

# Podstatná změna smlouvy jakožto privativní novace<sup>1</sup>

JAN BRODEC

KATEDRA OBCHODNÍHO PRÁVA PRÁVNICKÉ FAKULTY UNIVERZITY KARLOVY

VÁCLAV JANEČEK

DOKTORAND KATEDRY TEORIE PRÁVA A PRÁVNÍCH UČENÍ PRÁVNICKÉ FAKULTY UNIVERZITY KARLOVY

## *Material Amendment to a Contract as Privative Novation*

**Summary:** *The main interest of this article is a legal regime of a contract for works concluded before 1. 1. 2014 (the Contract). First of all, the authors deal with time applicability of the legislation effective upon 1. 1. 2014, i.e. of the Act no. 89/2012, the civil code (the CC) in relation to the Contract and they address the issue of retroactivity. The crucial question is thus if and how an amendment to the Contract (after 1. 1. 2014) affects its legal regime. The authors conclude that if the amendment to the Contract means privative novation, i.e. replacement of an original obligation with a new one, the Contract will be newly governed by the CC. As an example of privative novation may serve a substantial modification to the public Contract concluded under the Act no. 137/2006. Based on the interpretation compliant with EU law, the authors come to a conclusion that the substantial modification to the public Contract demonstrates the will of the parties to renegotiate the Contract resulting in privative novation under Section 1902 of the CC. Furthermore, regarding Rome I the authors argue that an international Contract may, after its privative novation takes place, be governed by a different legal system than the parties originally intended. The aim of this article is thus also to provide a viable solution for the unintended and undesirable consequences of the privative novation.*

**Key words:** *public procurement, substantial modification, novation, indirect effect, Rome I*

Představme si zcela běžný případ – smlouvu o dílo, jejímž předmětem je zhotovení stavebních prací, uzavřenou před 1. lednem 2014, tedy za účinnosti dosavadních právních předpisů – zejména zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (ObchZ) a zák. č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (OZ), k jejímuž plnění však dochází až letos, tj. po nabytí účinnosti zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (NOZ). Z praktického hlediska je stěžejní, zda se budou nároky smluvních stran řídit dosavadními právními předpisy či novým NOZ. Zdánlivě jednoduchou odpověď, kterou najdeme v přechodném ustanovení § 3028 odst. 3 NOZ,<sup>2</sup> zde komplikuje v praxi dosti obvyklé dodatkování smluv.

V souvislosti s uzavíráním dodatků ke smlouvě o dílo, jež byla uzavřena před 1. lednem 2014 – nazýváme ji jako „Dosavadní SoD“ – se v praxi i v odborné literatuře objevuje celá řada sporných otázek, které jsou s přechodem k nové soukromoprávní úpravě spojeny. Ujednání, formálně označené jako dodatek, lze totiž ve vztahu k Dosavadní SoD závazkově kvalifikovat různými způsoby (se zásadně odlišnými právními důsledky) – může jít např. o kumula-

tivní nebo privativní novaci či o zcela samostatnou smlouvu. Je tedy otázkou, zda, za jakých podmínek a v jakém rozsahu se na práva a povinnosti dle takto dodatkované Dosavadní SoD uplatní dosavadní (již neplatné) právní předpisy. Dále je sporné, zda a za jakých podmínek se budou práva a povinnosti dle smluvních dodatků uzavřených po 1. lednu 2014 řídit týmiž předpisy jako Dosavadní SoD.

Cílem tohoto příspěvku je zodpovědět výše položené otázky, a to nejen z hlediska práva civilního, ale také pohledem práva veřejných zakázek a mezinárodního práva soukromého. Domníváme se, že právě v oblasti veřejných zakázek lze s větší naléhavostí a argumentační přesvědčivostí ukázat (spíše nežádoucí) právní závěry, k nimž vede důsledná interpretace tuzemské i evropské právní regulace. V případech

<sup>1</sup> Tato stať byla vypracována v rámci programu rozvoje vědních oborů Univerzity Karlovy v Praze – PRVOUK č. P04: Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu, a PRVOUK č. P05: Soukromé právo XXI. století.

<sup>2</sup> § 3028 odst. 2 NOZ: „Není-li dále stanoveno jinak, řídí se jiné právní poměry vzniklé přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona [...] dosavadními právními předpisy [...]“

smluv s mezinárodním prvkem se pak nabízí otázka, zda a za jakých podmínek může dodatkování Dosavadní SoD ovlivnit volbu rozhodného práva. Závěrem tohoto článku se pokusíme ukázat, jak mohou smluvní strany řadě obtížích spojených se změnou Dosavadní SoD předejít.

### **Dosavadní SoD z hlediska § 3028 odst. 3 NOZ (zásada neretroaktivity)**

Smlouva představuje základní zdroj práv a povinností kontrahentů. Právní poměr založený smlouvou se ovšem neřídí jen ujednáními smlouvy, ale ve zbylém rozsahu (či v rozsahu donucujících ustanovení zákona, která ve své podstatě představují veřejnoprávní zásah do jinak téměř neomezené smluvní svobody stran) také subsidiárně použitelnými ustanoveními zákona. Pomineme-li proto další normativní prameny jako obchodní zvyklosti či zavedenou praxi stran, lze si zjednodušeně představit, že se právní poměr mezi smluvními stranami řídí (a) zákonem v rozsahu přednostně použitelných kogentních ustanovení právního řádu, od nichž se strany nemohly platně odchýlit, (b) smlouvou a (c) zákonem v rozsahu subsidiárně použitelných ustanovení, tj. uplatnitelnými dispozitivními ustanoveními zákona v rozsahu, v němž nebyla tato ustanovení odchýlným ujednáním stran nahrazena.

Ustanovení zákona se ovšem během trvání právního poměru často mění, což vyvolává otázku, kterým časovým zněním změněných právních předpisů se bude řídit Dosavadní SoD. Problematika časové působnosti právních předpisů má zásadní význam, neboť aplikace různých časových znění použitelných ustanovení právních předpisů může snadno zasáhnout do již nabytých práv smluvních stran a narušit tak např. smluvní rovnováhu.<sup>3</sup>

Obecně lze rozlišit tři základní módy časového působení nové právní úpravy. (1) pravá retroaktivita – obsah i podmínky platnosti vzniku právního poměru se řídí novým právem, (2) nepravá retroaktivita – obsah právního poměru se řídí novým právem, podmínky platnosti jeho vzniku se řídí dosavadními předpisy a (3) neteroaktivita – obsah i podmínky platnosti vzniku právního poměru se řídí dosavadními předpisy.

První mód časového působení práva – pravá retroaktivita – se v hmotném právu uplatní pouze výjimečně, pokud to zákon výslovně stanoví.<sup>4</sup> Ve vztahu k Dosavadní SoD lze shrnout, že zákonodárce výslovně v NOZ pravou retroaktivitu nestanovil, proto se dle NOZ nebudou nikdy posuzovat podmínky platnosti vzniku samotné Dosavadní SoD. Naproti tomu nepra-

vá retroaktivita je v soukromém právu obecně přípustná a dle § 3028 odst. 1 a odst. 2 NOZ představuje hlavní zásadu časové působnosti soukromého práva.<sup>5</sup> Důvodem je potřeba zajistit plynulý přechod od staré právní úpravy k nové. Výjimky z principu nepravé retroaktivity by měl zákonodárce opět explicitně vyslovit v zákoně.

Doslovné znění přechodných ustanovení NOZ v této otázce naštěstí neponechává příliš pochybností, když právě pro smluvní závazkové vztahy stanoví v § 3028 odst. 3 NOZ explicitní výjimku z nepravé retroaktivity, a to ve prospěch neretroaktivity. Dokud se dosavadní závazkové právní poměry nevyčerpají, posuzují se jejich obsah i podmínky jejich vzniku zcela dle dosavadních právních předpisů. Primárně se proto obsah i podmínky platnosti vzniku Dosavadní SoD budou v souladu s pravidlem neretroaktivity vyjádřeným v § 3028 odst. 3 NOZ řídit dosavadními předpisy.

Celkově lze uzavřít, že by se právní poměr (závazkový právní vztah), resp. jednotlivá práva a povinnosti smluvních stran, měl měnit v rozsahu přednostně či subsidiárně použitelných ustanovení zákona bez vůle stran jen v případech, kdy tak výslovně stanoví právní předpis, tj. zpravidla přechodná ustanovení právního předpisu. Přechodná ustanovení (nejen) soukromoprávních předpisů jsou totiž součástí veřejného pořádku, a tudíž mají přednost před vůlí stran. Nestanoví-li ovšem přechodná ustanovení zákona nic o časové působnosti určitého ustanovení novely či nového zákona, měl by se právní poměr v tomto ohledu řídit původní vůlí smluvních stran. Tu však často nelze ze samotné smlouvy rozpoznat či zcela chybí. Běžně se vyskytující smluvní ujednání jako: „Nestanoví-li tato smlouva jinak, řídí se práva a povinnosti smluvních stran právními předpisy České republiky.“ nám totiž neříká nic ohledně časového znění takto použitelných právních

<sup>3</sup> K tomu aktuálně viz např. BERAN, K. Normy občanského práva. In: DVORÁK, J. – ŠVESTKA, J. – ZUKLÍNOVÁ, M. a kol. *Občanské právo hmotné. Svazek 1. Díl první: Obecná část*, Wolters Kluwer ČR, Praha 2013, str. 140–142.

