetky požadované informácie o systéme AI.
6. V článku 99 Aktu o AI sa uvádza, že členské krajiny musia stanoviť pravidlá pre sankcie a opatrenia na presadzovanie práva v prípade porušenia zákona. Tieto sankcie musia byť účinné, primerané a odrádzajúce, taktiež musia zohľadňovať záujmy malých a stredných podnikov (ďalej len „MSP“) a startupov. Nedodržanie určitých postupov v oblasti umelej inteligencie

⁴⁵ Akt EÚ o umelej inteligencii. Článok 5. ods. 1. písm. b).

môže mať za následok pokuty až do výšky 35 miliónov EUR alebo 7 % ročného obratu spoločnosti. Iné porušenia môžu mať za následok pokuty až do výšky 15 miliónov EUR alebo 3 % ročného obratu spoločnosti. Poskytovanie nesprávnych alebo zavádzajúcich informácií môže mať za následok pokuty až do výšky 7,5 milióna EUR alebo 1 % ročného obratu spoločnosti. Malé a stredné podniky dostanú nižšie pokuty. Výška pokuty bude závisieť od rôznych faktorov vrátane povahy porušenia, veľkosti spoločnosti a prípadných predchádzajúcich porušení.

7. Špecificky je upravené v článku 101 vyvodenie zodpovednosti a uloženie sankcie vo forme peňažnej pokuty v prípade spoločností, ktoré poskytujú GPAI. V prípade porušenia pravidiel im môže byť uložená pokuta až do výšky 3 % ich ročného celosvetového obratu alebo 15 miliónov EUR, podľa toho, ktorá suma je vyššia. Môže to byť za nedodržanie predpisov, neposkytnutie požadovaných dokumentov alebo informácií, nedodržanie určitých opatrení alebo neumožnenie prístupu EÚ k ich systému AI na účely hodnotenia. Výška pokuty závisí od závažnosti a dĺžky trvania porušenia. Spoločnosti budú informované o všetkých predbežných zisteniach a pred prijatím rozhodnutia dostanú možnosť reagovať. Súdny dvor EÚ môže preskúmať a zmeniť uložené peňažné sankcie.

Podnikatelia, ktorých sa týkajú pravidlá ustanovené v Akte o AI, by mali začať prispôsobovať svoju podnikateľskú činnosť v oblasti AI, aby spĺňali stanovené požiadavky, napríklad vzdelávaním svojich zamestnancov alebo prípravou plánu riadenia rizík.

Európska komisia spustila iniciatívu Pakt o umelej inteligencii⁴⁶ s cieľom pomôcť podnikateľom pri implementácii požiadaviek vymedzených v Akte o AI. V tejto súvislosti Komisia propaguje Pakt o AI a usiluje sa o to, aby sa podnikatelia dobrovoľne zaviazali dodržiavať pravidlá upravené v Akte o AI a začať uplatňovať jeho záväzky ešte pred uplynutím stanovenej lehoty. S cieľom získať účastníkov bola v novembri 2023 vyhlásená prvá výzva na prejavenie záujmu, na ktorú odpovedalo viac ako 550 záujemcov. Úrad pre AI odvtedy inicioval vypracovanie Paktu AI, ktorý je štruktúrovaný do dvoch pilierov:

- I. *pilier* slúži, ako vstupná brána na zapojenie *networku* Paktu o AI (organizácií, ktoré prejavili záujem o Pakt), podporuje výmenu osvedčených postupov a poskytuje praktické informácie o procese vykonávania Aktu o AI;
- II. *pilier* podporuje dodávateľov a používateľov systémov AI, aby sa včas pripravili a prijali opatrenia na dosiahnutie súladu s požiadavkami a povinnosťami stanovenými v Akte o AI.

Na základe našej analýzy Aktu o umelej inteligencii sme zistili, že podnikatelia musia začať prispôsobovať svoju podnikateľskú činnosť tak, aby spĺňali nové požiadavky. Akt o AI zavádza prísne pravidlá pre vysokorizikové systémy AI a

⁴⁶ European Commission. Shaping Europe's digital future. AI Pact. [online] Dostupné na: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact>> [cit. 01.06.2024].

vyžaduje, aby spoločnosti zabezpečili transparentnosť a bezpečnosť svojich AI systémov. Ako vyššie spomíname, iniciatíva Pakt o AI, ktorú spustila Európska komisia, poskytuje podnikateľom podporu a praktické informácie na implementáciu nových požiadaviek, čím má potenciál pomôcť podnikateľom sa pripraviť na nadchádzajúce povinnosti.

ZÁVER

Akt o umelej inteligencii predstavuje zásadný míľnik v regulácii umelej inteligencie v Európskej únii. Zavedením jasných usmernení, najmä pre vysokorizikové systémy umelej inteligencie, vytvára pevný základ pre inovácie a zároveň chráni základné práva. Podniky, ktoré vyvíjajú a zavádzajú technológie umelej inteligencie, musia dodržiavať prísne požiadavky, čím sa zabezpečí transparentnosť, zodpovednosť a bezpečnosť. Zavedením iniciatívy Pakt o AI, Európska komisia aktívne pomáha spoločnostiam pri príprave na dodržiavanie nových pravidiel. Úspech tohto nariadenia však bude závisieť od pripravenosti podnikateľov integrovať tieto požiadavky do svojej činnosti. Vzhľadom na vývoj AI bude pre podniky kľúčové neustále sa prispôsobovať a inovovať, aby sa im v tomto novom regulačnom rámci darilo, čo v konečnom dôsledku môže podporiť dôveryhodný ekosystém AI v celej EÚ.

Ako hypotézu sme si stanovili, že Akt o AI významne ovplyvní obchodné praktiky v Európskej únii tým, že zavedie štruktúrovaný a prísnejší regulačný rámec pre vývoj a používanie technológií umelej inteligencie. Tento rámec vytvára rovnováhu medzi podporou inovácií a dodržiavaním prísnych etických a právnych štandardov. Na základe našej analýzy môžeme túto hypotézu potvrdiť, pretože Akt o AI nielenže zavádza prísne požiadavky na vysokorizikové AI systémy, ale zároveň poskytuje priestor na inovácie tým, že minimalizuje regulačné zaťaženie systémov s nižším rizikom. Právna úprava, tak nielen chráni občanov a trh EÚ, ale aj podporuje technologický rozvoj.

Záverom možno povedať, že Akt o AI predstavuje zásadný krok v regulácii umelej inteligencie v EÚ, čím prispieva k bezpečnému a transparentnému využívaniu AI v podnikaní a zároveň podporuje rast inovácií v súlade s právnymi a etickými požiadavkami.

POUŽITÉ PRAMENE

1. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady, ktorým sa stanovujú harmonizované pravidlá v oblasti umelej inteligencie (Akt o umelej inteligencii)
2. MURÁŇ, J.: Úvod do neurónových sietí. Umelá inteligencia. [online]. 2019. Dostupné na: < <https://umelainteligencia.sk/uvod-do-neuronovych-sieti/> > Zákon č. 11/2001 Z.z. o knihách v znení neskorších predpisov.
3. WILSON SONSINI GOODRICH & ROSATI. *EU AI Act Is Now Adopted*. 21. máj 2024. [online]. Dostupné na: < <https://www.wsgr.com/en/insights/eu-ai-act-is-now-adopted.html>. >

4. HRONČEK & PARTNERS, S. R. O. *Právne postavenie umelej inteligencie*. 24.1.2022. [online]. Dostupné na: < <https://www.legalfirm.sk/sk/stranky/clanok/pravne-postavenie-umelej-inteligencie> >
5. Dôvodová správa k COM/2021/206 final. [online]. Dostupné na: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206&qid=1717151830965> >
6. SCHUETT J.: *A legal definition of AI*. Nemecko: Goethe University Frankfurt., 2029, s. 1. [online]. Dostupné na: < https://www.researchgate.net/profile/Jonas-Schuett/publication/336198524_A_Legal_Definition_of_AI/links/5e20599a458515ba208b9e4c/A-Legal-Definition-of-AI.pdf >
7. WANG, Pei. *What Do You Mean by "AI"?*. In: AGI. 2008. s. 2. [online]. Dostupné na: < https://linas.org/mirrors/nars.wang.googlepages.com/2007.06.27/wang_AI_Definitions.pdf >
8. MANNING, Christopher. *Artificial Intelligence Definitions*. Stanford University [online]. September 2020. Dostupné na: < <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf> >
9. Sheikh, H., Prins, C., Schrijvers, E. *Artificial Intelligence: Definition and Background*. In: *Mission AI. Research for Policy*. Springer, Cham. 2023. [online]. Dostupné na: https://doi.org/10.1007/978-3-031-21448-6_2 >
10. KLUČKA, J. *Medzinárodné právo, umelá inteligencia a vice versa*. In *Časopis pro právní vědu a praxi*. Roč. XXIX, č. 3/2021. s. 554. [online]. Dostupné na: < https://www.researchgate.net/publication/355124271_Medzinarodne_pravo_umela_inteligencia_a_vice_versa/citations >
11. PINTĚROVÁ, D.: *Právna regulácia umelej inteligencie (perspektívy a výzvy)*. *Právny obzor*, 107, č. 4, 2024. s. 371
12. SOKOL. M. *Digitalizácia a umelá inteligencia v obchodných spoločnostiach*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2024;
13. *Návrh SMERNICE EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY o prispôsobení pravidiel mimozmluvnej občianskoprávnej zodpovednosti umelej inteligencii (smernica o zodpovednosti za umelú inteligenciu)*.
14. WILSON SONSINI GOODRICH & ROSATI. *EU AI Act Is Now Adopted*. 21. máj 2024. [online]. Dostupné na: < <https://www.wsgr.com/en/insights/eu-ai-act-is-now-adopted.html>. >
15. EDWARDS. L.: *The EU AI Act: A summary of its significance and scope*. 2022. s. 9. [online]. Dostupné na: < <https://www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/04/Expert-explainer-The-EU-AI-Act-11-April-2022.pdf> >
16. ČECHOVÁ & Partners: *The EU Artificial Intelligence Act*. In *Legal Alert*. 2024. s. 8. [online]. Dostupné na: < <https://media.licdn.com/dms/document/media/D4E1FAQG0bXBwsIUA4g/feedshare-document-pdf-analyzed/0/1716362836341?e=1730332800&v=beta&t=W3Z4wgdjOuoNVN-fIkAZFT10oD0ScpTVMnQ45Zrytl8> >
17. European Commission. *Shaping Europe's digital future. AI Pact*. [online] Dostupné na: < <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact> >

18. Biela kniha o umelej inteligencii – európsky prístup k excelentnosti a dôvere. 19.2.2020.[online]. Dostupné na: < <https://op.europa.eu/sk/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1/language-sk> >
19. Expertná skupina na vysokej úrovni pre umelú inteligenciu (HLEG AI) (2019). Etické usmernenia pre dôveryhodnú umelú inteligenciu. Správa pre Európsku komisiu, 9.4.2019. Brusel: Európska komisia, s. 2. [online] < <https://digital-strategy.ec.europa.eu/sk/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> >

KONTAKT NA AUTORA

jana.selecka@student.upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

**Mgr. Simona Rudohradská, PhD.¹ - doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.² -
JUDr. Laura Bachňáková Rózenfeldová, PhD.³**
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Úloha vnútroštátnych súťažných orgánov pri uplatňovaní Aktu o digitálnych trhoch⁴

The role of national competition authorities in the application of the Digital Markets Act

Abstrakt

Akt o digitálnych trhoch je v súčasnosti už v plnej platnosti a účinnosti. Jeho cieľom je zabezpečiť vyššiu konkurencieschopnosť a spravodlivosť v rámci digitálnych trhov. Predmetné nariadenie zveruje kompetencie súvisiace s praktickým uplatňovaním Aktu o digitálnych trhoch Európskej komisii, ktorá je oprávnená na vymáhanie povinností vyplývajúcich pre zainteresované subjekty z predmetnej regulácie. Určité spektrum kompetencií je zverené aj jednotlivým vnútroštátnym súťažným orgánom. V nadväznosti na uvedenú skutočnosť bol novelizovaný zákon č. 187/2021 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže (ďalej len „zákon o ochrane hospodárskej súťaže“). Cieľom tohto príspevku je selekcia oprávnení a povinností vyplývajúcich pre vnútroštátne súťažné orgány z Aktu o digitálnych trhoch so zreteľom na novelu zákona o ochrane hospodárskej súťaže, berúc do úvahy pozíciu Európskej komisie.

Kľúčové slová: hospodárska súťaž, Akt o digitálnych trhoch, zákon o ochrane hospodárskej súťaže, vnútroštátne súťažné authority, strážcovia prístupu

Abstract

The Digital Markets Act is now in full force and effect. It aims to ensure greater competitiveness and fairness in digital markets. The regulation in question entrusts competences relating to the practical application of the Digital Markets Act to the European Commission, which is empowered to enforce the obligations arising for stakeholders from the regulation in question. A certain range of competences is also

¹ Vedeckovýskumná pracovníčka Katedry obchodného a hospodárskeho práva, UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta.

² Vedúca katedry obchodného práva a hospodárskeho práva, UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta.

³ Vedeckovýskumná pracovníčka Ústavu teórie práva Gustava Radbrucha, UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta.

⁴ Tento parciálny výstup je podporený Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-23-0331 Integrácia únie kapitálových trhov: zmena korporáčného financovania a záchrana obchodných spoločností vo finančných ťažkostiach a zmluvy č. APVV-21-0336 Analýza súdnych rozhodnutí metódami umelej inteligencie.

conferred on individual national competition authorities. As a result of the aforementioned fact, Act No. 187/2021 Coll. on the protection of competition was amended. The aim of this paper is to select the powers and obligations arising for national competition authorities from the Digital Markets Act in the light of the aforementioned amendment to the act on the protection of competition, taking into account the position of European Commission.

Key word: competition, Digital Markets act, Act on protection of competition, national competition authorities, gatekeepers.

JEL Classification: K21

ÚVOD

Pár poznámok k Aktu o digitálnych trhoch

Právny rámec regulácie hospodárskej súťaže na úrovni práva EÚ počína čl. 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie. Priamo v primárnom práve (ZFEÚ) je upravený zákaz dohôd obmedzujúcich súťaž a zákaz zneužívania dominantného postavenia. Kontrola koncentrácií je upravená v sekundárnom práve, predovšetkým v právnych aktoch vo forme nariadení, s cieľom zachovania čo najvyššej možnej miery jednotnosti právnej úpravy naprieč členskými štátmi Európskej únie. Zmieňovaný základný právny rámec pravidiel hospodárskej súťaže bol doplnený tzv. Aktom o digitálnych trhoch,⁵ ktorého cieľom je prispievať k správne fungovaniu vnútorného trhu stanovením harmonizovaných pravidiel, ktorými sa pre všetky podniky zabezpečia súťažeschopné a spravodlivé trhy digitálneho sektora v celej Únii, na ktorých pôsobia strážcovia prístupu, a to v prospech všetkých komerčných používateľov a koncových používateľov.⁶ Koncept nariadenia je vystavaný na princípe špecifických povinností, ktoré sú povinné spĺňať subjekty patriace do kategórie tzv. gatekeeperov⁷ (článok 5, článok 6 a článok 7 Aktu o digitálnych trhoch). Strážcovia prístupu sú subjekty vymedzené kvalitatívnymi (článok 3 ods. 1 Aktu o digitálnych trhoch) a kvantitatívnymi kritériami (článok 3 ods. 2 Aktu o digitálnych trhoch). Táto množina subjektov by sa dala označiť ako kľúčoví aktéri na príslušných trhoch, pôsobiacich v rámci digitálneho sektora. Z doterajších verejne dostupných informácií Európska komisia označila šesť strážcov prístupu pre 22 základných platformových služieb poskytovaných strážcami prístupu. Zaraďujeme medzi nich Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, a Microsoft.⁸

⁵ NARIADENIE EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY (EÚ) 2022/1925 zo 14. septembra 2022 o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora a o zmene smerníc (EÚ) 2019/1937 a (EÚ) 2020/1828 (akt o digitálnych trhoch)

⁶ Čl. 1 ods. 1 Aktu o digitálnych trhoch.

⁷ Slovenský ekvivalent pojmu gatekeeper je tzv. strážca prístupu

⁸ Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers, dostupné na: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/digital-markets-act-commission-designates-six-gatekeepers>, navštívené dňa 19.08.2024

Cieľom tohto príspevku je vymedzenie rámca kompetencií, ktoré sú pri presadzovaní nariadenia Aktu o digitálnych trhoch zverené (prioritne) Európskej komisii a v istom rozsahu taktiež aj vnútroštátnym súťažným autoritám. Pre naplnenie vopred vymedzeného hlavného cieľa, overovaniu podrobíme hypotézu stanovujúcu, že úloha vnútroštátnych súťažných autorít aj napriek výlučnej právomoci Komisie na presadzovanie Aktu o digitálnych trhoch je aktívna a že vnútroštátne súťažné autority zastávajú taktiež významnú úlohu pri presadzovaní pravidiel a povinností kreovaných na podklade Aktu o digitálnych trhov.

1. KOMPETENCIE SÚŤAŽNÝCH ORGÁNOV PRI UPLATŇOVANÍ AKTU O DIGITÁLNYCH TRHOCH

Vo všeobecnosti možno konštatovať, že národné súťažné autority a Európska komisia disponujú kompetenciami pre dohľad, ochranu a dodržiavanie pravidiel hospodárskej súťaže. Oprávnenie Európskej komisie zabezpečovať uplatňovanie príslušných ustanovení Zmluvy o fungovaní Európskej únie (čl. 101 a nasl.) možno vyabstrahovať z čl. 106 ods. 3 ZFEÚ, ktorý vymedzuje, že „Komisia zabezpečí uplatňovanie ustanovení tohto článku a v prípade potreby vydá členským štátom príslušné smernice alebo rozhodnutia.“

Podľa § 1 ods. 2 zákona č. 187/2021 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže o a zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon o ochrane hospodárskej súťaže“)

„tento zákon upravuje najmä nástroje ochrany a podpory súťaže, formy nedovoleného obmedzovania súťaže, kontrolu koncentrácií, spôsob vymenovania, odvolávania a kompetencie predsedu úradu, podpredsedu úradu, Rady Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (ďalej len „rada“), právomoci, kompetencie a postup úradu, sankcie za nedodržiavanie ustanovení tohto zákona a postup pri výkone rozhodnutí vydaných v iných členských štátoch Európskej únie.“

Smernica ECN⁹ sa zároveň zasadzuje, aby bola vzájomná spolupráca súťažných orgánov prehĺbená a aby spoločné poznatky a overené postupy mohli byť efektívne a koordinovane využívané na prospech jednotného dodržiavania pravidiel v rámci celého územia EÚ. So zreteľom na skutočnosť, že nad dodržiavaním pravidiel hospodárskej súťaže má oprávnenie tak Európska komisia, ako aj jednotlivé vnútroštátne súťažné autority je podrobné poukázať na čl. 1 ods. 2 smernice ECN+, ktorý vymedzuje predmet úpravy smernice, stanovujúc, že sa vzťahuje na uplatňovanie článkov 101 a 102 ZFEÚ a paralelné uplatňovanie vnútroštátneho práva v oblasti hospodárskej súťaže v rovnakej veci.

V tomto smere je potrebné zdôrazniť, že Akt o digitálnych trhoch zveruje kompetencie na presadzovanie ustanovení Európskej komisii, čo je zdôraznené už

⁹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1 z 11. decembra 2018 o posilnení právomocí orgánov na ochranu hospodárskej súťaže v členských štátoch na účely účinnejšieho presadzovania práva a o zabezpečení riadneho fungovania vnútorného trhu, Ú. v. EÚ L 11, 14.1.2019, p. 3–33, ktorej transponovanie do právneho poriadku SR spôsobilo zmenu pôvodného znenia zákona č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže na nový zákon č. 187/2021 Z.z.

v texte preambuly Aktu o digitálnom trhu, nakoľko bod 91 stanovuje, že „Komisia je jediným orgánom, ktorý je oprávnený presadzovať toto nariadenie. Malo by byť možné, aby členské štáty na účely podpory Komisie splnomocnili svoje príslušné vnútroštátne orgány presadzujúce pravidlá hospodárskej súťaže na vedenie vyšetrovaní možného neplnenia určitých povinností zo strany strážcov prístupu podľa tohto nariadenia. To by mohlo byť relevantné najmä v prípadoch, keď nie je možné od začiatku určiť, či je strážca prístupu schopný svojim správaním porušovať toto nariadenie, pravidlá hospodárskej súťaže, ktoré je príslušný vnútroštátny orgán oprávnený presadzovať, alebo oboje. Príslušný vnútroštátny orgán presadzujúci pravidlá hospodárskej súťaže by mal podať Komisii správu o svojich zisteniach o možnom neplnení určitých povinností zo strany strážcov prístupu podľa tohto nariadenia, aby Komisia ako jediný orgán presadzovania ustanovení tohto nariadenia začala konanie s cieľom vyšetriť jeho akékoľvek neplnenie.“

Ešte v roku 2021 národné súťažné authority zastrešené Európskou sieťou pre hospodársku súťaž (European Competition Network) vydali spoločné stanovisko¹⁰ k návrhu Aktu o digitálnych trhoch, v ktorom Akt o digitálnych trhoch označujú ako efektívny doplnkový nástroj. Aj v tomto dokumente je zmieňované, že predovšetkým inštitút zákazu zneužívania dominantného postavenia sa ukázal ako vhodný nástroj na zachytávanie protiprávných praktík, keďže jeho podstata umožňuje zachytiť širokú škálu protisúťažných konaní.¹¹ Efektívnosť *ex ante* regulácie, akou je Akt o digitálnych trhoch, spočíva aj v tom, že zaručuje schopnosť rýchlej intervencie, ktorá je pri digitálnych trhoch absolútne kľúčová.¹²

Ako sa ukázalo, súťažné authority jednotlivých členských štátov mali rozhodujúci vplyv na formovanie súťažného práva v digitálnej oblasti. Keďže dlhšiu dobu absentovala úprava, ktorá by reflektovala priamo na praktiky vykazujúce digitálne špecifiká (napríklad s ohľadom na spracovávanie dát, prístup ku generovaným dátam či znevýhodňovaniu konkurentov v prístupe k informáciám), súťažné authority postihovali tieto protisúťažné konania digitálnych gigantov za použitia štandardných inštitútov súťažného práva. So zreteľom na tradičnú trojpilierovú sústavu nedovolených foriem obmedzovania hospodárskej súťaže sa ako najvypuklejšia forma obmedzovania ukázalo zneužívanie dominantného postavenia. Problematickým v tomto svetle bolo predovšetkým vymedzenie relevantného trhu, resp. skutočnosť že platforma s kľúčovou pozíciou na relevantnom trhu nemusí za každých okolností disponovať dominantným postavením na príslušnom trhu v zmysle tradičných súťažnoprávných pravidiel. V predmetnom stanovisku súťažné

¹⁰ Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strenghten the DMA, dostupné na: https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf, navštívené dňa 16.08.2024

¹¹ Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strenghten the DMA, dostupné na: https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf, str. 2, navštívené dňa 16.08.2024

¹² Ibid., str. 3

orgány sformulovali viaceré východiská, ktoré považovali za dôležité pre účely efektívneho uplatňovania nariadenia Aktu o digitálnych trhoch.¹³

Už návrh Aktu o digitálnych trhoch bol založený na dôkazoch poskytnutých v prípadoch práva hospodárskej súťaže a sektorových vyšetrovaní rôznych európskych orgánov pre hospodársku súťaž, a to vrátane Komisie, Akt o digitálnych trhoch by mal preto byť „profitom“ predovšetkým s ohľadom na procesné zisky¹⁴ a rýchlejšie postupy. Toto tvrdenie bolo akcentované skutočnosťou, že orgány, ktoré budú Akt o digitálnych trhoch presadzovať, nebudú musieť pristúpiť k individuálnemu hodnoteniu trhových pozícií a pravdepodobných účinkov na súťaž medzi zainteresovanými subjektmi. Príslušné orgány nebudú musieť najmä definovať relevantné trhy, na ktorých strážcovia prístupu pôsobia, preukazovať, že príslušní strážcovia prístupu sú na týchto trhoch dominantní, a dokazovať, že praktiky majú zneužívajúcu povahu.¹⁵ V tejto súvislosti ešte zdôrazňujeme, že nie je vylúčený ani prípad kedy platforma vykonáva praktiky, ktoré vykazujú digitálne špecifiká a dopúšťa sa deformovania súťaže, ale nedisponuje dominantným postavením, takže jej sankcionovanie prostredníctvom čl. 102 ZFEÚ je nerealizovateľné. Práve takýmto prípadom má Akt o digitálnych trhoch zabrániť.

