

UNIVERZITA PAVLA JOZEFA ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH  
PRÁVNICKÁ FAKULTA



# PRÁVO OBCHOD EKONOMIKA

ZBORNÍK VEDECKÝCH PRÁČ  
XIII.

Jozef Suchoža, Ján Husár, Regina Hučková (eds.)

Košice 2023



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



**PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA  
XII.**

Jozef Suchoža, Ján Husár, Regina Hučková (eds.)

**ZBORNÍK VEDECKÝCH PRÁC**

Košice 2023



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



**LAW – COMMERCE – ECONOMY XII.**

Jozef Suchoža, Ján Husár, Regina Hučková (eds.)

**COLLECTION OF SCIENTIFIC WORKS**

Košice 2023

Vzor citácie: SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2023, s. 27.

Zborník bol vydaný v rámci riešenia grantových úloh APVV-17-0561 "*Ludskoprávne a etické aspekty kybernetickej spoločnosti*", APVV-19-0424 „*Inovatívna obchodná spoločnosť: vnútrokorporátne premeny, digitálne výzvy a nástup umelej inteligencie*“ a APVV-21-0336 „*Analýza súdnych rozhodnutí metódami umelej inteligencie*“.



#### **Editori:**

prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

prof. JUDr. Ján Husár, CSc.

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

#### **Recenzenti:**

doc. JUDr. Alena Krunková, PhD.

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

doc. JUDr. Diana Treščáková, PhD.

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

doc. JUDr. Ing. Martin Kubinec, PhD.

*Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta*

Vydala Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Vydavateľstvo ŠafárikPress

Šrobárova 2

041 80 Košice

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



CC BY NC ND Creative Commons Attribution-NonCommercial-No-derivates 4.0 („Uveďte pôvod – Nepoužívajte komerčne - Nespracováajte“)

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

Dostupné od: 1.12.2023

<https://doi.org/10.33542/POE-0247-3>

ISSN 2453-921 X

ISBN 978-80-574-0255-8 (tlačená publikácia)

ISBN 978-80-574-0247-3 (e-publikácia)

# OBSAH

<b>PREDHOVOR</b> .....	7
<b>ZUZANA ADAMOVÁ/Špecifiká zastúpenia organizáciami kolektívnej správy ...</b>	9
<b>LAURA BACHŇÁKOVÁ RÓZENFELDOVÁ/Prienik problematiky ochrany osobných údajov a legislatívy upravujúcej zmluvy o dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb .....</b>	23
<b>OLIVER BUHALA/Vzájomné zmluvné zastúpenie medzi členmi štatutárneho orgánu (R 10/2023).....</b>	35
<b>DOMINIKA CUKEROVÁ/Význam spriaznených osôb pri výkone správcovskej činnosti.....</b>	50
<b>JAROSLAV DOLNÝ/Nákladovosť reštrukturalizačných procesov pri odpise pohľadávok .....</b>	67
<b>MILAN ĎURICA/Zánik hmotných a procesných práv veriteľa spriaznených pohľadávok v insolvenčných konaniach.....</b>	74
<b>AGNIESZKA FRANCZAK - MAGDALENA MAŁECKA /Attorney-client privilege in Polish tax law cases: witness evidence and reporting of tax schemes (MDRs) – identification of risks .....</b>	91
<b>MARIUSZ FRAS/Liability of an insurance undertaking for an insurance agent from the perspective of Polish law .....</b>	104
<b>IWONA GREDKA-LIGARSKA/Employer as an AI system operator and non-contractual civil liability for damage caused by AI systems: the EU and Chinese perspectives.....</b>	115
<b>KATEŘINA HRABÁNKOVÁ/Spriaznené osoby a ich postavenie v konkurznom a korporáčnom práve.....</b>	130
<b>VILIAM JANÁČ/Regulácia transakcií medzi spriaznenými osobami .....</b>	146
<b>JĘDRZEJ JERZMANOWSKI /Representation of a Polish private limited liability company (spółka z o.o.) in the process of conversion of a Polish limited partnership (spółka komandytowa) whose partners include that private limited liability company and a member of its management board (limited partnership with an LLC as general partner) into a different company structure.....</b>	158
<b>MARCIN KIELBASA /Digitalisation and reliefs to the rescue (of entrepreneurs)? On recent EC’s proposals which could boost competitiveness and resilience of SMEs in the EU? .....</b>	173
<b>IVAN KUNDRÁT/Uzatvorenie pracovnej zmluvy s mladistvým uchádzačom o zamestnanie.....</b>	188
<b>JOLANTA LORANC-BORKOWSKA/The impact of links between entities on the determination of the customs value of goods in the EU customs law .....</b>	201

<b>ADRIANNA MICHAŁOWICZ</b> /Unlocking the potential: how data altruism may (or may not) fuel the growth of artificial intelligence.....	209
<b>DOMINIK MIZERSKI</b> /The new regime of related party transactions in joint stock companies under Polish law.....	228
<b>ŽOFIA MRÁZOVÁ</b> /Právo obchodného zástupcu na odstupné (rozsudok SD EÚ C-574/21).....	238
<b>ALEKSANDRA OLBRYK</b> /"Other users also like..." – A Perspective on Recommender Systems in the DSA.....	249
<b>ANETA PALECZNA</b> /New technologies and claims by indirectly injured persons - revolution or evolution of the scope of injury compensation?.....	268
<b>PIOTR PINIOR</b> /Legal status and the scope of representation of a company's liquidator.....	281
<b>DUŠAN ROSTÁŠ</b> /Koniec faktického zákazu finančnej asistencie.....	293
<b>SIMONA RUDOHRADSKÁ</b> /Veľmi veľké online platformy (a veľmi veľké internetové vyhľadávače) vs. strážcovia prístupu – vybrané aspekty regulačného prístupu k technologickým gigantom.....	307
<b>MARTINA SEMANOVÁ</b> /Vplyv Gatekeeperov na používateľov ich platforiem .....	319
<b>OTAKAR SCHLOSSBERGER - JÁN MATEJKA</b> /Právni aspekty účtů ve zvláštním režimu .....	331
<b>MICHAL SOKOL</b> /Podstata, význam a právna subjektivita umelej inteligencie.....	344
<b>LUCIÁN TÖRÖK</b> /Spriaznené pohľadávky v malom konkurze .....	354
<b>JOZEF VOZÁR - ĽUBOMÍR ZLOCHA</b> /Veriteľ poskytujúci finančné služby dlžníkovi ako spriaznená osoba v konkurze .....	364
<b>MATEUSZ ŻABA</b> /Aktuálne mechanizmy preventívnej reštrukturalizácie v poľskom Zákone o reštrukturalizácii a transpozícia Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 .....	379
<b>OSKAR ZGONINA</b> /Digital insurance distribution in German law - opportunities and challenges.....	391

## PREDHOVOR

V rokoch 2020 a 2021 bola tradícia konania konferencie Právo – obchod – ekonomika kvôli bezprecedentnej situácii spojenej so šírením ochorenia Covid-19 mimoriadne prerhnutá. V roku 2022 sme po vynútenej prestávke obnovili našu konferenciu a v roku 2023 sa konferencia vracia v plnej sile. Opätovne máme možnosť stretnúť sa s už tradičnými domácimi i zahraničnými účastníkmi. Zároveň sa však tešíme na účastníkov, ktorí na našu konferenciu zavítajú po prvýkrát (no veríme, že nie naposledy).

Milí čitatelia, do rúk sa vám dostáva zborník vedeckých prác, ktorý je vydaný v nadväznosti na riešenie vedeckých projektov na pracovisku - katedre obchodného práva a hospodárskeho práva ako hlavného organizátora vedeckej konferencie, ale zároveň i na ďalších katedrách Právnickej fakulty UPJŠ či mnohých akademických pracoviskách v tuzemsku i zahraničí. Zborník je vydaný s podporou Agentúry na podporu výskumu a vývoja. Editori ďakujú všetkým, ktorí do neho prispeli svojimi vedeckými článkami a zároveň i recenzentom za ich cenné pripomienky a odporúčania.

Za editorov: Regina Hučková





## Špecifiká zastúpenia organizáciami kolektívnej správy<sup>2</sup>

### Specifics of representation by collective management organizations

#### Abstrakt

*Organizácie kolektívnej správy vykonávajú kolektívnu správu tak, že zastupujú autorov, výkonných umelcov, výrobcov zvukových a audiovizuálnych záznamov a iných nositeľov práv vo svojom mene, ale na ich účet. Toto nepriame zastúpenie má však viacero špecifik, ktoré sa prejavujú v podobe rozličných inštitútov. Príspevok sa zameriava na tri základné oblasti činnosti kolektívnej správy a skúma ich z hľadiska zastúpenia. Konkrétne sú predmetom výskumu i) otázky spojené so zastupovaním v prípade povinnej kolektívnej správy, ii) otázky spojené s limitáciou zastupovania v prípade dobrovoľnej kolektívnej správy (vrátane vylúčenia kolektívnej správy) a iii) otázky spojené s rozsahom zastupovania a s vylúčením zastupovania v prípade tzv. rozšírenej licencie (ECL). Príspevok vychádza primárne zo slovenskej právnej úpravy, zohľadňuje však aj európsku úpravu a rozhodovaciu prax Súdneho dvora EÚ.*

*Kľúčové slová: organizácie kolektívnej správy, autorské právo, zastúpenie, povinná kolektívna správa, rozšírené licencie.*

#### Abstract

*Collective management organizations carry out collective management by representing authors, performers, producers of sound and audiovisual recordings and other right holders in their own name but on right holders' account. However, this indirect representation has several specifics, which are manifested in the form of various institutes. This contribution focuses on three basic areas of collective management activity and examines them from the point of view of representation. Specifically, the subject of the research is i) questions related to representation in the case of mandatory collective management, ii) questions related to the limitation of representation in the case of voluntary collective management (including the*

<sup>1</sup> JUDr. Zuzana Adamová, PhD., Ústav práva duševného vlastníctva a informačných technológií Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave; Senior Associate v advokátskej kancelárii Petkov&Co.

<sup>2</sup> Tento článok bol vypracovaný v rámci grantového projektu APVV-20-0171 Konkurencia nárokov z deliktov a kvázideliktov v mimozmluvných vzťahoch a na pomedzí zmluvného a vecného práva.

*exclusion of collective management) and iii) questions related to the scope of representation and the exclusion of representation in the case of so-called extended licenses (ECL). This contribution is primarily based on Slovak legislation, but also takes into account European legislation and the decision-making practice of the Court of Justice of the EU.*

*Key words: collective management organizations, copyright, representation, mandatory collective management, extended licenses.*

**JEL Classification:** K12

## ÚVOD

Prvá organizácia kolektívnej správy vo svete vznikla už v 18. storočí,<sup>3</sup> no napriek rozvoju nových technológií a potenciálnych možností, ako si spravovať svoje práva individuálne, sa dnes zdá, že majú pred sebou ešte dlhé obdobie budúceho fungovania. Nejaví sa totiž pravdepodobné, že by došlo k ich zániku či nahradeniu. Zrejme skôr mnohé organizácie kolektívnej správy využijú nové výzvy spojené s internetom a digitálnymi technológiami vo svojej činnosti na prospech zastupovaných autorov a iných nositeľov práv, ktorými sú výkonní umelci, výrobcovia zvukových a audiovizuálnych záznamov, vysielatelia, zhotovitelia databáz a najnovšie aj vydavatelia periodík. Posledná menovaná kategória pritom pribudla medzi nositeľov práv relatívne nedávno (na Slovensku s účinnosťou od 25.3.2022), keď bola transponovaná smernica o autorskom práve na digitálnom jednotnom trhu, tzv. DSM smernica.<sup>4</sup>

Téma kolektívnej správy je tak stále nanajvýš aktuálna, čo bolo tiež dôvodom, prečo bola pred pár rokmi prijatá smernica o kolektívnej správe práv.<sup>5</sup> Tá prvýkrát na európskej úrovni komplexne upravila túto problematiku vrátane otázok spojených so zastupovaním.

---

<sup>3</sup> WIPO, *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Geneva: WIPO, 3. vyd. 2022 [online] <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-855-22-en-collective-management-of-copyright-and-related-rights.pdf> (15.9.2023).

<sup>4</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/790 zo 17. apríla 2019 o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom na digitálnom jednotnom trhu a o zmene smerníc 96/9/ES a 2001/29/ES (Ú. v. L 130).

<sup>5</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/26/EÚ z 26. februára 2014 o kolektívnej správe autorských práv a práv súvisiacich s autorským právom a o poskytovaní multiteritoriálnych licencií na práva na hudobné diela na online využívanie na vnútornom trhu (Ú. v. L 84).

V predchádzajúcej<sup>6</sup> aj neskoršej<sup>7</sup> európskej právnej úprave sa téma kolektívnej správy síce tiež objavovala, išlo však len o parciálne otázky.

Keďže organizácia kolektívnej správy zastupuje nositeľov práv vo vlastnom mene, avšak na ich účet, ide o nepriame zastúpenie.<sup>8</sup> Organizácia kolektívnej správy vo svojom mene<sup>9</sup> najmä uzatvára zmluvy, vyberá odmeny a náhrady odmien a domáha sa ochrany súdnou cestou. Vybraté odmeny a náhrady odmien následne prerozdeľuje a vypláca zastupovaným a nezastupovaným nositeľom práv v súlade s Autorským zákonom.<sup>10</sup>

Výkon kolektívnej správy je primárne regulovaný autorským právom. Vzťahujú sa však naňho aj súťažné pravidlá, najmä zákon č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení niektorých zákonov.<sup>11</sup> Keďže v súčasnosti sú všetky štyri aktuálne pôsobiace organizácie (skrátene SOZA, LITA, SLOVGRAM a SAPA) občianskymi združeniami, je ich činnosť regulovaná aj zákonom č. 83/1990 Zb. o združovaní občanov v znení neskorších predpisov.

---

<sup>6</sup> Konkrétne:

- smernica 93/83/EHS, ktorá definuje pojem „organizácia kolektívnej správy“ (čl. 1 ods. 4 cit. smernice) a upravuje, že právo na káblovú retransmisiu sa môže vykonávať iba prostredníctvom organizácie kolektívnej správy (čl. 9 ods. 1 cit. smernice),
- smernica 2001/29/ES, ktorá vyzýva na podporu kolektívnych licenčných zmlúv, keď vysielatelia v rámci služieb na požiadanie (angl. on-demand services) sprístupňujú svoje rozhlasové a televízne produkcie, ktoré obsahujú ako svoju integrálnu súčasť hudbu z komerčných zvukových záznamov; citovaná smernica tiež vyzýva na to, aby vo svetle požiadaviek vyplývajúcich z digitálneho prostredia bolo zabezpečené, že organizácie kolektívnej správy dosiahnu vyššiu úroveň racionalizácie a transparentnosti, pokiaľ ide o súlad s pravidlami súťaže (recitál 17 a 26 cit. smernice),
- smernica 2001/84/ES, ktorá ustanovuje fakultatívnu alebo obligatórnu kolektívnu správu práva na odmenu pri opätovnom predaji umeleckého diela (čl. 6 ods. 2 cit. smernice),
- smernica 2006/115/ES, ktorá ustanovuje, že primeraná odmena za právo na nájom sa môže vykonávať kolektívne (čl. 4 ods. 3 a 4 cit. smernice), a
- smernica 2006/116/ES, ktorá ustanovuje, že právo výkonných umelcov na dodatočnú odmenu (od výrobcov zvukových záznamov) musia spravovať organizácie kolektívnej správy.

<sup>7</sup> Konkrétne:

- smernica 2019/789, ktorá zavádza povinnú kolektívnu správu v odbore retransmisie a tiež upravuje, že v prípadoch, keď existuje viac než jedna organizácia kolektívnej správy, ktorá spravuje práva určitej kategórie pre dané územie členského štátu, by malo byť úlohou členského štátu, pre ktorého územie sa prevádzkovateľ retransmisie snaží vysporiadať práva na retransmisiu, aby určil, ktorá organizácia, resp. organizácie kolektívnej správy majú právo udeliť alebo odmietnuť súhlas na retransmisiu,
- smernica 2019/790, ktorá reguluje rozšírené licencie udeľované organizáciami kolektívnej správy, upravuje požiadavku na zabezpečenie istoty s ohľadom na reprezentatívnosť organizácií kolektívnej správy, ako aj ďalšie otázky týkajúce sa organizácií kolektívnej správy.

<sup>8</sup> JURČOVÁ, M. Zastúpenie v občianskom práve hmotnom. In: JURČOVÁ, M. a kol. Zastúpenie v súkromnom práve. 1. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 5 – 6.

<sup>9</sup> V zmysle slovenskej právnej úpravy nejde o výkon práva jeho nositeľom, ani bezprostredne, ani prostredníctvom priameho zástupcu, ale o zverený (fiduciárny) výkon cudzieho práva v nepriamom zastúpení, *fiducium*. V tomto právnom zmysle ide o výkon práva nepriamym zástupcom, ktorému bol výkon nehmotného práva zverený.

<sup>10</sup> Zákon č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov.

<sup>11</sup> V roku 2022 Protimonopolný úrad SR po prvý raz vo svojej histórii udelil organizácii LITA, autorskej spoločnosti pokutu z dôvodu zneužitia dominantného postavenia (č. k. 2022/DOZ/POK/2/12); rozhodnutie t. č. ešte nie je právoplatné.

Cieľom tohto príspevku je preskúmanie špecifických otázok týkajúcich sa zastupovania organizáciami kolektívnej správy, ktoré rozdelíme na tri kategórie:

1. otázky spojené so zastupovaním v prípade povinnej kolektívnej správy,
2. otázky spojené s limitáciou zastupovania v prípade dobrovoľnej kolektívnej správy a
3. otázky spojené s rozsahom zastupovania a s vylúčením zastupovania v prípade udelenia rozšírenej licencie.

## 1. POVINNÁ KOLEKTÍVNA SPRÁVA Z POHĽADU ZASTUPOVANIA

Slovenské právo v nadväznosti na medzinárodné a európske právo priznáva autorom a iným nositeľom práv výlučné práva udeľovať súhlas na použitie svojich predmetov ochrany, ako aj remuneračné práva v tých prípadoch, kedy nositelia práv takéto výlučné práva nevykonávajú. Nositelia práv sa pritom, s výnimkou prípadov povinnej kolektívnej správy (§ 146 AZ) môžu rozhodnúť, či si budú svoje práva spravovať individuálne alebo prostredníctvom správcu práv, t. j. organizácie kolektívnej správy (§ 144) alebo nezávislého subjektu správy (§ 142).<sup>12</sup>

Tradične sa teda rozlišujú dve formy výkonu kolektívnej správy, a to povinná a dobrovoľná. Zjednodušene vyjadrené, pri povinnej kolektívnej správe autor alebo iný nositeľ práv nie je oprávnený na individuálny výkon svojich majetkových práv a jeho práva môže vykonávať jedine organizácia kolektívnej správy. Ide najmä o prípady, kedy by bol individuálny výkon práv príliš komplikovaný, neúčelný alebo nevhodný. Keďže však ide o výrazný zásah do autonómie týchto subjektov pri výkone ich práv, povinnú kolektívnu správu možno uplatňovať len v tých odboroch kolektívnej správy, ktoré sú výslovne vymenované v Autorskom zákone (§ 146 ods. 2 AZ). Limity týchto prípadov potom vychádzajú z európskeho a medzinárodného práva, takže ani štát nemôže svojvoľne tieto prípady zavádzať do svojich právnych poriadkov. Štandardne to potom v praxi vždy fungovalo tak, že nezastupovaný nositeľ práv si mohol voči príslušnej organizácii kolektívnej správy uplatniť nárok na podiel z odmien a náhrad odmien, ktoré vybrala organizácia v rámci výkonu povinnej kolektívnej správy.

Pri povinnej kolektívnej správe nositeľ práv teda nie je oprávnený na individuálny výkon svojich práv. Základnou myšlienkou je, že v niektorých prípadoch nositeľ práv nie je schopný vykonávať svoje práva individuálne, prípadne by bol takýto výkon neefektívny alebo veľmi nákladný. Z pohľadu používateľa by zase išlo o situáciu, keď by bol administratívne aj finančne nepríjemne zaťažovaný pri vysporiadaní práv za použitie chráneného obsahu s jednotlivými nositeľmi práv. Z toho dôvodu sú v Autorskom zákone definované prípady (spôsoby použitia), kedy si autor/iný nositeľ práv nemôže práva spravovať sám.

---

<sup>12</sup> Postavením nezávislého subjektu správy sa v rámci tohto článku nebudeme zaoberať, bližšie informácie sú dostupné ADAMOVÁ, Z. – HAZUCHA, B. *Autorský zákon. Komentár*. Beck, 2015 (§ 142).

Situácia začala byť na Slovensku neprehľadná prijatím Autorského zákona z roku 2015, kedy sa, zrejme primárne v snahe výslovne transponovať európske právo,<sup>13</sup> osobitne upravilo, že organizácia kolektívnej správy vykonávajúca správu majetkového práva v odbore káblovej retransmisie [t. j. podľa § 146 ods. 2 písm. d) a f) AZ] sa považuje za vykonávajúcu správu tohto práva *aj vo vzťahu k nositeľom práv, ktorí ňou nie sú zastupovaní*.<sup>14</sup> Neskôr do tohto výpočtu pribudli aj ďalšie spôsoby použitia, ale naďalej platilo, že organizácia kolektívnej správy vykonávajúca správu majetkového práva v týchto odboroch sa považuje za vykonávajúcu správu tohto práva *aj vo vzťahu k nositeľom práv, ktorí ňou nie sú zastupovaní*.

Problém je v tom, že pred prijatím Autorského zákona v roku 2015 sa všeobecne akceptovalo, že pri povinnej kolektívnej správe organizácia vykonáva kolektívnu správu aj vo vzťahu k nositeľom práv, ktorí ňou nie sú zastupovaní. Po prijatí nového zákona sa však začalo javiť, akoby sme mali dve kategórie povinne kolektívne spravovaných práv. Nová formulácia situáciu značne skomplikovala. Neprehľadnosť situácie súvisela práve s tým, ako treba interpretovať znenie, že sa organizácia kolektívnej správy vykonávajúca správu majetkového práva v niektorých odboroch považuje za vykonávajúcu správu tohto práva *aj vo vzťahu k nositeľom práv, ktorí ňou nie sú zastupovaní*. Je to len nadbytočné potvrdenie všeobecne známeho faktu, alebo to v prípade ostatných odborov povinne kolektívne spravovaných práv neplatí?<sup>15</sup>

Inými slovami, ak v zákonom vymenovaných odboroch povinnej kolektívnej správy platí, že organizácia kolektívnej správy vykonáva kolektívnu správu aj vo vzťahu k nezastupovaným nositeľom práv, znamená to, že pri ostatných odboroch sa týka len tých, ktorí ňou sú zastupovaní? Na príklade uvedenom nižšie sa pokúsime vysvetliť, prečo jazykový výklad v danom prípade neobstojí.

Prípady povinnej kolektívnej správy, na ktoré sa odkazuje v § 147 ods. 1 AZ sú retransmisia, kábová retransmisia a priamy vstup. Dosaďme si namiesto týchto spôsobov použitia napríklad to, ako by sa mal realizovať výkon povinnej kolektívnej správy v odbore práva na opätovnú odmenu pri ďalšom predaji originálu diela výtvarného umenia (§ 23 AZ). To je tiež jedno z povinne kolektívne spravovaných práv. Autor má právo na odmenu pri opätovnom predaji originálu diela výtvarného umenia a obchodník<sup>16</sup> je zase povinný zaplatiť autorovi prostredníctvom organizácii kolektívnej správy odmenu. Tohto práva sa autor nemôže vzdať a nemôže si ho spravovať individuálne. Z uvedeného vyplýva, že obchodník má povinnosť platiť odmenu bez ohľadu na to, či má autor uzavretú zmluvu o zastupovaní alebo nie. Autor si následne môže uplatniť vyplatenie odmeny voči organizácii. V prípade zastúpeného autora problém nie je, v prípade nezastupovaného autora ale stojíme

<sup>13</sup> Článok 9 ods. 1 a 2 smernice Rady 93/83/EHS z 27. septembra 1993 o koordinácii určitých pravidiel týkajúcich sa autorského práva a príbuzných práv pri satelitnom vysielaní a kábovej retransmisii (Ú. v. ES L 248).

<sup>14</sup> Podľa platnej právnej úpravy je okruh týchto prípadov ešte širší.

<sup>15</sup> Bližšie ADAMOVA, Z. – HAZUCHA, B. *Autorský zákon. Komentár*. Beck, 2015 (§ 147).

<sup>16</sup> Obchodníkom sa v zmysle § 23 ods. 1 AZ rozumie dražobník, organizátor predajných výstav, prevádzkovateľ výstavnej siene alebo iná osoba, ktorá podniká v obchode s výtvarným umením.

pred otázkou, či má tento autor nárok na odmenu, aj keď s organizáciou kolektívnej správy neuzavrel zmluvu o zastupovaní.

Zastávame názor, že autor jednoznačne má nárok na vyplatenie odmeny voči organizácii kolektívnej správy. Autor síce neuzatvára štandardnú zmluvu o zastupovaní, kedy sa dáva (zvyčajne) zastúpiť ku všetkým svojim dielam/predmetom ochrany a vo všetkých odboroch. Je však tiež formou zastúpenia, keď si nositeľ práv voči organizácii kolektívnej správy uplatňuje podiel z odmien a/alebo náhrad odmien a tá je povinná mu ho vyplatiť v súlade s jej rozúčtovacím poriadkom.

Opačný výklad, s ktorým sa nestotožňujeme, by naopak smeroval k tomu, že k zastúpeniu nedošlo, a preto v danom prípade nemôže organizácia kolektívnej správy odmeny vyplatiť. To by však viedlo k absurdnej situácii, kedy by organizácia vybrala odmenu, ktorú by v prípade identifikovaného príjmu vedela aj priradiť konkrétnemu autorovi (napr. z predaja obrazu konkrétneho autora), ale buď by musela peniaze neskôr obchodníkovi vrátiť (čo by bolo v rozpore s Autorským zákonom) alebo ich prerozdeliť zastupovaným autorom, čo by bolo tiež v rozpore so zákonom, keďže nejde o neidentifikovaný príjem a organizácia kolektívnej správy by tak ani nekonala s náležitou odbornou starostlivosťou.

Zastupovaný ani nezastupovaný nositeľ práv nemôže vylúčiť povinnú kolektívnu správu, môže sa však rozhodnúť, že si voči organizácii kolektívnej správy neuplatní nárok na vyplatenie odmeny alebo náhrady odmeny. Autorský zákon bližšie neupravuje, ako treba naložiť s takouto odmenou (resp. náhradou odmeny), ktorú používateľ, resp. iná povinná osoba uhradí, avšak nositeľ práv si ju neuplatní. Zo zásad výberu, prerozdelenia a vyplatenia príjmov z výkonu kolektívnej správy [§ 160 ods. 2 písm. c) a § 169 ods. 1 AZ] môže vyplývať kľúč ich prerozdelenia medzi ostatných zastupovaných a nezastupovaných nositeľov práv (nezastupovaní nositelia práv pritom nesmú byť diskriminovaní tým, že by sa odmena, resp. náhrada odmeny rozdelila len medzi zastupovaných nositeľov práv alebo podľa kľúča, ktorý by ich inak znevýhodňoval). Ak by išlo zároveň o neidentifikované príjmy, aplikovala by sa úprava podľa § 172 AZ.

Súčasný neprehľadný stav je teda možné prekonať interpretačne, keďže aj uplatnenie si nároku na vyplatenie odmeny zo strany autora voči organizácii kolektívnej správy možno chápať ako zastupovanie v dohodnutom rozsahu. *De lege ferenda* by sme sa však mali vrátiť k pôvodnej úprave pred rokom 2015 a povinná kolektívna sprava by sa mala jednoducho vzťahovať na všetkých nositeľov práv (a všetky odbory) rovnako, nakoľko individuálny výkon práv ani nie je možný. Rozhodne by sa nemal robiť rozdiel medzi jednotlivými odbormi. Postavenie autorov v odbore káblovej retransmisie je úplne rovnaké ako postavenie autorov v odbore *droit de suite* (právo na dodatočnú odmenu pri opätovnom predaji diela výtvarného umenia) či inom povinne kolektívne spravovanom odbore.

V kontexte témy zastupovania v prípade povinnej kolektívnej správy potom možno ešte spomenúť, že v minulosti sa upravovalo, že ak kolektívnu správu práv v odbore použitia káblou retransmisiou vykonáva viacero organizácií kolektívnej správy, nositeľ práv má možnosť výberu, ktorá z týchto organizácií kolektívnej

správy sa považuje za vykonávajúcu správu jeho práva na použitie predmetu ochrany jeho uvedením na verejnosti káblovou retransmisiou.

Práve v tomto smere došlo aj k nedávnej novele Autorského zákona,<sup>17</sup> čo súviselo najmä so spormi medzi organizáciami kolektívnej správy a používateľmi o to, kto zastupuje daného nositeľa práv, keď je oprávnenie udelené viacerým organizáciám.

Z toho dôvodu došlo k novelizácii § 147 ods. 2 AZ, ktorý upravuje nasledujúci postup. Ak kolektívnu správu práv v odbore retransmisie a káblovej retransmisie (podľa § 146 ods. 2 písm. d), f) a g) AZ) k určitému druhu predmetu ochrany vykonáva viacero organizácií kolektívnej správy, za organizáciu vykonávajúcu správu práv nositeľa práv, ktorý nie je zastupovaný žiadnou organizáciou, sa už nepovažuje tá organizácia, ktorú si nositeľ práv vyberie, ale tá, ktorú tieto organizácie kolektívnej správy určili dohodou.

Ak organizácie kolektívnej správy neurčili dohodou takúto organizáciu, za organizáciu vykonávajúcu správu práv nositeľa práv, ktorý nie je zastupovaný žiadnou organizáciou kolektívnej správy, sa považuje tá, ktorá zastupuje najviac nositeľov práv podľa § 164 ods. 1 na území Slovenskej republiky a je takto uvedená v evidencii organizácií kolektívnej správy vedenej ministerstvom kultúry.

## **2. LIMITÁCIA ZASTUPOVANIA V PRÍPADE DOBROVOĽNEJ KOLEKTÍVNEJ SPRÁVY**

Úprava zastupovania nositeľov práv vyplýva z článku 5 smernice 2014/26/EÚ. Tento článok upravuje základné princípy vzťahu medzi organizáciou kolektívnej správy a nositeľom práv, a to právo nositeľa práv poveriť v rámci EÚ akúkoľvek organizáciu kolektívnej správy podľa svojho výberu správou jeho práv, právo zvoliť si, ku ktorým kategóriám práv alebo určitým druhom diel a iných predmetov ochrany bude organizácia vykonávať kolektívnu správu (čl. 5 ods. 2 a recitál 19), ako aj právo ukončiť poverenie na správu alebo vyňať zo správy akékoľvek právo, kategóriu práv alebo druhy diel podľa výberu nositeľa práv (čl. 5 ods. 4).

Princíp nediskriminácie (princíp rovnakého zaobchádzania) pri zastupovaní nositeľov práv vyplýva z článku 18 Zmluvy o fungovaní EÚ a spočíva najmä v tom, že organizácia kolektívnej správy si nemôže svojvoľne vyberať, koho bude zastupovať a za akých podmienok. Zákon ju preto zaväzuje zastupovať každého nositeľa práv pri výkone jeho majetkových práv. Zastupovanie sa musí uskutočniť za rovnakých podmienok a bez ohľadu na členstvo v organizácii kolektívnej správy. Člen organizácie kolektívnej správy (§ 158 AZ) nemôže byť v nijakom smere zvýhodňovaný (a obdobne ani znevýhodňovaný) voči takému nositeľovi práv, ktorý nie je členom organizácie. Byť členom je totiž benefitom len v tom smere, že takáto osoba môže rozhodovať o fungovaní organizácie kolektívnej správy a pod. Nie je prípustné, aby boli členovi organizácie kolektívnej správy napríklad vyplácané odmeny za použitie autorských diel a iných predmetov ochrany na základe iného rozúčtovacieho kľúča ako nečlenovi.

---

<sup>17</sup> Zákon č. 455/2022 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 185/2015 Z. z. Autorský zákon v znení neskorších predpisov.



V tomto smere je určujúce najmä rozhodnutie Európskej komisie, ktoré sa týkalo nemeckej organizácie GEMA. Rozhodnutie vo veci 71/224/EHS *GEMA I* je významné z viacerých hľadísk. Komisia v ňom zdôraznila, že organizácie kolektívnej správy nesmú diskriminovať jednotlivých nositeľov práv pri distribúcii príjmov. Uviedla, že GEMA zneužila svoje dominantné postavenie, keď z príjmov vybraných z členstva ako celku vyplácala dodatočné odmeny len tým členom, ktorí boli riadnymi členmi počas najmenej troch rokov. Komisia tiež upravila, že organizácie kolektívnej správy nemôžu ukladať diskriminačné podmienky týkajúce sa ich členských práv. Podľa Komisie takéto postupy musia byť automaticky považované za porušenie článku 102 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodný čl. 82 ZES), keďže sú v protiklade s princípom rovnakého zaobchádzania vyplývajúceho zo zákazu akejkoľvek diskriminácie na základe národnosti v článku 18 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodný čl. 12 ZES).

Organizácia kolektívnej správy môže odmietnuť zastupovanie nositeľa práv len na základe preukázaných objektívnych dôvodov, najmä ak by zastupovanie nositeľa práv bolo v rozpore s vydaným oprávnením alebo majetkové práva k predmetu zastúpenia nevznikli (§ 164 ods. 1 AZ). Ide o veľmi špecifické prípady, keď by nebolo možné rozumne od organizácie kolektívnej správy očakávať, aby nositeľa práv zastupovala. Rozhodne však takýmto dôvodom nebudú také prípady, keď by organizácia odmietla prevziať zastupovanie napríklad z dôvodu, že sa nositeľ práv opakovanne sťažuje v organizácii kolektívnej správy na spôsob výkonu správy, podáva podnety na výkon dohľadu, vedie voči organizácii súdny spor o vyplatenie odmeny či verejne kritizuje jej činnosť. Ak by nositeľ práv svojím konaním zasiahol do práv organizácie kolektívnej správy, tá môže na svoju ochranu využiť iné zákonné prostriedky, ale nemôže ho trestať odmietnutím zastupovania.

V rozhodnutí vo veci *GEMA I* Komisia tiež upravila, že organizácie kolektívnej správy nemôžu odmietnuť prijať za členov príslušníkov iného členského štátu EÚ. Takýto postup musí byť automaticky považovaný za porušenie článku 102 Zmluvy o fungovaní EÚ (čl. 82 ZES), keďže sú v protiklade s princípom rovnakého zaobchádzania vyplývajúceho zo zákazu akejkoľvek diskriminácie na základe národnosti v článku 18 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodný čl. 12 ZES). Navyše odmietnutie akceptácie členstva príslušníkov iných členských štátov spadá priamo pod osobitný zákaz diskriminácie podľa európskeho súťažného práva upraveného v článku 102 písm. c) Zmluvy o fungovaní EÚ [pôvodný čl. 82 písm. c) ZES] a bolo by tiež v rozpore so smernicou 2014/26/EÚ.

Každý nositeľ práv sa môže rozhodnúť, v akom rozsahu chce byť zastupovaný. Tento princíp vyplýva z článku 5 ods. 2 smernice 2014/26/EÚ. Vyžadovanie zo strany organizácie kolektívnej správy, aby sa nositeľ práv dal zastúpiť nevyhnutne vo vzťahu ku všetkým svojim dielam alebo iným predmetom ochrany, a to aj takým, ktoré vzniknú v budúcnosti, sa považuje za zneužitie dominantného postavenia. Toto pravidlo vyplýva z rozhodnutia Európskej komisie vo veci *Daft Punk* označenej podľa svetoznámej hudobnej skupiny žalujúcej francúzsku organizáciu kolektívnej správy SACEM. V spore dvaja hudobníci tvrdili, že tým, že im nebolo umožnené ponechať si niektoré svoje práva na individuálnu správu (v súvislosti s použitím na internete, CD ROM, DVD atď.), došlo k porušeniu článku 102 Zmluvy o fungovaní

EÚ (pôvodný čl. 82 ZES). Podľa názoru Európskej komisie SACEM zneužil svoje dominantné postavenie, keďže z dôvodu technologických výhod nebol zákaz individuálnej správy práv absolútne nevyhnutný a založený na objektívnych skutočnostiach. Technologický progres totiž umožňuje autorom spravovať určité typy práv individuálne ekonomicky aj technicky, keďže nové technológie zredukovali transakčné náklady a skutočnosť, že len niekoľko organizácií kolektívnej správy ukladá obmedzenia tohto druhu, sa považovala za dôkaz toho, že tieto opatrenia neboli nevyhnutné.<sup>18</sup>

Sloboda voľby teda súvisí s tromi aspektmi, jednak ide o slobodu zvoliť si organizáciu kolektívnej správy, potom ide o slobodu zvoliť si kategórie kolektívne spravovaných práv a tiež sloboda zvoliť si druhy diel alebo iné predmety ochrany. Ako vyplýva z recitálu 19 smernice 2014/26/EÚ, kategóriami práv súvisiacimi s formami využívania je napríklad vysielanie, divadelné predstavenie alebo rozmnožovanie na šírenie internetom. Inými slovami, nositeľ práv si môže zvoliť, pre ktoré kategórie práv bude organizácia jeho práva spravovať.

Obdobne sa sloboda voľby týka aj správy jednotlivých druhov diel alebo iných predmetov ochrany. Od toho treba zase odlíšiť prípad, keď sa nositeľ práv rozhodne, že práva k niektorým z jeho diel vôbec nebudú spravované kolektívne (napr. autor 10 hudobných diel sa rozhodne, že práva k 8 dielam budú spravované kolektívne a k zvyšným dvom dielam budú spravované individuálne), ako aj prípad, keď si nositeľ práv vyhradí právo udeľovať súhlas na nekomerčné požitie (ods. 4). V niektorých prípadoch ani nie je možné, aby sa dal autor zastúpiť v celom rozsahu, a to najmä ak dohode o zastúpení predchádza uzavretie výhradnej licenčnej zmluvy, uzavretie zmluvy o dielo, keď práva k dielu vykonáva objednávatel' a pod. Ak by sa následne dal zastúpiť aj vo vzťahu k takémuto predmetu ochrany, vzniklo by riziko, že by došlo k zásahu do práv tretích osôb, napr. práv nadobúdateľa výhradnej licencie, prípadne aj nadobúdateľa neskôr udelennej licencie od organizácie kolektívnej správy (napr. keď by autor audiovizuálneho diela udelil výhradnú licenciu na vysielanie jednému vysielateľovi, avšak autor by sa následne dal zastúpiť organizáciou kolektívnej správy, ktorá by udelila hromadnú licenciu inému vysielateľovi).

Aj v tomto prípade je relevantné rozhodnutie Európskej komisie vo veci *GEMA I*. Povinnosť, ktorou organizácia kolektívnej správy vyžaduje od svojich členov previesť príliš široké kategórie práv, napr. výlučne previesť všetky ich súčasné a budúce práva s ohľadom na všetky kategórie práv celosvetovo, môže totiž predstavovať zneužitie dominantného postavenia.

I keď predchádzajúca právna úprava nebránila tomu, aby sa nositeľ práv dohodol s organizáciou kolektívnej správy na tom, že si bude spravovať svoje práva na nekomerčné účely sám, v praxi to nebývalo zvykom. Avšak často dochádzalo k situáciám, keď sa nositeľ práv na jednej strane dal zastúpiť organizáciou kolektívnej správy, na druhej strane paralelne vykonával svoje práva individuálne, a to nielen na nekomerčné, ale aj na komerčné účely. Takéto konanie je však

---

<sup>18</sup> TOFT, T. *Collective Rights Management in the On-line World. A review of recent Commission initiatives*. 8. jún 2006, s. 11 – 12 [online] [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2006\\_008\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2006_008_en.pdf) (15.9.2023).

zvyčajne v rozpore so zmluvou o zastupovaní uzavretou medzi organizáciou kolektívnej správy a nositeľom práv, i keď samé osebe nespôsobuje neplatnosť individuálne uzavretej licenčnej zmluvy.

Transpozíciou článku 5 ods. 3 smernice 2014/26/EÚ (rec. 19) došlo k zavedeniu slobodnej voľby rozsahu zastupovania (ods. 4), podľa ktorej organizácia kolektívnej správy nesmie obmedziť individuálny výkon majetkových práv zastupovaným nositeľom práv na nekomerčné účely. Smernica upravuje, že „[n]ositelia práv majú právo poskytovať licencie na nekomerčné využívanie akýchkoľvek práv, kategórií práv alebo druhov diel a iných predmetov ochrany, ktoré si môžu vybrať“. To znamená, že smernica neupravuje možnosť vylúčenia individuálnych diel a iných predmetov ochrany, ale len druhov predmetov ochrany. Nakoľko je však smernica založená na princípe minimálnej harmonizácie, slovenský zákonodarca prijal úpravu, ktorá je viac v prospech autorov a iných nositeľov práv. Umožňuje, aby nositeľ práv vykonával svoje práva na nekomerčné účely aj vo vzťahu ku konkrétnym dielam a iným predmetom ochrany. Postup organizácie kolektívnej správy, ktorý by zužoval výklad tohto ustanovenia, by bol konaním v rozpore so zákonom.

Keďže táto úprava umožňuje šírenie predmetov ochrany na účel, ktorý nie je priamo ani nepriamo obchodný, znamená to, že nositeľ práv môže udeliť licenciu na nekomerčné použitie tretej osobe a zároveň sa dať zastúpiť organizáciou kolektívnej správy. Obdobne sa to týka aj verejných licencií (§ 76 AZ), pod ktorými môže nositeľ práv šíriť svoje dielo alebo iný predmet ochrany, avšak zase len na nekomerčné použitie (napr. licencia Creative Commons, ktorá obsahuje prvok NC, t. j. NonCommercial). Pred prijatím smernice boli takéto snahy realizované len v zahraničí a na základe dohody v rámci niektorých pilotných projektov spolupráce s organizáciou Creative Commons. Menovať možno viacero európskych organizácií kolektívnej správy, ako sú holandská BUMA-STEMRA, dánska KODA, švédska STIM alebo francúzsky SACEM.<sup>19</sup> V týchto prípadoch sa umožnilo autorovi šíriť svoje diela pod verejnou licenciou a paralelne sa dať zastúpiť organizáciou kolektívnej správy.

Zákon zároveň pripúšťa, že organizácia kolektívnej správy môže určiť podrobnosti výkonu práva, najmä povinnosť informovať organizáciu kolektívnej správy o individuálnom výkone majetkových práv. Cieľom tejto úpravy je, aby mala organizácia prehľad o použití predmetov ochrany, ku ktorým práva vykonáva. Určením podrobností výkonu práva podľa tohto ustanovenia však nemôže vylúčenie alebo obmedzenie oprávnenia vykonávať svoje práva na nekomerčné účely individuálne.

I keď nositeľ práv oznámi organizácii kolektívnej správy, že si bude svoje práva ku všetkým alebo niektorým predmetom ochrany na nekomerčné použitie spravovať individuálne, netýka sa to prípadov povinnej kolektívnej správy, keďže v týchto prípadoch nositeľ práv nie je oprávnený na individuálny výkon svojich majetkových práv (§ 146 ods. 1 AZ).

---

<sup>19</sup> COLLECTING SOCIETY PROJECTS. In: Wiki. Creative commons [online]. 25. november 2013. [https://wiki.creativecommons.org/Collecting\\_Society\\_Projects](https://wiki.creativecommons.org/Collecting_Society_Projects) (15.9.2023)

Okrem vylúčenia kolektívnej správy vo vzťahu k výkonu práv na *nekomerčné* účely podľa § 164 ods. 4 AZ, môže zastupovaný nositeľ práv uskutočniť aj vylúčenie svojich majetkových práv ku všetkým alebo k niektorému zo svojich predmetov a v odbore kolektívnej správy.<sup>20</sup>

Vylúčením podľa tohto ustanovenia sa rozumie právny úkon, ktorý nasleduje potom, ako sa nositeľ práv dá k danému predmetu ochrany zastúpiť (napr. potom, ako uzavrel zmluvu o zastupovaní vo vzťahu ku všetkým svojim autorským dielam). Nositeľ práv je povinný písomne informovať organizáciu kolektívnej správy o vylúčení kolektívnej správy svojich majetkových práv. Dôležité je, že k tomuto vylúčeniu musí dôjsť skôr, ako by nositeľ práv uzavrel zmluvu, ktorou by udelil tretej osobe súhlas na použitie jeho predmetu ochrany. V opačnom prípade platí, že k vylúčeniu kolektívnej správy nedošlo a nositeľ je stále zastupovaný organizáciou kolektívnej správy v pôvodne dohodnutom rozsahu. Zostáva však zachované jeho právo vypovedať zmluvu vcelku alebo čiastočne podľa odseku 6.

Uvedená úprava vyplýva z článku 5 ods. 4 smernice 2014/26/EÚ. Smernica síce neupravuje možnosť vylúčenia individuálnych diel a iných predmetov ochrany, nakoľko je však založená na princípe minimálnej harmonizácie, slovenský zákonodarca prijal úpravu, ktorá je viac v prospech autorov a iných nositeľov práv, keďže umožňuje aj vylúčenie konkrétnych predmetov ochrany.

Zastávame názor, že v rozpore s popísanou právnou úpravou je taká prax organizácie kolektívnej správy, ktorá bráni vylúčeniu jednotlivých diel. Napríklad prax organizácie SOZA je, že vylúčenie je možné iba v odboroch kolektívnej správy, v ktorých sa nechal autor zastupovať prostredníctvom SOZA. To znamená, že SOZA neumožňuje vylúčiť kolektívnu správu ku konkrétnemu dielu, ale iba k *celému repertoáru* v konkrétnom odbore kolektívnej správy. Po takomto vylúčení si musí autor spravovať svoje práva v tomto odbore sám.<sup>21</sup>

Uvedená prax je ale zrejme v rozpore s § 164 ods. 5 AZ, ktorý upravuje, že nositeľ práv zastupovaný organizáciou kolektívnej správy je oprávnený vylúčiť písomne kolektívnu správu svojich majetkových práv ku všetkým alebo k niektorému zo svojich predmetov ochrany a v odbore kolektívnej správy práv v súlade s vydaným oprávnením organizácie kolektívnej správy, pokiaľ nejde o výkon povinnej správy práv.

