

OBECNÉ ÚVAHY O KUPNÍ SMLOUVĚ A OBCHODNÍ KUPNÍ SMLOUVĚ

IRENA PELIKÁNOVÁ

1. ÚVODEM

Je málo tak přítomných právních institucí jako kupní smlouva. Setkávají se s ní denně laici i právníci, škála vědomostí jednotlivce o kupní smlouvě je mimořádně široká. Ani právníci často nezachovají pro svoji praxi více než platnou právní úpravu, i když jim zůstane matná vzpomínka na její dlouhou cestu ke dnešku, o níž se učili za studií. Socialistické právo usilovalo o její důsledné odříznutí od minulosti. Tak nám zůstal jenom prodej v obchodě a dodávka výrobků a kupní smlouva jenom jako cosi okrajového a bezvýznamného.

Listopad 1989 by nám měl vrátit paměť. Stejně jako vrátil kupní smlouvu do obou soukromoprávních kodifikací. Jestliže se svobodně rozhlédneme přes hranice času i naší země, zjistíme fascinující společenství právních institucí. Společenství, které naší navracející se příslušnosti do tohoto světa může přinést podněty a řešení, jež jsme již zapomněli.

Kupní smlouva je bezesporu nejvýznamnějším ze smluvních typů, o němž bylo napsáno mnoho objemných monografií a nespočet menších prací v různých jazycích. Byly zkoumány i četné dílčí otázky koupě a prodeje, zejména otázky odpovědnosti za vady. Kupní smlouva vznikla v důsledku ekonomického vývoje ze smlouvy směnné, bezprostředně souvisí s rozvojem peněz v jejich funkci měřítka hodnot, peněz jako zcela specifického předmětu nejen z hlediska ekonomického, ale také právního. Je smlouvou synallagmatickou, úplatnou, konsensuální. Z hlediska římskoprávního byly konsensuálními kontrakty kromě kupní smlouvy ještě smlouva nájemní, společenská a příkazní.

V dalším textu se budu zabývat některými dílčími otázkami kupní smlouvy s vědomím, že to je jen letmý pohled a nikoli vyčerpávající analýza.

2. KUPNÍ SMLOUVA V ŘÍMSKÉM PRÁVU

Římské právo rozlišovalo trh mancipační, který byl reálným kontraktem s dvojným protisměrným převodem vlastnictví, a od 2. stol. př. n. l. trho-

vou smlouvu jako konsensuální synallagmatickou smlouvu iuris gentium. Tato smlouva (emptio venditio) zakládala jenom závazky a byla kausou převodu vlastnictví, avšak samotný převod byl zvláštním právním jednáním, i když mohl časově spadat vjedno s uzavřením smlouvy. Předmětem prodeje mohly být jak věci tělesné, tak věci netělesné¹⁾ a rovněž soubory práv (jmění nebo pozůstalost), držba věci, práva k věci cizí kromě služebností. Těsný vztah koupě ke směnné smlouvě potvrzují pochybnosti vyslovené v Gaiových Institucích, zda lze mluvit o koupi v případě, že jako kupní cena je dána kupujícím jiná věc.²⁾ Gaius se již příklání k požadavku, že koupě vyžaduje úplatu v ražených penězích. V případě prodeje „budoucí věci“ nemusel předmět prodeje v době uzavření smlouvy ještě existovat. Kupní smlouva mohla být uzavřena jako smlouva odvázná (emptio spei), jestliže nebylo jisté, zda předmět koupě skutečně vznikne (např. koupě úrody) a smlouva byla přesto nepodmíněná. Smlouva o koupi budoucí věci s odkládací podmínkou byla nazývána emptio rei speratae – koupě očekávané věci.³⁾ Předmět trhu mohl být určen individuálně, genericky nebo alternativně a bylo možno prodat i věc cizí (smlouva dodací).⁴⁾

Cena nemusela být smluvena pevně, stačilo, pokud byl dohodnut způsob jejího určení. Nebylo možné, aby cenu určovala jenom jedna ze stran a pokud měla cenu určit třetí osoba, byla koupě považována podle justiniánského práva za koupi podmíněnou tím, že k tomuto dodatečnému určení ceny dojde. V justiniánské kompilaci se požadovalo, aby cena byla spravedlivá (pretium iustum); pokud nedosahovala ani poloviny skutečné hodnoty, mohl kupující žádat soud o zrušení závazku („laesio enormis“, „laesio extra dimidium“ – zkrácení přes polovici ceny). Cena musí být méněna jako ekvivalent věci (pretium verum). Nejedná se o kupní smlouvu, pokud je jednání jenom obrazné, má-li být rouškou pro jinou smlouvu, např. pro darování.

Základní povinností prodávajícího bylo převést „*předmět trhu v majetek kupcův, a to s takovým účinkem, aby věc nemohla být odňata pořadem práva*“.⁵⁾ To bylo chápáno tak, že nemusel prodávající převést vlastnické právo k tělesné věci, ale že stačilo, jestliže odevzdal věc kupci „*s takovým úspěchem, že mu opatřil klidnou držbu a užívání věci*“.⁶⁾ Naproti tomu Vančura upřesňuje, že při starším

¹⁾ V Gaiově učebnici se o rozdělení věcí dočteme: „Kromě toho jsou některé věci tělesné, některé netělesné. Tělesné jsou ty, kterých je možno se dotknout, např. pozemek, otrok, šaty, zlato, stříbro a dále nescetné věci jiné. Netělesné jsou ty, kterých není možno se dotknout. Takovou povahu mají věci, jejichž podstatou je právo, např. pozůstalost, ususfrukt (nebo) závazky (obligace), jakýmkoli způsobem uzavřené. A nezáleží na tom, že pozůstalost zahrnuje věci tělesné a že plody, které těžíme z pozemku, jsou tělesné a že tělesné je obvykle i to, co se nám dluží z nějaké obligace, jako třeba pozemek, otrok, (či) peníze. Neboť samo právo dědické poslouposti a samo právo poživací (ususfrukt) a samo právo z obligace je netělesné ...“ (Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, UK Praha 1981, přeložil Kincl, J., s. 78).

²⁾ Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, přel. J. Kincl, Praha, UK, 1981, s. 175.

³⁾ Kincl, J. - Urfus, V.: Římské právo, Praha, Panorama, 1990, s. 313.

⁴⁾ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského, díl II, právo majetkové, Praha, 1946, Všeherd, s. 57 a shodně rovněž Boháček i Vančura.

⁵⁾ Boháček, M.: Nástin přednášek o soukromém právu římském II, Právo obligační, právo dědické, Praha 1946, nákl. vlastním, s. 83.

⁶⁾ Tamtéž, s. 84.

mancipačním prodeji byl prodávající povinen převést plné vlastnictví quiritské, avšak v pozdějším vývoji konstatuje již i tento autor stejně jako M. Boháček, že „prodavač není sice povinen opatřiti kupci k věci právo vlastnické, ale že musí mu zajistiti, že věc bude moci trvale ve svém majetku míti, ji užívati a že mu ji nikdo jiný mocí svého soukromého práva neodejme ... I pravíme, že prodavač jest kupci zásadně zodpověden jenom za evikci věci...“. Při zástavním prodeji však byl odpověden zástavce, nikoli prodávající zástavní věřitel, pokud se výslovně nezaručil za evikci. Z této povinnosti se vyvinula odpovědnost (ručení za právní) vady. V římském právu se již také rozvinula odpovědnost za faktické vady (srov. cit. dílo, s. 84 – 85).

Vývoj římského práva tedy vedl od strohého převodu vlastnictví k mnohem pružnější obligaci sledující důsledněji základní ekonomický cíl: získání věci za peníze. Z pozic současnosti jde o otázku, která má velikou praktickou důležitost a při jejímž řešení nemají soudci zdaleka jasno: musí být *prodávající* vlastníkem prodáváného zboží? Není smlouva jako zákonu odporující neplatná podle § 39 OZ, jestliže prodávající je nevlastník? Vzhledem k tomu, že již bylo u nás vydáno soudní rozhodnutí prohlašující takovou smlouvu za neplatnou, je třeba otázku vyjasnit.