<sup>4</sup> Viz nálezy Ústavního soudu ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. II. ÚS 303/95; a ze dne 6. 2. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 38/06 (23/2007 USn.).

<sup>5</sup> Nepravá retroaktivita je podle nálezu Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2011, ve věci sp. zn. Pl. ÚS 53/10 (N 75/61 SbNU 137; 119/2011 Sb.) v souladu se zásadou ochrany důvěry v právo tehdy, pokud je vhodná a potřebná k dosažení zákonem sledovaného cíle a pokud je při celkovém poměrování „zklamané“ důvěry a významu a naléhavosti důvodů právní změny zachována hranice únosnosti. Viz též rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 15. 5. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 17/11 (102/2012 USn.); rozhodnutí SDEU ze dne 4. 7. 1973, *Westzucker GmbH v Einfuhr – und Vorratsstelle für Zucker, C-1/73*; rozhodnutí SDEU ze dne 15. 6. 1976, *Comptoir national technique agricole (CNTA) SA v Commission of the European Communities, C-74/74*; rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 19. 12. 1961 sp. zn. 2 BvR 1/60; BVerfGE 13, 274, 278; či rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 7. 7. 2010 sp. zn. 2 BvL 14/02, bod 58.

předpisů. Takové ujednání lze spíše interpretovat jako určení rozhodného práva v případech, že se jedná o vztah s mezinárodním prvkem. Je tedy otázkou, zda smluvní strany vůbec mívají dostatečně určitou vůli ohledně časové působnosti právních předpisů.

Absence přechodných zákonných ustanovení, či mezera v jejich věcné působnosti, která by ovšem měla být jen výjimečná, dle našeho názoru v takovém případě vede spíše k nutnosti aplikace přednostně či subsidiárně použitelných ustanovení právních předpisů ve znění účinném v době uzavření smlouvy. Krátkodobost (závazkového) právního poměru a s ním související víra v nabytá práva totiž zpravidla silně převáží i nad (jinak přípustnou) nepravou retroaktivitou. Opačný výklad by narušoval právní jistotu a podlamoval důvěru občanů v právo.

### Trvání právního poměru

Lze vyslovit obecný závěr, že dokud právní poměr (platně) trvá, řídí se tento poměr, resp. posouzení platnosti jeho vzniku a obsah jednotlivých závazků z tohoto právního poměru vzniklých, použitelnými právními předpisy účinnými v době jeho vzniku. Nebude tomu tak zásadně jen v případě, stanoví-li to přechodná ustanovení nových právních předpisů. Opačně platí, že přestane-li právní poměr trvat (zanikne) a na jeho místo nastoupí poměr nový, uplatní se na něj ustanovení právních předpisů účinných v době jeho vzniku. V čem ale spočívá trvalost právního poměru? Trvá právní poměr založený smlouvou i po tom, co byl mnohokrát změněn dodatkem ke smlouvě? Odpovědi na tyto a podobné otázky je třeba hledat nejen v pozitivním právu, ale též v obecné právní teorii.

Zrušení dosavadního závazku (resp. právního poměru) dohodou stran a jeho nahrazení závazkem (právním poměrem) novým se v obecné teorii soukromého práva nazývá novací, tj. dohodou o změně obsahu závazku.<sup>6</sup> Novace se tedy váže na právní skutečnost, a to dohodu stran. Rozlišujeme tzv. novaci privativní a kumulativní.<sup>7</sup> Privativní novace znamená nahrazení původního závazku závazkem novým; novace kumulativní pak přistoupení závazku nového k závazku původnímu.<sup>8</sup> Zatímco privativní novace pojmově zahrnuje též zrušení původního závazku (na jeho místo nastupuje závazek nový), u kumulativní novace se původní závazek neruší. Právní poměr tedy může být zrušen cestou privativní novace.

Privativní novace má přitom obecně za následek také změnu obsahu závazku v rozsahu přednostně či podpůrně použitelných ustanove-

vení právních předpisů. Zrušením původního právního poměru přestanou být strany vázány nejen původní smlouvou, ale též příslušnými ustanoveními zákona účinnými v době uzavření původní smlouvy. Nahrazením původního právního poměru se totiž zakládá právní poměr nanovo, čímž se nanovo ať už také přednostně či subsidiárně použitelná ustanovení právních předpisů, ovšem již ve znění účinném v době založení nového právního poměru. Privativní novace Dosavadní SoD má za následek její nahrazení smlouvou o dílo, jež se řídí plně režimem NOZ – nazýváme ji „Nová SoD“.

V českém právu lze privativní novaci spojit (1) se změnou právního důvodu, (2) se změnou kauzy a (3) se změnou obsahu smlouvy. Otázka změny právního důvodu zpravidla nečiní větších obtíží. Je totiž zřejmé, že nahrazení právního titulu pro totéž plnění předpokládá zrušení titulu původního. Dle teorie civilního práva dochází k privativní novaci rovněž tam, kde je změna závazku spojena s novou kauzou.<sup>9</sup> Na obecné rovině závazkového práva NOZ výslovně potvrzuje, a v jistém smyslu i rozšiřuje, tzv. kauzální teorii. Dle kauzální teorie je nutnou podmínkou vzniku závazku v právním slova smyslu existence kauzy (neboli hospodářského důvodu) tohoto závazku. Vznik závazku bez takového důvodu není vůbec možný.<sup>10</sup> Uvedenou teorii doplňuje § 1722 NOZ, jenž činí předpokladem vzniku závazku též zájem věřitele (právem aprobevaný). Nebude-li mít proto smlouva kauzu, nebude se na ni pohlížet jako na závazek.

Třetím případem privativní novace je změna v obsahu závazku. Podle předválečné české právní teorie i podle současného rakouského práva (§ 1376 ABGB) dochází k novaci, mění-li se právní důvod nebo hlavní předmět pohledávky.<sup>11</sup> Stejně tak chápe privativní novaci hlavní autor textu NOZ, Karel Eliáš, podle něž dochází při novaci ke změně právního důvodu

<sup>6</sup> Samotný pojem novace pochází z latiny (z římského práva) a vychází z označení něčeho nového (*aliquid novi*) v závazku – odtud novace (*novatio*). Viz např. BARTOŠEK, M. *Encyklopedie římského práva*. Academia, Praha 1994, str. 194; či AMES, J. B. *Novation*. In: *Harvard Law Review*, 1892, vol. 6(4), str. 184 a násl.

<sup>7</sup> Viz např. též RABAN, P. et al. *Občanské právo hmotné. Relativní majetková práva*. Brno: Václav Klemm, Brno 2013, str. 63; VLÁDA ČR. *Důvodová zpráva k vládnímu návrhu občanského zákoníku*. Vláda ČR, Praha, 2012, str. 459.

<sup>8</sup> K rozlišování mezi změnou a zánikem závazku viz např. KNAPP, V. *Spínění závazku a jiné způsoby jejich zániku*. ČSAV, Praha 1955, str. 12.

<sup>9</sup> Viz např. HANDLAR, J. *Nový občanský zákoník – nenaplněná východiska*. In: *Právní rozhledy*, roč. 18(23), 2010, str. 844 a násl.

<sup>10</sup> Viz též § 1791 odst. 1 NOZ, podle něž vzniku a trvání závazku nebrání, není-li vyjádřen důvod, na jehož základě má dlužník povinnost plnit; věřitel je však povinen prokázat důvod závazku.

<sup>11</sup> Srov. § 1375 a násl. Obecného zákoníku občanského č. 946/1811 ř. z.



plnění nebo ke změně hlavního předmětu plnění.<sup>12</sup> Ustanovení § 1902 NOZ výslovně říká: „Dohodou o změně obsahu závazku se dosavadní závazek ruší a nahrazuje se novým závazkem. Může-li však dosavadní závazek vedle nového závazku obstát, má se za to, že nebyl zrušen.“

Zdá se, že české právo považuje téměř jakoukoliv změnu v obsahu závazku (tj. nikoliv jen změnu hlavního předmětu, jak uvádí Eliáš) za privativní novaci, která závazek *ex lege* zruší a nahradí jej závazkem novým. Dané ustanovení NOZ *de iure* umožňuje pouze dvě formy změny obsahu závazku, a to privativní a kumulativní novaci, přičemž privativní novace představuje formu základní. Handlar takové znění textu zákona považuje za návrat k „nejprimitivnějším formám římského práva, které také dohodu o změně obsahu závazku neznalo a obsahové změny závazků řešilo skrze novaci.“<sup>13</sup> Nemohly-li by strany změnit obsah svého závazku jinak než formou novace (tj. zrušením původního závazku vč. všech důsledků z toho plynoucích), potíral by tím český zákon základní principy smluvní volnosti. Zásada smluvní volnosti totiž spočívá nejen v možnosti smluvních stran svá práva a povinnosti smlouvou založit, ale také je změnit. Ustanovení § 1902 NOZ je tedy nutné interpretovat jako ustanovení dispozitivní,<sup>14</sup> jehož působnost mohou smluvní strany vyloučit,<sup>15</sup> a tím projevit svou vůli původní závazek nezrušit.