Ako uvádzame aj vyššie, vnútroštátne orgány pre hospodársku súťaž skrze svojej doterajšie rozhodovacej činnosti v intenciách digitálnej ekonomiky nadobudli značné skúsenosti a tieto by mohli byť preto vhodnými prostriedkami pri presadzovaní Aktu o digitálnych trhoch, aby sa zabezpečila jeho plná účinnosť a komplementárnosť s presadzovaním práva hospodárskej súťaže. Ako preukázali niektoré vnútroštátne konania týkajúce sa protisúťažného konania veľkých spoločností pôsobiacich na celom svete, vrátane strážcov prístupu, ako sú definovaní v Akte o digitálnych trhoch, takéto konania môžu byť v určitých scenároch veľmi dobre riešené na národnej úrovni. To by umožnilo priniesť viac zdrojov popri zdrojoch Európskej komisie, využiť synergie z presadzovania práva hospodárskej súťaže a zabránilo by to vyháňaniu sa prekážkam pri presadzovaní a/alebo znižovaniu priorit pri niektorých prípadoch.¹⁶ Niektorí autori zároveň poukazujú na to, že vzájomný vzťah medzi Aktom o digitálnych trhoch a vnútroštátnymi právnymi rámcami na ochranu hospodárskej súťaže poskytuje viaceré možnosti interpretácie ich vzájomnej interakcie, pričom uvádzajú, že najširší výklad čl. 1 ods. 5 a 6 Aktu o digitálnych trhoch by umožnil orgánom hospodárskej súťaže a súdom zväziť záujmy chránené v Akte o digitálnych trhoch v kontraste s národnými záujmami a

¹³ V čase predloženia spoločného stanoviska v roku 2021 bol Akt o digitálnych trhoch v stave návrhu nariadenia

¹⁴ Pôvodný text znie „...the specific approach of the DMA should result in procedural gains and faster procedures...“ – neoficiálny preklad autorky ako „procesné zisky“

¹⁵ Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strengthen the DMA, str. 5, dostupné na: https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf, navštívené dňa 16.08.2024

¹⁶ Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strengthen the DMA, dostupné na: https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf, str. 7, navštívené dňa 16.08.2024

vytvoriť väčšiu konvergenciu právnych predpisov a politiky hospodárskej súťaže na jednotnom digitálnom trhu.¹⁷

V čl. 90 preambuly Aktu o digitálnych trhoch je zdôraznená potreba kooperácie vnútroštátnych súťažných orgánov a Európskej komisie, pri uplatňovaní nariadenia, stanovujúc, že „*súdržné, účinné a komplementárne presadzovanie dostupných právnych nástrojov, ktoré sa uplatňujú na strážcov prístupu, si vyžaduje spoluprácu a koordináciu medzi Komisiou a vnútroštátnymi orgánmi v rámci ich právomocí.*“ Poukazujúc na zásadu lojálnej spolupráce podľa čl. 4 ods. 3 ZEÚ „*Komisia a vnútroštátne orgány by mali spolupracovať a koordinovať svoje opatrenia potrebné na presadzovanie dostupných právnych nástrojov uplatňovaných na strážcov prístupu v zmysle tohto nariadenia a dodržiavať zásadu lojálnej spolupráce stanovenú v článku 4 Zmluvy o Európskej únii.*“

Vo vzťahu k zásade lojálnej spolupráce v kontexte strážcov prístupu je vhodné poukázať na výklad Súdneho dvora EÚ, týkajúci sa predmetnej zásady lojálnej spolupráce v konaní, v ktorom vystupoval jeden zo subjektov, ktorí boli následne označení ako strážcovia prístupu. Jedná sa o konanie medzi spoločnosťou Meta (poskytujúcou služby sociálnej siete Facebook) a nemeckým vnútroštátnym orgánom na ochranu hospodárskej súťaže (Bundeskartellamt). Zásada lojálnej spolupráce však bola Súdny dvorom posudzovaná medzi orgánom na ochranu hospodárskej súťaže a orgánom na ochranu osobných údajov. Nemecký vnútroštátny orgán v rámci administratívneho konania rozhodol, že spoločnosť Meta sa dopustila zneužívania dominantného postavenia zohľadňujúc jej praktiky spracúvania osobných údajov a konštatoval, že sa dopustila porušenia príslušných ustanovení nariadenia GDPR. Súdny dvor EÚ sa v tomto smere vyjadril, že „článok 51 a nasl. nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov), ako aj článok 4 ods. 3 ZEÚ, sa majú vykladať v tom zmysle, že s výhradou dodržania povinnosti lojálnej spolupráce s dozornými orgánmi môže orgán na ochranu hospodárskej súťaže členského štátu v rámci preskúmania, či došlo k zneužitiu dominantného postavenia podnikom v zmysle článku 102 ZFEÚ, konštatovať, že všeobecné podmienky používania vypracované týmto podnikom a týkajúce sa spracúvania osobných údajov a ich vykonávanie nie sú v súlade s týmto nariadením, ak je toto konštatovanie potrebné na preukázanie existencie takéhoto zneužitia. Vzhľadom na túto povinnosť lojálnej spolupráce sa vnútroštátny orgán na ochranu hospodárskej súťaže nemôže odchyliť od rozhodnutia príslušného vnútroštátneho dozorného orgánu alebo príslušného vedúceho dozorného orgánu týkajúceho sa týchto všeobecných podmienok alebo podobných všeobecných podmienok. Ak má orgán na ochranu hospodárskej súťaže pochybnosti o rozsahu takéhoto rozhodnutia, ak sú uvedené podmienky alebo podobné podmienky zároveň predmetom preskúmania zo strany týchto orgánov alebo ak sa orgán na ochranu hospodárskej súťaže v prípade neexistencie vyšetrovania alebo rozhodnutia zo

¹⁷ VAN DEN BOOM, J. What does the Digital Markets Act harmonize?—exploring interactions between the DMA and national competition laws. *European Competition Journal*, 2023, 19.1: 57-85.

strany uvedených orgánov domnieva, že predmetné podmienky nie sú v súlade s nariadením 2016/679, musí sa poradiť s týmito dozornými orgánmi a požiadať ich o spoluprácu, aby sa zbavil svojich pochybností alebo určil, či treba počkať na prijatie ich rozhodnutia pred začatím vlastného posúdenia. Ak tieto dozorné orgány nevznesú námietku alebo neodpovedia v primeranej lehote, orgán na ochranu hospodárskej súťaže môže pokračovať vo vlastnom vyšetrovaní.¹⁸

Vo svetle aktivít realizovaných Európskou komisiou a jednotlivými vnútroštátnymi súťažnými autoritami pod záštitou Európskej siete pre hospodársku súťaž je potrebné poukázať na konferenciu, ktorá sa konala dňa 24. júna 2024 v Amsterdame ku Aktu o digitálnych trhoch, na ktorej sa stretli zástupcovia Rakúska, Belgicka, Estónska, Nemecka, Portugalska, Španielska, Švédska, Holandska a zástupcovi Európskej komisie. Účelom konferencie bolo zdôrazniť pozitívny vplyv Aktu o digitálnych trhoch na podnikateľské prostredie európskej ekonomiky a taktiež aj umožnenie, či povzbudenie podnikateľov na využitie týchto príležitostí. Cieľovým audítoriom boli predovšetkým zástupcovia podnikateľského sektora, ktorí pôsobia ako konkurencia technologických gigantov, ktorí sú stabilne etablovaní, na príslušných relevantných trhoch.¹⁹ Aj takýmto spôsobom sa subjekty zainteresované pri uplatňovaní Aktu o digitálnych trhoch snažia o zrozumiteľnú interpretáciu benefitov, ktoré plynú z predmetného Aktu pre malé a stredné podniky.

1.1. Kompetencie Európskej komisie

Ako poukazujeme aj vyššie, čl. 91 preambuly Aktu o digitálnych trhoch vymedzuje, že Komisia je jediným orgánom, ktorý je oprávnený presadzovať toto nariadenie. Právomoci Komisie v kontexte presadzovania Aktu o digitálnych trhoch sú ďalej v záväznom texte Aktu o digitálnych trhoch zdôraznené predovšetkým (no nielen) v čl. 8, 20 29 a 30. Článok 8 Aktu o digitálnych trhoch pojednáva o tom, že strážcovia prístupu zabezpečujú a preukazujú dodržiavanie svojich povinností stanovených v Akte o digitálnych trhoch vo vzťahu ku Komisii a Komisia je zase subjektom oprávneným na posúdenie dodržiavania týchto povinností. Ako vyplýva z čl. 8 odseku 2 Aktu o digitálnych trhoch (dodržiavanie povinností strážcov prístupu), Komisia môže z vlastnej iniciatívy alebo na žiadosť strážcu prístupu začať konanie podľa čl. 20 (začatie konania). Rovnako tak je oprávnená prostredníctvom jednoduchej žiadosti žiadať podniky a združenia podnikov o poskytnutie všetkých potrebných informácií, prístup k údajom či algoritmom, informáciám o testovaní, či požadovať vysvetlenia k uvedeným aspektom.

Článok 29 vymedzuje postup Komisie pri zistení, že strážca prístupu si neplní svoje povinnosti, resp. nedodržiava povinnosti, pričom je oprávnená v takomto prípade prijať vykonávací akt v ktorom rozhodne o neplnení povinností. Povinnosťou Komisie je v prípade neplnenia povinností príslušnému

¹⁸ Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 04. júla 2023, C-252/21, Meta Platforms a i. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social), ECLI:EU:C:2023:537

¹⁹ The Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM), ECN Digital Markets Act Conference 2024, dostupné na: <https://www.acm.nl/en/publications/ecn-digital-markets-act-conference-2024>, navštívené dňa 30. septembra 2024

gatekeeperovi oznámiť svoje predbežné zistenia. Strážca prístupu má následne povinnosť poskytnúť opis opatrení, ktoré prijal na zabezpečenie súladu svojho konania s nariadením v nadväznosti na rozhodnutie o neplnení povinností.

Komisia je podľa čl. 30 rovnako oprávnená ukladať príslušným subjektom pokuty, ktoré predstavujú sankcie za neplnenie povinností a to do výšky 20% celkového celosvetového obratu v predchádzajúcom finančnom roku. Uloženie pokuty ale musí predchádzať záver, že strážca prístupu sa dopustil rovnakého alebo podobného porušenia povinností s rovnakou základnou platformovou službou, aké mu bolo preukázané v jednom z rozhodnutí o neplnení povinností prijatých v ôsmich predchádzajúcich rokoch.

1.2. Právomoci vnútroštátnych súťažných autorít

Oprávnenia vyplývajúce vnútroštátnej súťažnej autorite z Aktu o digitálnych trhoch, ktorou je v podmienkach Slovenskej republiky Protimonopolný úrad SR boli do zákona č. 187/2021 Z.z. zákona o ochrane hospodárskej súťaže inkorporované novelou č. 93/2024 Z.z. s účinnosťou od 15.05.2024. Podľa § 12 ods. 2 zákona o ochrane hospodárskej súťaže „Úrad vykonáva právomoc v oblasti ochrany a podpory súťaže zverené orgánom súťaže osobitnými predpismi.“ Pod poznámkou pod čiarou bol pridaný odkaz na nariadenie (okrem iného) Aktu o digitálnych trhoch. Do § 16 pribudli k odseku 1 písmená c) a d), ktoré stanovujú, že úrad *vykonáva prešetrovanie na účel zistenia možného porušenia povinnosti podnikateľa podľa osobitného predpisu a vykonáva prešetrovanie na účel zistenia, či je dôvod na podanie žiadosti o prieskum trhu podľa osobitného predpisu*, odkazujúc na čl. 5 až 7 Aktu o digitálnych trhoch a čl. 41 Aktu o digitálnych trhoch.

Predmetné články nariadenia (čl. 5, 6 a 7) upravujú povinnosti strážcov prístupu, prípadne vymedzujú konanie, ktoré je pre strážcov prístupu zakázané. Článok 41 upravuje problematiku žiadosti o prieskum trhu, kedy tri alebo viaceré členské štáty môžu požiadať Komisiou o začatie prieskumu trhu, ak usúdia, že existujú opodstatnené dôvody domnievať sa, že určitý podnik by mal byť v pozícii strážcu prístupu.

Zásadným v tomto smere bude taktiež čl. 38 Aktu o digitálnych trhoch, ktorý upravuje podmienky spolupráce a koordinácie s príslušnými vnútroštátnymi orgánmi, ktoré presadzujú pravidlá hospodárskej súťaže. Priamo v čl. 38 ods. 1 je zdôraznená spolupráca jednotlivých vnútroštátnych orgánov prostredníctvom Európskej siete pre hospodársku súťaž, potreba vzájomnej informovanosti o vykonaných opatreniach, právomoc poskytovať si vzájomne informácie o skutkových alebo právnych záležitostiach a to vrátane dôverných informácií. Pokiaľ by vnútroštátna súťažná autorita vykonávajúca právomoci definované v čl. 1 ods. 6 Aktu o digitálnych trhoch zamýšľala začať vyšetrenie týkajúce sa strážcu prístupu na základe vnútroštátneho právneho rámca upravujúceho oblasť hospodárskej súťaže, je jej povinnosťou písomne o tom informovať Komisiu a to už o prvom formálnom vyšetrovacom opatrení, pred začatím jeho vykonávania resp. bezprostredne po ňom. Vzhľadom na formuláciu predmetného ustanovenia je zrejmé, že je tým myslená bezprostrednosť, ktorú možno rámcovo ohraničiť dňami.

Rovnako tak sa umožňuje ostatným príslušnými orgánom, presadzujúcim pravidlá hospodárskej súťaže, sprístupniť relevantné informácie. Tieto postupy sa však netýkajú posudzovania resp. rozhodovania o vnútroštátnych pravidlách vzťahujúcich sa na fúzie.

Príslušný vnútroštátny orgán členského štátu, ktorý presadzuje pravidlá uvedené v článku 1 ods. 6 Aktu o digitálnych trhoch (pravidlá hospodárskej súťaže zakazujúce protisúťažné dohody, rozhodnutia združení podnikov, pravidlá hospodárskej súťaže zakazujúce iné formy jednostranného správania, či pravidlá kontroly koncentrácií), môže z vlastnej iniciatívy vyšetriť prípad možného neplnenia článkov 5, 6 a 7 Aktu o digitálnych trhoch na svojom území, ak podľa vnútroštátneho práva je na to oprávnený a má na to vyšetrovacie právomoci. Pred prijatím prvého formálneho vyšetrovacieho opatrenia tento orgán písomne informuje Komisiu. Začatie konania Komisiou podľa článku 20 oslobodzuje príslušné vnútroštátne orgány členských štátov, ktoré presadzujú pravidlá uvedené v článku 1 ods. 6, od možnosti viesť takéto vyšetrovanie alebo ho ukončí ak už prebieha. Uvedené orgány podávajú Komisii správu o zisteniach takéhoto vyšetrenia s cieľom podporiť ju v jej úlohe jediného orgánu presadzovania tohto nariadenia.

Za dôležité považujeme v tomto smere dodať aj to, že s cieľom zamedziť novej fragmentácii vnútorného trhu členských štátov nesmú ukladať subjektom v pozícii strážcov prístupu ďalšie povinnosti formou zákonov, či iných právnych predpisov. Táto skutočnosť im ale nebráni v tom, aby v záležitostiach ktoré nepatria do pôsobnosti Aktu o digitálnych trhoch ukladali podnikom, ktoré poskytujú základné platformové služby²⁰ povinnosti súvisiace s právom Únie, pričom tieto povinnosti nesmú vyplývať z toho, že tieto subjekty majú postavenie strážcov prístupu podľa Aktu o digitálnych trhoch.

ZÁVER

S poukazom na vyššie prezentované tézy zastávame názor, že úloha vnútroštátnych súťažných orgánov pri plnom presadzovaní Aktu o digitálnych trhoch nemôže byť rozhodne vnímaná ako zanedbateľná. Berúc do úvahy skúsenosti jednotlivých vnútroštátnych súťažných autorít, ktoré nadobudli praktickým uplatňovaním štandardných inštitútov súťažného práva pre účely aplikácie na situácie a praktiky digitálnych gigantov vykazujúcich digitálne špecifiká, je ich rozhodovacia činnosť a perspektíva nenahraditeľným aktívom v procese vymáhania povinností obsiahnutých pre strážcov prístupu v Akte o digitálnych trhoch, ktoré je však zverené do plnej kompetencie Európskej komisie. Iniciatíva akú predstavuje platforma zastrešujúca vnútroštátne súťažné authority a Európsku komisiu- Európska sieť pre hospodársku súťaž (ECN) – spolu so zásadou lojálnej spolupráce

²⁰ Podľa čl. 2 ods. 2 Aktu o digitálnych trhoch sa základnou platformou rozumejú nasledovné služby: a) online sprostredkovateľské služby; b) internetové vyhľadávače; c) online služby sociálnej siete; d) služby platformy na zdieľanie videí; e) interpersonálne komunikačné služby nezávislé od číslovania; f) operačné systémy; g) webové prehliadače; h) virtuálni asistenti; i) služby cloud computingu; j) online reklamné služby vrátane akýchkoľvek reklamných sietí, reklamných búrz a akýchkoľvek iných služieb sprostredkovania reklamy, ktoré poskytuje podnik poskytujúci ktorúkoľvek zo základných platformových služieb

obsiahnutou v čl. 4 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii môže veľmi efektívnym spôsobom napomôcť pri uplatňovaní Aktu o digitálnych trhoch zohľadnením pozície Európskej komisie a skúseností vnútroštátnych súťažných autorít. Mantinely vzájomnej spolupráce Európskej komisie a vnútroštátnych súťažných autorít sú v Akte o digitálnych trhoch vymedzené skôr všeobecným spôsobom, ktorého praktické uplatňovanie môže nastoliť nové otázky výkladu zásady *ne bis in idem* v súťažnom kontexte, či „preverit“ hranicu právomocí pri uplatňovaní čl. 101 a 102 ZFEÚ vo svetle nariadenia 1/2003²¹.

POUŽITÉ PRAMENE

1. Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers, dostupné na: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/digital-markets-act-commission-designates-six-gatekeepers>, navštívené dňa 19.08.2024
2. Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strengthen the DMA, dostupné na: https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf
3. Nariadenie európskeho parlamentu a rady (eú) 2022/1925 zo 14. septembra 2022 o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora a o zmene smerníc (eú) 2019/1937 a (eú) 2020/1828 (akt o digitálnych trhoch)
4. Nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82, Ú. v. ES L 1, 4.1.2003, p. 1–25
5. Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 04. júla 2023, C-252/21, Meta Platforms a i. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social), ECLI:EU:C:2023:537
6. Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1 z 11. decembra 2018 o posilnení právomocí orgánov na ochranu hospodárskej súťaže v členských štátoch na účely účinnejšieho presadzovania práva a o zabezpečení riadneho fungovania vnútorného trhu, Ú. v. EÚ L 11, 14.1.2019, p. 3–33
7. The Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM), ECN Digital Markets Act Conference 2024, dostupné na: <https://www.acm.nl/en/publications/ecn-digital-markets-act-conference-2024>
8. VAN DEN BOOM, J. What does the Digital Markets Act harmonize?—exploring interactions between the DMA and national competition laws. *European Competition Journal*, 2023, 19.1: 57-85.
9. Zákon č. 187/2021 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov
10. Zmluva o Európskej únii, Ú. v. EÚ C 326, 26.10.2012, p. 13–390

²¹ Nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82, Ú. v. ES L 1, 4.1.2003, p. 1–25

KONTAKT NA AUTOROV

simona.rudohradska@upjs.sk

regina.huckova@upjs.sk

laura.rozenfeldova@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

Ing. Jaroslav Schönfeld, Ph.D.¹ - Ing. Michal Kuděj, Ph.D.²
Vysoká škola ekonomická v Praze

Ekonomické souvislosti postupů preventivní restrukturalizace v ČR
Economic Context of Preventive Restructuring Procedures in the Czech Republic

Abstrakt

Zákon číslo 284/2023 Sb., o preventivní restrukturalizaci (ZPR) se stane (poněkud vyhoceně formulováno) buď zásadní pozitivní revolucí v oblasti sanací podniků, nebo se změní ve velkou komplikaci ve vztazích mezi věřitelem a jeho dlužníkem. Teprve praxe ukáže, která z těchto možností bude bližší skutečnosti. Smyslem tohoto textu je alespoň naznačit některé ekonomické souvislosti, které budou hrát roli v tom, ke kterému z obou formulovaných pólů se realita nakonec přikloní.

Klíčové slová: Důvěra, insolvence, preventivní restrukturalizace, restrukturalizace, úpadek .

Abstract

Act No. 284/2023 Coll., on Preventive Restructuring (ZPR) will become (in somewhat exaggerated terms) either a major positive revolution in the field of corporate rehabilitation in the Czech Republic or it will turn into a major complication in the relations between the creditor and its debtor. Only practice will tell which of these options will be closer to reality. The purpose of this text is to at least suggest some of the economic context that will play a role in which of the two formulated poles reality will eventually lean towards.

Key words: Trust, insolvency, preventive restructuring, restructuring, bankruptcy.

JEL Classification: G33, G34

¹ Odborný asistent na katedře strategie Fakulty podnikohospodářské Vysoké školy ekonomické v Praze, člen vědecké rady a akademický ředitel Centra restrukturalizace a insolvence Harryho Pollaka. Působí jako lektor v rámci Justiční akademie, kde přednáší kurzy zaměřené na řízení podniku v krizi. Dále působí jako zkušební komisař pro zkoušky zvláštních insolvenčních správců. Byl členem expertní pracovní skupiny ministerstva spravedlnosti pro transpozici evropské směrnice o preventivní restrukturalizaci do národní právní úpravy. V praxi se specializuje na restrukturalizace a vymáhání pohledávek.

² Odborný asistent na katedře strategie Fakulty podnikohospodářské v Praze, člen vědecké rady Centra restrukturalizace a insolvence Harryho Pollaka. Působí jako zkušební komisař pro zkoušky zvláštních insolvenčních správců, byl členem expertní pracovní skupiny ministerstva spravedlnosti pro transpozici evropské směrnice o preventivní restrukturalizaci do národní právní úpravy. V praxi se specializuje na firemní finance a restrukturalizační procesy.

ÚVOD

Cílem příspěvku je nastínit alespoň částečně a v rámci možností daných rozsahem problematiku transpozice evropské směrnice týkající se preventivní restrukturalizace do českého právního řádu, což nicméně v souvislostech znamená obecný pohled na problém, neboť stejné střety právních a ekonomických momentů nastávají ve všech podnikatelských prostředích vyspělých zemí. Zabýváme se primárně otázkou důvěry mezi věřitelem a dlužníkem jako fundamentální podmínkou procesu preventivní restrukturalizace a obecně jakékoliv sanace, která ze svého principu vyžaduje spolupráci věřitele.

K objasnění problematiky je v rámci textu zhruba definována časová osa pohybu podniku na lince od bezproblémového stavu až k případné likvidaci, k jednotlivým klíčovým bodům jsou pak přiřazeny potenciální postupy řešení situace podniku a formulována potřebná míra důvěry k jejich uskutečnění.

Co se týká institutu preventivní restrukturalizace, jde v rámci konstituovaných metod sanací uvnitř České republiky a ostatně i všech ostatních postkomunistických zemí (a také v rámci řady dalších vyspělých států EU), o postup nový, v odborné literatuře dosud nezpracovaný. Nesporně existuje řada zdrojů, které se zabývají problematikou neformálních restrukturalizací nebo reorganizací podle insolvenčního práva, avšak tyto práce jsou zaměřeny na problematiku sice související, nicméně nikoliv v dané dílčí oblasti úvah.

1. OTÁZKA DŮVĚRY JAKO ZÁKLADNÍ EKONOMICKÁ KATEGORIE

Důvěra je základní stavební kámen veškerých ekonomických vztahů. Naprostá většina právních předpisů týkajících se podnikání a ekonomických činností obecně směřuje k tomu, aby byla důvěra některým z možných způsobů institucionalizována a tím zakonzervována. Důvěra je tedy chápána jako vztah dočasný, který je nutné fixovat instrumenty umožňujícími vymáhání vzájemných dohod a úmluv.

Jde samozřejmě, a je to očividné, primárně o problematiku transakčních nákladů. V obecné rovině platí, že čím je důvěra nižší a čím více musí být nahrazována instrumenty, tím větší vůli k růstu transakční náklady mají. Nesporně institucionalizace a případné následné vymáhání plnění má své náklady. Nelze zapomínat, že pokud se důvěra ukáže být nulová a nezastupitelná, pak transakční náklady rostou až do míry, kdy spotřebují veškerý potenciální užitek transakce (což nemusí být nutně jenom peněžně vyjádřený zisk). Výsledkem je růst počtu transakcí či kooperací, které se vůbec neuskuteční. Jsou to jednoduché až téměř banální skutečnosti. Nicméně v souvislosti s danou problematikou se jeví vhodné je zopakovat.

Ve vztahu věřitel – dlužník je otázka důvěry kruciólní. Tím není myšleno, že by byl tento vztah systémově či principiálně odlišný od vztahu dodavatel – odběratel (už jenom proto, že i zde jde v důsledku o vztah věřitel – dlužník). Podstata zůstává v obou případech stejná. Jsou zde však určité rozdílné detaily, okolnosti a parametry situace. Na tomto místě není příliš prostoru k tomu tyto odlišnosti analyzovat, jakkoliv je to jistě zajímavé. Spokojme se pro tuto chvíli s konstatováním, že otázka

důvěry je zde poněkud intenzivnější, než jakou nacházíme ve většině ekonomických transakcí a obvyklých kooperačních vazeb.

1.1. Problémy podniků a hospodářský cyklus

Nejstarší setrvale existující samostatná firma se dožila, pokud je tedy známo, úctyhodného věku 1428 let. Šlo o japonskou stavební společnost Kabušiki Gaiša Kongó Gumi, která byla založena v roce 578 a v roce 2006 byla po několika letech finančních problémů pohlcena koncernem Takamatsu. V jeho rámci nyní působí dál jako dceřiná společnost specializovaná na stále stejné stavební odvětví, s jakým začala v šestém století našeho letopočtu – na stavbu tradičních buddhistických chrámů.

Obvyklá životnost samostatných firem je však podstatně kratší. Již jenom proto, že bychom pouze s obtížemi hledali jiné tak dlouhověké odvětví než specifické japonské sakrální stavebnictví. I když tato okolnost možná do jisté míry vysvětluje, proč jsou nejdéle existujícími firmami v českém prostředí pivovary, jakkoliv u nich je otázkou přetrvávání jejich právní formy.

Nicméně: I když v evropském kontextu existují firmy úctyhodně letité, běžná životnost podnikatelského subjektu (jako suverénní svébytné jednotky) je samozřejmě nepoměrně kratší a měří se spíše na generace než staletí.

Obvyklou odpovědí na tuto skutečnost je poukázání na existenci hospodářského cyklu. Jde ale o vysvětlení velmi nedokonalé a problematické.

Samozřejmě jsou krizová období standardní historickou etapou. To platí ve společenském smyslu slova, kdy velké sociální nebo válečné otřesy nesporně snižují pravděpodobnost existence dlouhověkových firem. Ještě více je to pak relevantní vzhledem k existenci ekonomických cyklů. Zcela nesporně existuje závislost mezi hospodářským cyklem a počtem bankrotujících podnikatelských subjektů. Zároveň je ale stejně jisté, že bankroty se dějí i v době konjunktury, tedy hospodářských cyklus nemůže plně a zcela uspokojivě vysvětlit zániky podniků.

I to je vcelku banální, nicméně důležitá okolnost. Ve skutečnosti totiž platí, že v reálném světě jsou opravdovými důvody selhání podnikatelských subjektů například manažerská selhání, špatná rozhodnutí, nedostatečná erudice nebo chybné odhady budoucího vývoje, nepřesná znalost trhu a jeho požadavků a velmi častá podnikatelská slepota („dělali jsme to tak vždycky, není důvod nic měnit jen proto, že se mění jiní“). Nesporně nelze opomenout i kriminální jednání, jakkoliv to bývá spojené spíše s obdobím dopadů a následků prvotních chyb, než že by samo o sobě bylo nějakým mimořádně častým spouštěcím mechanismem problému. V jistém spíše marginálním počtu případů pak dochází k neřešitelným potížím společnosti vlivem přírodních katastrof nebo výjimečných neočekávatelných událostí.

Jak tyto mimořádné katastrofické děje, tak i všechny omyly a nedostatky v řízení mají samozřejmě větší dopad v časech krize či stagnace, lépe se překonávají v konjunkturu. Což je pravý důvod, proč můžeme sledovat nezpochybnitelný vztah mezi počty insolvenčních řízení a hospodářským cyklem.

Tato okolnost je pro správné pochopení ekonomických souvislostí a potenciálu preventivních restrukturalizací velmi důležitá.

Když totiž pomineme události vis major pak platí, že všechny zmíněné okolnosti souvisejí s důvěryhodností podnikatele a s důvěrou ve způsob řízení jeho podniku.

Podobně je třeba zdůraznit, že jakkoliv tedy veřejné mínění spojuje úpadky podnikatelských subjektů s negativními fázemi ekonomického cyklu, pouze velmi ojediněle najdeme případ, kdy skutečně dojde k zániku podniku pouze proto, že nastane hospodářská krize.

1.2. Důvěra a související podstata sanačních procesů

Představme si časovou osu děje vedoucí z bodu A, kdy je podnik zdravý a konkurenceschopný, do bodu Z, kdy je podnik zlikvidován, například v konkurzním řízení. Na této ose musí nutně existovat relativně konkrétní bod, o kterém lze říct, že představuje okamžik, v němž již v podniku nastaly finanční komplikace, je zřejmé, že bez zásadních změn přerostou v selhání, avšak zároveň můžeme racionálně předpokládat, že při vhodných restrukturalizačních krocích lze dosáhnout návratu podniku na životaschopnou dráhu.

Tento bod je tím okamžikem, kdy má být uskutečněna buď neformální restrukturalizace (pokud je to možné) nebo má být předložen věřitelům projekt preventivní restrukturalizace (sanační projekt) podle ZPR.³ Zatímco takto obecně popsáno jde o věc jednoduchou a jasnou, přičemž existence takového okamžiku plyne z logiky a není zpochybnitelná, ve skutečnosti se jedná o podstatně složitější problém. A to především z ekonomického hlediska. V danou chvíli však tento ekonomický aspekt ponechme stranou. Místo toho zdůrazníme, že jde o problém, který velmi úzce souvisí s otázkou důvěry (především mezi věřitelem a dlužníkem).

Na stejné ose jsou pak i další body postupně se blížící bodu Z. Zatímco jsme ale dosud byli v oblasti buď bez zákonné úpravy (pokud nepočítáme obecné předpisy, jako občanský zákoník⁴ a korporátní zákon⁵), což se týká uskutečnění neformální restrukturalizace, případně jsme byli v oblasti působnosti speciálního zákona o preventivní restrukturalizaci, nyní se již dostáváme do hájemství insolvenčního zákona.⁶

V prvním z těchto dalších bodů nastane takový stav podnikatelské činnosti, kdy je ještě možné diskutovat o předbalené reorganizaci. Těsně kolem tohoto prostoru na ose by měl být další bod, který můžeme považovat za okamžik úpadku podniku ve smyslu InsZ.⁷ Následující bod je takový, kdy lze ještě diskutovat o reorganizaci

³ Zákon č. 284/2023 Sb., o preventivní restrukturalizaci, ZPR

⁴ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, NOZ

⁵ Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o korporacích)

⁶ Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), InsZ. Při výčtu zákonů dotýkajících se nějakým způsobem sanačních procesů by však nemělo být zapomenuto ani na mnohé další, především pak na zákony daňové, které zasahují velmi podstatným způsobem do oblasti ekonomické racionality sanačních procesů. Jde o problematiku někdy poněkud přehlíženou a nedoceněnou. Více k tomuto tématu mimo jiné Schönfeld a kol. (2023, str. 3-10).