### **3. ROZŠÍRENÉ LICENCIE A ICH ÚČINKY NA NEZASTUPOVANÝCH NOSITEĽOV PRÁV**

Rozšírené licencie (ang. *extended collective license*, skrátene ECL) sú v slovenskom právnom poriadku upravené ako osobitný typ licenčných zmlúv, ktoré uzatvárajú organizácie kolektívnej správy (§ 79 AZ). Platí pri nich to, že takouto

---

<sup>20</sup> Od vylúčenia podľa tohto odseku treba odlišiť situáciu, keď sa nositeľ práv dá zastúpiť len k niektorým dielam alebo iným predmetom ochrany, ku ktorým vykonáva práva. Takáto situácia sa nepovažuje za vylúčenie, ale za dohodnutie rozsahu predmetov ochrany, ku ktorým bude organizácia kolektívnej správy vykonávať práva podľa § 164 ods. 1 AZ.

<sup>21</sup> SOZA, Chcem sa stať členom [online] <https://moja.soza.sk/stranka/chcem-sa-stat-clenom> (15.9.2023).

zmluvou organizácia kolektívnej správy udeľuje súhlas na použitie všetkých diel (iných predmetov ochrany) zastupovaných nositeľov práv aj tých nositeľov práv, ktorí nie sú touto organizáciou kolektívnej správy zastupovaní, ktorí však nevylúčili kolektívnu správu práv k týmto dielam formou rozšírenej licencie.

Ak teda nezastupovaný autor/nositeľ práv nechce, aby sa jeho obsah licencoval, nestačí, že sa nedá zastúpiť. Aktívne ešte musí realizovať tzv. opt-out a vylúčiť takýto výkon kolektívnej správy. Na rozdiel od toho, pri povinnej kolektívnej správe takýto opt-out urobiť nevie. Pri dobrovoľnej kolektívnej správe vo vzťahu k zákonom definovaným prípadom je to však jediná možnosť, ako udeleniu licencie zabrániť.

Ako bolo uvedené, rozšírené licencie sa uzatvárajú ako hromadné licencie. Nejde teda o individuálne licencie, ale sa nimi udeľuje súhlas na použitie viacerých diel a iných predmetov ochrany, zvyčajne celého repertoáru alebo podstatnej časti repertoáru.

Zoznam spôsobov použitia, pri ktorých môže organizácia kolektívnej správy udeliť rozšírenú licenciu, bol na Slovensku od svojho zavedenia v roku 2015 veľmi široký.<sup>22</sup> Transpozíciou CDSM smernice sa tento okruh ešte rozšíril, čo môže zásadne zasiahnuť do práv nezastupovaných autorov, ktorí nie sú zvyknutí realizovať opt-out proti organizácii kolektívnej správy a v praxi ani nevedia, že takýto súhlas môže udeliť súhlas, resp. že príslušná organizácia aj reálne udelila súhlas na použitie ich diel alebo iných predmetov ochrany. Pokojne tak môže nastať situácia, že paralelne udelí súhlas na použitie nezastupovaný nositeľ práv aj organizácia kolektívnej správy, ktorá udelí rozšírenú licenciu.

Podľa platnej právnej úpravy môže byť rozšírená licencia udelená na nasledujúce spôsoby použitia:

- a) technické predvedenie diela alebo verejný prenos diela v prevádzkarni alebo v inom priestore prostredníctvom technického zariadenia; to nezahŕňa vysielanie, retransmisiu a sprístupňovanie verejnosti,
- b) použitie obchodne nedostupného diela vyhotovením rozmnoženiny, verejným prenosom alebo verejným rozširovaním jeho rozmnoženiny prevodom vlastníckeho práva na nekomerčné účely,
- c) živé predvedenie literárnych diel a vyhotovenie rozmnoženiny, verejné rozširovanie rozmnoženiny prevodom vlastníckeho práva a verejný prenos literárneho diela v rozsahu potrebnom na účel propagácie živého predvedenia,
- d) vysielanie diel vrátane vysielania prostredníctvom satelitu,
- e) vyhotovenie rozmnoženiny literárneho diela,
- f) nájom alebo vypožičanie rozmnoženiny diela,
- g) verejný prenos uskutočňovaný poskytovateľom služby zdieľania obsahu on-line,

---

<sup>22</sup> Kriticky ADAMOVIČ, Z. – HAZUCHA, B. *Autorský zákon. Komentár*. Beck, 2015 (§ 79 a 80). Tiež GERA, M. Extended collective licensing under the new Slovak Copyright Act. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11, 3, 2016, s. 170 – 171 [online] [https://doi.org/10.1093/jiplp/jpv258\\_\(15.9.2023\)](https://doi.org/10.1093/jiplp/jpv258_(15.9.2023)).

- h) sprístupňovanie hudobného diela, literárneho diela, diela výtvarného umenia alebo periodika verejnosti,
- i) vyhotovenie rozmnoženiny diela na účely použitia diela podľa písmena h),
- j) vyhotovenie rozmnoženiny hudobného diela vo forme notového záznamu,
- k) použitie diel obsiahnutých v doplnkovej on-line službe vyhotovením rozmnoženiny a verejným prenosom.

Podľa čl. 12 ods. 2 CDSM smernice majú členské štáty zabezpečiť, aby sa licenčný mechanizmus cez ECL uplatňoval len v jasne vymedzených oblastiach použitia, ak je získanie súhlasov od nositeľov práv na individuálnom základe zvyčajne náročné a nepraktické do tej miery, že požadovaná licenčná transakcia je nepravdepodobná vzhľadom na charakter použitia alebo na druhy dotknutých diel alebo iných predmetov ochrany a zabezpečia, že takýto licenčný mechanizmus chráni oprávnené záujmy nositeľov práv. Čo sa týka slovenskej právnej úpravy, v niektorých prípadoch považujeme zavedenie ECL za adekvátne, ale v niektorých iných, napr. vo vzťahu k vyhotoveniu rozmnoženiny literárneho diela alebo vo vzťahu k sprístupňovaniu verejnosti (na internete), za neadekvátne široký. Dôvodová správa k Autorskému zákonu je však veľmi stručná a neposkytuje adekvátne vysvetlenie, prečo práve pri týchto spôsoboch použitia môže organizácia kolektívnej správy udeliť licenciu aj na nezastupovaný repertoár. Uvádza sa v nej napríklad, že vysielanie diel vrátane vysielania prostredníctvom satelitu vyplýva z čl. 3 ods. 2 satelitnej a káblovej smernice.<sup>23</sup> Ale kým táto smernica upravuje ECL len vo vzťahu k satelitnému vysielaniu pre verejnosť, ktoré sa uskutočňuje súčasne s pozemným vysielaním tej istej vysielacej organizácie, slovenská právna úprava umožňuje udelenie ECL na všetky prípady vysielania.

Sporné tiež je, ako je zabezpečené, aby takýto licenčný mechanizmus chránil oprávnené záujmy nositeľov práv v súlade s čl. 12 CDSM smernice. Na Slovensku totiž nie je zavedený žiaden osobitný mechanizmus notifikovania nositeľov práv ani iný postup na ochranu ich záujmov vo vzťahu k udeleným licenciám. Do zákona sa jedine pridalo ustanovenie, ktoré upravuje, že organizácia kolektívnej správy, ktorá uzatvára rozšírené hromadné licenčné zmluvy, informuje nositeľov práv na svojom webovom sídle o podmienkach udelenia licencie a uzavretia licenčnej zmluvy vrátane práva vylúčiť kolektívnu správu svojich majetkových práv (§ 79 ods. 5 AZ).

## ZÁVER

V úvode sme si vymedzili tri základné výskumné otázky z oblasti zastúpenia, ktoré sme v texte následne bližšie skúmali. V prvej časti sme riešili témy súvisiace so zastupovaním v prípade povinnej kolektívnej správy. Hľadali sme odpoveď na otázku, že či ak sa povinná kolektívna správa v zákonom vymedzených odboroch vzťahuje aj na nositeľov práv, ktorí nie sú zastupovaní, tak či to znamená, že pri ostatných odboroch sa týka len tých, ktorí ňou sú zastupovaní. Na príklade s právom na dodatočnú odmenu (*droit de suite*) sme demonštrovali, aké zásadné nedostatky so

---

<sup>23</sup> Smernica Rady 93/83/EHS z 27. septembra 1993 o koordinácii určitých pravidiel týkajúcich sa autorského práva a príbuzných práv pri satelitnom vysielaní a káblovej retransmisii (Ú. v. L 248).

sebou prináša rozlišovanie prípadov povinnej kolektívnej správy z pohľadu nositeľov práv.

Súčasný neprehľadný stav je však možné prekonať interpretačne, pričom aj uplatnenie si nároku na vyplatenie odmeny zo strany autora voči organizácii kolektívnej správy možno chápať ako zastupovanie v dohodnutom rozsahu. *De lege ferenda* by sme sa však mali vrátiť k pôvodnej úprave pred rokom 2015 a povinná kolektívna sprava by mala mať rovnaké účinky na všetkých nositeľov práv, keďže individuálny výkon týchto práv ani nie je možný. Nárok na podiel z odmeny a/alebo náhrady odmeny z povinnej kolektívnej správy by potom mal patriť tým subjektom, ktoré si tento nárok voči organizácii kolektívnej správy uplatnia. Určite by sa ale nemal robiť rozdiel medzi jednotlivými odbormi.

V druhej časti sme sa venovali otázkam týkajúcim sa limitácie zastupovania v prípade dobrovoľnej kolektívnej správy. Predstavili sme hlavné zásady týkajúce sa zastupovania a jeho rozsahu a pozreli sa bližšie na možnosti dohodnutia si užšieho rozsahu zastúpenia, individuálnej správy práv na nekomerčné účely a kriticky zhodnotili prax týkajúcu sa vylúčenia individuálnych diel z rozsahu zastupovania.

V záverečnej tretej časti sme sa zaoberali otázkami spojenými s rozsahom zastupovania a s vylúčením zastupovania v prípade udelenia rozšírenej licencie. Ide o špecifický inštitút, kedy môže organizácia kolektívnej správy udeliť súhlas na použitie (licenciu) aj vo vzťahu k repertoáru nezastúpených nositeľov práv. Vzhľadom na významné obmedzenie autonómie autorov a iných nositeľov je potrebné veľmi dôsledne dohliadať na limity tohto inštitútu ako na úrovni Autorského zákona, tak aj v praxi.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. ADAMOVÁ, Z. – HAZUCHA, B. *Autorský zákon. Komentár*. Beck, 2015
2. GERA, M. Extended collective licensing under the new Slovak Copyright Act. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11, 3, 2016, s. 170 – 171 [online] <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpv258>
3. JURČOVÁ, M. a kol. *Zastúpenie v súkromnom práve*. Praha : C. H. Beck, 2012
4. TOFT, T. *Collective Rights Management in the On-line World. A review of recent Commission initiatives*. 8. jún 2006, s. 11 – 12 [online] [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2006\\_008\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2006_008_en.pdf) (15.9.2023).
5. WIPO. *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Geneva: WIPO, 3. vyd. 2022 [online] <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-855-22-en-collective-management-of-copyright-and-related-rights.pdf>

### KONTAKT NA AUTORA

[zuzana.adamova@truni.sk](mailto:zuzana.adamova@truni.sk)

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Hornopotočná 23

918 43 Trnava, Slovenská republika

*JUDr. Laura Bachňáková Rózenfeldová, PhD.<sup>1</sup>*

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

**Prienik problematiky ochrany osobných údajov a legislatívy upravujúcej zmluvy o dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb<sup>2</sup>**

**Interconnection between personal data protection and regulation of contracts for the supply of digital content and digital services**

*Abstrakt*

*Problematika ochrany osobných údajov má osobitný význam v kontexte využívania osobných údajov obchodníkmi podnikajúcimi v rôznych oblastiach. Konkrétnym príkladom uvedeného je využívanie osobných údajov pri uzatváraní zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb, kedy môžu byť osobné údaje spotrebiteľov poskytované obchodníkom namiesto poskytnutia peňažného plnenia. Predkladaný príspevok skúma prienik medzi právnou úpravou ochrany osobných údajov a procesom kontraktácie, v rámci ktorého dochádza k poskytnutiu osobných údajov za dodanie digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb s prihliadnutím na aplikovateľnú prax postihovania súvisiacich porušení ochrany osobných údajov zo strany Úradu na ochranu osobných údajov Slovenskej republiky.*

*Kľúčové slová: osobné údaje, zmluva, digitálny obsah, digitálna služba, súhlas.*

*Abstract*

*The issue of personal data protection is of particular importance in the context of the use of personal data in different business areas. A specific example of this is the use of personal data when concluding contracts for the supply of digital content or digital services, when personal data of consumers may be provided to traders instead of monetary payment. The submitted contribution examines the intersection between the regulation of personal data protection and the contracting process, in which personal data is provided as consideration for the supply of digital goods or digital services, considering the applicable practice of prosecuting related violations of personal data protection by the Personal Data Protection Office of the Slovak Republic.*

*Key words: personal data, contract, digital content, digital service, consent.*

**JEL Classification: K120, K240**

<sup>1</sup> JUDr. Laura Bachňáková Rózenfeldová, PhD. je výskumným pracovníkom na Ústave teorie práva Gustava Radbrucha UPJŠ v Košiciach, Právnickej fakulty

<sup>2</sup> Tento príspevok je parciálnym výstupom projektu VEGA 1/0431/23 s názvom „Konkurencia záujmov spotrebiteľov a obchodníkov pri dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb na jednotnom digitálnom trhu s dôrazom na právne a ekonomické aspekty“.



## ÚVOD

Výmena údajov rôzneho charakteru medzi zmluvnými stranami je prirodzenou a nevyhnutnou súčasťou kontraktačného procesu slúžiacou minimálne na identifikáciu zmluvných strán vstupujúcich do vzájomného zmluvného vzťahu. V dôsledku vytvárania nových obchodných modelov však dochádza v období posledných rokov k zmene chápania významu a hodnoty takto vymieňaných údajov medzi zmluvnými stranami. Spomínané obchodné modely totiž spočívajú najmä v sprístupňovaní rôznych služieb (majúcich napríklad povahu služieb informačnej spoločnosti podľa Smernice 2000/31/ES o elektronickom obchode<sup>3</sup>) ich jednotlivým používateľom na prvý pohľad bezplatne, tzn. bez poskytnutia primeraného peňažného protiplnenia zo strany používateľov týchto služieb ich poskytovateľom. Nemožno však v tejto súvislosti tvrdiť, že používatelia neposkytujú poskytovateľom predmetných služieb žiadne protiplnenie. Naopak, podmienkou využívania takýchto služieb je spravidla sprístupňovanie rôznych údajov týkajúcich sa používateľov poskytovateľom takýchto služieb, ktorí tieto údaje dokážu zhodnotiť, a to najmä prostredníctvom zverejňovania reklám a marketingových kampaní tretích strán, z ktorých im spravidla plynie prevažná väčšina ich príjmov. Primárne získavanie príjmov zo zdrojov tretích strán im tak umožňuje poskytovať svoje služby individuálnym používateľom v princípe „bezplatne“.

Problematickou sa však v tejto súvislosti stáva otázka posúdenia povahy takéhoto zmluvného vzťahu, ktorý vzniká medzi poskytovateľom „bezplatnej“ služby a jej používateľom, a to najmä určenie povahy protiplnenia spočívajúceho v poskytnutí údajov týkajúcich sa používateľa. Posúdenie uvedeného je aj predmetom Smernice (EÚ) 2019/770 o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb<sup>4</sup> (ďalej len „Smernica (EÚ) 2019/770“), ktorá stanovuje právny rámec zmlúv uzatváraných medzi obchodníkmi a spotrebiteľmi, ktorých predmetom je dodanie digitálneho obsahu alebo služieb. Predmetom tohto príspevku bude posúdenie tejto ako aj ďalších otázok súvisiacich s prienikom právnej úpravy obsiahnutej v predmetnej smernici a právnej úpravy ochrany osobných údajov. Vzhľadom na transpozičný deficit daný absenciou prijatia relevantnej vnútroštátnej legislatívy implementujúcej predmetnú smernicu v podmienkach Slovenskej republiky budeme v príspevku vychádzať výlučne z textu predmetnej smernice.

### 1. OSOBNÉ ÚDAJE AKO ALTERNATÍVA K PEŇAŽNÉMU PLNENIU?

Ako už bolo spomínané v úvode, vznik nových obchodných modelov založených na získavaní príjmov od tretích strán a nie od primárnych používateľov služieb viedol k zmene vnímania hodnoty údajov poskytovaných jednotlivými používateľmi poskytovateľom, ktorí ich dokážu využiť rôznymi spôsobmi, a to najmä za účelom

<sup>3</sup> Smernica 2000/31/ES Európskeho parlamentu a Rady z 8. júna 2000 o určitých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti na vnútornom trhu, najmä o elektronickom obchode (smernica o elektronickom obchode). *Ú.v. ES L 178, 17.7.2000, s. 1-16.*

<sup>4</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/770 z 20. mája 2019 o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb. *Ú.v. EÚ L 136, 22.5.2019, s. 1-27.*

zefektívnenia zobrazovanej reklamy (napr. lepšie zacielenie reklamy alebo zvýšenie jej dosahu, prípadne zvýšenie participácie používateľov na reklame atď.). Vzhľadom na to, že takéto obchodné modely sú často aplikované aj v prípade dodávania digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb, považoval zákonodarca za potrebné zohľadniť uvedené v Smernici (EÚ) 2019/770 upravujúcej zmluvy, ktorých predmetom je práve dodanie digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb.<sup>5</sup>

Čl. 3 ods. 1 Smernice (EÚ) 2019/770 v tejto súvislosti ustanovuje, že táto smernica sa vzťahuje na každú zmluvu, na základe ktorej obchodník dodáva alebo sa zaväzuje dodať digitálny obsah alebo digitálnu službu spotrebiteľovi a spotrebiteľ platí alebo sa zaväzuje za uvedené dodanie zaplatiť cenu. V tomto prípade tak protiplnenie spotrebiteľa spočíva v „typickom“ protiplnení - v poskytnutí peňažnej sumy za plnenie obchodníka.

Súčasne však toto ustanovenie rozširuje aplikovateľnosť predmetnej právnej úpravy aj na prípady, keď obchodník dodáva alebo sa zaväzuje dodať digitálny obsah alebo digitálnu službu spotrebiteľovi, a spotrebiteľ poskytne alebo sa zaviaže poskytnúť obchodníkovi osobné údaje. Účelom rozšírenia prípadov, na ktoré sa vzťahuje Smernica (EÚ) 2019/770, je predovšetkým snaha zabezpečiť ochranu spotrebiteľov (najmä ich nárok na zmluvné prostriedky nápravy vymedzené v smernici) aj v prípade, ak neposkytujú obchodníkovi protiplnenie vo forme ceny, ale vo forme svojich osobných údajov. Prípady aplikovateľnosti smernice tak budú zahŕňať napríklad situácie, keď si spotrebiteľ otvorí účet na sociálnych médiách a poskytne pritom svoje identifikačné údaje (meno, priezvisko, email a pod.), ktoré sa používajú aj na iné účely, než je len dodávanie digitálneho obsahu alebo digitálnej služby (napríklad na odlišný účel ako je prihlásenie sa používateľa do svojho používateľského účtu) alebo na iné účely, než je dodržiavanie zákonných požiadaviek. Obdobne by sa Smernica (EÚ) 2019/770 mala uplatňovať na prípady, keď spotrebiteľ udelí súhlas s tým, aby obchodník použil akýkoľvek materiál, ktorý predstavuje osobné údaje, ako sú fotografie alebo príspevky, ktoré spotrebiteľ nahrá, na marketingové účely. Členské štáty pritom stále majú možnosť určiť, či sú splnené požiadavky na vytvorenie, existenciu a platnosť zmluvy podľa príslušného vnútroštátneho práva.

V tejto súvislosti je potrebné poukázať na skutočnosť, že ochrana osobných údajov je základným právom vyplývajúcim z čl. 8 Charty základných práv EÚ<sup>6</sup> bližšie upraveným vo Všeobecnom nariadení o ochrane údajov (ďalej len

---

<sup>5</sup> Považujeme za potrebné spomenúť, že potreba zabezpečiť ochranu spotrebiteľov využívajúcich popisované obchodné modely viedla aj k prijatiu ďalších právnych úprav na úrovni práva Európskej únie, najmä Aktu o digitálnych službách (Nariadenie (EÚ) 2022/2065) ako aj Aktu o digitálnych trhoch (Nariadenie (EÚ) 2022/1925). K tomu pozri napríklad: 1) Rudohradská, S. – Treščáková, D. Proposals for the Digital Markets Act and Digital Services Act – broader considerations in context of online platforms. EU 2021 – The future of the EU in and after the pandemic. Osijek: Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2021. S. 487-500. 2) Rudohradská, S. – Hučková, R. – Dobrovičová, G. Present and future - a preview study of Facebook in the context of the submitted proposal for Digital Markets Act. The recovery of the EU and strengthening the ability to respond to new challenges – legal and economic aspects. Osijek: Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2022. S. 489-508.

<sup>6</sup> Charta základných práv Európskej únie. Ú.v. EÚ C 202, 7.6.2016, s. 389-405.

„Nariadenie (EÚ) 2016/679“)<sup>7</sup>, ktoré ustanovuje podmienky nakladania s osobnými údajmi fyzických osôb pri ich spracúvaní prevádzkovateľmi. Recitál 24 Smernice (EÚ) 2019/770 v tejto súvislosti konštatuje, že sa v plnej miere uznáva, že ochrana osobných údajov je základným právom dotknutých osôb, a preto osobné údaje nemožno považovať za komoditu, ktorá je obchodovateľná a ktorá môže byť alternatívou k poskytnutiu peňažného protiplnenia za dodanie digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb. Ako však v tejto súvislosti konštatuje Metzger, chápanie osobných údajov ako základného práva a možnosť považovať osobné údaje za formu protiplnenia nepredstavujú dve navzájom sa vylučujúce kategórie. Autor poukazuje na iné právne oblasti, v ktorých sa uznáva, že osobnostné práva (napríklad práva autora k svojmu dielu) môžu mať aj peňažnú povahu, ktorú môžu ich nositelia práv realizovať. Podľa autora by sa mohol takýto dualizmus rovnako aplikovať aj na vzťah medzi vnímaním údajov v kontexte potreby ich ochrany ako základného práva dotknutých osôb a údajmi chápanými ako obchodovateľná komodita.<sup>8</sup>

Z dôvodu potreby zabezpečiť ochranu spotrebiteľa a zotrval zákonodarca napriek vyššie uvedenému na potrebe aplikovať práva a povinnosti upravené v smernici aj na takú formu zmluvného vzťahu, v ktorom spotrebiteľ neposkytuje obchodníkovi za dodanie digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb cenu, ale „iba“ svoje osobné údaje. Osobné údaje sa pritom obchodníkovi môžu poskytnúť buď v čase uzavretia zmluvy alebo neskôr, napríklad keď spotrebiteľ poskytne obchodníkovi súhlas s tým, že obchodník použije akékoľvek osobné údaje, ktoré môže spotrebiteľ nahráť alebo vytvoriť s použitím digitálneho obsahu alebo digitálnej služby.<sup>9</sup> Vzhľadom na uvedené nedochádza k neodôvodnenej diferenciácii medzi spotrebiteľmi, ktorí využívajú digitálny obsah alebo digitálne služby na základe uhradenia ceny, a spotrebiteľmi prístupujúcimi k digitálnemu obsahu alebo digitálnym službám vďaka prístupneniu ich osobných údajov obchodníkom.

Čl. 3 ods. 1 Smernice (EÚ) 2019/770 vylučuje aplikovateľnosť predmetnej smernice v prípadoch, ak namiesto peňažného plnenia spotrebiteľ poskytuje obchodníkovi svoje osobné údaje, v nasledujúcich dvoch prípadoch:

- a) keď osobné údaje, ktoré poskytol spotrebiteľ, obchodník spracúva výlučne na účely dodania digitálneho obsahu alebo digitálnej služby v súlade s touto smernicou - tzn. v prípade, ak sú osobné údaje spracúvané výlučne za účelom plnenia zmluvných povinností obchodníka;
- b) keď osobné údaje, ktoré poskytol spotrebiteľ, obchodník spracúva výlučne na to, aby bolo obchodníkovi umožnené dodržať právne požiadavky, ktorým obchodník podlieha, a obchodník uvedené údaje nespacúva na žiadne iné účely – napríklad v prípade, ak platná právna úprava vyžaduje registráciu spotrebiteľa z dôvodu bezpečnosti a na identifikačné účely.

<sup>7</sup> Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov). *Ú. v. EÚ L 119, 4.5.2016, s. 1 – 88.*

<sup>8</sup> Metzger, A. et al. Data-related aspects of the Digital Content Directive, 9 (2018) JIPITEC 90, s. 94.

<sup>9</sup> Recitál 24 Smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/770 z 20. mája 2019 o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb. *Ú. v. EÚ L 136, 22.5.2019, s. 1-27.*

Podľa recitálu 25 Smernice (EÚ) 2019/770 sa ustanovenia tejto smernice nebudú tiež aplikovať na situácie, keď obchodník zhromažďuje iba tzv. metaúdaje, ako sú informácie týkajúce sa zariadenia spotrebiteľa (typ zariadenia, používaný softvér, verzia aktualizácie zariadenia atď.) alebo histórie prehľadávania, s výnimkou prípadov, keď sa táto situácia považuje za zmluvu podľa vnútroštátneho práva. Obdobne sa ustanovenia smernice nebudú vzťahovať na prípady, keď je spotrebiteľ bez uzavretia zmluvy s obchodníkom vystavený reklamným oznamom výlučne s cieľom získať prístup k digitálnemu obsahu alebo digitálnej službe. Jednotlivé členské štáty sú však naďalej oprávnené rozšíriť uplatňovanie tejto smernice na uvedené prípady, ako aj upraviť situácie, ktoré sú vylúčené z rozsahu pôsobnosti tejto smernice, odlišným spôsobom.

Osobitne je potrebné v kontexte poskytovania osobných údajov spotrebiteľov obchodníkom posudzovať aj tzv. voľný softvér a softvér s otvoreným zdrojovým kódom, kde je zdrojový kód voľne zdieľaný a používatelia môžu voľne využívať, používať, upravovať a distribuovať softvér alebo jeho upravené verzie. Za účelom zabránenia tvorbe prekážok pri výskume a tvorbe inovácií na trhu s digitálnym obsahom a digitálnymi službami sa vylučuje aplikovateľnosť Smernice (EÚ) 2019/770 na voľný softvér a softvér s otvoreným zdrojovým kódom za predpokladu, že sa tento nedodáva výmenou za cenu a že osobné údaje spotrebiteľa sa používajú výlučne na zvýšenie bezpečnosti, kompatibility alebo interoperability softvéru.<sup>10</sup>

Zaujímavým je v tejto súvislosti porovnanie prijatého znenia Smernice (EÚ) 2019/770 a znenia jej pôvodného návrhu. Návrh rozsahu pôsobnosti predmetnej právnej úpravy sa od konečného znenia odlišoval vo viacerých nižšie popisovaných aspektoch.

Po prvé, pôvodný návrh výslovne konštatoval, že poskytnutie údajov predstavuje tzv. protiplnenie (counter-performance) poskytované spotrebiteľom obchodníkovi na základe uzavretej zmluvy o dodaní digitálneho obsahu (pôvodný návrh bol neskôr rozšírený tak, aby sa vzťahoval aj na poskytovanie digitálnych služieb). Súčasné znenie Smernice (EÚ) 2019/770 sa však vyhýba pomenovaniu osobných údajov ako protiplnenia poskytovaného v rámci takejto obchodnej transakcie. Uvedené zohľadňuje kritiku takéhoto chápania osobných údajov, ktorú vo svojom vyjadrení vyslovil European Data Protection Supervisor<sup>11</sup>, ktorý konštatoval, že napriek existencii trhu osobných údajov nemožno za prípustné považovať speňažovanie základných práv ani ich podrobenie jednoduchým obchodným transakciám, a to ani v prípade, ak by zmluvnou stranou takejto transakcie bola dotknutá fyzická osoba, o ktorej osobné údaje v danom prípade ide.<sup>12</sup> Komplexnú reguláciu ochrany osobných údajov pri ich spracúvaní obsahuje Nariadenie (EÚ) 2016/679, ktoré zohľadňuje aj možnosť nakladania s osobnými údajmi v rámci novovzniknutých obchodných modelov, a predkladaný návrh smernice by nemal do takto nastaveného právneho rámca zasahovať.

---

<sup>10</sup> Ibid. Recitál 32.

<sup>11</sup> European Data Protection Supervisor. Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.

<sup>12</sup> Pre porovnanie prístupu k vnímaniu osobných údajov ako komodity pozri napríklad Metzger, A. et al. Data-related aspects of the Digital Content Directive, 9 (2018) JIPITEC 90, s. 94.

Po druhé, predložený návrh počítal nielen s poskytnutím osobných, ale aj akýchkoľvek iných údajov ako protihodnoty za plnenie poskytnuté obchodníkom. Vzhľadom však na širokú definíciu pojmu osobné údaje by bolo možné akékoľvek informácie poskytnuté spotrebiteľom obchodníkovi v rámci ich zmluvného vzťahu zaradiť do kategórie osobných údajov. Z uvedeného rozlíšenia osobných a iných údajov sa z tohto dôvodu v konečnej verzii smernice upustilo.

Po tretie, rozsah pôsobnosti pôvodného návrhu smernice bol limitovaný v prípade poskytnutia osobných alebo iných údajov ako protiplnenia iba na prípad, ak boli takéto údaje aktívne poskytnuté spotrebiteľom. Rozlíšenie aktívneho a pasívneho poskytnutia osobných údajov dotknutou osobou (spotrebiteľom) prevádzkovateľovi (obchodníkovi) spracúvajúcej tieto osobné údaje pritom Nariadenie (EÚ) 2016/679 nepozná. Rovnaká ochrana prislúcha osobným údajom dotknutých osôb v prípade ich aktívneho poskytnutia zo strany dotknutej osoby prevádzkovateľovi, ako aj v prípade skrytého spracúvania údajov, keď si dotknutá osoba ani neuvedomuje, že dochádza k takémuto spracúvaniu. Dôsledkom ponechania tohto rozlišovania by v praxi bolo, že by sa smernica nevzťahovala na prípady, keď obchodníci využívajú osobné údaje spotrebiteľov, ktoré im títo aktívne neposkytli, ale ku ktorým získali prístup inak, napr. vlastným vyhľadávaním a zberom údajov.<sup>13</sup>

Napriek rešpektovaniu viacerých výhrad vymedzených vo vyjadrení European Data Protection Supervisor však prijaté znenie Smernice (EÚ) 2019/770 naďalej zotrvalo na potrebe rozšíriť jej pôsobnosť aj na zmluvné vzťahy, ktorých predmetom je dodanie digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb, za poskytnutie ktorých nedochádza k poskytnutiu peňažného protiplnenia zo strany spotrebiteľa, ale k sprístupneniu jeho osobných údajov. Vďaka uvedenému tak nedochádza vyňatiu spotrebiteľov, ktorí prístupujú k digitálnemu obsahu alebo k digitálnym službám na základe sprístupnenia ich osobných údajov obchodníkovi, spod ochrany poskytovanej predmetnou smernicou.

## **2. PRIENIK S PRÁVNOU ÚPRAVOU OCHRANY OSOBNÝCH ÚDAJOV**

### **2.1. Rozsah pôsobnosti právnej úpravy**

Vzhľadom na to, že pri uzatváraní zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb môže dôjsť k spracúvaniu osobných údajov dotknutých osôb, je potrebné precizovať aplikovateľnú právnu úpravu pre takéto spracúvanie. V súlade so závermi uvádzanými v predchádzajúcej kapitole, čl. 3 ods. 8 Smernice (EÚ) 2019/770 ustanovuje, že právo Únie vzťahujúce sa na ochranu osobných údajov (najmä Nariadenie (EÚ) 2016/679 ale aj ďalšie súvisiace právne predpisy) sa uplatňuje na všetky osobné údaje spracúvané v súvislosti so zmluvami o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb. Smernicou (EÚ) 2019/770 tak nie je aplikovateľnosť nariadenia (EÚ) 2016/679 dotknutá. V prípade konfliktu medzi ustanoveniami tejto smernice a právom EÚ vzťahujúcim sa na ochranu osobných údajov má prednosť právo EÚ.

---

<sup>13</sup> Pozri Romain, R. – Smit, L. The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law. ERA Forum, 2018. DOI 10.1007/s12027-018-0506-7. S. 165-166.

## 2.2. Právny základ spracúvania osobných údajov

V prípade, ak má v súvislosti so zmluvami o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb dochádzať k spracúvaniu osobných údajov dotknutých osôb, je potrebné určiť vhodný právny základ oprávňujúci prevádzkovateľa spracúvať takéto osobné údaje. Právne základy pre spracúvanie osobných údajov ustanovuje čl. 6 Nariadenia (EÚ) 2016/679 ako aj § 13 ods. 1 zákona č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Podmienky pre zákonné spracúvanie osobných údajov tak nie sú predmetom úpravy obsiahnutej v Smernici (EÚ) 2019/770. V dôsledku toho je akékoľvek spracovanie osobných údajov v súvislosti so zmluvou, ktorá patrí do rozsahu pôsobnosti tejto smernice, zákonné, len ak je v súlade s ustanoveniami Nariadenia (EÚ) 2016/679, pokiaľ ide o právny základ spracovania osobných údajov.<sup>14</sup>

Vo vzťahu k zmluvám o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb bude do úvahy prichádzať najmä aplikácia týchto právnych základov:

- a) **plnenie zmluvy**, kedy prevádzkovateľ (obchodník) nebude potrebovať súhlas dotknutej osoby (spotrebiteľa) na spracúvanie jej osobných údajov, ktoré sú nevyhnutné na plnenie zmluvy (napríklad spracúvanie emailovej adresy spotrebiteľa za účelom doručenia digitálneho obsahu alebo poskytnutia digitálnej služby);
- b) **súhlas dotknutej osoby** (spotrebiteľa), ktorý by sa mal poskytnúť jasným prejavom vôle, ktorý je slobodným, konkrétnym, informovaným a jednoznačným vyjadrením súhlasu dotknutej osoby so spracúvaním osobných údajov, ktoré sa jej týkajú, a to napríklad písomným vyhlásením vrátane vyhlásenia prostredníctvom elektronických prostriedkov alebo ústnym vyhlásením;
- c) **oprávnené záujmy prevádzkovateľa** (obchodníka) s výnimkou prípadov, keď nad týmito záujmami prevažujú záujmy alebo práva dotknutej osoby vyžadujúce si ochranu osobných údajov.

## 2.3. Odvolanie súhlasu

Nariadenie (EÚ) 2016/679 upravuje aj právo dotknutých osôb kedykoľvek odvolať svoj súhlas so spracovaním osobných údajov, ktoré sa ich týkajú. Právo odvolať súhlas dotknutej osoby so spracovaním osobných údajov možno uplatňovať v plnom rozsahu aj v súvislosti so zmluvami, ktorých predmetom je dodávanie digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb, a to aj v prípade ukončenia zmluvy spotrebiteľom. Ako totiž uvádza Recitál 39 Smernice (EÚ) 2019/770, právom spotrebiteľa na ukončenie zmluvy v súlade s touto smernicou by nemalo byť dotknuté právo spotrebiteľa odvolať akýkoľvek súhlas vyjadrený v súvislosti so spracúvaním osobných údajov spotrebiteľa podľa Nariadenia (EÚ) 2016/679.

---

<sup>14</sup> Recitál 38 Smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/770 z 20. mája 2019 o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb. *Ú.v. EÚ L 136, 22.5.2019, s. 1-27.*

Dôsledky odvolania súhlasu dotknutej osoby budú predmetom právnej úpravy Nariadenia (EÚ) 2016/679, ktoré v čl. 7 ods. 3 ustanovuje, že odvolanie súhlasu nemá vplyv na zákonnosť spracúvania osobných údajov založeného na súhlase pred jeho odvolaním. V prípade odvolania súhlasu so spracovaním osobných údajov spotrebiteľom bude otázne, či obchodník bude naďalej pokračovať v dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb spotrebiteľovi, a to najmä v prípade, ak spotrebiteľ neposkytuje za takéto dodanie obchodníkovi žiadne iné protiuplnenie.

#### **2.4. Nesúlad s Nariadením (EÚ) 2016/679 predstavujúci nesúlad s požiadavkami súladu podľa Smernice (EÚ) 2019/770**

Smernica (EÚ) 2019/770 za účelom ochrany spotrebiteľa ustanovuje subjektívne (čl. 7) a objektívne (čl. 8) požiadavky súladu, ktoré vymedzujú vlastnosti digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb, pri splnení ktorých možno dodaný digitálny obsah alebo digitálne služby považovať za súladné so zmluvou (subjektívne požiadavky súladu) alebo všeobecne s právnou úpravou zmlúv o ich dodaní (objektívne požiadavky súladu). Podľa Recitálu 48 Smernice (EÚ) 2019/770 bude možné za nesúlad so subjektívnymi alebo objektívnymi požiadavkami súladu vymedzenými v smernici považovať aj prípad zisteného nesúladu s požiadavkami stanovenými v Nariadení (EÚ) 2016/679. S ohľadom na súčasnú prax postihovania porušení práv na ochranu osobných údajov zo strany Úradu na ochranu osobných údajov v podmienkach Slovenskej republiky pôjde najmä o prípady porušenia základných zásad spracúvania osobných údajov (predovšetkým porušenie zásady zákonnosti, transparentnosti, ale aj zásady minimalizácie údajov a doby ich uchovávanía). Konkrétnym príkladom nesúladu so subjektívnymi požiadavkami súladu bude napríklad prípad, keď obchodník výslovne prevezme v zmluve záväzok súvisiaci aj s povinnosťami obchodníka vyplývajúcimi z Nariadenia (EÚ) 2016/679. Na strane druhej bude príklad nesúladu s objektívnymi požiadavkami súladu predstavovať situácia, keď by nesúlad s povinnosťami vymedzenými v Nariadení (EÚ) 2016/679 mohol zároveň spôsobiť, že dodávaný digitálny obsah alebo digitálna služba nebude vhodný na zamýšľaný účel – jedna z objektívnych požiadaviek súladu totiž vyžaduje, aby boli digitálny obsah alebo digitálne služby vhodné na účely, na ktoré sa digitálny obsah alebo digitálna služba rovnakého druhu bežne používajú. Podľa citovaného Recitálu 48 by išlo napríklad o prípad, keď obchodník so softvérom na šifrovanie údajov nevykoná vhodné opatrenia, ako sa vyžaduje v Nariadení (EÚ) 2016/679, aby sa zabezpečilo, že sa neoprávneným príjemcom neumožní prístup k špecificky navrhnutým osobným údajom, a tým sa šifrovací softvér stane nespôsobilým na zamýšľaný účel, ktorým je bezpečný prenos údajov zo strany spotrebiteľa zamýšľanému príjemcovi. Ďalším príkladom objektívnej požiadavky na súlad je povinnosť zabezpečiť také vlastnosti digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb, ktoré sú bežné pre digitálny obsah alebo digitálne služby rovnakého druhu, a ktoré môže spotrebiteľ odôvodnene očakávať. Porušenie tejto požiadavky by nastalo napríklad v prípade, ak by obchodník so žiadosťou o online nákup neprijal opatrenia stanovené v Nariadení (EÚ) 2016/679 týkajúce sa bezpečnosti spracovania osobných údajov spotrebiteľa a v dôsledku toho by bola informácia o kreditnej karte

spotrebiteľa vystavená škodlivému softvéru alebo sledovaciemu programu (spyware). V tomto prípade spotrebiteľ odôvodnene očakáva, že žiadosť tohto druhu by za normálnych okolností mala disponovať prvkami, ktoré by bránili zverejňovaniu údajov o platbe, čo by v danom prípade nebolo zabezpečené.

V prípade, kedy je nesúlad so subjektívnymi alebo objektívnymi požiadavkami súladu vymedzenými v Smernici (EÚ) 2019/770 daný nesúladom s Nariadením (EÚ) 2016/679, je spotrebiteľ oprávnený využiť prostriedky nápravy stanovené všeobecne v Smernici (EÚ) 2019/770 pre prípad nesúladu s výnimkou prípadov, keď je už zmluva neplatná alebo napadnuteľná podľa vnútroštátneho práva.

### **3. ROZHODOVACIA ČINNOSŤ ÚRADU NA OCHRANU OSOBNÝCH ÚDAJOV SLOVENSKEJ REPUBLIKY**

Pri skúmaní rozhodovacej činnosti Úradu na ochranu osobných údajov SR (ďalej len „úrad“) možno v súvislosti s problematikou zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb poukázať najmä na rozhodnutia týkajúce sa využitia jedného z právnych základov oprávňujúcich prevádzkovateľov na spracúvanie osobných údajov dotknutých osôb – súhlasu. Uvedené je dôležité najmä v kontexte popisovaných obchodných modelov, pri ktorých spotrebiteľia poskytujú obchodníkom, ktorí im dodávajú digitálny obsah alebo digitálne služby, svoje osobné údaje namiesto peňažného protiplnenia, keďže práve v týchto prípadoch býva spravidla súčasťou takejto obchodnej transakcie poskytnutie súhlasu spotrebiteľa ako dotknutej osoby obchodníkovi, ktorý je v kontexte právnej úpravy Nariadenia (EÚ) 2016/679 prevádzkovateľom.

Prvým rozhodnutím, ktoré možno v tejto súvislosti spomenúť, je rozhodnutie úradu č. 00704/2020-Os-1<sup>15</sup> vo veci prevádzkovateľa – spoločnosti Internet Mall Slovakia, s.r.o., ktorej predmetom činnosti je prevádzka internetového obchodu mall.sk. Pri internetovom predaji tovaru touto spoločnosťou dochádza k spracúvaniu osobných údajov rôznych kategórií dotknutých osôb, a to nielen osôb, ktoré si tovar prostredníctvom internetovej stránky prevádzkovej prevádzkovateľom zakúpia, ale aj tzv. neregistrovaných zákazníkov, ktorými sa rozumejú dotknuté osoby bez predchádzajúceho zmluvného vzťahu s prevádzkovateľom, ktorých údaje sú spracúvané na základe udeleného súhlasu primárne na účely zasielania informácií o novinkách, akciových ponukách, zľavách a cenových akciách prevádzkovateľa. Ako nesúladný s právnou úpravou udelenia súhlasu so spracovaním osobných údajov bol identifikovaný prevádzkovateľom používaný spôsob udeľovania súhlasu so spracovaním údajov v prípade vytvorenia objednávky zo strany neregistrovaných zákazníkov. Tento proces totiž zahŕňal vopred označené políčko prezumujúce udelenie súhlasu dotknutej osoby so zasielaním informácií o novinkách, zľavách a cenových akciách. Napriek tomu, že samotné Nariadenie (EÚ) 2016/679 umožňuje udelenie súhlasu na základe označenia políčka pri návšteve internetového webového sídla, z udelenia súhlasu musí byť zrejmé, že dotknutá osoba skutočne súhlasí s navrhovaným spracúvaním jej osobných údajov. Uvedené je dané v prípade, ak

---

<sup>15</sup> Rozhodnutie Úradu na ochranu osobných údajov Slovenskej republiky z 1.6.2020, číslo 00704/2020-Os-1.



dotknutá osoba udelila súhlas svojim aktívnym konaním. Pasívne konanie spočívajúce napríklad vo vopred označených políčkach alebo v nečinnosti dotknutej osoby nemožno v tejto súvislosti považovať za platné udelenie súhlasu, keďže súhlas nemožno podľa platnej právnej úpravy prezumovať (nahradenie tzv. opt-out princípu princípom opt-in). Ako v tejto súvislosti uvádza úrad, „z konania dotknutej osoby musí byť zrejmé, že poskytla súhlas s konkrétnym spracovaním jej údajov. V online prostredí to znamená, že využitie predvolenej možnosti (vopred označené políčko so súhlasom, ktoré musí dotknutá osoba odznačiť, keď chce spracúvanie osobných údajov zmeniť alebo odmietnuť), nepredstavuje jednoznačný súhlas.“<sup>16</sup> Z dôvodu tohto zistenia úrad v predmetnej veci konštatoval, že prevádzkovateľ nepreukázal, že dotknuté osoby svojim aktívnym prejavom vôle vyjadrujú súhlas so spracovaním ich osobných údajov na vyššie vymedzené reklamné účely, čím konal v rozpore s čl. 7 v nadväznosti na čl. 4 ods. 1 Nariadenia (EÚ) 2016/679. Uvedené konanie prevádzkovateľa bolo súčasne vyhodnotené zo strany úradu ako netransparentné vzhľadom na to, že prevádzkovateľ neposkytol dotknutým osobám informácie, na základe ktorých by im bolo jasné, že sa získavajú, používajú alebo inak spracúvajú ich osobné údaje, ktoré sa ich týkajú, ako aj informácie o tom, v akom rozsahu sa tieto údaje spracúvajú. S prihliadnutím na vyššie uvedené okolnosti úrad uložil prevádzkovateľovi pokutu vo výške 2.500,- Eur.

Ďalším rozhodnutím, ktoré možno v tejto súvislosti spomenúť, je rozhodnutie úradu č. 00006/2021-Os-2<sup>17</sup> vo veci prevádzkovateľa – spoločnosti Baťa Slovensko, a.s.. V predmetnom rozhodnutí úrad obdobne sankcionoval prevádzkovateľa z dôvodu porušenia právnej úpravy týkajúcej sa spôsobu udeľovania súhlasu so spracovaním osobných údajov. Konkrétne prevádzkovateľ porušil zásadu zákonnosti podľa čl. 5 ods. 1 písm. a) Nariadenia (EÚ) 2016/679 tým, že používal registračný formulár na registráciu dotknutej osoby ako člena tzv. Baťa klubu, v ktorom dotknutá osoba vyjadruje jediným svojim súhlasom súhlas so spracovaním svojich osobných údajov nielen na účel vymedzený vo formulári (marketing a komunikácia), ale aj na ďalšie účely, ktoré sú vymedzené v inom internom dokumente prevádzkovateľa (dokument s názvom „Zásady spracovania osobných údajov“). Uvedené pritom nemožno považovať za slobodne poskytnutý súhlas dotknutej osoby, keďže takýmto konaním získava prevádzkovateľ kumulatívny súhlas, ktorý zahŕňa súhlas so spracúvaním osobných údajov dotknutej osoby na viaceré samostatné účely, ku ktorým by mal byť poskytnutý samostatný súhlas dotknutej osoby. Úrad v tejto súvislosti udelil prevádzkovateľovi pokutu vo výške 2.900,- Eur ako aj povinnosť upraviť znenia súhlasov dotknutých osôb pri ich registrácii do Baťa klubu v súlade so zásadou zákonnosti tak, aby vyjadrením súhlasu dotknutej osoby súčasne nedochádzalo aj k udeleniu súhlasu na ďalšie odlišné účely nedefinované priamo v používanom registračnom formulári.

---

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Rozhodnutie Úradu na ochranu osobných údajov Slovenskej republiky z 4.1.2021, číslo 00006/2021-Os-2.