Za pozornost v této souvislosti stojí přinejmenším také to, že není příliš jasný vztah mezi § 1901, podle nějž je stranám „na vůli ujednat si změnu svých práv a povinností“, a § 1902 NOZ. V odborné literatuře lze rozlišit v zásadě tři přístupy, a to že (1) tato ustanovení regulují (a) změnu marginální, (b) privativní novaci a (c) kumulativní novaci; nebo (2) regulují (a) pouze privativní a (b) kumulativní novaci, přičemž § 1901 NOZ má toliko proklamativní význam – k této variantě se kloní i autoři tohoto textu; nebo (3) regulují pouze (a) privativní novaci a (b) v pochybnostech stanoví, co privativní novaci není.<sup>16</sup> Takováto doktrinální nejednotnost je ovšem poněkud nešťastná, neboť každý ze zmíněných přístupů má naprosto odlišné právní důsledky. Příčinou tohoto stavu je patrně i to, že text NOZ nepřijímá dosavadní chápání privativní novace jako dohody o zrušení závazku, ale vymezuje jí primárně jako dohodu o změně obsahu závazku.

## Změna obsahu smlouvy po 1. lednu 2014

### Vliv dodatku k Dosavadní SoD na její právní režim

Novací provedenou po 1. lednu 2014 dochází k založení nového právního poměru, a to již za účinnosti NOZ. Ve vztahu k Dosavadní SoD je tak nezbytné určit, nakolik tvoří právní jednání učiněné po 1. lednu 2014 (formálně označené jako smluvní dodatek) s původním právním úkonem (Dosavadní SoD) ucelený „jiný právní poměr“ ve smyslu § 3028 odst. 3 NOZ. Souvislost dodatku s původním právním poměrem (Dosavadní SoD) je možno dovodit z celé řady okolností, mezi nimiž by měla hrát primární roli oddělitelnost, resp. neoddělitelnost předmětu dodatku od předmětu původní smlouvy. Jestliže bude plnění, které bude předmětem dodatku k Dosavadní SoD, od předmětu Dosavadní SoD oddělitelné, lze s ohledem na § 1902 větu druhou NOZ očekávat, že smluvní dodatek bude možné považovat za zcela samostatný a oddělitelný právní poměr od původní

<sup>12</sup> ELIÁŠ, K. Problematická ustanovení nového občanského zákoníku a jejich výklad. In: *Bulletin Advokacie*, č. 11/2013, str. 31.

<sup>13</sup> HANDLAR, J. Nový občanský zákoník – nenaplněná východiska. In: *Právní rozhledy*, roč. 18(23), 2010, str. 844 a násl.

<sup>14</sup> Domníváme se, že § 1902 NOZ má dispozitivní povahu a strany si tak mohou za současného vyloučení aplikace § 1902 NOZ ujednat změnu smlouvy, která nebude novací (privativní či kumulativní). Zároveň si lze ovšem představit argumentaci, podle které § 1902 NOZ nereguluje „práva a povinnosti“, nýbrž že jde o regulaci způsobu změny práva a povinností, a tudíž jím nemohou účastníci právního vztahu disponovat. Tím bychom dospěli k závěru, že § 1901 a § 1902 NOZ mají kogentní povahu – srov. ŠVESTKA, J. – DVORÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář*. (sv. I), Wolters Kluwer ČR, Praha 2014, str. 15.

<sup>15</sup> S tím se pojí otázka formy suspenzace tohoto ustanovení. NOZ totiž vyžaduje pro novaci písemnou formu, tzn., že by písemnou formu mělo mít i vyloučení ustanovení NOZ o novaci. Takový požadavek ovšem odporuje základním principům smluvního práva. Srov. např. čl. 2:106 PECL, čl. II.-4:105(1) DCFR. Viz též např. ČECH, P. Nad několika rekodifikačními nejasnostmi. In: *Obchodněprávní revue*, roč. 4 (11-12), 2012, str. 324 a násl.; HANDLAR, J. *Zánik závazků dohodou v občanském a obchodním právu*. C. H. Beck, Praha 2010, str. 100 a násl.; ELIÁŠ, K. Problematická ustanovení nového občanského zákoníku a jejich výklad. In: *Bulletin Advokacie*, č. 11/2013, str. 31.

<sup>16</sup> Blíže k variantě (1) viz např. ČECH, F. K novaci dle NOZ a jednomu (zdánlivému) rozporu. In: *OBCZAN.CZ – komunitní portál o rekodifikaci*. 2013. Dostupné z URL: <<https://www.obczan.cz/clanky/k-novaci-dle-noz-a-jednomu-zdanlive-mu-rozporu>> [přístup dne 18. 5. 2014]; k variantě (2) např. NOVOTNÝ, P. *Nový občanský zákoník: smluvní právo*. Vyd. 1., Praha 2014, str. 79; RABAN, P. et al. *Občanské právo hmotné. Relativní majetková práva*. Václav Klemm, Brno 2013, str. 63; VLÁDA ČR. *Důvodová zpráva k vládnímu návrhu občanského zákoníku*. Vláda ČR, Praha 2012, str. 458–459; HANDLAR, J. Nový občanský zákoník – nenaplněná východiska. In: *Právní rozhledy*, roč. 18(23), 2010, str. 844nn; k variantě (3) např. HŮRKA, P., BEZOUŠKA, P., ELIÁŠ, K., SCHMIED, Z., TRYLČ, L., & MORÁVEK, J. *Zákoník práce a související ustanovení nového občanského zákoníku s podrobným komentářem k 1. 1. 2014*. ANAG, Olomouc 2014, str. 691; ČECH, P. Nad několika rekodifikačními nejasnostmi. In: *Obchodněprávní revue*, roč. 4(11-12), 2012, str. 324 a násl.; a částečně též HANDLAR, J. Nový občanský zákoník – nenaplněná východiska. In: *Právní rozhledy*, roč. 18(23), 2010, str. 844 a násl.

SoD. V důsledku toho by se tak tento oddělitelný (nový) právní poměr vzniklý z dodatku plně řídil režimem NOZ a původní smlouva předpisy dosavadními.

Naopak pokud by byl předmět dodatku k Dosavadní SoD posouzen jako neodělitelný, pak je třeba s ohledem na možné důsledky uzavření příslušného dodatku určit též to, zda se jedná o změnu, která představuje privativní novaci či nikoliv. Představoval-li by totiž dodatek k Dosavadní SoD privativní novaci, pak se okamžikem uzavření dodatku z celé této smlouvy vč. jejích dodatků stane Nová SoD, která se zcela řídí režimem NOZ. Pokud by naopak nešlo o privativní novaci, řídila by se dle našeho názoru původní SoD i její dodatky režimem dosavadního OZ a ObchZ.<sup>17</sup>

### Jak poznáme novaci?

Pro posouzení obsahu dohody o změně závazku je nutné aplikovat obecná pravidla o výkladu právního jednání.<sup>18</sup> Primární tedy bude vyjádřená vůle stran. V praxi bývá ovšem rozlišení mezi změnou a zrušením závazku obtížné. Knapp v této souvislosti uvádí, že „[z] hlediska filosofického je [...] každá změna zároveň zánikem a naopak zánik je i změnou. Pro občanské právo by ovšem bylo chybné aplikovat tento filosofický poznatek tak, že by se setřely rozdíly mezi změnou a zánikem závazků.“<sup>19</sup> Mezi změnou a zánikem závazku je nezbytné rozlišovat, neboť obojí má zcela rozdílné právní účinky. Knapp v tomto ohledu považuje za určující objektivní kritéria (změna kauzy, titulu, hlavního předmětu), která nám mohou napovědět, zda strany měly při sjednávání dodatku vůli původní závazek zrušit, tj. učinit změnu natolik podstatnou, že již původní právní skutečnosti nechtějí dále přiznávat právní účinky. Podstatná změna smlouvy tudíž představuje vodítko, dle něž lze při absenci výslovného odchýlného ujednání stran usuzovat na vůli stran.<sup>20</sup> S přihlédnutím k dikci § 1902 NOZ můžeme tedy dovodit, že neujednají-li si strany výslovně jinak, potom podstatná změna smlouvy představuje její privativní novaci. Tyto obecné závěry, jak dále ukážeme, mohou být ovšem významně ovlivněny zvláštními právními předpisy.