⁷ Jakkoliv vymezení úpadku v rámci zákona je vždy problematičtější, což platí i o českém prostředí a § 3 InsZ. K otázkám úpadku a složitosti jeho posuzování ve smyslu rozporu mezi dikcí zákona a reálnými ekonomickými situacemi existuje již poměrně rozsáhlá literatura, ze které je možné zmínit například Schönfeld (2018, str. 197-204) nebo Richter (2017, str. 85-93) a nově Schönfeld a kol. (2023, zejména str. 107-118).

jako řešení úpadku, dále pak je tam řada bodů, ve kterých je jediným řešením konkurz. Tyto jednotlivé „konkurzní“ body pak vyjadřují míru spotřebování aktiv podniku, tedy reverzně vzato potenciál uspokojení věřitelů. V bodu Z již aktiva neexistují, jsou zcela spotřebována, a uspokojení věřitelů je nulové.

Kdybychom k této časové ose přiřadili jakýsi barometr důvěry věřitelů v podnikatelský subjekt, pak v bodě A existuje vcelku značná pravděpodobnost vysoké důvěry (jakkoliv si lze představit situace, kdy to neplatí), směrem k Z bude ukazovat tento barometr stále nižší hodnoty. Pochopitelně průběh poklesu bude u každého konkrétního případu jedinečný a specifický, to však nic nemění na obvyklém stavu a shodném směřování.

Logicky to pak je možné aplikovat na jednotlivé sanační pokusy.

Pravděpodobně vysokou mírou důvěry věřitelů by měl disponovat dlužník, který s nimi projedná vlastní neformální restrukturalizaci nebo jim v rámci postupu podle ZPR předloží příslušné návrhy. Konec konců preventivní restrukturalizace je předpokládána (především v rámci směrnice o restrukturalizaci a insolvenční⁸ a přinejmenším deklaratorně i v rámci české transpozice v podobě ZPR) jako proces konsenzuální, založený na základní důvěře stran a dohodě dlužníka a jeho věřitelů (případně hlavního věřitele), a to v přímém rozporu ke konkurzu, který je považován *apriori* za proces konfliktní. Jakkoliv nesporně praxe ukazovala, ukazuje a i v budoucnu jistě bude ukazovat množství konkrétních případů, které se takovému dělení vymykají. Avšak, a to je podstatnější fakt, než výjimky (o kterých se dá ostatně říct, že potvrzují pravidlo), preventivní restrukturalizace je jak podle předpokladů směrnice o restrukturalizaci a insolvenční, tak i podle zavedených pravidel v rámci ZPR vynutitelná, což výše zmíněné předpoklady důvěry, dohody a konsenzuality procesu poněkud relativizuje.

Ponechme nyní stranou, že dlužník by při postupu podle ZPR neměl splňovat legislativní parametry úpadku definované již zmíněnými ustanoveními InsZ. To je dáno elementárním faktem, že preventivní restrukturalizace není způsobem řešení úpadku, ale postupem předcházení úpadku. Jakkoliv poněkud ironicky vlastně při přítomnosti důvěry a konsenzu není relevantní ekonomický důvod, proč by měl být postup podle ZPR úpadci odepřen tehdy, pokud je schopen splnit finanční předpoklady preventivní restrukturalizace a poskytnout věřitelům v rámci konsenzuálního postupu odpovídající plnění. To se však již dostáváme do vskutku jemných oblastí konkrétních situací.

Jako druhá v žebříčku důvěry by měla být tak zvaná předbalená reorganizace podle InsZ. I zde by měl mít (teoreticky) věřitel důvěru v dlužníka, v jeho kroky a úmysly. Přičemž i tady můžeme hovořit o „důvěře většiny“. Skutečná praxe nicméně odhaluje řadu případů, kdy jsou reálné postupy v rozporu s úmyslem zákonodárce.⁹

Třetím stupněm je reorganizace podle InsZ zahájená po zjištění úpadku dlužníka, tedy klasický model reorganizace.

⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1023 ze dne 20. 6. 2019.

⁹ Znovu je možné odkázat na literaturu, zvláště pak Schönfeld a kol. (2018, str. 263-273), Schönfeld a kol. (2023, str. 55-66) nebo také velmi konkrétně Schönfeld, Kuděj a Smrčka (2019, str. 490-510).

A konečně čtvrtým je konkurz, kde již obvykle nemluvíme o sanaci (jakkoliv sanační konkurz není protimluv) a kde dlužník nedisponuje v podstatě žádnou důvěrou věřitelů. Ve skutečnosti jde o postup vyjadřující vedle ekonomické logiky také právě nedůvěru v dlužníka (obvykle absolutní nedůvěru v dlužníka). Což platí i o relativně vzácných, nicméně nikoliv marginálních případech zmíněných sanačních konkurzů.

1.3. Důvěra a ekonomický stav dlužníka

Podobně zajímavý žebříček můžeme formulovat i z hlediska ekonomického stavu dlužníka. Což platí i přes skutečnost, že sám výraz ekonomický stav je poněkud plastický. To si žádá určité alespoň krátké vysvětlení.

Jak je snad obecně známo, jedním z důležitých ekonomických pojmů je informační asymetrie. Velmi zjednodušeně to znamená, že různí aktéři kooperačních vazeb a ekonomických vztahů obecně mají odlišnou znalost významných skutečností. Někteří mají tuto znalost velmi širokou, jiní naopak mnohdy spíše povšechnou. Ve vztahu dlužník – věřitel je dlužník tím subjektem, který svoji vlastní situaci zná (obvykle) velmi detailně. Naopak věřitel nese riziko informační asymetrie.

Jinými slovy platí, že velmi snadno může existovat dlužník, jehož poměry (ve skutečnosti) jsou úpadkové, v reálném světě však dále působí. Ostatně dřívější výzkumy prokázaly, že mnoho takových dlužníků dávno poté, co dosáhnou úpadkové situace (ve smyslu InsZ), uskutečňuje pokus o některý ze sanačních postupů (ať již předpřípravenou reorganizaci, reorganizaci nebo využití institutu moratoria).¹⁰ Ostatně nikoliv náhodou hovoříme někdy o úpadku skrytém a zjevném.¹¹ Přičemž není až tak klíčové, že obvykle jsou tyto pojmy vztahovány ke jednotlivým testům úpadku.

Pokud nicméně odmyslíme situaci informační asymetrie, pak platí, že ustanovení ZPR jsou uzpůsobena pro podnikatelské subjekty, které nejsou v úpadku, ale ve stavu, ve kterém bez dalších zásahů úpadek teprve nastane. Samotný takový stav je z ekonomického hlediska podivuhodný a jakkoliv se věc zdá jednoduchá, ve skutečnosti je dosti těžko definovatelný. K tomu se nicméně ještě vrátíme. Podstatné nicméně je, že preventivní restrukturalizace předpokládá ještě přinejmenším relativně zdravý podnik, ačkoliv není tak jednoduché určit, co si pod tímto výrazem představit.

To by mělo být znakem i těch subjektů, které přistupují k předpřípravené či předbalené reorganizaci podle InsZ (nebo žádají o moratorium podle InsZ). Všechny tyto varianty sice předpokládají úpadek nebo alespoň stav tak zvaného hrozícího úpadku (který je však definován v InsZ vskutku velmi vágně)¹², ale zároveň by mělo jít o stav řešitelný s vyšším výnosem pro věřitele, než by přinesl likvidační postup

¹⁰ Literatura k tomuto tématu již byla vzpomenuta, zdůrazněme na tomto místě Schönfeld, Kuděj a Smrčka (2019, str. 490-510).

¹¹ Viz například již zmíněný Richter (2017) a mnozí další.

¹² InsZ zmiňuje hrozící úpadek v § 3 odst. 5: O hrozící úpadek jde tehdy, lze-li se zřetelem ke všem okolnostem důvodně předpokládat, že dlužník nebude schopen řádně a včas splnit podstatnou část svých peněžitých závazků.

(tedy konkurz). To znamená, že pokračující provoz podniku má znamenat výhled na nikoliv prohlubování ztráty, ale na tvorbu zisku. To je klíčová podmínka, která ovšem, jako mnoho ekonomických podmínek, může být vcelku obtížně verifikovatelná.

I to je pro ekonomy banální konstatování, které je bráno jako elementární základ další diskuse. Avšak při pohledu na insolvenční praxi se zdá být velmi pochybné, zda si tuto zákonitost účastníci řízení opravdu uvědomují, popřípadě zda ji programově nerespektují.¹³

V podstatě tak platí, že hlavní objem konkurzních řešení by měly představovat podniky skutečně úpadkové, kde nemůže být pochyb o tom, že jde o ekonomicky neudržitelné projekty. Znovu můžeme odkázat na výzkumy a s jejich oporou tvrdit, že v konkurzu se ocitají nejen podniky neživotaschopné, ale mnohdy spíše vyprázdněné a z hlediska aktiv a kapitálu zcela nulitní. To je ovšem tradiční problém insolvenčních řízení, který je znám dlouhodobě.¹⁴ Ostatně celý koncept včasného varování, jak ho obsahuje ZPR, má poskytnout podnikateli nástroj, kterým by takovému konci své činnosti mohl efektivně předejít – pokud k tomu však podnikatel má skutečnou vůli. Přičemž ale absence takové vůle představuje v řadě případů zásadní problém.

1.4. Důvěra a výnos pro věřitele

Nejpodstatnějším (a především skutečně ekonomicky uchopitelným úhlem pohledu) je však nesporně potenciál výnosu pro věřitele. Konec konců právě očekávání výnosu je z hlediska věřitele klíčovým parametrem, podle kterého se bude řídit jeho chování a přístup k situaci. Pokud je předpoklad výnosu vysoký, lze hovořit i o vysoké důvěře v to, že dlužník bude postupovat korektně. Samozřejmě je možné vytvořit i řadu myšlenkových modelů, které budou tento vztah popírat. Nicméně podívejme se na věc fundamentálně.

Kdy bude mít věřitel předpoklad vysokého výnosu? V podstatě pouze v tom případě, kdy bude sanační proces zahájen v takové fázi vývoje situace, ve které budou aktiva dlužníka ve stavu, který nazvěme pro zjednodušení korektní. A zároveň musí být sanační procesy spuštěny v takovém stavu podnikání subjektu, kdy bude existovat relevantní předpoklad tvorby dostatečného provozního výsledku k tomu, aby mohlo dojít k vysokému uspokojení pohledávek. Lze to říct i tak, že důvěra věřitele bude o to vyšší, oč nižší bude překvapivost informací o problémech dlužníka.

Z tohoto pohledu znovu platí, že postupy preventivní restrukturalizace by měly být dostupné dlužníkovi v principu tehdy, pokud je jeho ekonomická situace

¹³ Znovu je možné odkázat na již zmíněné práce, zvláště Schönfeld, Kuděj a Smrčka (2019, str. 490-510). I další výzkumy prokázaly, že množství podnikatelských subjektů prosadí některý ze sanačních postupů (reorganizaci, moratorium) navzdory faktu, že i provozní výsledky jejich podnikatelské činnosti (bez finančních aspektů, například bez nákladů úvěrů), jsou záporné, pak je nutné pochybovat o tom, zda v daných případech byly dostatečně zohledněny základní ekonomické zákonitosti a podmínky reálnosti sanačního postupu. Další podrobnosti k tématu například Smrčka, Arltová, Schönfeld (2020, str. 188-208).

¹⁴ Kislíngrová, Richter, Smrčka (2013, str. 13-28)

v rozmezí, které by bylo možné nazvat očekávatelným. Zda tomu tak skutečně je, zda tedy ZPR respektuje tento úhel pohledu věřitele, to je jiná otázka, které bude nutné věnovat velkou pozornost na základě praxe užívání ZPR.

Znovu lze říct, že linie preventivní restrukturalizace – předbalená reorganizace – reorganizace – konkurz je zároveň linií snižování předpokladu výnosu. To ostatně respektuje (alespoň v teoretické rovině) i legislativa. Ve všech případech platí, že sanační postupy k tomu, aby je dlužník mohl prosadit (není-li souhlas dostatku věřitelů), musejí nabízet předpoklad vyššího výnosu než likvidace. Zda InsZ a ZPR obsahují v tomto směru dostatečná nebo nedostatečná ustanovení, je ale věc jiná. A znovu bude nutné ji posoudit tváří v tvář skutečným řízením (jakkoliv u ZPR je výraz řízení částečně nepřesný).

2. EKONOMICKÉ JÁDRO PROBLÉMU

Je tedy možné přistoupit ke skutečnému ekonomickému jádru problému preventivní restrukturalizace.

Ekonomicky je preventivní restrukturalizace (jako úspěšný mechanismus, nikoliv jako nástroj nespravedlivého přerozdělení aktiv) možná, nehledě na právní ustanovení, jejich výklad a konkrétní provádění, jedině a pouze za splnění předpokladu *going concern* v širším smyslu slova. To znamená za splnění předpokladu schopnosti dalšího samostatného fungování podniku. Ekonomové se v této souvislosti kloní spíše k předpokladu, že k úspěšnému pokusu o preventivní restrukturalizaci dostačuje schopnost *going concern* alespoň na provozní úrovni s tím, že zároveň je přítomen racionálně podložený výhled na posun výše, tedy k tvorbě takové hodnoty, která umožní znovunastolení finanční stability. Řešení této otázky je ale možné s důvěrou ponechat na mechanismy fungující na principu konsenzu a důvěry.

Proč je princip *going concern* tak zásadně klíčový by bylo možné opisovat mnoha ekonomickými argumenty, ve skutečnosti však postačí jediný, který již byl ostatně výše uveden. Bez udržení *going concern* nelze předpokládat příští dostatečné výnosy. Pokud tento princip přítomen není nebo je zjizvitelný v míře nedostatečné pro budoucnost a další úspěšnou činnost podniku, pak likvidační hodnota podniku v danou chvíli bude s pravděpodobností hraničící s jistotou vyšší než budoucí plnění věřitelům. Neboť bez možnosti zapojit se efektivně do dalších fází kooperačních vazeb zbývá pouze absorbovat nové náklady spojené s prostou existencí aktiv.

Ve skutečnosti o nic více, ale ani o nic méně, se nejedná. Všechno ostatní včetně právních procesů vnucení a dalších kroků je pouze sbírka nástrojů, které by však měly být zapovězeny tehdy, není-li výše popsáný princip přítomný.

Bohužel se lze obávat, že aktuální podoba ZPR (v jinak chvályhodné snaze umožnit ozdravné procesy i při přítomnosti nekooperativních věřitelů nebo věřitelů s jinými než ekonomickými motivacemi) nerespektuje skutečně důsledně tuto elementární ekonomickou zákonitost. To nesporně v praxi povede k mnoha případům, kdy věřitelé s dlužníky svedou náročné spory v rámci ustanovení ZPR. Jejich podoba a výsledky pak rozhodnou, zda se ZPR stane skutečně nástrojem sanačním nebo zda bude mít naopak spíše negativní důsledky (promítnuté například

do příštích ustanovení v rámci úvěrových smluv, o jejichž podobě by bylo předčasné nyní diskutovat).

Nesporně se objevuje otázka, jakým způsobem opravdu racionálně přítomnost principu *going concern* ověřovat. V tomto směru jsme však vybaveni, a to dokonce veřejně, existencí systému včasné výstrahy. Snad není příliš odvážné naznačit, že pravidla využívání tohoto mechanismu a jeho reportování jsou jednou z možností, která bude součástí příští úvěrové praxe a dost možná pronikne i do praxe navazování a uskutečňování kooperačních vazeb mezi nefinančními podnikatelskými subjekty. V principu to je možné považovat za příznivou zprávu, protože pro budoucnost to přinese relativně levný a nenáročný způsob saturování vztahu důvěry mezi dlužníkem a věřitelem.

ZÁVĚR

ZPR je velmi novým předpisem, jehož praktické užívání je v danou chvíli velkou neznámou. Bude v co nejkratší době potřebné prozkoumat analyticky jeho jednotlivá ustanovení a vyhodnotit jejich skutečné (nikoliv zákonodárcem zamýšlené) důsledky. Tato práce má příliš malý rozsah k tomu, aby mohla „jít paragraf po paragrafu“ a naznačovat některé i jenom předběžné závěry v tomto směru. S jistotou ale můžeme tvrdit, že příští roky ukážou, zda se zákon stane zásadní pozitivní revolucí v oblasti sanací podniků, nebo se změní ve velkou komplikaci ve vztazích mezi věřitelem a jeho dlužníkem. Jak bylo ostatně formulováno již v úvodu statě.

POUŽITÉ PRAMENY

1. RICHTER, T. (2017). *Insolvenční právo*. 2. přepracované a rozšířené vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2017.
2. SCHÖNFELD, J. a kol. (2023). *2023: Start preventivní restrukturalizace: Nová šance pro podnikatele, nebo velký problém pro věřitele?*. Praha: C. H. Beck, 2023.
3. SCHÖNFELD, J., KUDĚJ, M., LOUDA, L., SEDLÁČEK, D., SMRČKA, L. (2018). *Transformace a restrukturalizace podniku*. Praha: C. H. Beck, 2018.
4. SCHÖNFELD, J., KUDĚJ, M., SMRČKA, L. (2019). Finanční charakteristiky podniků před vyhlášením moratoria. *Politická ekonomie*, 2019, 67(5), 490–510. Dostupné on-line: <https://doi.org/10.18267/j.polek.1247>
5. Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1023 ze dne 20. 6. 2019 o rámcích preventivní restrukturalizace, o oddlužení a zákazech činnosti a opatřeních ke zvýšení účinnosti postupů restrukturalizace, insolvence a oddlužení a o změně směrnice (EU) 2017/1132 (směrnice o restrukturalizaci a insolvenční). Dostupná on-line: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1023>
6. SMRČKA, L., ARLTOVÁ, M., SCHÖNFELD, J. (2013). Příčiny neúspěšného prosazování sanačních postupů v insolvenční realitě. *Politická ekonomie*, 2013, 61(2), 188–208, <https://doi.org/10.18267/j.polek.894>

7. Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), InsZ
8. Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, NOZ
9. Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o korporacích)
10. Zákon č. 284/2023 Sb., o preventivní restrukturalizaci (ZPR)

KONTAKT NA AUTORY

jaroslav.schonfeld@vse.cz

michal.kudej@vse.cz

Vysoká škola ekonomická v Praze, Fakulta podnikohospodářská

Nám. W. Churchilla 4

130 67 Praha 3 – Žižkov

Česká republika

mgr Wiktoria Sikorska

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

“The Future of Geographical Indications: Legal Perspectives on Craft and Industrial Products in Slovakia”

Abstract

The adoption of Regulation (EU) 2023/2411, expanding geographical indications (GIs) to include craft and industrial products, marks a significant development in EU intellectual property law. This paper critically examines the legal implications of this regulation for Slovakia., offering new opportunities for Slovak craft and industrial manufacturers to boost product value, protect local expertise, and promote regional identity. However, challenges remain, such as aligning national laws with EU standards and ensuring strong enforcement mechanisms. The paper analyzes these issues and explores how Slovakia can maximize the benefits of GI protection for its non-agricultural sectors under the new regulation.

Key words: geographical indications, craft, EU Trade Agreements.

JEL Classification: K3

INTRODUCTION

The safeguarding and enforcement of geographical indications (GIs) on the global stage is considered one of the EU's highest priorities in its Trade Agenda¹. As a result, this intellectual property right has taken on an significant important role in the EU's bilateral relations, especially within the context of the Free Trade Agreements (FTAs) it has recently negotiated². Currently, the role will increase even further due to the introduction of the new Regulation 2023/2411³, which allows the registration of craft and industrial products as geographical indications. The

¹ *Geographical indications*; „Enforcement and protection, Protecting EU creations, inventions and designs”, European Commission Trade, https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/protecting-eu-creations-inventions-and-designs/geographical-indications_en (accessed: 27.09.2024).

² For example, these include: EU-India Geographical Indications Agreement, EU-Australia Trade Agreement or adopted The EU-Japan Economic Partnership Agreement, *Negotiations and agreements*; “EU trade relationships by country/region”, European Commission Trade https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements_en (accessed: 27.09.2024).

³ Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

introduction of the aforementioned regulation concludes over a decade-long debate on implementing this protection⁴ and opens up a wide range of opportunities for small and medium-sized businesses producing such products. Until now, this protection was limited to agricultural products, wines, and spirits, such as in Slovakia: Bardejov Honey, the applying Liptovská Bryndza, or Skalický Trdelník. In the context of global trade, in an era of standardising production methods and significant market capitalisation, geographical indications have become an extremely important export commodity for the European Union worldwide, as they emphasise the distinction and requirement that a specific element or at least one stage of production originates from a particular and unique region within the European Union.

1. THE NEW EUROPEAN REGULATION ON THE PROTECTION OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS FOR CRAFT AND INDUSTRIAL PRODUCTS

Due to the need for the unification of EU regulations concerning the protection of craft and industrial products, the EU decided to create a harmonised system, similar in its principles to the solutions for agricultural and food products⁵. It was noted that in the legal systems of more than half of the Member States, there are specific national *sui generis* protection systems⁶ for craft and industrial products with different characteristics, while the remaining Member States relied solely on trademarks and/or unfair competition laws to protect their intangible assets and legal rights. Furthermore, there was no cross-border system within the internal market that mutually recognized national protection systems. At the EU level, producers could register individual trademarks, collective trademarks, and certification marks. However, the use of trademark protection did not enable producers to certify, at the EU level, the link between quality and geographical origin, which signals characteristics attributed to specific local skills and traditions. Thus, the main goal of the new regulation is to establish directly applicable protection for geographical indications of craft and industrial products at the EU level. It also aims to improve the position of producers in protecting their products across the Union from counterfeiting and to provide incentives for investment in these products. The regulation further seeks to enhance the visibility of authentic products in the market, which will also benefit consumers. The regions where producers operate should benefit from the protection of typical product names, allowing them to develop their

⁴ ZAPPALAGLIO, A. *The law of geographical indications at the centre of the European green deal*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2023, Vol. 18, No. 8.

⁵ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council on geographical indication protection for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 of the European Parliament and of the Council and Council Decision (EU) 2019/1754, Brussels, COM/2022/174 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0174>.

⁶ CALABRESE, B. *The Evolving Protection of Geographical Indications Against Services: “Brand” New World?*, IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, Volume 55, 2024 (accessed: 27.09.2024).

tourism potential, retain and attract skilled labour, and safeguard their cultural heritage. The regulation is based on the specific protection of geographical indications, meaning that producers and public authorities collaborate in developing product specifications. This approach is designed to particularly assist micro-enterprises and small and medium-sized enterprises, which often lack the resources to develop new product specifications.

According to the adopted EU regulations, craft products are those made entirely by hand or with the use of hand tools or digital tools, or by mechanical means, where the manual contribution is a significant element of the finished product⁷. On the other hand, industrial products are those produced in a standardised manner, including mass production and the use of machinery⁸. In practice, this means that a wide range of products can benefit from geographical indication protection: natural stones, wood products, jewellery, textiles, lace, cutlery, glass, porcelain, or leather goods. Furthermore, the product must originate from a specific place, region, or country, and its particular quality, reputation, or other characteristic must be essentially linked to its geographical origin, with at least one stage of production taking place in the designated geographical area.

1.1. The applicant

The entity with standing to submit an application is, as a rule, a group of producers. By way of exception, an individual, single producer may be considered the applicant if they are the only producer wishing to submit the application and if the defined geographical area from which the product originates is based on a specific part of the territory, and its characteristics significantly differ from those of neighbouring areas, or if the product's distinguishing features differ from those of products produced in adjacent geographical areas. The applicant may also be a micro, small, or medium-sized enterprise (SME) or a group of producers consisting solely of SMEs, or public law entities carrying out their public tasks at the local or regional level⁹.

Producer groups manufacturing the product in a cross-border area, originating from different Member States or third countries, may submit a single joint application. Public authorities and other stakeholders, such as consumer groups, retailers, and suppliers, may also participate in the work of a producer group. Each group should operate transparently, openly, and non-discriminatorily, and should allow any producers of the specific product to join the group at any time. The groups must ensure that their member producers consistently comply with the relevant product specification when presenting the product on the market, using the protected geographical indication and the EU symbol.

⁷ Article 4 and 6 of the Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

⁸ Ibidem.

⁹ Art. 8 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

1.2. Requirements

For a given name of craft or industrial product to obtain the status of a geographical indication for the mentioned products, it is necessary to meet the requirements specified in its objective and non-discriminatory specification, indicating the location of the product's production at each stage of its creation. The specification must include:

- a) The **name** protected as a geographical indication. It may be the geographical name of the product's production location or a name used in commerce or colloquial language to describe or refer to the product within a specific geographic area.
- b) The **type of product**, indicating its category (e.g., ceramics, textiles, natural stone, wood),
- c) A **description** of the product, including the raw materials from which it is made, where applicable.
- d) **Specification** of the geographic area from which the product originates, along with information indicating the connection between the geographic area and the quality, reputation, or other characteristic feature of the specific product,
- e) **Proof of origin from the specified geographic area**, detailed through the identification of the production stages that take place in the defined geographic area.
- f) A **description** of the **production methods**, including traditional methods and specific practices used in the making of the product, where applicable,
- f) Information regarding its packaging, if the applicant decides that packaging must take place in the specific geographic area—along with sufficient justification for the need to package the product in that area,
- g) **Any specific rules related to the product's labeling**,
- h) **Identification of each individual production stage**, carried out by at least one producer in a member state or third country other than the member state or third country from which the product name originates, and any specific provisions related to verifying compliance in this regard,
- i) Any **other requirements** set forth by member states or producer groups, applicable as long as such requirements are objective, non-discriminatory, and compliant with both EU and national law¹⁰.

This specification should be accompanied by a uniform document and supporting documentation, including the applicants' contact information.

¹⁰ Art. 9 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

2. REGISTRATION PROCEDURE

The registration procedure is initiated upon request¹¹. The application for registration is first reviewed at the national level to verify its validity and compliance with formal requirements (it must be complete and include the necessary documents). The most important part of the application is the product specification. If the full procedure is completed at the national level, the application is forwarded to the EUIPO in Alicante¹². From the moment the application is transferred until a registration decision is made by the EUIPO, temporary protection is granted at the national level¹³. Temporary protection expires on the day the EUIPO issues its registration decision. The member state concerned is responsible for the consequences of temporary protection if the name is not registered at the EU level. Within six months of receiving the application, the EUIPO conducts an examination to determine whether the application is justified and complies with the legal requirements. If the EUIPO finds that the application meets all the necessary criteria for registration, it issues a decision to publish a summary of the application in the EUIPO publication¹⁴.

Objections to the registered designations may be filed within two months from the date of publication. Objections are admissible, particularly if:

1. The product does not meet the required conditions,
2. The name is generic,
3. Registration of the name would cause a conflict between a trademark and a geographical indication¹⁵.

The EUIPO examines the admissibility of objections. It will reject objections if they are deemed inadmissible, in which case the name will be registered. If the EUIPO finds the objection admissible, it calls upon the parties involved to enter into consultations. If no objection statement is submitted within six months, or if the opposition procedure results in a registration decision, the name will be entered into the appropriate register.

¹¹ Art. 13 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

¹² Art. 16 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

¹³ Art. 18 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

¹⁴ Art. 23 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

¹⁵ Art. 26 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

It is important to note that protection applies not only to the indications themselves but also to the products labeled with them. However, these products must comply with the specification, as otherwise, the use of registered indications will not be allowed. The regulation also introduces an extraordinary registration procedure as an exception to the national registration process. This procedure may be implemented for member states that, by November 30, 2024, submit to the European Commission:

- a) Evidence that the member state does not have individual national protection for geographical indications of craft and industrial products; and
- b) A request for such an exception, along with an assessment showing that local interest in protecting geographical indications of craft and industrial products is minimal. The European Commission may also request additional information from the member state before making a decision on the exception¹⁶.

The regulation also prohibits the registration of geographical indications for:

- a) Homonyms that mislead consumers into thinking the products come from a different territory, even if the name reflects the true origin of the products¹⁷, and
- b) Generic product names¹⁸.