## ZÁVER

Predmetom predkladaného príspevku bolo posúdenie existujúcich prienikov medzi právnou úpravou zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb obsiahnutou v Smernici (EÚ) 2019/770 a reguláciou ochrany osobných údajov v Nariadení (EÚ) 2016/679. Príspevok poukázal na viaceré prepojenia týchto právnych úprav, a to najmä v súvislosti s novými obchodnými modelmi využívajúcimi osobné údaje dotknutých osôb ako aktíva využiteľné pri obchodovaní s tretími osobami, ktorých predmetom je najmä zverejňovanie reklám tretích osôb, ktoré zefektívňuje práve využitie osobných údajov používateľov využívajúcich tieto služby spravidla bez poskytnutia inej formy protiplnenia než sú ich osobné údaje. Napriek skutočnosti, že slovenský zákonodarca doposiaľ netransponoval Smernicu (EÚ) 2019/770 do vnútroštátneho právneho poriadku, bude pri jej transpozícii nevyhnutné prihliadnuť na uvádzané aspekty právnej úpravy ochrany osobných údajov. Zohľadniť pritom bude potrebné nielen aplikovateľnú právnú úpravu ochrany osobných údajov, ale aj rozhodovacia prax príslušných orgánov konajúcich o porušeníach práva na ochranu osobných údajov, najmä Úradu na ochranu osobných údajov SR, napríklad vo vzťahu k posudzovaniu platnosti súhlasu so spracovaním osobných údajov. Práve súhlas bude v kontexte poskytovania digitálnych tovarov, ale najmä digitálnych služieb, často predstavovať právny základ spracúvania osobných údajov v konkrétnom prípade. Zaujímavou otázkou bude tiež spôsob, akým sa zákonodarca vysporiada v legislatíve s možnosťou založenia porušenia subjektívnych alebo objektívnych požiadaviek súladu v rámci zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu alebo digitálnych služieb v dôsledku zistenia porušenia právnej úpravy ochrany osobných údajov.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. Charta základných práv Európskej únie. *Ú.v. EÚ C 202*, 7.6.2016, s. 389-405.
2. European Data Protection Supervisor. Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.
3. Metzger, A. et al. Data-related aspects of the Digital Content Directive, 9 (2018) JIPITEC 90, s. 94.
4. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov). *Ú. v. EÚ L 119*, 4.5.2016, s. 1 – 88.
5. Romain, R. – Smit, L. The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law. ERA Forum, 2018. DOI 10.1007/s12027-018-0506-7. S. 165-166.
6. Rozhodnutie Úradu na ochranu osobných údajov Slovenskej republiky zo dňa 1.6.2020, číslo 00704/2020-Os-1.

7. Rozhodnutie Úradu na ochranu osobných údajov Slovenskej republiky zo dňa 4.1.2021, číslo 00006/2021-Os-2.
8. Rudohradská, S. – Treščáková, D. Proposals for the Digital Markets Act and Digital Services Act – broader considerations in context of online platforms. EU 2021 – The future of the EU in and after the pandemic. Osijek: Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2021. S. 487-500.
9. Rudohradská, S. – Hučková, R. – Dobrovičová, G. Present and future - a preview study of Facebook in the context of the submitted proposal for Digital Marktes Act. The recovery of the EU and strengthening the ability to respond to new challenges – legal and economic aspects. Osijek: Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2022. S. 489-508.
10. Smernica 2000/31/ES Európskeho parlamentu a Rady z 8. júna 2000 o určitých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti na vnútornom trhu, najmä o elektronickom obchode (smernica o elektronickom obchode). *Ú.v. ES L 178, 17.7.2000, s. 1-16.*
11. Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/770 z 20. mája 2019 o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu a digitálnych služieb. *Ú.v. EÚ L 136, 22.5.2019, s. 1-27.*
12. zákon č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov

#### **KONTAKT NA AUTORA**

[laura.rozenfeldova@upjs.sk](mailto:laura.rozenfeldova@upjs.sk)

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

**Vzájomné zmluvné zastúpenie medzi členmi štatutárneho orgánu  
(R 10/2023)**

**Mutual contractual representation between members of the statutory  
body (R 10/2023)**

*Abstrakt*

*Predkladaný príspevok sa zaoberá otázkou a kritériami prípustnosti zmluvného zastúpenia v situácii, kedy je spôsob konania zakladateľským aktom (resp. stanovami) obchodnej spoločnosti upravený tak, že v jej mene sú oprávnení a povinní konať spoločne vždy najmenej dvaja členovia kolektívneho štatutárneho orgánu a zároveň dochádza k tomu, že jeden z týchto členov udelil plnú moc na svoje zastupovanie druhému členovi štatutárneho orgánu. Uvedený problém analyzujeme aj v kontexte nedávnej judikatúry Najvyššieho súdu SR (R 10/2023).*

*Kľúčové slová: obchodná spoločnosť, kolektívny štatutárny orgán, pravidlo štyroch očí, zastúpenie, R 10/2023.*

*Abstract*

*The present paper deals with the question and criteria of admissibility of contractual representation in the situation when the manner of acting is regulated by the constituent act (or articles of association) of a commercial company in such a way that at least two members of the collective statutory body are always authorised and obliged to act jointly on behalf of the company and at the same time there is a situation when one of these members has granted a power of attorney for his representation to the other member of the statutory body. We also analyse the above problem in the context of the recent case law of the Supreme Court of the Slovak Republic (R 10/2023).*

*Key words: trading company, collective statutory body, the four-eyes principle, representation, R 10/2023.*

**JEL Classification: K12**

---

<sup>1</sup> Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0424 a VEGA č. 1/0259/22.

## ÚVOD

Zjednocovací senát Obchodnoprávneho kolégia najvyššieho súdu sa na svojom jarnom kolégiu (2023) zaoberal návrhom právnej vety reagujúcej na situáciu, kedy je spôsob konania kolektívneho štatutárneho orgánu (predstavenstva) akciovej spoločnosti v súlade s § 191 ods. 1 Obchodného zákonníka (ďalej aj „**OBZ**“) stanovami upravený tak, že v mene spoločnosti sú oprávnení a povinní konať spoločne vždy najmenej dvaja členovia predstavenstva a zároveň dochádza k tomu, že jeden z týchto členov udelil inému členovi plnomocenstvo na svoje zastupovanie.

Judikát R 10/2023 (uznesenie NS SR sp. zn. 4Obdo/114/2020 zo dňa 14.12.2021) sa v rámci naznačenej otázky zaoberá vymedzením rozsahu oprávnenia splnomocnenca (zástupcu) vykonávať právne úkony v mene splnomocniteľa (zastúpeného) podľa § 31 Občianskeho zákonníka (ďalej len „**OZ**“). Hoci sa pôvodný návrh právnej vety dotýkal posúdenia prípustnosti generálneho a individuálneho splnomocnenia,<sup>2</sup> jej finálna podoba publikovaná v Zbierke stanovísk Najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov Slovenskej republiky bola rozšírená aj o stanovisko k prípustnosti špeciálneho plnomocnenstva.<sup>3</sup>

Predmetný judikát má zároveň rozšírený význam, keďže spoločné konanie viacerých členov štatutárneho orgánu, resp. ich vzájomné zastúpenie, prichádzajú do úvahy nielen v akciovej spoločnosti, ale obdobne tiež vo všetkých ostatných právnych formách obchodných spoločností (*porov.* § 85 OBZ pre verejnú obchodnú spoločnosť, § 101 ods. 1 OBZ pre komanditnú spoločnosť, § 133 ods. 1 OBZ pre spoločnosť s ručením obmedzeným a § 220zc ods. 1 OBZ pre jednoduchú spoločnosť na akcie), a tiež v družstve (*porov.* § 243 ods. 3 OBZ).

V predkladanom príspevku analyzujeme a systematizujeme závery judikátu R 10/2023 z pohľadu ich súladu s doterajšou judikatúrou a doktrínou týkajúcich sa zmluvného zastúpenia a konania štatutárnych orgánov obchodných spoločností. Vo svetle týchto záverov zároveň venujeme osobitnú pozornosť problematike a kritériám posudzovania miery určitosti udeleného plnomocnenstva.

## 1. SPÔSOB KONANIA ŠTATUTÁRNEHO ORGÁNU – PRAVIDLO ŠTYROCH OČÍ

Určenie spôsobu konania prichádza do úvahy v prípade plurality členov štatutárneho orgánu, teda tak u kolektívneho štatutárneho orgánu, ako aj v situácii,

---

<sup>2</sup> Podľa pôvodného návrhu právnej vety: „*Ak stanovy spoločnosti určujú, že v mene spoločnosti musia konať spoločne najmenej dvaja členovia predstavenstva, člen predstavenstva môže udeliť individuálnu plnú moc na konkrétny právny úkon inému členovi predstavenstva. Je však neprípustné, aby pri takomto spôsobe konania v mene spoločnosti členovia predstavenstva udelili generálnu plnú moc len jednému z nich.*“

<sup>3</sup> Podľa finálnej verzie právnej vety: „*Ak stanovy spoločnosti určujú, že v mene spoločnosti musia konať spoločne najmenej dvaja členovia predstavenstva, člen predstavenstva môže udeliť individuálnu plnú moc na konkrétny právny úkon inému členovi predstavenstva. Je však neprípustné, aby pri takomto spôsobe konania v mene spoločnosti členovia predstavenstva udelili len jednému z nich generálnu (všeobecnú) plnú moc alebo plnú moc, rozsah ktorej je vymedzený iba druhom právnych úkonov.*“

kedy má spoločnosť viacero individuálnych štatutárnych orgánov, ako je tomu napríklad v prípade viacerých konateľov spoločnosti s ručením obmedzeným, ktorí však nepredstavujú skutočný kolektívny orgán.<sup>4</sup> Spôsob konania potom stanovuje, či je člen takéhoto štatutárneho orgánu oprávnený konať v mene obchodnej spoločnosti sám alebo či majú konať viacerí členovia spoločne.<sup>5</sup> Posudzuje sa teda, koľko členov štatutárneho orgánu musí spolupôsobiť pri robení právneho úkonu tak, aby zaväzoval obchodnú spoločnosť ako právnickú osobu.<sup>6</sup> Možno zároveň dodať, že stanovená kolektívna súčinnosť sa vyžaduje iba pri aktívnom, a nie pasívnom právnom konaní (napr. pri doručení písomností, či pri platení).<sup>7</sup>

Východisková zákonná úprava konania v mene spoločnosti je založená na samostatnom konaní členov štatutárneho orgánu.<sup>8</sup> Určenie spôsobu konania štatutárneho orgánu odlišne od dispozitívnych pravidiel Obchodného zákonníka zákon zveruje spoločníkom (akcionárom), ktorí túto otázku môžu upraviť v príslušnom zakladateľskom akte, príp. stanovách spoločnosti.<sup>9</sup> Týmto spôsobom je možné nastaviť taký spôsob konania v mene spoločnosti, ktorý čo najviac reflektuje požiadavky spoločníkov.<sup>10</sup> Spoločníci teda vyjadrujú svoju vôľu, aby v mene spoločnosti nekonal len niektorý z členov štatutárneho orgánu samostatne, čím sa v praxi sleduje najmä zabezpečenie zvýšenej kontroly a spoločnej zodpovednosti spoločne konajúcich členov štatutárneho orgánu a tým aj minimalizácia rizika zneužitia konateľského oprávnenia.

---

<sup>4</sup> K tomu bližšie napr. FRINDRICH, J. a kol. [Komentár k § 133]. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník: veľký komentár. Zväzok I (§1 až 260)*. 2. vyd. Bratislava : Wolters Kluwer, 2022. Dostupné v Systéme ASPI: ASPI\_ID KO513\_b1991SK; porovnaj tiež napr. rozsudok NS ČR sp. zn. 27 Cdo 4593/2017 zo dňa 23.07.2019 (bod 25.): „Právnická osoba si tvorí orgány buď o jednom člene (a pak jde o individuální orgán), anebo o více členech (a pak jde o orgán kolektivní) [§ 152 odst. 1 o. z.]. Z toho také vychází § 164 odst. 2 věta první o. z., podle něhož je-li působnost statutárního orgánu svěřena více osobám, tvoří kolektivní statutární orgán. Z uvedeného pravidla upravují výjimku např. § 44 odst. 5 a § 194 odst. 1 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích) [dále jen „z. o. k.“], z nichž plyne, že má-li společnost s ručením omezeným více jednatelů, představuje každý z nich individuální statutární orgán (neurčí-li společenská smlouva, že více jednatelů tvoří kolektivní orgán – § 44 odst. 5 a § 194 odst. 2 z. o. k.).“

<sup>5</sup> OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodné právo 2. Obchodné spoločnosti a družstvo*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2020, s. 255.

<sup>6</sup> CSACH, K. [Komentár k § 13]. In OVEČKOVÁ a kol. 2022, *op. cit.*

<sup>7</sup> ROUČEK, F. *Česko-slovenské právo obchodní. II. část zvláštní A (Právo kupecké a obchodové)*. Praha: V. Linhart, 1939, s. 39. Citované podľa: EICHLEROVÁ, K. *Zastopení podnikatele*. Praha: Wolters Kluwer, 2022, s. 345.

<sup>8</sup> OVEČKOVÁ a kol. 2020, *op. cit.*, s. 255.

<sup>9</sup> Porovnaj uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 114/2014 zo dňa 19.03.2014: „Počet konateľov každej spoločnosti s ručením obmedzeným, ako aj spôsob ich konania v mene spoločnosti určujú výhradne spoločníci v spoločenskej zmluve, resp. spoločník v zakladateľskej listine. Bezvýnimочно spoločné konanie všetkých konateľov, resp. samostatné konanie každého z konateľov ustanovené zakladateľskou listinou sťažovateľa je teda prejavom suverénnej a slobodnej vôle spoločníka sťažovateľa, aby konatelia, resp. konateľ pri právnych úkonoch, ktorými zaväzujú spoločnosť, konali práve tak, ako to spoločník vyjadril v zakladateľskej listine.“

<sup>10</sup> FILIP, V., LASÁK, J. [Komentár k § 435]. In LASÁK, J. a kol. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář (§ 1 – 786)*. Praha : Wolters Kluwer, 2014. ISBN 978-80-747-8537-5. Dostupné v Systéme ASPI: ASPI\_ID KO90\_2012CZ.

Obvyklým spôsobom úpravy spôsobu konania je zavedenie tzv. „pravidla štyroch (a viacerých) očí“, teda určenie, že na konanie v mene spoločnosti (t. j. na prejavenie jej vôle) je vždy potrebná vzájomná súčinnosť dvoch alebo viacerých (prípadne aj všetkých) jednotlivých členov štatutárneho orgánu, a to v takom počte a takej kombinácii (aj menovito určených členov), ako stanoví spoločenská zmluva alebo stanovy.<sup>11</sup> Takéto konanie štatutárneho orgánu predstavuje spôsob, akým právnická osoba navonok vystupuje, a je účinné voči tretím osobám. Ak by teda v naznačenej situácii konal člen štatutárneho orgánu samostatne, právny úkon by obchodnú spoločnosť nezaväzoval.<sup>12</sup>

O osobitný model určenia spôsobu konania štatutárneho orgánu ide vtedy, ak jeho úprava predpokladá, že menom spoločnosti môže konať aj jediný člen štatutárneho orgánu, ktorý je na to štatutárnym orgánom poverený. V takom prípade teda o poverení rozhoduje priamo štatutárny orgán, pričom dokladom oprávňujúcim konať v mene spoločnosti je v takom prípade spravidla zápisnica z jeho zasadnutia, na ktorom bol príslušných člen štatutárneho orgánu na konanie spoločnosť poverený.<sup>13</sup> Vo vzťahu k ďalšej analýze je potrebné uviesť, že v danom prípade sa oprávnenie samostatného člena konať za štatutárny orgán, resp. v mene obchodnej spoločnosti, nezakladá na udelenom plnomocenstve. Základom jeho oprávnenia totiž nie je úkon jednotlivého člena štatutárneho orgánu, ani obchodnej spoločnosti, ale uznesenie štatutárneho orgánu. Ani vo vzťahu k tretím osobám potom legitímáciou nie je plnomocenstvo, ale zápisnica o tomto rozhodnutí.<sup>14</sup>

## **2. ZMLUVNÉ ZASTÚPENIE V KONTEXTE KONANIA ŠTATUTÁRNEHO ORGÁNU OBCHODNEJ SPOLOČNOSTI**

V praxi možno v súvislosti s inštitútom zmluvného zastúpenia a konaním štatutárneho orgánu všeobecne pozorovať viaceré situácie, z ktorých viaceré sú problematické. V záujme prehľadnosti ďalšej analýzy považujeme za vhodné tieto prípady systematizovať.

### **2.1. Plnomocenstvo na výkon funkcie člena štatutárneho orgánu**

Prvú skupinu prípadov predstavujú situácie, kedy člen štatutárneho orgánu udeľuje plnomocenstvo inej osobe (či už inému členovi toho istého štatutárneho orgánu alebo 3. osobe) na na pôsobenie ako člena orgánu obchodnej spoločnosti, t. j. aby ho splnomocnenec zastupoval pri výkone jeho funkcie štatutárneho orgánu. V tomto prípade teda ako splnomocniteľ vystupuje samotný člen štatutárneho orgánu (nie obchodná spoločnosť), pričom zástupca by mal nahrádzať úkony tohto člena

---

<sup>11</sup> Porovnaj FRINDRICH a kol., *op. cit.*

<sup>12</sup> CSACH, *op. cit.*

<sup>13</sup> Porovnaj FILIP, LASÁK, *op. cit.*; porovnaj tiež rozsudok NS ČR sp. zn. 29 Odo 1082/2005 zo dňa 24.04.2007 (R 17/2008) alebo uznesenie NS ČR sp. zn. 29 Cdo 5183/2015 zo dňa 30.05.2017.

<sup>14</sup> ČECH, P. Společné jednání jménem obchodní společnosti. In *Právní rádce*, 2008, č. 8. Citované podľa: DEÁK, M. *Zastúpenie podnikateľa v obchodných vzťahoch* [Kapitola II. Pohľad *de lege lata*. 4. Zastúpenie v Obchodnom zákonníku. 4.2 Osobné konanie podnikateľa právnickej osoby štatutárnym orgánom]. Bratislava: C. H. Beck. 2016. Dostupné na: <https://www.beck-online.sk/>.

štatutárneho orgánu pri výkone jeho pôsobnosti.<sup>15</sup> Účelom takéhoto plnomocenstva teda nie je zastúpenie pri právnom úkone vykonávanom navonok, ale prenos vnútorného konateľského oprávnenia, v dôsledku ktorého by mal splnomocnenec zastupovať štatutárny orgán, ako fyzickú osobu – principála, pri vykonávaní jeho pôsobnosti, a to vrátane obchodného vedenia spoločnosti,<sup>16</sup> resp. prijímania rozhodnutí štatutárneho orgánu a tvorby vôle obchodnej spoločnosti.<sup>17</sup>

Predstavitelia doktríny zhodne považujú takéto plnomocenstvo za neplatné. Vychádzajú pritom z § 66 ods. 6 OBZ, z ktorého sa odvodzuje osobná povaha záväzku na výkon funkcie štatutárneho orgánu, ktorý nie je prenosný na inú osobu.<sup>18</sup> Nie je pritom rozhodujúce, či bolo takéto plnomocenstvo udelené inému členovi štatutárneho orgánu alebo tretej osobe.<sup>19</sup>

Ako však upozorňuje Csach, súdna prax sa k načrtnutej otázke stavia menej jednoznačne. Túto vetvu judikatúry však, vzhľadom na požiadavku osobného výkonu funkcie, neodporúča nasledovať.<sup>20</sup>

## 2.2. Plnomocenstvo udelené obchodnou spoločnosťou tretej osobe

O druhú situáciu ide vtedy, keď samotná obchodná spoločnosť (ako právnická osoba, podnikateľ) prostredníctvom konania svojho štatutárneho orgánu udelí plnomocenstvo tretej osobe, teda osobe odlišnej od osoby štatutárneho orgánu, resp. jeho člena. Odlišne od predchádzajúcej situácie tu teda ako splnomocniteľ vystupuje samotná obchodná spoločnosť, nie člen jej štatutárneho orgánu. Tretia osoba

<sup>15</sup> CSACH, *op. cit.*

<sup>16</sup> Porovnaj VÍTEK, J. *Odpovednosť štatutárnych orgánů obchodních společností*. Praha : Wolters Kluwer, 2012, s. 229, 230. Citované podľa: DEÁK, *op. cit.*

<sup>17</sup> DEÁK, *op. cit.*

<sup>18</sup> Porovnaj DEÁK, *op. cit.*; podobne aj CSACH, *op. cit.*; podobne tiež Strapáč vyjadruje názor, že nie je možné, aby sa člen predstavenstva nechal zastúpiť napríklad pri zasadaní predstavenstva inou osobou, pretože ide o výkon jeho funkcie, na ktorú bol riadne zvolený, a nejde o právny úkon (napr. uzavretie zmluvy, rokovanie s investormi, obchodnými partnermi a pod.), na ktorý sa môže nechať zastúpiť v zmysle ustanovení Občianskeho zákonníka. Podľa autora je uvedené v súlade s ustanoveniami o mandátnej zmluve, podľa ktorej je mandatár povinný zariadiť záležitosti osobne, z čoho odvodzuje, že pôsobnosť členov predstavenstva dovnútra spoločnosti nemožno preniesť na iné osoby, ale naopak smerom navonok ju možno preniesť aj na iné subjekty. K tomu pozri STRAPÁČ, P. Povinnosť osobného výkonu funkcie člena predstavenstva akciovej spoločnosti. In Zo súdnej praxe. Dostupné na: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/zo-sudnej-praxe/povinnost-osobneho-vykonu-funkcie-clena-predstavenstva-akciovej-spolocnosti.m-314.html>; osobnú povahu záväzku na výkon funkcie opakovane konštatoval aj český najvyšší súd (napr. rozsudok NS ČR sp. zn. 32 Cdo 118/2007 zo dňa 27.11.2007, rozsudok NS ČR sp. zn. 29 Cdo 4566/2009 zo dňa 16.11.2010 alebo rozsudok NS ČR sp. zn. 21 Cdo 1183/2013 zo dňa 26.02.2014).

<sup>19</sup> DEÁK, *op. cit.*; podobne aj CSACH, *op. cit.*

<sup>20</sup> Autor tu poukazuje najmä na rozsudok NS SR sp. zn. 5 Obo 93/2009 zo dňa 30.03.2011, v ktorom súd, vo vzťahu k splnomocneniu, ktorým člen predstavenstva splnomocnil tretiu osobu, aby ho zastupovala ako člena predstavenstva (teda nie ako zástupca spoločnosti), uviedol: „[...] člen predstavenstva môže splnomocniť na konanie inú osobu na úkony súvisiace s činnosťou člena predstavenstva. Obchodný zákonník takéto splnomocnenie nevylučuje. Stanovy spoločnosti môžu takéto konanie obmedziť, prípadne vylúčiť, čo v danom prípade nebolo preukázané.“ Podobne aj v rozsudku NS SR sp. zn. 5 Obdo 38/2018 zo dňa 29.01.2019 najvyšší súd pripustil, aby komplementár (v danom prípade právnická osoba) splnomocnil tretiu osobu na všetky úkony súvisiace s činnosťou komplementára. K tomu pozri CSACH, *op. cit.*



vystupuje v postavení klasického zmluvného zástupcu obchodnej spoločnosti. Preto platí, že ak bude predmetné plnomocenstvo udelené spôsobom vymedzeným pre konanie štatutárneho orgánu v mene spoločnosti a ak bude spĺňať zákonom stanovené predpoklady, je ho potrebné považovať za platné a účinné.<sup>21, 22</sup>

Možno poukázať, že ani uvedený záver nebol v judikatúre našich súdov celkom jednoznačný. Ústavný súd totiž v naznačenej situácii spochybnil prípustnosť udelenia generálneho plnomocenstva, keďže ním malo dochádzať k obchádzaniu oprávnení štatutárnych orgánov.<sup>23</sup> V právnej doktríne bol takýto záver kritizovaný, pričom ako základný argument sa uvádza absencia zásadného dôvodu, ktorý by právnickej osobe (obchodnej spoločnosti) zakazoval udeliť generálnu plnú moc, zatiaľ čo fyzická osoba by takúto plnú moc udeliť mohla.<sup>24</sup> Ústavný súd však následne svoj výklad korigoval a takéto všeobecné plnomocenstvo pripustil aj najvyšší súd.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> HORÁČEK, T. in POKORNÁ, J. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář. I. díl.* Praha : Wolters Kluwer, 2009, s. 68; podobne aj ŠVARC, Z. a kol. *Základy obchodního práva.* 2. vyd. Plzeň : Aleš Čeněk, 2009, s. 91. Obe diela citované podľa DEÁK, *op. cit.*

<sup>22</sup> Udelenie generálneho plnomocenstva obchodnou spoločnosťou tretej osobe pripustil aj český najvyšší súd, pričom zároveň upozornil na potrebu skúmať znenie plnomocenstva s ohľadom na rozlíšenie spôsobu vymedzenia jeho všeobecného rozsahu od neprípustného prenosu (vnútorného) konateľského oprávnenia: „*Hovoří-li plná moc o zastupování společnosti, nelze to – v souladu s ustanovením § 31 odst. 1 obč. zák. – chápat jinak než, že je zástupce (zmocněnec) zmocněn činit za společnost právní úkony, tj. jednat za ni ve vztahu ke třetím osobám. Pokud pak se v plné moci stanoví, že zmocněnec může zastupovat společnost ve všech věcech, čímž se rozumí v plném rozsahu oprávnění jednatele, plyne z toho, že rozsah zmocněncova oprávnění ve smyslu § 31 odst. 1 obč. zák. je vymezen tak, že může za společnost činit všechny právní úkony, které může činit jednatel společnosti – jde tedy o tzv. generální plnou moc. Pro závěr, který učinil odvolací soud, že tím dochází k přenesení funkce jednatele, takže by zmocněnec mohl svolávat podle ustanovení § 128 obch. zák. valnou hromadu a dokonce by byl oprávněn podat soudu návrh na vyslovení neplatnosti usnesení valné hromady podle ustanovení § 131 obch. zák. není žádného opodstatnění.*“ K tomu pozri rozsudok NS ČR sp. zn. 29 Odo 1061/2004 zo dňa 29.11.2005.

<sup>23</sup> K tomu pozri uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. III. ÚS 353/2012 zo dňa 01.08.2012, podľa ktorého: „[...] ak by sa predmetné splnomocnenie malo interpretovať tak, že je udelené spoločnosti a v rozsahu oprávnenia robí právne úkony spoločnosti vo všetkých veciach, ústavný súd považuje za potrebné ako obiter dictum vysloviť názor, že by išlo o právny úkon absolútne neplatný podľa (§ 39 Občianskeho zákonníka), pretože zo zákona (§ 20 ods. 1 Občianskeho zákonníka) patrí tento rozsah právomoci výlučne iba konateľom.“

<sup>24</sup> Podrobnejšie k tomu pozri BRÖSTL, A. ml. Neplatnosť plnomocenstiev udeľovaných právnickými osobami. In *Súkromné právo*, 2019, č. 1. Dostupné na: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/sukromne-pravo/neplatnost-plnomocenstiev-udelovanych-pravnickymi-osobami-m-12.html>; podobne aj CSACH, *op. cit.*

<sup>25</sup> CSACH, *op. cit.* Autor poukazuje na nález Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 191/2019 zo dňa 29.11.2019 (pozri *infra* note 32) a uznesenie NS SR sp. zn. 5 Obdo 57/2019 zo dňa 22.10.2019, v ktorom najvyšší súd uviedol (bod 26., resp. 27): „*Oprávnenie udeliť plnomocenstvo právnickou osobou teda Občiansky zákonník výslovene predpokladá a pripúšťa. Na osobu splnomocniteľa zákon nekladie osobitné požiadavky okrem toho, že splnomocniteľ musí byť nevyhnutne spôsobilý na právny úkon, ktorý má v jeho zastúpení splnomocnenec vykonať. Nie je rozhodujúce, či je osobou splnomocniteľa fyzická alebo právnická osoba, a preto je plnomocenstvo oprávnená udeliť nielen fyzická, ale aj právnická osoba. Z hľadiska rozsahu plnomocenstva je potrebné poukázať na ustanovenie § 31 ods. 4 veta druhá OZ, ktoré upravuje možnosť udelenia plnomocenstva na viacero úkonov, ktoré (okrem podmienky písomnej formy) neurčuje žiadne pravidlo obmedzujúce počet alebo povahu úkonov, ktoré môžu byť predmetom plnomocenstva. Rozsah udeľovaného plnomocenstva je tak výlučne na vóli splnomocniteľa. [...] Tvrdenie odvolacieho súdu, že právnická*

### 2.3. Plnomocenstvo udelené obchodnou spoločnosťou jednému z členov štatutárneho orgánu

Tretí okruh prípadov predstavujú situácie, pri ktorých hrozí riziko obchádzania pravidla štyroch očí. V postavení splnomocniteľa (zastúpeného) tu opäť figuruje obchodná spoločnosť (teda nie je jednotlivý člen štatutárneho orgánu), avšak, v jej mene spoločne (t. j. v súlade s predpísaným spôsobom konania) konajú dvaja (príp. viacerí) členovia štatutárneho orgánu, ktorí udeľujú plnomocenstvo na samostatné zastupovanie spoločnosti niektorému z nich.

Vo vzťahu k rešpektovaniu pravidla štyroch očí je na tomto mieste relevantný názor, ktorý poukazuje na to, že jeho účelom je snaha o dodržanie pravidiel pre tvorbu a prejavovanie vôle obchodnej spoločnosti. Preto je logické, že toto pravidlo nepôsobí absolútne.<sup>26</sup> Z pohľadu prípustnosti naznačeného plnomocenstva je preto potrebné skúmať jeho rozsah.

V súlade s uvedeným tak nie je prípustné, aby členovia štatutárneho orgánu (v mene obchodnej spoločnosti) vyššie uvedeným postupom udelili generálne plnomocenstvo jednému z nich. Opačný záver by znamenal faktické vylúčenie kontroly a zodpovednosti sledovaných zavedením pravidla štyroch očí. Vychádza sa z toho, že spoločníci ustanovením kolektívneho orgánu so spoločným konaním nechceli, aby rozhodoval a konal len niektorý z členov štatutárneho orgánu samostatne, a teda ho tým aj implicitne vylúčili spomedzi osôb spôsobilých byť samostatným zástupcom spoločnosti na základe plnomocenstva. Tento dôvod je pritom silnejší než dôvod ochrany tretích osôb pričítaním konania danej osoby podnikateľovi.<sup>27</sup> Takto udelené plnomocenstvo by preto bolo neplatné z dôvodu obchádzania zákona (ustanovení o úprave spôsobu konania) podľa § 39 OZ.<sup>28</sup>

---

*osoba nemôže udeliť plnomocenstvo na „uzatváranie obchodných zmlúv“ pretože rozsah právomocí udelených v týchto plnomocenstvách patrí iba konateľom, je nesprávne. Tento názor by ad absurdum mohol viesť k záveru o neprípustnosti akéhokoľvek zastúpenia právnickej osoby na základe plnomocenstva (hoc aj pre jednotlivé úkony) a akceptáciou výkladu prezentovaného odvolacím súdom by sa tak ustanovenia Občianskeho zákonníka upravujúce zastúpenie v prípade všetkých právnických osôb stali neaplikovateľnými.“*

<sup>26</sup> CSACH, *op. cit.*

<sup>27</sup> *Loc. cit.*

<sup>28</sup> Podľa uznesenia Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 198/2009 zo dňa 14.07.2009: „*Stav, keď v prípade zakladateľskou listinou zakotveného spoločného konania všetkých (dvoch) konateľov jeden konateľ splnomocní iného konateľa na svoje zastupovanie pri všetkých úkonoch spojených s funkciou konateľa, totiž neguje (obchádza) vôľu spoločníka vyjadrenú v zakladateľskej listine, a tým obchádza aj zákon, ktorý práve spoločníkovi (spoločníkom) zveruje určenie spôsobu konania konateľov v mene spoločnosti. Vôľou spoločníka prejavenu v zakladateľskej listine bolo totiž bezvýnimočné spoločné konanie vždy všetkých konateľov spoločnosti. Ak by spoločník chcel prejavíť svoju vôľu, aby v mene spoločnosti konali konatelia samostatne, prejavil by túto svoju vôľu v zakladateľskej listine a následne by sa táto vôľa spoločníka prejavila aj zápisom do obchodného registra. Je preto sporné, či jeden konateľ môže v prípade spoločného konania všetkých (dvoch) konateľov platne splnomocniť druhého konateľa na zastupovanie pri všetkých úkonoch spojených s funkciou konateľa neobmedzene a navyše súhlasiť, aby splnomocnenec udelil plnú moc v rovnakom rozsahu aj tretím osobám, a tým obísť (pokiaľ ide o spôsob konania konateľov v mene spoločnosti) vôľu spoločníka spoločnosti. Podľa § 39 OZ je neplatný právny úkon, ktorý svojím obsahom alebo účelom odporuje zákonu, alebo ho obchádza.“; podobne tiež napr. rozsudok NS ČR sp. zn. 29 Odo 1082/2005 zo dňa 24.04.2007 (R 17/2008): „*Za situácie, kedy stanovy spoločnosti**

V kontexte predchádzajúcej situácie preto možno uviesť, že je neprípustné, aby dvaja členovia štatutárneho orgánu, ktorí sú povinní konať spoločne, udelili v mene spoločnosti všeobecné plnomocenstvo tretej osobe, v zásade však nie jednému z nich.<sup>29</sup>

Ak by však v obdobnej situácii išlo o plnomocenstvo na výkon určitej činnosti alebo na vykonanie konkrétneho právneho úkonu, naopak, nie je dôvod dospieť k záveru, že došlo tým k obchádzaniu pravidla štyroch očí.<sup>30</sup> Individuálne plnomocenstvo udelené výlučne za účelom technickej realizácie prejavu vôle obchodnej spoločnosti navonok v prípade, že túto vôľu už členovia štatutárneho orgánu reálne vytvorili, je preto potrebné považovať za prípustné (napr. dvaja konatelia sa už rozhodli o podmienkach, za ktorých urobia právny úkon – uzavrú zmluvu o úvere, tak je možné dať plnomocenstvo len jednému z nich, aby túto zmluvu za obchodnú spoločnosť podpísal).<sup>31</sup> Takéto splnomocnenie by totiž samostatne splnomocneného člena orgánu neoprávňovalo na právne úkony, o ktorých obsahu či uskutočnení by mohol sám rozhodnúť. Predmetný limit zákazu obchádzania pravidla štyroch očí pritom výslovne konštatoval aj ústavný súd.<sup>32</sup>

Platnosť individuálneho plnomocnenstva v obdobnej situácii konštatoval aj český najvyšší súd, ktorý zároveň zdôraznil, že v takomto prípade splnomocnený člen

---

*určujú, že jménem společnosti musí jednat společně nejméně dva její členové a zakládají tedy pro každý úkon, který představenstvo činí jménem společnosti, povinnost vzájemné kontroly (a odpovědnosti) nejméně dvou členů představenstva, nelze takovou kontrolu a odpovědnost vyloučit tím, že dva členové představenstva udělí generální plnou moc jen jednomu z nich. Takový postup by byl v rozporu s právní úpravou jednání statutárních orgánů společnosti v zákoně a stanovách společnosti. A to tím spíše, je-li jednou z osob, jednajících při udělení „plné moci“ jménem představenstva, sám „zmocněný“ člen představenstva.“*

<sup>29</sup> CSACH, *op. cit.*

<sup>30</sup> CSACH, *op. cit.*

<sup>31</sup> *Loc. cit.*

<sup>32</sup> K tomu pozri nálezh Ústavného súdu SR sp. zn. I. ÚS 191/2019 zo dňa 26.11.2019 (bod 85. – 86.): „[...] ak by akcionári spoločnosti skutočne chceli, aby v jej mene konal samostatne jeden člen predstavenstva (napr. jeho predseda), boli by takýto spôsob konania v mene spoločnosti upravili v stanovách. Avšak ak stanovy určujú, že v mene spoločnosti koná predseda predstavenstva spoločne s ďalším členom predstavenstva, samostatné konanie jedného z nich na základe akéhokoľvek generálneho poverenia či splnomocnenia predstavuje zjavné obchádzanie vôle akcionárov, stanov spoločnosti a v neposlednom rade zákona. [...] Takéto splnomocnenie alebo poverenie dané len jednému členovi predstavenstva je neprípustné tam, kde sa obhádzá vôľa akcionárov vyjadrená v stanovách, aby o veciach spoločnosti rozhodovali určité osoby ako kolektívny štatutárny orgán. Limitom sú najmä prípady, kde niet dôvodu na takúto ochranu pred konaním individuálneho zástupcu (napríklad ak je vôľa spoločnosti už riadne vytvorená kolektívnym orgánom a konkrétny člen predstavenstva je splnomocnený len na jej prejav navonok).“; v tomto kontexte sa nestotožňujeme so závermi českého najvyššieho súdu, ktorý nepripustil individuálne plnomocenstvo udelené obchodnou spoločnosťou, t. j. spoločným konaním oboch jej konateľov jednému z nich za účelom uskutočnenia konkrétneho právneho úkonu – výpovede z pracovného pomeru voči konkrétnemu zamestnancovi. K tomu pozri rozsudok NS ČR sp. zn. 21 Cdo 1183/2013 zo dňa 26.02.2014; okrem toho sa nestotožňujeme ani so všeobecne formulovaným záverom českého najvyššieho súdu, podľa ktorého člen štatutárneho orgánu nemôže konať za spoločnosť na základe plnej moci. K tomu pozri rozsudok NS ČR sp. zn. 21 Cdo 2802/2012 zo dňa 18.10.2013.

predstavenstva navonok nekoná ako zástupca, ale ide stále o priame konanie predstavenstva v mene spoločnosti.<sup>33</sup>

#### **2.4. Plnomocenstvo udelené medzi jednotlivými členmi štatutárneho orgánu**

Napokon, štvrtú skupinu prípadov predstavujú situácie, kedy spôsob konania obchodnej spoločnosti takisto upravuje pravidlo štyroch očí, avšak jeden z členov štatutárneho orgánu udeľuje plnomocenstvo na svoje zastupovanie inému členovi tohto orgánu. Prípustnosťou plnomocenstva medzi týmito osobami sa zaoberal ústavný súd v kontexte skutkových okolností, kedy v čase uzavretia zmluvy o sprostredkovaní mal záujemca (spoločnosť s ručením obmedzeným) dvoch konateľov, pričom pre platný úkon menom spoločnosti sa vyžadovalo spoločné konanie oboch konateľov, z ktorých jeden sa v čase uzatvárania zmluvy nachádzal mimo územia SR. Zmluvu o sprostredkovaní preto podpísal iba jeden z konateľov spoločnosti, a to jednak z titulu výkonu vlastnej funkcie konateľa a zároveň na základe plnomocenstva udeleného druhým konateľom.<sup>34</sup>

V danom prípade teda nešlo o splnomocnenie udelené obchodnou spoločnosťou, ale o splnomocnenie jedného člena orgánu iným jeho členom. Platnosť takéhoto plnomocenstva preto nevyžadovala, aby ho musel podpísať aj splnomocnený konateľ „sám sebe.“ Keďže právne predpisy nezakazujú, aby jeden konateľ splnomocnil druhého konateľa na zastupovanie a podpisovanie pri právnom úkone, dospel ústavný súd k záveru, že takéto plnomocenstvo treba považovať za prípustné.<sup>35</sup>

Aj v tomto prípade, podľa nášho názoru, treba výsledok konania splnomocneného člena štatutárneho orgánu považovať za priame konanie obchodnej spoločnosti.

### **3. PRÍPUSTNOSŤ DRUHOV PLNOMOCENSTIEV UDEĽOVANÝCH MEDZI JEDNOTLIVÝMI ČLENMI ŠTATUTÁRNEHO ORGÁNU (R 10/2023)**

Najvyšší súd sa v judikáte R 10/2023 zaoberal kritériami prípustnosti plnomocenstva na konanie udeleného medzi jednotlivými členmi kolektívneho štatutárneho orgánu korporácie (predstavenstva akciovej spoločnosti), teda v kontexte poslednej vyššie uvedenej situácie (podkapitola 2.4.). Najvyšší súd sa v predmetnej veci zaoberal posúdením platnosti plnomocenstva udeleného podpredsedom predstavenstva jej predsedovi na konanie v súvislosti s uzavretím zmlúv o postúpení pohľadávok akciovej spoločnosti, a to v situácii, kedy spôsob konania predstavenstva upravený v stanovách vyžadoval ich spoločné konanie.

<sup>33</sup> K tomu pozri rozsudok NS ČR sp. zn. 32 Cdo 4133/2009 zo dňa 25.01.2011. Český najvyšší súd zároveň v uvedenom rozsudku obmedzil prípustnosť takéhoto individuálneho plnomocenstva len na prípady, kedy jedenému z členov štatutárneho orgánu bráni v účasti na právnom úkone dočasná prekážka (choroba a pod.), ktorá mu bráni vo výkone konateľského oprávnenia. Túto dodatočnú požiadavku považujeme, vzhľadom na zachovanie účelu pravidla štyroch očí, za nadbytočnú.

<sup>34</sup> Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. III. ÚS 158/2006 zo dňa 17.05.2006.

<sup>35</sup> DEÁK, *op. cit.*

Uvedenú otázku najvyšší súd skúmal z pohľadu zachovania pravidla štyroch očí vo väzbe na vymedzenie externého vzťahu a právnych účinkov konania splnomocnenca voči tretej osobe na základe určenia rozsahu oprávnenia splnomocnenca (zástupcu) vykonávať právne úkony v mene splnomocniteľa (zastúpeného) podľa § 31 ods. 1 druhá veta OZ.<sup>36</sup> Na predmetné ustanovenie nadväzuje § 32 ods. 2 druhá veta OZ, ktorý viaže oprávnenie splnomocnenca zaväzovať splnomocniteľa na rozsah oprávnenia, ktorý vyplýva z plnomocenstva.<sup>37</sup>

Vychádzajúc z rozsahu plnomocenstva právna teória rozlišuje tri druhy plnomocenstiev:

- a) generálne (všeobecné) plnomocenstvo, ktoré splnomocnenca oprávňuje na robenie všetkých právnych úkonov, s výnimkou tých, na ktoré sa vyžaduje osobitné plnomocenstvo, alebo tých, pri ktorých zastúpenie nie je možné (jeho udelenie je zvyčajne vyjadrené slovami „vo všetkých právnych úkonoch“ alebo „vo všetkých veciach“);
- b) individuálne plnomocenstvo, ktoré splnomocnenca oprávňuje len na určitý právny úkon, napr. na uzavretie konkrétnej zmluvy;
- c) špeciálne plnomocenstvo, ktorého rozsah je síce v porovnaní s generálnym plnomocenstvom užší, avšak rozsah splnomocnencovho oprávnenia sa vymedzuje iba určitým druhom právnych úkonov (napr. uzatváranie sudzovaciach zmlúv, príj. kúpnych zmlúv).<sup>38</sup>

Najvyšší súd, s ohľadom na zachovanie pravidla štyroch očí, judikoval limity prípustnosti splnomocnenia udeleného medzi jednotlivými členmi štatutárneho orgánu. Závety a dôvody, ku ktorým pritom došiel sú pritom podobné, ako tomu je v rámci vyššie zmienenej tretej skupiny problémových prípadov (podkapitola 2.3.), čo je s ohľadom na podobnosť týchto situácií logické a legitímne. V porovnaní so skoršou judikatúrou však najvyšší súd dôslednejšie precizoval svoje stanovisko s

---

<sup>36</sup> Jurčová poukazuje, že z hľadiska vymedzenia rozsahu oprávnenia splnomocnenca konať je určujúce práve plnomocenstvo, s čím súhlasí aj judikatúra. Podľa rozsudku NS ČR sp. zn. Odon 28/95 zo dňa 20.12.1995: „Na vymedzenie rozsahu oprávnenia splnomocnenca konať za splnomocniteľa je rozhodujúce znenie plnej moci, obmedzenia vyplývajúce zo vzťahov medzi splnomocnencom a splnomocniteľom (napr. z dohody o plnomocenstve) sú voči tretím osobám účinné, len ak im boli známe.“; podobne uznesenie NS SR sp. zn. MCdo/8/2014 zo dňa 30.06.2015: „Plnomocenstvo zároveň osvedčuje, resp. deklaruje navonok, že medzi splnomocniteľom a splnomocnencom existuje vnútorný právny vzťah založený dohodou o zastúpení (možno tiež hovoriť o dôkaze vnútorného právneho vzťahu). Na vymedzenie rozsahu oprávnenia splnomocnenca konať za splnomocniteľa je rozhodujúci obsah plnej moci. Ak má byť rozsah splnomocnencovho oprávnenia konať za splnomocniteľa nejakým spôsobom obmedzený, musí byť toto obmedzenie výslovne vyjadrené v plnej moci (vyžaduje to princíp ochrany právnej istoty tretích osôb).“ K tomu pozri JURČOVÁ, M. a kol. *Zastúpenie v súkromnom práve* [Kapitola I. Zastúpenie v občianskom práve hmotnom. 2.6 Zastúpenie na základe plnomocenstva. 2.6.4 Náležitosti plnomocenstva]. Praha: C. H. Beck, 2021. ISBN 978-80-7400-836-8. Dostupné na: <https://www.beck-online.sk/>.

<sup>37</sup> JURČOVÁ, *op. cit.* [Kapitola I. Zastúpenie v občianskom práve hmotnom. 2.6 Zastúpenie na základe plnomocenstva].

<sup>38</sup> K tomu bližšie JURČOVÁ, *op. cit.* [Kapitola I. Zastúpenie v občianskom práve hmotnom. 2.6 Zastúpenie na základe plnomocenstva. 2.6.4 Náležitosti plnomocenstva].

ohľadom na právnu teóriu, čím zároveň akcentoval nutnosť dôsledne posudzovať mieru určitosti udeleného plnomocnenia.

### 3.1. Prípustnosť individuálneho splnomocnenia

Najvyšší súd pre prípad vzájomného zastúpenia medzi členmi štatutárneho orgánu konštatoval prípustnosť udelenia individuálneho plnomocnenia len jednému z nich. Domnievame sa, že takýto záver neodporuje platnej právnej úprave, ani účelu pravidla štyroch očí.