Občanský zákoník v § 588 moudře ukládá prodávajícímu předmět odevzdat a kupujícímu převzít jej a zaplatit. Obchodní zákoník méně prozíravě v § 409 ObchZ stanoví prodávajícímu povinnost převést vlastnické právo. Ani jeden z kodexů neříká, že prodávající musí být vlastníkem. V obojím případě je prodávající i dnes odpověden, že nedojde k evikci věci. Zákonodárce tedy sice ukládá uvedenou povinnost, avšak není-li vlastnické právo převedeno, resp. není-li prodávající vlastníkem (přesto může být převedeno vlastnictví) pohlíží na takové plnění jako na *plnění s právními vadami*. V souladu s tím je i úprava vydržení (§ 134 OZ) a nabytí od nevlastníka (§ 446 ObchZ). Jestliže bychom totiž přistoupili na stanovisko, že kupní smlouva je neplatná, není-li prodávající vlastníkem (protože je např. oprávněným držitelem věci), nemohl by kupující nabýt vlastnické právo podle § 446 ObchZ (ustanovení se vztahuje na závazky z kupní smlouvy) a nemohl by nabýt ani oprávněné držby. Má-li být zachována konzistentnost úpravy, je nezbytné v tomto směru pojetí kupní smlouvy rozšířit a připustit, aby v určitých případech i nevlastník uzavřel platnou kupní smlouvu. Nápomocí k přijatelnosti takového pojetí je i konsensuální konstrukce kupní smlouvy. Převedení vlastnictví je totiž plněním závazku dříve vzniklého.

Otázka může být velmi vážná i v případě, kdy rozpor se zákonem je ještě ostřejší, protože prodávající např. vědomě prodává kradenou věc. Není vlastníkem a je neoprávněným držitelem (§ 131 OZ). Jestliže nabyvatel je v dobré víře, musíme v rámci ochrany dobré víry dospět nejenom k tomu, že nabytí od nevlastníka držbu, popř. podle obchodního zákoníku dokonce vlastnické právo, ale že je nabytí na základě platné kupní smlouvy. Nejde tedy o neplatnost kupní smlouvy, ale o plnění, které má právní vady. V opačném případě by

úprava odpovědnosti za vady byla neaplikovatelná a zbytečná, protože všechny takové kupní smlouvy by byly neplatné. Není tedy na místě aplikovat § 39 OZ o neplatnosti právních úkonů, ale musí být použito ustanovení o odpovědnosti za právní vady.⁷⁾

Nejběžněji bylo podle římského práva plnění poskytováno hned při uzavření smlouvy. Pokud bylo plněno později, byl prodávající povinen vydat ploody a vše, co z předmětu koupě získal (*commodum rei*). *Nebezpečí nahodilé zkázy a zhoršení* věci přecházelo na kupujícího okamžikem uzavření smlouvy, i když věc nebyla ještě odevzdána. Určení okamžiku uzavření smlouvy tedy bylo významné. Proávající při pozdějším plnění odpovídal za porušení věci, pokud nebylo způsobeno vyšší mocí. Kupující nesl jenom nebezpečí mimořádných případů zániku věci. V těchto případech byl povinen zaplatit kupní cenu, přestože věc byla zničena.

V případě druhového určení věci byla podle *Vančury* nutná individualizace předmětu prodeje. Tento autor však poukazuje na rozpory v pramenech, pokud jde o otázku, kterým okamžikem je individualizace provedena – podle některých formulací to je oddělením stanoveného množství a jeho připravením k odevzdání, podle jiných až skutečným odevzdáním. V závislosti na těchto nejasnostech se také vyvinuly různé nauky (tzv. vylučující – *Ausscheidungstheorie*, nauka o dodání – *Lieferungstheorie*).⁸⁾ Podle nauky o dodání bylo k perfekci smlouvy požadováno i skutečné odevzdání věci. V takovém stanovisku můžeme vidět prvek reálné povahy smlouvy.

Současné naše chápání koupě je odlišné a individualizace je nezbytná až ke *splnění závazku ze smlouvy*. K uzavření smlouvy však může dojít i jenom na základě určení druhu a množství zboží, tedy bez individualizace (srov. § 409 odst. 1 ObchZ, který to říká výslovně).

3. SCHULD UND HAFTUNG

Středověké právo vyvíjející se na našem území pod silným vlivem německého práva bylo založeno na rozlišování dluhu (*schuld*) a ručení (*haftung*). Podle *M. Stiebera* „*Dluh je rozkaz, aby se plnilo. Rozkazem tímto se dluh vyčerpává. Neskýtá moci, aby se dluh vynutil. Nezakládá žádného panství ani nad osobou ani nad věcí. Normy, které se vztahují na dluhy, tvoří právo dlužní...*“⁹⁾ Věřitel žádá, aby dlužník za nesplnění dluhu ručil. Ručit je možno osobou, jméním nebo věcí. Nedá-li dlužník náhradu plynoucí z ručení dobrovolně, vymůže se na něm pomocí exekučních prostředků soudních i mimosoudních. Normy upravující ručení se nazývají právo ručné (*haftungsrecht*).

⁷⁾ Krčmář, J.: *Právo obligační*, Praha 1924, s. 182: „... Tam totiž se staví zcizení věci cizí na roveň zcizení věci vadné a v tom případě zcizitel odpovídá, třebaž o vadách nevěděl...“

⁸⁾ Vančura, J.: *Úvod do studia soukromého práva římského*, Praha, náč. vlast. rok neuveden, s. 322.

⁹⁾ Stieber, M.: *Dějiny soukromého práva v střední Evropě*, Nástin, Praha, 1930, náč. vlastním, s. 22.

Kupní smlouva na rozdíl od římského práva byla ve středověkém právu kontraktem *reálným*. Věc se převáděla skutečným předáním nebo obřadně. Je z toho patrné, že konsensuální konstrukce smlouvy je vyspělejší právní technikou. S převodem přecházelo na kupujícího i nebezpečí. Známa byla i dobrovolná dražba movitých věcí a rovněž soudní prodej. Také propadnutí zástavy mohlo mít formu trhu. Předmětem koupě mohly být všechny věci právního obchodu – svoboda člověka, nevolník, movitosti, statek, léno, zástava a renta.¹⁰⁾ Smluvní volnost byla omezena cechovními a tržními řády a zvyklostmi. Zpravidla se platila celá kupní cena ihned v hotovosti, bylo ale možné jenom část zavdati a nebo se mohla celá cena „věřiti“. V Čechách se na ni dával zvláštní dlužní list.¹¹⁾ *Stieber* upozorňuje na maximální ceny obilí zaváděné královskými posly již v karlovské době.

Recepte římského práva vedla k nahrazení této struktury římskoprávním obligačním vztahem. Dluh splývá s ručením. S obligačním právem římským byly recipovány všechny typy smluv, kupní smlouva stala se pod tímto vlivem kontraktem konsensuálním.

4. PŘEDMĚT KOUPE

Z podaného historického přehledu je patrné, že předmět prodeje byl vždy chápán velmi široce a že v tomto bodě byla shodná jak koncepce římskoprávní, tak středověká předcházející recepti římského práva na našem území. Dodejme k tomu, že evropské kodifikace zachovaly široké pojetí věcí v právním smyslu, až německý občanský zákoník je zúžil na pouhé věci tělesné, aniž však současně zúžil rozsah kupní smlouvy. Také naše právo po roce 1950 přijalo toto zúžení. Níže uvádím, jak se to odrazilo v konstrukcích kupní smlouvy.

Jestliže bychom vyšli důsledně z úzkého pojetí věcí a současně z toho, že kupní smlouvou se převádí věc, měly by být kupní smlouvou převáděny jenom věci ve smyslu hmotných předmětů a ovladatelných přírodních sil sloužících potřebám lidí. Převody práv nebo jiných majetkových hodnot by měly být uskutečňovány jinými smlouvami (např. o *cessi*) nebo kupní smlouvou na základě analogie. Jenom při tomto zúžení je také možno požadovat, aby prodávající byl vlastníkem věci. Je-li totiž prodávána držba nebo pohledávka, není prodávající nikdy vlastníkem a není to ani požadováno.