3. SLOVAKIA

Due to the unique nature of the Slovak Republic and its history of forming Czechoslovakia together with the Czech Republic until 1992, the protection of craft and industrial products in this region has a distinctive dimension. So far, craft and industrial products could obtain national protection in Slovakia through their registration with the Slovak Industrial Property Office (Úrad priemyselného vlastníctva (ÚPV)) as designations of origin or geographical indications¹⁹. These are not created by a constitutive act but are awarded a specific title because the resulting quality or characteristics are influenced by natural conditions or are linked to a defined geographical area by tradition, reputation, or attributes attributable to the geographical origin²⁰.

¹⁶ Art. 20 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

¹⁷ Art. 43 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).

¹⁸ Art. 42 of Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023)

¹⁹ *Designations of origin and geographical indications of products*; “Protection of OP/ZO at national level”,

<https://www.indprop.gov.sk/en/designations-of-origin-and-geographical-indications-of-products/designations-of-origin-and-geographical-indications-of-products/protection-of-op-zo-at-national-level> (accessed: 27.09.2024).

²⁰ *Ibidem*.

When all stages of production, as well as the craft experience or production tradition of a specific craft or industrial product, take place in a particular geographical area, they receive the status of a designation of origin. The popularity, application, and distinctive qualities must be documented in writing, for example, in historical chronicles, copies of trade certificates, or other publications that distinguish them from similar products²¹. This requirement applies to both protected designations of origin and geographical indications for craft and industrial products. Importantly, the specific properties of such products are not always synonymous with their quality and reputation²².

The application can be filed by an association or federation of producers or processors that possesses legal status, regardless of its structure or legal format, for a product that is made, processed, and completed within the designated area. A natural or legal person can submit the application on their own only if, at the time of submission, they are the sole producer, processor, and preparer of the product in the specified region²³. The application must include:

- The wording of the designation of origin or geographical indication,
- The name, address, telephone number, and email address of the applicant,
- The geographical delimitation of the territory,
- The type of product,
- Proof that the product originates in the defined territory,
- A description of the product's characteristics or qualities attributable to the geographical environment concerned,
- A description of how the product was obtained or, where appropriate, a description of the original and unchanging local methods of production,
- The name and location of the establishment(s),
- The name, surname, and business address of the applicant's authorized representative,
- The applicant's signature²⁴.

In addition to the two forms of protection mentioned above for craft and industrial products, the *Slovak Society for Quality* and the *Certification Company ELBACERT* are responsible for promoting regional product labeling campaigns such as "Slovenský výrobok – podržme sa navzájom"²⁵. This designation can be used for

²¹ ORAVCOVÁ, J., BEŇUŠKOVÁ, Z. Nehmotné kultúrne dedičstvo ako súčasť priemyselného vlastníctva: zemepisné označenia [*Intangible Cultural Heritage as Part of Industrial Property: Geographical Indications*], Ústav etnológie a sociálnej antropológie Slovenskej akadémie vied, Slovenský národopis, 70/2022.

²² *Ibidem*.

²³ Zákon č. 469/2003 Z. z. o označeniach pôvodu výrobkov a zemepisných označeniach výrobkov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov [Act No 469/2003 Coll. on designations of origin of products and geographical indications of products and on amendment and supplementation of certain acts, as amended], (469/2003, 28.10.2003).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Slovenský výrobok - podržme sa navzájom [Slovak product - let's support each other], <https://slovenske-vyroby2.webnode.sk/novinky/slovensky-vyrobok-podrzme-sa-navzajom/> (accessed: 27.09.2024).

products produced in Slovakia by Slovak manufacturers. Importantly, it applies to all branches of industry, not just the food sector²⁶.

CONCLUSIONS

The analysis of Slovak regulations reveals not only a well-established *sui generis* system for the protection of geographical indications and designations of origin but also highlights the unique historical and cultural context of Slovakia. Given its shared past with the Czech Republic and the particularities of its craft and industrial heritage, Slovakia has crafted a system that reflects both its traditions and its legal frameworks. However, the introduction of the new EU regulation on geographical indications, which does not cover protected designations of origin, raises a critical challenge: how will these products, which have deep-rooted ties to specific regions and traditions, be safeguarded under the new system? According to Article 70 (2) and (4) of Regulation 2023/2411, by 2 December 2026, the Member States concerned are required to inform the Commission and the Office of which of their legally protected names they intend to register and safeguard under the new regulation. Considering the requirements associated with geographical indications and the fact that they are less stringent than those imposed on protected designations of origin, it appears that all protected designations of origin that are submitted to the EUIPO or the European Commission by the specified deadline, and which meet the formal requirements of the specifications for the aforementioned products and the single document, will be granted protection under European geographical indications for craft and industrial products. Furthermore, the aforementioned products will not be subject to the provisions concerning the possibility of opposition and submissions containing comments.

Ultimately, this transition presents both a challenge and an opportunity: it compels stakeholders to rethink the way heritage is preserved while fostering innovation within established traditions. As Slovakia navigates these changes, the balance between safeguarding its cultural identity and adapting to new regulatory landscapes will be crucial in defining the future of its craft and industrial products on a European stage.

REFERENCES

1. CALABRESE B., The Evolving Protection of Geographical Indications Against Services: “Brand” New World?, IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, Volume 55, 2024.
2. *Designations of origin and geographical indications of products*; “Protection of OP/ZO at national level”, <https://www.indprop.gov.sk/en/designations-of-origin-and-geographical-indications-of-products/designations-of-origin-and-geographical-indications-of-products/protection-of-op-zo-at-national-level>.

²⁶ *Ibidem*.

3. “EU trade relationships by country/region”, European Commission Trade https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements_en.
4. *Geographical indications*; „Enforcement and protection, Protecting EU creations, inventions and designs”, European Commission Trade, https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/protecting-eu-creations-inventions-and-designs/geographical-indications_en.
5. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council on geographical indication protection for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 of the European Parliament and of the Council and Council Decision (EU) 2019/1754, Brussels, COM/2022/174 final, <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0174.6>.
6. Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753 (OJ L, 2023/2411, 27.10.2023).
7. Slovenský výrobok - podržme sa navzájom [Slovak product - let's support each other], <https://slovenske-vyrobky2.webnode.sk/novinky/slovensky-vyrobok-podrzme-sa-navzajom/> (accessed: 27.09.2024).
8. ORAVCOVÁ J., BEŇUŠKOVÁ Z., Nehmotné kultúrne dedičstvo ako súčasť priemyselného vlastníctva: zemepisné označenia [*Intangible Cultural Heritage as Part of Industrial Property: Geographical Indications*], Ústav etnológie a sociálnej antropológie Slovenskej akadémie vied, Slovenský národopis, 70/2022, p. 114-142, DOI: <https://doi.org/10.31577/SN.2022.1.08>.
9. Zákon č. 469/2003 Z. z. o označeniach pôvodu výrobkov a zemepisných označeniach výrobkov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov [Act No 469/2003 Coll. on designations of origin of products and geographical indications of products and on amendment and supplementation of certain acts, as amended], (469/2003, 28.10.2003).
10. ZAPPALAGLIO A., *The law of geographical indications at the centre of the European green deal*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2023, Vol. 18, No. 8, p. 557-558.

CONTACT INFORMATION

wiktoria.sikorska@us.edu.pl
 University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration
 Bankowa street 12
 40-007 Katowice
 Poland

Dr hab. Monika Szaraniec, Prof. UEK¹

Krakow University of Economics, Faculty of Economy, Finance and Law

**Selected legal regulations on cybersecurity of financial institutions.
Contribution to the discussion.²**

Abstract

Innovations in Information and Communication Technologies (ICT) set trends for providing and creating various cyber security frameworks. With the development of technology, national legal frameworks should be successively aligned with international regulations and, in particular, with EU law on combating cybercrimes and ensuring an adequate level of cyber security. Cyber-security of financial institutions (public trust institutions) is of great importance for the security of legal and economic transactions and the protection of consumer rights. Recent legal developments in this area at the level of EU legislation, in particular the entry into force of DORA³ and NIS2⁴ have resulted in the implementation of dedicated rules and regulations for the financial sector. The purpose of this article is to analyze selected legal issues concerning cyber security - its impact on the financial market, taking into account the existing opportunities and challenges - and the latest developments presented at the EU level in terms of stability, security and transparency.

Key words: Information and Communication Technologies (ICT), cybersecurity, financial institutions, DORA, NIS2.

JEL Classification: K2, K24

¹ Dr hab. Monika Szaraniec, Prof. UEK, ORCID: 0000-0002-3721-3179.

² The publication/article present the result of the Project no 095/EPG/2024/POT financed from the subsidy granted to the Cracow University of Economics.

³ DORA (Digital Operational Resilience Act) – regulation on the digital operational resilience of the financial sector, amending Regulation (EC) No. 1060/2009, (EU) No. 648/2012, (EU) No. 600/2014 and (EU) No. 909/2014, OJ EU No. L 333/1 of 27.12.2022. The regulation will enter into force on 17 January 2025.

⁴ NIS2 (Network and Information Systems Directive 2) – Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 concerning measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972 and repealing Directive (EU) 2016/1148, OJ L 14, 14.12.2022, p. L 333 of 27.12.2022, p. 80.

INTRODUCTION

Information and Communication Technologies (ICT) play an essential role in the financial market and are fundamental to the operations of financial institutions, including to the use of crypto-assets and tokenization⁵, or cloud technology.⁶ Digitization includes everyday payments, particularly the move away from the cash system, securities clearing and settlement, e-commerce and algorithmic trading. It should be noted that technological advances based on artificial intelligence⁷ have at the same time created huge risks for financial institutions and their customers in cyberspace⁸, including phenomena such as:

- phishing - the unauthorized modification of address information, which means the unlawful modification of address information that prevents or

⁵ On 29 June 2023, Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937 (OJ EU No L 150/40 of 9.06.2023), entered into force. See more:: BUJALSKI, R. *UE reguluje rynki kryptoaktywów (MiCA)*, 2023, Lex.

⁶ See more: STASIAK-APELSKA, A. *Chmura obliczeniowa (cloud computing) w Europie – prawna analiza problemu*, „Themis Polska Nova” 2012, nr 2(3); SZPOR, G. *Internet Cloud Computing, Przetwarzanie w chmurach*, C.H. Beck, Warszawa 2013, ISBN: 978-83-255-5235-0; MOLENDAKROPIELNOCKA, E. *Cloud Computing – zagadnienia prawne*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013, nr 119; WĘGRZYN, Ł. (2021), *Rozporządzenie ws. operacyjnej odporności cyfrowej sektora finansowego – uwagi na tle proponowanej regulacji*, *Prawo Nowych Technologii*, 1/2021, p.15–19, PISAREWICZ, P., PODLEWSKI, J. *Cyberbezpieczeństwo polskiego sektora ubezpieczeniowego w kontekście krajowych i unijnych regulacji prawnych*, *Bank i Kredyt*, NBP, vol. 54(5), 2023, p. 557-576.

⁷ On 2 August 2024, Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (Text with EEA relevance) entered into force - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689> - which is the first in the world a comprehensive regulation on artificial intelligence. The AI Act aims to ensure that AI developed and used in the EU is trustworthy, with safeguards that protect the fundamental rights of citizens. The regulation aims to establish a harmonised internal market for AI in the EU, encourage the use of this technology and create an environment conducive to innovation and investment. Member States have until 2 August 2025 to designate competent national authorities to supervise the application of the rules on AI systems and carry out market surveillance activities. The Commission's Office for Artificial Intelligence will be the key body implementing the AI Act at EU level, as well as the body responsible for enforcing the rules on general purpose AI models. Most of the provisions of the AI Act will apply on 2 August 2026. However, bans on AI systems deemed to pose unacceptable risks will apply after six months, while the rules on so-called general purpose AI models will apply after 12 months. To complement the transition period before full implementation, the Commission launched AI. Pact (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact>). This initiative encourages AI developers to voluntarily adopt key obligations under the AI Act before the legal deadlines expire.

⁸ In order to, among other things, protect financial institutions and their customers, the EU legislator has introduced mechanisms related to preventing and combating abuse of electronic communications. See: Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (OJ EU L321, 17.12.2018, p. 36, as amended)

significantly impedes the determination, by authorized entities or telecommunications entrepreneurs involved in the delivery of the message, of the address information of the user sending the message,

- smishing - which is the sending of a short text message (SMS) in which the sender impersonates another entity in order to induce the recipient of that message to behave in a certain way, in particular to provide personal data, disadvantageous disposition of property, open a website, initiate a voice call or install software,
- caller ID Spoofing - by which is meant the unauthorized use or exploitation by a user or telecommunications company calling a voice call of address information pointing to a legal entity other than that user or telecommunications company, serving to impersonate another entity, in particular in order to cause fear, a sense of threat or to induce the recipient of that call to behave in a certain way, especially to hand over personal data, disadvantageous disposition of property or installation of software,
- viruses on mobile applications, as in computer web browsers, also operating to extort information about passwords, logins or SMS codes,
- hybrid attacks that combine several techniques.

ICT security and digital resilience, as an element of operational risk, has now become a leading subject of the regulatory environment covering all EU countries. The harmonization of regulations applicable in the area of ICT risk management, but also in the area of information sharing, as well as operational testing of digital processes and supervision of key external service providers, is seen as an opportunity to increase the competitiveness of financial services.

For the regulation of the above, the legal form of a regulation in the case of DORA at the EU level was chosen to ensure effective, directly and uniformly applied legislation in all member states, while respecting the principle of proportionality for financial institutions (banks, insurance companies and investment firms). At the same time, the element of consistency sees the value of countering digital operational risks, which affects the protection of the stability of the financial system and strengthening confidence in its participants.⁹ According to Article 64 of the same Directive, the time for implementing DORA ends in January 2025.

The NIS2 Directive, on the other hand, was adopted as an element of minimum harmonization. As such, member states will be able to introduce obligations into the laws implementing it that do not directly derive from it. This means that in the process of implementing the provisions of the NIS2 Directive, there may still be important details and new obligations imposed on entities of the national cyber security system. The directive went into effect on January 16, 2023, and by October 17, 2024, all member states must adopt and publicly present the measures and actions necessary to implement the directive. These national regulations are due to take effect on October 18 - that's also the date on which the existing NIS Directive will cease to apply. It requires businesses covered by the Directive, among other things,

⁹ LICHOSIK, A. *DORA jako prawny instrument ochrony cyfrowego bezpieczeństwa rynku finansowego*, *Studia Prawnoustrojowe* 62/2023, p. 369.

to develop concepts for IT risk and security analysis, incident management, to have their own business continuity management system and to be ready for its verification by relevant institutions. These rules also apply to the security of the supply chain of products and services - which will translate into the need for entrepreneurs (including financial institutions) who are partners of organizations covered in principle by the new directive to also adapt to NIS2.

1. DORA AS A LEGAL INSTRUMENT TO PROTECT THE DIGITAL SECURITY OF THE FINANCIAL MARKET

On December 14, 2022, DORA was adopted, which aims to consolidate updates to regulations on ICT risk management, information sharing, testing and risk monitoring by third-party ICT service providers. Digital operational resilience is understood as the ability of a financial institution to build, underwrite, and verify its operational integrity from a technological standpoint by providing, either directly or indirectly (using third-party ICT service providers), the full range of ICT capabilities necessary to ensure the security of the networks and information systems that the financial institution uses and that support the continuous provision of financial services and their quality, including during disruptions.

1.1. Entity scope of the DORA Regulation

The DORA Regulation's subjective scope includes such financial institutions as: credit, payment and e-money institutions, investment firms, crypto-asset service providers - CASPs, Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA), issuers of asset-referenced tokens), central securities depositories - (CSDs), central counterparties - CCPs, trading venues, trade repositories, alternative investment fund managers - AIFMs), management companies, data reporting service providers - AIS, insurance and reinsurance undertakings, insurance and reinsurance intermediaries, institutions for occupational retirement pensions, credit rating agencies, statutory audit and audit firms, administrators of critical benchmarks, crowdfunding service providers, securitization repositories, ICT third-party service providers.

The adoption of DORA raised the need for the principles of subsidiarity and proportionality, seeing the need for harmonization in the disparities of the various member states' regulatory systems (digital resilience should be extended in a commensurate manner to financial institutions that operate across borders or have more than one financial market authorization). The application of the principle of proportionality in DORA will still leave the distinctiveness between individual financial institutions and allow the specifics of their operations to be taken into account.

1.2. Financial institutions' obligations in DORA

The DORA Regulation establishes uniform requirements for the security of the networks and information systems of companies operating in the EU financial sector,

as well as key external providers of ICT-related services. The entities already mentioned above that fall within the scope of the DORA Regulation are required to provide technical and organizational conditions to withstand various types of disruptions and threats related to information and communication technologies.¹⁰

The DORA Regulation poses macro and micro challenges for financial institutions. These will include both requirements for effective alignment of business strategies and appropriate modeling of the process of managing operational risks associated with information and communication technologies. Identifying protection to prevent, as well as detecting, responding to and restoring the integrity and security of information system networks, ensuring data confidentiality, as well as development and communication are now the leading tasks facing financial entrepreneurs. Creating operational digital resilience on an EU scale requires establishing and maintaining resilient communications and information technology systems and tools. Identifying protection prevention, as well as detecting, responding to and restoring the integrity and security of information systems networks, ensuring data confidentiality, and developing and communicating are the leading tasks facing financial entrepreneurs today. Creating operational digital resilience on an EU scale requires establishing and maintaining resilient communications and information technology systems and tools. This requires financial institutions to continuously identify sources of digital risks and create means and mechanisms to quickly detect abnormal events. The pursuit of systemic operational resilience involves adapting entities' business continuity strategies and disaster recovery plans to the new emergency realities.¹¹ The not-too-distant deadline for financial entities to apply the provisions of the DORA Regulation should be highlighted here. They should ensure compliance and application of the DORA Ordinance from 17.01.2025.

Rozporządzenie DORA focuses on five key areas: management of ICT risks, management of ICT-related incidents, testing of digital operational resistance, management of risks of cooperation with external suppliers or wymianie informacji doty związanej zagrożeń cybernetycznych. Below is their short description.

1.2.1. ICT Risk Management

DORA requires financial institutions to establish a comprehensive and well-documented ICT risk management framework. This framework includes strategies, policies, protocols and tools necessary to effectively protect the digital infrastructure. According to the regulations, institutions should also identify, classify and maintain records of ICT-related business functions. Therefore, DORA requires financial institutions' management bodies to maintain a key and active role in guiding and adapting the ICT risk management framework and the operational digital resilience strategy. Financial institutions' boards should focus on ICT resilience measures, but also include people and processes that build cyber risk awareness and commitment

¹⁰ BUGAJSKI, R. *Operacyjna odporność cyfrowa sektora finansowego (DORA)* 2023, Lex.

¹¹ See: LICHOSIK, A. *DORA jako prawny instrument ochrony cyfrowego bezpieczeństwa rynku finansowego*, *Studia Prawnoustrojowe* 62/2023, p. 373; SYNOWIEC, M. *Wpływ DORA na wybrane wymogi związane z outsourcingiem bankowym*, *Monitor Prawniczy* nr 1/2024.

to cyber hygiene at every level of the corporate structure and for all employees. Under the DORA Regulation, management bodies have the ultimate responsibility for ICT risk management in financial entities, which means a continuous commitment to overseeing the monitoring of ICT risk management, as well as securing the level of ICT investment and the overall budget to achieve a high level of operational digital resilience.

DORA imposes the obligation to develop, among others: information security policies, mechanisms for detecting irregularities, ICT business continuity plans, backup strategies and communication plans for disclosing cyber incidents. Additionally, entities must provide mandatory training for staff.

In accordance with the provisions of the DORA Regulation, the management bodies of financial entities are in particular responsible for:

- approving and supervising the ICT risk management framework and management of this risk;
- introducing policies ensuring that high standards of data availability, authenticity, integrity and confidentiality are maintained;
- establishing clear roles and responsibilities for all ICT functions, as well as ensuring effective and timely communication, cooperation and coordination of the performance of these functions;
- defining and approving the operational strategy for digital resilience, including defining the appropriate level of ICT risk tolerance;
- approving and supervising the implementation of the ICT business continuity strategy and ICT response and recovery plans, as well as periodically reviewing their implementation;
- Approval of plans for internal ICT audits, ICT audits and their significant changes, as well as their periodic review;
- Approval of the policy on contracts for the use of ICT services provided by external suppliers and its periodic review;
- Active updating of knowledge and skills sufficient to understand and assess ICT risks and their impact on the operations of the financial entity.

The provisions of the DORA Regulation also indicate that management bodies shall allocate an appropriate budget for the needs related to the area of operational digital resilience in relation to all types of resources. This applies primarily to:

- ICT security awareness programmes,
- operational digital resilience training,
- ICT skills for all employees and its periodic review.

The management boards' obligation resulting from the DORA Regulation¹³ is also to introduce reporting channels in the scope of:

- contracts concluded with external ICT service providers,
- any planned significant changes concerning external ICT service providers and

- the potential impact of such changes on critical or important functions covered by the contracts.¹²

1.2.2. Classification and reporting of ICT incidents

DORA regulates the process of managing ICT incidents, including the classification of events and determining their impact based on specific criteria. The provisions of the new regulation also require reporting serious incidents to the relevant authorities. Financial institutions are obliged to report serious incidents related to communication and information technologies to the relevant authorities (i.e. the national supervisor and cooperate with him/her in the incident). Moreover, financial entities should inform their customers about a given event if or may have an impact on their financial situation. One of the obligations in the process of managing ICT incidents, referred to in Article 17 paragraph 3 letter c) of DORA, is the need to assign roles and responsibilities that should be introduced in the case of different types of ICT incidents and their scenarios. This may justify immediately informing the management body about serious ICT incidents with a critical impact on the financial entity and its participation in decisions taken as part of the process of handling such an incident.

The EU legislator in Article 17 paragraph 3 letter c) (e) DORA indicates that "*the ICT incident management process should ensure that at least serious ICT incidents are reported to the appropriate senior management and that the management body is informed of at least serious ICT incidents together with an explanation of the impact, response and control measures to be established as a result of such ICT incidents*".

1.2.3. Digital operational resilience testing

The Regulation imposes an obligation to test – at least once a year – key IT systems and applications. The testing programme should cover various aspects, such as open source analysis, network security assessments, scenario testing and penetration testing. The provisions of the DORA Regulation define an ICT risk management framework, according to which financial entities other than microenterprises are required to establish, maintain and review an appropriate and comprehensive digital operational resilience testing programme. This plan is an integral part of the ICT risk management framework referred to in Article 6 of the DORA. It is important that the board determines, approves and supervises the implementation of all arrangements for the ICT risk management framework referred to in Article 6(1) of the DORA and is responsible for their implementation (in accordance with Article 5(2) of the DORA). Dora in the application of requirements for testing operational digital resilience indicates the principle of proportionality, taking into account the size, business profile and risk profile of financial institutions. At the same time, it is assumed that all financial institutions

¹² https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/dora/aktualnosci/odpowiedzialnosc_organow_zaradzajacych (date of reading: 10.08.2024).

should carry out tests of communication and information technology tools and systems, and some entities that have been recognized as significant and mature in terms of digital will be required to conduct advanced tests based on penetration tests using a threat scenario.

1.2.4. Third-party risk management in the ICT industry

DORA regulates all processes related to cooperation with external ICT service providers. It requires, among other things, supplier assessment, development and implementation of an exit strategy, a transition plan, as well as identification of key external ICT service providers. Minimizing the risk of concentration and excessive dependence on key third parties from the ICT industry (concentration risk assessment - benefits and costs - business case). It is also necessary to create a so-called "Exit Strategy", i.e. a plan in the event of supplier failure (loss of business continuity, reputation, security incident, bankruptcy, supplier monitoring); in addition, financial institutions may only enter into contracts with external ICT service providers who meet appropriate information security standards.

The EU legislator places great emphasis on learning and development of financial entities. Article 13 paragraph 5 of DORA indicates that the ICT management staff shall submit a report to the management body at least once a year and make recommendations. The report shall include conclusions from the operational digital resilience tests conducted in accordance with Article 26 and 27 DORA and from actual ICT incidents. These include in particular cyberattacks together with the challenges related to the activation of ICT business continuity plans and ICT response and recovery plans, as well as the relevant information exchanged with counterparties and assessed during supervisory reviews. In the context of the ICT risk management framework, financial entities implement a communication policy for internal staff and external stakeholders. The communication policy addressed to employees shall take into account the need to distinguish between staff involved in the management of ICT risks, in particular those responsible for response and recovery, and staff who need to be informed. As indicated in the provisions of the DORA Regulation, at least one person in the financial entity shall be entrusted with the task of implementing the communication strategy for ICT incidents. For this purpose, he or she shall act as the person for contact with the public and the media.

It is also important to emphasize that non-compliance with the principles set out in the DORA Regulation involves the imposition of administrative penalties and remedial measures on a financial entity. The EU legislator provides for a number of legal tools that the supervisory authority will be able to use against financial entities in order to ensure compliance of these entities with the DORA Regulation. The provisions of the DORA Regulation provide for a number of penalties that are to cover natural persons. As part of the administrative penalties and remedial measures, the DORA Regulation in Article 50(4) indicates that *"Member States shall entrust*

*competent authorities with the power to apply administrative penalties or remedial measures in the event of infringements of this Regulation”.*¹³

Where the provisions in question apply to legal persons, Member States shall confer on the competent authorities the power to impose administrative sanctions and remedial measures, subject to the conditions provided for in national law, on members of the management body and other natural persons.

The DORA Regulation provides for the possibility of direct liability of members of management bodies for breaches of their duties.¹⁴

2. ASSUMPTIONS OF THE NIS2 DIRECTIVE ENHANCING THE SECURITY OF NETWORKS AND INFORMATION SYSTEMS

The NIS2 Directive, adopted on December 14, 2022, clarified and expanded the provisions enhancing the security of networks and information systems introduced by the NIS Directive of July 6, 2016. Both the scope of entities and the subject matter of the regulations have changed. One of the new types of entities that will be affected by the obligations under the NIS2 Directive are trust service providers (TSPs). Their scope of operation has so far been regulated primarily by Regulation 910/2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market (eIDAS).¹⁵

2.1. Subjective scope of the NIS2 Directive

The NIS2 Directive establishes measures to achieve a high common level of cyber security across the Union to improve the functioning of the internal market. The EU legislator recognized that in order to ensure an adequate level of security and oversight towards trust service providers, they should also be included in the scope of the NIS2 Directive. In defining issues related to trust services and their providers, it referred to the basic definitions set forth in the eIDAS Regulation.

In principle, the directive applies to public or private entities belonging to the sectors defined in the annexes that qualify as medium-sized enterprises or exceed the ceilings for such enterprises.¹⁶ These entities must provide services or operate in the EU. However, trust service providers are included in the scope of the NIS2 Directive,

¹³ The penalties indicated may include, among others: issuing an order requiring a natural or legal person to cease the conduct infringing this Regulation and to refrain from repeating such conduct, taking all kinds of measures, including monetary measures, to ensure continued compliance with legal requirements by financial entities; issuing public announcements, including disclosing to the public information indicating the identity of the natural or legal person and the nature of the infringement.

¹⁴ https://www.knf.gov.pl/dla_rynku/dora/aktualnosci/odpowiedzialnosc_organow_zaradzajacych (date of reading: 10.08.2024).

¹⁵ Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC (OJ L 257, 28.8.2014, p. 73).

¹⁶ Based on Article 2 of the Annex to Recommendation 2003/361/EC, medium-sized enterprises are those employing more than 50 persons and whose annual turnover and/or annual balance sheet total exceeds EUR 10 million.

regardless of three issues: the size of the entity, the status (qualified or non-qualified), and the entities to which they provide services and the areas to which they belong. This means that while the EU act allows certain entities that carry out activities in the areas of national security, public safety, defense or law enforcement, or that provide services exclusively to government entities in these areas, to be exempted from the obligations established by the directive, this does not apply to entities acting as trust service providers.

Qualified trust service providers are key entities¹⁷, while non-qualified trust service providers are valid entities¹⁸ (according to Article 3(2) of the NIS2 Directive).

The EU legislator also respects the exemption introduced in the eIDAS Regulation of trust service providers used only within closed systems resulting from national law or from agreements concluded by a certain group of participants from the regulations. Thus, these entities are not obliged to comply with the obligations under NIS2 Directive.