Takéto plnomocnenstvo totiž individuálne vymedzuje jeden alebo viac právnych úkonov, čím sa zabráňuje, aby samostatne splnomocnený člen štatutárneho orgánu na základe neho mohol v mene spoločnosti uskutočniť akékoľvek ďalšie, resp. iné právne úkony. Uvedené možno vnímať tak, že pokiaľ jeden člen štatutárneho orgánu udelí individuálne plnomocnenstvo na konkrétne určený právny úkon (úkony) inému členovi, implicitne tým deklaruje svoj súhlas s jeho uskutočnením. Nie je preto dôvod usudzovať, že by tento súhlas nebol udelil v prípade, ak by sa predmetného právneho úkonu zúčastňoval priamo.<sup>39</sup> Súčasne sa domnievame, že v súlade s povinnosťou odbornej starostlivosti pri výkone funkcie bude, pokiaľ zastúpený člen štatutárneho orgánu vymedzí hranice a spôsoby, akými má splnomocnenec konať, t. j. formuluje udelené plnomocnenstvo ako obmedzené plnomocnenstvo (*mandatum certum*). Takáto špecifikácia rozsahu oprávnenia zástupcu v plnomocnenstve (napr. vo vzťahu k uzavretiu určitej kúpnej zmluvy) totiž umožňuje predchádzať neželateľnej viazanosti obchodnej spoločnosti, napríklad s ohľadom na jej finančné možnosti.<sup>40</sup>

Nezanedbateľný prínos platnosti individuálnych plnomocnenstiev zároveň spočíva aj v praktickej rovine. Umožňuje sa ňou dosiahnuť potrebná akcieschopnosť obchodnej spoločnosti v prípadoch, kedy by mohlo byť jej konanie navonok paralyzované tým, že právneho úkonu sa, z rôznych dôvodov, v konkrétnom čase nebudú môcť zúčastniť všetci členovia štatutárneho orgánu, ktorí by mali konať spoločne. Ako sme už však uviedli v spojitosti s analogickým prípadom, trvanie na preukázaní existencie takéhoto dôvodu na strane splnomocneného člena štatutárneho orgánu nepovažujeme ani tu za vhodné.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Zároveň sa preto nestotožňujeme so závermi českého najvyššieho súdu, ktorý nepripustil individuálnu plnú moc udelenú jedným konateľom druhému konateľovi spoločnosti na uskutočnenie konkrétneho právneho úkonu – oznámenia o postúpení pohľadávky obchodnej spoločnosti (postupcu) voči jej dlžníkovi. V tomto prípade totiž nedochádza k porušeniu pravidla štyroch očí a zároveň nejde ani o situáciu, pri ktorej by dochádzalo k prenosu konateľského oprávnenia, resp. porušeniu osobnej povahy záväzku k výkonu funkcie konateľa. K tomu pozri rozsudok NS ČR sp. zn. 32 Cdo 118/2007 zo dňa 27.11.2007.

<sup>40</sup> K tomu bližšie JURČOVÁ, *op. cit.* [Kapitola I. Zastúpenie v občianskom práve hmotnom. 2.6 Zastúpenie na základe plnomocnenstva. 2.6.4 Náležitosti plnomocnenstva]. Autorka zároveň upozorňuje, že uvedený prvok vystupuje do popredia pri zvýraznení vzťahu plnomocnenstva a príkaznej zmluvy, ktorá v exteriore vzťahu nie je rozhodná z hľadiska viazanosti splnomocniteľa splnomocnenecovým konaním.

<sup>41</sup> Pozri *supra* note 33. Pre úplnosť možno uviesť, že obdobnú požiadavku (vychádzajúcu zo spomínanej českej judikatúry) naznačuje aj nález Ústavného súdu SR sp. zn. IV. ÚS 295/2022 zo

### 3.2. Prípustnosť generálneho (všeobecného) splnomocnenia

Povaha generálneho plnomocnenstva je vo vyššie naznačenom ohľade diametrálne odlišná. Konkrétny rozsah splnomocnencovho oprávnenia totiž nie je vecne limitovaný, čo mu umožňuje nezávisle sa rozhodovať o vykonávaní v zásade všetkých (akýchkoľvek) právnych úkonov za splnomocnenca. Z tohto pohľadu je bezpredmetné, či a ako bolo obmedzené časové trvanie plnomocnenstva aj to, aké skutkové dôvody viedli k jeho udeleniu. Táto povaha generálneho plnomocnenstva zároveň vylučuje, aby boli predmetné právne úkony splnomocnenca pokryté rozhodnutím štatutárneho orgánu v rámci tvorby vôle obchodnej spoločnosti.

Udelenie generálneho plnomocnenstva medzi členmi štatutárneho orgánu, ktorí v mene spoločnosti konajú spoločne, preto spôsobuje rozpor s úpravou pravidla štyroch očí, čo má aj tu za následok obchádzanie príslušných ustanovení Obchodného zákonníka, a teda aj absolútnu neplatnosť takto udeleného generálneho plnomocnenstva podľa § 39 OZ. Konaním takto splnomocneného člena štatutárneho orgánu preto obchodná spoločnosť nebude viazaná.

### 3.3. Prípustnosť špeciálneho splnomocnenia

Ako už bolo spomenuté, publikovaná právna veta analyzovaného judikátu zároveň, v súlade s právnou doktrínou, precizuje stanovisko najvyššieho súdu aj vo vzťahu k špeciálnemu plnomocnenstvu. Z pohľadu vymedzenia rozsahu oprávnenia zmluvného zástupcu možno špeciálne plnomocnenstvo vnímať ako určitý medzistupeň medzi individuálnym a generálnym plnomocnenstvom. Z hľadiska rozsahu má napriek tomu bližšie ku generálnemu plnomocnenstvu. Rozdiel medzi oboma druhmi plnomocnenstiev je totiž len kvantitatívny a spočíva v tom, že rozsah špeciálneho plnomocnenstva je zúžený iba uvedením druhu, resp. druhov právnych úkonov. Hoci je tým rovnako obmedzený aj priestor pre vlastné rozhodovanie zmluvného zástupcu, právne úkony, ktoré sú z rozsahu takéhoto plnomocnenstva vylúčené je možné určiť nanajvyš všeobecne, druhovo.

Vzhľadom na to zastávame názor, že z pohľadu (ne)uzavretosti okruhu právnych úkonov a rozhodovacej voľnosti, resp. absencie vôle vytvorenej štatutárnym orgánom na úrovni obchodnej spoločnosti, by malo platiť v zásade to isté, čo sme uviedli na adresu generálneho plnomocnenstva. Aj špeciálne plnomocnenstvo, t. j. plnomocnenstvo vymedzené iba druhom právnych úkonov preto, zhodne s najvyšším súdom, považujeme za neplatné z dôvodu jeho rozporu s pravidlom štyroch očí.

## 4. MIERA URČITOSTI VYMEDZENIA ROZSAHU PLNOMOCENSTVA

Výslovným poukazom na neprípustnosť špeciálneho plnomocnenstva najvyšší súd nabáda na dôsledné skúmanie miery určitosti, akou je vymedzený rozsah konkrétneho plnomocnenstva. V praxi totiž nemusí byť vždy jednoduché najmä rozlíšenie medzi špeciálnym a individuálnym plnomocnenstvom. Ojedinelé nie sú

---

dňa 27.09.2022 (bod 76.), ktorým ústavný súd nevyhovел ústavnej sťažnosti podanej proti uzneseniu NS SR sp. zn. 40bdo/114/2020 zo dňa 14.12.2021 (R 10/2023).

napríklad prípady, kedy jeden člen štatutárneho orgánu splnomocní iného člena na všetky právne úkony súvisiace s určitou (konkrétnou) zmluvou, prípadne voči konkrétnemu klientovi a pod.

Najvyšší súd v analyzovanej právnej vete vyslovil neprípustnosť špeciálnej plnej moci, ktorej rozsah je vymedzený iba (t. j. výlučne) druhom právnych úkonov, teda takej, ktorá splnomocnenca oprávňuje uzatvárať všetky zmluvy určitého typu (napr. kúpne zmluvy). V záujme prípustnosti udeleného plnomocenstva preto musia k takémuto určeniu pristúpiť ďalšie (dodatkové) znaky, ktoré budú znamenať jeho vyššiu určitosť (pôjde teda o individuálne plnomocenstvo).

Potrebná miera určitosti plnomocenstva bude nepochybne daná vtedy, ak splnomocnenca oprávňuje na vykonanie iba jedného individuálne určeného právneho úkonu (napr. uzavretie konkrétnej kúpnej zmluvy s konkrétnou protistranou).<sup>42</sup> Iba takýto výklad sa však, aj s ohľadom na potreby podnikateľskej praxe, javí ako príliš zužujúci. Preto zároveň súhlasíme s názorom, že o dostatočne určité plnomocenstvo pôjde aj v prípade, ak bude splnomocnený člen štatutárneho orgánu oprávnený napríklad konať za spoločnosť vo všetkých veciach, ktoré vyplývajú z určitej zmluvy (napr. zmluvy o dielo, resp. o výstavbe určitého technologického celku a pod.)<sup>43</sup> alebo ak sa v plnomocenstve vymedzí cieľ konkrétneho konania, napr. uzavretie konkrétnej zmluvy, a splnomocnenie sa bude týkať všetkých čiastkových právnych úkonov smerujúcich k uzavretiu takej zmluvy.<sup>44</sup> Požadovanú mieru určitosti je preto potrebné vykladať extenzívnejšie.

## ZÁVER

Stanovisko judikované najvyšším súdom v jeho rozhodnutí R 10/2023 kontinuálne nadväzuje na doterajšiu judikatúru a doktrínálne poznatky v oblasti zmluvného zastúpenia v kontexte konania štatutárnych orgánov obchodných spoločností. V prípade vzájomného zastúpenia medzi jednotlivými členmi štatutárneho orgánu, ktorého spôsob konania vyžaduje spoločné konanie viacerých jeho členov, pripúšťa ako platné individuálne plnomocenstvo a naopak, za neplatné považuje plnomocenstvo všeobecné (generálne) a špeciálne (vymedzené iba druhom právnych úkonov).

Domnievame sa, že uvedené závery najvyššieho súdu vedú k zachovaniu účelu tzv. pravidla štyroch očí upravujúceho spôsob konania štatutárneho orgánu. Vychádzajúc z porovnania jednotlivých druhov plnomocenstiev zastávame názor, že na základe rozširujúceho výkladu je ako prípustné (t. j. individuálne) potrebné posúdiť aj také plnomocenstvo, ktoré zástupcu oprávňuje na uskutočnenie viacerých druhovo vymedzených právnych úkonov, ktoré sú však dostatočne určité, napríklad s ohľadom na vymedzenie konkrétnej zmluvy, cieľa, obchodnej záležitosti, či obchodného partnera.

<sup>42</sup> LASÁK, J. [Komentár k § 164]. In LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2022. Dostupné na: <https://www.beck-online.cz/>.

<sup>43</sup> *Loc. cit.*

<sup>44</sup> ŠTENGLOVÁ, I., HAVEL B. in ŠTENGLOVÁ, I. a kol. *Zákon o obchodních korporacích*. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2017, s. 121 – 132. Citované podľa FILIP, LASÁK, *op. cit.*



## POUŽITÉ PRAMENE

1. BRÖSTL, A. ml. Neplatnosť plnomocenstiev udeľovaných právnickými osobami. In *Súkromné právo*. ISSN 2453-6504, 2019, č. 1. Dostupné na: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/sukromne-pravo/neplatnost-plnomocenstiev-udelovanych-pravnickymi-osobami.m-12.html>.
2. ČECH, P. Společné jednání jménem obchodní společnosti. In *Právní rádce*, ISSN 1210-4817, 2008, č. 8, s. 4 – 8.
3. DEÁK, M. *Zastúpenie podnikateľa v obchodných vzťahoch*. Bratislava : C. H. Beck. 2016. ISBN 978-80-896-0345-9. Dostupné na: <https://www.beck-online.sk/>.
4. EICHLEROVÁ, K. Zastopení podnikatele. Praha : Wolters Kluwer, 2022, 444 s. ISBN 978-80-7598-286-5.
5. JURČOVÁ, M. a kol. *Zastúpenie v súkromnom práve*. Praha : C. H. Beck, 2021. ISBN 978-80-7400-836-8. Dostupné na: <https://www.beck-online.sk/>.
6. LASÁK, J. a kol. Zákon o obchodních korporacích. Komentář (§ 1 – 786). Praha: Wolters Kluwer, 2014. ISBN 978-80-747-8537-5. Dostupné v Systéme ASPI: ASPI\_ID KO90\_2012CZ.
7. LAVICKÝ, P. a kol. Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2022. ISBN 978-80-7400-852-8. Dostupné na: <https://www.beck-online.cz/>.
8. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodné právo 2. Obchodné spoločnosti a družstvo*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2020, 428 s. ISBN 978-80-571-0291-5.
9. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník: veľký komentár. Zväzok I (§1 až 260)*. 2. vyd. Bratislava : Wolters Kluwer, 2022. ISBN 978-80-571-0436-0. Dostupné v Systéme ASPI: ASPI\_ID KO513\_b1991SK.
10. POKORNÁ, J. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář. I. díl*. Praha : Wolters Kluwer, 2009, 1079 s. ISBN 978-80-7357-491-8.
11. ROUČEK, F. *Česko-slovenské právo obchodní. II. část zvláštní A (Právo kupecké a obchodové)*. Praha : V. Linhart, 1939, 870 s.
12. STRAPÁČ, P. Povinnosť osobného výkonu funkcie člena predstavenstva akciovej spoločnosti. In *Zo súdnej praxe*. ISSN 2730-0390. Dostupné na: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/zo-sudnej-praxe/povinnost-osobneho-vykonu-funkcie-clena-predstavenstva-akciovej-spolocnosti.m-314.html>.
13. ŠTENGLOVÁ, I. a kol. *Zákon o obchodních korporacích*. 2. vyd. Praha : C. H. Beck, 2017, 1128 s. ISBN 978-80-7400-540-4.
14. ŠVARC, Z. a kol. *Základy obchodního práva*. 2. vyd. Plzeň : Aleš Čeněk, 2009, 440 s. ISBN 978-80-738-0144-1.
15. VÍTEK, J. *Odpovědnost statutárních orgánů obchodních společností*. Praha : Wolters Kluwer, 2012, 388 s. ISBN 978-80-735-7862-6.
16. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 4Obdo/114/2020 (R 10/2023).
17. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 5 Obdo 38/2018.
18. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 5 Obdo 57/2019.
19. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 5 Obo 93/2009.
20. Najvyšší súd Slovenskej republiky: MCdo/8/2014.

21. Najvyšší soud České republiky: 21 Cdo 1183/2013.
22. Najvyšší soud České republiky: 21 Cdo 2802/2012.
23. Najvyšší soud České republiky: 27 Cdo 4593/2017.
24. Najvyšší soud České republiky: 29 Cdo 4566/2009.
25. Najvyšší soud České republiky: 29 Cdo 5183/2015.
26. Najvyšší soud České republiky: 29 Odo 1061/2004.
27. Najvyšší soud České republiky: 29 Odo 1082/2005 (R 17/2008).
28. Najvyšší soud České republiky: 32 Cdo 118/2007.
29. Najvyšší soud České republiky: 32 Cdo 4133/2009.
30. Najvyšší soud České republiky: Odon 28/95.
31. Ústavný soud Slovenskej republiky: I. ÚS 114/2014.
32. Ústavný soud Slovenskej republiky: I. ÚS 191/2019.
33. Ústavný soud Slovenskej republiky: I. ÚS 198/2009.
34. Ústavný soud Slovenskej republiky: III. ÚS 158/2006.
35. Ústavný soud Slovenskej republiky: III. ÚS 353/2012..
36. Ústavný soud Slovenskej republiky: IV. ÚS 295/2022.
37. Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník.
38. Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník.

#### **KONTAKT NA AUTORA**

oliver.buhala@hotmail.com

Čajakova 5

040 01 Košice

Slovenská republika

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

## Význam spriaznených osôb pri výkone správcovskej činnosti<sup>2</sup>

### The impact of related party category on administrator's position

#### Abstrakt

*Okruh spriaznených osôb pre účely konkurzného konania, reštrukturalizačného konania a konania o oddlžení vymedzuje § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii. Na takto vymedzený okruh subjektov nadväzuje aj Zákon o správcoch pri úprave vylúčenia správcu z výkonu správcovskej činnosti. V príspevku sa autorka zameriava na jednotlivé dôvody vylúčenia správcu z výkonu správcovskej činnosti a porovnáva ich s dôvodmi vylučujúcimi sudcu z prejednávania a rozhodnutia veci. V rámci riešenej problematiky sa bližšie venuje najmä otázke, v akom význame a šírke pôsobí kategória spriaznených osôb na funkciu správcu.*

*Kľúčové slová: správca, spriaznená osoba, výkon správcovskej činnosti, vylúčenie správcu, zákon o správcoch, zákon o konkurze a reštrukturalizácii.*

#### Abstract

*Related persons are legally defined by Section 9 of the Bankruptcy and Restructuring Act for the purpose of insolvency proceedings. The Administrator Act follows the aforementioned legal definition in provisions regarding the recusal of administrator. The article deals with the particular reasons for the recusal of administrator in insolvency proceedings, compares them with reasons for the recusal of judges in civil proceedings. Explain more closely in what meaning and spread the related party category may affect the administrator's position.*

*Key words: administrator, related person, administration, recusal of administrator, Administrator Act, Bankruptcy and Recovery Act.*

**JEL Classification:** K22

---

<sup>1</sup> Autorka je vedecko-výskumným pracovníkom na UPJŠ v Košiciach, Právnickej fakulty, Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva.

<sup>2</sup> Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0424 a VEGA č. 1/0259/22.

## ÚVOD

V slovenskej právnej úprave je možné vidieť niekoľko príkladov, kedy zákon koncipuje kategórie osôb podľa určitého typu a úrovne prepojenia medzi nimi, a ktoré následne používa a zohľadňuje pri riešení jednotlivých otázok. Takto na rodinných, citových, zmluvných, korporlačných, prípadne aj iných vzťahoch medzi osobami v rôznych kombináciách a prevedení stavia napríklad Občiansky zákonník pri vymedzení kategórie blízkych osôb,<sup>3</sup> Zákon o konkurze a reštrukturalizácii pri spriaznených osobách,<sup>4</sup> Obchodný zákonník tiež pri spriaznených osobách pre potreby významných obchodných transakcií,<sup>5</sup> Zákon o dani z príjmu pri závislých osobách,<sup>6</sup> či Trestný zákon pri trestnoprávnom vymedzení blízkych osôb,<sup>7</sup> ale potom aj také právne predpisy, ktoré vymedzujú určitú kategóriu osôb bez toho, aby jej dali výslovné legálne pomenovanie.<sup>8</sup> Rozdiely v šírke, ktorú dokážu jednotlivé kategórie osôb pokryť, sú dobre známe a väčšinou sú (resp. mali by byť) podmienené rozdielnym účelom ustanovení, ktoré na ne nadväzujú a spájajú s nimi určité právne následky.<sup>9</sup> Diskutovať o vhodnosti toho ktorého zákonného vymedzenia je preto z nášho pohľadu ťažko predstaviteľné bez väzby na právne následky, ktoré zákon osobitne koncipuje na základe určitého prepojenia medzi osobami. V tomto duchu by sme chceli vstúpiť do diskusie o spriaznených osobách a zamerať sa na rolu, ktorú zohrávajú pri výkone správcovskej činnosti podľa zákona č. 8/2005 Z. z. o správcoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej aj ako len „Zákon o správcoch“). V príspevku by sme chceli kategóriu spriaznených osôb tiež bližšie rozvinúť a zistiť, k akým výsledkom by mohli viesť niektoré diskutované interpretačné úskalía konceptu spriaznených osôb v otázke výkonu správcovskej činnosti, k akému časovému momentu vlastne posudzovať spriaznenosť medzi osobami, akú relevanciu majú následné zmeny vo vzťahoch a na tomto základe napokon popísať, aké procesné súvislosti sú s nimi spojené v otázke postavenia správcu pri výkone správcovskej činnosti.

<sup>3</sup> Ustanovenie § 116 Občianskeho zákonníka.

<sup>4</sup> Ustanovenie § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>5</sup> Ustanovenie § 220ga ods. 3 Obchodného zákonníka. Textácia však zodpovedá vymedzeniu spriaznených osôb pre právnické osoby podľa § 9 ods. 1 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>6</sup> Ustanovenie § 2 písm. n) Zákona o dani z príjmu.

<sup>7</sup> Ustanovenie § 127 ods. 5 Trestného zákona.

<sup>8</sup> Napríklad § 67c ods. 2 Obchodného zákonníka pri vymedzení okruhu osôb poskytujúcich plnenie nahrádzajúce vlastné zdroje alebo § 67j ods. 3 a 4 Obchodného zákonníku pri vymedzení okruhu osôb, na ktoré sa vzťahuje zákaz vrátenia vkladu, hoci v rámci doktríny možno vidieť tieto osoby pre zjednodušenie veci označené tiež ako „spriaznené osoby“, významovo však bez väzby na § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii. Takto napríklad PALA, R., FRINDRICH, J. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s. r. o., 2017, s. 512 alebo PATAKÝOVÁ, M., ĎURICA, M., HUSÁR, J. a kol. *Aplikované právo obchodných spoločností a družstiev – ťažiskové inštitúty*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s. r. o., 2021, s. 208 alebo KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze*. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 83.

<sup>9</sup> Hoci nie vždy je tomu tak, v tomto smere možno odkázať na kritický postoj k diferenciacii medzi spriaznenými osobami, blízkymi osobami a osobami podľa § 67j ods. 3 a 4 Obchodného zákonníka. Pozri PALA, R., FRINDRICH, J. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s. r. o., 2017, s. 539.

# 1. SPRIAZNENÉ OSOBY: ZÁKLADNÉ VÝCHODISKÁ A VYMEDZENIE PODĽA ZÁKONA O KONKURZE A REŠTRUKTURALIZÁCIÍ

V súvislosti s úpravou konkurzného, reštrukturalizačného konania a konania o oddĺžení zohľadňuje Zákon o konkurze a reštrukturalizácii v riešení niektorých otázok určitú mieru prepojenosti medzi osobami. Takto napríklad činí pri úprave odporovateľnosti právnych úkonov,<sup>10</sup> pri práve hlasovať na schôdzi veriteľov a byť volený do veriteľského výboru,<sup>11</sup> pri uspokojovaní veriteľov,<sup>12</sup> pri zaraďovaní do skupín v rámci reštrukturalizačného plánu,<sup>13</sup> pri vylúčení pohľadávok z uspokojenia v konaní o oddĺžení,<sup>14</sup> a pri mnohých ďalších otázkach. Na tento účel využíva jednotný náhľad vyjadrený v koncepte spriaznených osôb, ktorého definovanie vidieť v § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii. Z podstaty veci je okruh spriaznených osôb vymedzovaný rozdielne pre právnické a fyzické osoby.

## 1.1. Osoby spriaznené s právnickou osobou

Ustanovenie § 9 ods. 1 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii vymedzuje pre právnickú osobu okruh s ňou spriaznených osôb týmito piatimi skupinami:

Prvá<sup>15</sup> zahŕňa klasické príklady osôb, ktoré vykonávajú v právnickej osobe riadiace alebo kontrolné funkcie, a to štatutárny orgán, resp. člen štatutárneho orgánu, vedúci zamestnanec (vo význame podľa § 9 ods. 3 Zákonníka práce), prokurista a člen dozornej rady právnickej osoby. Výpočet týchto osôb je v rámci prvej skupiny stanovený taxatívne a je akousi základňou, na ktorú nadväzujú ďalšie skupiny spriaznených osôb. Na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že taxatívny výpočet osôb akoby vopred naznačuje len minimálne možnosti rozširujúceho výkladu. Niektorí autori možnosť rozširujúceho výkladu úplne vylučujú.<sup>16</sup> To by však mohlo viesť k záveru, že mimo rámec tejto skupiny by ostali osoby, ktoré vykonávajú riadiace alebo kontrolné funkcie len fakticky, bez toho, aby v rámci právnickej osoby oficiálne zastávali niektorú z výslovne uvedených pozícií, typickým príkladom toho je fakticky štatutárny orgán podľa § 66 ods. 7 Obchodného zákonníka. Domnievame sa, že úplné popretie rozširujúceho výkladu by mohlo viesť k nedôvodnému vylúčeniu osôb, ktorých pozícia je fakticky totožná s tými osobami, ktoré Zákon o konkurze a reštrukturalizácii výslovne práve na tomto základe do okruhu spriaznených osôb zahŕňa. V tomto smere nedáva zmysel na jednej strane uznať, že pozícia štatutárneho orgánu v právnickej osobe zakladá spriaznenosť s touto osobou, ale faktický výkon tejto funkcie už nie. Kým faktická totožnosť v pozíciách by mala viesť k záveru o prípustnosti rozširujúceho výkladu, je otázne, či postačuje pre tento

<sup>10</sup> Ustanovenie § 58 ods. 3 alebo § 59 ods. 4 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>11</sup> Ustanovenie § 35 ods. 4 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>12</sup> Ustanovenie § 95 ods. 3 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>13</sup> Ustanovenie § 137 ods. 5 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>14</sup> Ustanovenie § 166b ods. 1 písm. b) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>15</sup> Ustanovenie § 9 ods. 1 písm. a) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>16</sup> KRÁLIK, M. *Zákon o správcoch. Vyhláška, ktorou sa vykonávajú niektoré ustanovenia zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2014, s. 24.

účel aj faktická podobnosť, a ak áno, v akom význame. Otázka znie v tomto zmysle potom pomerne jednoducho – je osobou spriaznenou s právnickou osobou aj osoba, ktorej pozícia fakticky pripomína podstatné elementy v pozíciách taxatívne vymenovaných osôb? Ako príklad možno uviesť likvidátora obchodnej spoločnosti, osoby vykonávajúce funkciu vo fakultatívnych orgánoch fakticky pripomínajúce členov dozornej rady, či osoby s generálnou plnou mocou udelenou zo strany právnickej osoby fakticky pripomínajúce prokuristu. Domnievame sa, že automatické vylúčenie možnosti rozširujúceho výkladu bez predchádzajúceho porovnania miery podobnosti v pozíciách by mohlo viesť v niektorých prípadoch k nelogickým výsledkom. Hoci si uvedomujeme, že nelogický výsledok nemusí byť sám o sebe postačujúci argument pre pripustenie rozširujúceho výkladu, domnievame sa, že položenú otázku by nemalo byť možné uzavrieť univerzálne platným konštatovaním – nie, nie je.

V druhej skupine<sup>17</sup> sa nachádzajú fyzické a právnické osoby, ktoré majú v posudzovanej právnickej osobe kvalifikovanú účasť. Kedy má osoba v právnickej osobe kvalifikovanú účasť vymedzuje § 9 ods. 3 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii buď prostredníctvom priameho alebo nepriamo podielu o veľkosti aspoň 5% na základnom imaní alebo hlasovacích právach, alebo možnosti uplatňovania takého vplyvu na riadenie právnickej osoby, ktorý je porovnateľný s vplyvom zodpovedajúcim vyššie uvedenému priamemu, alebo nepriamemu podielu. Žitňanská vymedzuje ako esenciálny znak druhej skupiny spoločnicke a im zodpovedajúce pozície, teda pozície bez priameho vplyvu na obchodné vedenie.<sup>18</sup> V tomto smere má preto druhá skupina potenciál pokrývať pozície typovo zodpovedajúce pozícií spoločníkov, resp. akcionárov v obchodných spoločnostiach, všeobecne členov právnických osôb, vylúčení bez ďalšieho by nemali byť v niektorých prípadoch ani tichí spoločníci.<sup>19</sup>

Kým kritérium priameho a nepriamo podielu spočíva v objektívne zmerateľných dátach, čo by sa malo v praxi prejavovať v podobe jeho bezproblémovej aplikácie, posudzovanie možnosti porovnateľného vplyvu je skôr otvorený pojem založený na individuálnom posúdení tej ktorej situácie. Šírka a možnosti interpretácie tohto

---

<sup>17</sup> Ustanovenie § 9 ods. 1 písm. b) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>18</sup> Pozri ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. In *Súkromné právo*. roč. VIII, 2022, č. 2, s. 55. Inak ale napríklad KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze*. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 88, ktorý uvažuje o faktickom štatutárnom orgáne ako o spriaznenej osobe intenciách § 67c ods. 2 písm. b) Obchodného zákonníka, ktorého textácia zodpovedá § 9 ods. 1 písm. b) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii alebo aj KRÁLIK, M. *Zákon o správcoch. Vyhláška, ktorou sa vykonávajú niektoré ustanovenia zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2014, s. 25, ktorý uvažuje o dvoch právnických osobách s totožnou osobou vo funkcií ich štatutárneho orgánu ako o spriaznených osobách v intenciách § 9 ods. 1 písm. e) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii práve na základe kvalifikovanej účasti.

<sup>19</sup> Pozri k tomu KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze*. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 82 a 89.

druhého kritéria boli na úrovni odbornej obce<sup>20</sup> a v aplikačnej praxi<sup>21</sup> v nedávnom období predmetom diskusií, a to na pozadí otázky, či je možné, aby sa banka ako veriteľ dlžníka považovala za s ním spriaznenú osobu, pokiaľ súčasťou ich zmluvného vzťahu sú dojednania o možnosti banky vykonávať vplyv na konanie dlžníka. V čase písania tohto príspevku však bola prijatá novela k Zákonom o konkurze a reštrukturalizácii,<sup>22</sup> ktorá zdá sa, že robí diskutovanú otázku viac bezpredmetnou a v tejto súvislosti dopĺňa s účinnosťou od 1. marca 2024 nový odsek 4 v rámci § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii, ktorý formuluje výnimku z kvalifikovanej účasti podľa § 9 ods. 3 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii tak, že „*Za možnosť uplatňovať vplyv na riadenie právnickej osoby podľa odseku 3 sa nepovažujú zmluvné dojednania alebo zákonné oprávnenia veriteľa, ktorých účelom je ochrana práv alebo oprávnených záujmov veriteľa v súvislosti s poskytnutím finančných služieb dlžníkovi vrátane ich zábezpeky.*“

Tretia,<sup>23</sup> štvrtá<sup>24</sup> a piata skupina<sup>25</sup> nadväzujú na okruhy osôb vymedzené v rámci prvej a druhej skupiny a v jadre veci zakladajú spriaznenosť s právnickou osobou odvodenú od okruhu osôb spriaznených s fyzickými a právnickými osobami vymedzenými v prvých dvoch skupinách.<sup>26</sup> Takto možno vnímať § 9 ods. 1 písm. c) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii, podľa ktorého je spriaznenou osobou právnickej osoby aj štatutárny orgán, resp. člen štatutárneho orgánu, vedúci zamestnanec, prokurista alebo člen dozornej rady tej právnickej osoby, ktorá bola uvedená v rámci prvej skupiny (§ 9 ods. 1 písm. a) ZKR) alebo druhej skupiny (§ 9 ods. 1 písm. b) ZKR). Obdobne tak aj § 9 ods. 1 písm. d) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii nadväzuje a do okruhu spriaznených osôb s právnickou osobou zahŕňa blízke osoby<sup>27</sup> fyzickej osoby uvedenej v rámci prvej, druhej a tretej skupiny. Napokon okruh spriaznených osôb uzatvára § 9 ods. 1 písm. e) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii, podľa ktorého sa za spriaznenú osobu považuje aj právnická osoba, v ktorej má posudzovaná právnická osoba alebo ktorákoľvek z osôb identifikovaná v rámci niektorej z vyššie uvedených skupín, kvalifikovanú účasť. Okrajovo možno ešte spomenúť, že pre prípady dlžníkov zapísaných v registri partnerov verejného sektora koncipuje § 9 ods. 4 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii osobitné pravidlo umožňujúce podmienene rozšíriť okruh

---

<sup>20</sup> Detailný pohľad, argumentáciu k nastolenej otázke, ale aj prehľad ďalších názorov ponúka ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. In *Súkromné právo*. roč. VIII, 2022, č. 2, s. 53–58.

<sup>21</sup> Rozsudok Krajského súdu v Košiciach sp. zn. 4CoKR/27/2018 z 27.2.2019 a tiež glosa k nemu VOLNÝ, M., JANOTOVÁ, P. Rozsudok Krajského súdu v Košiciach sp. zn. 4 CoKR/27/2018 z 27.2.2019 (spriaznenosť bankového veriteľa). In *Súkromné právo*. roč. IX, 2023, č. 1, s. 19–25.

<sup>22</sup> Dňa 28.6.2023 schválila Národná rada SR novelu k Zákonom o konkurze a reštrukturalizácii prevedenú zákonom č. 309/2023 Z.z. o premenách obchodných spoločností a družstiev a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

<sup>23</sup> Ustanovenie § 9 ods. 1 písm. c) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>24</sup> Ustanovenie § 9 ods. 1 písm. d) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>25</sup> Ustanovenie § 9 ods. 1 písm. e) Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>26</sup> Kým ostane nejasný okruh osôb prvej a druhej skupiny, je nejasný aj na nich nadväzujúci okruh osôb vymedzovaných v rámci tretej, štvrtej a piatej skupiny.

<sup>27</sup> Okruh blízkych osôb vymedzuje pre fyzickú osobu § 116 Občianskeho zákonníka.

spriaznených osôb aj o veriteľa prihlasujúceho si pohľadávky v celkovej výške 1 mil. Eur.<sup>28</sup>

## 1.2. Osoby spriaznené s fyzickou osobou

Okruh spriaznených osôb fyzickej osoby vymedzuje § 9 ods. 2 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii dvoma skupinami. Prvú tvoria blízke osoby vo význame a šírke, ako to upravuje § 116 Občianskeho zákonníka.<sup>29</sup> A druhá pokrýva právnickú osobu, v ktorej má posudzovaná fyzická osoba alebo niektorá z jej blízkych osôb kvalifikovanú účasť vo význame podľa § 9 ods. 3 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

Diskutuje sa, či blízkou osobou môže byť aj právnická osoba, a to či už všeobecne, alebo v kontexte konkrétnych ustanovení, ktoré operujú s konceptom blízka osoba.<sup>30</sup> Mohlo by sa zdať, že § 9 ods. 2 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii naliehavosť tejto otázky oslabuje, keďže predmetné ustanovenie zaradzuje medzi spriaznené osoby fyzickej osoby aj právnickú osobu, v ktorej má posudzovaná fyzická osoba alebo jej blízke osoby kvalifikovanú účasť. Konečný záver je však podmienený šírkou, v akej pristupujeme k interpretácii pojmu „kvalifikovaná účasť“. Ak totiž akceptujeme východisko, ktoré pre kvalifikovanú účasť popísala Žitňanská – a síce že typovo dokáže pokryť spoločnicke a im zodpovedajúce pozície, nie však pozície s vplyvom na obchodné vedenie,<sup>31</sup> potom nutne dospejeme k záveru, že druhá skupina spriaznených osôb fyzickej osoby nepokrýva právnickú osobu, v ktorej posudzovaná fyzická osoba nemá postavenie spoločníka, ale napríklad len postavenie štatutárneho orgánu, resp. člena štatutárneho orgánu, prokuristu, člena dozornej rady. V tomto smere potom naďalej má zmysel pýtať sa, či takáto právnická osoba je alebo nie je spriaznenou osobou fyzickej osoby vo význame, ktorú ponúka prvá skupina – a teda na základe vymedzenia blízkych osôb fyzickej osoby.

<sup>28</sup> S výnimkou tých veriteľov, ktorí sú subjektom verejnej správy, bankou, inštitúciou elektronických peňazí, poisťovňou, zaisťovňou, zdravotnou poisťovňou, správcovskou spoločnosťou, obchodníkom s cennými papiermi, burzou cenných papierov alebo centrálnym depozitárom cenných papierov. Pozri § 9 ods. 4 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>29</sup> Podľa § 116 Občianskeho zákonníka: „Blízkou osobou je príbuzný v priamom rade, súrodenec a manžel; iné osoby v pomere rodinnom alebo obdobnom sa pokladajú za osoby sebe navzájom blízke, ak by ujmu, ktorú utrpela jedna z nich, druhá dôvodne pocítovala ako vlastnú ujmu.“

<sup>30</sup> V kontexte § 67c ods. 2 písm. d) Obchodného zákonníka pozri napríklad CSACH, K. Obchodná spoločnosť v kríze. In *Súkromné právo*, roč. III, 2017, č. 4, s. 168, KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze*. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 88, PALA, R., FRINDRICH, J. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 508 alebo v súvislosti s občianskoprávnou odporovateľnosťou ČENTÍK, T. Môže byť právnická osoba blízkou osobou? In *Ulpianus*, 2018. Dostupné: <https://www.ulpianus.sk/blog/moze-byt-pravnicka-osoba-blizkou-osobou>.

<sup>31</sup> ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. In *Súkromné právo*. roč. VIII, 2022, č. 2, s. 55.



Prečo by malo byť možné nazerať na právnickú osobu ako na blízku osobu vysvetľovali už viacerí autori a tiež podporujú viaceré súdne rozhodnutia.<sup>32</sup> Domnievame sa, že uvedený záver nespochybňuje pre účely Zákona o konkurze a reštrukturalizácií ani textácia jeho § 9. Ak totiž dáme do vzájomného pomeru okruh spriaznených osôb právnickej osoby podľa § 9 ods. 1 Zákona o konkurze a reštrukturalizácií a fyzickej osoby podľa § 9 ods. 2 Zákona o konkurze a reštrukturalizácií, malo by platiť, že ak určitá fyzická osoba spadá podľa § 9 ods. 1 Zákona o konkurze a reštrukturalizácií do okruhu spriaznených osôb právnickej osoby, mala by táto právnická osoba recipročne spadať podľa § 9 ods. 2 Zákona o konkurze a reštrukturalizácií do okruhu spriaznených osôb takejto fyzickej osoby.

V kontexte nami riešenej otázky by potom malo platiť, že pokiaľ je fyzická osoba v pozícii štatutárneho orgánu, resp. jeho člena, prokuristu alebo člena dozornej rady a z toho dôvodu spadá podľa § 9 ods. 1 písm. a) Zákona o konkurze a reštrukturalizácií do okruhu spriaznených osôb právnickej osoby, mala by aj takáto právnická osoba spadať do okruhu spriaznených osôb fyzickej osoby podľa § 9 ods. 2 Zákona o konkurze a reštrukturalizácií. Hoci uznávame, že popísaná úvaha má potenciál prispieť k všeobecnému objasneniu blízkych osôb len nepriamo, v riešenom prípade nám dáva zmysel pripustiť postavenie právnickej osoby ako blízkej osoby.

### **1.3. Krátky exkurz k návrhu tzv. pre – pack smernice: Harmonizácia v otázke spriaznených osôb?**

Katégoria spriaznených osôb vymedzená v Zákone o konkurze a reštrukturalizácií bola doteraz predmetom troch novelizácií.<sup>33</sup> Vo vzťahu k európskemu insolvenčnému právu ide o vnútroštátny koncept, ktorý dosiaľ nebol z úrovne Európskej únie predmetom unifikáčnych, či harmonizačných úsilí. To sa však v blízkej dobe môže zmeniť. Dňa 7. decembra 2022 uverejnila Komisia návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva (ďalej len „návrh smernice“)<sup>34</sup> a v súvislosti s nimi aj katégoria „*strán úzko prepojených s dlžníkom*“ (angl. „*party closely related to the debtor*“). Harmonizácia tejto katégorie osôb sa navrhuje v súvislosti s harmonizáciou pravidiel o odporovacích žalobách a tzv. pre-pack postupoch, ktoré sa navrhujú ako osobitný mechanizmus predaja majetku dlžníka v rámci likvidačného konkurzu. Z pohľadu riešenej témy je preto nutné vidieť, že návrh smernice priamo neavizuje harmonizáciu v otázke spriaznených osôb všeobecne pre účely celého insolvenčného

<sup>32</sup> Pozri prehľad súdnych rozhodnutí ČENTÍK, T. Môže byť právnická osoba blízkou osobou? In *Ulpianus*, 2018. Dostupné: <https://www.ulpianus.sk/blog/moze-byt-pravnicka-osoba-blizkou-osobou>

<sup>33</sup> Prehľadné vysvetlenie každej z nich ponúka ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácií. Komentár*. 4. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 41.

<sup>34</sup> Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva zo dňa 7.12.2022, COM(2022) 702 final. Dostupná tu: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8adadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0023.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8adadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF)

práva, ale len v kontexte odporovacích žalôb a predaja majetku dlžníka v rámci tzv. pre-pack postupoch.

Návrh smernice navrhuje rovnako ako Zákon o konkurze a reštrukturalizácii vymedzenie „*strán úzko prepojených s dlžníkom*“ rozdielne pre fyzické a právnické osoby. Pre fyzické osoby sa v článku 2 písm. q) návrhu smernice navrhuje zaradiť do okruhu s nimi úzko prepojených osôb:

- „i) manžel/manželka alebo partner/partnerka dlžníka;*
- ii) predkovia, potomkovia a súrodenci dlžníka alebo manžela/manželky alebo partnera/partnerky a manželia/manželky alebo partneri/partnerky uvedených osôb;*
- iii) osoby, ktoré žijú v domácnosti dlžníka;*
- iv) osoby, ktoré pracujú pre dlžníka na základe pracovnej zmluvy, ktoré majú prístup k neverejným informáciám o záležitostiach dlžníka alebo inak plnia úlohy, vďaka ktorým majú prístup k neverejným informáciám o záležitostiach dlžníka, a to vrátane poradcov, účtovníkov alebo notárov;*
- v) právnické osoby, v ktorých je dlžník alebo jedna z osôb uvedených v bodoch i) až iv) tohto pododseku členom správnych, riadiacich alebo kontrolných orgánov alebo vykonáva povinnosti, ktoré umožňujú prístup k neverejným informáciám o záležitostiach dlžníka.“*

V porovnaní s tým, čo sme už uviedli pri spriaznených osobách fyzickej osoby v kontexte Zákona o konkurze a reštrukturalizácii, vnímame vymedzenie úzko prepojených osôb s fyzickou osobou ako širšie. Uvedomujeme si však, že mnohé rozdiely v šírke sú podmienené tým, ako širokú interpretáciu pojmu blízke osoby fyzickej osoby sme ochotní pripustiť. Napríklad aj pri súčasnom vymedzení spriaznených osôb fyzickej osoby by malo byť možné dospieť k záveru o tom, že osoby uvádzané v článku 2 písm. q) odsekoch iv) a v) návrhu smernice, sú s ňou spriaznené.

V ďalšej časti článku 2 písm. q) návrhu smernice sa navrhuje vymedziť strany úzko prepojené s právnickou osobou tak, že by tam mali patriť:

- „i) každý člen správnych, riadiacich alebo kontrolných orgánov dlžníka;*
- ii) držiteľia majetkovej účasti s kontrolným podielom v podniku dlžníka;*
- iii) osoby, ktoré vykonávajú podobné funkcie ako tie, ktoré vykonávajú osoby podľa bodu i);*
- iv) osoby, ktoré sú v súlade s druhým pododsekom úzko prepojené s osobami uvedenými v bodoch i), ii) a iii) tohto pododseku.“*

Okruh osôb úzko prepojených s právnickou osobou v zásade korešponduje s vymedzením spriaznených osôb právnickej osoby podľa § 9 ods. 1 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii, hoci sa žiada uviesť, že uvedený záver je tiež

podmieneny ochotou pripustiť širšie náhľady v otázkach, ktoré sme bližšie rozvinuli v predchádzajúcich častiach príspevku.<sup>35</sup>

V konečnom zhodnotení však možno uviesť, že ak návrh smernice bude prijatý, harmonizovaný rámec pravidiel sa dotkne spriaznených osôb minimálne v otázke odporovateľnosti a tzv. pre-pack postupoch. Keďže preferujeme skôr širší náhľad na spriaznené osoby všeobecne, domnievame sa, že by bolo vhodnejšie v prvom kroku uvažovať o harmonizácii kategórie spriaznených osôb všeobecne pre účely celého insolvenčného práva, ako vytvárať osobitnú kategóriu „*strán úzko prepojených s dlžníkom*“ len pre účely odporovateľnosti právnych úkonov, či tzv. pre-pack postupov.

#### **1.4. Význam spriaznených osôb pri výkone správcovskej činnosti: Vecné vymedzenie**

Zopakujeme, že Zákon o konkurze a reštrukturalizácii vymedzuje okruh spriaznených osôb pre účely konkurzného, reštrukturalizačného konania a konania o oddlžení, v rámci ktorých s nimi operuje pri riešení rôznych právnych otázok. Aplikatívny rozsah tejto kategórie však presahuje hranice pôsobnosti Zákona o konkurze a reštrukturalizácii. Na spriaznené osoby v šírke a význame ako ich vymedzuje Zákon o konkurze a reštrukturalizácii totiž nadväzuje aj Zákon o správcoch<sup>36</sup> a v § 4 ich využíva pri formulovaní viacerých dôvodov, pre ktoré je správca vylúčený z výkonu správcovskej činnosti.<sup>37</sup>

Správcovskou činnosťou pritom Zákon o správcoch rozumie činnosť správcu v konkurznom konaní, reštrukturalizačnom konaní, v konaní o oddlžení podľa Zákona o konkurze a reštrukturalizácii alebo v konaní o verejnej preventívnej reštrukturalizácii podľa Zákona o riešení hroziaceho úpadku.<sup>38</sup> Činnosť správcu ustanoveného do funkcie likvidátora obchodnej spoločnosti podľa § 72 ods. 1 písm. a) Obchodného zákonníka by tak mala stáť už mimo definíciu správcovskej činnosti a podmienok s tým spojenými, ktoré pre výkon správcovskej činnosti formuluje

---

<sup>35</sup> Pozri podkapitolu 1.1 tohto príspevku.

<sup>36</sup> Podľa § 4 ods. 5 Zákona o správcoch: „*Spriaznenou osobou na účely tohto zákona sa rozumie osoba podľa osobitného predpisu.*“ V poznámke pod čiarou sa odkazuje na § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>37</sup> Pre úplnosť spomenieme aj zákon č. 111/2022 Z. z. o riešení hroziaceho úpadku a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, ktorý odkazuje v § 2 ods. 1 písm. a) priamo na § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii v otázke vymedzenia spriaznených osôb v súvislosti s právnou úpravou verejnej a neverejnej preventívnej reštrukturalizácie.