### Speciální režim smluv v oblasti veřejných zakázek

Řekli jsme, že novace se váže na právní skutečnost – dohodu stran. To může znamenat dvojí. Jednak že privativní novace právního poměru je důsledkem vůle stran, a jednak že s dohodou stran spojují novaci kogentní normy, resp. veřej-

nopravní regulace práva soukromého.<sup>21</sup> Tam, kde převáží veřejný zájem na určité úpravě právních poměrů, dochází bez ohledu na vůli stran k zákonem předvídaným právním důsledkům. Tak tomu může být v případě již zmíněných přechodných ustanovení zákona, která často poměrně zásadním způsobem zasahují do již existujících právních poměrů; či v důsledku speciální úpravy soukromého práva v oblastech, kde hraje roli veřejný zájem – např. zadávání veřejných zakázek. Pravidla a principy, které se jinak plně uplatní v klasickém soukromém právu, jsou v oblasti práva veřejných zakázek značně modifikovány, neboť ZVZ (zákon č. 137/2006 Sb.) ve svém důsledku představuje sadu kogentních soukromoprávních norem.<sup>22</sup> V určitém smyslu lze říci, že ZVZ obsahuje celou řadu ustanovení, z nichž vyplývají obsahové a formální náležitosti smlouvy na veřejnou zakázku, od nichž se strany svým ujednáním nemohou (pod sankcí neplatnosti či jiným postihem) odchýlit.

Představme si tedy, že Dosavadní SoD je zároveň veřejnou zakázkou na stavební práce. ZVZ bude mít v takovém případě zcela zásadní vliv na formování a na interpretaci Dosavadní SoD, resp. jejích smluvních dodatků. Změna hlavního předmětu smlouvy, resp. podstatná změna smlouvy má, jak bylo výše uvedeno, indikativní povahu při posouzení toho, zda vůle stran směřovala k privativní novaci či nikoliv. Jinými slovy, nelze-li z dalších okolností soudit o opaku, svědčí podstatná změna smlouvy ve prospěch privativní novace. Jestliže tedy máme posoudit, zda vůbec a nakolik dochází dodatkováním Dosavadní SoD k její novaci, musíme nejdříve vymezit podstatnou změnu veřejné zakázky, tj. kritérium, podle něhož bychom se v případě nejasného projevu vůle řídili.

<sup>17</sup> Srov. ale názor Korbela, podle něž se novým právem řídí též každá kumulativní novace – KORBEL, F. Jak vykládat přechodná ustanovení. In: *Právní rádce*, roč. 22(5), 2014. Dostupné z URL: <<http://pravni.radce.ihned.cz/c1-62190230-jak-vykladat-prechodna-u-ustanoveni>> [přístup dne 15. 6. 2014]. Takový závěr je dle našeho názoru v rozporu se zásadou neretroaktivity vyjádřenou v § 3028 odst. 3 NOZ a s principem ochrany nabytých práv a zásadou legitimního očekávání.

<sup>18</sup> Čl. 5:101 odst. 1 PECL; § 555 a 556 NOZ; srov. též čl. 1156 francouzského Code Civil, čl. 1362 italského občanského zákoníku či § 133 německého BGB.

<sup>19</sup> KNAPP, V. *Splnění závazků a jiné způsoby jejich zániku*. Nakladatelství Československé akademie věd. Praha 1955, str. 13.

<sup>20</sup> HANDLAR, J. K problematice rozlišování dohod působících změnu a zánik závazku. In: *Právní rozhledy*, roč. 15(23), 2007, str. 841 a násl.; viz též § 555 a § 574 NOZ.

<sup>21</sup> Shodně DVORÁK, J. – ŠVESTKA, J. a kol. *Občanské právo hmotné – 2. díl*. (5. vyd.). Wolters Kluwer ČR, Praha 2009, str. 141. Viz dále též DVORÁK, D. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách*. Masarykova univerzita, Brno 2013, str. 38 a násl.

<sup>22</sup> Viz např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 15. 6. 2007, č. j. R047, 050/2007/02-11371/310-Hr. Shodně BOVIS, C. H. Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions. In: *Common Market Law Review*, vol. 49(1), 2012, str. 283. Srov. BERAN, K. Kdy je norma kogentní a kdy dispozitivní?. In: *Právní rozhledy*, roč. 17(19), 2009, str. 685 a násl.

Podstatná změna veřejné zakázky je v českém právu upravena v § 82 odst. 7 ZVZ, který implementuje sekundární právo EU, jak jej vyložil SDEU ve věci *Pressetext*.<sup>23</sup> Podle SDEU není obecně možné provést takovou změnu veřejné zakázky (zde Dosavadní SoD), která by prakticky představovala zadání nové zakázky či by měla vliv na výsledek zakázky původní. Jedná se o změny, které „mají podstatně odlišnou povahu než původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky.“<sup>24</sup>

### Závazkověprávní dosah eurokonformního výkladu

Je tedy podstatná změna ve smyslu ZVZ zároveň privativní novací původního právního poměru? Jestliže by byl k Dosavadní SoD (na veřejnou zakázku) platně uzavřen dodatek, který představuje podstatnou změnu této smlouvy,<sup>25</sup> pak by důsledně vzato vždy dle SDEU prokazoval vůli stran znovu sjednat základní podmínky Dosavadní SoD, a představoval by tak ve smyslu § 1902 NOZ privativní novaci. SDEU v tomto ohledu opakovaně potvrdil, že podstatná změna veřejné zakázky představuje vůli znovu sjednat základní podmínky původní smlouvy.<sup>26</sup> Lze ovšem vykládat ve světle judikatury SDEU (eurokonformně) i závazkověprávní aspekty podstatné změny? Z hlediska ZVZ se zdá být nerozhodné, jakou právní formou ke změně smlouvy dojde.

Nepřímý účinek práva EU se projevuje v povinnosti členských států a jejich soudů vykládat tuzemské právní předpisy v co největším souladu s právem EU (eurokonformní výklad či souladný výklad). Ve vztahu ke změně Dosavadní SoD je přitom rozhodné určit, zda eurokonformní výklad § 82 odst. 7 ZVZ, podle něhož by podstatná změna Dosavadní SoD představovala vůli stran znovu sjednat základní podmínky původní smlouvy, byl zároveň privativní novací Dosavadní SoD.<sup>27</sup>

Je tedy nezbytné vztáhnout nepřímý účinek práva EU i na oblast závazkových právních vztahů? Domníváme se, že ano, neboť nepřímý účinek se obecně vztahuje na celý vnitrostátní právní řád, nikoliv jen na implementační předpis. Navíc obojí (jak závazkové tak i zakázkové otázky) spadá do oblasti soukromého práva.<sup>28</sup> Opačný závěr by vedl k vnitřní rozpornosti práva veřejných zakázek, neboť bychom tutéž Dosavadní SoD interpretovali a posuzovali dvojím pohledem s odlišnými důsledky. Dosavadní SoD by mohla být například ze závazkového hlediska platně měněna ústně, avšak ze zakázkového hlediska jen písemně. Je zjevné, že tako-

výto dvojí režim je absurdní a argumentačně neprůchozí, neboť odpírá právu vnitřní logiku.<sup>29</sup> I v případě Dosavadní SoD se tak zjednodušeně řečeno stále jedná o soukromoprávní smlouvu, jen se specifickým kontraktačním režimem, který má zajistit transparentní, rovné a nediskriminační zadávání veřejných zakázek, jakož i efektivitu při nakládání s veřejnými prostředky.<sup>30</sup>

Vymezení povahu zadávání veřejných zakázek prismaticem rozdělení práva na soukromé a veřejné je nicméně obtížné. Veřejné zakázky se nacházejí na pomezí správního, soutěžního, smluvního, procesního či deliktčního práva.<sup>31</sup> Abychom ovšem mohli nalézt základní interpretační vodítka při aplikaci předpisů v oblasti

<sup>23</sup> Rozsudek SDEU ze dne 19. 6. 2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Austria*, Sb. rozh. s. I-4401.

<sup>24</sup> Tamtéž, body 34 až 37.

<sup>25</sup> Dodatek představující podstatnou změnu smlouvy bude platně sjednán tehdy, pokud mu bude předcházet příslušné zadávací řízení či pokud uplyne lhůta k jeho zneplatnění. Třebaže je totiž podstatná změna smlouvy na veřejnou bez zadávacího řízení obecně nepřípustná, lze si představit situaci, kdy bude uzavřen dodatek v rozporu se ZVZ (tj. se zákazem podstatné změny), avšak již uplyne lhůta k podání návrhu na zahájení řízení, které jediné může vést k jeho neplatnosti (§ 118 odst. 6 ZVZ).

<sup>26</sup> Rozhodnutí SDEU ze dne 13. 4. 2010 ve věci *Wall AG v. Frankfurt nad Mohanem*, C-91/08; rozhodnutí SDEU ze dne 29. 4. 2010 ve věci *Evropská komise v. Spolková republika Německo*, C-160/08; rozhodnutí SDEU ze dne 11. 7. 2013 ve věci *Evropská komise v. Nizozemské království*, C-576/10; rozhodnutí SDEU ze dne 4. 6. 2009 ve věci *Evropská komise v. Řecká republika*, C-250/07; rozhodnutí SDEU ze dne 22. 4. 2010 ve věci *Evropská komise v. Španělské království*, C-423/07; rozhodnutí SDEU ze dne 15. 10. 2009 ve věci *Acosef SpA v. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov Reg ATO Idrico Ragusa*, C-196/08. Z českých soudních rozhodnutí viz např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 12. 2010, sp. zn. 23 Cdo 4561/2008.