2.2. Responsibilities of trust service providers in NIS2

In order to simplify the obligations of trust service providers with regard to the security of their networks and information systems, the Directive repeals the relevant provisions set forth in Regulation 910/2014 (eIDAS) and Directive 2018/1972 (European Electronic Communications Code, ECE), under which security and incident reporting requirements were imposed on these types of entities. At the same time, the cybersecurity obligations set forth in NIS Directive 2 are considered complementary to other requirements imposed on trust service providers under eIDAS. However, this does not mean that trust service providers are exempt from the requirements for these qualified ones set forth in Article 24 of the regulation in question. According to recital 93 of NIS 2, these provisions still apply. Regardless of what status a trust service provider has (qualified or non-qualified), it is obliged to comply with all the obligations set forth in the directive.¹⁹

The first obligation is for trust service providers to take all appropriate and proportionate technical, operational and organizational measures to manage the risks to which their services are exposed and to ensure the security of the networks and information systems used to conduct business or provide services. They are also to prevent or minimize the impact of incidents on service recipients. The measures also

¹⁷ Annex I of the NIS2 directive in question identifies the following key sectors as: energy, transport, banking, financial market infrastructure, healthcare, drinking water sector, sewage, digital infrastructure, ICT service management, public administration, space.

Annex II, on the other hand, identifies the following important sectors as: postal and courier services, waste management, production, processing and distribution of chemicals, production, processing and distribution of food, production (broadly understood), digital services, scientific research.

¹⁹ https://cyberpolicy.nask.pl/dostawcy-uslug-zaufania-w-dyrektywie-nis-2-a-dotychczasowe-regulacje/#_ftn10 (date of reading: 10.08.2024r.)

address risk management with regard to customers and trusted third parties²⁰ and incident reporting in accordance with NIS2 requirements.

The implementation of technical, operational and organizational risk management measures by trust service providers must take into account all risks and aim to protect networks and information systems and the physical environment of these systems from incidents. The NIS 2 directive specifies an open catalog of obligations in this regard, among which are: policies for risk analysis and information systems security, incident handling, business continuity and crisis management, supply chain security, security in the acquisition, development and maintenance of networks and information systems, including vulnerability handling and disclosure, policies and procedures for assessing the effectiveness of cyber security risk management measures, basic cyber hygiene practices and cyber security training, policies and procedures for the use of cryptography, human resources security and access control policies, where applicable - the use of multi-factor authentication, secured connections or secured communication systems within an entity. The EU legislature has provided for trust service providers to help implement cyber security risk management measures. By October 17, 2024, the Commission must adopt an implementing act that sets out the technical requirements and methodology for these measures for this group of entities.²¹

The second important obligation²² for trust service providers is to report serious incidents to the relevant CSIRT²³ or competent authority. In order to determine whether an incident is of a serious nature, a trust service provider should take into account, among other things, which networks and information systems, are affected by the incident and, in particular, their importance to the provision of services, the severity and technical characteristics of the cyber threat and the vulnerabilities that are exploited in the attack. The entity's previous experience with similar incidents should also be kept in mind.

The directive describes a multi-step approach to reporting major incidents. It strikes the right balance between rapid reporting, which helps stem the potential spread of serious incidents and get help, and detailed reporting, which allows

²⁰ According to Article 3 of the eIDAS Regulation, a "relying party" means a natural or legal person who relies on electronic identification or a trust service.

²¹ See more: https://eur-ex.europa.eu/search.html?SUBDOM_INIT=ALL_ALL&LB=32022L2555&DTS_SUBDOM=ALL_ALL&DTS_DOM=ALL&lang=pl&type=advanced&qid=1710422969019&SELECT=LB_DISPLAY (date of reading: 10.08.2024 r.)

²² An incident means an event that violates the availability, authenticity, integrity or confidentiality of stored, transmitted or processed data or services offered by networks and information systems or accessible via them (Article 6, point 6 of the NIS 2 Directive). An incident is considered serious if: (a) it has caused or may cause severe operational disruptions of services or financial losses for the entity in question or (b) it has affected or is capable of affecting other natural or legal persons, causing significant property and non-property damage (Article 23, paragraph 3 of the NIS 2 Directive)..

²³ In Poland, the Computer Security Incident Response Team (national body) led by the Head of the Internal Security Agency, acts as the national level CSIRT Team responsible for coordinating the process of responding to computer incidents occurring in the area indicated in Article 26, paragraph 7 of the Act of 5 July 2018 on the national cybersecurity system (Journal of Laws 2018, item 1560).

valuable lessons to be learned from individual incidents and, over time, improve the cyber resilience of individual entities and entire sectors.

If entities become aware of a serious incident, they are required to issue an early warning without undue delay, no later than 24 hours. It should contain only the information necessary to notify the CSIRT or the competent authority that an incident has occurred and allow the entity to request assistance as needed. An early warning should be followed by an incident report. It should include an update of the information from the early warning and indicate a preliminary assessment of the serious incident, including its severity and impact.

As a general rule, the directive sets the maximum time for submitting a report as 72 hours after learning of a serious incident, while for trust service providers the time is reduced to 24 hours.

Within a month of reporting an incident, entities must submit a final report. The exception is if the incident lasts longer than the time period for submitting this report. It is then necessary to submit an interim progress report, and the deadline for submitting the final report is moved to a maximum of one month after the entity completes handling the incident.²⁴

3. DIFFERENT IN THE APPLICATION OF NIS2 AND DORA REGULATIONS TO THE OPERATIONS OF FINANCIAL INSTITUTIONS

The NIS2 Directive, which aims to establish a high common level of cybersecurity in all European Union countries, was adopted simultaneously with DORA, which tightens cybersecurity requirements, including in the financial sector. DORA takes precedence over the NIS2 directive, according to the principle that specific law takes precedence over general law. DORA clarifies and supplements the provisions of NIS2.

DORA imposes a number of obligations on financial institutions to manage cyber risks, conduct penetration tests, monitor information systems and report on security incidents. In addition, DORA requires financial institutions to follow IT security best practices and implement measures to minimize the impact of cyberattacks on their operations.

It is certainly important to emphasize that two major pieces of cybersecurity legislation - DORA and NIS2 - have recently been in place in EU law. The formal differences between the two are that NIS2 is a directive and DORA is a regulation. The Directive sets the direction and cannot be applied in its current form in all EU member states. This Directive must first be transposed into each country's national law through a separate legislative process. On the other hand, the Regulation has applied unchanged in all member states since its entry into force. It is a binding legislative act, requiring no national legislation, and should be enforced in its entirety unchanged.

²⁴ https://cyberpolicy.nask.pl/dostawcy-uslug-zaufania-w-dyrektywie-nis-2-a-dotychczasowe-regulacje/#_ftn10 (date of reading: 10.08.2024r.)

NIS2 and DORA have similar premises but different goals. The NIS2 directive harmonizes the global level of cyber security across the EU. It aims to ensure that businesses and other legal entities most important to the smooth functioning of the economy and the public interest have a high level of digital security. The DORA regulation, in turn, aims to strengthen the digital operational resilience of the entire financial sector. Its role is to ensure that financial entities are able to resist and operate uninterrupted even in the event of a cyber attack. DORA is important for ensuring the availability and continuity of financial services and their proper operation for customers.

In practice, the two pieces of legislation complement rather than compete with each other. NIS2 aims to strengthen the overall level of cyber security in the EU, while DORA ensures that the financial system remains functional even in the event of a cyber attack. NIS2 emphasizes supply chain security, while DORA focuses on third-party risk management.²⁵

Likewise, financial penalties are high and measurable in the case of NIS2 - up to 2% of global annual turnover.²⁶ In contrast, DORA prefers to leave the assessment of sanctions to member states and their competent authorities. On the other hand, DORA makes much greater demands when it comes to security testing: a resilience testing program at least once a year and a threat penetration test at least every three years.

In summary, DORA is a “lex specialis” based on NIS2 but dedicated to the financial sector.

CONCLUSION

The digital revolution is called the fourth industrial revolution, in which it is the digital world that intersects with the physical world. This is exemplified by the legislation discussed in the article at the EU level and its relevance to financial institutions and their customers, as well as the very rapid development of artificial intelligence, which finally lived to see the Artificial Intelligence Act come into force after years of attention and interest from the EU legislature.

²⁵ See more: https://www.grupablue.pl/dora-bezpieczenstwo-w-sektorze-finansowym/?gad_source=1&gclid=CjwKCAjwoJa2BhBPEiwA0i0ImPjfvGDEBpTGLQUfTRBQcvU6GP3p7eCXf14fELqb8YugawBPjnTOLBoC3K4QAvD_BwE (data odczytu: 10.08.2024 rok).

²⁶ The NIS 2 Directive introduces relatively precise provisions on the obligation to impose sanctions for violations of its provisions. Here too, a distinction is made between the scope of penalties and supervisory powers for key and important entities. Key entities that violate the rules on risk management or incident reporting may be subject to an administrative fine of a maximum of at least EUR 10 million or at least 2% of the total annual global turnover in the previous financial year of the company. This formulation means that states will have a great deal of freedom in determining the "range" of future penalties, but it will always be possible to impose sanctions of at least EUR 10 million. Very similar rules will apply to important entities. However, in their case, the maximum amount of the penalty will have to be at least EUR 7 million or 1.4% of the total annual global turnover. The NIS 2 Directive also provides for the possibility of imposing periodic penalty payments to compel an entity to cease an infringement of the Directive and gives Member States the possibility of introducing criminal sanctions for infringement of the Directive or the provisions implementing it.

The strategic goal of digital resilience in the EU is to spread digital finance for the benefit of consumers and businesses. EU policy is based on four priorities for the digital transformation of the financial sector:

- eliminating the fragmentation of the single digital market for financial services,
- ensuring that the EU's regulatory framework facilitates digital innovation that is in the interest of consumers and promotes market efficiency,
- creating a European financial data space to promote data-driven innovation based on the European Data Strategy, including increasing access to and sharing of data within the financial sector,
- addressing the challenges and risks of digital transformation.

The above objectives are to be met by the DORA regulation in the financial services market, which:

- is to ensure consistent IT security standards: DORA seeks to establish consistent and high IT security standards for financial institutions in all European Union member states by increasing the resilience of the financial sector to cyber threats and operational disruptions,
- is to protect customer data: DORA is to strive to ensure the protection of financial institutions' customer data by tightening requirements for cyber risk management and how to respond to security incidents,
- is to ensure financial stability by enhancing the financial sector's operational resilience to cyber threats,
- is to strengthen cooperation and information sharing, by improving collaboration among financial institutions, regulators and others on cyber security to respond to threats more quickly and effectively,
- is to facilitate the application of technological innovation, by establishing strict security standards in an effort to encourage technological innovation in the financial sector by promoting the safe and responsible use of new technologies.

Through these goals, DORA aims to enhance digital security in the European Union's financial sector and increase customer and investor confidence in financial institutions.

REFERENCES

1. BUGAJSKI, R. UE reguluje rynki kryptoaktywów (MiCA), 2023, Lex.
2. BUGAJSKI, R. *Operacyjna odporność cyfrowa sektora finansowego (DORA)* 2023, Lex.
3. LICHOSIK, A. *DORA jako prawny instrument ochrony cyfrowego bezpieczeństwa rynku finansowego*, *Studia Prawnoustrojowe* 62/2023. ISSN: 1644-0412
4. MOLENDĄ-KROPIELNICKA, E. *Cloud Computing – zagadnienia prawne*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013, nr 119. ISSN 1689-7080.

5. PISAREWICZ, P., PODLEWSKI, J. *Cyberbezpieczeństwo polskiego sektora ubezpieczeniowego w kontekście krajowych i unijnych regulacji prawnych*, Bank i Kredyt, NBP, vol. 54(5), 2023. ISSN: 0137-5520
6. SYNOWIEC, M. *Wpływ DORA na wybrane wymogi związane z outsourcingiem bankowym*, Monitor Prawniczy nr 1/2024. ISSN: 1230-6509
7. STASIAK-APELSKA, A. *Chmura obliczeniowa (cloud computing) w Europie – prawna analiza problemu*, „Themis Polska Nova” 2012, nr 2(3). ISSN: 2084-4522
8. SZPOR, G. *Internet Cloud Computing, Przetwarzanie w chmurach*, C.H. Beck Warszawa 2013. ISBN: 978-83-255-5235-0
9. WĘGZRYN, Ł. (2021), *Rozporządzenie ws. operacyjnej odporności cyfrowej sektora finansowego – uwagi na tle proponowanej regulacji*, Prawo Nowych Technologii, 1/2021. ISSN: 2720-1600.
10. Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC (OJ L 257, 28.8.2014, p. 73).
11. Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (OJ EU L321, 17.12.2018).
12. DORA (Digital Operational Resilience Act) – regulation on the digital operational resilience of the financial sector, amending Regulation (EC) No. 1060/2009, (EU) No. 648/2012, (EU) No. 600/2014 and (EU) No. 909/2014, OJ EU No. L 333/1 of 27.12.2022.
13. NIS2 (Network and Information Systems Directive 2) – Directive (EU) 2022/2555 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 concerning measures for a high common level of cybersecurity across the Union, amending Regulation (EU) No 910/2014 and Directive (EU) 2018/1972 and repealing Directive (EU) 2016/1148, OJ L 14, 14.12.2022, p. L 333 of 27.12.2022.
14. Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act).

CONTACT INFORMATION

monika.szaraniec@uek.krakow.pl

Krakow University of Economics, Faculty of Economy, Finance and Law

Rakowicka 27

31-510 Kraków, Poland

Mateusz Tondera, PhD¹
Krakow University of Economics

Two approaches to the legal regulation of artificial intelligence from a philosophical-legal perspective²

Abstract

The article discusses possible paths of applying philosophical considerations regarding artificial intelligence to creating appropriate regulations to indicate that a pragmatic method, based on thought experiments, may bring better results than an attempt to apply top-down reasoning consistently.

Key words: artificial intelligence, robot, agent, the legal personality of robots, "electronic persons", thought experiment.

JEL Classification: K24

INTRODUCTION

This article aims to initially demonstrate that the issues of legal subjectivity of artificial intelligence and its shape can be considered and resolved without strong prior philosophical presuppositions and that this type of pragmatic shaping of various types of regulations has been known to lawyers for a long time and can also be successfully applied in this matter.

1. THE MOST IMPORTANT DISCUSSION OF OUR TIME

Although discussions about the potential legal status of artificial intelligence have been going on for many decades, it is the recent years that have brought a real revival in this field, as many aspects of this phenomenon that until recently remained in the realm of speculation have spectacularly come true in reality. Considerations that until recently were associated with the domain of philosophers, futurologists, and *science fiction* writers are becoming urgent today because they already concern the sphere of life with which many people interact daily.

Recently, the „Artificial Intelligence Act” has come into force in European Union³ the main purpose of which is to create a legal framework for artificial

¹ Mateusz Tondera, doctor of law (specialization: theory and philosophy of law), assistant professor at the Department of Public Economic Law and Labor Law at the Krakow University of Economics.

² The publication/article presents the result of the Project no 095/EPG/2024/POT financed from the subsidy granted to the Krakow University of Economics.

³ Artificial Intelligence Act, European Parliament and Council, OJ L, 2024/1689, 12.7.2024

intelligence systems and to eliminate or significantly reduce the risks associated with their use. It is clear that the topic has become one of the most important legal challenges of the present day and not only the coming years, but probably also decades, have been marked by facing the challenges related to AI.

Especially in the field of intellectual property law and civil liability for actions taken by artificial intelligence, some discussions are particularly important and topical today, because the current situation related to the flood of images, graphics, texts, or songs generated by artificial intelligence calls into question the possibility of copyright in its current shape to effectively cover this phenomenon, and the problem of liability for damage caused by artificial intelligence is of great importance in the context of autonomous vehicles, but also possible mistakes that programs such as ChatGPT can make.

On the one hand, the fact that these issues have been discussed and discussed in culture for decades – science fiction literature and cinema, fascinated by the philosophical, ethical practical aspects of artificial intelligence for over a century, have particular merit here – is a great help today in analyzing the practical effects of the existence of artificial intelligence, and thus in designing appropriate legal solutions, because we are largely "familiar" not only with the concept of artificial intelligence itself but also pre-prepared for the fundamentally related philosophical and ethical questions. On the other hand, however, the peculiar "radiation" of culture and pop culture could potentially constitute a set of associations, references, metaphors, and presuppositions, which today shape our thinking about problems related to artificial intelligence in a way that is not necessarily the most rational and practically useful. It is quite easy to understand where the source of this kind of distortion lies – literature or *science fiction* cinema are primarily narrative works of culture, which have as one of the main goals of presenting an emotionally engaging story, and a proven way to achieve this is to assign artificial intelligence to the most important pool of features that we associate with the subjectivity of us, humans⁴.

It also seems that the creators and support of artificial intelligences that we are dealing with directly, in particular tools such as chatbots, also have a specific impact on the perception of the phenomenon and the potential philosophical, ethical, and legal reflections associated with it. This influence, in my view, stems from the fact that, for obvious marketing and utilitarian reasons, these chatbots are designed in such a way that interaction with them resembles as closely as possible a written interaction with another human being.

The above factors mean that when considering the directions of development of potential regulations in the field of artificial intelligence, we can easily get entangled in attempts to make our positions dependent on answers to absolutely fundamental questions about the nature of the phenomenon of artificial intelligence itself⁵. Moreover, the philosophical and ethically momentous importance of these questions

⁴ DREYFUS, H.L., DREYFUS, S.E. *Mind over Machine: The Power of Human Intuition and Expertise in the Era of the Computer*. New York, 1986

⁵ BICZYSKO-PUDEŁKO, K, SZOSTEK, D. Koncepcje dotyczące osobowości prawnej robotów – zagadnienia wybrane, In *Journal: Prawo Mediów Elektronicznych* (2/19)

in a sense forces binary answers and demands that legal consequences be derived from them. This way of thinking can be summarized as follows:

- a) if artificial intelligence can be self-aware (in a way similar to how we perceive ourselves), then it is safe to assume that it either already exists or will soon be, and this leads to the need to guarantee its subjective rights similar to those of humans;
- b) If artificial intelligence is not and cannot be self-aware, then it is simply a machine and a tool and no special adjustments are necessary.

Undoubtedly, one of the ways to face the challenges of artificial intelligence without the risk of getting bogged down in philosophical dilemmas is to focus on the subject side of the problem and regulate primarily the areas of operation of artificial intelligence systems. This is the path taken by the aforementioned "AI Act", and although it is certainly a method that the current situation urgently requires there are many indications that it will bring the desired effects in the field of security. This does not mean, however, that reflection on artificial intelligence from the subjective point of view cannot be conducted in a more pragmatic way and is less dependent on fundamental ontological decisions about the very nature of artificial intelligence systems. The rest of the article is an attempt to draw up an outline of such a reflection.

2. A PERSON – BUT WHAT KIND OF PERSON?

It can be considered that a certain advantage that lawyers have when considering the phenomenon of artificial intelligence is their centuries-old experience with the idea of entities that are not human persons. Centuries of communing with companies, associations, foundations, etc. They have prepared us well to face this challenge, because their practical usefulness in a certain simplification boils down to the possibility of treating them in certain contexts as if they were a real, thinking, decision-making subject, while at the same time, it is clear that this is only a pragmatic convention. It is the pragmatic sources of the creation of legal entities that may be an inspiration for solving the problem of the status of artificial intelligence, as it is possible that it is possible to approach the issue of its possible subjectivity with an equally pragmatic assumption.

Currently, artificial intelligence does not have any form of legal personality and either a natural person or a competent legal person must be responsible for its actions. It is not the purpose of this text to criticize this solution, which seems natural and – for the time being – adequate, even if it is burdened with some practical difficulties. It seems, however, that the further development of artificial intelligence may in a relatively short time lead to a situation in which a social need for a more comprehensive regulation will arise, and it is safe to assume that such a need will precede any philosophical decisions (assuming for the moment that these will be possible at all). It is in such a situation that solutions based on pragmatic premises can "defuse" a potentially very difficult to resolve and tense situation. The ideological disputes about abortion or euthanasia, which have been going on for decades, clearly show how much tension is generated by the issue of subjectivity and

how strongly it is entangled in the overall worldview assumptions. The fact that "the laws of robots" are not discussed so far (apart from the above-mentioned literature and cinema, which has a great formative value) in *science fiction*) in such a context should not lull our vigilance. Change can happen at any time, and the dispute that will erupt – by the hypothesis put forward in the introduction, but also the logic of polarization characteristic of all contemporary discussions – will operate on binary dilemmas.

At this point, it is necessary to make an important reservation. Referring to the idea of a legal person and the specific role it plays in the *imaginarium*, which is used by lawyers, is not intended to put forward the thesis that artificial intelligence should simply be considered a legal person without further deliberation⁶. In my opinion, it is the pragmatic sources of the emergence of specific legal persons as methods of dealing with the growing complexity of social and economic life that should be an inspiration for attempts to look for a solution that could build a concept of some kind of limited subjectivity of some artificial intelligence systems recognized only in certain legal contexts. The way to build such a model of regulation must start not from abstract meta-assumptions about some postulated nature of artificial intelligence, but from work on the analysis of the specific effects of regulation. Well-structured thought experiments can be very helpful here - there is no doubt that the possibility of "visualizing" at least some of the effects that a specific legal solution could potentially bring is a very helpful method of "sifting" through potential solutions. A good example is the discussions related to the entry into force of the so-called autonomous cars.

3. ON THOUGHT EXPERIMENTS

Leaving aside numerous strictly technical issues, anyone who wonders about the shape of the law that will regulate the rules for the use of autonomous cars, sooner or later will "stumble" upon fundamental ethical problems that will be caused by the appearance of such vehicles on the road. Of course, capturing them is now possible thanks to thought experiments. It can be assumed that the first default hypothesis that should be tested when considering the construction of possible future regulations is that the entry of autonomous cars into general use will not require any additional regulations. To test such a hypothesis, it is possible to create an imaginary situation during which two autonomous cars collide (for example, as a result of a breakdown). The police arrive at the scene and – as is usually the case in "normal accidents", the thought experiment uses the available background knowledge – tries to determine the guilty party. The experimenter quickly realizes that the application of today's criminal, civil, and compensation law to this situation would lead to bizarre conclusions because at the most fundamental level, it is impossible to attribute responsibility for causing the accident to the persons inside the vehicles involved in the accident. This rudimentary thought experiment clearly shows that the share of autonomous cars in traffic will require new, adequate legal regulations. Proposals to

⁶ POOL, D.L., MACKWORTH, A.K. Artificial Intelligence. Foundations of Computational Agent, New York, 2010

regulate specific legal aspects, such as the issue of civil liability for damage caused as a result of an accident involving an autonomous car, must also be (and are) tested through subsequent, more and more detailed thought experiments, which in turn allow us to see further important issues and subject them to detailed analysis. Of course, such thought experiments, in order to significantly enrich the discussion on the ethical and legal aspects of the emergence of autonomous cars, must be constantly enriched with constantly developed knowledge about the functioning of these vehicles, but also with data and predictions collected as a result of continuous analyses. One of the most important concerns is the percentage reduction in the number of accidents. According to a widely cited report by the consulting firm McKinsey & Co.⁷, replacing human-driven cars with self-driving cars could reduce the number of road accidents by 90% – in addition to the obvious effects of many times lower road deaths, it would also mean (according to McKinsey & Co.) financial savings of up to \$190 billion per year. Even with a great deal of skepticism about the methodology and predictions of such reports, it seems that thought experiments should "incorporate" them (at least to some extent) into "background knowledge."

However, the most interesting, from an ethical and legal perspective, the problem faced by lawmakers regulating the use of autonomous cars concerns the issue of the so-called "accident algorithms". Even assuming that autonomous cars will be completely failure-free, accidents involving them will occur anyway; This is primarily because not all factors that may affect the accident will be under the control of the vehicle. Pedestrian intrusions, animals crossing the road, or accidents caused by drivers driving "normal" cars – all these events will be possible, so a certain number of collisions will not be avoidable. In an accident situation, the driver usually has a very short time to react in any way; they are usually instinctive. Self-driving cars will have a much faster reaction time, but in a situation where an accident has to occur, the computer will have to "decide" how to act, and this decision will be determined by the implemented algorithm. It is possible to imagine a situation in which a truck driving in the opposite lane turns sharply into the lane in which an autonomous car is moving. An autonomous car can avoid a collision with it by making a sharp turn to the side of the road, but then it will hit a group of preschoolers at a significant speed. If he stays in the lane in which he is driving, he will not avoid a collision with a truck, which will most likely lead to the death of all passengers in the autonomous car. A human driver in such a situation makes decisions instinctively and it can be assumed with a high degree of certainty that in such circumstances he does not conduct any moral divagations – reflexes decide. As a result, he is usually not treated as morally responsible for the consequences of such an accident (unless, of course, he caused it as a result of his previous decisions on the road). If autonomous cars are introduced, the situation will change dramatically, because instead of the driver's instinctive actions, pre-programmed algorithms will decide. It is their creators who will make decisions about the course of potential accidents and they will be responsible for the fact that, for example, in the situation described

⁷ MCKINSLEY&CO. Automotive resolution. Perspective towards 2030. https://www.mckinsey.de/files/automotive_revolution_perspective_towards_2030.pdf

above, an autonomous car will turn right, leading to the death of children on the side of the road, because its algorithm will reward the health and life of "its" passengers over other endangered goods.

In numerous discussions on this subject in recent years, one can come across the view that "accident algorithms" are an application of the "trolley problem" to (future) reality, and despite opinions criticizing such an analogy, it seems that it can be considered to a large extent legitimate. Assuming that accidents involving autonomous cars will occur (and this assumption, as mentioned above, seems well justified), it will be necessary to decide in some way how the vehicle should behave, and the only way to analyze these issues is to create imaginary situations of events on the road and confront them with moral beliefs and intuitions on the one hand and binding (or initially designed) legal norms on the other. It is hardly a coincidence that the imaginary examples appearing in discussions on this subject have a structure very similar to classic thought experiments in the field of ethics – "who to sacrifice and who to save". Should a pedestrian crossing the lanes at a green light be treated differently than a pedestrian walking on the side of the road in a manner inconsistent with the regulations? Should the age of the people who may be affected affect the settings of the "resultant algorithm" or not? If so, which one? Will the abandonment of the absolute preference for the life and health of passengers of an autonomous vehicle over the health and life of those "outside" not affect the slower adoption of autonomous cars, which will result in a much slower reduction in the number of accidents in absolute numbers? These and many other questions are now being considered by thought experiments. What is more, it is thought experiments that allow for a relatively precise "mapping" of the fields in which the law regulating the use of autonomous cars in the future will have particularly difficult and important issues to resolve.

A common view proposes, in connection with an ethical compromise that is extremely difficult to obtain, to allow users of autonomous cars to set their own "accident algorithm" so that it corresponds to their ethical preferences. Jan Gogoll and Julian F. Muller point out that in such a situation, most people will decide on "egoistic" positions, and this will globally lead, according to game theory, to a deterioration of the situation of all road users⁸. Of course, one cannot delude oneself that this kind of thought experiments can lead to unambiguous decisions in such a controversial matter, but due to the fact that these issues, in one way or another, will have to be regulated in law, it can be claimed that they allow us to visualize and analyze the complexity of the issue of allowing autonomous cars to drive and at least to some extent "work through" many of its aspects before they become reality.

The above considerations were aimed at illustrating methods of reasoning that make it possible, on the one hand, to study the sphere of reality that is not yet realized in practice, but on the other hand, do not focus on an attempt at a universal solution to the systemic problem from the abstract side, but rather through a careful analysis of imagined, but potentially possible scenarios. So far, the main objective aspects of autonomous cars have been considered, but it is worth considering whether one of

⁸ GOGOLL, J., MULLER, J.F. Autonomous Cars: In Favor of a Mandatory Ethics Setting. In *Journal: Science and Engineering Ethics*, 2016, 23(3)

the solutions to the dilemmas outlined above could not be to grant autonomous cars partial subjectivity, under which they would be liable for events on the road caused by their "decisions" in a manner not entirely different from the liability that legal persons bear in civil terms. It seems that such a regulation could lead to a kind of "check" in terms of consumers' readiness to really trust systems to which they would entrust their own and others' security, and could additionally minimize the practice of assigning responsibility by suppliers and distributors of specific systems to their buyers by means of more or less hidden declarations of intent to assume full responsibility. Partial subjectivity of artificial intelligence would exclude, or at least limit, the possibility of shifting responsibility, because as it is endowed with legal personality, it would be "accounted for" as a subject. Of course, in the end, the real responsibility (in the moral sense) and the consequences that come with it would be borne by specific people, just as ultimately the effects of the activities of companies, associations, or foundations are borne by specific people. Simply put, the existence of a legal "façade" for artificial intelligence would correspond well to the essentially correct intuition that it is this system that makes real decisions at a given moment (and such decisions are decisions in traffic)⁹.