<sup>38</sup> Podľa § 1 Zákona o správcoch: „*Tento zákon upravuje postavenie správcov, ktorí vykonávajú činnosť v konkurznom konaní, reštrukturalizačnom konaní, konaní o oddlžení alebo konaní o verejnej preventívnej reštrukturalizácii podľa osobitných predpisov*1) (ďalej len "správcovská činnosť"), práva a povinnosti správcov, vzdelávanie správcov, pôsobnosť Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky (ďalej len "ministerstvo") vo výkone správcovskej činnosti a dohľad ministerstva nad výkonom správcovskej činnosti.“

Zákon o správcoch.<sup>39</sup> To by mohlo v konečnom dôsledku znamenať okrem iného aj to, že dôvody, pre ktoré Zákon o správcoch vylučuje správcu z výkonu správcovskej činnosti, nevylučujú správcu z výkonu funkcie likvidátora obchodnej spoločnosti. Domnievame sa, že takýto výsledok by mohol v niektorých prípadoch viesť k paradoxným výsledkom. Ak by totiž do funkcie likvidátora obchodnej spoločnosti mohol byť ustanovený aj správca, ktorý by bol inak vylúčený z výkonu správcovskej činnosti, zákonná úprava by aj od takého správcu jednak očakávala, že v prípade návrhu na vyhlásenie konkurzu podá správu o majetnosti spoločnosti alebo nemajetnosti spoločnosti tak, ako by išlo o záverečnú správu predbežného správcu a jednak by mu za podanie takejto správy priznávala odmenu rovnako ako predbežnému správcovi.<sup>40</sup>

Hoci sa javí, že Zákon o správcoch priamo neupravuje podmienky výkonu činnosti správcu ustanoveného do funkcie likvidátora, isté premostenie s touto úpravou Obchodný zákonník predsa len konštruje. Podľa § 72 ods. 3 Obchodného zákonníka „*ak likvidátora ustanovuje súd, ustanovenie sa uskutočňuje náhodným výberom z osôb, ktoré by mohli byť pre prípad vyhlásenia konkurzu na majetok spoločnosti ustanovené za správcu konkurznej podstaty, a to aj bez ich súhlasu.*“ Domnievame sa, že výkladom § 72 ods. 3 Obchodného zákonníka by sme mohli dospieť k záveru o tom, že dôvody, pre ktoré je vylúčený správca z výkonu správcovskej činnosti, by mali byť aplikovateľné aj na výkon funkcie likvidátora obchodnej spoločnosti. V ďalšej časti príspevku sa pokúsime priblížiť ako Zákon o správcoch pracuje s kategóriou spriaznených osôb pri koncipovaní dôvodov vylučujúcich správcu z výkonu správcovskej činnosti, ale v konečnom dôsledku aj činnosti likvidátora obchodnej spoločnosti.

## **2. VYLÚČENIE SPRÁVCU Z VÝKONU SPRÁVCOVSKEJ ČINNOSTI: ZÁKONNÉ DÔVODY A PROCESNÉ SÚVISLOSTI**

V § 4 formuluje Zákon o správcoch tri okruhy prípadov, ktoré pokiaľ nastanú, vylučujú správcu z výkonu správcovskej činnosti.

Podstata prvého spočíva v zaujatosti správcu. Podľa § 4 ods. 1 Zákona o správcoch je správca vylúčený z výkonu správcovskej činnosti, „*ak so zreteľom na jeho pomer k veci, v ktorej vykonáva správcovskú činnosť, možno mať pochybnosti o jeho nezaujatosti.*“ Uvedená formulácia pripomína úpravu vylúčenia sudcu podľa Civilného sporového poriadku, v detailoch je však mierne odlišná. Kým

---

<sup>39</sup> Komentár k Zákonu o správcoch uvádza aj ďalšie príklady činnosti správcu, ktoré sa vymykajú z rámca definície správcovskej činnosti podľa § 1 Zákona o správcoch. Pozri KRÁLIK, M. *Zákon o správcoch. Vyhláška, ktorou sa vykonávajú niektoré ustanovenia zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár.* Bratislava: Wolters Kluwer, 2014, s. 12.

<sup>40</sup> Podľa § 12 ods. 7 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii: „*Ak návrh na vyhlásenie konkurzu podáva likvidátor ustanovený súdom zo zoznamu správcov, k návrhu na vyhlásenie konkurzu pripojí správu o majetnosti spoločnosti alebo nemajetnosti spoločnosti tak, ako by išlo o záverečnú správu predbežného správcu podľa osobitného predpisu. Za podanie správy má likvidátor nárok na odmenu rovnako ako predbežný správca.*“

§ 48 ods. 1 Civilného sporového poriadku<sup>41</sup> zakladá zaujatosť sudcu nielen pre jeho pomer k veci, ale aj k stranám, ich zástupcom alebo osobám zúčastneným na konaní, Zákon o správcoch sa v tomto smere obmedzuje len na pomer k veci. Neznamená to však, že pomer správcu k osobám je v otázke vylúčenia správcu z výkonu správcovskej činnosti bez právneho významu.

Zákon o správcoch ho zohľadňuje v rámci druhého okruhu prípadov, ktorý je vymedzený v § 4 ods. 2 a spočíva v taxatívnom výpočte zákonných dôvodov, podstata ktorých spočíva v rôznych modifikáciách vzťahu správcu a tam uvedených osôb. Tým, v ktorých podstate sa operuje so spriaznenými osobami, venujeme osobitnú pozornosť.

Okrajovo možno ešte spomenúť tretí okruh prípadov, v ktorých je podľa § 4 ods. 3 Zákona o správcoch správca vylúčený z výkonu správcovskej činnosti. Ide o vylúčenie správcu pôsobiaceho vo viacerých veciach, v ktorých by spoločné záujmy veriteľov mohli byť vo vzájomnom rozpore.

## **2.1. Zákonné dôvody vylúčenia správcu založené na spriaznenosti osôb**

Rovnako ako pomer sudcu k určitým osobám, aj pomer správcu môže byť dôvodom jeho vylúčenia z výkonu správcovskej činnosti. Kým § 48 ods. 1 Civilného sporového poriadku ponecháva značný priestor v rozhodovaní o tom, či pomer sudcu k osobám môže zakladať pochybnosti o jeho nezaujatosti a na tomto základe ho vylúčiť z prejednávania a rozhodovania vo veci, Zákon o správcoch k riešeniu tejto otázky pristupuje odlišne a priestor v rozhodovaní o nej ohraničuje taxatívne uvedenými príkladmi takýchto pomerov.

Takto § 4 ods. 2 písm. a) Zákona o správcoch vylučuje správcu v prípade, že správca je spriaznenou osobou veriteľa prihlásenej pohľadávky. Aj na tomto zákonom dôvode je možné dobre demonštrovať potrebu širšieho náhľadu na koncept spriaznených osôb, resp. blízkych osôb. Napríklad ak by sme nepripustili náhľad na právnickú osobu ako na blízku osobu, potom by sme museli nutne pripustiť, že správcu ako právnickú osobu nevylučuje, pokiaľ si v dotknutom konaní (*pozn. v konaní, v ktorom zastáva pozíciu správcu*) prihlási pohľadávku fyzická osoba, ktorá je zároveň členom štatutárneho orgánu správcu ako právnickej osoby.

O čom je možné pri tomto bode diskutovať je tiež otázka, či je možno tomuto vylučovaciemu dôvodu prakticky predísť jednoduchým postúpením pohľadávky zo spriazneného veriteľa na nespriazneného veriteľa, ktorý by si ju mohol následne prihlásiť v konaní bez toho, aby tým nastúpil zákonný dôvod vylúčenia správcu. V jadre veci ide o posúdenie toho, či správcu vylučuje prihlásenie akejkoľvek spriaznenej pohľadávky vo význame ako to upravuje § 95 ods. 3 Zákona o konkurze

---

<sup>41</sup> Podľa § 48 ods. 1 Civilného sporového poriadku: „Sudca je vylúčený z prejednávania a rozhodovania sporu, ak so zreteľom na jeho pomer k sporu, k stranám, ich zástupcom alebo osobám zúčastneným na konaní možno mať odôvodnené pochybnosti o jeho nezaujatosti.“

a reštrukturalizácií,<sup>42</sup> alebo ostáva vo vzťahu k nemu relevantná len pozícia veriteľa prihlásenej pohľadávky. Formulácia riešeného ustanovenia je v tomto smere jednoznačná a dáva jasne najavo, že správcu vylučuje z výkonu činnosti, ak je spriaznenou osobou veriteľa prihlásenej pohľadávky, a je bez právneho významu, o prihlásenie akej pohľadávky ide. V tomto duchu vnímame aj účel ustanovenia. Domnievame sa, že cieľom je predísť tomu, aby veritelia, ktorým Zákon o konkurze a reštrukturalizácií priznáva určité oprávnenia smerom k správcovi, boli vo vzťahu k nemu spriaznení. Nevidíme však žiaden zmysel vylúčiť správcu z konania len na tom základe, že zo strany nespriazneného veriteľa bola prihlásená pohľadávka, ktorej veriteľom bola kedysi osoba spriaznená so správcom.

Podľa § 4 ods. 2 písm. b) Zákona o správcoch je správca tiež vylúčený vtedy, ak je spriaznený s dlžníkom alebo osobou, ktorá je spriaznená s dlžníkom. Či už zvolíme širšie alebo užšie nazeranie na spriaznené osoby, je jednoznačné, že okruh osôb, ktoré dokážu vylúčiť správcu z výkonu činnosti, je mimoriadne široký. Ak si uvedomíme, ako vymedzuje Civilný sporový poriadok pomer sudcu k osobám ako dôvod, ktorý môže zakladať pochybnosti o jeho nezaujatosti, vnímame, že požiadavky na pozíciu správcu sú v tomto bode nastavené mimoriadne vysoko. V tomto dôvode vylúčenia správcu možno vidieť multiplikáciu konceptu spriaznených osôb. Jednotlivé osoby spriaznené s dlžníkom vytvárajú vlastné okruhy spriaznených osôb, ktoré pokiaľ zasiahnu osobu správcu, tak ho vylúčia z výkonu činnosti. Tento multiplikačný efekt ďalej rozširuje § 4 ods. 2 písm. c) Zákona o správcoch, ktorý vylučuje správcu aj vtedy, ak s ním spriaznená osoba je spriaznenou osobou dlžníka alebo osoby, ktorá je spriaznenou osobou dlžníka.

V § 4 ods. 2 písm. d) Zákona o správcoch je správca vylúčený aj pre prípad, že je veriteľom alebo dlžníkom dlžníka alebo má ktorúkoľvek z týchto pozícií vo vzťahu ku osobe spriaznenej s dlžníkom. Ustanovenie § 4 ods. 2 písm. e) Zákona o správcoch k tomu dopĺňa aj osoby spriaznené so správcom, ktoré pokiaľ majú pozíciu veriteľa, dlžníka dlžníka alebo ktorúkoľvek z týchto pozícií vo vzťahu ku osobe spriaznenej s dlžníkom, vylučujú správcu z výkonu činnosti. Podstata týchto zákonných dôvodov spočíva v existencii veriteľského alebo dlžníckeho vzťahu medzi správcom alebo s ním spriaznenými osobami na jednej strane a dlžníkom alebo s ním spriaznenými osobami na strane druhej. Oproti iným typom vzťahu vnímame veriteľský, či dlžnícky typ vzťahu z podstaty vecí ako dynamickú veličinu. Ich existencií a trvaníu je totiž možné predísť jednoduchými úkonmi (napr. postúpenie pohľadávky, prevzatie záväzku, splnenie záväzku a pod.). Keďže zákonná formulácia dáva jasne najavo, že relevantné je, či správca alebo s ním spriaznená osoba je alebo nie je v niektorej z pozícií uvedenej v § 4 ods. 2 písm. d) a e) Zákona o správcoch v čase rozhodovania súdu o odvolaní správcu z funkcie, domnievame sa, že oproti iným zákonným vylučovacím dôvodom majú tieto skôr

---

<sup>42</sup> Podľa § 95 ods. 3 Zákona o konkurze a reštrukturalizácií: „*Tak isto ako podriadená pohľadávka sa uspokojí tiež zmluvná pokuta a pohľadávka, ktorá patrí alebo patrila veriteľovi, ktorý je alebo kedykoľvek od vzniku pohľadávky bol spriaznený s úpadcom (ďalej len "spriaznené pohľadávky"); na prípadné zabezpečenie týchto pohľadávok zabezpečovacím právom sa v konkurze neprihliada.*“

povahu odstrániteľných prekážok, ktorým sa dá v praktickej rovine pomerne jednoducho vyhnúť. Na druhej strane nie je možné vylúčiť, že veriteľský alebo dlžnícky vzťah medzi správcom alebo s ním spriaznenými osobami na jednej strane a dlžníkom alebo s ním spriaznenými osobami na strane druhej, bude zámerne kreovaný práve za účelom vylúčenia správcu z konania.

Podľa § 4 ods. 2 písm. f) Zákona o správcoch je správca ďalej vylúčený z výkonu správcovskej činnosti, ak v posledných troch rokoch zabezpečil záväzky dlžníka a podľa § 4 ods. 2 písm. g) Zákona o správcoch, tiež ak so správcom spriaznená osoba zabezpečovala v rovnakom období záväzky dlžníka alebo záväzky s dlžníkom spriaznenej osoby. Oproti predchádzajúcim dvom zákonným dôvodom o existencii dlžníckeho a veriteľského vzťahu,<sup>43</sup> spočívajú uvedené riešenia na koncepcie rozdielnych prístupoch.

Pre naplnenie hypotéz riešených právnych noriem je podstatné len to, či k zabezpečeniu záväzkov došlo hocikedy v období posledných troch rokov, pričom je bez právneho významu, či v čase výkonu správcovskej činnosti zabezpečenie stále trvá. Na tomto základe sa domnievame, že oproti predchádzajúcim dvom zákonným dôvodom nejde typovo o jednoducho odstrániteľné prekážky. Účinky týchto vylučovacích dôvodov, pokiaľ raz už nastali, nemôžu pominúť inak ako uplynutím relevantného časového obdobia.

Ideovo podobne koncipuje § 4 ods. 2 písm. j) Zákona o správcoch vylúčenie správcu v prípade, že poskytol dlžníkovi audítorské alebo právne služby. Z rozsahu uvedeného ustanovenia by sa malo vymykať poskytovanie iných ako audítorských, či právnych služieb. Správcu tiež nevylučuje z činnosti, pokiaľ poskytol audítorské, či právne služby osobe spriaznenej s dlžníkom. Z pohľadu použitej formulácie je tiež zaujímavé, že je bez právneho významu, v ktorom časovom období k poskytnutiu služby došlo. Pokiaľ raz už správca poskytol právne služby dlžníkovi, je definitívne vylúčený z insolvenčného konania vedeného vo vzťahu k takému dlžníkovi. V tomto smere sa nám javí pôsobenie uvedeného zákonného dôvodu ako časovo neohraničené.

Rozdielne od toho § 4 ods. 2 písm. k) Zákona o správcoch typovo podobný zákonný dôvod vylúčenia správcu už časovo ohraničuje a vylučuje ho na tom základe, že s ním spriaznená osoba poskytla dlžníkovi v posledných troch rokoch audítorské alebo právne služby.

Napokon § 4 ods. 2 písm. m) a n) Zákona o správcoch vylučuje z výkonu činnosti takého správcu, ktorý bol v posledných dvoch rokoch zamestnancom dlžníka alebo s ním spriaznená osoba bola vedúcim zamestnancom dlžníka.

---

<sup>43</sup> Podľa § 4 ods. 2 písm. d) a e) Zákona o správcoch.

## 2.2. Procesné súvislosti vylúčenia správcu

Existencia niektorého zo zákonných dôvodov vylúčenia správcu nespôsobuje zánik jeho funkcie automaticky. K tomu je potrebné rozhodnutie súdu o odvolaní správcu, ktoré môže súd vydať buď na základe návrhu alebo aj bez návrhu. Zákon o konkurze a reštrukturalizácii priznáva v rámci konkurzného konania právo podať návrh na odvolanie správcu okrem samotného správcu aj veriteľskému výboru alebo zabezpečenému veriteľovi zistenej zabezpečenej pohľadávky.<sup>44</sup> Domnievame sa však, že mnohé zo situácií, ktoré by mohli predstavovať zákonný dôvod vylúčenia správcu, nemajú súdy, veriteľský výbor, či zabezpečený veriteľ prakticky možnosť rozpoznať. V otázke odvolania správcu pre jeho vylúčenie podľa § 4 Zákona o správcoch preto možno predpokladať iniciatívu najmä zo strany správcu. Ten, pokiaľ zistí prítomnosť niektorej z prekážok formulovaných ako zákonné dôvody vylúčenia správcu z výkonu správcovskej činnosti, mal by podľa § 3 ods. 7 Zákona o správcoch požiadať súd o odvolanie z funkcie v príslušnom konaní a existenciu zákonného dôvodu vylúčenia súdu preukázať.

Predtým ako súd rozhodne o odvolaní správcu z funkcie, má v rámci konkurzného konania povinnosť vypočítať veriteľský výbor, ak je zvolený, a aspoň troch zabezpečených veriteľov s najvyšším počtom hlasov.<sup>45</sup> O samotnom odvolaní správcu rozhoduje súd buď v rámci schôdze veriteľov, ktorú za týmto účelom zvolá, alebo mimo schôdzu veriteľov. Správcovi odvolanému mimo schôdzu veriteľov môže súd v rozhodnutí o jeho odvolaní vymedziť rozsah činností, ktoré bude vykonávať až do ustanovenia nového správcu.<sup>46</sup>

## 2.3. Časová relevancia pri spriaznených osobách a následne zmeny vo vzťahoch

Predchádzajúce časti príspevku predstavili zákonné dôvody vylúčenia správcu, ktoré v rôznych obmenách operujú s konceptom spriaznených osôb a procesné súvislosti s tým spojené. Keďže spriaznenosť medzi osobami je založená na existencii zákonom vymedzeného vzťahu, v kontexte riešenej témy môže vzniknúť otázka, k akému časovému momentu by mal súd posudzovať existenciu takého vzťahu a aké sú dopady následných zmien v kvalite tohto vzťahu pri rozhodovaní o odvolaní správcu. Okruh spriaznených osôb na strane správcu, dlžníka, či veriteľov prihlásených pohľadávok, totiž nie je statická veličina a vplyvom rôznych skutočností sa môže v priebehu času meniť, rozširovať, či zužovať.

Právna úprava vylúčenia správcu výslovne nereguluje časovo relevantný moment, ku ktorému je potrebné spriaznenosť medzi osobami testovať a podľa toho

---

<sup>44</sup> Ustanovenie § 42 ods. 2 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

<sup>45</sup> Komentárová literatúra vysvetľuje situácie, v ktorých je možné od výsluchu upustiť. Pozri ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 405.

<sup>46</sup> Pozri § 42 ods. 3 Zákona o konkurze a reštrukturalizácii.



vyvodzovať právne následky pre postavenie správcu.<sup>47</sup> Domnievame sa však, že výkladom jednotlivých ustanovení je možné takýto časovo relevantný moment určiť.

Tam, kde jednotlivé zákonné dôvody formuluje § 4 ods. 2 Zákona o správcoch v prítomnom čase, dáva zmysel posudzovať spriaznenosť medzi osobami k momentu rozhodovania súdu o jeho odvolaní. Preto pokiaľ správcu vylučuje, ak:

- je spriaznený s veriteľom pohľadávky (§ 4 ods. 2 písm. a) Zákona o správcoch);
- je spriaznenou osobou dlžníka alebo osoby, ktorá je spriaznenou osobou dlžníka (§ 4 ods. 2 písm. b) Zákona o správcoch);
- s ním spriaznená osoba je spriaznenou osobou dlžníka alebo osoby, ktorá je spriaznenou osobou dlžníka (§ 4 ods. 2 písm. c) Zákona o správcoch);
- je veriteľom alebo dlžníkom dlžníka alebo osoby spriaznenej s dlžníkom (§ 4 ods. 2 písm. d) Zákona o správcoch);
- s ním spriaznená osoba je veriteľom alebo dlžníkom dlžníka alebo osoby spriaznenej s dlžníkom (§ 4 ods. 2 písm. e) Zákona o správcoch);

mal by súd pri rozhodovaní o odvolaní správcu z výkonu jeho činnosti posudzovať existenciu a trvanie vylučovacieho dôvodu ku dňu rozhodovania. Pokiaľ niektorý z vyššie uvedených vylučovacích dôvodov pôvodne existoval, ale ku dňu rozhodovania súdu o odvolaní správcu zanikol, súd by nemal správcu odvolať. Napríklad, ak bol správca členom štatutárneho orgánu veriteľa prihlásenej pohľadávky, ale jeho funkcia zanikla (a teda v čase výkonu správcovskej činnosti netrvá), táto skutočnosť by ho sama o sebe nemala nevylučovať z výkonu jeho funkcie.

Niektoré vylučovacie dôvody však Zákon o správcoch neformuluje v prítomnom čase, takto napríklad činí, keď vylučuje správcu, ak:

- v posledných troch rokoch s ním spriaznená osoba zabezpečovala záväzky dlžníka alebo záväzky s dlžníkom spriaznenej osoby (§ 4 ods. 2 písm. g) Zákona o správcoch);
- s ním spriaznená osoba v posledných troch rokoch poskytla dlžníkovi auditorské alebo právne služby (§ 4 ods. 2 písm. k) Zákona o správcoch);
- v posledných dvoch rokoch bola s ním spriaznená osoba vedúcim zamestnancom dlžníka (§ 4 ods. 2 písm. n) Zákona o správcoch).

V tejto súvislosti vzniká otázka, ku ktorému časovému momentu testovať spriaznenosť osoby. Mal by byť správca vylúčený v prípade, ak dlžníkov záväzok zabezpečila osoba spriaznená s ním v čase vzniku zabezpečenia alebo v čase, keď

---

<sup>47</sup> Časovú relevanciu v posudzovaní spriaznenosti medzi osobami pre účely zákazu vrátenia vkladu výslovne upravuje § 67j ods. 3 Obchodného zákonníka podľa ktorého „*Na účely odseku 2 sa za spoločníka považuje aj a) bývalý spoločník, ak k plneniu podľa odseku 2 došlo v lehote dvoch rokov, odkedy prestal byť spoločníkom spoločnosti, alebo b) osoba, ktorá sa stala spoločníkom spoločnosti v lehote dvoch rokov od plnenia podľa odseku 2.*“

vykonáva funkciu správcu? Alebo malo by správcu vylučovať, ak dlžníkovi poskytla právne služby osoba spriaznená s ním v čase poskytovania služby alebo v čase, keď vykonáva funkciu správcu? Či napokon mal by byť správca vylúčený z činnosti, ak vedúcim zamestnancom dlžníka bola v období posledných dvoch rokov osoba s ním spriaznená v čase trvania pracovnoprávneho pomeru alebo v čase, keď vykonáva správcovskú činnosť?

Domnievame sa, že z pohľadu výkonu správcovskej činnosti dáva zmysel testovať spriaznenosť s osobou v čase výkonu funkcie správcu. Nevidíme dôvod postihovať správcu pre prepojenie, ktoré existovalo v minulosti, ale v čase výkonu správcovskej činnosti už neexistuje. Preto by ho nemalo vylučovať, pokiaľ osoba kedysi s ním spriaznená, zabezpečila záväzky dlžníka, či mu poskytla právne služby. Pokiaľ Zákon o správcoch operuje s konceptom spriaznených osôb pri úprave vylúčenia správcu z výkonu správcovskej činnosti, relevantným by mal byť pre tento účel okruh spriaznených osôb v čase výkonu jeho činnosti, resp. v čase, kedy súd rozhoduje o jeho odvolaní pre prítomnosť niektorého zo zákonného dôvodu vylučujúceho správcu z činnosti.

## ZÁVER

Príspevok popisuje spriaznené osoby vo význame ako ich vymedzuje § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácií. Ukazuje, že okruh spriaznených osôb nie je ustálený, a ako v doktríne, tak aplikačnej praxi, vidieť užšie i širšie náhľady. Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady zo dňa 7. decembra 2022, ktorou sa majú harmonizovať určité aspekty insolvenčného práva, potvrdzuje skôr širšie nazeranie. Hoci je nutné spresniť, že harmonizácia riešenej otázky sa má dotknúť právnej úpravy odporovateľnosti právnych úkonov a tzv. pre-pack postupov, pri výklade niektorých otázok môže už teraz podporne ukazovať na európsky trend chápania spriaznených osôb. V domácich končinách sa však nie vždy darí vyriešiť problematické otázky výkladom, vtedy skôr nastupuje výslovne legislatívne riešenie. Tak je tomu aj v prípade poslednej novelizácie § 9 Zákona o konkurze a reštrukturalizácií, ktorá by mala definitívne vylúčiť veriteľov poskytujúcich finančné služby dlžníkovi z okruhu osôb, ktoré by mali mať vplyv na riadenie právnickej osoby z titulu určitých zmluvných dojednaní. Hoci vnímame okruh spriaznených osôb dnes ako neustálený, uvažovali sme o ňom z hľadiska zákonných dôvodov vylučujúcich správcu z výkonu správcovskej činnosti. Zákon o správcoch totiž na spriaznené osoby podľa Zákona o konkurze a reštrukturalizácií priamo nadväzuje a na ich základe koncipuje zákonné dôvody, ktoré pokiaľ nastanú, vylučujú správcu z výkonu správcovskej činnosti. Tam, kde vznikol priestor pre porovnanie užšieho a širšieho náhľadu, sme dospeli k záveru, že dáva zmysel pripustiť širšie nazeranie. Uvedené konštatovanie však neznamená, že by súčasná právna úprava nebola dostatočná. V mnohých smeroch sme totiž konštatovali mimoriadne vysoko nastavenú úroveň požiadaviek kladených na správcu v otázke jeho nezaujatosti.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. CSACH, K. Obchodná spoločnosť v kríze. In *Súkromné právo*. ISSN 1339-8652, roč. III, 2017, č. 4, s. 166-175.
2. ČENTÍK, T. Môže byť právnická osoba blízkou osobou? In *Ulpianus*. 2018. Dostupné: <https://www.ulpianus.sk/blog/moze-byt-pravnicka-osoba-blizkou-osobou>.
3. ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácií. Komentár*. 4. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2021. 1496 s. ISBN 978-80-7400-846-7.
4. KRÁLIK, M. *Zákon o správcoch. Vyhláška, ktorou sa vykonávajú niektoré ustanovenia zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácií. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2014. 207 s. ISBN 978-80-8168-067-0.
5. KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze*. Praha: C. H. Beck, 2022. 184 s. ISBN 978-80-7400-870-2.
6. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s. r. o., 2017. 3192 s. ISBN 978-80-8168-573-6.
7. PATAKYOVÁ, M., ĎURICA, M., HUSÁR, J. a kol. *Aplikované právo obchodných spoločností a družstva – ťažiskové inštitúty*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s. r. o., 2021. 864 s. ISBN 978-80-5710-363-9.
8. VOLNÝ, M., JANOTOVÁ, P. Rozsudok Krajského súdu v Košiciach sp. zn. 4 CoKR/27/2018 z 27.2.2019 (spriaznenosť bankového veriteľa). In *Súkromné právo*. ISSN 1339-8652, roč. IX, 2023, č. 1, s. 19-25.
9. ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. In *Súkromné právo*. ISSN 1339-8652, roč. VIII, 2022, č. 2, s. 53-58.
10. Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov.
11. Zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácií a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
12. Zákon č. 8/2005 Z.z. o správcoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
13. Zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov.
14. Zákon č. 595/2003 Z.z. o dani z príjmu v znení neskorších predpisov.
15. Zákon č. 311/2001 Z.z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov.
16. Návrh smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa harmonizujú určité aspekty insolvenčného práva zo dňa 7.12.2022, COM(2022) 702 final.
17. Krajský súd v Košiciach: sp. zn. 4CoKR/27/2018.

### KONTAKT NA AUTORA

dominika.cukerova@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

doc. JUDr. Ing. Jaroslav Dolný, PhD.<sup>1</sup>

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

## Nákladovosť reštrukturalizačných procesov pri odpise pohľadávok<sup>2</sup>

### The cost of restructuring processes in the write-off of receivables

#### Abstrakt

*V prípade finančných ťažkostí môže obchodná spoločnosť využiť rôzne nástroje a opatrenia na ich prekonanie. V prípade ak nie je možné neformálne dohoda s veriteľmi má obchodná spoločnosť možnosť po splnení zákonných podmienok využiť aj formálne inštitúty preventívnej reštrukturalizácie a úpadkovej reštrukturalizácie. Príspevok sa zaoberá nákladovosťou oboch reštrukturalizačných procesov v situácii keď sa obchodná spoločnosť rozhodne využiť odpis pohľadávok ako hlavné reštrukturalizačné opatrenie.*

*Kľúčové slová: verejná preventívna reštrukturalizácia, veriteľ, insolvenčné konanie, odpis pohľadávok.*

#### Abstract

*In case of financial difficulties, the company can use various tools and measures to overcome them. In the event that an informal agreement with creditors is not possible, the company has the opportunity to use the formal institutes of preventive restructuring and restructuring after meeting the legal conditions. The contribution deals with the cost of both restructuring processes in a situation where a company decides to use the write-off of receivables as the main restructuring measure.*

*Key words: public preventive restructuring, creditor, insolvency proceedings, write-off of claims.*

**JEL Classification: K2**

## ÚVOD

Nie je neobvyklé, že niektoré obchodné spoločnosti majú v určitom čase finančné ťažkosti častokrát spôsobené nedostatkom ich likvidity. Tieto finančné ťažkosti môžu obchodných spoločnostiam spôsobiť v praxi značné problémy, ktoré

---

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

<sup>2</sup> Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0424 a VEGA č. 1/0259/22.

v krajnom prípade môžu viesť až k vyhláseniu konkurzu na obchodnú spoločnosť. Pred týmto krajným riešením môže obchodná spoločnosť sa snažiť vyriešiť tieto finančné ťažkosti aj prostredníctvom formálnej alebo neformálnej reštrukturalizácie. Reštrukturalizácia spoločnosti spočíva v zmene kapitálovej a majetkovej štruktúry<sup>3</sup> podnikateľa, umožňuje mu reagovať na aktuálne pomery na trhu, vyriešiť starý dlh a pokračovať v podnikateľskej činnosti.<sup>4</sup> Je potrebné však podčiarknuť skutočnosť, že reštrukturalizácia nie ani tak spôsobom riešenia úpadku ako skôr spôsobom, ako sa na spôsobe úpadku dohodnúť.<sup>5</sup>

Pri neformálnej reštrukturalizácii je pôjde o dohodu obchodnej spoločnosti v pozícii dlžníka s jej veriteľmi využitím nástrojov záväzkového a korporáčného práva. Pôjde tu o riešenie finančných ťažkostí, ktoré je založené na individuálnych rokovaniach s veriteľmi, pričom nemusí tu dôjsť k dohode medzi všetkými zainteresovanými subjektmi. V prípade zlyhania neformálnych rokovaní má obchodná spoločnosť v pozícii dlžníka stále možnosť využiť inštitút štandardizované insolvenčné riešenie.

Jednou z posledných veľkých noviel v oblasti konkurzného práva bolo prijatie zákona č. 111/2022 Z.z. o riešení hroziaceho úpadku a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj „zákon o riešení hroziaceho úpadku“), ktorý zaviedol do právneho poriadku Slovenskej republiky inštitút preventívnej reštrukturalizácie. Do dnešného dňa však tento inštitút nebol aplikovaný v praxi. Aj keď dôvodov na jeho nevyužitie v praxi môže byť viacero, v príspevku sme sa zamerali na nákladovú stránku celého procesu preventívnej reštrukturalizácie, ktorú budeme porovnávať s nákladmi, ktoré vznikajú pri procese úpadkovej reštrukturalizácie<sup>6</sup>.

## 1. REŠTRUKTURALIZAČNÉ OPATRENIA

Právny poriadok upravuje pri oboch inštitútoch preventívnej reštrukturalizácie ako aj úpadkovej reštrukturalizácie využitie opatrení, ktorými je možné účel reštrukturalizácie dosiahnuť. Vzhľadom na to, že sa uvedené reštrukturalizačné opatrenia prelínajú, môžeme ich zhrnúť do nasledujúcich skupín, ktorých výpočet v zmysle ZKR ako zákona o riešení hroziaceho úpadku je demonštratívny:

---

<sup>3</sup> Podľa čl. 2 bod 1 smernice o reštrukturalizácii a insolvenčii je potrebné za reštrukturalizáciu považovať: „opatrenia s cieľom reštrukturalizovať podnik dlžníka, ktoré zahŕňajú zmenu v zložení, podmienkach alebo štruktúre aktív a pasív dlžníka alebo akejkoľvek inej časti kapitálovej štruktúry dlžníka, napríklad predaj majetku alebo častí podniku, a v prípade, že tak ustanovujú vnútroštátne právne predpisy, predaj podniku s predpokladom nepretržitého pokračovania v činnosti, ako aj všetky potrebné prevádzkové zmeny, alebo kombináciu týchto prvkov“

<sup>4</sup> KOZÁK J., ŽIŽĽAVSKÝ, M. in KOZÁK J. a kol. Insolvenční zákon. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR. 2018. s. 1162.

<sup>5</sup> WARREN, E., WESTBROOK, J. *The Law of Debtors and Creditors, Text, Cases, and Problems*. New York: Aspen Publishers, 2006. s. 405 cit. podľa RICHTER, T. *Insolvenční právo*, Praha: Wolters Kluwer, 2017 s. 459.

<sup>6</sup> Za úpadkovú reštrukturalizáciu považujeme reštrukturalizáciu podľa zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii, ktorá môže obchodná spoločnosť využiť v prípade existencie úpadku.

- a) reštrukturalizácia záväzkov dlžníka voči dotknutým veriteľom (napr. ich čiastočné odpustenie, zmena ich splatnosti alebo zmena ich zabezpečenia),
- b) reštrukturalizácia majetku dlžníka (napr. predaj podniku alebo jeho časti, prenájom podniku alebo jeho časti),
- c) reštrukturalizácia kapitálovej štruktúry dlžníka (predaj, prevod alebo vydanie nových podielov alebo zmena zakladateľských dokumentov, zlúčenie, splynutie alebo rozdelenie spoločnosti),
- d) reštrukturalizácia ľudských zdrojov podniku dlžníka (napr. vznik alebo skončenie pracovnoprávneho vzťahu),
- e) reštrukturalizácia riadenia a kontroly dlžníka (napr. ustanovenie, odvolanie alebo výmena štatutárneho organu alebo jeho člena alebo dozorného orgánu alebo jeho člena).

V praxi sa v drvivej väčšine pri úpadkovej reštrukturalizácii využíva opatrenie reštrukturalizácie záväzkov spočívajúce najmä v odpise časti záväzkov dlžníka a úprave ich splatnosti. Hlavných dôvodom je nízka až žiadna likvidita dlžníkovho podniku, ktorá sa z krátkodobého hľadiska veľmi ťažko zlepšuje. V rovnakom duchu uvádza svoj názor aj Ďurica, že úpadok alebo hroziaci úpadok neumožňuje dlžníkovi uhradiť pohľadávky všetkých veriteľov v plnej výške (inak by dlžník v úpadku nebol alebo by mu nehrozil), a preto predkladateľ plánu bude spravidla navrhovať nielen odklad splatnosti pohľadávok, ale aj ich čiastočné odpustenie.<sup>7</sup> Pre úplnosť je potrebné dodať, že ZKR umožňuje odpísať záväzky do výšky 50 % záväzkov voči nezabezpečenému veriteľovi<sup>8</sup>, kým zákon o riešení hroziaceho úpadku uvedené obmedzujúce ustanovenie nemá. Uvedený záver ešte neznamená, že jediným preferovaným riešením úpadku alebo hroziaceho úpadku má byť odpis pohľadávok. Pre zjednodušenie ekonomických dopadov v podobe nákladov obchodných procesov to však budeme predpokladať.

## 2. NÁKLADY REŠTRUKTURALIZAČNÉHO KONANIA

Na to, aby sme vedeli porovnať oba reštrukturalizačné procesy budeme vychádzať zo situácie, kedy obchodná spoločnosť má zabezpečeného veriteľa z pohľadávkou 1 mil. eur pričom hodnota majetku zabezpečujúca jeho pohľadávku je 70% z tejto sumy a výška pohľadávok nezabezpečených veriteľov je 2 mil. eur. Obrat spoločnosti je 10 mil. eur.<sup>85</sup> Pre zjednodušenie obchodná spoločnosť plánuje po jej ekonomických prepočtoch odpísať 30% pohľadávky zabezpečeného veriteľa a 50% pohľadávok nezabezpečených veriteľov.

<sup>7</sup> ĎURICA, M. Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. Bratislava: C.H.Beck, 2021. s. 1043.

<sup>8</sup> Ust. § 154 ods. 1 písm. g) ZKR.

## 2.1. Náklady na vypracovanie posudku vs. Náklady na poradcu

Obidve reštrukturalizačné konania sú návrhové, to znamená, že v oboch prípadoch súd začne konanie na návrh dlžníka. V obidvoch prípadoch je však potrebné očakávať náklady súvisiace s vypracovaním návrhu a jeho príloh.

Pri úpadkovej reštrukturalizácii je obligatórnou náležitosťou návrhu na povolenie reštrukturalizácie posudok správcu.<sup>9</sup> ZKR ani vyhlášky ku ZKR neurčujú odmenu správcu za spracovanie posudku. Odmena za spracovanie posudku a často krát aj za následnú pomoc pri spracovaní reštrukturalizačného plánu si dlžník dohaduje so správcom zmluvou, ktorá tvorí obligatórnú prílohu posudku správcu. Výška odmeny môže závisieť od viacerých faktorov a to od veľkosti spoločnosti, od plánovanej výšky odpísania záväzkov dlžníka, od množstva dát ktoré je potrebné spracovať a pod. Okrem nákladu na spracovanie posudku správcom je dlžník povinný doložiť aj vyjadrenie audítora alebo súdneho znalca, či účtovná závierka dlžníka, pripojená k návrhu na povolenie reštrukturalizácie, poskytuje verný a pravdivý obraz o skutočnostiach, ktoré sú predmetom účtovníctva a o finančnej situácii dlžníka. Minimálne odmeny za spracovanie takéhoto potvrdenia začínajú na úrovni 3 000,- EUR opäť v závislosti od množstva údajov, ktoré je znalec alebo audítor povinný v rámci uvedeného potvrdenia spracovať.

Pri preventívnej reštrukturalizácii (verejnej) je dlžník povinný použiť poradcu.<sup>10</sup> Zákon o verejnej preventívnej reštrukturalizácii bližšie neupravuje odmenu poradcu, výška odmeny je opäť na dohode medzi dlžníkom a poradcem. Na rozdiel od úpadkovej reštrukturalizácie zákon o riešení hroziaceho úpadku stanovuje možnosť odporovať odmenu poradcu, ktorá prekračuje výšku 50-násobku priemernej mesačnej mzdy zamestnanca hospodárstva Slovenskej republiky za predchádzajúci kalendárny rok, čo v zmysle zákona predstavuje spravodlivú odmenu.

V oboch týchto prípadoch reštrukturalizácii možno očakávať, že náklad súvisiaci s vypracovaním posudku správcu alebo súvisiaci s využitím služieb poradcu pri vypracovaní konceptu plánu, bude odmena za ich poskytnuté služby obdobná.

## 2.2. Náklady počas priebehu reštrukturalizačných konaní

Náklady súvisiace s úpadkovou reštrukturalizáciou sa týkajú odmeny a paušálnych nákladov správcu ustanoveného do konania pri povolení reštrukturalizácie. Odmena správcu je vo výške 10 000,- eur pri ustanovení do funkcie a následne paušálna odmena správcu za každý mesiac trvania reštrukturalizácie je vo výške od 1000,- do 3000,- eur podľa výšky obratu, majetku a zamestnancov. Počas trvania reštrukturalizácie v trvaní od 6 do 9 mesiacov je náklad v podobe paušálne odmeny správcu vo výške 18 tis. 27 tis. eur.

---

<sup>9</sup> Ust. § 112 ods. 2 písm. a) ZKR.

<sup>10</sup> Výnimkou je situácia, ak ak získa súhlas s poskytnutím dočasnej ochrany podľa § 17 ods. 1 zákona o riešení hroziaceho úpadku. Predpokladáme, že väčšina dlžníkov si praxi poradcu zvolí aj s ohľadom na administratívnu náročnosť celého procesu preventívnej reštrukturalizácie.

V prípade preventívnej reštrukturalizácie nie je ustanovenie správcu obligatórne. V prípade plánovaného odpisu záväzkov dlžníka, ktoré budú vyplývať z konceptu plánu, súd bude musieť vyhodnotiť či sú tu dôvody na jeho ustanovenie, najmä či z konceptu plánu a ostatných príloh k návrhu možno dôvodne predpokladať vznik dôvodov na nahradenie súhlasu skupiny rozhodnutím súdu alebo ak poskytne dlžníkovi dočasnú ochranu.<sup>11</sup>Odmena správcu je tu rovnaká ako v prípade správcu ustanoveného v reštrukturalizácii<sup>12</sup>. Rozdielom oproti úpadkovej reštrukturalizácii je dĺžka trvania preventívnej reštrukturalizácie a to približne 2 mesiace. Tým sa znižuje aj paušálna odmena správcu na 6 tis. eur.

### 2.3. Daňové efekty odpisu pohľadávok

Z pohľadu odpisu časti záväzkov bude mať na obchodnú spoločnosť vplyv na platobnú schopnosť spoločnosti aj daňové hľadisko odpisovania týchto záväzkov. Režim pri úpadkovej reštrukturalizácii a preventívnej reštrukturalizácii je v súčasnosti z pohľadu dlžníka odlišný. Pri úpadkovej reštrukturalizácii je odpis záväzkov od dane z príjmov oslobodený.<sup>13</sup> To znamená, že odpis záväzkov bude predstavovať výnos obchodnej spoločnosti, ale z daňového hľadiska nebude podliehať zdaneniu dane z príjmov. Pri preventívnej reštrukturalizácii je v súčasnosti odpis záväzkov upravený len zo strany veriteľa, kedy je takýto odpis záväzkov dlžníka považovaný za daňovo oslobodený. Z pohľadu dlžníka tento odpis podlieha zdaneniu dane z príjmov. V nami modelovanej situácii by odpis záväzkov znamenal dodatočnú daňovú povinnosť pre obchodnú spoločnosť ako dlžníka vo výške 273 tis. eur.

Novelou zákona 344/2020 Z. z. o dani z príjmov bola do slovenského právneho poriadku prijatá úprava týkajúca sa odpisu pohľadávok a jeho vplyvu na daň z pridanej hodnoty. Novela zaviedla do zákona o dani z pridanej hodnoty možnosť opravy základu dane pri úplnom alebo čiastočnom nezaplatení protihodnoty za dodanie tovaru alebo služby. V prípade reštrukturalizácie ako aj preventívnej reštrukturalizácie a schválenia reštrukturalizačného plánu alebo verejného plánu, ktorý predpokladá odpis časti záväzkov veriteľov, je veriteľ oprávnený postupovať podľa § 25 ods. 1 písm. b) zákona o dani z pridanej hodnoty a vykonať opravu základu dane z dôvodu zníženia ceny za dodanie tovaru alebo služby na základe reštrukturalizačného plánu ňom uvedeným podľa § 155 ods. 2 ZKR.<sup>14</sup> To znamená, že v prípade ak veriteľ pošle dlžníkovi opravenú faktúru, zníženú o výšku odpísanej

<sup>11</sup> Ust. § 11 ods. 2 zákona o riešení hroziaceho úpadku.

<sup>12</sup> § 6 vyhlášky č. 195/2022 Z. z. Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky, ktorou sa vykonávajú niektoré ustanovenia zákona č. 111/2022 Z. z. o riešení hroziaceho úpadku a o zmene a doplnení niektorých zákonov

<sup>13</sup> Uvedené vyplýva z ust. § 13 ods. 1 písm. d) zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov.

<sup>14</sup> K tomu bližšie DOLNÝ, J. Dopady novej insolvenčnej regulácie na postavenie veriteľov pri verejnej preventívnej reštrukturalizácii In: HUČKOVÁ, R. (eds.): Zásahy verejnej moci do podnikania a obchodovania. Pocta profesorovi Jánovi Husárovi. Košice: Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, 2022 s. 55., SEDLÁČEK, D., KRCH, D. Problematika dané z pridanej hodnoty pri sanačnom riešení úpadku dlužníka a při preventivní restrukturalizaci In SCHONFELD, J. a kol Preventivní restrukturalizace: Revoluce v oblasti sanací podnikatelských subjektu. Praha: C.H Beck, 2021, s. 183 a nasl.



pohľadávky, bude to znamenať zvýšenie daňovej povinnosti aj z pohľadu dane z príjmov. Dopad dane z pridanej hodnoty na odpis pohľadávok bude pri oboch formách reštrukturalizácie rovnaký.

## 2.4. Zhrnutie

Ak si zhrnieme vyššie uvedené závery o nákladoch oboch procesov reštrukturalizácie, môžeme zostaviť nasledujúcu tabuľku. Z údajov je zrejmé, že najvyšší nákladový dopad na celý proces úpadkovej reštrukturalizácie má odpis záväzkov z pohľadu dane z príjmov. A preto pri rozhodovaní dlžníka, či sa bude snažiť vyriešiť hroziaci úpadok preventívnou reštrukturalizáciou alebo počká na formálny úpadok, bude v určitých prípadoch tento daňový dopad zásadný.

	Preventívna reštrukturalizácia	Úpadková reštrukturalizácia
Náklady na posudok/poradcu	Dohodnuté zmluvou	Dohodnuté zmluvou + náklad na overenie ÚZ (3 tis. eur)
Náklady počas priebehu konania	0 – 16 tis. eur	28- 37 tis. eur
Daňový efekt odpisu pohľadávok (Daň z príjmov)	273 tis. eur	0 eur
Daňový efekt odpisu pohľadávok (DPH)	Do výšky 20% z odpisu pohľadávok (100 tis. eur v našom prípade)	Do výšky 20% z odpisu pohľadávok (max. 100 tis. eur v našom prípade)

## ZÁVER

Z vyššie uvedených záverov, máme za to, že úprava daňovej otázky a to konkrétne oslobodenie odpisu záväzkov od dane z príjmov pri preventívnej reštrukturalizácii v súčasnosti predstavuje jeden zo zásadných obmedzení, ktoré bránia pri využití tohto inštitútu. V prípade ak by sa dlžník rozhodol pre preventívnu reštrukturalizáciu a nečakal by až na úpadok spoločnosti, môže to mať pozitívny vplyv na pridanú hodnotu podniku dlžníka ako aj následne pozitívne dopady na štátny rozpočet. Preto je potrebné odmietnuť argumenty Ministerstva financií, že takýto odpis záväzkov dlžníka by mal vplyv na štátny rozpočet, keďže v súčasnosti dlžník bude z týchto daňovým dôvodov preferovať úpadkovú reštrukturalizáciu, kde je odpis záväzkov oslobodený od dane z príjmov.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. ĎURICA, M. Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. Bratislava: C.H.Beck, 2021. s. 1496. ISBN 9788074008467.
2. HUČKOVÁ, R. (eds.): Zásahy verejnej moci do podnikania a obchodovania. Pocta profesorvi Jánovi Husárovi. Košice: Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, 2022 s. 187, ISBN 978-80-574-0155-1.
3. KOZÁK J. a kol. Insolvenční zákon. Komentár. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019. s. 1792. ISBN 978-80-7598-578-1
4. RICHTER, T. Insolvenční právo. Praha: Wolters Kluwer, 2017, 624 s. ISBN 9788075524447.
5. SCHONFELD-KUDĚJ-HAVEL a kol. Preventivní restrukturalizace. Revoluce v oblasti sanací podnikatelských subjektů, 2021. 272 s. ISBN 9788074008252.
6. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii.
7. Zákon č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov.
8. Zákon č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty.
9. Zákon č. 111/2022 Z.z. o riešení hroziaceho úpadku.