Německý občanský zákoník (BGB) však stanoví v § 433 odst. 1 výslovně, že kupní smlouvou je možno převádět i práva.¹²⁾ Německý kodex tedy sice věci

¹⁰⁾ Viz poznámka 9), s. 23.

¹¹⁾ Viz poznámka 9), s. 24.

¹²⁾ Ustanovení § 433 odst. 1 BGB zní v překladu asi takto: „Kupní smlouvou se prodávající věci zavazuje dodat věc kupujícímu a opatřit mu vlastnictví. Prodávající práva je povinen opatřit kupujícímu toto právo a - pokud toto právo opravňuje k držbě věci - odevzdat věc.“ („Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines rechtes ist verpflichtet, dem Käufer des Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.“)

chápe jenom jako hmotné předměty (§ 90 BGB), ale kupní smlouvu konstruuje jako právní důvod převodu věci nebo práva. Zúžil vymezení věci a rozšířil kupní smlouvu.

Naproti tomu rakouský ABGB vychází důsledně z římskoprávního širokého pojetí věci v právním smyslu, rozlišuje na věci tělesné a netělesné. Kupní smlouva se v důsledku toho výrazně rozšiřuje.

Francouzské právo založené na nejstarší evropské kodifikaci chápe věci v právním smyslu rovněž široce a rozlišuje věci tělesné a netělesné (choses corporelles – incorporelles). Podle čl. 1582 code civil (1804) „Prodej je dohodou, jíž jeden se zavazuje dodat věc a druhý za ni zaplatit“ . Jak blízká je tato formulace současnému našemu § 588 OZ! Podle následujícího čl. 1583 Code civil: „Smlouva je mezi stranami uzavřena a vlastnictví získáno kupujícím od prodávajícího, jakmile je dohodnuta věc a cena, i když věc ještě nebyla dodána a cena zaplacená.“ Zde již vidíme odchýlení od našeho pojetí v podobě translačního (věcněprávního) účinku smlouvy.

Je zajímavé, že ve francouzské odborné literatuře se můžeme v této souvislosti dopátrat určité zřejmě nikoli nahodilé nedůslednosti, jestliže se tvrdí, že kupní smlouvou je možno převést jakékoli majetkové právo, ne jenom právo vlastnické (v kterémžto případě se mluví o prodeji věci), ale také jiné právo – pohledávku nebo intelektuální právo (mluví se o cessi práva). Důslednější by bylo říci, že se smlouvou převádí vlastnictví práva.¹³⁾ Rakouský OZ byl důsledný, protože v § 353 stanovil: „Vše, co někomu náleží, všechny jeho věci hmotné i nehmotné jsou jeho vlastnictví“ . Neméně důsledně potom § 1053 OZ říká „trhovou smlouvou se přenechává věc jinému za určitou sumu peněžitou. Náleží tak jako směna k právním důvodům nabytí vlastnictví. Nabyvá se ho teprve odevzdáním předmětu koupě. Až do odevzdání podrží prodávající právo vlastnické“ . Francouzská literatura tu tedy na jedné straně sice terminologicky sklouzává k úzkému pojetí věci v právním smyslu, na druhé straně věcně chápe kupní smlouvu v potřebně širší. V souladu s touto nevyhraněností se ve francouzské terminologii nesetkáme s „prodejem podniku“ , ale jenom s tzv. „cession d entreprise“ , ačkoli se konstatuje, že ve skutečnosti jde o prodej.

Důsledkem zmíněné široké koncepce věci v právním smyslu jsou ustanovení francouzského kodexu, která našim současným právníkům uším zní podivně: „Movitými věcmi podle zákonného určení jsou závatky a žaloby, jejichž předmětem jsou splatné částky nebo cenné papíry, akcie nebo podíly ve finančních, obchodních a průmyslových společnostech, i když tyto společnosti vlastní nemovitosti...“ (čl. 529 Code civil).

Navzdory jasné formulaci OZ nebyla ani v naší předválečné doktríně shoda. Tak se u J. Krčmáře dočteme, že „Předmětem vlastnictví jsou věci hmotné. Obč. zák. nazývá sice vlastnictvím leckde právní poměr, že někdo je subjektem jiného práva než vlastnictví ..., ale nejde tu o vlastnictví v takovém smyslu, v jakém se toto slovo

¹³⁾ Juglart, Michel de – Mazeaud, H. – Mazeaud, L. – Mazeaud, J. – Chabas, F.: Leçons de droit civil, Principaux contrats: vente et échange, Paris, Montchrestien, 1987, s. 2.

vůbec vyskytuje v kap. II-V svého oddělení II. dílu obč. zák. a ustanovení o vlastnictví v tomto posledním smyslu se vztahují jen na věci hmotné...“¹⁴⁾ Překvapivost tohoto tvrzení ve vztahu k nedvojsmyslnému zákonnému textu se vyjasní v Roučkově komentáři k OOO. Roučkovy závěry jsou v tomto případě přesvědčivé: „Jest proto přímo nepochopitelné tvrzení, že předmětem vlastnictví může být jen věc hmotná. Toto tvrzení vzniklo teprve později pod vlivem německých pandektistů XIX. století, kteří podle svého titulu šesté knihy pandekt hájili, že ve vlastnictví mohou být jen věci hmotné. Stejně tvrzení hájili i pro platný obč. zákoník jest přemrštěným postojem stoupců t.zv. školy historické, přiči se zřejmě zákonu, jehož doslovem je soudce vázán (§ 6) a jehož jasnému doslovu marně snaží se někteří uniknouti tím, že rozeznávají vlastnictví ve smyslu širším ... a .. užším... Je tedy způsobilým objektem vlastnictví také věc **nehmotná**, tudíž také 1. práva obligační ... 2. práva věcná ...3. podniky ... 4. hospodářské činnosti...“¹⁵⁾ Ukazuje se, že příčiny doktrinálního zúžení pojetí věci v právním smyslu koření tedy již hluboko v období předválečném a že není mylný dojem jejich rozporu s tehdejšími zákonnými texty. Argumenty, které dnes padají na váhu ve prospěch návratu k širšímu pojetí věci i vlastnictví, však tehdy tak velký význam neměly: neúplnost a nízká kvalita současné právní úpravy překypující mezerami, jež může režim vlastnictví alespoň do jisté míry zacetit.

Nezdá se však, že by stanovisko pandektního práva bylo tak jednoznačné, jak tvrdí Rouček. V Učební knize pandekt L. Arndtse z roku 1886¹⁶⁾ nalezneme rozlišení na věci tělesné a netělesné tak, jak již bylo výše popsáno, přestože je postaveno vedle pojmu věc v užším smyslu, jíž je rozuměna jenom věc hmotná. Snad se ona myšlenka jenom hmotných věcí zakládá na tom, že „Předmětem práv majetkových byly u středoevropských národů původně věci hmotné. Okruh těchto věcí býval z počátku velmi úzký, ježto primitivní poměry hospodářské nevyžadovaly velkých potřeb. Pokrok civilizace přivodil v tom arci rozsáhlé změny. Od věcí hmotných byly ve středověku odlišovány věci **nehmotné** ...“¹⁷⁾ Vystopovat původ tendencí ke zúžení pojmu věc v právním smyslu, které má za následek také zúžení rozsahu kupní smlouvy, s nímž se v běžné praxi setkáváme, není tedy jednoduché.

Jestliže francouzská terminologie používá někdy termín *cesse* jako ekvivalent prodeje, není vzájemný vztah obou pojmů zcela bez problémů ani u nás. *Cessi* je rozuměn jenom skutečný postup pohledávky – bez ohledu na to, zda je úplatný nebo bezúplatný. Kupní smlouvou naopak je možno prodat jenom

¹⁴⁾ Krčmář, J.: Vlastnictví, Praha, Všehrd, 1924, s. 39.