Of course, such partial subjectivity can have various additional social and legal effects. It seems reasonable to argue that such regulations may constitute a kind of bridge to the postulates of further expansion of the subjectivity of artificial intelligence systems in a direction increasingly similar to the subjectivity characteristic of humans, but a completely different direction is also possible. It may turn out that such partial subjectivity concerning certain decision-making processes, but at the same time not encroaching on those aspects of legal subjectivity that we perceive as resulting from our ethical subjectivity and subjectivity as independent, self-aware persons, will in fact prove adequate for the actual phenomenon of artificial intelligence as it is. In other words, a pragmatically selected method of regulation may better correspond to what artificial intelligence actually exists in our reality actually is, and thus help in the gradual "realization" of our thinking about it, which has so far been strongly conditioned by discussions and dilemmas formulated long before the actual artificial intelligence systems were created. Many specialists and philosophers claim that the spectacular and increasingly far-reaching achievements of artificial intelligence have nothing to do with the possible acquisition by such systems of something that we could even remotely self-aware, and thus the possible subjectivity of artificial intelligence should be treated purely pragmatically and contextually, granting it to a specific extent and bearing in mind specific practical facilitations of such a decision. Again, invariably from the way we think about legal persons.

An alternative to such an approach would be to consistently persist in the "tool-person" dichotomy, which, due to the nature of many activities and activities already performed by artificial intelligence systems, seems impractical. This is particularly evident in the field of graphics, music or literary works generated by artificial intelligence. Regardless of lively and open discussions about the ethical aspect of the

⁹ ZIEMSKI, M. Osoba elektroniczna posiadająca osobowość elektroniczną, In *Journal: In Gremio*, 2017, Vol 1

algorithmic mechanisms "hidden" behind these processes or the artistic value of such works, it is impossible to escape the conclusion that their nature goes beyond the hitherto commonly accepted "effect of using tools" and in a sense requires at least consideration of whether we are not dealing with creativity. Currently, intellectual property law does not recognize days generated by artificial intelligence as works within the meaning of copyright law, because their author is not a human. This solution can be defended on many levels, but there is an element of arbitrariness and artificiality in it. At the same time, it seems that the recognition of a specific form of authorship of artificial intelligence must lead to the recognition of its full subjectivity as the creator, but such a belief may result only from the fact that we associate with human creativity a great many factors and elements that do not necessarily always have to be closely related to the creative process itself in some form. Just as we have no problem distinguishing the conventional and contractual subjectivity of legal persons from the full and significant subjectivity of natural persons, it is possible that they will not have such a problem in distinguishing creativity to which we attribute special significance from other types of work that is more pragmatically grounded.

CONCLUSION

This article aimed to indicate that pragmatic reflection on the forms of future legal regulations of artificial intelligence is not only possible but also – despite the undoubted uniqueness of the phenomenon of its appearance – is not unprecedented and finds phenomena largely analogous in the history of the formation of law.

Such an analogy is of course not complete, the example I have indicated of the formation of the idea of legal persons should not lead to a simple belief that artificial intelligence can simply be treated as a legal person, but rather that the abstract nature of law combined with a pragmatic assessment of the needs for regulation, complemented by consciously applied and carefully applied thought experiments, can help to break the deadlock to which an attempt at a comprehensive and systemic approach may lead. to resolve fundamental dilemmas related to the phenomenon of artificial intelligence.

REFERENCES

1. Artificial Intelligence Act, European Parliament and Council, OJ L, 2024/1689, 12.7.2024
2. BICZYSKO-PUDEŁKO, K., SZOSTEK, D. Koncepcje dotyczące osobowości prawnej robotów – zagadnienia wybrane, In Prawo Mediów Elektronicznych (2/19)
3. DREYFUS, H.L., DREYFUS S.E. Mind over Machine: The Power of Human Intuition and Expertise in the Era of the Computer. New York, 1986
4. EIDENMULLER, H. Robots' Legal Personality, <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/research-collection-law-and-technology/blog/2017/02/robots%E2%80%99-legal>

5. GOGOLL, J., MULLER, J.F. Autonomous Cars: In Favor of a Mandatory Ethics Setting. In: Science and Engineering Ethics, 2016, 22(3)
6. GOODALL, N.J. Ethical Decision Making During Automated Vehicle Crashes, In: Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board, 2014
7. HEVELKE, A, NIDA-ROMELIN, J. Responsibility for crashes of autonomous vehicles: an ethical analysis. In: Science and Engineering Ethics , 2015, 21(3)
8. JANOWSKA, M. Podmiotowość prawna sztucznej inteligencji? In: O czym mówią prawnicy, mówiąc o podmiotowości, Katowice, 2015
9. LIN, P., Why Ethics Matters for Autonomous Cars, In: Autonomes Fahren: Technische, rechtliche undgesellschaftliche Aspekte, Berlin, 2015
10. MCKINSLEY&CO. Automotive resolution. Perspective towards 2030. https://www.mckinsey.de/files/automotive_revolution_perspective_towards_2030.pdf
11. NYHOLM, S., SMIDS, J. The Ethics of Accident-Algorithms for Self-Driving Cars: An Applied Trolley Problem?, In: Ethic Theory Moral Practise, 2016
12. POOL, D.L., MACKWORTH, A.K. Artificial Intelligence. Foundations of Computational Agent, New York, 2010
13. RICHARD, N.M., SMART, W.D., How should the law think about robots?, <https://ssrn.com/abstract=2263363>
14. RODOTA, S. Of machines and men: the road to identity. Scenes for a discussion. In: Law, Human Agency and Autonomic Computing. The Philosophy of Law meets the Philosophy of Technology. Eds. M. Hildebrandt, A. Rouvroy. Abingdon, 2011
15. RÓŻANOWSKI, K. Sztuczna inteligencja: rozwój, szanse, zagrożenia, In: Zeszyty Naukowe Warszawskiej Wyższej Szkoły Informatyki, 2007, Vol 2
16. ZIEMSKI, M. Osoba elektroniczna posiadająca osobowość elektroniczną, In Gremio, 2017, Vol 2

CONTACT INFORMATION

tonderam@uek.krakow.p
 Krakow University of Economics
 ul. Rakowicka 27
 31-510 Kraków
 Poland

Mgr. JUDr. Lucián Török¹
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Etický kódex insolvenčných správcov²
Code of ethics for insolvency practitioners

Abstrakt

Výkon správcovskej činnosti je profesia, ktorá je vytvorená a regulovaná štátom. Pri tejto činnosti dochádza k stretu rôznych subjektov so správcom, ich práv a povinností. Výkon správcovskej činnosti by mal vychádzať z jasne stanovených a dostatočne precizovaných etických a morálnych pravidiel tak, aby bola súčasne zachovávaná vážnosť výkonu správcovskej činnosti a dôstojnosť správcov.

Kľúčové slová: dôstojnosť, etické pravidlá, etický kódex, insolvenčný správca, morálne pravidlá, vážnosť.

Abstract

The practice of insolvency practitioner is a profession that is created and regulated by the state. In this activity, there is a clash of different entities with the insolvency practitioner, their rights and obligations. The exercise of practice of insolvency practitioner should be based on clearly defined and sufficiently specified ethical and moral rules, so that the dignity of the practice of insolvency practitioner and the dignity of the insolvency practitioners are preserved at the same time.

Key words: dignity, ethical rules, code of ethics, insolvency practitioner, moral rules, seriousness.

JEL Classification: K220

¹ Autor je interný doktorand na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. Takmer 9 rokov pôsobil na Okresnom súde Košice I, z toho viac ako 7 rokov v súdnych oddeleniach vybavujúcich konkurznú a reštrukturalizačnú agendu a agendu incidenčných sporov. V súčasnosti je advokátom a insolvenčným správcom. ORCID: 0009-0008-9770-5563

² Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-23-0331 „Integrácia únie kapitálových trhov: zmena korporáčného financovania a záchrana obchodných spoločností vo finančných ťažkostiach“ a VEGA č. 1/0259/22 „Nové prístupy k riešeniu finančných ťažkostí podnikateľa“.

ÚVOD

Etika a morálka majú v našej spoločnosti pri jej formovaní neodmysliteľné miesto. Ich podstatnou úlohou je usmerňovať správanie sa každého jej člena v súlade s hierarchiou jej hodnôt. Etické a morálne princípy sú častokrát prítomné v osobitnej a jedinečnej podobe pri výkone rôznych profesií; pri právnických profesiách nevynímajúc³. Výkon (insolvenčnej) správcovskej činnosti na Slovensku nie je síce vyslovene právnickou profesiou, nakoľko podľa platnej právnej úpravy sa správcom môže stať osoba s ukončeným právnickým alebo ekonomickým vysokoškolským vzdelaním druhého stupňa; na účely tohto príspevku však komparatívne použijeme rôzne etické kódexy, či iné morálne normy obsiahnuté v písomnej forme iných právnických profesií, ako napr. advokátov a súdnych exekútorov, a to ako zdroj inšpirácie pre stanovenie niektorých etických a morálnych pravidiel insolvenčných správcov.

V uvedenej súvislosti je potrebné dodať, že v súčasnosti na Slovensku neexistuje etický kódex insolvenčných správcov. Niektoré etické a morálne pravidlá pre správcov je možné nájsť alebo vyvodiť z právnych noriem obsiahnutých napr. v zákone č. 8/2005 Z. z. o správcoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len ako „zákon o správcoch“) a zákone č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len ako „zákon o konkurze a reštrukturalizácii“).

V závere príspevku sa následne venujeme otázkam, či je potrebný Etický kódex insolvenčných správcov na Slovensku, akú formu by mohol mať a čo by bolo jeho účelom.

1. ETICKÝ KÓDEX A JEHO FORMA

Etický kódex môžeme charakterizovať ako súbor noriem adresovaných členom spoločnosti, príp. v užšom význame osobám s príslušnosťou ku konkrétnej profesii, ktoré vymedzujú, aké správanie sa od uvedených osôb očakáva a ktoré zároveň plnia aj výchovnú a poradnú funkciu. Etický kódex má pomáhať dotknutým osobám uvedomovať si, čo etické princípy napr. pri výkone ich profesie znamenajú a ako sa vysporiadať s prípadnými etickými dilemami. Podľa dnes už zaniknutej Rady pre štátnu službu: „*etický kódex predstavuje záväzok tej-ktorej profesie, že bude dodržiavať etické štandardy, čo môže zvyšovať profesionálnu hrdosť, a má preto aj symbolický význam*“.⁴ Krajský súd v Bratislave v jednom zo svojich rozsudkov konštatoval: „*Primárnym cieľom profesných kódexov je zaviazanie príslušníka určitej profesie ku konaniu podľa morálnych noriem, ktoré sa považujú za súčasť*

³ Napr. Slovenská advokátska komora dbá na to, aby advokátov viedla od začiatku ich profesionálnej orientácie k tomu, aby ovládali nielen formálne pravidlá, ale aj profesijnú etiku a morálku. OLEJ, J., KERECMAN, P., KALATA, P. a kol. *Zákon o advokácii. Komentár*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 146.

⁴ RADA PRE ŠTÁTNU SLUŽBU. *Komentár k etickému kódexu štátneho zamestnanca*, 2019, [cit. 03.10.2024], Dostupné na: <https://www.vlada.gov.sk/site/assets/files/4544/7849_eticky-kodex-komentar-v11.pdf?csrc=17291082141423793862>.

*zodpovedne vykonávanej práce v danom odbore, s apelom na profesnú hrdosť, čím by sa malo predchádzať prejavom neetického správania*⁵.

Z pohľadu formy etického kódexu ako prameňa práva sa na Slovensku pri rôznych profesiách môžeme stretnúť s etickým kódexom ako všeobecne záväzným právnym predpisom v podobe vyhlášky alebo ako interným normatívnym aktom (organizačným aktom). Typickým príkladom etického kódexu v podobe vyhlášky je Etický kódex štátneho zamestnanca; v danom prípade ide o vyhlášku Úradu vlády Slovenskej republiky č. 400/2019 Z. z., ktorou sa vydáva Etický kódex štátneho zamestnanca. V iných prípadoch etických kódexov, najmä rôznych právnických profesií, pôjde však skôr o interný normatívny akt (napr. Etický kódex prokurátora, ktorý prijala Rada prokurátorov Slovenskej republiky⁶; Etický kódex súdneho exekútora, ktorý schválila Konferencia exekútorov⁷; etický kódex sudcov nazvaný ako „Zásady sudcovskej etiky“, ktorý prijala Súdna rada Slovenskej republiky⁸; Etický kódex notára, ktorý schválila Konferencia notárov Notárskej komory Slovenskej republiky⁹ a v prípade advokátov sú pravidlá profesijnej etiky obsiahnuté aj v Advokátskom poriadku¹⁰ Slovenskej advokátskej komory, ktorý schválila konferencia advokátov¹¹).

V súvislosti s etickými kódexmi jednotlivých vyššie spomenutých profesií je však nutné dodať, že etické princípy sú v každom jednotlivom prípade obsiahnuté prioritne v zákonoch, ktoré tú-ktorú profesiu regulujú a sú tak východiskovým zdrojom profesijnej etiky, ide napr. o zákon č. 55/2017 Z. z. o štátnej službe a o zmene a doplnení niektorých zákonov¹², zákon č. 154/2001 Z. z. o prokurátoroch a právnych čakatel'och prokuratúry, Exekučný poriadok¹³, zákon č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich a o zmene a doplnení niektorých zákonov, Notársky poriadok a zákon č. 586/2003 Z. z. o advokácii¹⁴ a o zmene a doplnení zákona č.

⁵ Rozsudok Krajského súdu v Bratislave zo dňa 07.09.2017, sp. zn. 6S/196/2014.

⁶ Etický kódex prokurátora, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <https://www.genpro.gov.sk/fileadmin/Eticka_komisia_prokuratury/Etický_kodex_prokuratora.pdf>.

⁷ Etický kódex súdneho exekútora, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <http://ske.sk/downloads/dokumenty/Etický_kodex.pdf>.

⁸ Zásady sudcovskej etiky, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <https://www.sudnarada.gov.sk/data/files/680_zasady-sudcovskej-etiky.pdf?csr=17445871003202993547>.

⁹ Etický kódex notára, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <<https://www.notar.sk/wp-content/uploads/2023/04/C5-Etický-kodex-notara.pdf>>.

¹⁰ Napr. autori v komentári k Zákonu o advokácii uvádzajú: „*Etický kódex je súčasťou Advokátskeho poriadku a jeho princípy sú vyjadrené v jeho preambule. Advokátsky poriadok v sebe subsumuje pravidlá profesijnej etiky, ktoré je advokát povinný dodržiavať.*“ MIČINSKÝ, Ľ., ŠTRPKA, P. *Zákon o advokácii. Komentár*. 1. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer SR, s. r. o., 2022. s. 208.

¹¹ Advokátsky poriadok SAK, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <https://www.sak.sk/web/sk/cms/document/241/section/244/_event/open>.

¹² Rada pre štátnu službu uvádza: „*zásady stanovené v etickom kódexe vychádzajú z princípov zákona o štátnej službe (čl. I. zákona) a práv a povinností štátneho zamestnanca (§ 110 a nasl. zákona), pričom sú naviazané na tie princípy štátnej služby a práva a povinnosti štátneho zamestnanca, ktoré majú etický rozmer.*“ RADA PRE ŠTÁTNU SLUŽBU. *Komentár k etickému kódexu štátneho zamestnanca*, 2019, [cit. 03.10.2024], Dostupné na: <https://www.vlada.gov.sk/site/assets/files/4544/7849_eticky-kodex-komentar-v11.pdf?csr=17291082141423793862>.

¹³ Napr. v § 3 Exekučného poriadku, požiadavka na nestrannosť a nezávislosť exekútora.

¹⁴ Autor Manik vo vzťahu k zákonu č. 586/2003 Z. z. okrem iného sumarizuje jeho 3 aspekty, kde medzi tretí aspekt radí okrem iného aj reguláciu práv a povinností advokátov a vybrané otázky

455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov¹⁵.

2. VÝCHODISKOVÉ ETICKÉ A MORÁLNE PRAVIDLÁ PRE INSOLVENČNÝCH SPRÁVCOV

V úvode bolo spomenuté, že v podmienkach Slovenskej republiky neexistuje Etický kódex insolvenčných správcov, avšak v platnej právnej úprave, najmä v zákone o správcoch a zákone o konkurze a reštrukturalizácii je možné niektoré etické a morálne pravidlá nájsť. Tieto pravidlá, tak ako pri iných zmienených profesiách, predstavujú základ profesijnej etiky a môžu byť pre potreby vypracovania Etického kódexu insolvenčných správcov použité ako východiskové pravidlá a princípy. V tejto súvislosti poukazujeme navyše na názor autorov obsiahnutý v komentári k zákonu o správcoch, k ust. § 3, ktorí uvádzajú: „*Zákon o správcoch zakotvuje základné povinnosti správcu. Ako základné právne povinnosti každého správcu bez ohľadu na činnosť, v ktorej vykonáva pôsobnosť správcu, ide o povinnosti, ktoré sú formulované genericky. Zákon o správcoch ich síce vymenúva, bližšie však nešpecifikuje situácie, v ktorých ich treba aplikovať*“¹⁶.

Pokiaľ ide o zákon o správcoch, jednotlivé etické a morálne pravidlá sú obsiahnuté najmä v:

- § 3 – základné povinnosti správcu;
- § 4 – vylúčenie správcu;
- § 5 – všeobecná informačná povinnosť;
- § 6 – mlčanlivosť.

Zákon o správcoch tak ukladá správcovi napr. povinnosť vykonávať správcovskú činnosť čestne, zodpovedne, svedomito a s odbornou starostlivosťou, s využitím všetkých svojich skúseností a odborných vedomostí. Ďalej je to požiadavka na výkon správcovskej činnosti bez zbytočných prietahov, zákaz ovplyvňovať výber správca pri ich ustanovovaní do funkcie v príslušných konaniach podľa zákona o konkurze a reštrukturalizácii, zákaz poskytnúť alebo sľúbiť veriteľovi alebo inej osobe províziu ani žiadnu inú výhodu za vyvíjanie činnosti smerujúcej k ustanoveniu jeho ako správcu do funkcie v príslušnom konaní. Správca je ďalej povinný svoj možný pomer k veci posudzovať sústavne a s odbornou starostlivosťou; ak sa pritom dozvie o skutočnostiach, pre ktoré možno mať pochybnosti o jeho nezáujatosti, bez

stavovského života. KEREČMAN, P., MANIK, R. *História advokácie na Slovensku*. Bratislava: EUROKÓDEX, s. r. o., 2011. s. 601-602.

¹⁵ Advokátsky poriadok vo svojej preambule uvádza: „*Advokátsky poriadok Slovenskej advokátskej komory vychádza zo zákona č. 586/2003 Z. z. o advokácii a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“)* a z tradícií slovenskej advokácie založených na úcte k profesijným a morálnym hodnotám, ktoré sú dedičstvom generácií advokátov“. Advokátsky poriadok SAK, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <https://www.sak.sk/web/sk/cms/document/241/section/244/_event/open>.

¹⁶ DOLNÝ, J., MACHATOVÁ, L., MALIAR, M. *Zákon o správcoch. Komentár*. 1. vydanie. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2024. s. 17

zbytočného odkladu má povinnosť o tom informovať príslušný konkurzný súd. Taktiež je to napr. požiadavka zachovávať mlčanlivosť o všetkých skutočnostiach, o ktorých sa dozvedel pri výkone správcovskej činnosti.¹⁷

V zákone o konkurze a reštrukturalizácii ide napr. o požiadavku, aby správca pri správe majetku podliehajúceho konkurzu konal tak, aby bol majetok dostatočne chránený pred poškodením, stratou, zničením alebo iným znehodnotením a aby výdavky na jeho správu boli vynakladané v nevyhnutnej miere po dôkladnom zvážení ich účelnosti a hospodárnosti. Ďalej je to požiadavka, aby správca nezvýhodňoval niektorého z veriteľov alebo neuprednostnil osobné záujmy alebo záujmy iných pred spoločným záujmom všetkých veriteľov.¹⁸ Taktiež ide o požiadavku výberu spôsobu speňažovania majetku, tak, aby sa čo najlepšie splnil účel speňažovania a aby sa dodržali pravidlá speňažovania ustanovené týmto zákonom.¹⁹

3. ÚVAHY O NIEKTORÝCH ĎALŠÍCH ETICKÝCH A MORÁLNYCH PRAVIDLÁCH PRE INSOLVENČNÝCH SPRÁVCOV, KTORÉ BY MOHLI BYŤ OBSIAHNUTÉ V ICH ETICKOM KÓDEXE

S ohľadom na východiskové etické a morálne pravidlá pre insolvenčných správcov, ktoré stanovujú najmä zmienené právne predpisy ako zákon o správcoch a zákon o konkurze a reštrukturalizácii, je možné uvažovať nad úpravou ďalších pravidiel, pričom inšpiráciou pre tento účel môžu byť práve označené etické kódexy iných profesií a tiež aj skúsenosti autora v oblasti výkonu správcovskej činnosti. Tieto pravidlá by následne mohli byť obsiahnuté práve v Etickom kódexe insolvenčných správcov.

Dlhodobým problémom, s ktorým sa častokrát stretávajú správcovia, konkurzné súdy vykonávajúce dohľad v konkrétnych insolvenčných konaniach a Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky ako orgán dohľadu nad výkonom správcovskej činnosti, je napr. postup niektorých odvolaných správcov v konkrétnych insolvenčných konaniach, kedy (niektorí) odvolaní správcovia nerealizujú úkony smerujúce k odovzdaniu správcovského spisu novému správcovi, odovzdaniu majetku podliehajúceho konkurzu, prevedeniu dotknutej časti preddavku určeného na odmenu nového správcu a sú v mnohých prípadoch nekontaktní, čo v konečnom dôsledku spôsobuje ťažkosti nie len samotným novým správcom ustanoveným v tom-ktorom insolvenčnom konaní, ale aj konajúcim konkurzným súdom a najmä účastníkom dotknutých insolvenčných konaní. Častokrát pritom dochádza k prietahom v insolvenčných konaniach, ale tiež aj k zmareniu uspokojenia veriteľov. V tejto súvislosti sa nám ako inšpiratívnou javí tretia časť Advokátskeho poriadku, ktorá podrobne špecifikuje vzťah advokátov navzájom. Myslíme si, že pri výkone správcovskej činnosti absentujú práve jasne a zrozumiteľne definované pravidlá správania sa správcov navzájom. Napríklad znenie § 14 Advokátskeho poriadku by bolo možné rovnako upraviť tiež pre výkon správcovskej činnosti, a to

¹⁷ pozri bližšie § 3 - § 6 zákona o správcoch

¹⁸ pozri bližšie § 86 ods. 1 zákona o konkurze a reštrukturalizácii

¹⁹ pozri bližšie § 91 ods. 2 zákona o konkurze a reštrukturalizácii

hoci aj v prípadnom Etickom kódexe insolvenčných správcov, ktoré by mohlo znieť napr. takto:

- Správcovia sa navzájom správajú zdvorilo, vecne, slušne a korektne. Sú povinní rešpektovať oprávnené záujmy iných správcov.²⁰
- Vyjadrenie správcu pri výkone správcovskej činnosti má byť vecné, neosobné a nesmie byť vedome nepravdivé.²¹
- Ak podľa názoru správcu iný správca koná v rozpore so zákonom, upozorní ho vhodným spôsobom na porušenie.

Ďalej za zmienku v tejto súvislosti stojí napr. povinnosť upravená vo vyhláske Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 666/2005 Z. z. o Kancelárskom poriadku pre správcov, kde je definovaná požiadavka na písomnosť vyhotovenú správcom, ktorá má byť čitateľná a bez chýb, avšak v príslušných predpisoch nikde nie je požiadavka na písomnosť správcu, ktorá je zároveň svojím obsahom slušná a neznevažujúca. Uvedená okolnosť by tiež mohla byť podkladom prípadného Etického kódexu insolvenčných správcov.

Advokátsky poriadok sa člení na viacero častí, pričom prvá časť definuje advokáta a jeho povolanie, druhá časť vzťah ku klientovi, tretia, už spomenutá časť, vzťah advokátov navzájom, štvrtá časť vzťah advokáta ku komore, piata časť vzťah advokáta k súdom a iným orgánom verejnej moci. Etický kódex súdneho exekútora zasa obsahuje časti ako vzťah súdneho exekútora k štátu a povinnosti v konaní pred súdmi a inými orgánmi, jeho vzťah k účastníkom exekučného konania a tretím osobám, vzťah ku svojmu koncipientovi a zamestnancovi, vzťahy medzi exekútormi a ku komore, vzdelávanie exekútora, dôstojnosť exekútora a pravidlá súťaže exekútorov.

S ohľadom na členenie spomenutých aktov a v kontexte výkonu správcovskej činnosti, kedy správcovia v insolvenčných konaniach prichádzajú do styku s rôznymi subjektmi týchto konaní, ako aj s ďalšími osobami; a ďalej tiež napr. s ohľadom na zákonnú povinnosť správcov pravidelne sa vzdelávať, prípadne aj s ohľadom na oblasti, ktoré nie sú príslušnými právnymi predpismi upravené bližšie alebo nie sú upravené vôbec; bolo by vhodné zároveň uvažovať nad takýmto členením prípadného Etického kódexu insolvenčných správcov:

- Správca a výkon správcovskej činnosti;
- Vzťah správcu k účastníkom insolvenčného konania a k tretím osobám;
- Vzťah správcu k zamestnancovi správcu;
- Vzťah správcu k súdom a iným orgánom verejnej moci;
- Vzťah správcu (osobitne) k Ministerstvu spravodlivosti Slovenskej republiky;
- Vzťahy správcov navzájom;

²⁰ Napr. vo väzbe na zákonnú povinnosť odvolaného správcu odovzdať správcovský spis novému správcovi (§ 8 ods. 3 zákona o správcoch).

²¹ Napr. vo väzbe na zákonnú povinnosť odvolaného správcu predložiť novému správcovi správu o svojej činnosti (§ 42 ods. 6 zákona o konkurze a reštrukturalizácii).

- Dôstojnosť správcu²²;
- Vzdelávanie správcu;
- Pravidlá súťaže správcov²³ a reklama.

ZÁVER

Naším zámerom v tomto príspevku nebolo riešiť otázku celého obsahu a znenia prípadného Etického kódexu insolvenčných správcov, ale na konkrétnych prípadoch z praxe, konkrétne iných právnických profesií na Slovensku, demonštrovať potrebu a možnosť úpravy tejto otázky aj v prípade profesie, ktorou je výkon správcovskej činnosti. V otázke dlhodobej praxe výkonu správcovskej činnosti je možné z pohľadu viacerých zainteresovaných subjektov niekedy pozorovať nie veľmi slušné a dôstojné správanie niektorých správcov; na druhej strane je však možné uvažovať nad tým, že pri mnohých ďalších správcoch by sme našli správanie súladné s etickými a morálnymi pravidlami; napr. správcovia, ktorí súčasne vykonávajú advokáciu, možno ani nie zámerne, ale celkom prirodzene prenášajú definované a požadované etické a morálne pravidlá advokátov aj do výkonu správcovskej činnosti. Taktiež naším zámerom nebolo riešiť prípadnú disciplinárnu zodpovednosť alebo iné následky pre potreby vynútenia dodržiavania Etického kódexu insolvenčných správcov.