## KONTAKT NA AUTORA

jaroslav.dolny@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

*prof. JUDr. Milan Ďurica, PhD.<sup>1</sup>*

Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta

## **Zánik hmotných a procesných práv veriteľ'a spriaznených pohľadávok v insolvenčných konaniach**

### **Termination of substantive and procedural rights of the creditor of related claims in insolvency proceedings**

#### *Abstrakt*

*Príspevok sa zaoberá právnym postavením veriteľ'ov spriaznených pohľadávok v konkurze a v reštrukturalizácii. Autor v príspevku venuje pozornosť procesnému a hmotnoprávnemu postaveniu veriteľ'ov týchto pohľadávok . Okrem analýzy právnej úpravy de lege lata, autor má ambíciu podať výklad problematických ustanovení „insolvenčného“ zákona.*

*Kľúčové slová: konkurz, veritelia, podmienené pohľadávky, reštrukturalizácia.*

#### *Abstract*

*The paper deals with the legal position of creditors of related claims in individual types of bankruptcy and restructuring. The author focuses on the procedural and substantive status of creditors of these claims. In addition to a critical analysis of the de lege lata legislation, the author aims to provide an interpretation of the problematic provisions of the "insolvency" law.*

*Key words: bankruptcy, creditors, related claims, restructuring.*

**JEL Classification: K2**

## **ÚVOD**

Jedným zo základných princípov insolvenčného konania a zároveň je to jednou z jeho funkcií, je princíp pomerného uspokojovania pohľadávok veriteľ'ov dlžníka, ktorý je v úpadku vzhľadom na to, že jeho majetok nestačí na úplné uspokojenie pohľadávok všetkých veriteľ'ov.<sup>2</sup> Za tejto ekonomickej situácie dlžníka sa princíp pomerného uspokojovania pohľadávok všetkých veriteľ'ov javí ako najspravodlivejší. Z týchto dôvodov sa pomerne- v súbehu (*concursum creditorum*)-

---

<sup>1</sup> Autor je vedúcim Katedry obchodného a finančného práva na Právnickej fakulte UMB v Banskej Bystrici

<sup>2</sup> Pozri napr. ZOULÍK, F.: *Zákon o konkurse a vyrovnaní. Komentár*. 2. vydání, Praha: C.H.Beck, 1994 s 9.

uspokojujú všetci veritelia dlžníka, ktorí právne relevantným spôsobom o to prejavia záujem. K pomernému uspokojovaniu pohľadávok pristupujú právne poriadky rôzne tým, že vytvárajú jednotlivé triedy pohľadávok, pri existencii ktorých sa pohľadávky ďalšej triedy môžu uspokojovať len za predpokladu, že sú v plnom rozsahu úplne uspokojené pohľadávky predchádzajúcej triedy. Princíp pomerného uspokojenia pohľadávok neplatí bezvýhradne. Z pomerného uspokojovania sú vylúčené zabezpečené pohľadávky, ktoré sa uspokojujú oddelene od nezabezpečených pohľadávok.<sup>3</sup> Zároveň je tu skupina pohľadávok proti podstate, ktoré majú absolútnu prioritu oproti všetkým pohľadávkam, nevynímajúc ani zabezpečené pohľadávky.<sup>4</sup> Na týchto pravidlách spočíva aj naša právna úprava insolvenčného práva v zákone č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „KR“). Zároveň insolvenčné právo už tradične bráni tomu, aby pohľadávky určitého druhu mohli byť uspokojené v niektorých insolvenčných konaniach.<sup>5</sup> Tieto ustálené pravidlá boli „narušené“ novelizáciou § 95 KR, ktorý stanovuje osobitné pravidlá (poradie) uspokojovania pohľadávok veriteľov pre podriadené pohľadávky a spriaznené pohľadávky. Pôvodná úprava insolvenčného práva v zákone č. 328/1991 Zb. o konkurze a vyrovnaní takéto ustanovenia neobsahovala. Ide o premietnutie doktríny tzv. spravodlivej podriadenosti (*equitable subordination*), ktorá je v právnych poriadkoch riešená rôznym spôsobom. Zákon môže zveriť súdu právomoc rozhodnúť o individuálnej podriadenosti určitej pohľadávky konkrétneho veriteľa vo vzťahu k niektorým alebo všetkým veriteľom alebo zavedie automatickú podriadenosť.<sup>6</sup> Slovenské insolvenčné právo sa priklonilo k automatickej podriadenosti, keď uspokojenie určitých pohľadávok je *ex lege* podriadené uspokojeniu ostatných pohľadávok veriteľov alebo ich úplne vylučuje z uspokojenia.

Cieľom príspevku je analýza hmotnoprávneho a procesnoprávneho postavenia veriteľov spriaznených pohľadávok v jednotlivých insolvenčných konaniach v slovenskom insolvenčnom práve. V komparácii s vybranými právnymi úpravami budeme skúmať, či naša úprava negatívne nepostihuje široký okruh veriteľov a ich pohľadávok z hľadiska možnosti ich uspokojenia. Výskum sa zameria aj na vyváženosť právneho postavenia veriteľov spriaznených pohľadávok v jednotlivých insolvenčných konaniach a zároveň poskytne interpretáciu sporných ustanovení KR.

## 1. PODRIADENÉ A SPRIAZNENÉ POHĽADÁVKY

KR od svojej účinnosti *de facto* vylučuje v konkurze z uspokojenia pohľadávky zo záväzkov podriadenosti, keď stanovil, že tieto pohľadávky sa v rozvrhu uspokojujú zo všeobecnej podstaty po úplnom uspokojení iných nezabezpečených

<sup>3</sup> Princíp pomerného uspokojovania pri zabezpečených veriteľoch platí vtedy, ak majú rovnaké poradie zabezpečovacieho práva k tomu istému majetku.

<sup>4</sup> Aj pri pohľadávkach proti podstate sú vytvorené jednotlivé triedy pohľadávok podľa poradia uspokojovania. Princíp pomerného uspokojovania sa realizuje vtedy, ak v jednotlivých triedach je zaradených viac druhov pohľadávok a majetok konkurznej podstaty nestačí na ich úplné uspokojenie (§ 87 KR).

<sup>5</sup> Pozri napr. § 100 KR alebo § 166b KR a pod.

<sup>6</sup> Bližšie pozri napr.: CLARK, R., CH. *Firemní právo*. VICTORIA PUBLISHING, a.s., 1992, s.110.

pohľadávok. Pohľadávky zo záväzku podriadenosti sú upravené v § 408a OBZ, na ktorý KR odkazuje. V § 95 KR označuje tieto pohľadávky ako podriadené pohľadávky. Formálnoprávne sa tieto pohľadávky môžu v konkurze uspokojiť a teda nie sú *ex lege* vylúčené z uspokojenia. Vzhľadom na to, že nezabezpečené pohľadávky sa v zásade nikdy neuspokoja v plnom rozsahu, podriadené pohľadávky sa v skutočnosti nikdy neuspokojujú. Voči právnemu postaveniu podriadených pohľadávok v KR nie je možné nič namietat, pretože je v súlade s ich hmotnoprávnym postavením daným § 408a OBZ. Záväzok podriadenosti podľa OBZ predpokladá zmluvnú dohodu veriteľa a dlžníka o tom, že pohľadávka veriteľa z konkrétnej zmluvy sa v prípade zrušenia dlžníka s likvidáciou alebo v prípade jeho úpadku uspokojí až po úplnom uspokojení pohľadávok ostatných veriteľov. Plnenie týchto pohľadávok nie je možné nijakým spôsobom zabezpečiť. Z týchto dôvodov môžu byť tieto pohľadávky prihlásené v insolvenčných konaniach len ako nezabezpečené a môžu sa uspokojovať len zo všeobecnej podstaty. Na základe uvedeného môžeme konštatovať, že právna úprava uspokojovania podriadených pohľadávok v § 95 KR rešpektuje zmluvnú autonómiu veriteľa a dlžníka.

Zásadnú zmenu v uspokojovaní pohľadávok veriteľov v konkurze a v reštrukturalizácii priniesla novela KR účinná od 1. januára 2012, ktorá zásadným spôsobom rozšírila doktrínu spravodlivého podriadenia do nášho insolvenčného práva.<sup>7</sup> Táto novelizácia zaviedla rovnaký režim uspokojovania ako majú podriadené pohľadávky aj pre zmluvné pokuty a pre spriaznené pohľadávky. Navyše im odňala aj právne postavenie zabezpečených veriteľov, v prípadoch keď tieto pohľadávky sú zabezpečenými pohľadávkami.<sup>8</sup> Motiváciu pre zmenu právnej úpravy vysvetľuje dôvodová správa takto: „*Upravuje sa nová podriadená trieda veriteľov, ktorých uspokojenie sa podriaďuje uspokojeniu ostatných veriteľov. Do tejto triedy sa navrhujú zaradiť, veritelia, ktorí sú spriaznení s dlžníkom. Títo veritelia negatívnym spôsobom ovplyvňujú priebeh konkurzného konania a to na úkor ostatných veriteľov, ktorí nie sú spriaznení s dlžníkom. Súčasná úprava nevylučuje, v praxi je to dokonca bežné, že v konkurze ako významní veritelia vystupujú buď samotní štatutári, prípadne osoby priamo prepojené s akcionárom dlžníka alebo štatutárom dlžníka. Záujmom týchto osôb však nie je dosiahnuť, čo najvyššiu mieru uspokojenia veriteľov ale zachovať v právnych vzťahoch status quo, ktoré bolo založené pred vyhlásením konkurzu. Odhliadnuc od toho spriaznení veritelia, mali spravidla možnosť ovplyvňovať podnikanie dlžníka pred vyhlásením konkurzu, prípadne z tohto podnikania profitovať, pričom bežní veritelia takúto možnosť nemali. Nová trieda zohľadňuje aj túto skutočnosť. Nová trieda tzv. spriaznených veriteľov vychádza z konceptov, ktoré sú upravené v zahraničných právnych úpravách, či už v Nemeckej právnej úprave, príp. Anglosaských právnych úpravách.*“<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Ide o zákon č. 348/2011 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

<sup>8</sup> V praxi sa aj tieto pohľadávky často nesprávne označujú ako podriadené pohľadávky aj keď zákon pre ne neskôr zaviedol označenie „spriaznené pohľadávky“. Označenie podriadené pohľadávky vychádza z poradia ich uspokojovania v konkurze.

<sup>9</sup> Dostupné na: (<https://www.najpravo.sk/dovodove-spravy/rok-2011/348-2011-z-z.html>).

Tak ako na to poukážeme v ďalšej časti príspevku, spriaznené pohľadávky sú širším pojmom ako pohľadávka spriazneného veriteľa. Veriteľ totiž nemusí byť spriaznenou osobou úpadcu a predsa jeho pohľadávka môže mať právnu povahu spriaznenej pohľadávky.

Nie celkom systematicky sa do tejto triedy zaradili aj zmluvné pokuty. V insolvenčnom práve sú tradične vylúčené z uspokojenia *ex lege* aj zmluvné pokuty, na ktoré vznikol nárok alebo prirástli alebo boli uložené po vyhlásení konkurzu. Vylúčenie sa netýka len zmluvných pokút, ale aj ostatných zmluvných alebo mimozmluvných sankcií, ktoré môžu mať pôvod v predpisoch verejného práva. Zákaz ich uspokojenia sa zdôvodňoval tým, že v konkurze nedochádza ani k uspokojeniu istiny, a preto nie dôvod na to, aby sa do pomerného uspokojenia dostali na úkor samotnej istiny aj pohľadávky akcesorickej povahy. Zaradenie zmluvných pokút do režimu uspokojovania podriadených pohľadávok sa týka zmluvných pokút, ktoré vznikli do vyhlásenia konkurzu. Podľa dôvodovej správy okrem pohľadávok spriaznených veriteľov sa do podriadenej triedy zaraďujú aj zmluvné pokuty, ktoré bez ekonomického zdôvodnenia zásadným spôsobom zvýhodňujú niektorých veriteľov na úkor iných veriteľov, resp. cez hlasovacie pomery deformujú konkurzné konania. Okrem hmotnoprávneho zásahu voči veriteľom spriaznených pohľadávok novela vykonala voči veriteľom aj procesnoprávne zásahy. Na niektoré úskalia právnej úpravy sme poukázali napr. už v komentároch ku KR.<sup>10</sup>

V ďalšej časti príspevku sa nebudeme venovať pohľadávkam zo záväzkov podriadenosti, ale len spriazneným pohľadávkam.

## **2. PROCESNOPÁVNE A HMOTNOPRÁVNE POSTAVENIE VERITEĽOV SPRIAZNENÝCH POHĽADÁVOK V INSOLVENČNÝCH KONANIACH**

### **2.1. Spriaznené pohľadávky v konkurze podľa prvej hlavy druhej časti KR**

Pôvodne malo ustanovenie § 95 KR všeobecnú platnosť pre celé konkurzné a reštrukturalizačné konanie. Túto všeobecnú platnosť komentované ustanovenie stratilo v dôsledku následného vyčlenenia samostatnej úpravy oddľžovaceho konkurzu podľa štvrtej časti KR a malého konkurzu.

Zámeru citovanej dôvodovej správy by zodpovedali zásahy zákonodarcu, ktoré by zbavili veriteľov spriaznených pohľadávok vplyvu na priebeh konkurzného konania resp. by ich vplyv minimalizovali. Procesnoprávne zásahy voči veriteľom spriaznených pohľadávok spočívajú v tom, že im zákon zakazuje hlasovať na schôdzi veriteľov a zakazuje ostatným veriteľom, aby ich volili za členov veriteľského výboru (§ 35 KR). Táto časť právnej úpravy nie je jednoznačná a dáva možnosť dvojakeho výkladu. Veriteľ môže mať voči úpadcovi tak spriaznené ako aj nespriaznené pohľadávky, a preto takýto veriteľ by mal mať právo hlasovať s tými pohľadávkami, ktoré nie sú spriaznenými pohľadávkami a sú zistené čo do právneho

---

<sup>10</sup> ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. 3. vyd.* Praha: C. H. Beck, 2019, s.1414.

ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. 4. vyd.* Praha: C. H. Beck, 2021, s.1452.

dôvodu a vymáhateľnosti. Na každé jedno euro takto zistenej nespriaznenej pohľadávky, by mal veriteľ mať jeden hlas, s ktorým je oprávnený hlasovať. Iná je situácia pri možnosti byť volený do veriteľského výboru, pretože tu v zásade neprichádza do úvahy štiepenie veriteľa podľa právnej povahy jeho pohľadávok, a to aj z toho dôvodu, že každý člen veriteľského výboru má pri hlasovaní jeden hlas.<sup>11</sup> Pripustenie takého veriteľa za člena veriteľského výboru by odporovalo zámeru zákonodarcu.

V dôsledku týchto zásahov zákonodarcu veritelia spriaznených pohľadávok nemôžu rozhodovať predovšetkým o osobe správcu. Zároveň sú vylúčení z možnosti dohľadu nad správou majetku, ktorý patrí do konkurznej podstaty a z možnosti ukladať správcovi záväzné pokyny pri speňažovaní tohto majetku. Veritelia spriaznených pohľadávok, ktorí sú účastníkmi konkurzu môžu vo vzťahu k správcovi a súdu podávať len podnety, ktoré sa týkajú správcu, správy a speňažovania majetku patriaceho do konkurznej podstaty. Títo veritelia nie sú však zbavení všetkých procesných práv, pretože sú účastníkmi konania. Veritelia spriaznených pohľadávok majú právo poprieť pohľadávku iných veriteľov.

Procesnoprávne zásahy zákonodarcu môžeme považovať za proporcionálne opatrenie, pretože vylučuje veriteľov spriaznených pohľadávok z ich vplyvu na konkurzné konanie resp. ho minimalizuje.

Diskutabilné sú už hmotnoprávne zásahy, a to najmä ich zaradenie do poslednej triedy po úplnom uspokojení všetkých ostatných nezabezpečených pohľadávok.<sup>12</sup> Veriteľ, ktorý má oprávnenú pohľadávku z hľadiska hmotného práva, stráca v konkurze *de facto* možnosť jej uspokojenia. Ak si tento veriteľ bude vymáhať spriaznenú pohľadávku, ktorá je oprávnená, v inom druhu civilného konania, bude úspešný. Rovnako je diskutabilná aj tá časť právnej úpravy, podľa ktorej veriteľ spriaznenej pohľadávky stráca právne postavenie zabezpečeného veriteľa i napriek tomu, že zabezpečovací inštitút je v súlade s hmotným právom. Sme toho názoru, že právna ochrana ostatných veriteľov pri „špekulačných“ zabezpečovacích inštitútoch by mala spočívať len na súkromnoprávnej ochrane, v rámci ktorej sa môžu domáhať ich neplatnosti alebo môžu využiť inštitút odporovateľnosti.

Už od počiatku účinnosti citovanej novely sa diskutovalo o tom, či táto právna úprava je v súlade s ústavou, pretože sa svojimi hmotnoprávnymi účinkami považuje za akési „vyvlastnenie spriaznených pohľadávok“. Ústavný súd SR sa nepriamo k tejto otázke vyjadril v súvislosti s rozhodovaním o zastavení reštrukturalizačného konania a vyhlásení konkurzu. V tejto súvislosti konštatoval: *„Samozrejme, možno uvažovať nad tým, či ustanovenie § 95 ods. 3 konkurzného zákona je v súlade s ústavnými normami, najmä s rovnakou ústavnou ochranou vlastníctva v zmysle čl. 20 ods. 1 ústavy. Citované ustanovenie totiž automaticky podriaďuje všetky pohľadávky, ktoré patria alebo patrili spriaznenej osobe, a to bez ohľadu na dôvod vzniku (bežný obchodný styk v. skrytá kapitalizácia), bez ohľadu na mieru prepojenia (spriaznenosť vzniká už pri 5 % podiele tej istej osoby na základnom imaní, pričom § 9 ods. 1 konkurzného zákona napríklad vôbec nerozlišuje medzi akcionármi*

<sup>11</sup> Hlasovanie podľa počtu hlasov v závislosti na výške pohľadávok sa vo veriteľskom výbore aplikuje len, ak pri hlasovaní veriteľského výboru nastane rovnosť hlasov (§ 38 KR).

<sup>12</sup> Aj keď KR explicitne nepoužíva pojem „triedy“ obsahovo ich vytvára najmä v § 95.

hladajúcimi len investičnú príležitosť a akcionármi, ktorí sa aktívne zúčastňujú na riadení spoločnosti), ako aj bez ohľadu na čas vzniku (počas existencie prepojenosti, pred ňou či po nej).“<sup>13</sup> Návrh na vyslovenie nesúladu s § 95 ods. 3 KR s Ústavou SR, ktorý bol podaný Okresným súdom Košice I. nebol meritórne rozhodnutý a podľa svojho obsahu ani nemohol byť úspešný.<sup>14</sup>

Zásadný problém tejto právnej úpravy spočíva vo väzbe veriteľa na spriaznenú osobu, ktorá je v § 9 KR veľmi široko koncipovaná, pričom postihuje aj takých veriteľov, ktorí nemajú a ani nemohli mať vplyv na riadenie úpadcu pred vyhlásením konkurzu a reálne nemôžu ovplyvniť ani priebeh konkurzu. Navyše § 95 ods. 3 KR, za tam stanovených podmienok, prehlasuje za spriaznenú aj takú pohľadávku, ktorá v čase konkurzu už nepatrí spriaznenému veriteľovi. Samotná právna úprava je ešte rozšírená judikatúrou súdov, ktorá napr. uznala za spriaznenú osobu aj banku z titulu jej kontrolných funkcií voči dlžníkovi po poskytnutí úveru. Podľa právneho názoru odvolacieho súdu, s poukazom na zmluvu o úvere v znení jej dodatkov, prijatie určitých významných rozhodnutí alebo uskutočnenie právnych úkonov v spoločnosti úpadcu bolo výslovne podmienené predchádzajúcim písomným súhlasom žalobcu, ktoré by inak boli výlučne v kompetencii valného zhromaždenia úpadcu, a preto sa takýmto spôsobom žalobca nepriamo dostal do pozície rovnajúcej sa právnej pozícii väčšinového akcionára. Takto dohodnuté podmienky a obmedzenia úpadcu (aj keď len za účelom zabezpečenia uspokojenia pohľadávky), sa javili odvolaciemu súdu za postup, ktorý umožňuje uplatňovanie kvalifikovaného vplyvu na právnickú osobu - úpadcu.<sup>15</sup> Aj keď o všeobecnej záväznosti judikatúry môžeme diskutovať, nesporne ovplyvňuje ďalšiu rozhodovaciu činnosť súdov,<sup>16</sup> najmä keď rozhodnutie prejde ešte testom ústavnosti.<sup>17</sup> Výhrady k právnemu postaveniu banky ako spriaznenej osoby vo vzťahu dlžníkovi pri poskytnutí úveru vzniesla aj právna doktrína pri analýze obdobných ustanovení Obchodného zákonníka upravujúcich krízu spoločnosti, keď konštatovala, že len zmluvný vplyv na rozhodovanie spoločnosti (so sankciami spravidla len v podobe zmluvných pokút, či možnosti odstúpenia od zmluvy alebo predčasnej splatnosti a pod.) nemožno stotožniť s priamym alebo nepriamym vplyvom na rozhodovanie spoločnosti, a teda s korporáčnymi následkami.<sup>18</sup> Spriaznenou osobou nie je taký veriteľ spoločnosti, ktorý má v dôsledku financovania pri trhovo štandardných formách zabezpečenia možnosť ovplyvňovať konanie spoločníka s účasťou presahujúcou 5 % podiel na základnom imaní alebo na hlasovacích právach, najmä ak ide o pohľadávku, ktorá

<sup>13</sup> Ústavný súd Slovenskej republiky: II. ÚS 273/2012.

<sup>14</sup> Ústavný súd Slovenskej republiky: sp. zn. PL. ÚS 4/2023.

<sup>15</sup> Okresný súd Košice: 26 Cbi 6/2015. Toto rozhodnutie bolo potvrdené rozhodnutím Krajského súdu Košice: 4 CoKR 27/2018 a podané dovolanie bolo odmietnuté uznesením Najvyššieho súdu Slovenskej republiky: 2 Obdo 37/2020.

<sup>16</sup> K tomu pozri napr. ŠÁMAL, P., RAIMONDI, G., LENAERTS, K. a kol. *Záväznosť súdnych rozhodnutí-vnitrostátni a mezinárodní náhľedy*: 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, 292s.

<sup>17</sup> Uvedené rozhodnutie krajského súdu a najvyššieho súdu bolo napadnuté ústavnou sťažnosťou. Ústavný súd Slovenskej republiky uznesením: II. ÚS 317/2022 ústavnú sťažnosť odmietol.

<sup>18</sup> KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze. 1. vydanie*. Praha: C. H. Beck, 2022.s. 88.



vznikla pred splnením tejto podmienky a veriteľ vzhľadom na mieru prepojenia a dôvod vzniku pohľadávky nemá porovnateľné postavenie ako spriaznený veriteľ.<sup>19</sup>

Postavenie bánk, ale nielen bánk, mal vyriešiť vládny návrh zákona na zmenu a doplnenie KR, ktorý bol predložený do Národnej rady SR 3. februára 2023. Podľa návrhu sa za § 9 ods. KR vkladal nový odsek 4, podľa ktorého: „*Za možnosť uplatňovať vplyv na riadenie právnickej osoby podľa odseku 3 sa nepovažujú zmluvné dojednania alebo zákonné oprávnenia veriteľa, ktorých účelom je ochrana práv alebo oprávnených záujmov veriteľa v súvislosti s poskytnutím finančných služieb dlžníkovi, vrátane ich zábezpeky.*“<sup>20</sup> Podľa dôvodovej správy: „*Ide o gramatické spresnenie právnej úpravy za účelom odstránenia výkladových nejasností. Nemalo by byť pochyb, že veriteľ poskytujúci finančné služby dlžníkovi má na základe zmluvy alebo zákona voči dlžníkovi niektoré oprávnenia súvisiace s možnosťou sledovania jeho finančnej situácie a vyvodzovania dôsledkov z preddefinovaných parametrov určitej situácie, vrátane prípadného výkonu záložného práva, či inej formy zábezpeky (porovnaj §555 Občianskeho zákonníka). Takéto oprávnenia však nezakladajú vzťah spriaznenosti s dlžníkom. Inak povedané, ak veriteľ má (zmluvné alebo zákonné) oprávnenie uplatňovať, resp. možnosť uplatňovať vplyv na riadenie právnickej osoby prostredníctvom svojich zmluvných alebo zákonných oprávnení dojednaných v zmluvách o finančných službách alebo zabezpečovanej dokumentácie a zabezpečovacích prostriedkoch slúžiacich na zabezpečenie jeho pohľadávok zo zmlúv o finančných službách, nemožno takéhoto veriteľa považovať za spriaznenú osobu, najmä ak je účelom uvedených oprávnení zabezpečenie splnenia záväzku z poskytovanej finančnej služby a plnenie s tým súvisiacich podmienok. Záujmy takéhoto veriteľa na splnení pohľadávky zo zmluvy o finančnej službe sú časovo obmedzené a sú zásadne odlišné od záujmov spriaznenej osoby, ktorá ovláda alebo má možnosť ovládať dlžníka cez kvalifikovanú účasť v ňom.*“<sup>21</sup> Tento návrh zákona nebol v Národnej rade SR schválený. Nakoniec sa to zákonodarcovi podarilo v ďalšom zákone, ktorý upravuje premeny obchodných spoločností a družstiev.<sup>22</sup>

Široké ponímanie spriaznenej osoby neznesie ani porovnanie s niektorými zahraničnými právnymi úpravami. Podľa českého insolvenčného zákona medzi podriadené pohľadávky pôvodne patrili len tie pohľadávky, ktoré sa majú uspokojovať ako posledné podľa zmluvy a pohľadávky z krytého dlhopisu.<sup>23</sup> K rozšíreniu podriadených pohľadávok v právnej úprave ČR došlo s účinnosťou od 1. novembra 2019 v tých konaniach, v ktorých je spôsobom riešenia úpadku oddĺženie. Podľa tejto právnej úpravy za podriadené pohľadávky sa považujú úroky, úroky z omeškania a poplatok z omeškania z pohľadávok prihlásených veriteľov a zmluvná pokuta dohodnutá pre prípad omeškania z pohľadávok prihlásených veriteľov, ak nie je taká pokuta dlhom z podnikania vo výške, ktorá v súhrne

<sup>19</sup> ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. *Súkromné právo*. č. 2/2022.

<sup>20</sup> Dostupné na: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=524150>.

<sup>21</sup> Dostupné na: <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=524151>.

<sup>22</sup> Ide o zákon č. 309/2023 Z.z. o premenách obchodných spoločností a družstiev a o zmene a doplnení niektorých zákonov. (Pozri: čl. XXI bod 2. tohto zákona).

<sup>23</sup> § 173 zákona č. 182/2006 Sb. o úpadku a spôsoboch jeho riešenia (insolvenční zákon).

prevyšuje výšku istiny prihlásenej pohľadávky v momente jej vzniku. Tieto pohľadávky sa uspokojujú v závislosti na dohodnutej alebo stanovenej miere, inak sa uspokojujú pomerne.<sup>24</sup> Z tohto výpočtu vyplýva, že podriadené pohľadávky nie sú viazané na vzťah spriaznenosti veriteľa a dlžníka, ale sú určené podľa ich vecnej klasifikácie. K novému obsahovému vymedzeniu podriadených pohľadávok sa opakovane vyjadroval vo svojej judikatúre aj Najvyšší súd ČR.<sup>25</sup>

Nemecké insolvenčné právo upravuje podriadené pohľadávky v § 39 Insolvenčného poriadku (*nachrangige Insovenzgläubiger*).<sup>26</sup> Citované ustanovenie Insolvenčného poriadku sem zaraďuje, úroky, úroky z omeškania, ktoré vznikli od vyhlásenia insolvenčného konania, náklady, ktoré vzniknú insolvenčným veriteľom účasťou v konaní, peňažné tresty, peňažné pokuty, poriadkové pokuty, pokuty stanovené vopred, ako aj vedľajšie následky trestného činu alebo správneho deliktu, ktoré zaväzujú k peňažnému plneniu, pohľadávky z bezplatného plnenia zo strany dlžníka, pohľadávky z vrátenia pôžičky spoločníkov alebo právnych úkonov, ktoré hospodársky zodpovedajú takýmto pôžičkám.

Rakúsku právnu úpravu nachádzame v § 57a Insolvenčného poriadku<sup>27</sup>, podľa ktorej sa za podriadené pohľadávky považujú pohľadávky z plnení nahrádzajúce vlastné zdroje („*Nach den Insolvenzforderungen sind die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen zu befriedigen*).“<sup>28</sup> § 57a ods. 1 Insolvenčného poriadku, ktorý zaviedol zákon GIRÄG, normuje pod nadpisom „Podriadené pohľadávky“: „Po insolvenčných pohľadávkach je potrebné uspokojiť pohľadávky nahrádzajúce vlastné zdroje.“ Z tohto ustanovenia vyplýva, že veritelia podriadených pohľadávok v zmysle § 57a IO sa uspokojia až po insolvenčných pohľadávkach, avšak – na rozdiel od poskytovateľov vlastného kapitálu – môžu byť uspokojené v insolvenčnom konaní.<sup>29</sup> Osobitosťou tejto právnej úpravy je to, že veritelia si môžu prihlásiť podriadené pohľadávky len vtedy, ak na prihlásenie týchto pohľadávok výslovne vyzve konkurzný súd. Takúto výzvu musí konkurzný súd vydať hneď, ako možno očakávať uspokojenie podriadených pohľadávok, aj keď len čiastočne. Osobitná výzva musí byť zverejnená a doručená veriteľom, ktorí majú podriadené pohľadávky a ktorých adresa je známa.

<sup>24</sup> Zmena bola vykonaná zákonom č. 31/2019 Sb., ktorým sa mení zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a spôsoboch jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 312/2006 Sb., o insolvenčních správciích, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 296/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

<sup>25</sup> Napr. Nejvyšší soud České republiky: 29ICdo73/2020, 29ICdo43/2021.

<sup>26</sup> § 39 Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 20. Juli. 2022 (BGBl. I S. 1166) geändert worden ist.

<sup>27</sup> Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)RGBl. Nr. 337/1914.

<sup>28</sup> Bližšie pozri napr. FRITZBERG, N. *Nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren*. Wien: Manz, 2021, s. 240.

<sup>29</sup> TRENKER, M: Rechtsgrundlagen und Begriff nachrangiger Forderungen. In: *Konecny Andreas (Hg.): Insolvenz-Forum 2019. Vorträge anlässlich des 26. Insolvenz-Forums Grundelsee im November 2019*. Wien: NWV Verlag, s. 161 – 183.

Ďalším problémom slovenskej právnej úpravy popri širokom vymedzení spriaznenej osoby je v tom, že spriaznenosť veriteľa vo vzťahu k úpadcovi sa neskúma v čase vyhlásenia konkurzu alebo v čase podania prihlášky pohľadávky alebo pri vydaní rozvrhu, ale kedykoľvek od vzniku pohľadávky. Časový moment nadobudnutia právnej povahy „spriaznenosti“ pohľadávky zvýraznila aj ďalšia novelizácia.<sup>30</sup> Pohľadávka je spriaznenou pohľadávkou, ak pri jej originárnom nadobudnutí je veriteľ spriaznenou osobou s dlžníkom. Spriaznenosť pohľadávky zostáva zachovaná aj potom ak, veriteľ po nadobudnutí pohľadávky prestane byť spriaznenou osobou dlžníka (napr. prestane byť jeho spoločníkom) alebo pohľadávku postúpí inej osobe, ktorá nie je spriaznenou osobou dlžníka. Nový veriteľ nadobudne pohľadávku, ktorej ostáva „pečať“ spriaznenej pohľadávky a je právne irelevantné, že v dobe vyhlásenia konkurzu alebo prihlásenia pohľadávky veriteľ tejto pohľadávky nie je a nikdy nebol spriaznenou osobou úpadcu (dlžníka).

Zákonodarca si zrejme uvedomil neadekvátnosť tohto zásahu a extrémnu tvrdosť zákona, a preto právnu úpravu zmiernil s účinnosťou od 1. januára 2016, keď pohľadávku zbavil jej právnej povahy „spriaznenosti“ pri splnení dvoch podmienok.<sup>31</sup> Tou prvou je, aby veriteľ nebol spriaznenou osobou úpadcu. Z komentovaného ustanovenia nevyplýva ku, ktorému momentu sa má skúmať právny vzťah úpadcu a veriteľa. Logickým výkladom by sme mali prísť k záveru, že právne relevantným momentom, by malo byť podanie prihlášky, pretože správca resp. iný veriteľ bude k tomuto momentu skúmať, či veriteľ je spriaznenou osobou úpadcu. Druhou podmienkou je, aby veriteľ v čase nadobudnutia spriaznenej pohľadávky bol dobromyseľný. Dobromyseľnosť nadobúdateľa je koncipovaná na objektívnom princípe, pretože spriaznená pohľadávka stráca právnu povahu spriaznenej pohľadávky len vtedy, ak nadobúdateľ pohľadávky v čase jej nadobudnutia nevedel a ani pri vynaložení odbornej starostlivosti nemohol vedieť o tom, že nadobúda spriaznenú pohľadávku. Zmenené ustanovenie sa vzťahuje na derivatívne nadobudnutie pohľadávok, ak nový veriteľ nevedel a ani pri vynaložení odbornej starostlivosti nemohol vedieť, že ju nadobúda od osoby spriaznenej s úpadcom (dlžníkom), resp. že tento veriteľ síce nebol spriaznenou osobou úpadcu (dlžníka), ale pohľadávka už v minulosti nadobudla právnu povahu spriaznenej pohľadávky. Zároveň táto novelizácia zaviedla prezumpciu dobromyseľnosti veriteľa, ktorý nadobudol pohľadávku z dlhopisu alebo iného finančného nástroja na základe obchodu na regulovanom trhu, mnohostrannom obchodnom systéme alebo obdobnom zahraničnom organizovanom trhu.

Uvedená zmena ohľadne straty spriaznenosti pohľadávky sa týka na prvý pohľad len hmotnoprávných aspektov, pretože rieši len poradie uspokojovania pohľadávok. Strata spriaznenosti akoby sa priamo nedotýkala procesnoprávneho postavenia veriteľa takejto pohľadávky, a preto veriteľ takejto pohľadávky by nemal hlasovať na schôdzi veriteľov a ani by nemal byť volený do veriteľského výboru. Takto

---

<sup>30</sup> Zmena bola vykonaná zákonom č. 87/2015 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony. Bližšie pozri aj: ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. 4. vyd.* Praha: C. H. Beck, 2021, s. 762.

<sup>31</sup> Zmena bola vykonaná zákonom citovaným v poznámke č. 26.

nadobudnutá pohľadávka totiž stále spĺňa definíciu spriaznenej pohľadávky podľa § 95 ods. 3 KR. Na strane druhej, nemôžeme vylúčiť ani iný výklad, pretože v 35 KR sa nepriznáva hlasovacie právo a právo byť volený za člena veriteľského výboru, medzi iným tomu veriteľovi, ktorý sa uspokojuje v konkurze ako podriadený veriteľ. Vzhľadom na to, že tento veriteľ sa neuspokojuje ako veriteľ podriadenej pohľadávky, môžeme prísť k záveru, že môže vykonávať hlasovacie právo na schôdzi veriteľov a môže byť volený do veriteľského výboru.

K ďalšej zmene § 95 KR došlo s účinnosťou od 1.1.2018 tak, že ustanovenie o poradí uspokojovania spriaznených pohľadávok sa nevzťahuje na pohľadávky zo zmlúv o záverečnom vyrovnaní ziskov a strát, ktoré sú zabezpečené alebo inak kryté dohodami o výmene kolaterálu podľa osobitného predpisu. Uvedené pohľadávky nespádajú pod režim uspokojovania spriaznených pohľadávok aj keď inak majú právnu povahu spriaznených pohľadávok.<sup>32</sup>

„Spriaznenosť“ pohľadávky má právne účinky na poradie jej uspokojovania, a preto veriteľ musí túto skutočnosť uviesť v prihláške. Počiatočné pochybnosti ako určiť právnu povahu pohľadávok, ktoré sa uspokojujú ako spriaznené pohľadávky boli nakoniec vyriešené aj judikatúrou ústavného súdu ako reakcia na postup správcu, ktorý nepoprel poradie spriaznenej pohľadávky (neurčil ju ako spriaznenú) a na schôdzi veriteľov nepriznal veriteľovi hlasovacie právo, v dôsledku čoho došlo k porušeniu jeho ústavných práv.<sup>33</sup> K porušeniu ústavných práv došlo v aplikačnej praxi aj tým, že, správca nepoprel poradie pohľadávky (nezaradil pohľadávku ako spriaznenú) a konkurzný súd požadoval od správcu prepracovanie rozvrhu tak, aby pohľadávka bola uspokojená ako spriaznená.<sup>34</sup>

Spriaznenosť pohľadávky sa v konkurze určuje na základe prihlášky veriteľa. Ak veriteľ neuvedie toto poradie, neidentifikuje pohľadávku ako spriaznenú a prihlási si iné poradie, musí správca pohľadávku poprieť čo do poradia jej uspokojovania. Pohľadávku môže poprieť aj iný prihlásený veriteľ. V prípade, že pohľadávka veriteľa nie je popretá čo do poradia, platí poradie určené v prihláške. Tomuto veriteľovi zostávajú zachované všetky procesné práva a právo na uspokojenie v súbehu s ostatnými nezabezpečenými veriteľmi. Ďalšia modalita nastáva vtedy, ak pohľadávka veriteľa, ktorá je spriaznenou pohľadávkou nie je prihlásená ako spriaznená pohľadávka a navyše je prihlásená ako zabezpečená. Pokiaľ správca alebo iný veriteľ nepoprie ani jej poradie a ani zabezpečenie, uspokojuje sa prihlásená pohľadávka ako zabezpečená. Ak bude popreté jej poradie, teda že ide o spriaznenú pohľadávku a nebude popreté jej zabezpečenie a súd by určil, že ide o spriaznenú pohľadávku, na jej zabezpečenie sa neprihliada *ex lege*. V takom prípade sa pohľadávka môže uspokojovať zo všeobecnej podstaty po úplnom uspokojení všetkých nezabezpečených pohľadávok.

Po popretí pohľadávky, v prípadnom incidenčnom konaní je dôkazné bremeno na veriteľovi popretej pohľadávky, ktorý musí preukázať, že nejde o spriaznenú pohľadávku, pretože nie je spriaznenou osobou úpadcu. Ak si veriteľ prihlásil

<sup>32</sup> Zmena bola vykonaná zákonom č. 264/2017 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

<sup>33</sup> Ústavný súd Slovenskej republiky: IV. ÚS 101/2018.

<sup>34</sup> Ústavný súd Slovenskej republiky: IV. ÚS 659/2018.

pohľadávku, ktorú nadobudol derivátnym spôsobom musí preukázať, že nie je spriaznenou osobou úpadcu a pohľadávka nie a ani nikdy nebola spriaznenou pohľadávkou. Za situácie, že nadobudnutá pohľadávka bola spriaznenou pohľadávkou už pred jej nadobudnutím, veriteľ musí preukázať, že pri jej nadobudnutí nevedel a ani nemohol vedieť pri vynaložení odbornej starostlivosti, že nadobúda spriaznenú pohľadávku. Rozsah dôkazného bremena závisí od tej skutočnosti, či pohľadávku nadobudol od osoby spriaznenej s úpadcom alebo od inej osoby, ktorá nebola spriaznená s úpadcom, ale pohľadávka v minulosti nadobudla právnu povahu spriaznenej pohľadávkou. Rovnako bude právne relevantný titul, ktorý zakladá právny vzťah spriaznenej pohľadávkou. Nadobúdateľ pohľadávkou môže určite ľahšie identifikovať príbuzenský vzťah úpadcu (dlžníka) a pôvodného veriteľa alebo skutočnosť, že bol spoločníkom obchodnej spoločnosti dlžníka (úpadcu) ako kvalifikovanú účasť v akciovej spoločnosti alebo možnosť uplatňovania vplyvu na riadení spoločnosti. Pri dobromyseľnosti, ktorú zákon prezumuje je dôkaz opaku na správcovi resp. na veriteľovi, ak pohľadávku poprel veriteľ.

Identifikácia pohľadávkou ako spriaznenej pohľadávkou je v mnohých prípadoch aj pre správcu pomerne zložitá. Prvotné skúmanie vychádza zo zoznamu spriaznených osôb, ktorý je povinný úpadca pripojiť k návrhu na vyhlásenie konkurzu a pri veriteľskom návrhu zo zoznamu predloženého predbežnému správcovi. Tieto zoznamy spriaznených osôb sa však vyhotovujú k tomuto časovému okamžiku a nepodávajú informáciu o spriaznených osobách úpadcu v predchádzajúcom období.

## 2.2. Spriaznené pohľadávky v oddlžovacom konkurze

V oddlžovacom konkurze je samostatná právna úprava spriaznených pohľadávok a týka sa len hmotnoprávneho postavenia veriteľov. Spriaznené pohľadávky sú *ex lege* vylúčené z uspokojenia [§ 166b ods. 1 písm. e) KR]. Tento právny režim majú všetky pohľadávky, ktoré vznikli pred rozhodujúcim dňom<sup>35</sup> a patria veriteľovi, ktorý je spriaznený s dlžníkom alebo táto pohľadávka bola v minulosti spriaznenou pohľadávkou, pretože patrila veriteľovi, ktorý bol spriaznenou osobou dlžníka. Ide o samostatnú právnu úpravu bez odkazu na konkurz podľa prvej hlavy druhej časti zákona, a preto nie je možné aplikovať ustanovenia § 95 ods. 3 KR o strate „spriaznenosti“ pri dobromyseľnom derivátnom nadobudnutí pohľadávkou a ani ďalšie ustanovenia, ktoré sa týkajú prezumpcie dobromyseľnosti alebo úplného vylúčenia pohľadávok z režimu uspokojovania spriaznených pohľadávok pri určitých pohľadávkach i napriek tomu, že ide o spriaznené pohľadávky.<sup>36</sup> Spriaznené pohľadávky nemôžu byť *de iure* v oddlžovacom konkurze prihlásené, čo však nebráni tomu, že veriteľ si ich napriek tomu prihlási, k čomu aj často v praxi dochádza. Spriaznené pohľadávky nemajú v oddlžovacom konkurze právny osud podriadených pohľadávok, teda nie je ich možné uspokojovať po úplnom uspokojení

<sup>35</sup> Podľa § 166a KR pohľadávky, ktoré vznikli pred rozhodujúcim dňom sú tie pohľadávky, ktoré vznikli pred kalendárnym mesiacom, v ktorom bol vyhlásený konkurz.

<sup>36</sup> Ide o pohľadávky uvedené v § 95 ods. 3 KR, veta in fine, ktoré však z povahy veci v týchto konaniach v zásade aj tak neprichádzajú do úvahy.

ostatných nezabezpečených pohľadávok, pretože sa v konkurze vôbec nemôžu uspokojovať. Spriaznenosť pohľadávky sa viaže len vymezenie spriaznenej osoby v § 9 KR, pričom pohľadávka si zachováva pečať podriadenosti, ak ju už raz nadobudla.

Vzhľadom na to, že správca nemá popieracie právo, prihlásenú pohľadávku, ktorá je spriaznenou pohľadávkou môže poprieť len iný prihlásený veriteľ. Aj keď veriteľ pohľadávku nepoprie, správca ju nemôže v rozvrhu uspokojiť, pretože zákon to vylučuje.<sup>37</sup>

Procesné práva spriazneného veriteľa v oddlžovacom konkurze zákon explicitne nerieši. To je dané predovšetkým tým, že pohľadávka veriteľa spriaznenej pohľadávky je vylúčená z uspokojenia a veriteľ si ju teda nemôže *de iure* prihlásiť. V oddlžovacom konkurze sa navyše nevolí veriteľský výbor ale len zástupca veriteľov a konanie schôdze veriteľov je len fakultatívne.

### 2.3. Spriaznené pohľadávky v malom konkurze

Pôvodné ustanovenia KR o malom konkurze v znení účinnom od 1. januára 2006 obsahovali len niektoré osobitné ustanovenia, ktoré dopĺňali alebo nahradzovali právnu úpravu konkurzu podľa prvej hlavy druhej časti zákona. K zásadnej zmene došlo s účinnosťou od 1. januára 2021, keď sa tieto ustanovenia nahradili samostatnou úpravou konkurzného konania, nezávislou na právnej úprave podľa prvej hlavy druhej časti zákona.<sup>38</sup> Malý konkurz bol doplnený do KR po vzore oddlžovacieho konkurzu za tým účelom, aby sa v konkurzných konaniach, ktoré by nemali mať rozsiahlu konkurznú podstatu a tým pravdepodobne ani veľa veriteľov, dosiahlo rýchle a hospodárne konanie.<sup>39</sup> Aj v malých konkurzoch je hlavná aktivita zverená veriteľom prípadne dlžníkovi a len v limitovanom rozsahu správcovi. Ako to vyplýva z dôvodovej správy, to bolo zrejme aj zámerom zákonodarcu: „*Novo vystavaná konštrukcia malého konkurzu má za cieľ prispieť k zlepšeniu kľúčových parametrov týkajúcich sa likvidačných konaní, medzi ktoré patria najmä čas inkasa pohľadávky veriteľom (tzv. recovery time) a miera vymáhateľnosti pohľadávky (tzv. recovery rate). Inšpiráciou pre ustanovenia o malom konkurze sú ustanovenia o osobnom bankrote, pričom pôsobnosť správcu smeruje viac k administrátorovi konania, kde riešenie miery uspokojenia jednotlivých veriteľov, ako aj obsah majetkovej podstaty, je viac postavené na iniciatíve veriteľov. Všeobecná a v podstate neobmedzená povinnosť správcu riešiť z úradnej povinnosti rozsah majetkovej podstaty, ako aj „čo najspravodlivejšiu“ mieru uspokojenia pohľadávok veriteľov vedie často k absurdným výsledkom. S ohľadom dopad reálneho výsledku*

<sup>37</sup> ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 1140.