¹⁵⁾ Rouček, F. – Sedláček, J. a kol.: Komentář k československému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, Díl druhý, Praha, V. Linhart, 1935, s. 210.

¹⁶⁾ Arndts, L.: Učební kniha pandekt, Praha, Jednota právnická, 1886, s. 57: „Věc (res) jest v širším smyslu vše, co v právu má význam, v užším smyslu jest věcí hmotný, samostatný předmět, z čehož samo sebou jde, že rozdělení věcí ve hmotné a nehmotné na onom širším významu se zakládá. Přírozený pojem věci byl v právu podobně rozšířen, jako přírozený pojem osoby...“

¹⁷⁾ Saturník, T.: Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě, Praha, 1945, s. 34.

věc v právním smyslu a pro prodej podniku máme zvláštní úpravu. Jde-li o nehmotný statek, mluvíme zpravidla jenom o jeho převodu, např. známe převod ochranné známky nebo průmyslového vzoru. Můžeme se setkat také s termínem prodej ochranné známky. Na cessi jsme zvyklí pohlížet jako na jeden z případů *změny závazků*, kdy dochází ke změně ve věřitelském subjektu. Kdežto na kupní smlouvu hledíme jako na jeden ze smluvních typů a obecně smluvní typy chápeme jako právní důvody *vzniku závazků*.

Blízkost cesse a kupní smlouvy je v tom, že mohu na prodej pohlížet také jako na změnu vlastnického vztahu co do subjektu, jako na postup vlastnického práva. Nabízí se však i další pohled – *jestliže kupní smlouvou vzniká závazek převést vlastnické právo, cessi se převod práva přímo uskutečňuje*. Má tedy na rozdíl od kupní smlouvy v našem pojetí cesse translační účinek. Takto bychom mohli konstruovat nezbytnost po uzavření kupní smlouvy ještě uzavřít dohodu o cessi – obdobně, jako je tomu při prodeji cenných papírů, kdy smlouva kupní musí být následována vlastním převodem (rubopisem nebo předáním).

Smlouvu o prodeji cenných papírů máme upravenou zvlášť v zákoně o cenných papírech č. 591/1992 Sb. ve znění pozdějších změn. Tato smlouva má obchodní režim a subsidiárně na ni lze aplikovat ustanovení o obchodní kupní smlouvě.

Cesse je dnes upravena v obecné části závazkového práva (v občanském zákoníku v § 524 – 530 OZ), zatímco smlouva kupní spadá do zvláštní části zabývající se jednotlivými smluvními typy. O kolísání mezi pojmy cesse a prodej svědčí níže uvedený příklad švýcarské kodifikace, která prodej podniku zařazuje také do rámce úpravy cesse.

Je možno shrnout, že mezi pojmy koupě, cesse a převod dochází v naší i zahraniční právní terminologii k určité pohyblivosti a běžné praktické nazírání na tyto operace se odlišuje od francouzského práva. Další závěr, který je možno učinit, ukazuje na zúžení předmětu prodeje kupní smlouvou u nás, k němuž došlo v totalitním období a jež bude nutno ve složitějších vztazích demokratického systému překonat, a to dokonce bez ohledu na to, jak široce definujeme pojem věci v právním smyslu.

5. KUPNÍ SMLOUVA S ÚČINKEM OBLIGAČNÍM A TRANSLAČNÍM

Bylo řečeno, že kupní smlouva je smlouva *konsensuální*. To je společná vlastnost tohoto smluvního typu v německém, rakouském i francouzském pojetí. S konsensualitou smlouvy, která ukazuje jenom způsob jejího vzniku (vzniká setkáním souladných vůlí stran, aniž je k tomu zapotřebí reálného předání prodávané věci), nesmí být směřována otázka jejího případného *translačního* (věcněprávního) účinku.

Na rozdíl od německého a rakouského práva, které podrželo rozlišování mezi titulem a *modem adquirendi* a s uzavřením kupní smlouvy nespojuje

translační účinek, francouzské právo v tomto směru má koncepci jinou a uzavření smlouvy kupní samo o sobě vede k převodu vlastnického práva, jak to zřetelně ukazuje i výše uvedená citace Code civil. Znamená to, že podle našeho práva uzavření kupní smlouvy zakládá nejen závazek zaplatit a dodat věc, ale také závazek *převést vlastnické, popř. jiné právo*. Naopak francouzská kupní smlouva *sama právo převádí* a uzavření smlouvy je jenom důvodem pro vznik povinnosti věc odevzdat a zaplatit. Tím má také francouzská kupní smlouva podstatně blíž k *cessi* než naše kupní smlouva. Uvedený rozdíl vede k tomu, že francouzský právník chápe německou kupní smlouvu jako cosi odlišného od francouzské koupě, protože německá kupní smlouva jenom zakládá závazek převést vlastnické právo. Tohoto právního následku je možno dosáhnout ve Francii jinými právními nástroji předcházejícími uzavření kupní smlouvy.

Přitom je však třeba vzít v úvahu, že francouzské právo nezná ani *pactum de contrahendo* v našem pojetí a rozlišuje jenom *promesse unilatérale de vente* a *promesse synallagmatique de vente* a dále tzv. *accord de principe*. Judikatura vyvozuje, že z dohody uvedené na posledním místě vyplývá závazek pokračovat v jednání o uzavření smlouvy a v případě, že k uzavření smlouvy nedojde, povinnost k náhradě škody. *Accord de principe* je tedy nejbližší naší smlouvě o budoucí smlouvě, není to však totéž.¹⁸⁾

Promesse unilatérale de vente je smlouvou jednostranně zavazující (asynallagmatickou). Oprávněná strana má právo ve stanovené lhůtě „*lever de l'option*“, tzn. jednostranným úkonem způsobit vznik smlouvy (stejný mechanismus je upraven v našem obchodním zákoníku v rámci smlouvy o koupi najaté věci – § 492 ObchZ).

Ustanovení § 14 ZCP úpravou smlouvy o koupi cenných papírů s právem opce také přináší tuto instituci do našeho právního řádu. Konstrukce je tu však poněkud odlišná, protože je považována za podmíněnou kupní smlouvu. Takové řešení jednak značně rozšiřuje pojem podmínky v právním úkonu, protože není závislostí na právní události (s tím se však setkáváme častěji, zejména ve vedlejších ujednáních v kupní smlouvě), jednak na rozdíl od běžného pojetí váže na využití opce jenom účinnost smlouvy již předtím platně uzavřené. Ne vždy se však rozlišuje tak ostře jako u nás platnost a účinnost smlouvy. Tím uvedený rozdíl ztrácí na výraznosti.

Promesse synallagmatique de vente je podle výslovného ustanovení čl. 1598 Code civil považován za kupní smlouvu. V obecné rovině se vzájemný slib uzavření smlouvy považuje za definitivní smlouvu uzavřenou s podmínkou.

Jestliže pravidlo o translačním účinku kupní smlouvy platí ve Francii obecně, neznamená to, že by neexistovaly výjimky a nuance. Ve francouzském právu se uznává, že věci určené podle druhu je třeba nejprve oddělit a individualizovat, teprve poté může přejít vlastnické právo. Naopak i v našem právu máme případy, kde kupní smlouva má translační účinek. Tak např. účinnosti

¹⁸⁾ Ghestin, J.: *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat: formation*, Paris, LGDJ, 1988, s. 268.

smlouvy o prodeji podniku přechází vlastnické právo k movitým věcem. Také při koupi najaté věci přechází vlastnické právo vznikem kupní smlouvy. Podle novelizovaného občanského zákoníku (§ 133 odst. 3 OZ) přechází účinností smlouvy vlastnické právo k nemovitosti, která není zapisována do katastru nemovitostí.

Zajímavý je *italský* občanský zákoník (z roku 1942), který koncipuje kupní smlouvu v čl. 1470 jako smlouvu „*jejímž předmětem je převod vlastnictví věci nebo převod jiného práva výměnou za peníze*“. Z odkazu na čl. 1376 vyplývá, že je smlouvou s věcněprávním účinkem, jenž je spojen se souhlasným projevem vůle stran.