<sup>27</sup> Na tomto místě se sluší uvést, že § 82 odst. 7 ZVZ vymezuje podstatnou změnu toliko formálně (postačí naplnění formálních znaků kteréhokoliv ze čtyř zákonných případů podstatné změny dle § 82 odst. 7 ZVZ). I ve světle nepřímého účinku práva EU proto dle našeho názoru nelze dojít k materiálnímu chápání pojmu „podstatná změna“. Smyslem a účelem příslušné právní úpravy je totiž stanovit kritéria při zadávání veřejných zakázek a právo EU v tomto ohledu stanoví pouze minimální požadavky. Národní právo proto může být v souladu se smyslem a účelem zadávání veřejných zakázek přísnější. Rozhodli-li se tedy český zákonodárce pro formální a nikoliv materiální pojetí „podstatné změny“, nelze než jej akceptovat, a to navzdory negativním důsledkům z tohoto pojetí plynoucím. SDEU ve své judikatuře hovoří o „vůli sjednat znovu základní podmínky veřejné zakázky“ pouze u materiálně „podstatné změny“. Z toho lze dle našeho názoru argumentem *e rationis* dovodit, že smysl a účel vymezení podstatné změny jakožto vůle stran učinit novací původní veřejné zakázky, lze spatřovat jen u změny materiálně podstatné (tj. nikoliv u všech podstatných změn ve smyslu ZVZ). Naopak u toliko formálně „podstatné změny“ veřejné zakázky je smysl a účel práva EU zajištěn již realizací zadávacího řízení. Nelze tu proto dovodit, že by český zákonodárce sledoval účel směrnic (jak jí vyložil SDEU, totiž znovu sjednat základní podmínky smlouvy) i u změny toliko formálně podstatné. Z tohoto důvodu se zde dle našeho názoru uplatní tzv. teleologická redukce a normativně jinak široký pojem „podstatné změny“ jak je uveden v § 82 odst. 7 ZVZ se pro účely závazkového osudu veřejné zakázky zúží (redukuje).

<sup>28</sup> BOVIS, C. H. Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions. In: *Common Market Law Review*, vol. 49(1), 2012, str. 283.

<sup>29</sup> Srov. WEINRIB, E. J. *The Idea of Private Law*. OUP, Oxford 2012, str. 28–46.

<sup>30</sup> Shodně BOLTON, P. Overview of the Government Procurement System in South Africa. In: THAI, K. V. (ed.). *International Handbook of Public Procurement*. Taylor & Francis, Boca Raton 2009, str. 359.

<sup>31</sup> KRÜGER, K. Ban-on-Negotiations in Tender Procedures: Undermining the Best Value for Money. In: THAI, K. V. (ed.). *International Handbook of Public Procurement*. Taylor & Francis, Boca Raton 2009, str. 651.



veřejných zakázek, musíme nutně vycházet z určitého doktrinárního zakotvení tohoto právního odvětví.<sup>32</sup>

Argumentem, jenž lze uvést ve prospěch soukromoprávní povahy práva veřejných zakázek, je zejména judikatura SDEU,<sup>33</sup> která při rozlišování soukromého a veřejného práva upřednostňuje mocenskou (subordinační) a organickou teorii veřejného práva. Podle mocenské teorie lze mezi soukromým a veřejným právem rozlišit na základě vztahu nadřazenosti a podřízenosti subjektů. V případě, že jsou subjekty právního vztahu ve vzájemně nerovném postavení, jedná se o právo veřejné; v případě rovnosti subjektů pak jde o právo soukromé. Z hlediska teorie organické (teorie subjektů) se veřejné právo vyznačuje tím, že jedním ze subjektů právního vztahu je orgán veřejné moci, který na základě zákona a v jeho mezích rozhoduje o subjektivních právech a povinnostech dalších osob. Je tedy zřejmé, že z tohoto úhlu spadá oblast zadávání veřejných zakázek svým smluvním charakterem do oblasti práva soukromého. Všechny strany zadávacího řízení totiž svým jednáním působí a ovlivňují právní vztah, který mezi nimi vzniká. V rozsahu neupraveném ZVZ se navíc plně uplatňuje soukromoprávní princip smluvní volnosti.<sup>34</sup>

Dále lze ve prospěch soukromoprávní povahy práva veřejných zakázek uvést též aktuální způsob rozlišování mezi soukromým a veřejným právem preferovaný judikaturou Nejvyššího správního soudu či Nejvyššího soudu.<sup>35</sup> Přístup, který Nejvyšší správní soud používá, bývá někdy označován jako tzv. kritérium metody právní regulace. Metodou právní regulace se rozumí „specifický způsob právního regulování, vyjadřující povahu a míru působení jednotlivých účastníků právního vztahu na vznik a rozvíjení tohoto vztahu, resp. vyjadřující povahu a míru účasti subjektů právního vztahu na formování jeho obsahu.“<sup>36</sup> I z hlediska této metody je zadávání veřejných zakázek ovládáno spíše principem smluvní volnosti, tj. spadá do oblasti soukromého práva. Povaha a míra účasti smluvních stran na vzniku a rozvíjení vztahu s Dosavadní SoD a na formování jejího obsahu je v zásadě stejná.

Zadávání veřejných zakázek a předpisy v této oblasti lze tak označit za předpisy soukromého práva vydané ve veřejném zájmu. Neuplatní se zde základní principy práva veřejného – zásada zákonnosti (enumerativnost veřejnoprávních pretenzí),<sup>37</sup> ale naopak pravidlo smluvní volnosti (zásada legální licence), podle kterého každý může dělat vše, co není zákonem zakázáno.<sup>38</sup> Předpisy v oblasti veřejných zakázek pouze představují sadu kogentních soukromo-

právních pravidel,<sup>39</sup> tedy v podstatě určité limity autonomie vůle při kontraktačním procesu (a částečně též po jeho ukončení).

Z výše uvedených důvodů se proto domníváme, že v případě „podstatné změny“ Dosavadní SoD dojde v souladu s právem EU k opětovnému sjednání původní veřejné zakázky, tj. k její privativní novaci. Smlouva na veřejnou zakázku je zároveň vždy soukromoprávní smlouvou, jejíž závazkový režim se toliko modifikuje v otázkách upravených právem veřejných zakázek. Eurokonformní výklad „podstatné změny“ smlouvy se tudíž uplatní i pro změnu smlouvy z hlediska závazkového práva. Podstatná změna smlouvy coby objektivní kritérium se tak nestává jen prvotním vodítkem interpretace vůle stran, ale jeho určujícím prvkem.<sup>40</sup>

## Dopady z hlediska mezinárodního práva soukromého

Pokud se veřejný či sektorový zadavatel rozhodne uzavřít smlouvu na základě zadávacího řízení, je návrh takové smlouvy ve většině případů již součástí zadávací dokumentace. Tento návrh vítězný uchazeč přijme, aniž by měl možnost

<sup>32</sup> Jinak bychom postupovali zcela arbitrárně a v různých případech bychom, jak bylo již uvedeno, na základě stejných skutkových okolností došli k jiným právním závěrům, což je nepřijatelné nejen s ohledem na princip právní jistoty, ale také s ohledem na základní svobody EU, které by tím mohly být ohroženy. Nerovný materiální výklad a aplikace právní regulace v oblastech, kde se mají členské státy snažit o sblížení právních předpisů, totiž představuje zásadní překážku volnému trhu. V tomto ohledu nepostačuje pouze formální sblížení právních předpisů. Nejméně z tohoto důvodu bychom měli k veřejným zakázkám přistupovat koncepčně a jednotně napříč EU. Měli bychom jasně určit – byť třeba ne na stálo, že veřejné zakázky patří do určitého právního odvětví, resp. měli bychom vymezit jejich místo v systému práva.

<sup>33</sup> Viz např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 9. 2012, sp. zn. 33 Cdo 3793/2011; rozsudek SDEU (druhého senátu) ze dne 15. 2. 2007, *Eirini Lechouritou and others v. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, C-292/05; rozsudek SDEU ze dne 14. 10. 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG v. Eurocontrol*, C-29/76; rozsudek SDEU ze dne 16. 12. 1980, *Netherlands State v. Reinhold Rüffer*, C-814/79; rozsudek SDEU (pátého senátu) ze dne 14. 11. 2002, *Gemeente Steenbergen v. Lucu Batenovi*, C-271/00; rozsudek SDEU (pátého senátu) ze dne 15. 5. 2003, *Préservatrice foncière TIARD SA v. Staat der Nederlanden*, C-266/01; rozsudek SDEU ze dne 1. 10. 2002, *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, C-167/00; rozsudek SDEU ze dne 21. 4. 1993, *Volker Sonntag v. Waidmann*, C-172/91; rozsudek SDEU (pátého senátu) ze dne 5. 2. 2004, *Frahuil SA v. Assitalia SpA*, C-265/02.

<sup>34</sup> Srov. např. GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Aleš Čeněk, Plzeň 2013, str. 116–117; HENDRYCH, D. *Správní právo: obecná část*. C. H. Beck, Praha 2012, str. 24.