<sup>38</sup> K zmene došlo zákonom č. 421/2020 Z. z., o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

<sup>39</sup> Kritériom pre určenie, či ide o malý konkurz už nie je počet veriteľov, hodnota obratu a majetku, tak ako to bolo v pôvodnej úprave malých konkurzov, ale len výška záväzkov a hodnota majetku, ktorá nesmie presiahnuť 1,000.000 eur (§ 106c KR).

*incidenčného sporu na mieru vymáhateľnosti pohľadávky veriteľa, zaznamená veriteľ negatívny efekt.*<sup>40</sup>

Kým v konkurze podľa prvej hlavy druhej časti KR je uspokojenie spriaznených pohľadávok riešené explicitne v § 95 KR a v oddlžovacom konkurze v § 166b KR, v malom konkurze žiadnu priamu úpravu ohľadne spriaznených pohľadávok nenachádzame.

Prostredníctvom odkazu v §106h KR sa na malý konkurz primerane použije väčšina ustanovení z oddlžovacieho konkurzu, ktoré sú v tomto ustanovení určené taxatívnym výpočtom. Jediným záchytným bodom ohľadne právneho osudu spriaznených pohľadávok v malom konkurze môže byť odkaz na § 167l KR, ktorý upravuje prihlasovanie pohľadávok v oddlžovacom konkurze. V tomto ustanovení sú určené pravidlá na prihlasovanie pohľadávok v oddlžovacom konkurze, pričom je medzi iným stanovené, koho zákon považuje za veriteľa, a to s odkazom na § 166a a 166c. Ustanovenie § 167l KR umožňuje veriteľovi si prihlásiť len tie pohľadávky, ktoré sú určené v § 166a a 166c KR. Extenzívny výkladom môžeme prísť k záveru, že zákon v malom konkurze neumožňuje prihlásiť tie pohľadávky, ktoré sú podľa § 166b KR vylúčené z uspokojenia. V tejto skupine, tak ako to už bolo uvedené, sú aj peňažné pohľadávky, ktoré patria alebo patrili osobe spriaznenej s dlžníkom a vznikli pred rozhodujúcim dňom. Z týchto dôvodov ani v malom konkurze nemajú spriaznené pohľadávky právny osud podriadených pohľadávok, ale ide o pohľadávky vylúčené z uspokojenia.

Pre určenie rozsahu spriaznených pohľadávok a procesné postavenie veriteľov spriaznených pohľadávok platia závery, ktoré sú uvedené v oddlžovacom konkurze.

## **2.4. Spriaznené pohľadávky v reštrukturalizácii**

KR v právnej úprave reštrukturalizácie explicitne rieši procesnoprávne a hmotnoprávne postavenie veriteľov spriaznených pohľadávok i keď vymedzenie spriaznených pohľadávok rieši odkazom na právnu úpravu konkurzu podľa prvej hlavy druhej časti zákona.

Procesnoprávne postavenie veriteľov spriaznených pohľadávok v reštrukturalizácii je podobné ako v konkurze podľa druhej časti zákona. Veritelia spriaznených pohľadávok nemajú v reštrukturalizácii právo hlasovať na schôdzi veriteľov a nemôžu byť volení do veriteľského výboru (§ 126 KR). Interpretáčny problém nastáva v určení okruhu veriteľov spriaznených pohľadávok, pretože § 126 KR to zákon rieši odkazom na veriteľov, ktorí sa v konkurze uspokojujú ako podriadený veriteľ. Ide o odkaz na pôvodné ustanovenie § 95 KR, ktoré po vykonaných zmenách síce formálnoprávne nemení okruh spriaznených pohľadávok ale mení poradie uspokojovania dobromyseľného veriteľa spriaznenej pohľadávky pri derivátnom nadobudnutí pohľadávky a veriteľov pohľadávok, ktorí sú uvedení v § 95 ods. 3 KR, veta in fine. Tieto pohľadávky nemajú na účely uspokojovania v rozvrhu v konkurze právny status spriaznených pohľadávok. Z týchto dôvodov systematickým a logickým výkladom by sme mali prísť k záveru, že hlasovacie právo a právo byť volení za člena veriteľského výboru nemajú veritelia, ktorí majú

---

<sup>40</sup> Dostupné na: <https://www.najpravo.sk/dovodove-spravy/rok-2020/421-2020-z-z.html>.

pohľadávku, ktorá patrí alebo patrila veriteľovi, ktorý je alebo bol od jej vzniku kedykoľvek spriaznený s úpadcom. To sa nevzťahuje na dobromyseľného veriteľa pri derivátnom nadobudnutí pohľadávky a veriteľa pohľadávky uvedenej v § 95 ods.3 KR, veta in fine. Tak ako pri konkurze podľa prvej hlavy druhej časti zákona, ak veriteľ má okrem spriaznených pohľadávok aj iné pohľadávky je oprávnený s týmito pohľadávkami hlasovať za predpokladu, že sú zistené čo do právneho dôvodu a vymáhateľnosti. Aj v reštrukturalizačnom konaní, tak ako aj v konkurze podľa druhej časti zákona, vylučujeme členstvo takého veriteľa vo veriteľskom výbore, ktorý má čo len jednu spriaznenú pohľadávku, aj keď má aj nespriaznené pohľadávky.

Zákon nerieši právne postavenie veriteľov spriaznených pohľadávok na schvaľovacej schôdzi. Pre spriaznené pohľadávky je správca povinný vytvoriť samostatnú skupinu (§137 KR). Napriek rozhodovacej praxi konkurzných súdov zotrvávame na právnom názore, podľa ktorého táto skupina nemá právo hlasovať. Pri tomto závere, vychádzame z toho, že KR vylučuje veriteľov tejto skupiny z hlasovacieho práva na „prvej schôdzi veriteľov“ a neumožňuje im byť členom veriteľského výboru, ktorý schvaľuje návrh reštrukturalizačného plánu, pričom jeho schválenie veriteľským výborom je *conditio sine qua non*, aby tento mohol byť predložený schvaľovacej schôdzi. Odporovalo by potom logickému výkladu, aby títo veritelia mohli hlasovať na schvaľovacej schôdzi. Navyše právomoc veriteľského výboru je svojím spôsobom silnejšia ako schôdza veriteľov, pretože absencia jeho súhlasu nemôže byť nahradená rozhodnutím súdu a jeho rozhodnutie nie je ani súdom preskúmateľné, k čomu zaujal stanovisko aj ústavný súd.<sup>41</sup> Odporovalo by to aj zámeru zákonodarcu podľa dôvodovej správy, a to zbaviť ich možnosť ovplyvňovať (deformovať) priebeh insolvenčného konania.

Z hľadiska hmotnoprávneho postavenia veriteľov spriaznených pohľadávok, zákon umožňuje v reštrukturalizácii prihlásiť si veriteľom aj spriaznené pohľadávky a umožňuje ich uspokojenie v súbehu s ostatnými veriteľmi. Ak si v reštrukturalizácii veritelia prihlásia svoje pohľadávky zo záväzkov podriadenosti a pohľadávky, ktoré by sa v konkurze uspokojovali ako podriadené pohľadávky, správca je povinný pre tieto pohľadávky vytvoriť samostatnú skupinu. Na rozdiel od konkurzu podľa prvej hlavy druhej časti, KR v § 137 ods. 5 nepodmieňuje uspokojenie spriaznených pohľadávok úplným uspokojením všetkých ostatných nezabezpečených pohľadávok, ale požaduje, aby spriaznené pohľadávky neboli uspokojené rovnakým alebo lepším spôsobom ako iné pohľadávky. Rovnaký spôsob uspokojenia sa primárne týka výšky uspokojenia ale aj lehoty uspokojenia. Pojem „lepší spôsob“ uspokojenia pohľadávky nepovažujeme terminologicky za najvhodnejší. Napriek tejto formulácii môžeme konštatovať, že spriaznené pohľadávky môžu byť v reštrukturalizácii uspokojené, ale len v menšom rozsahu ako všetky ostatné pohľadávky a v dlhšej lehote. Pre tieto pohľadávky neplatí 50 %

---

<sup>41</sup> Ústavný súd Slovenskej republiky: II. 265/2016.



limit ako je stanovený pre ostatné nezabezpečené pohľadávky, a ani päťročná lehota na ich splnenie.<sup>42</sup>

## ZÁVER

Z vykonanej analýzy vyplýva, že voči slovenskej právnej úprave spriaznených pohľadávok v insolvenčnom práve je možné mať výhrady z hľadiska jej systematického usporiadania a výhrady vecné.

Z pohľadu systematického usporiadania, môžeme konštatovať, že pôvodne boli spriaznené pohľadávky obsiahnuté v rámci úpravy konkurzu ako všeobecná právna úprava aj pre účely reštrukturalizácie. Túto systematiku narušili v prvom rade samotné zmeny v § 95 KR, ktoré neboli premietnuté do príslušných ustanovení tej časti zákona, ktoré upravujú reštrukturalizáciu. K ďalšiemu narušeniu došlo zavedením samostatnej úpravy oddlžovacieho konkurzu a zavedením relatívne samostatnej, na § 95 KR nezávislej, úpravy malého konkurzu.

Z hľadiska vecného nepovažujeme za správne, aby podriadené pohľadávky boli naviazané na široké chápanie spriaznenej osoby v § 9 KR, čo potvrdzujú aj komparované právne úpravy iných štátov. Takéto široké vymedzenie spriaznených osôb, aj po zmenách § 95 KR,<sup>43</sup> neodôvodnene postihuje široký okruh pohľadávok, ktoré sú *de facto* alebo *de iure* vylúčené z uspokojenia, a to v závislosti na druhu insolvenčného konania. Tak ako bolo na to poukázané, v dôsledku vykonaných zmien v KR majú veritelia spriaznených pohľadávok rôzne procesnoprávne a najmä hmotnoprávne postavenie v závislosti na jednotlivých druhoch insolvenčného konania.

V dôsledku širokého spektra spriaznených osôb je pritom miera ich vplyvu na podnikanie alebo iný predmet činnosti dlžníka rôzna, od minimálnej resp. žiadnej až po výraznú. Z týchto dôvodov nemôžeme považovať väzbu spriaznených pohľadávok na spriaznené osoby uvedené v § 9 KR za riešenie, ktoré by zodpovedalo doktríne *equitable subordination*.

Po vykonanej analýze sa javí ako najvhodnejší spôsob riešenia samostatná úprava spriaznených pohľadávok, a to ako spoločná vo všeobecnej časti zákona pre všetky druhy insolvenčného konania, ktorá nebude mať automatickú väzbu na spriaznené osoby v § 9 KR. V jednotlivých druhoch insolvenčného konania sa potom môže riešiť už len hmotnoprávne a procesnoprávne postavenie veriteľov spriaznených pohľadávok. Nemalo by dochádzať ani k tomu, že veriteľ tej istej spriaznenej pohľadávky má iné hmotnoprávne postavenie v konkurze podľa prvej hlavy druhej časti KR a iné v malom konkurze.

Za správny prístup k riešeniu problémov právnych predpisov nepovažujeme ani neustále kauzistické novelizácie, ktoré robia právny poriadok neprehľadným a často vnútorne rozporným. Opakované zmeny spôsobujú nepoznatelnosť práva a tým aj

---

<sup>42</sup> V prípade, že podľa schváleného reštrukturalizačného plánu majú byť nezabezpečené pohľadávky uspokojené v menšom rozsahu ako 50% a v lehote dlhšej ako 5 rokov, súd musí plán zamietnuť (§ 154 KR).

<sup>43</sup> Tieto zmeny sa týkajú len konkurzu podľa prvej hlavy druhej časti a reštrukturalizácie.

jeho materiálnu neúčinnosť.<sup>44</sup> Typickým príkladom je neschválený pokus zákonodarcu, podľa ktorého by banka za stanovených podmienok nebola spriaznenou osobou, čo je zrejme reakcia na konkrétne rozhodnutie súdu, aj keď ide výslovné o otázku interpretačnú, ktorá je v “právomoci“ súdov.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)RGBI. Nr. 337/1914.
2. CLARK, R., CH. *Firemní právo*. VICTORIA PUBLISHING, a.s., 1992, s.985.
3. ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. 3. vyd.* Praha: C. H. Beck, 2019, s.1456.
4. ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. 4. vyd.* Praha: C. H. Beck, 2021, s.1496.
5. FRITZBERG, N. *Nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren*. Wien: Manz, 2021, s. 240.
6. Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 20. Juli. 2022 (BGBl. I S. 1166) geändert worden ist.
7. HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. In: *Právník*, ročník 152. č.1/2013.
8. Krajský súd Košice: 4 CoKR 27/2018.
9. KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze. 1. vydanie*. Praha: C. H. Beck, 2022. s. 184.
- 10.Najvyšší súd Českej republiky: 29ICdo73/2020, 29ICdo43/2021.
- 11.Najvyšší súd Slovenskej republiky: 2 Obdo 37/2020.
- 12.Okresný súd Košice: 26 Cbi 6/2015.
- 13.ŠÁMAL, P., RAIMONDI, G, LENAERTS, K. a kol. *Závaznost soudních rozhodnutí-vnitrostátní a mezinárodní náhledy.1. vydání*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 292.
- 14.TRENKER, M: *Rechtsgrundlagen und Begriff nachrangiger Forderungen*. In: Konecny Andreas (Hg.): *Insolvenz-Forum 2019. Vorträge anlässlich des 26. Insolvenz-Forums Grundsee im November 2019*. Wien: NWV Verlag.
- 15.Ústavný súd Slovenskej republiky: II. ÚS 273/2012.
- 16.Ústavný súd Slovenskej republiky: II. 265/2016.
- 17.Ústavný súd Slovenskej republiky: IV. ÚS 101/2018.
- 18.Ústavný súd Slovenskej republiky: IV. ÚS 659/2018.
- 19.Ústavný súd SR: II. ÚS 317/2022.
- 20.Ústavný súd Slovenskej republiky: sp. zn. PL. ÚS 4/2023.
- 21.zákon č. 328/1991 Zb. o konkurze a vyrovnání.
- 22.zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

---

<sup>44</sup> V súvislosti s hypertrofiou písaného práva a jeho neustálymi zmenami hovorí prof. Holländer o dekonštrukcii práva. HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. In: *Právník*, ročník 152. č.1/2013, s.15.

23. zákon č. 182/2006 Sb. o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon).
24. zákon č. 348/2011 Z. z., kterým sa mení a doplňa zákon č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
25. zákon č. 87/2015 Z. z., ktorým sa mení a doplňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.
26. zákon č. 264/2017 Z. z., ktorým sa mení a doplňa zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.
27. zákon č. 31/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon o soudech a soudcích), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 312/2006 Sb., o insolvenčních správciích, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 296/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.
28. zákon č. 309/2023 Z.z. o premenách obchodných spoločností a družstiev a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
29. zákon č. 421/2020 Z. z., o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
30. ZOULÍK, F.: *Zákon o konkursu a vyrovnání. Komentář. 2. vydání*, Praha: C.H.Beck, 1994 s 229.
31. ŽITŇANSKÁ, L Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze

## **KONTAKT NA AUTORA**

midurica@umb.sk

Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta

Komenského 20

97401 Banská Bystrica

Slovenská republika

**Attorney-client privilege in Polish tax law cases: witness evidence and reporting of tax schemes (MDRs) – identification of risks**

*Abstract*

*The present work raises an important issue for guaranteeing a properly functioning system of protection of taxpayer's rights, namely the obligation of professional attorneys of taxpayers to observe attorney-client privilege at every stage of the proceedings and after their completion. The proper functioning of the confidentiality clause covering the taxpayer's communication with a professional attorney is served, among other things, by the evidentiary limitations provided in the basic provisions for the Polish tax procedure, i.e., the Tax Ordinance<sup>3</sup>, giving attorneys the right to refuse to answer individual questions asked by interrogators.*

*However, in recent years, both the EU and national legislators, citing the goal of combating aggressive tax planning and preventing the risk of tax avoidance and tax evasion, have introduced provisions that do not respect the principle of attorney-client privilege. Such provisions require attorneys to report tax schemes.*

*The paper analyzes the provisions of the Tax Ordinance relating to the right to attorney-client privilege (to keep professional secrecy) of professional attorneys on both of the above issues.*

*Key words: attorney-client privilege, professional secrecy, Tax Ordinance, hearings, tax schemes (Mandatory Disclosure Rules - MDRs), right to privacy, Charter of Fundamental Rights.*

**JEL Classification:** K200, K230, K410

## **INTRODUCTION**

In the current level of development of democratic societies, it is impossible to imagine a situation in which the law, including procedural law, fails to adequately

---

<sup>1</sup> Assistant professor at Jagiellonian University, Law and Administration Department, Financial Law Chair, tax advisor (affiliated with Małopolski Oddział Krajowej Izby Doradców Podatkowych [Malopolska Branch of the National Chamber of Tax Advisors]), Poland, ORCID: 0000-0001-9393-634X.

<sup>2</sup> PhD. candidate in tax law at Jagiellonian University, Law and Administration Department, Financial Law Chair, attorney-at-law (affiliated with Okręgowa Izba Radców Prawnych w Krakowie [Regional Chamber of Attorney-at-Law in Krakow]), academic teacher, entrepreneur, Poland.

<sup>3</sup> Act of 29.08.1997 Tax Ordinance [Ordnacja podatkowa] (consolidated text in the Journal of Laws of 2022, item 265 as amended), hereinafter referred to as 'Tax Ordinance'/'TO'.

guarantee the highest possible level of protection of each citizen's privacy. Privacy also includes the sphere of relations: the client and his advisor in tax matters.

In Poland, any natural person with full legal capacity may act as an attorney in tax matters (Article 138b § 1 of the Tax Ordinance), however, professional tax advisory services can only be provided by the following professions: tax advisors<sup>4</sup>, attorneys-at-law<sup>5</sup>, advocates<sup>6</sup>, certified auditors<sup>7</sup> and foreign lawyers<sup>8</sup> (i.e., persons who have obtained a legal professional title anywhere outside of Poland and have completed the required registration procedure in Poland, allowing them to legally provide legal services in our country). Each of these professions is required to be affiliated with the appropriate professional self-governing body, and must comply with a number of obligations imposed on them regarding the manner and rules of practice. These are the so-called free professions and professions of public trust. Their proper exercise is to ensure legal protection of the interests of the entities on whose behalf they act. It is also to guarantee the smooth functioning of the judiciary<sup>9</sup>.

One of the basic duties of all the above-mentioned professions is to keep professional secrecy. This obligation is directly imposed on a given profession by a so-called “professional” law (governing respective professions - see the aforementioned laws in the footnotes), as well as codes of ethics, issued by individual professional self-governments<sup>10</sup>.

In Poland, the basic legal act governing the principles of the tax advisory profession is the Act on Tax Advisory Services. However, that Act, like other professional laws, does not contain a legal definition of the concept of attorney-client privilege. The legislator only indicated in general terms in Article 37(1) of the Act on TAS that the attorney-client privilege covers all facts and information with which the tax advisor became acquainted in connection with the practice of the profession. The doctrine accepts that professional secrecy of tax advisors covers information regardless of the form and manner of its recording. Therefore, oral statements, as well as handwriting, printouts, recordings or electronic recordings will all be covered by attorney-client privilege. Violation of the obligation to keep professional secrecy

---

<sup>4</sup> Act of 5.07.1996 on tax advisory services [*Ustawa o doradztwie podatkowym*] (consolidated text in the Journal of Laws of 2021, item 2117), hereinafter referred to as ‘**Act on Tax Advisory Services**’/ ‘**Act on TAS**’.

<sup>5</sup> Act of 6.07.1982 on attorneys-at-law [*Ustawa o radcach prawnych*] (consolidated text in the Journal of Laws of 2022, item 1166), hereinafter referred to as Act on Attorneys-at-Law.

<sup>6</sup> Act of 26.05.1982 on advocates [*Prawo o advokaturze*] (consolidated text in the Journal of Laws of 2022, item 1184), hereinafter referred to as Act on Advocates.

<sup>7</sup> Act of 11.05.2017 on auditors, audit firms and public supervision [*Ustawa o o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym*] (consolidated text of Journal of Laws of 2023, item 1015 as amended).

<sup>8</sup> Act of 5.07.2002 on the provision of legal assistance in the Republic of Poland by foreign lawyers [*Ustawa o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej*] (consolidated text of Journal of Laws of 2020, item 823).

<sup>9</sup> See also KORCZAK L., commentary on Article 15 (in:) SCHEFFLER T. (ed.), *Kodeks etyki radcy prawnego: komentarz*, Warszawa 2017, CH Beck, p. 105 et seq.

<sup>10</sup> By way of an example: *Zasady etyki doradców podatkowych. Załącznik do uchwały nr 12/2022 Krajowej Rady Doradców Podatkowych z dnia 14 lutego 2022 r. w sprawie przyjęcia tekstu jednolitego Zasad etyki doradców podatkowych*, [https://kidp.pl/strona.php/1541\\_zasady\\_etyki\\_doradcow\\_podatkowych.html](https://kidp.pl/strona.php/1541_zasady_etyki_doradcow_podatkowych.html) (accessed: 14.09.2023).

is the basis for holding a tax advisor accountable for disciplinary liability for failure to perform or improper performance of professional duties prescribed by the law and for committing an act contrary to the principles of professional ethics (Article 64 (1)(1) and (2) Act on TAS).

Tax advisors and other professional attorneys have been given statutory instruments to protect attorney-client privilege. The provisions of the various procedures provide guarantees for the protection of professional secrecy, as well as indicate the grounds and circumstances under which a court may exempt a professional attorney from professional secrecy.

The hitherto strong standards of protection of professional secrecy of attorneys have been undermined given the introduction of the institution of Mandatory Disclosure Rules (MDRs) to the Tax Ordinance, *inter alia*, in connection with the implementation of Council Directive (EU) 2018/822 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements<sup>11</sup>.

The purpose of the present study is to analyze the provisions of the Polish Tax Ordinance in the context of the right to professional secrecy. The methodology adopted in this study consists of an analysis of legal acts, doctrinal views and case law. The article constitutes the exposition of *de lege lata* and *de lege ferenda* arguments<sup>12</sup>.

## 1. WITNESS EVIDENCE IN TAX LAW CASES

### 1.1. General information

The questioning of a witness is an important element in demonstrating that the tax authority has taken sufficient measures to clarify the facts accurately. It is counted among the so-called personal sources of evidence. A witness can only be an individual (natural person). Their task is to convey what they saw or heard, what

---

<sup>11</sup> Council Directive (EU) 2018/822 of 25 May 2018 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements, Official Journal of the European Union L318/1 from 5.6.2018, hereinafter referred to as ‘MDR Directive’/ ‘Directive on MDRs’.

<sup>12</sup> Regarding professional attorneys in tax law in the Polish literature, the following publications should be pointed out to: MATUSIAK-FRĄCZAK M., *Tajemnica adwokacka w polskim prawie administracyjnym, podatkowym i karnoskarbowym*, Palestra 2019, no. 7-8 and SZUBIELSKA D., *Tajemnica zawodowa w prawie i postępowaniu podatkowym*, Palestra 2019, no. 7-8. Regarding MDRs in the Polish literature, the subject previously appeared in following studies: LADZIŃSKI A., WASILUK D., *O nieprawidłowej implementacji dyrektywy 2018/822 (MDR) i jej konsekwencjach*, Przegląd Podatkowy 2019, no. 5; MARIĄŃSKI A., MICHAŁAK A., *Wprowadzenie obowiązku raportowania schematów podatkowych. Analiza prawno-konstytucyjna*, Przegląd Podatkowy 2020, no. 8; WILK M., *Ujawnianie schematów podatkowych a tajemnica zawodowa doradcy podatkowego*, Przegląd Podatkowy 2019, no. 2; FRAN CZAK A., *Granice ingerencji w prawo do zachowania tajemnicy zawodowej doradcy podatkowego w świetle międzynarodowych i unijnych standardów ochrony praw podatnika – część 1*, *Kwartalnik Doradca Podatkowy* 2021, no. 1; FRAN CZAK A., *Zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w zakresie raportowania schematów podatkowych narusza art. 7 Karty Praw Podstawowych. Uwagi na tle wyroku TSUE z 8 grudnia 2022 r. w sprawie Orde van Vlaamse Balies i in.* (sygn. C-694/20), *Przegląd Podatkowy* 2023, no. 4.

they experienced, at what he was present. They should explain to the authority concerned what they know about the case. A witness should testify only as to the facts relevant to the case<sup>13</sup>.

In the Polish tax proceedings before a tax authority, unlike in the civil court procedure (see Article 271<sup>1</sup> of the Polish Code of Civil Procedure<sup>14</sup>), it is not possible that evidence of a witness be given in writing. A person summoned as a witness must appear at the place and time specified by the tax authority summoning him and directly answer questions from authority officials. Also (and this further distinguishes this procedure from the civil court procedure), in the current state of play there is no possibility for a witness to testify online<sup>15</sup>.

The issue under consideration is even more interesting because there is still quite a lot of diversity among tax authorities in Poland. It consists in the fact that there are both huge, metropolitan and specialized offices, employing a number of specialists, but also small, almost 'intimate' institutions, such as small rural municipalities, where tax matters are handled by only one employee - an official of the municipality office. Clearly, this can have an effect on the proper implementation of compliance with the principle of protecting professional secrecy in tax matters.

Due to space constraints, this paper does not deal with criminal procedure, nor with criminal and fiscal procedure, nor with other possibilities for the tax authority to obtain knowledge from professional attorneys, such as under Article 155 of the Tax Ordinance.

## 1.2. Evidentiary limitations

The general rule in Polish tax procedure is that no one has the right to refuse to testify when a tax authority summons them to appear in a case in such a capacity. This is a simple consequence of the principle of objective truth in the tax procedure and follows directly from Article 180 para. 1 of the Tax Ordinance, which stipulates that anything that can contribute to the clarification of the case and is not contrary to the law should be admitted as evidence<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> DAUTER B., commentary on Article 195 (in:) BABIARZ S., DAUTER B., HAUSER R., KABAT A., NIEZGÓDKA-MEDEK M., RUDOWSKI J., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2019, Wolters Kluwer Polska, online version (LEX), point 1.

<sup>14</sup> This provision stipulates that a witness shall testify in writing if the court orders so. In such a case, the witness takes a pledge by signing the text of the pledge. The witness is obliged to submit the text of the testimony to the court on the date set by the court.

<sup>15</sup> For a more extensive discussion of the solutions allowing e-trials in civil courts see, for example, JASIŃSKA K., *E-rozprawa w postępowaniu cywilnym a prawo do sądu i możliwość obrony swych praw*, *Studia Prawnicze, Rozprawy i Materiały* 2021, no. 2 (29) and Article 151 of the Code of Civil Procedure, which will come into force on 24 March 2024 (by virtue of the Act of 7.07.2023 amending the Act – Code of Civil Procedure, the Act - Law on the System of Common Courts, the Act – Code of Criminal Procedure and some other acts [*Ustawa o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego, ustawy - Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*] - Journal of Laws, item 1860). See also KRÓL T., *Świadek w postępowaniu podatkowym*, *ABC*, LEX, point 1.

<sup>16</sup> GOMUŁOWICZ A., MAŁECKI J., *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2011, LexisNexis, p. 453.

However, there are situations stipulated by law where someone cannot be a witness in a given case at all, and where they can refuse to testify at all, or when they can refuse to answer certain questions from interrogators. The first of such situations is governed by Article 195 of the Tax Ordinance and is an absolute prohibition of questioning given persons as a witness. The second situation is governed by Article 196 of the Tax Ordinance and is a relative prohibition on questioning as a witness.

The absolute prohibition of questioning given persons as witnesses, as specified in Article 195 of the Tax Ordinance, comes into being for either factual or legal reasons<sup>17</sup>. Factual reasons include the kind of handicap/ retardation of development of a person that they are incapable of perceiving or communicating their perceptions (for example, a person in a coma or a child in a very young age). Here it should be noted that the legislator did not introduce any exclusions - such a person cannot be a witness at all. On the other hand, the situation of people who cannot be witnesses for legal reasons is different: here the law stipulates that only a certain part of the information that these people possess shall be "protected" from being provided as testimony. These are two situations: 1) clergymen of legally recognized denominations cannot be witnesses - but only for facts covered by the seal of confession, and 2) persons who are obliged to keep classified information secret unless they have been, using an appropriate procedure, exempted from the obligation to keep that secret - but only for circumstances covered by that very secrecy.

At first glance, it would seem that attorneys in tax matters should be included among those in possession of classified information. However, it is fairly unanimously accepted in the literature that the professional secrecy of an attorney does not cover the above situations<sup>18</sup> and that it must be protected under Article 196 of the Tax Ordinance.

The relative prohibition of questioning persons as witnesses, as set forth in Article 196 of the Tax Ordinance, constitutes an expression, on the one hand, of the validity of the above-mentioned principle of objective truth in tax proceedings, while at the same time it allows certain interests of the individual to be taken into account and gives them primacy over the above-mentioned principle<sup>19</sup>. Pursuant to Article 196 para. 1 of the Tax Ordinance, the right to refuse to testify is granted to the following members of the family of a party to tax proceedings: spouse, ascendants, descendants, siblings, first-degree relatives and persons who are in a relationship of adoption, guardianship or custody with the party. The right to refuse to testify continues even after the termination of marriage, adoption, guardianship or custody. It follows from the above that the right to completely refuse to provide the tax authority with knowledge of a particular subject is vested in a person who, in relation to a party to the proceedings, can demonstrate family ties to the degree specified

---

<sup>17</sup> DAUTER B., commentary on Article 195, *op. cit.*, point 2.

<sup>18</sup> E.g. DAUTER B., commentary on Article 196 (in:) BABIARZ S., DAUTER B., HAUSER R., KABAT A., NIEZGÓDKA-MEDEK M., RUDOWSKI J., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2019, Wolters Kluwer Polska, online version (LEX), point 8; MATUSIAK-FRĄCCZAK M., *Tajemnica ...*, *op.cit.*, p. 212. The opposing view is presented by: STOLARSKI K., *Dowody* (in:) DĄBEK P. (ed.), STOLARSKI K. (ed.), *Ordynacja podatkowa. Prawo materialne i procesowe*, Warszawa 2023, Difin, p. 205.

<sup>19</sup> DAUTER B., commentary on Article 196, *op. cit.*, point 1.



above. Thus, it may happen that the attorney in a given person's tax case is/ was at the same time their relative or relative by affinity. Then, such an attorney may refuse to testify in full, citing the indicated premise: family ties.

On the other hand, the standard defense of attorney-client privilege (professional secrecy) provided by the legislature is Article 196 para 2 of the Tax Ordinance, according to which a witness may refuse to answer questions when the answer could expose them or their relatives (listed in Article 196 para 1 of the TO) to criminal or fiscal criminal liability or cause a violation of the obligation to maintain a legally protected professional secret.

### 1.3. Identification of risks

The first group of dangers that can be seen in the issue at hand in terms of guaranteeing the full protection of the attorney-client privilege in tax matters is the significant difference between the right to refuse to testify (Article 196 para 1 of the Tax Ordinance), also referred to as “*en bloc* refusal“, and the right to refuse to answer individual questions (Article 196 para 2 of the Tax Ordinance). It is clear that the first situation is much more comfortable for the witness<sup>20</sup>, and will enable to fully protect professional secrecy.

Certainly, the right to invoke the refusal to testify causes less stress to a witness - as they have the certainty that in order to obtain the effect of a legal refusal to comply with the obligation to testify imposed by the competent authority, it will be sufficient to demonstrate family connections. It can therefore be assumed that, for example, upon presentation of a marriage or a birth certificate, the tax authority, after checking the correctness and validity of such a document (e.g. whether it is an original or a certified copy thereof), will be obliged to consider as justified the statement of the summoned witness that he or she refuses to testify. On the other hand, in the case of the procedure provided for in Article 196 para of the Tax Ordinance, it will be necessary each time to utter the formula of refusal to answer a specific question, which clearly exposes the witness to additional stress and facilitates the witness's breach, even inadvertently, of professional secrecy.

At this point, it will be legitimate to point out that there is also a case law of the Supreme Administrative Court favourable to attorneys, stating that “the refusal to answer questions, as defined in Article 196 para 2 of the Tax Ordinance, may de facto amount to a refusal to answer all questions and thus to a refusal to testify at all“<sup>21</sup>, i.e. to the *en bloc* refusal.

It should also be emphasised that while in the case of a refusal to testify due to family colligations, no fear arises that the tax authority will start to investigate the legitimacy of the refusal to testify, which could consequently lead to a breach of professional secrecy, such a legitimate fear arises in the second of the above-mentioned situations.

---

<sup>20</sup> Cf. as well: KRÓL T., *Świadek w postępowaniu podatkowym*, ABC, LEX, point 8.

<sup>21</sup> Judgment of Supreme Administrative Court (hereinafter referred to as NSA) of 6.03.2012, I FSK 578/11, LEX no. 1136276, point 5.10. Identically: judgment of NSA of 29.01.2013, II FSK 854/11, LEX no.1298452, point 21.

However, the literature and case law emphasise that the tax authority does not have the right to investigate the legitimacy of a witness's refusal to answer a question, although there are opinions to the contrary in the literature<sup>22</sup>. It should be emphasised, following M. Matusiak-Frańczak, that an advocate, attorney-at-law or tax adviser, by virtue of the professional acts<sup>23</sup>, governing their professions, has no choice in answering the questions of the authority: for if the question relates to anything of which they have become aware in connection with the provision of legal assistance, they are always obliged to refuse to answer<sup>24</sup>. Moreover, requiring a professional attorney to justify why the answer to a question concerns attorney-client privilege clearly violates that privilege (secrecy) itself and deprives the witness of the legal protection granted to him by the provision in question<sup>25</sup>. Finally, there is no provision in the Tax Ordinance allowing the tax authority to exempt a professional attorney from such professional secrecy<sup>26</sup>.

A *de lege ferenda* demand is therefore the introduction of the possibility for professional attorneys to refuse *en bloc* to testify in a situation where they were to testify to circumstances concerning professional secrecy binding upon them. This is also advocated by M. Matusiak-Frańczak<sup>27</sup>.

Another danger arises from the inability of a witness to appoint an attorney in tax proceedings<sup>28</sup>.

Comparatively speaking, it should be mentioned that such a possibility is guaranteed only in the Polish criminal procedure. Pursuant to Article 87 para 2 of the Code of Criminal Procedure, a person who is not a party (to the proceedings) may appoint an attorney if their interests in the pending proceedings so require. This provision is also applied in criminal and fiscal proceedings (pursuant to Article 113 para 1 of the Code of Criminal and Fiscal Procedure). The right to appoint an attorney by a witness has not been introduced in any other procedure where there is witness evidence (i.e. neither in administrative proceedings nor in civil court proceedings).

With a view to the issue of guaranteeing professional secrecy in tax matters considered in this article, it should be noted that the absence of an attorney constitutes a major handicap. Indeed, a professional attorney in tax matters not only provides adequate knowledge of tax law, both substantive and procedural one, but he or she will also demonstrate the necessary distance to the case and the necessary quick reflexes. The efficient performance of the witness' attorney, who is at the same time obliged to defend the professional secrecy of their current or former clients, may prove to be indispensable in order to preserve this secrecy, especially should the tax authority take the position, criticised above, that it is entitled to examine the

---

<sup>22</sup> MATUSIAK-FRAŃCZAK M., *op. cit.*, p. 213 i 215 and literature indicated therein.

<sup>23</sup> See: Article 3 of Act on Attorneys-at-Law, Article 6 of Act on Advocates, Article 37 of Act on TAS.

<sup>24</sup> MATUSIAK-FRAŃCZAK M., *op. cit.*, pp. 214 and 225.

<sup>25</sup> Above mentioned judgment of NSA, I FSK 578/11, point 5.10.

<sup>26</sup> MATUSIAK-FRAŃCZAK M., *op. cit.*, p. 213.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>28</sup> PIETRASZ P., commentary to Article 195 (in:) *ETEL L. (ed.) Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2017, Wolters Kluwer Polska, p. 1248.

legitimacy of a witness' refusal to answer a question. As furthermore mentioned above, questioning is a rather stressful activity for any given witness.

A *de lege ferenda* demand is therefore to introduce the possibility for a witness to appoint an attorney in tax proceedings.

## 2. REPORTING TAX SCHEMES

### 2.1. General information

Since 2019, the institution of mandatory disclosure of information on tax schemes was introduced into the Tax Ordinance (Chapter 11a, Section III of the TO)<sup>29</sup>. These provisions partially transposed the MDR Directive into Polish law. The Polish legislator decided to implement the Directive not only a year and a half earlier than required by the EU legislator, but also adopted much broader solutions, i.e. the reporting obligation was extended to domestic transactions.

Unfortunately, both in the Directive and later in the provisions of Polish tax law provisions interfering with the right to professional secrecy were adopted.

Motive 8 of the EU act's preamble indicates that “to ensure the proper functioning of the internal market and to prevent loopholes in the proposed framework of rules, the reporting obligation should be placed upon all actors that are usually involved in designing, marketing, organising or managing the implementation of a reportable cross-border transaction or a series of such transactions, as well as those who provide assistance or advice. It should not be ignored either that, in certain cases, the reporting obligation would not be enforceable upon an intermediary due to a legal professional privilege or where there is no intermediary because, for instance, the taxpayer designs and implements a scheme in-house. It would thus be crucial that, in such circumstances, tax authorities do not lose the opportunity to receive information about tax-related arrangements that are potentially linked to aggressive tax planning. It would therefore be necessary to shift the reporting obligation to the taxpayer who benefits from the arrangement in such cases“.

The consequence of these provisions was Article 8ab(5) of the amended Directive 2011/16, according to which each Member State may take the necessary measures to give intermediaries the right to a waiver from filing information on a reportable cross-border arrangement where the reporting obligation would breach the legal professional privilege under the national law of that Member State. In such circumstances, each Member State shall take the necessary measures to require intermediaries to notify, without delay, any other intermediary or, if there is no such intermediary, the relevant taxpayer of their reporting obligations. Intermediaries may only be entitled to a waiver under the first subparagraph to the extent that they operate within the limits of the relevant national laws that define their professions.

---

<sup>29</sup> Act of 23.10.2018 on amending the Law on Personal Income Tax, the Law on Corporate Income Tax, the Law - Tax Ordinance and some other laws [*Ustawa z 23.10.2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw*] (Journal of Laws, item 2193).

In summary, under the provisions of the amended Directive 2011/16, all intermediaries (including professional agents) engaged in potentially aggressive cross-border tax planning are required to file information that is within their knowledge, possession or control on reportable cross-border arrangements with the competent tax authorities. However, that said, under Article 8ab(5) of the amended Directive 2011/16, a Member State may exempt intermediaries from that obligation if abiding by it would violate attorney-client privilege protected under its national law. Under such circumstances, however, attorneys are obliged to promptly notify any other intermediary or a competent taxpayer of their reporting obligations to the competent authorities<sup>30</sup>.

The above provisions of the Directive have also been implemented into Polish tax law (Article 86b para 4 and 5 of the Tax Ordinance). On the basis of these provisions, tax advisors and other professional attorneys have been obliged to provide information on clients and transactions entered into by them with respect to which there is an increased risk of violating tax laws, including transactions that may lead to aggressive tax optimization.

The Polish legislator, in order to avoid conflict of the obligation to report schemes with the obligation to keep professional secrecy, introduced Article 86b para 7 of the Tax Ordinance, under which the following does not constitute violation of the obligation to keep legally protected professional secrecy:

1. transmission of information on a tax scheme in a situation in which the transmitter of the information has been exempted from the obligation to keep it;
2. transmission of information on a standardized tax scheme;
3. sending to the Head of the National Tax Administration the information referred to in para 6 of the aforementioned provision.

However, the Polish legislator did not introduce a detailed procedure for such exemption, considering that the submission of a statement by the attorney's client is sufficient<sup>31</sup>.

## **2.2. Identification of risks**

Already at the stage of work being carried out on the Directive, and later in Poland also on the law introducing the institution of reporting tax schemes to the Tax Ordinance, representatives of the tax law doctrine and practitioners had made comments that the proposed solutions could violate the right to professional secrecy. It was emphasized that the requirement for a professional attorney to file a notice constitutes a disproportionate restriction of professional secrecy (attorney-client privilege)<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> FRANCZAK A., *Zwolnienie...*, *op. cit.*

<sup>31</sup> FRANCZAK A., *Granice...*, *op. cit.*

<sup>32</sup> FRANCZAK A., *Granice...*, *op. cit.*

The Polish professional self-government of tax advisors published a position paper relating to the provisions implementing Article 8ab(5) of Directive 2011/16, in which it pointed out the dangers they posed to attorney-client privilege. Subsequently, in December 2019, it filed a complaint with the Constitutional Court against the provisions of the Tax Ordinance regarding reporting of tax schemes<sup>33</sup>. In the complaint, among other things, a violation of Article 17 of the Polish Constitution concerning professional self-government and, in particular, the principles of professional secrecy was alleged. The Polish Constitutional Court has not yet ruled on the complaint<sup>34</sup>.

Also in other EU Member States, doubts were raised about the compatibility of Article 8ab(5) of Directive 2011/16 with EU law. In particular, attention was paid to whether the transfer of information to other intermediaries was possible without violating attorney-client privilege. And consequently, whether there is no violation of the right to respect for private life and communication, which is a fundamental right, guaranteed at the EU level by Article 7 of the EU Charter of Fundamental Rights<sup>35</sup>.

### 2.3. CJEU judgment in case C-694/20 and planned law amendments

Doubts about the compliance of the amended Directive 2011/16 have translated into preliminary questions to the CJEU. The first request to the CJEU was made by the Belgian Constitutional Court. After the implementation of the Directive, Belgian regulations stipulated that when an intermediary engaged in cross-border tax planning is bound by professional secrecy, they must inform the other intermediaries that they themselves cannot make such a notification. The French Council of State addressed a very similar question to the Court of Justice.

The Court of Justice, in deciding Belgian preliminary questions in Case C-694/20, found that Article 8ab(5) of Directive 2011/16 violates the right guaranteed by Article 7 of the Charter to respect for the confidentiality of communications between a lawyer and his client, insofar as it provides that an intermediary lawyer subject to the obligation of professional secrecy is obliged to notify any other intermediary who is not his client of his reporting obligations<sup>36</sup>.

The CJEU noted that combating aggressive tax planning and preventing the risk of tax avoidance and evasion constitute objectives of general interest recognised by the European Union for the purposes of Article 52(1) of the Charter<sup>37</sup>. At the same time, according to the CJEU, even assuming that the notification obligation established by Article 8ab(5) of the amended Directive 2011/16 is indeed capable of contributing to these objectives, it cannot, however, be regarded as being strictly

---

<sup>33</sup> *KIDP składa wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie przepisów ordynacji podatkowej*, <https://kidp.pl/aktualnosciall.php/10/6259> (accessed: 27.09.2023).

<sup>34</sup> FRANCZAK A., *Zwolnienie...*, *op. cit.*

<sup>35</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union, consolidated version: Official Journal of the European Union C 202 of 2016, p. 389, hereinafter referred to as ‘Charter’.

<sup>36</sup> Judgment of CJUE of 8.12.2022, *Orde van Vlaamse Balies and Others*, C-694/20.

<sup>37</sup> The CJEU cited previous case law in this regard: e.g. judgment of 6.10.2020, *État luxembourgeois*, C-245/19 and C-246/19.

necessary. In particular, the disclosure by notified third-party intermediaries of the identity of the lawyer-intermediary and of his or her having been consulted as to the issue of disclosing the information, to the tax authorities, also does not appear to be strictly necessary for the pursuit of the objectives of amended Directive 2011/16<sup>38</sup>.

The judgment of the Court of Justice should be assessed as very pertinent indeed. Since the Court found that the Belgian regulations violated the fundamental right guaranteed by the Charter, all the more so the Polish regulations are incompatible with the very Charter. At the same time, the Polish regulations apply to a much broader range of matters covered by the confidentiality of communications with a professional attorney. This is because they cover not only cross-border transactions, but also domestic transactions, and they concern not only income taxes, but also VAT, among others.

Following the Court of Justice's ruling, the European Commission began work on changes to the provisions of Directive 2011/16. Pursuant to the Commission's proposed changes, professional attorneys will no longer be required to report tax schemes. However, attorneys covered by a duty to professional secrecy will have to notify their clients that it will be their responsibility to provide information on the tax scheme to the tax authorities. The amendment is expected to be adopted later in 2023, and Poland's Finance Ministry announced it would bring Polish regulations in line with the revised directive<sup>39</sup>.

## CONCLUSION

A prerequisite for a profession of public trust, such as professional legal assistance in tax matters, is undoubtedly the conviction of clients that their attorney will keep confidential all information communicated to them in the course of providing the service. This is because such information is usually of a vital and confidential nature<sup>40</sup>. Attorney-client privilege (professional secrecy) is not for the benefit of public professionals, but to protect the interests of their clients<sup>41</sup>. The rule of law requires that, at both the law-making and law-application stages, public authorities accept that professional secrecy must be protected, even at the expense of their inability to obtain certain information they desire<sup>42</sup>.

Although the institution of Article 196 para 2 of the Tax Ordinance discussed in the paper gives the possibility to effectively and fully guarantee professional secrecy of attorneys, in view of the discussed threats, a *de lege ferenda* demand is to introduce the possibility of refusal to testify *en bloc* by professional attorneys in a situation where they would have to testify to circumstances concerning professional

---

<sup>38</sup> Cf. the above-mentioned judgment of the CJEU, C-694/20.

<sup>39</sup> SZULC M., *Bruksela ochroni sekrety adwokatów i doradców podatkowych*, Gazeta Prawna 28.08.2023, p. B2.

<sup>40</sup> Cf. the decision of the Court of Appeals in Krakow of 8 May 2019, II AKz 231/19, LEX no. 2738929 (concerns the secrecy of attorneys-at-laws).

<sup>41</sup> TROCIUK S., *Konstytucyjne aspekty ochrony tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego)* (in:) MROWICKI M. (ed.) *Ochrona tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) a działania władzy*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2019, p. 9.

<sup>42</sup> This is also advocated by: MATUSIAK-FRĄCCZAK M., *op. cit.*, pp. 229-230.

secrecy binding upon them. It seems that in such cases there will be no possibility of interpreting the existing provisions as authorising the tax authority to examine the legitimacy of the refusal, and it will also minimise (to zero) the possibility of even an inadvertent disclosure of confidentiality by a professional attorney testifying as a witness.

The second demand concerning the improvement of law is to introduce the possibility for a witness to appoint an attorney in tax proceedings, as this will affect the legal comfort of the witness in their relationship with the tax authority and contribute to guaranteeing their possible defence (as well as the professional confidentiality of his/ her clients) before the tax authority, especially since tax proceedings are by their nature inquisitorial.