Mimořádnou pozornost kupní smlouvě a přechodu vlastnictví věnuje *anglické právo*. Sale of Goods Act z roku 1983 definuje kupní smlouvu ve druhém oddíle tak, že je to smlouva, kterou „*prodávající převádí nebo souhlasí s převodem vlastnictví zboží na kupujícího za určitou peněžitou sumu zvanou cena*“. Kupní smlouva může být absolutní nebo podmíněná. Jestliže podle smlouvy přejde vlastnictví v budoucnu nebo na základě splnění podmínky, nazývá se smlouva *agreement to sell*. Agreement to sell se stane prodejem teprve uplynutím stanoveného času nebo splněním podmínky.¹⁹⁾ Vlastní kupní smlouva tedy má také translační účinek, stejně jako to bylo ukázáno ve francouzském právu, není jenom „smlouvou, ale také převodem“.

Rovněž Uniform Commercial Code *Spojených států amerických* v § 2 – 106 rozlišuje *Contract for Sale* představující prodej zboží a *Contract to sale* představující budoucí prodej. Zboží musí existovat a být identifikováno. Není-li, jedná se o budoucí zboží. K identifikaci však stačí určit množství druhově určených věcí. Vlastnictví se i podle amerického práva získává koupí a předmět vlastnictví je široký, zahrnuje i práva a dluhy (choses in action) a nehmotné statky jako ochranné známky, patenty a autorská práva.²⁰⁾

Již zmíněná koncepce *německá* je vyjádřena velmi jasně v § 433 BGB, podle kterého „*Na základě kupní smlouvy je prodávající povinen dodat věc kupujícímu a obstarat mu k ní vlastnictví. Proávající práva je povinen obstarat toto právo kupujícímu a pokud právo opravňuje k držení věci, dodat věc.*“ Také švýcarský obligáční kodex spojuje s kupní smlouvou jenom obligáční účinek. Vyplývá to z čl. 184 odst. 1, podle něž „*Prodej je smlouva, jíž se prodávající zavazuje dodat prodávanou věc kupujícímu a tím na něj převést vlastnictví za cenu, kterou se mu kupující zavazuje zaplatit.*“

V naší koncepci kupní smlouvy jako pouhého titulu převodu vlastnictví, který k nabytí vlastnictví nabyvatelem sám o sobě nestačí, je proto nutno přihlížet ke zvláštním ustanovením o *nabývání vlastnického práva*. Tak již OOO upravil nabytí vlastnictví tak, že „prostředně“ (odvozeně) může být získáno

¹⁹⁾ Goode, R.M.: Commercial law, Penguin Books, England, Middlesex, s. 153.

²⁰⁾ Rozlišuje se Real property (vlastnictví k nemovitostem) a Personal property (vlastnictví k ostatním předmětům) – srov. Anderson, R.- Fox, I. – Twomey, D.P.: Business Law, 1987, USA, s. 381.

na základě smlouvy, neboť podle § 423 OÖZ „Věci, které mají již vlastníka, nabývají se prostředně tím, že se právním způsobem převedou od vlastníka na jinou osobu“. Titulus nabytí byl vymezen v následujícím § 424 OÖZ: „Právní důvod prostředně nabytí zakládá se na smlouvě; na pořízení pro případ smrti; na soudcovském výroku nebo na nařízení zákona.“ O modu pak § 425 OÖZ stanoví, že „Pouhý právní důvod neskýtá ještě vlastnictví. Vlastnictví a všechna věcná práva vůbec mohou, vyjímajíc případy ustanovené v zákoně, býti nabývána jen právním odevzdáním a převzetím“. K převodu nemovitostí vyžadoval OÖZ v § 431 intabulaci, tedy zápis do veřejných knih. U nemovitostí nezapsaných ve veřejných knihách požadoval OÖZ uložení listiny u soudu.

Přestože občanský zákoník z roku 1950 (č. 141/1950 Sb.) byl pod vlivem OÖZ, znamenal ve zkoumané otázce významný a nesporně z teoretického hlediska zajímavý posun k translačnímu účinku smlouvy:

„Nabytí vlastnictví:

1. smlouvou;

§111

(1) Vlastnictví k věcem jednotlivě určeným převádí se už samou smlouvou, není-li umluveno jinak anebo nevyplývá-li nic jiného ze zvláštních předpisů.

(2) Jde-li o věci určené podle druhu, je k převodu vlastnictví třeba jejich odevzdání.

§112

Převod vlastnictví k věcem nemovitým, zapsaným v knize pozemkové nebo železniční, zapíše se do těchto knih.

§113

(1) O převodu vlastnictví k věcem nemovitým, nezapsaným v knize pozemkové nebo železniční, uloží se u soudu listina. Listina musí obsahovat označení nemovitosti, převodce a nabyvatele, právní důvod převodu a místo a čas smlouvy.“

Z § 111 vysvítá velmi zřetelně vliv francouzského pojetí. Tradice byla potřebná jenom jako nástroj individualizace předmětu plnění stejně, jako tomu je ve francouzském právu. Změna ohledně vlastnictví k nemovitostem však byla velikým krokem zpět.

V občanském zákoníku č. 40/1964 Sb. v původním znění jeho § 134 OZ můžeme pozorovat návrat k původní koncepci, byť ve velmi zjednodušené podobě:

„(1) Převádí-li se movitá věc na základě smlouvy, nabývá se vlastnictví převzetím věci, není-li právním předpisem stanoveno nebo účastníky dohodnuto jinak.

(2) Ke smlouvě o převodu nemovitosti je třeba její registrace státním notářstvím. Vlastnictví přechází registrací smlouvy.“

Opuštění smlouvy s translačním účinkem a návrat k německo-rakouské tradici tu jsou zřetelně patrné. Neúspěch úpravy přechodu vlastnictví k nemovitostem je také osvědčen změněnou úpravou. Současná podoba § 133 OZ

je blízká, pokud jde o movité věci; vlastnictví k nemovitostem nyní přechází vkladem do katastru, avšak doplněný třetí odstavec namísto uložení listiny ohledně nemovitosti neevidované v katastru nemovitostí zvolil opět translační účinek samotné smlouvy. Není pochyb o tom, že řešení týkající se této kategorie nemovitostí vyhovovat nebude.

Obchodní zákoník vychází ze základní koncepce občanského zákoníku, avšak nepostrádá vlastní úpravu v § 443 – 446 ObchZ. Dá se však říci, že ustanovení o nabytí vlastnického práva předpokládají nezbytnost nabyvacího modu, jak to konec konců jednoznačně vyplývá již z § 409 ObchZ formulujícího závazek prodávajícího „převést na něho vlastnické právo“. Tak jasnou formulaci nalezneme v § 588 OZ, podle něž kupní smlouvou vznikne prodávajícímu jenom povinnost „předmět koupě kupujícímu odevzdat...“. To je univerzální formulace platná pro obojí koncepci kupní smlouvy (obligační i translační), zákonodárce tedy v § 588 OZ nevyjadřuje jasně, které řešení zvolil. K odpovědi na tuto otázku je nezbytné zkoumat výše citovaný § 133 OZ.

6. OBCHODNÍ KUPNÍ SMLOUVA

Kupní smlouva je často upravována ve více variantách, ve více subtypech. Určité odlišnosti bývající stanoveny pro kupní smlouvu obchodní, pro adhezní smlouvy, pro smlouvy uzavírané se spotřebiteli, pro smlouvy o prodeji nemovitostí, pro prodej určitých předmětů (např. převod práv k ochranným známkám, prodej cenných papírů) a pro určité způsoby prodeje (splátkový prodej, prodej na zálohu apod.). Naše právo v tomto směru není výjimkou. Můžeme tedy zkoumat celý systém kupních smluv. Významným druhem kupní smlouvy je smlouva obchodní.