<sup>35</sup> Viz např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 4 As 47/2003-125 či rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. 5. 2004, sp. zn. 32 Odo 521/2003.

<sup>36</sup> Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 4 As 47/2003-125.

<sup>37</sup> Čl. 2 odst. 3 Ústavy či čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.

<sup>38</sup> Čl. 2 odst. 4 Ústavy či čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod.

<sup>39</sup> Podobně např. KNAPP, V. *Teorie práva*. C. H. Beck, Praha 1999, str. 54-55 či DVOŘÁK, D. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách*. Masarykova univerzita, Brno 2013, str. 34.

<sup>40</sup> Z hlediska vztahu dodatku k Dosavadní SoD se samozřejmě i zde uplatní hledisko (ne)oddělitelnosti obou právních skutečností. Bližší viz část 4(1) shora.

provádět ve smlouvě obsahové změny. V praxi je běžné, že návrh smlouvy obsahuje ustanovení o volbě rozhodného práva. Zvoleným právem je zpravidla právní řád státu sídla zadavatele. Důvodem pro volbu práva v návrhu smlouvy je právní jistota pro zadavatele, který se takovým postupem vyvaruje možnosti aplikace právního řádu členského státu, ve kterém se nachází sídlo vítězného uchazeče, jak bude vysvětleno níže. Tímto právním řádem by totiž zejména v případě nadlimitních veřejných zakázek (zadávací dokumentace publikovaná v Dodatku k Úřednímu věstníku Evropské unie)<sup>41</sup> mohl být právní řád kteréhokoliv členského státu Evropské unie.

Ke sjednání rozhodného práva ve smlouvě o plnění veřejné zakázky (smlouvy o dílo) dochází na základě čl. 3 nařízení Evropského Parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. 6. 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I). Zmíněný článek nařízení Řím I stranám umožňuje sjednat si rozhodné právo dle vlastní volby. Řím I je normativním aktem Evropské unie, který je obecně závazný a přímo použitelný na území všech členských států. České vnitrostátní kolizní normy se tudíž nepoužijí.<sup>42</sup>

Pokud byla Dosavadní SoD uzavřena jako smlouva s mezinárodním prvkem (ať již na základě zadávacího řízení dle ZVZ či mimo rámec pravidel ZVZ) a současně byl zvolen v souladu s čl. 3 Řím I jako rozhodné právo český právní řád, lze si představit vznik následující situace. Dojde-li ke sjednání dodatku k této Dosavadní SoD v období po 1. 1. 2014, budou se právní důsledky změny Dosavadní SoD (vč. možnosti zrušení původní smlouvy tímto dodatkem) posuzovat na základě čl. 12 odst. 1 písm. d) Řím I podle českého právního řádu. Tento článek stanoví, že se otázky případného zániku závazku posuzují podle stejného práva, kterým se řídí daný závazek (smlouva). Jak bylo ovšem vysvětleno výše, může vést uzavření dodatku k Dosavadní SoD v kontextu českého právního řádu k privativní novaci, a tudíž ke zrušení stávajícího závazku a jeho nahrazení závazkem novým – Novou SoD. V případě smluv s mezinárodním prvkem se pak bude i po privativní novaci jednat o soukromoprávní vztah, jehož rozhodné právo bude muset být určeno na základě Řím I. Pokud však smluvní strany při sjednávání dodatku k Dosavadní SoD nepočítaly s možnými novými důsledky svého právního jednání, pak zřejmě ani znovu nesjednaly rozhodné právo pro Novou SoD. To znamená, že rozhodné právo pro Novou SoD již nebude určeno na základě čl. 3 Řím I (volba práva), ale na základě čl. 4 Řím I, který se aplikuje právě v případech, kdy rozhodné právo pro smlouvu s mezinárodním prvkem nebylo zvoleno.

Čl. 4 nařízení Řím I stanoví základní způsoby určení rozhodného práva primárně pro jednotlivé smluvní typy (čl. 4 odst. 1) a subsidiárně<sup>43</sup> podle místa obvyklého bydliště (sídla) smluvní strany, která má poskytnout plnění charakteristické pro danou smlouvu (čl. 4 odst. 2). Mezi smluvní typy uvedené v čl. 4 patří mj. i smlouva o poskytování služeb.<sup>44</sup> Tato smlouva se dle nařízení Řím I řídí právem země, v níž má poskytovatel služby své obvyklé bydliště. Pojem „poskytování služeb“ má být dle čl. 17 Preambule Řím I vykládán stejně jako při použití čl. 5 odst. 1 písm. b) Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. 12. 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (Brusel I). „Poskytování služeb“ ve smyslu Brusel I a Řím I je v judikatuře SDEU definováno jako výkon určité činnosti stranou, která službu poskytuje, za úplatu.<sup>45</sup> Takovéto „služby“ tudíž představují jakýkoliv druh práce, který vykonává jedna osoba pro jinou osobu. Z ekonomického hlediska se nejedná o hotové produkty, nýbrž o činnosti, které jsou předmětem poptávky na trhu.<sup>46</sup> Poskytování služeb zahrnuje všechny smlouvy o poskytování služeb v oblasti právního poradenství, služby v oblasti nemovitostí (např. služby realitních kanceláří), stavebnictví včetně služeb architektů apod.<sup>47</sup> Provedení stavebních prací a zhotovení stavby jako předmětu plnění smlouvy o dílo (Nové SoD) lze, vzhledem k výše uvedenému pojetí „služeb“ jako výkonu činností za úplatu, oprávněně považovat za poskytování služeb ve smyslu Řím I.<sup>48</sup> V případě Nové SoD by proto rozhodným právem již nemusel být český právní řád, ale právo státu, v němž má zhotovitel obvyklé bydliště (sídlo).

<sup>41</sup> TED – internetová aplikace TED (*Tenders Electronic Daily*), dostupné z URL: <<http://ted.europa.eu>>.

<sup>42</sup> V České republice je od 1. 1. 2014 účinný zák. č. 91/2012 Sb. (ZMPS), který nahradil zák. č. 97/1963 Sb. Samotný ZMPS pak ve svém § 84 uvádí, že vnitrostátní kolizní normy pro závazkové vztahy se použijí v návaznosti na přímo použitelné předpisy Evropské unie a mezinárodní smlouvy, avšak pouze na otázky, které nespádají do rozsahu působnosti těchto předpisů a smluv, ledaže tyto předpisy a smlouvy připouštějí použití vnitrostátních kolizních norem. Blíže k aplikaci nařízení Řím I viz např. PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. C. H. Beck, Praha 2013, str. 159–163.

<sup>43</sup> Tj. v případě, že by smlouvu nebylo možné zařadit pod žádný ze smluvních typů dle čl. 4 odst. 1 Řím I či pokud by obsahovala prvky vícero smluvních typů dle čl. 4 odst. 1 Řím I.

<sup>44</sup> Čl. 4 odst. 1 písm. b) Řím I.

<sup>45</sup> Rozsudek SDEU ze dne 23. 4. 2009, *Falco Privatstiftung a Rabitsch*, C-533/07, bod 29. Shodně například i Rozhodnutí SDEU ze dne 14. 11. 2013, *Krejci Lager & Umschlagbetriebs GmbH v. Olbrich Transport und Logistik GmbH*, C-469/12, bod 26.

<sup>46</sup> MANKOWSKI, P. Article 5. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds.). *Brussels I Regulation*. München: Sellier. European Law Publishers, 2007, str. 131.

<sup>47</sup> MAGNUS, U. Article 4 Rome I. regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice. In: FERRARI, F. – LEIBL, S. (eds.). *Rome I regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*. München: Sellier European Law Publishers, 2009, str. 38.

<sup>48</sup> Podobně i VOSER, N. *Jurisdiction, governing law and impact of mandatory provisions in construction contracts*. 2012. Dostupné z URL: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=3d623d7-c181-4e14-b5f2-fae993425e85>> [přístup dne 22. 5. 2014].