Týmto príspevkom sa usilujeme prinajmenšom o otvorenie diskusie vo veci etických a morálnych pravidiel insolvenčných správcov, ktoré by mohli byť prípadne premietnuté do Etického kódexu insolvenčných správcov; a to na rôznych úrovniach, ako napr. na úrovni Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky ako orgáne štátnej správy vo výkone správcovskej činnosti; ďalej na úrovni samotných správcov, účastníkov insolvenčných konaní, na úrovni konkurzných súdov vykonávajúcich dohľad nad výkonom správcovskej činnosti v konkrétnych konaniach, v akademických kruhoch, a pod.

Prípadný Etický kódex insolvenčných správcov by mohol predstavovať prameň práva obdobne ako je to v prípade štátnych zamestnancov, t.j. v podobe vyhlášky, a to z dôvodu, že správcovia nie sú združení v stavovskej organizácii, ale ich výkon spadá priamo pod Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky ako orgán štátnej správy.

Etický kódex insolvenčných správcov by mohol predstavovať zdroj, ktorým sa môže dosiahnuť a zabezpečiť vážnosť výkonu správcovskej činnosti. Prostredníctvom etického kódexu, ktorého obsah by mohol byť napr. aj predmetom správcovskej skúšky uchádzačov o výkon správcovskej činnosti, by bolo možné súčasne dosiahnuť adekvátnu výchovu nových správcov, postavenú práve na morálnych a etických hodnotách. Etický kódex insolvenčných správcov by

²² Napr. požiadavka, aby sa správca prezentoval kvalitným výkonom správcovskej činnosti; požiadavka na kultúrne pracovné prostredie; požiadavka na konanie správcu, ktoré neznevážuje výkon správcovskej činnosti, a pod.

²³ Napr. pri procese poverovania správcu dlžníkom alebo veriteľom vypracovaním reštrukturalizačného posudku.

v konečnom dôsledku mohol byť symbolom pri zvyšovaní profesionálnej hrdosti správcov na Slovensku.

POUŽITÉ PRAMENE

1. Advokátsky poriadok SAK, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <https://www.sak.sk/web/sk/cms/document/241/section/244/_event/open>.
2. DOLNÝ, J., MACHATOVÁ, L., MALIAR, M. *Zákon o správcach. Komentár*. 1. vydanie. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2024. 124 s. ISBN 978-80-7676-928-1.
3. Etický kódex notára, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <<https://www.notar.sk/wp-content/uploads/2023/04/C5-Etický-kodex-notara.pdf>>.
4. Etický kódex prokurátora, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <https://www.genpro.gov.sk/fileadmin/Eticka_komisnia_prokuratury/Etický_kodex_prokuratora.pdf>.
5. Etický kódex súdneho exekútora, [cit. 06.08.2024], Dostupné na: <http://ske.sk/downloads/dokumenty/Etický_kodex.pdf>.
6. KEREČMAN, P., MANIK, R. *História advokácie na Slovensku*. Bratislava: EUROKÓDEX, s. r. o., 2011. 656 s. ISBN 978-80-89447-33-6.
7. MIČINSKÝ, L., ŠTRPKA, P. *Zákon o advokácii. Komentár*. 1. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer SR, s. r. o., 2022. 792 s. ISBN 978-80-571-0463-6.
8. OLEJ, J., KEREČMAN, P., KALATA, P. a kol. *Zákon o advokácii. Komentár*. 1. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2013, 768 s. ISBN 978-80-89603-11-4.
9. RADA PRE ŠTÁTNU SLUŽBU. *Komentár k etickému kódexu štátneho zamestnanca*, 2019, [cit. 03.10.2024], Dostupné na: <https://www.vlada.gov.sk/site/assets/files/4544/7849_eticky-kodex-komentar-v11.pdf?csrt=17291082141423793862>.
10. Rozsudok Krajského súdu v Bratislave zo dňa 07.09.2017, sp. zn. 6S/196/2014.
11. Vyhláška Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 666/2005 Z. z. o Kancelárskom poriadku pre správcov.
12. Vyhláška Úradu vlády Slovenskej republiky č. 400/2019 Z. z., ktorou sa vydáva Etický kódex štátneho zamestnanca.
13. Zákon č. 154/2001 Z. z. o prokurátoroch a právnych čakatel'och prokuratúry.
14. Zákon č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších zákonov.
15. Zákon č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok).
16. Zákon č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
17. Zákon č. 55/2017 Z. z. o štátnej službe a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
18. Zákon č. 586/2003 Z. z. o advokácii a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov.
19. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

20. Zákon č. 8/2005 Z. z. o správcoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
21. Zásady sudcovskej etiky, [cit. 06.08.2024], Dostupné na:
<https://www.sudnarada.gov.sk/data/files/680_zasady-sudcovskej-etiky.pdf?csrt=17445871003202993547>.

KONTAKT NA AUTORA

lucian.torok@student.upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

JUDr. Ľubomír Zlocha, PhD.¹ - doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc.²
Ústav štátu a práva SAV, Bratislava

**Novodobý fenomén greenwashingu a jeho protiprávne aspekty
(úvod do problematiky)**

**The emerging phenomenon of greenwashing and its unlawful aspects
(introduction to the issue)**

Abstrakt

Reklamné tvrdenia ako „klimaticky neutrálne“ alebo dokonca „klimaticky pozitívne“ sú predovšetkým šikovným marketingom. V obchodoch je stále viac produktov, ktoré propagujú, že daný výrobok či tovar je klimaticky neutrálny. Podľa spotrebiteľských prieskumov si väčšina spotrebiteľov pod týmito vyhláseniami predstavuje, že ide o výrobok či produkt, pri výrobe ktorého sa použili len metódy a technológie, ktoré sú šetrné k životnému prostrediu alebo že ide o záväzok výrobcov znižovať a vyhýbať sa produkcii CO₂. Greenwashing je fenomén, o ktorom možno s nadnesene povedať, že ide ruka v ruke so zelenou transformáciou. Možno ho interpretovať rôznymi spôsobmi, ale v zásade ide o správanie podnikateľov v snahe zvýšiť zisk alebo získať konkurenčnú výhodu, ktoré buď nemá v skutočnosti s ochranou životného prostredia veľa spoločného alebo je jeho vplyv na ochranu životného prostredia neoveriteľný. Greenwashing je možné v právnej rovine eliminovať tak prostriedkami verejného ako aj súkromného práva.

Kľúčové slová: Greenwashing, klimaticky neutrálny, spotrebiteľ, nekalá súťaž, nekalé obchodné praktiky.

Abstract

Advertising claims such as „climate neutral“ or even „climate positive“ are primarily clever marketing. There are more and more products in the shops that advertise that a product or good is climate-neutral. According to consumer surveys, most consumers imagine these claims to mean that the product or product has been produced using only environmentally friendly methods and technologies, or that it is a commitment by manufacturers to reduce and avoid CO₂ production. Greenwashing is a phenomenon that can be said, with hyperbole, to go hand in hand with green transformation. It can be interpreted in various ways, but it is essentially the behaviour of a competitor in an attempt to increase profits or gain a competitive advantage, which either has little to do with environmental protection in reality or its impact on environmental protection is unverifiable. Greenwashing can be legally

¹ JUDr. Ľubomír Zlocha, PhD. Samostatný vedecký pracovník. Ústav štátu a práva SAV v Bratislave.

² doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc. Riaditeľ Ústavu štátu a práva SAV v Bratislave.

eliminated by both public and private law means, which the authors discuss in this paper.

Key words: Greenwashing, climate neutral, consumer, unfair competition, unfair commercial practices.

JEL Classification: K130

ÚVOD

Aktuálny stav životného prostredia v značnej miere ovplyvňuje podnikateľské prostredie. Spojenie podnikania a zhoršujúceho sa stavu životného prostredia je čoraz častejšie diskutovaným problémom. V súčasnosti mnohé spoločnosti vo svojich sloganoch používajú informácie o tom, že výrobky sú mimoriadne šetrné k životnému prostrediu. Módnym sloganom je predovšetkým slovné spojenie „klimatická neutralita“. Zaraďuje sa do skupiny sloganov, ktoré by sme mohli označiť ako environmentálne tvrdenia. Tieto tvrdenia majú za cieľ nielen budovať dobrú povesť spoločnosti, ale aj získať spotrebiteľov (zákazníkov), ktorým by malo čoraz viac záležať na tom, aby kúpovali výrobky, ktoré sú čo najviac klimaticky neutrálne. Environmentálne reklamné tvrdenia sú vo všeobecnosti prípustné aj v záujme informovania spotrebiteľov a podpory ochrany životného prostredia. Záujem spotrebiteľov bol v skutočnosti jedným z prvých impulzov, ktoré odštartovali celý proces vytvárania trhu s environmentálnym označovaním. Obchodníci však musia starostlivo zvážiť, či sa im investície do environmentálneho označovania tovarov alebo služieb vrátia v podobe zvýšeného záujmu spotrebiteľov. Rozhodovanie a správanie spotrebiteľov je ovplyvnené najmä na základe povedomia, dôvery a znalostí vo vzťahu k produktu, značke alebo podnikateľovi.³ Environmentálne označovanie ovplyvňuje celý dodávateľský reťazec, nakoľko producenti si starostlivejšie vyberajú svojich dodávateľov surovín a materiálov. To ovplyvňuje hospodársku súťaž medzi dodávateľmi, ktorí sa musia prispôbiť ekologickejším možnostiam, aby uspokojili dopyt na trhu. Zvýšené používanie environmentálnych označení ovplyvňuje taktiež spotrebiteľov, ktorí sú postupne vedení k zmene životného štýlu a svojich hodnôt alebo aspoň k uvedomeniu svojej individuálnej zodpovednosti k životnému prostrediu.⁴

Spotrebiteľ má vzhľadom na zložitosť problematiky ochrany životného prostredia zvyčajne málo faktických údajov, čo môže u neho vyvolávať rôzne klamlivé predstavy. Napriek tomu, že povedomie spotrebiteľov o tejto problematike rastie, spotrebiteľia majú stále problém identifikovať greenwashing. Výskum,

³ URBÁŇSKI, M., UL HAQUE, A. *Are you environmentally conscious enough to differentiate between greenwashed and sustainable items? A global consumers perspective.* Sustainability. 12(5), 1786. ISSN 2071-1050 Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://doi.org/10.3390/su12051786>

⁴ Ministerstvo životného prostredia ČR. *Ekoznačení.* Elektronicky dostupné [27.11.2024]: [https://www.mzp.cz/web/edice.nsf/AFE8148C8858BD4BC1256FF9003E2CD9/\\$file/E%C5%A0V.pdf](https://www.mzp.cz/web/edice.nsf/AFE8148C8858BD4BC1256FF9003E2CD9/$file/E%C5%A0V.pdf)

potvrdil, že vyššia úroveň informovanosti o ochrane životného prostredia veľmi nepomáha spotrebiteľom pri identifikácii zavádzajúcej alebo klamlivej „zelenej“ reklamy.⁵ Väčšina sa mylne domnieva, že „klimatická neutralita“ je synonymom pre „menej emisií skleníkových plynov“. Spotrebiteľom často nie je jasné, čo vlastne tvrdenia o udržateľnosti znamenajú. V tejto súvislosti nemožno opomenúť narastajúci vplyv sociálnych sietí. Sociálne siete, ktoré sú dôležitými nástrojmi sociálnych médií (Facebook, Instagram, TikTok, X, Threads a pod.), sa stali jedným z popredných nástrojov marketingovej komunikácie podnikov. Zatiaľ čo v minulosti boli informácie poskytnuté jednosmernou komunikáciou (TV, rádio, printové médiá), sociálne médiá poskytujú spotrebiteľom a podnikateľom dostupnejšie možnosti, ako rýchlejšie a efektívnejšie reagovať na rôzne reklamné a propagačné tvrdenia obsiahnuté v príspevkoch.⁶ Ľudia majú tendenciu odmietať veriť priamym reklamným posolstvám o značkách, ale inklinujú k influencerom, pretože si myslia, že cieľom priamej reklamy je iba predávať produkty, zatiaľ čo influenceri takéto cieľ nemajú.

1. POJEM GREENWASHING

Greenwashing je termín, ktorý označuje praktiky podnikateľov, ktorí sa pokúšajú vytvoriť dojem, že sú ekologicky zodpovední, aj keď v skutočnosti ekologicky zodpovední nie sú vôbec alebo v takej miere ako prezentujú. Pre spotrebiteľov je prirodzene ťažké rozoznať, ktoré produkty sú skutočne ekologické a ktoré sú len výsledkom greenwashingu. Preto je dôležité venovať osobitnú pozornosť transparentnosti výrobných procesov a hodnoteniu celkového vplyvu produktov na životné prostredie podnikateľov, ktorí environmentálne označenia používajú. Greenwashing je škodlivý, pretože zneisťuje spotrebiteľov a odvádza pozornosť od skutočných environmentálnych iniciatív, ktoré majú reálny priaznivý dopad na ochranu našej planéty. Dôležité je, aby sa ľudia stali informovanými a kritickými spotrebiteľmi a vedeli rozoznať pravú ekologickú zodpovednosť od falošných a zavádzajúcich tvrdení.

Pojem greenwashing, ktorý prvýkrát použil Jay Westerveld v roku 1986, keď opisoval konanie hotelového rezortu na Fidži. Rezort požadoval od svojich hostí, aby mu pomohli chrániť životné prostredie tým, že nebudú denne vymieňať použité uteráky, čo viedlo Westervelda k presvedčeniu, že skutočným dôvodom tejto iniciatívy nebola ochrana životného prostredia, ale snaha ušetriť náklady na čistenie hotelovej bielizne.⁷

⁵ NEWELL, S.J., GOLDSMITH, R.E., BANZHAF, E.J. *The effect of misleading environmental claims on consumer perceptions of advertisements*. Journal of Marketing Theory and Practice. Volume 6, 1998 - Issue 2: Special Issue on Electronic Commerce, 48-60. ISSN 1944-7175. Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://doi.org/10.1080/10696679.1998.11501795>

⁶ LYON, T.P., MONTGOMERY, A.W. *The Impact of Social Media on Corporate Greenwash*. J Bus Ethics 118, 747–757 (2013). Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://doi.org/10.1007/s10551-013-1958-x>

⁷ MOTAVALLI, J. *A History of Greenwashing: How Dirty Towels Impacted the Green Movement*. Aol. Elektronicky dostupné [27.11.2024]:

Greenwashing pripomína anglické slovo „brainwashing“, čo znamená vymývanie mozgov. Podľa Cambridgeského slovníka tento pojem predstavuje „správanie alebo činnosť, ktorá vyvoláva v ľuďoch dojem, že podniky robia pre ochranu životného prostredia viac, než je pravda“.⁸ Greenpeace definuje greenwashing ako zavádzanie spotrebiteľov o environmentálnych postupoch spoločnosti alebo o environmentálnych prínosoch výrobku alebo služby.⁹ Širší výklad presadzuje kanadská environmentálna marketingová agentúra TerraChoice, ktorá definuje greenwashing nielen ako nepravdivé vyhlásenia, ale aj ako tvrdenia, ktoré nie sú podložené dôveryhodnými svedectvami tretích strán alebo dôkazmi.¹⁰ Zelenými reklamami výrobcovia lákajú uvedomelých spotrebiteľov na falošný pocit ekologického povedomia. Prax ukázala, že environmentálne označenie nezaručuje, že spotrebiteľia dostanú skutočné ekologické výrobky. Napriek tomu, že spotrebiteľia sú ochotní platiť za širokú škálu environmentálnych označení, niektorí obchodníci intenzívne zneužívajú rôzne environmentálne značky, čo vyvolalo prirodzenú potrebu dodatočnej právnej regulácie.

2. ENVIRONMENTÁLNE ZNAČKY

V zásade existujú dva druhy environmentálnych značiek, a to značky ktoré si podnikatelia udeľujú prakticky sami a zakladajú sa čisto na dôvere zákazníkov alebo označenia, ktoré udeľujú oprávnené, resp. certifikované tretie strany, pokiaľ produkty skutočne spĺňajú určité environmentálne požiadavky.

Myšlienka označovať výrobky značkami, ktoré by informovali spotrebiteľa o ich vplyve na životné prostredie, spôsobe ich výroby a možnostiach ich konečného zneškodnenia, vznikla a bola aj realizovaná prvýkrát v Nemecku v roku 1978. Vtedy bol značkou „Blauer Engel“ (Modrý Anjel) označený prvý výrobok. Úspech nemeckého ekolabelingového programu viedol k založeniu ďalších ekolabelingových programov.¹¹ Ekologické označovanie je základným prostriedkom na zvýšenie transparentnosti a dôvery spotrebiteľov v environmentálne tvrdenia.¹² Začiatkom 90. rokov 20. storočia bol spustený aj program EÚ na udeľovanie environmentálnych značiek s cieľom podporiť výrobu a spotrebu výrobkov, ktoré majú v porovnaní s inými výrobkami menší negatívny dopad na životné prostredie. Výrobky s environmentálnym označením možno nájsť takmer vo všetkých

<https://www.aol.com/2011/02/12/the-history-of-greenwashing-how-dirty-towels-impacted-the-green/?guccounter=1>

⁸ Cambridge Dictionary (2024). Greenwashing. Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/greenwashing>

⁹ Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://www.greenpeace.org/slovakia/clanok/9501/greenwashing-co-to-je-a-ako-mu-venaletiet/>

¹⁰ Elektronicky dostupné [27.11.2024]: https://sustainability.usask.ca/documents/Six_Sins_of_Greenwashing_nov2007.pdf

¹¹ DUGAS, J., BŔSÁK, M., FERENCZ, V., SZABÓ, G. *Environmentálne označovanie produktov*. In: Recenzovaný zborník z V. medzinárodnej vedeckej konferencie, 21.2.2020, Ružomberok, Bratislava: SSŽP et. Strix. Edition ESE-54, ISBN 978-80-973460-7-2, s. 153.

¹² NAIDOO, V., VERMA, R. *Green Marketing as a Positive Driver Toward Business Sustainability (Advances in Marketing, Customer Relationship Management, and E-Services)*. 1st Edition. IGI Global, 2019, ISBN 978-1522595588, s. 69 a nasl.

oblastiach priemyslu a hospodárstva. Od vstupu Slovenskej republiky do Európskej únie majú žiadatelia možnosť získať aj európsku environmentálnu značku „Environmentálna značka EÚ“. Udeľovanie európskej environmentálnej značky sa vykonáva podľa Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 66/2010 z 25. novembra 2009 o environmentálnej značke EÚ zameranej na podporu produktov, ktoré majú menší vplyv na životné prostredie počas celého svojho životného cyklu, s cieľom poskytovať zákazníkom presné, nezavádzajúce a vedecky podložené informácie o vplyve produktov na životné prostredie. Environmentálne kritériá pre príslušné skupiny produktov na udelenie značky „Environmentálna značka EÚ“ sú vydávané formou rozhodnutí Európskej komisie. Environmentálna značka EÚ má túto podobu:¹³



V Slovenskej republike predstavuje environmentálne označovanie produktov jeden z dobrovoľných nástrojov environmentálnej politiky a realizuje sa od roku 1997, kedy bol vyhlásený Národný program environmentálneho hodnotenia a označovania výrobkov (NPEHOV). Prostredníctvom národnej schémy environmentálneho označovania Ministerstvo životného prostredia SR udeľuje výrobkom a službám, ktoré splnili prísne environmentálne kritériá, národnú environmentálnu značku „Environmentálne vhodný produkt“ (EVP). Od roku 2002 podmienky a postup pri udeľovaní a používaní národnej značky upravuje zákon č. 469/2002 Z. z. o environmentálnom označovaní výrobkov v znení neskorších predpisov (vykonávacím predpisom je vyhláška MŽP SR č. 258/2003 Z. z.). Systém udeľovania environmentálnych značiek predstavuje posúdenie zhody produktu s vopred stanovenými environmentálnymi kritériami.¹⁴ Národná environmentálna značka má túto podobu:



¹³ Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=CELEX:32010R0066>

¹⁴ Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://www.minzp.sk/obehove-hospodarstvo/environmentalne-manazerstvo/ekoprodukty/>

3. NAJČASTEJŠIE PRÍPADY GREENWASHINGU

Jednou z kľúčových priorít Európskej zelenej dohody¹⁵ (The European Green Deal) je posilniť postavenie spotrebiteľov prostredníctvom súboru opatrení, ktoré obsahujú návrh na zvýšenie trvanlivosti a opraviteľnosti výrobkov, riešenie problému greenwashingu, ako aj predčasného zastarávania výrobkov. Zo štúdie Európskej komisie z r. 2020 vyplynulo, že 53 % ekologických tvrdení poskytuje nejasné, zavádzajúce alebo nepodložené informácie, 40 % tvrdení nemá podporné dôkazy, polovica všetkých zelených označení ponúka slabé alebo žiadne overenie.¹⁶

V EÚ existuje 230 značiek trvalej udržateľnosti a 100 značiek zelenej energie s veľmi rozdielnou úrovňou transparentnosti, čo spôsobuje zavádzanie spotrebiteľov, ktorí nespochybniteľne majú záujem podieľať na environmentálnej zodpovednosti. Deväť z desiatich spotrebiteľov (85 %) tvrdí, že pociťujú rušivé dôsledky zmeny klímy vo svojom živote. Štyri pätiny (80 %) spotrebiteľov sú ochotní zaplatiť viac za tovar vyrobený z udržateľných zdrojov. Spotrebiteľia sú ochotní zaplatiť v priemere o 9,7 % viac za tovar, ktorý spĺňa konkrétne environmentálne kritériá.¹⁷

Podnikatelia sa dopúšťajú greenwashingu spravidla úmyselne. Nie je vylúčené, že niektoré environmentálne tvrdenia uvádzajú v dobrej viere, avšak bez toho, aby boli relevantným spôsobom preukázané. V praxi sa najčastejšie vyskytujú nasledovné prípady greenwashingu:

- tvrdenie, že výrobok je zelený na základe niektorých jeho environmentálnych vlastností bez toho, aby sa venovala pozornosť iným jeho vlastnostiam (príkladom je výrobok označený ako „vyrobený z ekokože“, ktorý síce nie je vyrobený zo živočíšneho materiálu, ale nevykazuje environmentálne výhody);
- tvrdenie, ktoré nemožno podložiť ľahko dostupnými dôkazmi alebo spoľahlivou certifikáciou tretej strany (typicky výrobky uvádzajúce určité percento recyklovaného materiálu, z ktorého majú byť vyrobené, bez akéhokoľvek zdôvodnenia tohto percenta);
- tvrdenie, ktoré sú nedostatočne vyjadrené alebo príliš všeobecné, takže ich spotrebiteľia môžu nesprávne pochopiť (príkladom sú označenia „úplne prírodné“, ktoré nemajú presný význam, a preto nemusia nevyhnutne znamenať zdravé alebo udržateľné);
- falošné označenia (používanie tvrdení alebo certifikátov, ktoré zavádzajú zákazníkov, aby verili, že výrobok prešiel legitímnym procesom ekologickej certifikácie; zvyčajne ide o nezmyselné označenia ako „zelený“ alebo „šetrný k životnému prostrediu“);
- tvrdenie, ktoré môže byť pravdivé, ale pre zákazníkov, ktorí hľadajú ekologickejšie výrobky, je nepodstatné alebo nepoužiteľné (príkladom

¹⁵ Elektronicky dostupné [27.11.2024]: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_sk

¹⁶ Elektronicky dostupné [27.11.2024]: https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/green-claims_en

¹⁷ PwC 2024 Voice of the Consumer Survey. Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://www.pwc.com/gx/en/news-room/press-releases/2024/pwc-2024-voice-of-consumer-survey.html>

- môže byť tvrdenie, že spotrebič neobsahuje freóny, hoci ich používanie je zákonom zakázané, a preto ich žiadny spotrebič nesmie obsahovať);
- tvrdenia, ktoré síce môžu byť v rámci danej kategórie výrobkov pravdivé, ale zároveň môžu odvádzať pozornosť diváka od väčšieho environmentálneho rizika (príkladom je reklama spoločnosti Etihad Airways, ktorá sa snažila presvedčiť zákazníkov, že jej spoločnosť je vhodnou alternatívou k iným leteckým spoločnostiam, pretože má silnejší prístup k udržateľnej leteckej doprave. Podľa britského Úradu pre reklamné štandardy - Advertising Standards Authority - však spoločnosť bagatelizovala vplyv svojich letov na životné prostredie, čím porušila Kódex reklamy a jej tvrdenia boli zavádzajúce a nedostatočne podložené);
 - tvrdenie, ktoré je jednoducho nepravdivé (príkladom môžu byť výrobky predávané ako bambusové, hoci sú v skutočnosti vyrobené z umelého hodvábu, pri ktorého výrobe sa do ovzdušia uvoľňujú nebezpečné látky).¹⁸

4. PRÁVNÝ POSTIH GREENWASHINGU DE LEGA LATA

Môžeme konštatovať, že aj v súčasnosti platná vnútroštátna právna úprava na Slovensku umožňuje postihovať niektoré marketingové praktiky tzv. greenwashingu, a to tak prostredníctvom verejnoprávnej ako aj súkromnoprávnej regulácie.

Z pohľadu verejnoprávnej regulácie je kľúčový nový zákon č. 108/2024 Z. z. o ochrane spotrebiteľa (ďalej len „zákon o ochrane spotrebiteľa“). Definuje generálnu klauzulu nekalých obchodných praktík, podľa ktorej možno za nekalé považovať tie obchodné praktiky, ktoré sú v rozpore s požiadavkami odbornej starostlivosti a vo vzťahu k produktu podstatne narušujú alebo môžu podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa, ku ktorému sa obchodná praktika dostane, alebo ktorému je adresovaná, alebo priemerného člena skupiny spotrebiteľov, ak je obchodná praktika orientovaná na určitú skupinu spotrebiteľov.¹⁹ Zákon o ochrane spotrebiteľa zakazuje používanie nekalých obchodných praktík pred, počas aj po vykonaní obchodnej transakcie.²⁰ Pre posúdenie, či je greenwashing nekalou obchodnou praktikou, je dôležitá príloha č. 1 zákona o ochrane spotrebiteľa. Ide o tzv. čiernu listinu (angl. black list), ktorá obsahuje vyčerpávajúci zoznam obchodných praktík považovaných za nekalé za každých okolností. Okrem toho zákon o ochrane spotrebiteľa upravuje rozlišuje medzi klamlivým konaním, klamlivým opomenutím a agresívnou obchodnou praktikou. Ustanovenia, v ktorých sú nekalé obchodné praktiky definované podrobnejšie, sa zvyknú označovať ako malé všeobecné ustanovenia o nekalých obchodných praktikách.²¹ Na rozdiel od generálnej klauzuly nekalej súťaže

¹⁸ The “Six Sins of Greenwashing”. A Study of Environmental Claims in North American Consumer Markets. Elektronicky dostupné [27.11.2024]: https://sustainability.usask.ca/documents/Six_Sins_of_Greenwashing_nov2007.pdf

¹⁹ § 9 ods. 1 zákona o ochrane spotrebiteľa.

²⁰ § 9 ods. 6 zákona o ochrane spotrebiteľa.

²¹ ONDREJOVÁ, D., *Generální klauzule nekalých obchodných praktík*. In: Bulletin advokacie, Praha, 2016, Česká advokátní komora, č. 11, ISSN 1210-6348, s. 25.