V různých právních řádech můžeme nalézt různé způsoby rozlišení mezi *obchodní a neobchodní smlouvou*. Konstatuje se, že tu nejde o rozlišení spočívající v typu smlouvy nebo v jejích subjektech, ale v *motiv* uzavření smlouvy. Francouzské i germánské právo shodně považují za obchod tzv. *spekulační koui*, tzn. koui, kterou uskutečňuje obchodník s úmyslem zboží dále zcizit – ať po úpravě nebo bez ní. Na tom nic podstatného nezměnila ani poněkud modifikovaná koncepce současného německého obchodního zákoníku (HGB 1897). Předmětem spekulační koupě mohou být movité věci i cenné papíry a podle modifikovaného francouzského obchodního zákoníku za určitých podmínek dokonce i nemovitosti.

Vedle spekulační koupě však oba zmíněné právní systémy považují za obchodní i koui uskutečňovanou obchodníkem v *souvislosti s provozem jeho podniku* (akcesorický obchod). I v tomto případě je tedy rozhodující motiv uzavření kupní smlouvy (nikoli pro osobní potřebu, ale pro podnikání). Ačkoli jde o různé druhy obchodů, z hlediska uzavíraného smluvního typu se pořád jedná o kupní smlouvu.

Kupní smlouva může být obchodem jenom pro *jednu smluvní stranu nebo pro*

obě. Tak smlouva, kterou uzavírá výrobce s obchodníkem, bude podle většiny právních úprav obchodem pro obě strany, i když pro každou z jiných důvodů; např. podle rakouského obchodního zákoníku (1863) pro výrobce nemůže jít o spekulativní koupi, mohlo by jít o převzetí dodávky nebo smlouvu o dílo přesahující meze řemesla nebo o akcesorický obchod; obchodník bude uzavírat spekulativní koupi jako absolutní obchod (řečeno naší komercialistickou terminologií z doby před rokem 1950). Smlouva o prodeji téhož výrobku obchodníkem spotřebiteli bude obchodní jenom pro obchodníka a smlouva, jíž převádí vlastnické právo spotřebitel na jiného spotřebitele, bude civilní (neobchodní) pro obě strany.

Jinou otázkou ovšem je, jaký je režim obchodní kupní smlouvy, jaké jsou odchylky od režimu obecného. První obchodní zákoník – *francouzský z roku 1807* – obsahoval jediný článek o koupi a prodeji, který upravoval jenom způsob prokázání existence kupní smlouvy (čl. 109). V zachovaném torzu této kodifikace je čl. 109 ve znění z roku 1980 nadepsán „O důkazu obchodních jednání“ a spočívá v jediné větě, podle níž je možno obchodní jednání prokázat všemi prostředky. Obchodní koupě tak vymizela z francouzského obchodního kodexu úplně a v současné době je nazývána obchodní koupí rozsáhlá úprava především ve spotřebitelském kodexu a v některých dalších zákonech (např. o veřejných dražbách apod.).

V *OOZ z roku 1811* byla obecná kupní smlouva upravena nikoli jako první ze smluvních typů, ale až za smlouvou darovací, schovací, o půjčce a výpůjčce, příkazní, směnnou. Trhové smlouvě byl věnován § 1053 – 1089. Prvé ustanovení říkalo výslovně, že k nabytí vlastnictví dochází až odevzdáním věci. Na kupní smlouvu byla aplikovatelná některá ustanovení o smlouvě směnné, tedy systém opačný, než jaký známe nyní, kde směnná smlouva podléhá ustanovením o smlouvě kupní. Také *OOZ* upravoval vedlejší ujednání v kupní smlouvě přibližně v té podobě, jak je známe dnes. Bylo upraveno právo zpětné koupě i zpětného prodeje, předkupní právo, koupě na zkoušku, koupě s výhradou lepšího kupce. Zajímavá je úprava tzv. příkazu k prodeji v § 1086, která se blíží komisionářské smlouvě. Prodávající totiž může věc předat jiné osobě za tím účelem, aby ji prodala a po určené době zaplatila prodávajícímu nebo neprodanou věc vrátila. Vlastnictví nepřechází na příkazníka, ten věc prodává vlastním jménem. V tomto vedlejší ujednání tedy můžeme vidět komisionářskou smlouvu v její civilistické podobě.

Obchodní zákoník rakouský z roku 1863 upravoval obchodní koupi v čl. 337 – 359. Tato ustanovení nemají povahu ucelené úpravy, ale týkají se jenom některých dílčích otázek – zejména vedlejších ujednání v kupní smlouvě, předání a převzetí zboží, nebezpečí škody na zboží, odpovědnosti za vady, prodlení. Legislativně technická úspornost této metody měla přednosti, jež náš zákonodárce nebyl v roce 1991 schopen docenit. Neracionální snaha o komplexní úpravu vyústila v četné duplicity a nesoulad mezi dvěma soukromoprávními kodexy. Možná dnes lépe vidíme, že systém na prvý pohled ne-

vzhledný, jaký převzalo naše předválečné právo, je účelný tím, že brání nejasnostem o vztahu obou kodexů.

Jednou z významných odlišností obchodní kupní smlouvy již ve smyslu *rakouského obchodního zákoníku* (1863) byla právě notifikační povinnost v případě vadného plnění. Již *K. Hermann-Otavský* píše, že „*Obvykle mluví se tu o „ohledací resp. oznamovací povinnosti“ kupitelově; není to však označení přesné, ježto nejde tu o smluvní závazek kupitelův, nýbrž pouze o podmínku zachování jeho práv ...*“²¹⁾ Oceňme pokorně jemnost právního rozlišení, kdy si autor uvědomuje, že v tomto případě nejde o povinnost v právním smyslu, ale jenom o předpoklad zachování práv. Pro toto vytýkání vad byla stanovena šestiměsíční prekluzivní lhůta. Termíny „vytýkání“ nebo „oznamování“ vad mají tedy u nás dlouhou tradici.

Německý HGB (1897) obsahuje ve třetí knize o obchodech druhý oddíl o obchodní koupi. Jedná se o pouhých deset ustanovení (§ 373 – § 382), i když poměrně obsáhlých. Paragraf 381 vztahuje výslovně ustanovení o obchodní koupi také na prodej cenných papírů. Je zajímavé, že některá z těchto ustanovení se vztahují jenom na smlouvy, které jsou obchodem *pro obě strany*. To platí o povinnosti provést prohlídku zboží, o fikci přijetí zboží, jestliže kupující vady neoznámí, o povinnosti uložit a opatrovat zboží v případě uplatnění práv z odpovědnosti za vady zboží, které bylo odesláno z jiného místa, a oprávnění prodat zboží, jemuž hrozí znehodnocení. Je to nový jev v obchodních kodifikacích, který rozlišuje režim koupě jako dvoustranného obchodu a režim jednostranného obchodu. Ve Francii se živelně dospělo k témuž výsledku, avšak zde to bylo v procesu dekodifikace – tedy přelitím právní úpravy mimo rámec obchodního zákoníku a v důsledku toho bez vazby na vymezení obchodů v obchodním zákoníku. Německo rozvinulo uvedenou úpravu naopak v rámci obchodní kodifikace. Snad můžeme vidět jistou myšlenkovou kontinuitu s koncepcí totalitního hospodářského zákoníku.

Švýcarská kodifikace (1911) musela řešit problém diferenciacie úpravy kupní smlouvy v jediném zákoníku. Vyřešila jej komercializací, takže ty rysy, které byly charakteristické pro obchodní koupi, se staly obecnými. Zvláštní ustanovení se týká distanční koupě, zvláštní ustanovení jsou věnována veřejné dražbě, prodeji nemovitostí, rozsáhlá úprava byla doplněna v podobě ustanovení o prodeji na splátky a o prodeji na zálohu. Ustanovení o prodeji podniku nalezneme v úpravě *cesse* (čl. 181).