Aplikací výše uvedených pravidel ovšem nelze zcela vyloučit případnou kolizní nespravedlnost.<sup>49</sup> Nařízení Řím I proto obsahuje tzv. únikovou doložku (čl. 4 odst. 3), podle níž v případě, že ze všech okolností vyplývá, že je smlouva „zjevně úžeji spojena s jinou zemí, než je země uvedená v odstavcích 1 a 2, použije se právo této jiné země.“ Úniková doložka dle Řím I by měla být využita spíše ojediněle a to především tehdy, pokud neexistuje prakticky žádná spojitost se zemí určenou dle čl. 4 odst. 1 a 2 Řím I, vyjma obvyklého bydliště zhotovitele. Podobně jako Řím I, i jeho předchůdce (Římská úmluva) obsahoval únikovou doložku. Proto lze na únikovou doložku uvedenou v Řím I použít, s potřebnou mírou uvážení všech rozdílů, judikaturu SDEU vykládající pojem únikové doložky dle Římské úmluvy.<sup>50</sup> SDEU stanovil, že čl. 4 odst. 5 Římské úmluvy (o únikové doložce) musí být vykládán v tom smyslu, že pokud z okolností jako celku jasně vyplývá, že daná smlouva souvisí úžeji s jinou zemí, než je země určená na základě jednoho z kritérií stanovených v uvedeném čl. 4 odst. 2 až 4 Římské úmluvy, přísluší soudu, aby nepoužil tato kritéria a použil právo země, se kterou uvedená smlouva souvisí úžeji, než se zemí určenou na základě kritérií stanovených v čl. 4 odst. 2 až 4 Římské úmluvy.<sup>51</sup>

U smlouvy o dílo přichází v úvahu užší souvislost s jinou zemí, než je země obvyklého bydliště poskytovatele služby (zhotovitele), zejména ve prospěch země místa plnění dané smlouvy. Pro určení, zda se jedná o onen výjimečný případ uplatnění únikové doložky, je klíčová definice pojmu „zjevně úžeji spojena“ z únikové doložky z Řím I. Přesná definice tohoto pojmu<sup>52</sup> nebyla doposud SDEU poskytnuta. Tribunal de Grande Instance de Poitiers v rozhodnutí ze dne 22. 12. 1999 ve věci *Mayer v. Deshouliere* použil jako rozhodné právo smlouvy o dílo francouzské právo, a to pro projekt prováděný ve Francii německým architektem. Italský Tribunale di Udine dne 2. 8. 2002 rozhodoval podle rakouského práva spor týkající se prací prováděných italskou společností v Rakousku.<sup>53</sup>

Lze tedy uvést, že pokud by zhotovitel dle Nové SoD měl obvyklé bydliště v jiném členském státě a Nová SoD by byla uzavřena a ujednána v České republice a také veškeré plnění na základě Nové SoD by bylo prováděno v České republice, pak by bylo možné aplikovat únikovou doložku a rozhodným právem by byl český právní řád. To proto, že Nová SoD souvisí s Českou republikou mnohem úžeji než se státem obvyklého bydliště zhotovitele, neboť na území České republiky probíhá veškeré plnění typické pro daný smluvní typ – smlouvu o dílo.

Situace by však byla komplikovanější v případech, že by část plnění dle Nové SoD probíhala i ve státě obvyklého bydliště zhotovitele. Lze si například představit, že by dílo bylo částečně zhotovováno v místě obvyklého bydliště zhotovitele nebo že součástí plnění by bylo vyhotovení projektové dokumentace, což by zhotovitel prováděl také v místě svého bydliště. V tomto případě by pak nemusel být dán prostor pro aplikaci únikové doložky a nová SoD by se řídila dle čl. 4 odst. 1 písm. b) Řím I právním řádem státu, v níž má zhotovitel obvyklé bydliště.

Na základě výše uvedeného lze tedy ohledně Dosavadní SoD s mezinárodním prvkem řídicí se českým právem, u které dojde v důsledku privativní novace k uzavření Nové SoD, vyslovit následující závěr. Pokud smluvní strany ve sjednaném dodatku k Dosavadní SoD, který povede k privativní novaci, znovu nesjednají rozhodné právo, bude rozhodný právní řád pro Novou SoD určen na základě čl. 4 Řím I. V případě, kdy bude smluvní plnění a smlouva jako taková souviset výhradně s územím České republiky, lze předpokládat, že i nadále se bude v důsledku únikové doložky aplikovat na Novou SoD český právní řád. Pokud však bude smlouva souviset i s územím jiného státu, zejména pak s územím státu obvyklého bydliště zhotovitele, bude pro Novou SoD rozhodným právem právní řád platný v místě zhotovitelova obvyklého bydliště. To může vést zejména v případě smluv uzavíraných na základě zadávacích řízení k nežádoucím důsledkům.

Jak bylo zmíněno, tuzemští zadavatelé předpokládají při vyhlašování veřejných zakázek, že se uzavřená smlouva bude řídit českým právním řádem. V důsledku popsané privativní novace v případě smlouvy s mezinárodním prvkem se ale může stát, že po uzavření dodatku k Dosavadní SoD se smluvní vztah přestane řídit českým právním řádem, což může mít pro zadavatele nepříznivé a neočekávané důsledky (rozdílné promlčecí lhůty, jiná pravidla pro smluvní pokuty či odlišné pojetí limitace náhra-

<sup>49</sup> Rozhodné právo je určeno formálně správně, avšak z povahy daného závazkového právního poměru je zřejmé, že by vhodnějším bylo právo jiného státu.

<sup>50</sup> Zmíněné rozdíly mezi Římskou úmlouvou a Řím I pramení především z odlišné systematiky čl. 4 Římské úmluvy (určení rozhodného práva v případě absence volby práva, vč. únikové doložky) a čl. 4 Řím I. Římská úmluva místo kolizních norem obsahovala pouze vyvratitelné domněnky, se kterou zemí smlouva neúžeji souvisí. Jinak byla čl. 4 odst. 1 Římské úmluvy ponechána národním soudům značná diskrece pro určení práva země, s níž smlouva „nejúžeji souvisí“.

<sup>51</sup> Rozsudek SDEU ze dne 6. 10. 2009, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*, C-133/08.

<sup>52</sup> Případně též pojmu „úžeji souvisí“ užitého v únikové doložce Římské úmluvy.

<sup>53</sup> BÉLOHLÁVEK, A. J. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář v širších souvislostech evropského a mezinárodního práva soukromého*. C. H. Beck, Praha 2009, str. 716.

dy škody). Lze tedy doporučit, aby zadavatelé v případě sjednávání dodatků k Dosavadní SoD s mezinárodním prvkem, provedli v dodatcích volbu českého práva.

### Negativní důsledky podstatné změny a jejich prevence

Při zohlednění výše uvedených právních závěrů lze zmínit některé hlavní (negativní) důsledky, k nimž podstatná změna může vést. Dle Nejvyššího soudu znamená privativní novace, že vůle stran – vyjádřena třeba i mlčky učiněným souhlasným projevem, směřuje ke zrušení starého závazku.<sup>54</sup> Nebude-li tudíž vůle stran v dodatku k Dosavadní SoD vyjádřena výslovně, lze očekávat, že v případě sporu bude takový dodatek, který představuje podstatnou změnu Dosavadní SoD, vykládán podle svého obsahu spíše jako privativní novace.<sup>55</sup> Tím se ovšem z Dosavadní SoD stane právní poměr nově vzniklý po 1. lednu 2014, tedy Nová SoD, se všemi důsledky z toho plynoucími.<sup>56</sup> Zánik závazku novací představuje „právní skutečnost, která původní právní skutečnost zbavuje [trvale] právních účinků“<sup>57</sup> Zrušení závazku se proto týká jak jeho obsahu, tak promlčení pohledávky, příslušenství pohledávky, vedlejších ujednání atd. Z vůle zákonodárce přetrvávají pouze právní účinky zajištění původních práv, která mají být předmětem novace (viz § 1907 NOZ). V rozsahu, v němž dodatek výslovně nepřevzme ustanovení Dosavadní SoD se tedy práva a povinnosti stran budou nově posuzovat dle přednostně či subsidiárně použitelných ustanovení zákona, tj. NOZ, což je zpravidla poměrně nežádoucí s ohledem na původní vůli smluvních stran Dosavadní SoD a jejich legitimní očekávání.

V prvé řadě je tudíž dle našeho názoru nezbytné, aby smluvní strany v každém z uzavíraných dodatků jednoznačně deklarovaly, že nemají úmysl Dosavadní SoD zrušit a nahradit (tj. uzavřít ji nově již za účinnosti NOZ). Z předcházejícího výkladu vyplynulo, že podstatná změna Dosavadní SoD může vést *ex lege* k privativní novaci, a tedy ke vzniku Nové SoD. V kontextu ustanovení § 1902 NOZ lze proto rovněž doporučit doplnění každého dodatku k Dosavadní SoD o výslovné ujednání, které na základě principu smluvní volnosti (§ 1 odst. 2 NOZ) vyloučí aplikaci § 1901 a § 1902 NOZ na celou smlouvu i na uzavíraný dodatek.<sup>58</sup>

Dále lze doporučit, aby smluvní strany za předpokladu, že nechtějí optovat do režimu NOZ, v dodatcích uzavíraných k Dosavadní SoD explicitně uvedly všechna kogentní ustanovení ObchZ a OZ, jakož i dispozitivní usta-

novení těchto dvou právních předpisů, která v době uzavření Dosavadní SoD nebyly v rozporu s touto smlouvou. To vše však s odkládací podmínkou, že se tato ustanovení použijí pouze v tom případě, že by uzavřením dodatku došlo k privativní novaci Dosavadní SoD. Pouze v případě privativní novace by se totiž okamžikem uzavření dodatku k Dosavadní SoD přestala práva a povinnosti stran neupravená výslovně Dosavadní SoD řídit ObchZ a OZ, a namísto toho by se řídila příslušnými ustanoveními nového NOZ. Doporučené smluvní ujednání by tak mělo vést k důležité fixaci práv a povinností, které smluvním stranám před uzavřením dodatku vyplývaly z Dosavadní SoD a příslušných ustanovení zákona (ObchZ a OZ). Na základě principu vyjádřeného v § 1 odst. 2 NOZ (strany si mohou ujednat práva a povinnosti odlišně od NOZ, pakliže to zákon výslovně nezakazuje) se tím zároveň automaticky vyloučí užití těch ustanovení NOZ, která byla v rozporu s textem Dosavadní SoD či s ustanoveními dosavadních právních předpisů (ObchZ a OZ).<sup>59</sup>

Konečně by smluvní strany neměly opomenout, aby i každý jednotlivý dodatek ke smlouvě s mezinárodním prvkem obsahoval ustanovení ohledně rozhodného práva. V opačném případě by totiž uzavřením dodatku mohlo dojít k nechtěnému podřízení právního poměru jinému

<sup>54</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 10. 2002, sp. zn. 33 Odo 566/2001.