(vymedzenej v § 44 ods. 1 Obchodného zákonníka), nie je naplnenie znakov generálnej klauzule nekalých obchodných praktík podmienkou, pre kvalifikáciu určitého konania ako protiprávneho. Stačí, aby bolo naplnené jedno z konaní uvedených v čiernej listine alebo jedna z tzv. malých generálnych klauzúl nekalých obchodných praktík. Aby sa súťažiteľ nedopustil nekalej obchodnej praktiky, všetky jeho environmentálne tvrdenia by mali byť konkrétne, presné a jednoznačné. Zároveň by mal byť schopný podložiť všetky takéto tvrdenia dôkazmi. Dôvodom takejto prísnej regulácie je zabrániť netransparentnej komunikácii so spotrebiteľmi, znížiť pravdepodobnosť ich zavádzania a zároveň zabrániť tomu, aby súťažiteľ zlepšoval svoje konkurenčné postavenie na základe zavádzajúcich environmentálnych tvrdení. Neoprávnené používanie značky kvality alebo iného podobného označenia sa nepochybné bude považovať za klamlivú obchodnú praktiku. Zákaz klamlivého označovania sa okrem iného vzťahuje na rôzne environmentálne označenia (typicky „eko“ alebo „bio“), ktoré u spotrebiteľa vyvolávajú dojem, že výrobok alebo služba sú šetrné k životnému prostrediu alebo menej škodlivé ako iné.²²

Z pohľadu verejnoprávnej regulácie nemôžeme opomenúť zákon č. 147/2001 Z. z. o reklame (ďalej len „zákon o reklame“). Zákon o reklame predstavuje základný pilier verejnoprávnej regulácie reklamy, nakoľko upravuje všeobecné pravidlá pre akúkoľvek reklamu. Environmentálne tvrdenia sú obsiahnuté predovšetkým v rozmanitých reklamných sloganoch alebo označeniach. Zákon o reklame v znení účinnom do 30. apríla 2014 definoval reklamu v § 2 ods. 1 písm. a) ako „*prezentáciu produktov v každej podobe s cieľom uplatniť ich na trhu*“. Táto definícia reklamy bola zachovaná v zákone o reklame aj napriek skutočnosti, že nezodpovedala definícii pojmu reklama obsiahnutej v kodifikovanej smernici Európskeho parlamentu a Rady 2006/114/ES z 12. decembra 2006 o klamlivej a porovnávacej reklame. Podľa článku 2 písm. a) smernice 2006/114/ES je reklama: „*akékoľvek predvedenie súvisiace s obchodom, podnikaním, remeslom alebo povoláním, ktorého cieľom je podpora odbytu tovaru alebo služieb, vrátane nehnuteľností, práv a záväzkov*“. Pojem „reklama“ podľa zákona o reklame obmedzovala komunikáciu iba na prezentáciu produktov s cieľom uplatniť ich na trhu. Táto právna úprava však nebola postačujúca a predovšetkým eurokonformná, pretože smernica 2006/114/ES rozšírila definíciu pojmu „reklama“ na akúkoľvek formu komunikácie, ktorej cieľom je podporiť odbyt výrobkov alebo služieb na trhu. Súdny dvor EÚ vo veci C-657/11²³ uviedol, že vzhľadom na toto zvlášť široké vymedzenie pojmu sa reklama môže prejavovať vo veľmi rôznych formách, a teda sa vôbec neobmedzuje výlučne na tradičné formy reklamy. Na účely určenia, či určitý postup predstavuje formu reklamy v zmysle uvedených ustanovení, treba zohľadniť účel smerníc 84/450 a 2006/114, ktorým je, ako vyplýva z článku 1 týchto smerníc, chrániť obchodníkov pred klamlivou reklamou a jej nekalými následkami a stanoviť podmienky, za ktorých je porovnávacia reklama povolená. Primárnym cieľom legislatívy EÚ bolo

²² VÍTOVÁ, B. *Zákon o ochrane spotrebiteľa. Komentár*. Wolters Kluwer ČR, Praha, 2016, 347 s., ISBN 978-80-7478-984-7.

²³ Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 11.07.2013 vo veci Belgian Electronic Sorting Technology NV proti Bertovi Peelaersovi, C-657/11 (body 35 – 39).

stanoviť úplný rámec pre akúkoľvek formu reklamnej propagácie. Preto pojem „reklama“ v zmysle smerníc 84/450 a 2006/114 nemožno vykladať a uplatňovať takým spôsobom, aby sa kroky prijaté obchodníkom na propagáciu predaja jeho výrobkov alebo služieb, ktoré môžu ovplyvniť ekonomické správanie spotrebiteľov, a teda dotknúť sa konkurentov tohto obchodníka, vymykali pravidlám spravodlivej hospodárskej súťaže, stanoveným týmito smernicami. Definícia pojmu reklama bola v zákone o reklame novelizovaná až zákonom č. 102/2014 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri predaji tovaru alebo poskytovaní služieb na základe zmluvy uzavretej na diaľku alebo zmluvy uzavretej mimo prevádzkových priestorov predávajúceho a o zmene a doplnení niektorých zákonov s účinnosťou od 1. mája 2014. V zmysle novelizovaného a v súčasnosti platného § 2 ods. 1 písm. a) zákona o reklame sa reklamou rozumie „*predvedenie, prezentácia alebo iné oznámenie v každej podobe súvisiace s obchodnou, podnikateľskou alebo inou zárobkovou činnosťou s cieľom uplatniť produkty na trhu*“. Prezentáciou produktov podnikania sa rozumie akákoľvek forma prezentácie, predstavenia či priblíženia produktov podnikania so zámerom upútať pozornosť potenciálnych spotrebiteľov. Za produkt sa považujú všetky výsledky podnikateľskej činnosti, ako aj práva a záväzky nehmotnej povahy súvisiace s podnikateľskou činnosťou. Predmetom reklamy tak môžu byť výrobky, tovary, služby, výkony a iné hodnoty hmotnej a nehmotnej povahy, na ktoré nie je podľa zákona o reklame zakázaná reklama. Najvyšší správny súd ČR opakovane uviedol (napr. v rozsudku z 22. júla 2010 pod č. k. 5As/48/2009-76), že: „... *reklamou je akákoľvek verejná prezentácia, ktorej cieľom je propagácia podnikateľskej činnosti určitého subjektu. Pritom pre naplnenie samotnej definície reklamy nie je podstatné, aké sú pohnútky širitel'a reklamy k tejto činnosti, či ju vykonáva za úhradu alebo bezplatne alebo či ide alebo nejde o súčasť jeho vlastného podnikania...*“. Aj v neskorších rozhodnutiach Najvyšší správny súd ČR zotrval na tom, že odplatosť nie je zákonným znakom reklamy, preto skutočnosť, že sťažovateľ neprijme za zobrazenie v svojom periodiku odplatu ani inú protihodnotu, je pre posúdenie veci irelevantné. V právnej doktríne je reklama definovaná ako konanie, ktorého cieľom je umiestniť produkty súťažiteľa na príslušnom trhu, pričom prostredníctvom reklamy je umožnené súťažiteľovi prezentovať výsledky svojho snaženia, informovať adresátov reklamy o vlastnostiach, cene či kvalite svojich produktov, s cieľom umiestniť tieto produkty v rámci poctivej hospodárskej súťaže na trh a tým maximalizovať svoj zisk. Zákon o reklame v pôvodnom prijatom znení účinnom od 1. mája 2001 v § 3 zákona explicitne zakazoval reklamu, ktorá je v rozpore s pravidlami hospodárskej súťaže, reklamu, ktorá je skrytá, podprahová alebo zneužíva dôveru spotrebiteľa, nedostatok jeho skúseností alebo vedomostí, ako aj klamlivú reklamu. Postupnými novelizáciami zákona o reklame zákonodarca vypustil všetky uvedené zákazy reklamy, pretože sú predmetom právnej úpravy a ochrany obsiahnutej v osobitných právnych predpisoch.²⁴

Z pohľadu súkromnoprávnej regulácie greenwashingu sú kľúčové ustanovenia § 44 a nasl. upravujúce zákaz nekalej súťaže. Je nespochybniteľným faktom, že digitálna transformácia radikálne mení naše životy, poskytuje nám viac príležitostí a

²⁴ Bližšie pozri VOZÁR, J., HUMENÍK, I., ZLOCHA, E. *Zákon o reklame. Komentár*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2021, ISBN 978-80-7676-240-4, s. 46 nasl.

širší výber tovarov a služieb. Málokteré médium je také vhodné pre poškodzovanie účastníkov hospodárskej súťaže ako internet, ktorý je najvhodnejšou platformou pre šírenie greenwashingu. Nekalosúťažné konanie na internete je o to zaujímavejšie, že sa tu objavujú nové typy nekalosúťažných konaní, ktoré nie sú iným spôsobom uskutočniteľné. Samotná právna úprava nekalej súťaže obsiahnutá v Obchodnom zákonníku zahŕňa jednak všeobecnú skutkovú podstatu nekalej súťaže, ako aj výpočet konkrétnych skutkových podstát nekalej súťaže. Ustanovenie § 44 ods. 1 Obchodného zákonníka definuje nekalú súťaž ako „konanie v hospodárskej súťaži, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi súťaže a je spôsobilé privodiť ujmu iným súťažiteľom alebo spotrebiteľom. Nekalá súťaž sa zakazuje.“ Na definíciu generálnej klauzuly nekalej súťaže nadväzuje demonštratívny výpočet špeciálnych (zvláštnych) skutkových podstát nekalej súťaže: „Nekalou súťažou podľa odseku 1 je najmä: a) klamlivá reklama, b) klamlivé označenie tovaru a služieb, c) vyvolávanie nebezpečenstva zámeny, d) parazitovanie na povesti podniku, výrobkov alebo služieb iného súťažiťela, e) podplácanie, f) zľahčovanie, g) porušovanie obchodného tajomstva, h) ohrozovanie zdravia spotrebiteľov a životného prostredia.“ Slovenská právna úprava vychádza z koncepcie všeobecnej a permanentnej platnosti generálnej klauzuly. Pokiaľ chýba špecifická skutková podstata pre určité konanie, ktoré spĺňa znaky všeobecnej generálnej klauzuly, bude sa považovať za nekalosúťažné a bude posudzované podľa generálnej klauzuly (§ 44 ods. 1 Obchodného zákonníka). V odbornej literatúre sa často poukazuje na to, že táto právna úprava nemôže byť iná ako všeobecná, pretože zákonodarca nemôže pružne reagovať na neustále nové súťažné praktiky vynaliezavých súťažiteľov.²⁵ Súťažitelia v snahe čo najlepšie propagovať svoje výrobky či služby hľadajú nové možnosti, ku ktorým patrí taktiež snaha získať nových zákazníkov prostredníctvom rôznych environmentálnych označení. Práve všeobecnosť generálnej klauzuly zabezpečuje možnosť jej aplikácie aj na doteraz nepoznané spôsoby správania súťažiteľov, čím je spôsobilá reagovať na aktuálne spoločenské paradigmy a umožňuje postihovať aj rozsiahle spektrum konaní so súťažným dosahom.²⁶ Nekalosúťažné aspekty greenwashingu si zaslúžia osobitnú pozornosť a detailne sa nimi budeme zaoberať v ďalších príspevkoch.

5. LEGISLATÍVNA SMRŠŤ EÚRÓPSKEJ ÚNIE A POTREBA JEJ TRANSPOZÍCIE

V práve EÚ je cieľ ochrany životného prostredia čoraz dôležitejší. Tento vývoj nie je prekvapujúci vzhľadom na článok 37 Charty základných práv EÚ, ktorý dáva do popredia silný spoločenský záujem o ochranu životného prostredia: „Vysoká úroveň ochrany životného prostredia a zlepšovanie kvality životného prostredia sa musia začleniť do politik Únie a zabezpečiť v súlade so zásadou trvalo udržateľného rozvoja.“

V marci 2022 Komisia navrhla aktualizáciu spotrebiteľského práva EÚ s cieľom zaistiť ochranu spotrebiteľov a posilniť ich postavenie, aby mohli aktívne prispievať

²⁵ HAJN, P. *Jak jednat v boji s konkurencií*. Praha : Linde, 1996, ISBN 80-8564-793-1, s. 17.

²⁶ ZLOCHA, E. STRÉMY, J. *Nekalá súťaž. Generálna klauzula, menej tradičné prípady a zahraničné právne úpravy*. C. H. BECK, 360 s., ISBN: 978-80-8232-043-8.

k zelenej transformácii. V Európskej zelenej dohode²⁷ sa Komisia zaviazala zabezpečiť posilnenie postavenia spotrebiteľov, aby mohli prijímať lepšie informované rozhodnutia a aktívne sa zapojiť do ekologickej transformácie. Konkrétnejšie sa v Európskej zelenej dohode stanovuje záväzok riešiť nepravdivé tvrdenia týkajúce sa životného prostredia tým, že sa zabezpečí, aby kupujúci mali spoľahlivé, porovnateľné a overiteľné informácie, ktoré im umožnia prijímať udržateľnejšie rozhodnutia a znižujú riziko environmentálne klamlivej reklamy. Potreba riešiť environmentálne klamlivé vyhlásenia a potreba umožniť spotrebiteľom, aby sa mohli rozhodovať na základe transparentných a spoľahlivých informácií o udržateľnosti, trvanlivosti a uhlíkovej stope produktov, sa následne stanovila ako priorita v novom akčnom pláne.²⁸

Dňa 28. februára 2024 bola prijatá **smernica č. 2024/825, ktorou sa menia smernice 2005/29/ES²⁹ a 2011/83/EÚ³⁰, pokiaľ ide o posilnenie postavenia spotrebiteľov v rámci zelenej transformácie prostredníctvom lepšej ochrany pred nekalými praktikami a prostredníctvom lepšieho informovania**, ktorej cieľom je posilniť postavenie spotrebiteľov prostredníctvom lepšej ochrany pred nekalými praktikami. Uvedená smernica obsahuje celý súbor nových noriem v oblasti klamlivých praktík, na ktoré sa môže vzťahovať klamlivé konanie, a to pridaním „environmentálneho alebo sociálneho vplyvu“, „životnosti“ a „opraviteľnosti“ do zoznamu relevantných vlastností výrobku v článku 6 ods. 1 písm. b) smernice o nekalých obchodných praktikách.³¹ Smernicou č. 2024/825 sa do zoznamu zavádzajúcich praktík doplnil aj ďalší prípad, a to prípad uvádzania environmentálneho tvrdenia týkajúceho sa budúceho environmentálneho správania bez jasných, objektívnych a overiteľných záväzkov a cieľov a bez nezávislého monitorovacieho systému.³² Ochrana pred klamlivými praktikami sa vzťahuje aj na opomenutie: situácie, keď obchodník zatají podstatné informácie, poskytne ich nejasným, nezrozumiteľným, dvojzmyselným alebo predčasným spôsobom alebo neurčí obchodný zámer obchodnej praktiky v prípadoch, keď to nie je zrejmé už z textu.³³ Obchodník zatají informácie, ak ich spotrebiteľ nedostane alebo ich nedostane takým spôsobom, aby ich mohol zohľadniť pri obchodnom rozhodovaní.³⁴

²⁷ Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Európskej rade, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov, Európska zelená dohoda [COM(2019) 640].

²⁸ Elektronicky dostupné [27.11.2024]: <https://www.consilium.europa.eu/sk/policies/conference-on-the-future-of-europe/>

²⁹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu, a ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 84/450/EHS, smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 („smernica o nekalých obchodných praktikách“) (Ú. v. EÚ L 149, 11.6.2005, s. 22).

³⁰ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/83/EÚ z 25. októbra 2011 o právach spotrebiteľov, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 93/13/EHS a smernica Európskeho parlamentu a Rady 1999/44/ES a ktorou sa zrušuje smernica Rady 85/577/EHS a smernica Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES (Ú. v. EÚ L 304, 22.11.2011, s. 64).

³¹ Článok 1 ods. 2 písm. a) smernice č. 2024/825.

³² Článok 1 ods. 2 písm. b) smernice č. 2024/825.

³³ článok 7 ods 1 a 2 smernice o nekalých obchodných praktikách.

³⁴ Porovnaj nemecký Spolkový najvyšší súd (Bundesgerichtshof), vec I ZR 26/15, „LDA tested“, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, 1076, bod 27.

Súdny dvor EÚ napríklad vo veci Pippig/Hartlauer objasnil, že vynechanie známejšej značky je v porovnávacej reklame klamlivé, ak informácia o značke môže významne ovplyvniť výber kupujúceho a značky konkurenčných výrobkov sa výrazne líšia v rozsahu, v akom sú známe.³⁵ Smernica č. 2024/825 rozširuje pravidlá o klamlivom opomenutí v článku 7 smernice o nekalých obchodných praktikách tým, že osobitne upravuje prípad porovnávania výrobkov: „Ak obchodník poskytuje službu, v rámci ktorej sa porovnávajú výrobky, a spotrebiteľovi poskytuje informácie o environmentálnych alebo sociálnych charakteristikách alebo o aspektoch obehovosti výrobkov, ako sú životnosť, opraviteľnosť alebo recyklovateľnosť, alebo o dodávateľoch týchto výrobkov, informácie o metóde porovnávania, výrobkoch, ktoré sú predmetom porovnávania, a o dodávateľoch týchto výrobkov, ako aj o zavedených opatreniach na zabezpečovanie aktualizácie informácií sa považujú za podstatné informácie“. Príloha č. 1 smernice o nekalých obchodných praktikách - tzv. čierna listina (angl. black list) obchodných praktík, ktoré sa vždy považujú za nekalé, sa rozširuje o nasledovné zakázané praktiky:

- zobrazenie značky udržateľnosti, ktorá nie je založená na certifikačnom systéme alebo ktorú nezaviedli verejné orgány;
- uvedenie všeobecného tvrdenia týkajúceho sa životného prostredia, pri ktorom obchodník nie je schopný preukázať, že v súvislosti s týmto tvrdením boli uznané vynikajúce environmentálne vlastnosti;
- uvedenie tvrdenia týkajúceho sa životného prostredia o celom výrobku alebo celom podniku obchodníka, ak sa týka len určitého aspektu výrobku alebo konkrétnej činnosti podniku obchodníka;
- uvedenie tvrdenia, založeného na kompenzácii emisií skleníkových plynov, že výrobok má neutrálny, znížený alebo pozitívny vplyv na životné prostredie z hľadiska emisií skleníkových plynov;
- prezentovanie požiadaviek uložených v právnych predpisoch na všetky produkty v príslušnej kategórii produktov na trhu Únie ako charakteristických vlastností ponuky obchodníka;
- zamlčanie informácií spotrebiteľovi o skutočnosti, že aktualizácia softvéru bude mať negatívny vplyv na fungovanie tovaru s digitálnymi prvkami alebo na používanie digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb;
- prezentovanie aktualizácie softvéru ako potrebnej, keď sa ňou zlepšia len vlastnosti funkcií;
- každá obchodná komunikácia o tovare s vlastnosťou zavedenou na obmedzenie jeho životnosti, napriek tomu, že obchodník má k dispozícii informácie o tejto vlastnosti a jej účinkoch na životnosť tovaru;
- nepravdivé tvrdenie, že za bežných podmienok používania má tovar určitú životnosť z hľadiska času alebo intenzity používania;
- prezentovanie tovaru ako tovaru, ktorý možno opraviť, ak to tak nie je;
- navádzanie spotrebiteľa nahradiť alebo doplniť spotrebné časti tovaru skôr, ako je nevyhnutné z technických dôvodov;
- zamlčanie informácií o poškodení funkčnosti tovaru pri používaní spotrebného materiálu, náhradných dielov alebo príslušenstva nedodaných

³⁵ Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 08.04.2003 vo veci Pippig/Hartlauer, C-44/01, bod 53.

pôvodným výrobcom alebo nepravdivé tvrdenie, že k takémuto poškodeniu dôjde.

S cieľom zaistiť, aby mohli spotrebiteľia prijímať kvalifikovanejšie rozhodnutia a aby sa stimuloval dopyt po trvanlivejšom tovare a zvýšila jeho ponuka, by sa mali pred uzavretím zmluvy poskytnúť osobitné informácie o životnosti a opraviteľnosti výrobku v prípade všetkých druhov tovaru. Okrem toho, pokiaľ ide o tovar obsahujúci digitálne prvky, digitálny obsah a digitálne služby, spotrebiteľia by mali byť informovaní o období, počas ktorého sú bezplatné softvérové aktualizácie k dispozícii. Preto sa smernica 2011/83/EÚ mení tak, aby sa podľa nej spotrebiteľom museli poskytnúť predzmluvné informácie o životnosti, opraviteľnosti a dostupnosti aktualizácií. Informácie by sa mali spotrebiteľom poskytovať jasne a zrozumiteľne a v súlade s požiadavkami na prístupnosť podľa smernice č. 2019/882. Členské štáty prijímú a uverejnia do 27. marca 2026 opatrenia (transpozičná lehota) potrebné na dosiahnutie súladu so smernicou č. 2024/825, ktorou sa menia smernice 2005/29/ES a 2011/83/EÚ, pokiaľ ide o posilnenie postavenia spotrebiteľov v rámci zelenej transformácie prostredníctvom lepšej ochrany pred nekalými praktikami a prostredníctvom lepšieho informovania. Na základe uvedeného môžeme v blízkej dobe očakávať pomerne rozsiahlu novelizáciu zákona o ochrane spotrebiteľa (prípadne ďalších súvisiacich predpisov).

Súčasťou legislatívneho rámca EÚ, ktorým sa podporuje udržateľnejšia spotreba prostredníctvom nabádania spoločností, najmä veľkých podnikov a nadnárodných spoločností, aby prijali udržateľné postupy a začleňovali informácie o udržateľnosti do svojho cyklu podávania správ, je aj **návrh smernice o zdôvodňovaní a oznamovaní výslovných tvrdení týkajúcich sa životného prostredia (smernica o tvrdeniach týkajúcich sa životného prostredia)**. Táto smernica je súčasťou súboru vzájomne súvisiacich iniciatív s cieľom vytvoriť silný a ucelený rámec pre produktovú politiku, vďaka ktorému sa environmentálne udržateľné produkty a obchodné modely stanú normou, nie výnimkou, a modely spotreby sa zmenia tak, aby v prvom rade žiadny odpad nevznikal. Smernicu okrem iného dopĺňajú intervencie v oblasti obehového dizajnu produktov, podpory nových obchodných modelov a stanovenia minimálnych požiadaviek na zamedzenie uvádzania environmentálne škodlivých produktov na trh EÚ, a to prostredníctvom návrhu nariadenia o ekodizajne udržateľných výrobkov.³⁶ Spolu s ostatnými platnými regulačnými rámcami EÚ vrátane návrhu smernice o posilnení postavenia spotrebiteľov v rámci zelenej transformácie, ktorou sa mení smernica nekalých obchodných praktíkách, vytvárajú jasný režim pre tvrdenia týkajúce sa životného prostredia vrátane environmentálnych značiek.

ZAMYSLENIE NAMIESTO ZÁVERU

Na základe vývoja z poslednej doby sa stáva stále viac evidentným fakt, že nekalá súťaž a jej úprava sa rozširuje a zároveň štiepi. Napriek tomu, že nekalé obchodné

³⁶ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2024/1781 z 13. júna 2024, ktorým sa zriaďuje rámec na stanovenie požiadaviek na ekodizajn udržateľných výrobkov, mení smernica (EÚ) 2020/1828 a nariadenie (EÚ) 2023/1542 a zrušuje smernica 2009/125/ES.

praktiky sú v našom právnom poriadku upravené v zákone o ochrane spotrebiteľa, nekalá obchodná praktika môže byť aj predmetom súkromnoprávnej žaloby dotknutého subjektu v zmysle § 44 a nasl. Obchodného zákonníka. Vo viacerých zahraničných právnych úpravách sa nekalé obchodné praktiky považujú za súčasť práva proti nekalej súťaži. Vzhľadom na to, že v súčasnosti dochádza prostredníctvom masívnej regulácie k rozširovaniu ochrany spotrebiteľa prostredníctvom zákazu nových druhov nekalých obchodných praktík, vyvstáva potreba opätovne sa zamyslieť nad tým, či odklonenie práva proti nekalej súťaži od pôvodného objektu ochrany, a to zabezpečenia čistoty súťažných vzťahov medzi súťažiteľmi B2B (business-to-business), a naopak tendencia k rozširovaniu ochrany práv a právom chránených záujmov spotrebiteľov vo vzťahoch B2C (business-to-consumer), najmä pod vplyvom sekundárneho práva EÚ, nie je vhodnou príležitosťou na včlenenie úpravy nekalej súťaže do osobitného predpisu, ktorý bude zosúladený s úpravou nekalých obchodných praktík a ďalších ustanovení právnych predpisov súvisiacich s nekalou súťažou.

POUŽITÉ PRAMENE

1. DUGAS, J., BOSÁK, M., FERENCZ, V., SZABÓ, G. *Environmentálne označovanie produktov*. In: Recenzovaný zborník z V. medzinárodnej vedeckej konferencie, 21.2.2020, Ružomberok, Bratislava: SSŽP et. Strix. Edition ESE-54, ISBN 978-80-973460-7-2
2. HAJN, P. *Jak jednat v boji s konkurencií*. Praha : Linde, 1996, ISBN 80-8564-793-1
3. LYON, T.P., MONTGOMERY, A.W. *The Impact of Social Media on Corporate Greenwash*. J Bus Ethics 118, 747–757 (2013)
4. MOTAVALLI, J. *A History of Greenwashing: How Dirty Towels Impacted the Green Movement*. Aol.
5. NAIDOO, V., VERMA, R. *Green Marketing as a Positive Driver Toward Business Sustainability (Advances in Marketing, Customer Relationship Management, and E-Services)*. 1st Edition. IGI Global, 2019, ISBN 978-1522595588
6. NEWELL, S.J., GOLDSMITH, R.E., BANZHAF, E.J. *The effect of misleading environmental claims on consumer perceptions of advertisements*. Journal of Marketing Theory and Practice. Volume 6, 1998 - Issue 2: Special Issue on Electronic Commerce, 48-60. ISSN 1944-7175
7. ONDREJOVÁ, D., *Generální klauzule nekalých obchodných praktík*. In: Bulletin advokacie, Praha, 2016, Česká advokátní komora, č. 11, ISSN 1210-6348
8. URBANŠKI, M., UL HAQUE, A. *Are you environmentally conscious enough to differentiate between greenwashed and sustainable items? A global consumers perspective*. Sustainability. 12(5), 1786. ISSN 2071- 1050
9. VÍTOVÁ, B. *Zákon o ochrane spotrebiteľa. Komentár*. Wolters Kluwer ČR, Praha, 2016, 347 s., ISBN 978-80-7478-984-7

10. VOZÁR, J., HUMENÍK, I., ZLOCHA, Ľ. *Zákon o reklame. Komentár*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2021, ISBN 978-80-7676-240-4
11. ZLOCHA, Ľ. STRÉMY, J. *Nekalá súťaž. Generálna klauzula, menej tradičné prípady a zahraničné právne úpravy*. C. H. BECK, 360 s., ISBN: 978-80-8232-043-8
12. Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 11.07.2013 vo veci Belgian Electronic Sorting Technology NV proti Bertovi Peelaersovi, C-657/11, body 35 – 39
13. Rozsudok Súdneho dvora EÚ z 08.04.2003 vo veci Pippig/Hartlauer, C-44/01, bod 53
14. Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Európskej rade, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov, Európska zelená dohoda [COM(2019) 640]
15. Spolkový najvyšší súd (Bundesgerichtshof), vec I ZR 26/15, „LDA tested“, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, 1076, bod 27.
16. [https://www.mzp.cz/web/edice.nsf/AFE8148C8858BD4BC1256FF9003E2CD9/\\$file/E%C5%A0V.pdf](https://www.mzp.cz/web/edice.nsf/AFE8148C8858BD4BC1256FF9003E2CD9/$file/E%C5%A0V.pdf) <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/greenwashing>
17. <https://www.greenpeace.org/slovakia/clanok/9501/greenwashing-co-to-je-a-ako-mu-venaletiet/>
18. https://sustainability.usask.ca/documents/Six_Sins_of_Greenwashing_nov2007.pdf
19. <https://www.minzp.sk/obehove-hospodarstvo/environmentalne-manazerstvo/ekoprodukty/>
20. https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/green-claims_en
21. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_sk
22. <https://www.pwc.com/gx/en/news-room/press-releases/2024/pwc-2024-voice-of-consumer-survey.html>
23. https://sustainability.usask.ca/documents/Six_Sins_of_Greenwashing_nov2007.pdf
24. <https://www.consilium.europa.eu/sk/policies/conference-on-the-future-of-europe/>

KONTAKT NA AUTOROV

zlocha.lubomir@gmail.com
usapvoza@savba.sk
Ústav štátu a práva SAV
Klemensova 19
813 64 Bratislava
Slovenská republika

PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA XIII.

Zborník vedeckých prác

Editori: prof. JUDr. Ján Husár, CSc.
doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.

Vydavateľ: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach
Vydavateľstvo ŠafárikPress

Rok vydania: 2024
Počet strán: 470
Rozsah: 38,07 AH
Vydanie: prvé

DOI: <https://doi.org/10.33542/POE-0389-0>
ISSN 2453-921 X
ISBN 978-80-574-0389-0 (e-publikácia)