Na našem území byl vystřídán *OOZ občanským zákoníkem z roku 1950*, jehož systém byl odlišný, protože kupní smlouva se tu přesunula na první místo před ostatní smluvní typy, a to společně se směnnou smlouvou, jíž byl věnován jediný paragraf odkazující pouze přiměřeně na úpravu kupní smlouvy. Kupní smlouva byla regulována v ustanoveních § 366 – 381. Současná úprava v novelizovaném občanském zákoníku z roku 1964 převzala ustanovení kodexu z roku 1950 a jen nepříliš významně je upravila.

²¹⁾ Hermann-Otavský, K.: *O obchodech podle čtvrté knihy všeobecného zákona obchodního*, Praha, Všehrd, 1928, s. 82.

Občanský zákoník z roku 1964 v původní podobě dovedl redukci úpravy kupní smlouvy ad absurdum. Kupní smlouvou se zabývaly jenom § 399 – 405, z nichž však § 400 – 405 upravoval odpovědnost za vady, takže jenom obecné vymezení kupní smlouvy v § 399 připomínalo dřívější kodifikace. Prvý odstavec § 399 byl doslova shodný se současným § 588 OZ s tím, že termín „věc“ je nyní nahrazen termínem „předmět koupě“. Terminologickou změnu by bylo možno vykládat ve prospěch rozšíření kupní smlouvy i na předměty, které nejsou věci v právním smyslu v onom již zmíněném úzkém pojetí. Pro praxi by mohl být takový posun užitečný.

V druhém odstavci obsahoval § 399 OZ ustanovení o ceně. Dohodnutá cena nesměla přesáhnout cenu stanovenou podle cenových předpisů a nebylo-li možno ji takto určit, byla stanovena odhadem. I podle platného § 589 OZ musí být sjednána cena v souladu s právními předpisy. V opačném případě je smlouva relativně neplatná podle § 40a OZ. Je zřejmé, že podle současné úpravy je dohoda o ceně předmětu koupě nutná k uzavření kupní smlouvy.

Kromě této přestručné úpravy kupní smlouvy obsahoval občanský zákoník z roku 1964 v původním znění ještě úpravu služby – prodeje v obchodě, která dnes je zařazena do § 612 an. Tehdy to však byla ustanovení § 239 – 256 OZ. Hned prvé ustanovení obsahovalo v prvním odstavci obecnou kontraktační povinnost prodejní organizace. Tato norma, která by mohla být součástí práva na ochranu spotřebitele, již v textu občanského zákoníku obsažena není. Přes určitá doplnění např. ustanovení o samoobslužném prodeji a terminologické modifikace (namísto občan – kupující, namísto organizace – prodávající) je původ současné úpravy zřetelně patrný. Zejména byla zachována zákonná záruka jako zvláštní druh řešení odpovědnosti za vady.

Za úpravu kupní smlouvy ovšem musíme považovat také ustanovení *hospodářského zákoníku č. 109/1964 Sb.* Jednalo se především o smlouvu o dodávce výrobků (§ 165 – 268 HZ), která byla velmi důležitým smluvním typem podrobně upraveným a ve své podstatě nebyla ničím jiným než obchodní kupní smlouvou. Konec konců bylo výše ukázáno, že termín dodávka byl termínem mnohem starším než hospodářský zákoník.²²⁾ Hospodářské právo pojem dodávky rozšířilo také na práce. Charakteristické pro povahu ekonomiky v totalitním systému bylo, že dohoda o ceně nebyla podstatnou náležitostí smlouvy, pokud se cena netvořila dohodou, což byl výjimečný případ (§ 153 odst. 1 HZ), nebo pokud některá ze stran uvedení údaje o ceně neprohlásila za předpoklad uzavření smlouvy a tedy za podstatnou náležitost smlouvy (v pojetí hospodářského zákoníku). Bylo by sice možno namítnout, že ani dnes podle obchodního zákoníku není nutno dohodnout cenu jako předpoklad vzniku kupní smlouvy. Zákon však tyto případy značně omezuje a navíc obsahuje

²²⁾ K. Hermann-Otavský píše: „Pod pojem trhové smlouvy spadá již dle práva občanského i tzv. smlouva dodávací (Lieferungsvertrag) ve smyslu čl. 338 obch. zák....“ (tamtéž s. 73); zmíněný čl. 338 říkal: „Podle ustanovení o koupi jest posuzovati také obchodní jednání, je-liž předmětem jest dodání kvantity zastupitelných věcí za určitou cenu“.

dispozitivní úpravu umožňující určení kupní ceny na základě předpokládané vůle stran. Původ současné úpravy, jak bylo ukázáno, nemá nic společného s hospodářským zákoníkem. Jen ojediněle se do obchodního zákoníku promítly některé praktické zkušenosti z minulého období.

Do rámce úpravy kupní smlouvy v období totalitním je nutno započítat také prováděcí předpisy k hospodářskému zákoníku – tzv. *základní podmínky dodávek*, které byly vydávány v podobě vyhlášek pro určité druhy výrobků a prací. Všechny tyto úpravy zrušil obchodní zákoník k 1. 1. 1992.

Prvky tradiční úpravy kupní smlouvy zachoval v našem právním řádu v totalitním období *zákoník mezinárodního obchodu* č. 101/1963 Sb. Podle jeho kogentního § 276 „*Kupní smlouvou se prodávající zavazuje odevzdat kupujícímu zboží určené jednotlivě nebo alespoň co do množství a druhu a umožnit mu, aby k němu nabyl vlastnického práva, a kupující se zavazuje zaplatit kupní cenu.*“ Jedná se o čisté vyjádření kupní smlouvy s obligačními účinky v souladu s naší právní tradicí a o přímého předchůdce dnešního § 409 odst. 1 ObchZ. Rigidní vymezení spojené s definicí věcí v právním smyslu v nejužší jejich koncepci, kterou ZMO obsahoval, však bylo spoutáním kupní smlouvy do velmi nepohodlného korzetu. Jestliže to tak dalece nevadilo v zahraničním obchodu, jako obecnou úpravu nelze podobnou definici doporučit. Přestože právní praxe neaplikovala často cit. ustanovení, lze spatřovat v ZMO prvek kontinuity právní kultury. Drastičnost jejího přerušení teprve nyní můžeme docenit v celé šíři i hloubce.

Změny v roce 1990 a zejména v roce 1991 znamenaly v úpravě kupní smlouvy posun, jež můžeme ztěžít považovat za něco jiného než za deformovaný návrat ke stavu před rokem 1950, pokud jde o obecnou úpravu, a současně za převládnutí zahraničně obchodní koncepce v rámci obchodní úpravy.

Nejobecnější složkou systému úpravy kupní smlouvy je *občanský zákoník* (č. 40/1964 Sb., *ve znění pozdějších změn*), jež nyní upravuje obecně kupní smlouvu v § 588 – 610. Obsahuje však také zvláštní ustanovení o prodeji zboží v obchodě (§ 612 – 627 OZ), tedy kupní smlouvu spotřebitelskou. To je pozůstatek původní spotřebitelské koncepce občanského zákoníku z roku 1964, která by mohla být velmi zajímavá, kdyby k ní došlo v jiném právním, společenském a politickém kontextu.

Ustanovení o obchodní kupní smlouvě v § 409 an. ObchZ jsou prohlašována naší teorií i praxí velmi často za úpravu „*komplexní*“. Obchodní zákoník však upravuje svůj vztah k občanskému zákoníku v § 1 a žádný pojem „*komplexní*“ úpravy nezná. Jak vysvětlit, že se naše právní praxe, jindy tak pozitivisticky připoutaná k zákonnému textu, najednou vznesla k zavedení pojmu stojícího zcela mimo zákonnou úpravu? Domnívám se, že jediným vysvětlením je setrvačnost ve vztahu k minulosti, návyk na práci s izolovanými kódexy, nechuť k obtížnější interpretaci vyplývající z nutnosti kombinace dvou odchylných úprav. Přesto a dokonce právě proto je nutno trvat na tom, že v případě, kde se ustanovení obchodního a občanského zákoníku navzájem

nevylučují, je možno aplikovat normu obsaženou v občanském zákoníku i na vztah ze kterékoli obchodní smlouvy. Nebezpečí rozpadu právního řádu na jednotlivé zákony chápané bez dostatečných vazeb na jiné úpravy je třeba vědomě překonávat – a o kodexech to samozřejmě platí dvojnásob.