<sup>55</sup> Tomuto závěru nasvědčuje též obecné výkladové pravidlo § 574 NOZ, podle něž je třeba právní jednání v pochybnostech vykládat spíše jako platné. Nedošlo-li by totiž při podstatné změně smlouvy (na veřejnou zakázku) zároveň k její privativní novaci, bylo by takové jednání patrně neplatné pro rozpor se zákonem.

<sup>56</sup> Bude-li předmět dodatku oddělitelný od Dosavadní SoD, lze rovněž uvažovat o zmíněném dvojím režimu, kdy se Dosavadní SoD stále řídí OZ a dodatek se jako již nově vzniklý právní poměr řídí NOZ.

<sup>57</sup> HANDLAR, J. *Zánik závazků dohodou v občanském a obchodním právu*. C. H. Beck, Praha 2010, str. 8.

<sup>58</sup> Zároveň je třeba připustit výklad, podle něž by toto ujednání bylo posouzeno jako neplatné, neboť § 1901 a § 1902 NOZ nespadá pod rozsah dispoziční volnosti stran. Bylo by tomu tak proto, že se nejedná o ustanovení, která upravují „práva a povinnosti“, nýbrž stanoví formální proceduralní požadavky na změnu obsahu smlouvy. Na základě § 1 odst. 2 NOZ si strany ovšem mohou odchýlně od zákona ujednat pouze „práva a povinnosti“. Pakliže by takový výklad převážil, bylo by ujednání o vyloučení aplikace § 1901 a § 1902 NOZ neplatné. NOZ ovšem nově zakotvuje též princip rozhodování podle zásad spravedlnosti (§ 10 odst. 2 NOZ), a proto je možné, že by v případě sporu soud dle zásad spravedlnosti ponechal původní smlouvu v platnosti i v případě její podstatné změny, tj. že by za užití teleologické redukce neinterpretoval jednání stran jako privativní novaci ve smyslu § 1902 NOZ. To by ve svém důsledku vedlo k závěru, že uzavřením dodatku sice došlo k opětovnému sjednání základních podmínek smlouvy, avšak bez jejího zrušení (podobně jako v případě novace v rakouském právu). Dosavadní SoD by si tudíž i nadále zachovala své právní účinky a řídila by se ObchZ a OZ.

<sup>59</sup> Zároveň je ovšem nezbytné podotknout, že atrakce přednostně či subsidiárně použitelných ustanovení dosavadních právních předpisů do Dosavadní SoD by mohla být považována za neurčitou či vágní, případně by mohla představovat rozpor s veřejným pořádkem, a to se všemi důsledky z toho plynoucími. Takové ujednání by totiž mohlo být posouzeno jako ujednání, jež obchází přechodná ustanovení zákona (je v rozporu s kogentním právem), a jež je z tohoto důvodu absolutně neplatné ve smyslu § 580 odst. 1 a § 588 NOZ.

právnímu řádu, než smluvní strany při uzavírání Dosavadní SoD zamýšlely.

## Shrnutí

Jaký je tedy právní osud smluv uzavřených před 1. lednem 2014, jestliže smluvní strany po tomto datu mění jejich obsah? Dovodili jsme, že pro zodpovězení této otázky je klíčová identifikace uceleného právního poměru a stanovení přesné doby jeho trvání. Na běžném smluvním typu – smlouvě o dílo – jsme demonstrovali, že dokud právní poměr trvá, platí pravidlo neretroaktivity NOZ. Dosavadní SoD se tudíž bude až do svého zániku řídit přednostně či subsidiárně použitelnými ustanoveními dosavadních právních předpisů. Identita a zároveň i existence právního poměru (Dosavadní SoD) může být ovšem značně ovlivněna změnami Dosavadní SoD. Z hlediska § 1902 NOZ je základním způsobem změny obsahu závazku privativní novace. Dovodili jsme tak, že v případě uzavření dodatku k Dosavadní SoD, jenž představuje její podstatnou změnu, dojde *ex lege* k jejímu nahrazení novým právním poměrem – Novou SoD. V případě oddělitelnosti předmětu dodatku od předmětu Dosavadní SoD je pak dokonce možné, že se dodatek a Dosavadní SoD budou považovat za dva zcela samostatné právní poměry – na jeden se budou vztahovat příslušná ustanovení OZ a ObchZ a na druhý ustanovení NOZ.

V klasickém závazkovém právu je podstatná změna smlouvy indikací toho, že dochází k její privativní novaci. Vůle smluvních stran však musí mít v souladu s principem smluvní volnosti přednost. Strany si proto mohou výslovně ujednat, že příslušný dodatek, třebaže by podstatně změnil obsah původní smlouvy, dosavadní právní poměr neruší a nenahrazuje. Mnohem závažněji se pak ale podstatná změna projeví na osudu právního poměru, který je zároveň veřejnou zakázkou. Z Dosavadní SoD se v případě její podstatné změny stane *ex lege* Nová SoD. Je-li tudíž Dosavadní SoD veřejnou zakázkou, vede její podstatná změna k překlopení celé této smlouvy do režimu NOZ, a to aniž by smluvní strany do tohoto režimu výslovně optovaly. Tento závěr vyplývá z předpokladu neoddělitelnosti obsahu dodatku od obsahu Dosavadní SoD a z nepřímého účinku práva EU. V souladu s právem EU a s ohledem na aktuální znění § 1902 NOZ je totiž v oblasti veřejných zakázek důsledkem podstatné změny smlouvy její privativní novace.

Obecně platí, že privativní novací dochází ke zrušení původního závazku a k jeho nahrazení

závazkem novým. To ovšem mj. znamená, že se strany nemohou bez dalšího dovolávat obsahu původní smlouvy, promlčení pohledávky, příslušenství pohledávky, vedlejších ujednání dle původní smlouvy atd. Dle našeho názoru by se tudíž mělo stát obecným pravidlem, že si smluvní strany v každém dodatku měnícím obsah smlouvy výslovně upraví alespoň, (1) zda jde o novaci či nikoliv, (2) zda vylučují aplikaci § 1901 a § 1902 NOZ, (3) zda a která ustanovení či práva a povinnosti dle původní smlouvy hodlají převzít, pakliže by uzavřením dodatku *ex lege* došlo k privativní novaci původní smlouvy, (4) zejména v případě smluv uzavřených před 1. lednem 2014 také to, kterými ustanoveními dosavadních právních předpisů se má smlouva řídit, pakliže by uzavřením dodatku *ex lege* došlo k privativní novaci původní smlouvy, a (5) v případě smluv s mezinárodním prvkem také to, kterým právním řádem se každý dodatek, resp. právní poměr vzniklý po jeho uzavření v důsledku privativní novace, řídí.

Dle představené argumentace nutí současná právní úprava změny obsahu závazků smluvní strany k tomu, aby si samy explicitně sjednaly právní důsledky svého jednání. Tím se na jednu stranu dostáváme blíže k praxi běžné v prostředí vyspělých států systému *common law*, kde mívají smlouvy stovky stran. Kladně je možno hodnotit skutečnost, že si strany budou skutečně muset dohodnout svá práva. Na druhou stranu oslabuje současné znění NOZ jednu z tradičních úloh práva v kontinentálním právním systému, totiž ochranu právní jistoty. V konečném důsledku tak stávající znění zákona může omezovat hospodářskou prosperitu – lidé se mohou bát obchodovat, neboť neznají právní dopady svého jednání. Nově si totiž strany, neupraví-li si tuto otázku výslovně, nebudou jisty zákonnými důsledky dodatkování smluv. Třebaže jsme tuto problematiku pro větší názornost demonstrovali na příkladu Dosavadní SoD, u níž lze předvést fatální důsledky z hlediska přechodu k NOZ, lze uzavřít, že se obecně týká všech typů smluv, a to bez ohledu na dobu jejich vzniku, tedy i v případě smluv vzniklých po 1. lednu 2014. Dané pojetí obsahu změny závazku může mít v oblasti smluvních právních poměrů, zejména pak těch s mezinárodním prvkem, krajně nežádoucí důsledky, neboť rozhodným právem se v důsledku privativní novace může stát právní řád, o kterém smluvní strany nikdy ani neuvažovaly. V tuto chvíli je proto na bedrech justice a právní obce, jak se s tímto problémem vypořádají.