Obchodní zákoník je na úseku kupní smlouvy inspirován podobně jako na dalších úsecích úpravy smluvního práva Vídeňskou úmluvou o smlouvách o mezinárodní koupi zboží z roku 1980 (vyhl. č. 160/1991 Sb.). Setkává se tedy v obchodním zákoníku vliv ZMO a této úmluvy. Nepovažuji za nepochybné, že tento vliv je jenom pozitivní. Je obecně známo, že unifikované mezinárodní úpravy jsou výsledkem četných kompromisů, které někdy vedou až k otevřeným rozporům uvnitř takové úpravy. Vnitrostátní právo tak nezíská z unifikované úpravy dosti čisté konstrukce. To platí ještě více, když si uvědomíme, že Vídeňská úmluva ovlivnila v menší míře i novelu občanského zákoníku.

Úprava kupní smlouvy v *obchodním zákoníku* je aplikovatelná na základě § 261 ObchZ jenom na vztahy mezi dvěma podnikateli. Zakládá relativní obchodní závazkové vztahy. Strany se ovšem mohou podle § 262 ObchZ písemně dohodnout, že jejich vztah bude podléhat obchodnímu zákoníku, a v takovém případě nemusí být ani jeden z nich podnikatelem. Oproti evropským kodifikacím obchodního práva došlo u nás k velkému zúžení aplikovatelnosti obchodní kupní smlouvy, protože zmíněnou konstrukcí § 261 odst. 1 ObchZ vyloučil zákonodárce z obchodního režimu rozsáhlou skupinu tzv. jednostranných obchodů, tedy vztahů, které jsou obchodem jenom pro jednu ze smluvních stran. Hranice mezi obchodním a obecným občanským smluvním právem se tak zvláštním způsobem posunula.

Zvláštním druhem kupní smlouvy je smlouva o *prodeji podniku* (§ 476 an. ObchZ) a smlouva o *prodeji cenných papírů* upravená v zákoně o cenných papírech č. 591/1992 Sb. ve znění pozdějších změn a doplňků.

Udělat si jasný obraz o kvalitě a odůvodněnosti jednotlivých prvků platné úpravy kupní smlouvy je možno jenom na základě širšího pohledu, který nám umožní plastické zkoumání jednotlivých ustanovení. Teprve po hluboké a podrobné analýze můžeme být schopni současnou úpravu hodnotit a uvažovat o úpravě v budoucí kodifikaci. Takové ponoření také umožní správně ocenění předválečných stanovisek a navázání na ně.

GENERAL REFLECTIONS ON THE CONTRACT OF SALE AND THE COMMERCIAL CONTRACT OF SALE

Summary

The topic of this article is a general and comparative search into the European regulations of the contract of sale and the commercial contract of sale (also referred to as „sale of goods“) with special attention to the Czech legal regulation and its development.

Following a brief introduction (in its first part), the contract of sale is examined from the Roman law point of view in the second part of the article. In Roman law, the object of purchase could have been corporeal and noncorporeal things. The subject matter of the contract did not have to exist at the time of the purchase. If it was not certain that the subject matter would come into existence, the aleator contract could have been concluded. As to the price, it was sufficient to negotiate the method of its determination. As early as in the Justinian legislation, a fair price was required in the sale contract and a reduction of price to less than one half of the original price was known. This could make a demand for waiving the obligation justifiable. If a sales contract was to conceal another contract, there was no purchase. A sales contract did not have to entail a transfer of ownership. The mere handing over the thing and arranging for its peaceful possession was sufficient. The seller was, however, liable for the eviction of the thing. The Roman Law provisions are compared to the current Czech regulations in the Civil and Commercial Codes. None of these stipulate a condition for the seller to be the owner at the same time. Nevertheless if the ownership right has not been assigned, there is a legal fault. This corresponds to the provisions concerning the acquisitive prescriptions (s. 134 of the Civil Code) and provisions relating to the ownership title acquired by the buyer even if the seller was not the owner of the sold goods (s. 446 of the Commercial Code). A valid sale contract made by a person who is not the owner of the sold goods must, in certain cases, be admissible. This is enhanced by the consensual nature of the contract in our legal system. The transfer of ownership is a performance of an obligation previously established. If the thing is sold by someone who is not its owner, we cannot apply s. 39 of the Civil Code on invalidity of acts in law. Instead, provisions on legal faults in performance are to be applied.

In the following part of the article a contract with the specified subject matter is examined. It is necessary for the subject matter to be individualized. In some theories individualization is a part of the contract-making process; in this article it is considered as part of consideration.

The third part looks at the distinction between the so-called *schuld* and *haftung*. The debt itself was not accompanied by any sanction. The law of guarantee had to provide this sanction. A person, assets and a thing could all be guarantees. Unlike Roman law, medieval law took the sale contract for a real contract. The subject matter was very widely defined. On the basis of a reception of Roman law the debt merged with the guarantee, the sale contract became a consensual contract.

The fourth part of the article focuses on the subject matter of the purchase. Its wide conception has been preserved by European codes of law with the exception of the German Civil Code (BGB) which declared tangible things only to be the things in the legal sense of the word. Yet it defined the sale contract as one enabling the sale of both things and rights. After 1950, the definition of things has been narrowed down in our legal regulation while the subject matter of the purchase has not been extended.

The fifth part of the text is primarily concerned with the French conception of the sale contract as a contract with the „translation“ effect. According to Code Civil the ownership is transferred onto the acquirer at the moment of concluding the contract. In our legal system the transfer of ownership occurs only when the obligation is performed in the time agreed by the contract which had previously been concluded. The contract only has obligatory effect in our country. In this context, the issues of the so called title and *modus acquirendi* are examined. There is a close correlation between this aspect of forming a contract and the Czech conception of an agreement on a future contract (*pactum de contrahendo*) unknown in French law. Here *pactum de contrahendo* is substituted by an agreement on the option. Variants of agreements are examined in detail.

Options entered our legal system – as a quite new phenomenon – first of all through the Securities Act and also e.g. through the lease contract modified by the Czech Commercial Code. In the comparative observations English and Italian systems of law are considered, among other, by the article.

In its sixth part, the text deals with the commercial contract of sale (also referred to as „sale of goods“) which is observed from the comparative point of view. First of all the definition of the commercial purchase is examined. The specificity of our law is that it generally limits this type of

contract to agreements made by the two parties each of them being entrepreneurs. Classic commercial codes recognize unilateral business transactions. A commercial contract of sale may therefore be concluded by the parties only one of which is an entrepreneur and yet the contract does not lose its commercial character.

In the following part of the article the differences in the *modes* of commercial and other than commercial contracts of sale are examined. In French law this was connected especially with the question of evidence of the contract concluded. The Austrian Commercial Code set down the notification duty concerning the defaults of the object of performance as a significant distinguishing feature of the commercial contract of sale. The German Commercial Code makes difference between the unilateral and bilateral commercial contracts of sale. Bilateral commercial contracts include for example the obligation to inspect the goods, the assumption of the goods acceptance in case of failure to notify the defects, the obligation to store and exercise due care of the defective goods. France arrived at a similar distinction through decodification – by means of regulation by special acts. This article also looks at very diversified Swiss commercial regulations included in the „obligation“ code. Further the article examines the development of the legal regulation of the commercial purchase on the Czech territory. The socialist era codifications are included, too. The outline is concluded with the current Commercial Code which has been influenced primarily by the Viennese convention on contracts of international purchase of goods of 1980 and the Code of International Trade of 1963. The impact of the Viennese convention is not considered by the author as solely positive. This type of documents involve numerous compromises which can hardly be taken for an ideal solution to the domestic legal regulation. The commercial contract of sale is diversified, too. Special regulations of the sale of an enterprise, securities sale, a lease – all these are diversifications within the commercial purchase.