The existing standards of protection of attorney-client privilege (professional secrecy) in Poland, although containing the infirmities identified, among others, in this study, have been strongly undermined by the introduction into Polish law of provisions requiring professional attorneys to report tax schemes. Opportunities to change the unfavorable provisions are provided by the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in C-694/20 *Orde van Vlaamse Balies and Others* and the European Commission's announcements regarding the amendment of Directive 2011/16. The EU legislator should modify the provisions of Directive 2011/16 as soon as possible, taking into account the CJEU's position regarding the limits of interference with the attorney-client privilege. Polish lawmakers, on the other hand, should already be giving their attention to prepare appropriate amendments, taking into account the fact that domestic regulations interfere much more with the attorney-client privilege than those disputed by the CJEU.

The announced amendments of Directive 2011/16 and the necessity to adapt Polish law to the EU scope of the MDRs is also a good opportunity to consider taking into account the other demands presented in this paper, aimed at strengthening the institution of professional secrecy, which is so important for the legal order.

## REFERENCES

1. DAUTER B., commentaries on Articles 195 and 196 (in: BABIARZ S., DAUTER B., HAUSER R., KABAT A., NIEZGÓDKA-MEDEK M., RUDOWSKI J., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2019, Wolters Kluwer Polska, online version (LEX);
2. FRAN CZAK A., *Granice ingerencji w prawo do zachowania tajemnicy zawodowej doradcy podatkowego w świetle międzynarodowych i unijnych standardów ochrony praw podatnika – część 1*, *Kwartalnik Doradca Podatkowy* 2021, no. 1;
3. FRAN CZAK A. *Zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w zakresie raportowania schematów podatkowych narusza art. 7 Karty Praw Podstawowych. Uwagi na tle wyroku TSUE z 8 grudnia 2022 r. w sprawie Orde van Vlaamse Balies i in. (sygn. C-694/20)*, *Przegląd Podatkowy* 2023, no. 4;

4. GOMUŁOWICZ A., MAŁECKI J., *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2011, LexisNexis;
5. JASIŃSKA K., *E-rozprawa w postępowaniu cywilnym a prawo do sądu i możliwość obrony swych praw*, *Studia Prawnicze, Rozprawy i Materiały* 2021, no 2 (29);
6. KORCZAK L., *comenntary to Article 15 (in:) SCHEFFLER T. (ed.), Kodeks etyki radcy prawnego: komentarz*, Warszawa 2017, CH Beck;
7. *KIDP składa wnioski do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie przepisów ordynacji podatkowej*, <https://kidp.pl/aktualnosciami.php/10/6259>;
8. KRÓL T., *Świadek w postępowaniu podatkowym*, ABC, LEX;
9. LADZIŃSKI A., WASILUK D., *O nieprawidłowej implementacji dyrektywy 2018/822 (MDR) i jej konsekwencjach*, *Przegląd Podatkowy* 2019, no. 5;
10. MARIANŃSKI A., MICHAŁAK A., *Wprowadzenie obowiązku raportowania schematów podatkowych. Analiza prawno-konstytucyjna*, *Przegląd Podatkowy* 2020, no. 8;
11. MATUSIAK-FRĄCZAK M., *Tajemnica adwokacka w polskim prawie administracyjnym, podatkowym i karnoskarbowym*, *Palestra* 2019, no. 7-8;
12. PIETRASZ P., *comenntary to Article 195 (in:) ETEL L. (ed.) Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2017, Wolters Kluwer Polska;
13. STOLARSKI K., *Dowody (in:) DĄBEK P. (ed.), STOLARSKI K. (ed.), Ordynacja podatkowa. Prawo materialne i procesowe*, Warszawa 2023, Difin;
14. SZUBIELSKA D., *Tajemnica zawodowa w prawie i postępowaniu podatkowym*, *Palestra* 2019, no. 7-8;
15. SZULC M., *Bruksela ochroni sekrety adwokatów i doradców podatkowych*, *Gazeta Prawna* 28.08.2023, p. B2;
16. TROCIUK S., *Konstytucyjne aspekty ochrony tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) (in:) MROWICKI M. (ed.) Ochrona tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) a działania władzy*, *Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2019;
17. WILK M., *Ujawnianie schematów podatkowych a tajemnica zawodowa doradcy podatkowego*, *Przegląd Podatkowy* 2019, no. 2.

#### **CONTACT INFORMATION**

agafranczak@op.pl

Jagiellonian University, Law and Administration Department

Olszewskiego 2 Street

31-007 Cracow

Poland

magdalena.m.malecka@gmail.com

Kancelaria Radcy Prawnego Magdalena Małecka

Rynek Dębnicki 6/3 Street

30-319 Cracow

Poland



## **Liability of an insurance undertaking for an insurance agent from the perspective of Polish law<sup>2</sup>**

### *Abstract*

*In Poland under Art. 20(1) of the Insurance Distribution Act (hereinafter: u.d.u.), “An insurance undertaking on whose behalf the agent acts shall be liable for damage caused by insurance agent or by agent offering supplementary insurance in relation to performing agency activities. The provision of Art. 429 of the Act of 23 April 1964 – Civil Code shall not apply”. In judicial practice and in literature, adequate legal criteria have been long sought allowing to distinguish situations in which a subordinate causes damage “in performing” the entrusted activity from situations in which a subordinate causes damage only “by the way of” (on the occasion of) performing the entrusted activity. Opinions expressed in literature and in case-law of the Supreme Court certainly do not authorise a categorical conclusion that, in the discussed area, any general, universally accepted criteria have been developed.*

*Key words: insurance agent, insurance distribution act, liability, causation.*

**JEL Classification:** K12, K20, K22, K29

### **1. GENERAL REMARKS**

Under Art. 20(1) of the Insurance Distribution Act (hereinafter: u.d.u.),<sup>3</sup> “An insurance undertaking on whose behalf the agent acts shall be liable for damage caused by insurance agent or by agent offering supplementary insurance in relation to performing agency activities. The provision of Art. 429 of the Act of 23 April 1964 – Civil Code shall not apply.”<sup>4</sup>

Therefore, liability under Art. 20 u.d.u. is strictly tortious. It is based on risk<sup>5</sup> and, specifically, does not depend on whether the insurer is at fault in the agent’s choice,

---

<sup>1</sup> Dr hab. Mariusz Fras, prof. UŚ, ORCID: 0000-0002-0033-6909

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

<sup>3</sup> Act of 15 December 2017 on insurance distribution, Dz.U. 2017 poz. 2486.

<sup>4</sup> Art. 429 of the Act of 23 April 1964 – Civil Code, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93, “*Anyone who entrusts an act to another person is liable for any damage caused by the perpetrator when performing the act unless he was not at fault when choosing that person or he entrusted the act to a person, enterprise or establishment which performs such acts within the scope of its professional activity.*”

<sup>5</sup> So, among others: the Supreme Court in the judgment of 16.09.2009, II CSK 112/09, LEX No. 530581; of 13.08.2015, I CSK 657/14, LEX No. 1866879; of 30.09.2015, I CSK 702/14, OSNK

which is demonstrated by express exclusion of application of Art. 429 of the Civil Code. Under the discussed provision, the insurance undertaking is liable irrespective of the concluded contract, even if, or perhaps especially if, the contract has not been concluded at all, that is in a situation when there is no obligational relationship between the insurance undertaking<sup>6</sup> and the would-be policyholder. Damage caused by an agent in relation to performing agency activities, under Art. 20 u.d.u., makes an independent source of the insurer's liability.<sup>7</sup> Tortious liability arises in case of damages caused by an agent irrespective of any previously existing legal relationship between the insurance undertaking and the policyholder. In the sphere of tortious liability, the insurance undertaking incurs such strict responsibility for the parties whose services the insurance undertaking has used at its own risk. Such nature of the discussed liability was confirmed in certain judgments of the Supreme Court<sup>8</sup> and in academic literature.<sup>9</sup> The prerequisites of liability of an insurance undertaking include: occurrence of damage, occurrence of an event that gave rise to the damage, and causal link between the damage and the event.<sup>10</sup>

According to the opinion expressed in case-law, Art. 20(1) u.d.u. defines the strict liability of an insurance undertaking in a more relaxed manner, i.e. making the liability dependent on unlawful behaviour of the agent.<sup>11</sup> On a sidenote, it should be mentioned that both in academic literature and in case-law another opinion can be found according to which the prerequisites of liability of an insurance company include also the agent's fault.<sup>12</sup> However, in the light of the absence in Polish law of a basis for adopting an implicit prerequisite of fault despite the lack of such express prerequisite in a legal provision, the opinion seems to be unjustified. However, there is no doubt that the liability of an insurance undertaking under Art. 20(1) u.d.u. is primary, which means that the injured party does not have to first seek redress of the damage from the agent – perpetrator. The injured party may at once assert their claim against the insurer.

## 2. EXONERATING CONDITIONS

In literature, an opinion has been expressed that in this context we have to do with the most typical exonerating conditions applicable to strict liability situations laid down in the Civil Code, that is *force majeure*, exclusive fault of the injured party or

---

2016/9, poz. 103; of 14.01.2016, I CSK 43/15, LEX No. 1994366; of 8.07.2016, I CSK 427/15, LEX No. 2071110; of 24.11.2016, II CSK 131/16, LEX No. 2178670.

<sup>6</sup> KUCHARSKI, B. *Odpowiedzialność ubezpieczyciela za czynności agenta*, Przegląd Sądowy 2018/2.

<sup>7</sup> So, also, FRAS, M. *Glosa do wyroku SN z 16.09.2009, II CSK 112/09*, Prawo Asekuracyjne 2010/1, p. 8.

<sup>8</sup> See, e.g., judgment of the Supreme Court of 30.09.2015, I CSK 702/14, OSNC 2016/9, poz. 103, and judgment of the Supreme Court of 13.08.2015, I CSK 657/14, LEX No. 1866879.

<sup>9</sup> So, e.g., WIECZOREK, E. *Komentarz do ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym* [in:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, t. 1, Warszawa 2010, commentary on Art. 11 u.p.u., para 2.

<sup>10</sup> See, e.g., judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 216/14, LEX No. 1665335.

<sup>11</sup> So: judgment of the Supreme Court of 20.11.2015, I CSK 919/14, LEX No. 1994366.

<sup>12</sup> Judgment of the Court of Appeal in Cracow of 11.12.2013, I ACa 1233/13, LEX No. 1515231.

of a third party.<sup>13</sup>Such position was then repeated in several decisions of the Supreme Court.<sup>14</sup>In literature, an opinion can be found that a prerequisite of the insurer's liability is always unlawful behaviour of the agent, just as unlawful behaviour of the perpetrator is a prerequisite of the entrusting party's liability in a situation covered by the provision of Art. 429 of the Civil Code.<sup>15</sup>Such view was accepted in the judgment of the Supreme Court of 27.11.2015.<sup>16</sup>

### 3. "FUNCTIONAL" LINK

In judicial practice and in literature, adequate legal criteria have been long sought allowing to distinguish situations in which a subordinate causes damage "in performing" the entrusted activity from situations in which a subordinate causes damage only "by the way of" (on the occasion of) performing the entrusted activity. Opinions expressed in literature and in case-law of the Supreme Court certainly do not authorise a categorical conclusion that, in the discussed area, any general, universally accepted criteria have been developed. Such limitations in the scope of the entrusting party's liability should not be approached universally. Instead, findings of such type should always be made having regard to the circumstances of a given case. In order to determine if the damage was caused in performance of the entrusted activities, it is necessary to establish a relation (referred to as "functional") between the entrusting of the activities to the subordinate and their performance which gave rise to the damage. In order to establish such link, one has to consider five aspects. First, substantive one, putting emphasis on whether the subordinate acted at all within the entrusted set (category) of activities. Second, subjective one, requiring to determine a potential range of injured parties. Third, temporal one, allowing to focus either on one-off performance of the entrusted activity or on its durable nature (sequence of recurrent activities of the subordinate within a longer period of time, coordinated with the aggregate of the entrusted activities, i.e., for example, rules of servicing saving accounts). Fourth, location and instrumental one, pertaining to the location of performing the entrusted activities by the subordinate (e.g., at the entrusting party's premises, not necessarily within regular working hours) as well as the subordinate's use of appropriate objects (so called props) and identifications attributed to the entrusting party (e.g., the entrusting party's seals, company scripts, security measures). Fifth, subordination to the "management" of the superior throughout the entire period of performing the activities, even if the

---

<sup>13</sup> WIŚNIEWSKI, T. *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez agentów ubezpieczeniowych*, Przegląd Sądowy 2004/3, p. 41.

<sup>14</sup> This is noted by OSTRZECHOWSKI, B. *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez agenta ubezpieczeniowego a nierozsądne zachowanie poszkodowanego*, „Glosa” 2016/3, p. 69.

<sup>15</sup> See: MACHNIKOWSKI, P. [in:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, ed. A. Olejniczak, Warszawa 2014, p.456; KRAJEWSKI, M. *Przełanka związku szkody z wykonywaniem czynności agencyjnych w odpowiedzialności ubezpieczyciela za agenta* [in:] *Dystrybucja usług ubezpieczeniowych. Wybrane zagadnienia prawne*, ed. B. Gnela, M. Szaraniec, Warszawa 2017; OSTRZECHOWSKI, B. *Glosa do wyroku SN z 17.04.2015, I CSK 216/14*, „Glosa” 2016/3, p. 66 et seq.

<sup>16</sup> Judgment of the Supreme Court of 27.11.2015, I CSK 28/15, LEX No. 1976873.

superior does not exercise such management on permanent basis, as a part of previously envisaged (e.g., in the employment contract) control and supervision activities over the subordinate, and in the same way leaves much leeway to the subordinate as to the methods of performing the entrusted function. The position adopted in this decision was, on several occasions, cited with approval in later case-law of the Supreme Court<sup>17</sup>

Significant difficulties have been identified in literature with regard to resolving the question about the necessary link between the agent's unlawful behaviour causing damage and the agent's performance of agency activities. Statements on the prerequisite of such link between causing damage and performing agency activities generally refer to the interpretation of the expression "damage caused in performance of the entrusted activities," as used in Art. 429 and 430 of the Civil Code. It is pointed out on such occasions that, within the framework of Art. 20(1) u.d.u., this relates to the functional link between performing agency activities and the damage caused, and that damage caused in relation to performing agency agreements is not synonymous with damage caused by the way of performing agency activities.<sup>18</sup> It is argued that the insurer's liability is conditioned by agent's operation on behalf of the insurer, which is possible both when the agent acts as proxy and when the agent acts as intermediary *sensu stricto*. T. Wiśniewski cites opinions according to which the term "in performance of the entrusted activity" implies not only existence of an ordinary causal link between the occurrence of damage and performance of the entrusted activity. The entrusting party's liability is to be justified by an existing functional link between performing the activity and the damage caused. The entrusting party will not incur liability if the discussed link was only external, e.g., only temporal or locational. In the view of T. Wiśniewski, the legislator, by providing in Art. 20(1) u.d.u. for a requirement that the damage be in relation to the entrusted activities, intended to take advantage of legal scholars' developments of on the instances of liability for third parties' acts as laid down in the Civil Code.<sup>19</sup> Similarly, in the judgments of the Supreme Court of 17.04.2015<sup>20</sup> and 13.08.2015,<sup>21</sup> it was concluded that when interpreting the concept of damage caused in relation to performing agency activities, one can refer to the views expressed in judicial practice when explicating the concept of damage caused in performance of the entrusted activities, as set out in Art. 430 of the Civil Code. The Supreme Court held that "the expression «in relation to performing agency activities», as used by the legislator, supports the conclusion that the provision requires a functional link between causing the damage

---

<sup>17</sup> See, among others: judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 216/14, LEX No. 1665335; judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 237/14, LEX No. 1723769; judgment of the Supreme Court of 13.08.2015, I CSK 657/14, LEX No. 1866879; judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 43/15, LEX No. 1994366; judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 78/15, LEX No. 2010230.

<sup>18</sup> KUCHARSKI, B. *Odpowiedzialność ubezpieczyciela za czynności agenta*, Przegląd Sądowy 2018/2.

<sup>19</sup> WIŚNIEWSKI, T. *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez agenta ubezpieczeniowego a nierozsądne zachowanie poszkodowanego*, „Głosa” 2016/3, p. 36–37.

<sup>20</sup> Judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 216/14, LEX No. 1665335.

<sup>21</sup> Judgment of the Supreme Court of 13.08.2015, I CSK 657/14, LEX No. 1866879.

and performing agency activities. In Polish language, the term “relation” means «relationship between things, phenomena, etc., that are combined with one another, influence, affect one another, connectivity, link, integrity, dependence». It is therefore legitimate to assume that the analysed provision refers to a relationship of coexistent events, that is a functional link between performing agency activities and causing the damage.<sup>22</sup> Drawing analogies between the expression “in relation to performing activities,” under Art. 20(1) u.d.u., and the expression “in performance of activities” as provided for in Art. 430 of the Civil Code was subjected to criticism by B. Ostrzechowski in his Gloss to the judgment of the Supreme Court of 17.04.2015. The cited author argued that liability of an insurance undertaking should not be limited to situations of causing damage in performance of agency activities but, instead, should cover any harmful behaviours of an agent undertaken in a certain relation to performing agency activities. According to that scholar the rationale for the solution under Art. 20(1) u.d.u. is, in the first place, the profit theory, whereas in the case of Art. 429 and 430 of the Civil Code the additional factors at play are – respectively – fault in the choice of contractor and management exercised by a superior over a subordinate, which cannot be referred to the insurer’s liability for an agent. This primarily relates to management, which should not be invoked in the event of liability for persons acting independently. The cited author argues that the prerequisite of causing damage in relation to performing agency activities will be fulfilled when the very nature of the agency activities entrusted to the perpetrator gives rise to a significant increase of the risk of causing damages of particular type. To a certain degree, one should also consider the question of supervision over the agent’s activities, which means that the scope of an insurance undertaking’s liability should not, principally, cover damages caused by the agent in a sphere that may fall beyond any control of the insurance undertaking.<sup>23</sup> In a sense, such relation is similar to adequate causal link, although in the latter case, any, even the slightest increase of the probability of causing damage is sufficient, whereas in the discussed context a significant increase is required, which, in particular, may not follow exclusively from the trust relating to the activities performed. As a matter of fact, this is in line with the opinion expressed in the context of general situations of liability for third parties’ acts according to which a relevant factor is the increase of risk of causing damage by the direct perpetrator, which should be possible to predict by the entrusting party.<sup>24</sup>

#### **4. CONTRIBUTION OF A POLICYHOLDER TO THE OCCURRENCE OF DAMAGE CAUSED BY AN AGENT**

In multiple decisions on the insurer’s liability for the activities of an agent, the Supreme Court assumed contributory negligence of the injured party. For example,

---

<sup>22</sup> Judgment of the Supreme Court of 13.08.2015, I CSK 657/14.

<sup>23</sup> Ostrzechowski, B. *Glosa do wyroku SN z 17.04.2015, I CSK 216/14*, „Glosa” 2016/3, p. 71–72.

<sup>24</sup> KRAJEWSKI, M. *Przesłanka związku szkody z wykonywaniem czynności agencyjnych w odpowiedzialności ubezpieczyciela za agenta* [in:] *Dystrybucja usług ubezpieczeniowych. Wybrane zagadnienia prawne*, ed. B. Gnela, M. Szaraniec, Warszawa 2017, p. 212.

in rulings on criminal activities of an agent, the injured parties were imputed: the lack of due consideration in the cooperation with the agent, omission to use measures allowing to assess credibility of the recommended transactions, uncritical belief in the possibility to obtain incredible incomes from the investments made through the agent, omission to take steps to obtain knowledge about the contents and nature of the insurer's activities that were supposed to generate such profits, lack of objective assessment of the possibility to achieve a particular result, etc.<sup>25</sup> The protective purpose of the increased liability of the insurer for an agent's activities should rather support the assumption that, generally speaking, only the injured party's manifest negligence can justify limitation of the liability under Art. 362 of the Civil Code.<sup>26</sup> In addition, the Supreme Court held that the consumer protection offered by law refers to individual specification of contractual contents and conclusion of contracts with the consumer's involvement. It cannot be understood as affording the consumer a privileged position that would relieve the consumer of the duty of care when evaluating the provisions of the contract the consumer wishes to conclude. Absence of care for one's own interests is an objective irregularity in the injured party's behaviour and might be a reason to apply Art. 362 of the Civil Code.<sup>27</sup> On the other hand, in the judgment of 30.09.2015,<sup>28</sup> the Supreme Court held that the insurer incurs risk-based liability for damage caused by an agent to any customer, thus, independently – among others – from the customer's knowledge of the realities of the market and from the possibility to make an independent assessment of the regularity and legality of the agent's behaviour causing damage to the customer. The latter elements of evaluating customer behaviour might possibly be taken into account only when examining the customer's contribution to the occurrence of damage in the circumstances of a specific case.

The Supreme Court took a more lenient stance in the judgment of 13.08.2015, in which the court generally ruled out the possibility of contribution of the injured party to the occurrence of damage, in the context of specific facts of the case, although in the period of transferring payments the injured party was, at the same time, hired as an assistant of the dishonest agent. In the opinion of the Court, behaviour of the injured party could not be referred to as uncritical or incompetent. Such conclusion was, for instance, supported by the fact that in the same period the agent managed to convince nearly 100 persons to perform similar financial operations for the purpose of a fake investment. Moreover, the employment relationship between the perpetrator of damage and the injured party was treated as a circumstance conducive to and justifying the injured party's increased trust in the agent.<sup>29</sup>

Grounds to reduce the amount of damage caused, in consequence of the injured party's contributory negligence, were also not found by the Supreme Court in the

---

<sup>25</sup> Cf.: judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 78/15, LEX No. 2010230; judgment of the Supreme Court of 27.11.2015, I CSK 28/15; judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 216/14.

<sup>26</sup> KUCHARSKI, B. *Odpowiedzialność ubezpieczyciela za czynności agenta*, Przegląd Sądowy 2018/2, p. 33.

<sup>27</sup> Judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 216/14, LEX No. 1665335.

<sup>28</sup> Judgment of the Supreme Court of 30.09.2015, I CSK 702/14, LEX No. 1813468.

<sup>29</sup> Cf. judgment of the Supreme Court of 13.08.2015, I CSK 657/14, LEX No. 1866879.

judgment of 15.01.2016,<sup>30</sup> in which, in support of its position, the Court invoked the contents of the general terms of insurance, whose lack of precision was treated as factor favouring the customer of the insurance undertaking. In this decision, the Supreme Court made yet another important observation, in reference to Art. 97 of the Civil Code, which provides that a person acting on the premises of an enterprise whose purpose is to serve the public is deemed, in case of doubt, authorized to perform the legal acts that are usually performed with persons using the enterprise's services. As a consequence, it should be noted that the Civil Code opts for the principle of trust, rather than distrust. This remark is significant in the context of adjudicating on the liability of an insurance undertaking because in many cases of this type abuses take place precisely in the agent's standard place of work, in which also insurance contracts are concluded – in accordance with law. Besides, the insurer has the right to exercise supervision in such location and, in the same way, is in a position to verify what activities are actually performed by the agent.

Similar position was taken by the Supreme Court in the judgment of 14.01.2016.<sup>31</sup> Under the factual situation considered in that case, the injured party concluded an insurance contract with the agent as a part of which the injured party could, without any limits, pay financial measures for investment purposes to the defendant undertaking. Nevertheless, neither the provisions of the agreement nor the general terms of insurance determined how the payments should be made. As a consequence, it must be considered inadmissible to exclude *ad hoc* the possibility of the payments being made directly to the insurance agent. Moreover, in the discussed case, transfers were made at the premises of the defendant insurance undertaking, personally to the undertaking's well-known and respected agent. As a consequence, in the opinion of the Court, a lack of the injured party's due diligence could only be identified in the discussed case in the omission to verify the agent's warranties about the unreasonably high profit. However, in itself, such omission amounts to such an insignificant contribution to the occurrence of damage that it could not affect the amount of due compensation. On the other hand, in the Court's opinion, in no way should one interpret as contributory negligence the injured party's omission to verify the fact of crediting the dedicated account with the amounts handed over to the agent. The question of safety of the financial amounts transferred to an agent is resolved by Art. 14(1) u.d.u., under which any financial amounts paid within the framework of an insurance contract by the policyholder to the insurance intermediary shall be deemed paid to the insurance undertaking.<sup>32</sup>

In literature, it is considered inadmissible to compare negligence attributable to the behaviour of injured parties with inappropriate supervision exercised by an insurance undertaking over its agent. Attention is paid to the fact that the liability envisaged under Art. 20u.d.u. constitutes liability for a third party's act, which automatically precludes the above juxtaposition. Contribution of the injured party to the occurrence of damage can be considered only in reference to the behaviour of the perpetrator himself, and not in reference to the behaviour of a party obliged to

---

<sup>30</sup> Judgment of the Supreme Court of 15.01.2016, I CSK 51/15, LEX No. 1976238.

<sup>31</sup> Judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 43/15, LEX No. 1997958.

<sup>32</sup> Cf. judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 43/15.

redress the damage under appropriate legal provisions. Any possible irregularities in the exercise of supervision over the agent, to which supervision the insurance undertaking is obliged pursuant to Art. 26u.d.u., may only provide grounds to assign “additional” liability to the insurance undertaking, this time for the undertaking’s own acts.<sup>33</sup>

## 5. THE QUESTION OF ATTRIBUTING THIRD PARTY’S ACTS TO THE AGENT

This is a problem of the possibility to attribute to the insurer a damage that was not caused directly by the insurer but a natural person acting on the insurer’s behalf who directly performed agency activities. In the discussed matter, three groups of opinions can be identified. According to the first position, taken by the Supreme Court in the judgment of 24.11.2016,<sup>34</sup> even such acts of the agent or the agent’s subcontractor that are made in such party’s own interest, and not in the interest of the insurance undertaking, do not exclude the liability of the insurance undertaking as laid down in Art. 11(1) u.p.u. (whose present equivalent is Art. 20(1) u.d.u.) for an act committed in relation to performing agency activities. The statutory exclusion, under Art. 11(1)u.p.u. (currently Art. 20(1)u.d.u.), of the application of Art. 429 of the Civil Code relates only to the establishment of the liability basis of an insurance undertaking, and not to the assessment of liability of an insurance agent entrusting performance of specific acts to another agent. In judicial practice, it was concluded that any detriment caused to the customer, among others, by the activities of organising or supervising agency activities by an insurance agent, including an agent using services of a natural person under a concluded contract (Art. 12(4) u.p.u.), should fall within the sphere of risk incurred by the insurance undertaking on whose behalf the agent acts and be covered by that undertaking’s liability under Art. 11(1) u.p.u. As a consequence, under this legal regime, liability covers also damages caused by acts beyond the scope of an insurance agent’s authorization, even if such acts were neither in the interest of the insurance undertaking nor in the interest of the customer and were made in circumstances fulfilling a definition of a criminal offence. The insurance undertaking’s possibility to exercise supervision over the activities of an insurance agent (see, e.g., Art. 18 u.p.u.) may affect the sphere covered by his or her risk and reduce the insurance undertaking’s own actual risk.<sup>35</sup> A consequence of such development of the case-law is the presented opinion, shared by the adjudicating panel of the Supreme Court in the discussed case, that even acts of an agent or the agent’s subcontractor acting in such party’s own interest, and not in the interest of the insurance undertaking, do not exclude the liability of the insurance undertaking, as provided under Art. 11(1) u.p.u., for an act committed in relation to performing agency activities.<sup>36</sup> The prerequisite under Art. 11(1) u.p.u.,

---

<sup>33</sup> Cf. B. Ostrzechowski, *Glosa do wyroku SN z 17.04.2015 r., I CSK 216/14*, p. 76.

<sup>34</sup> Judgment of the Supreme Court of 24.11.2016, II CSK 131/16, LEX No. 2178670.

<sup>35</sup> See judgment of the Supreme Court of 20.11.2015, I CSK 919/14, LEX No. 1994366.

<sup>36</sup> See judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 43/15, LEX No. 1997958; of 8.07.2016, I CSK 427/15, LEX No. 2071110.



expressed in the phrase “in relation to performing agency activities” implies existence of a functional link between causing damage and performing agency activities that can be performed directly by a natural person (Art. 9(1) u.p.u.) with whom the insurance agent concluded a cooperation agreement not recognized by the legislator as agency agreement (Art. 12(4) u.p.u.). Consequently, the cited provision of Art. 11(1) u.p.u. refers to a relationship of coexistence between events, that is a functional link between performing agency activities and causing the damage,<sup>37</sup> as the wording of the prerequisite contained in that provision points to its clear distinctness from the prerequisite contained in Art. 429 of the Civil Code or in Art. 430 of the Civil Code, that is the expression “in performance...”. Therefore, the prerequisite “in relation to performing...” covers a much wider spectrum of behaviours of an insurance agent, which does not preclude causing damage indirectly, including as a result of behaviour of a subcontractor whose services the agent used. In Art. 11(1) u.p.u., the legislator disregards the motives and personal purposes behind the behaviour of an agent or the agent’s subcontractor, attaching the liability of an insurer solely to the existence of any, objectively understood, functional link between the damage caused and performance of agency activities, which cover also organisation and supervision of the such activities (Art. 4 item (1) u.p.u.), and not only to the damage caused merely “in performance” of the entrusted activities.<sup>38</sup>

Adoption of a different interpretation of Art. 11(1) u.p.u. would unavoidably lead to a situation in which the use by an insurance agent (being the insurer’s contractor) of services rendered by a selected subcontractor, i.e. natural person performing agency activities, being the direct perpetrator of damage, would always result in the exclusion of liability of the insurance undertaking under Art. 11(1) u.p.u. In contrast, this provision was a special source of tortious liability for damages of an insurance undertaking. That liability was strict and excluded the possibility of the insurance undertaking to avoid responsibility by invoking the lack of fault in the choice of contractor, in the context of explicit exclusion under Art. 11(1) u.p.u. of the application of Art. 429 of the Civil Code.<sup>39</sup> The second position assumes that damage caused by an agent is equivalent to damage caused by a natural person performing agency activities only in a situation when prerequisites are met to assign to the agent liability for that damage under Art. 429 or Art. 430 of the Civil Code.<sup>40</sup> According to the third opinion expressed in literature, damage qualifying as caused by an agent is only damage arising from the agent’s own behaviour (in case of a legal person, from the behaviour of natural persons being members of its governing bodies), and it is

---

<sup>37</sup> See judgment of the Supreme Court of 13.08.2015, I CSK 657/14, LEX No. 1866879.

<sup>38</sup> See judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 216/14, LEX No. 1665335; judgment of the Supreme Court of 13.08.2015, I CSK 657/14, LEX No. 1866879; judgment of the Supreme Court of 30.09.2015, I CSK 702/14, LEX No. 1813468.

<sup>39</sup> See judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 78/15, unpublished, LEX No. 2010230.

<sup>40</sup> Such position was assumed by the Circuit Court in Łódź in the judgment of 18.12.2014, II C 408/14, LEX No. 2130276.

assumed that damage caused by a natural person performing agency activities on the agent's behalf is not covered by the discussed provision.<sup>41</sup>

## CONCLUSION

In Polish law, the subject area of an insurer's liability for damage caused by an authorised insurance agent conforms to the trends outlined in IDD Directive and corresponds to legal regimes in many Member States. A sense of insufficiency and certain doubts are aroused, however, by the latest opinion of the Supreme Court that for the link between unlawful behaviour of the agent causing damage and performance of agency activities in the understanding of Art. 20(1) u.d.u. to be established, it is necessary that performance of such activities significantly increases the likelihood of damage of a given type. Such grasp of the functional and causal link is fairly vague and may be a source of insurers' legal uncertainty. The role of the judiciary, even considering the protective nature of the provision under Art. 20(1) u.d.u., is to establish a balanced model of liability for damages, taking into account legitimate interests of customers and insurance undertakings. The proposed prerequisite of significant increase is so vague that, in case of its acceptance in specific, casuistic factual contexts, much will depend on judicial discretion.

## REFERENCES

1. FRAS, M. Glosa do wyroku SN z 16.09.2009, II CSK 112/09, Prawo Asekuracyjne 2010/1.
2. KRAJEWSKI, M. Przesłanka związku szkody z wykonywaniem czynności agencyjnych w odpowiedzialności ubezpieczyciela za agenta [in:] *Dystrybucja usług ubezpieczeniowych. Wybrane zagadnienia prawne*, ed. B. Gnela, M. Szaraniec, Warszawa 2017.
3. KUCHARSKI, B. Odpowiedzialność ubezpieczyciela za czynności agenta, *Przełąd Sądowy* 2018/2.
4. MACHNIKOWSKI, P. [in:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, ed. A. Olejniczak, Warszawa 2014.
5. OSTRZECHOWSKI, B. Glosa do wyroku SN z 17.04.2015, I CSK 216/14, „Glosa” 2016/3.
6. OSTRZECHOWSKI, B., Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez agenta ubezpieczeniowego a nierozsądne zachowanie poszkodowanego, „Glosa” 2016/3.
7. WIECZOREK, E., *Komentarz do ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym* [in:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, t. 1, Warszawa 2010.
8. WISNIEWSKI, T. Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez agenta ubezpieczeniowego a nierozsądne zachowanie poszkodowanego, „Glosa”

---

<sup>41</sup> KRAJEWSKI, M. *Przesłanka związku szkody z wykonywaniem czynności agencyjnych w odpowiedzialności ubezpieczyciela za agenta* [in:] *Dystrybucja usług ubezpieczeniowych. Wybrane zagadnienia prawne*, ed. B. Gnela, M. Szaraniec, Warszawa 2017, p. 202 - 203.

2016/3.

9. WIŚNIEWSKI, T. Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez agentów ubezpieczeniowych, Przegląd Sądowy 2004/3.
10. Judgment of the Supreme Court of 16.09.2009, II CSK 112/09, LEX No. 530581.
11. Judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 237/14, LEX No. 1723769.
12. Judgment of the Supreme Court of 17.04.2015, I CSK 216/14, LEX No. 1665335.
13. Judgment of the Supreme Court of 13.08.2015, I CSK 657/14, LEX No. 1866879.
14. Judgment of the Supreme Court of 30.09.2015, I CSK 702/14, LEX No. 1813468.
15. Judgment of the Supreme Court of 20.11.2015, I CSK 919/14, LEX No. 1994366.
16. Judgment of the Supreme Court of 27.11.2015, I CSK 28/15, LEX No. 1976873.
17. Judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 43/15, LEX No. 1994366.
18. Judgment of the Supreme Court of 14.01.2016, I CSK 78/15, LEX No. 2010230.
19. Judgment of the Supreme Court of 15.01.2016, I CSK 51/15, LEX No. 1976238.
20. Judgment of the Supreme Court of 8.07.2016, I CSK 427/15, LEX No. 2071110.
21. Judgment of the Supreme Court of 24.11.2016, II CSK 131/16, LEX No. 2178670.
22. Judgment of the Court of Appeal in Cracow of 11.12.2013, I ACa 1233/13, LEX No. 1515231.
23. Judgment of Circuit Court in Łódź of 18.12.2014, II C 408/14, LEX No. 2130276.
24. Act of 15 December 2017 on insurance distribution, Dz.U. 2017 poz. 2486.
25. Act of 23 April 1964 –Civil Code, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93.

#### **CONTACT INFORMATION**

mariusz.fras@us.edu.pl

University of Silesia, Faculty of Law and Administration

Bankowa 11B

40-007 Katowice

Poland

**Employer as an AI system operator and non-contractual civil liability for damage caused by AI systems: the EU and Chinese perspectives<sup>2</sup>**

*Abstract*

*The paper refers to the liability for damage caused by an AI system used by an employer (a professional entity using AI to achieve its economic goals and deriving profits from this use). In such cases, the employer is the AI system operator. If the cause of the damage is not a defect of the AI system and there is no civil law contract between the victim and the operator, then fault-based tortious liability applies. However, in case of damage caused with the involvement of an AI system, it is challenging for the claimant to prove the operator's fault. The EU recognises this problem and tries to solve it. This article offers an analysis of EU legislative proposals (AI Liability Directive proposal) and a comparison of the European liability model with the model adopted by the technology giant: China.*

*Key words: artificial intelligence, AI operator, AI civil liability, strict liability, EU legislation, Chinese legislation.*

**JEL Classification:** K130

## **INTRODUCTION**

Already for several years, the European Union has undertaken intense activities with the intention to develop a legislative framework which would be optimal for the development of safe and trustworthy artificial intelligence (AI). Development of new technologies is important, however, it should not take place at the cost of human rights and European values.<sup>3</sup> In this context, apart from safety of AI systems, the

---

<sup>1</sup> Iwona Gredka-Ligarska is an advocate, PhD in jurisprudence, and Assistant Professor at the Faculty of Law and Administration of the University of Silesia in Katowice (Poland). Member of the Labour Law and Social Policy Research Team. Laureate of the OPUS-21 competition organized by the Polish National Science Centre. Specialist in civil law and labour law.

<sup>2</sup> This chapter presents the results of the research project No. 2021/41/B/HS5/01001 "The use of autonomous AI in the labour process and employer's civil liability towards third parties," financed in whole by the National Science Centre, Poland.

<sup>3</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Accessed June 2, 2023. Hereinafter: the AI Act proposal.

question that comes to the fore is civil liability for damages<sup>4</sup> caused by such systems. The cause of a damage is not always a defect of the AI system. This means that the responsible party will not always be such system's manufacturer (manufacturers). Damage may also be caused by a professional operator of an AI system who used that system incorrectly.<sup>5</sup> It may happen in practice that the damage is caused both by a defect of an AI system and by an incorrect behaviour of a professional operator of such system. A situation is also conceivable when it is impossible to identify a defect of an AI system and the system's operator has exercised a degree of care required from the operator as a professional. If the cause of damage is not a defect of the AI system and there is no legal relationship between the system's operator and the injured party, then in principle, according to the laws applicable in the Member States of the European Union, the applicable regime is that of tortious fault-based liability. However, it is emphasised in academic literature that in case of damages caused with the involvement of AI systems, it is particularly difficult for the injured party to demonstrate fault as the basis of liability. Frequently it is even impossible. This is the case because of immanent features of artificial intelligence, such as: complexity, opacity, autonomy, ability to learn and interact with the environment in which the AI operates. AI products and services are designed so that the decision-making process is delegated to algorithms, whereas tortious law regimes have been put in place to assess human behaviour.<sup>6</sup> Distinctive features of the AI may in practice give rise to a so called "black box" effect.<sup>7</sup> The European Union has noticed that problem and attempted to solve it. Accordingly, on 28 September 2022, the European Commission published the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products<sup>8</sup> and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive).<sup>9</sup> The

---

<sup>4</sup> For the purposes of this Chapter, the term 'damage' shall mean personal injury or damage to human property (of a natural person/consumer). This refers to a third party that is not in any legal relationship with the AI system's operator.

<sup>5</sup> For the purposes of this Chapter, the term 'professional operator' of an AI system shall mean a party employing workers and using the AI system for professional or economic purposes and deriving profits from the above.

<sup>6</sup> KNETSCH, J. Are Existing Tort Theories Ready for AI? A Continental European Perspective. In *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*. DiMatteo L.A. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 99–115.

<sup>7</sup> BROŹEK, B., FURMAN, M., JAKUBIEC, M., KUCHARZYK, B. The Black Box Problem Revisited: Real and Imaginary Challenges for Automated Legal Decision Making. In *Artificial Intelligence and Law*, 2023, online version, <https://doi.org/10.1007/s10506-023-09356-9>, accessed June 2, 2023; PADOVAN, P.H., MARTINS, C.M., REED, C. Black is the New Orange: How to Determine AI Liability. In *Artificial Intelligence and Law*. Vol. 31, 2023, iss. 1, p. 133–167; ZEDNIK, C. Solving the Black Box Problem: a Normative Framework for Explainable Artificial Intelligence. In *Philosophy & Technology*. Vol. 34, 2021, iss. 2, p. 265–288; CASTELVECCHI, D. Can We Open the Black Box of AI? In *Nature*. Vol. 538, 2016, iss. 7623, p. 20–23.

<sup>8</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495>. Accessed June 2, 2023.

<sup>9</sup> [https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1\\_1\\_197605\\_prop\\_dir\\_ai\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf). Accessed June 2, 2023. Hereinafter: the AI Liability Directive proposal.

latter Directive applies also to professional operators of AI systems as they fit into the category of 'user' (AI Liability Directive proposal, Art. 2(4)).

The purpose of this article is to establish whether the standard<sup>10</sup> of protecting persons injured by AI systems used by a professional operator is high in the European Union as compared to China. That is whether the European legislator is really in the vanguard when it comes to drafting legislation adequate to the AI technology. The term 'adequacy', for the purposes of this article, must be understood as referring to a liability model guaranteeing to injured parties a real possibility to obtain due compensation without causing excessive disproportion between the legal position of an AI system operator and the legal position of the person injured by such system. One way or another, an injured consumer is – by definition – the weaker party as compared to the professional operator of an AI system. To achieve the intended objective, in the first place, I will compare the liability model of an AI system operator as applicable in Europe with the model applicable, in the analysed area, in China. Second, I will examine the provisions laid down in the AI Liability Directive proposal. The analysis will be concluded with an attempt to answer the question whether the proposed legislative reforms are sufficient to solve the problems relating to fault-based liability for artificial intelligence. That is whether the European Union guarantees a sufficient protection level to persons injured by AI systems used by professional operators.

## 1. EUROPEAN UNION vs. CHINA

In the first chapter of this study, a comparison will be drawn between the European and the Chinese model of liability incurred by a professional AI system operator for damages caused by such systems. The subject of the study will be non-contractual civil liability. Such comparison will allow to answer the question whether the Chinese liability model as applicable in the analysed area offers to injured parties more effective legal remedies in their pursuit of due compensation than it is the case in European law. A question must be asked if the Chinese model can be an inspiration for the legislation of the European Union? Such question might seem surprising since China, to a certain degree, follows the codified law of the Continental Europe, and only on 28 May 2020, for the first time since the foundation of the People's Republic of China, has adopted a Civil Code.<sup>11</sup> Nevertheless, there can be no doubt that nowadays China competes with the United States for the position of global hegemon in the area of latest technologies, which naturally includes the AI technology. China is also active when it comes to establishing a legal environment conducive to the development of innovative technologies and, in April 2023, the Cyberspace Administration of China released a draft document: "Measures

---

<sup>10</sup> This refers both to the currently applicable standard and the standard laid down in the AI Liability Directive proposal.

<sup>11</sup> SHAOHUA, L., PENG, X. The Civil Code of the People's Republic of China: Major Features and Contributions to the World. In *US-China Law Review*. Vol. 17, 2020, no. 8, p. 317–318.

for the Management of Generative Artificial Intelligence Services.”<sup>12</sup> In consequence, it seems legitimate to draw at least a general comparison between the Chinese and European liability models.

### 1.1. Comparative law analysis

Thus far, tortious liability has not been comprehensively harmonized at the European Union level. One exception is the strict liability regime for defective products harmonised under the Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.<sup>13</sup> However, product liability does not apply to AI system operators as the discussed legal regime is addressed only to broadly defined manufacturers. As a result, under the current legislative framework, employers acting as professional AI system operators incur tortious liability as provided for in the national laws of EU Member States. Generally speaking, this means fault-based tortious liability.

However, attention must be drawn to the fact highlighted in academic literature that the traditions of tortious law and, in turn, provisions of tortious law in particular EU Member States significantly differ from one another. In the foreseeable future, one should not expect harmonisation of the entire tortious law on EU level.<sup>14</sup> This hampers comparison of the European liability model with its Chinese counterpart as there is no uniform European liability regime. For example, German tortious law is predominantly based on fault as the main liability principle and provides for a catalogue of rights and interests subject to protection, which are: life, physical integrity, health, personal freedom, property and yet other absolute rights'. On the other hand, French tortious law, although also fault-based, is characterised by a wide protection scope, covering all types of damages and losses, both financial and non-material. In this connection, it is assumed that under French law also pure economic loss, non-pecuniary damage and loss of chance are compensable. At the same time, such an extensive tortious law regime was correlated with extensive obligations to take out civil liability insurance.<sup>15</sup> The author of this study leans towards the French model. Therefore, the selected purpose of the research is to establish if the current liability models applicable respectively in the European Union and in China are adequate to the AI technology. That is to say if they offer to injured persons a real possibility to obtain due compensation. In this article, I will not present details of tortious liability regimes as applicable in particular EU Member States. Instead, my attention is focused on the main liability principle in situations when the damage is inflicted with the involvement of an AI system used by a professional operator (employer). According to this principle, tortious liability is fault-based as in the

---

<sup>12</sup> <https://digichina.stanford.edu/work/translation-measures-for-the-management-of-generative-artificial-intelligence-services-draft-for-comment-april-2023/>. Accessed July 24, 2023.

<sup>13</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>. Accessed June 2, 2023. Hereinafter: Directive 85/374/EEC.

<sup>14</sup> KNETSCH, J., *op. cit.*, p. 101.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 102–103.

Member States of the European Union strict liability is limited to selected activities and objects that have been considered especially hazardous.<sup>16</sup> This refers, for example, to aircraft owners, nuclear power stations, environmental pollution, railway operators, and car owners and/or keepers.<sup>17</sup> There are also jurisdictions in which strict liability for tangible objects is provided in more general terms, e.g., French law.<sup>18</sup> However, neither the activities involving the AI technology nor 'AI-enabled' devices or systems have been, so far, qualified in the EU as particularly dangerous, which means that, at the time being, strict liability does not apply in this area. An exception may relate, for instance, to autonomous vehicles in those Member States<sup>19</sup> in which keepers and/or owners of motor vehicles have been covered with strict liability. For if, under the current legislative framework, a keeper and/or owner of a motor (non-autonomous) vehicle already incurs strict liability, it seems that there is no rational reason to reach for another type of liability in the context of autonomous vehicles. A matter which remains to be considered and specified by the European or national legislator is what party should be held liable in case of vehicles at the autonomy level of 4 or 5, that is vehicles in which one can no longer speak about a driver.<sup>20</sup> Should the responsible party be exclusively the manufacturer of such vehicles? Although the previous operator (e.g., employer) will still be able to commercially use vehicles at autonomy level 4 or 5, such party, in consequence of the missing control over such vehicle, will entirely forfeit the status of operator. Obviously, this does not preclude attribution by the legislator of the liability for the resulting damage to such party.

It should be reminded that, in the EU, a proposal has been put forward to introduce strict liability in relation to high-risk AI system operators and to adopt a presumption of fault within the framework of the fault-based liability of operators of AI systems other than high-risk systems. Such proposal was made in the European Parliament Resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)).<sup>21</sup> An Annex to the EP's 2020 Resolution included the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on liability for the operation of Artificial Intelligence-systems, setting out rules for the civil liability claims of natural and legal

---

<sup>16</sup> BUSNELLI, F.D. *et al.* *Strict Liability*. In *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, European Group on Tort Law. Vienna – New York: Springer, 2005, p. 103–104.

<sup>17</sup> BÜYÜKSAGIS, E., VAN BOOM, W.H. *Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn between Objects, Activities, and Their Risks*. In *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 44, 2013, no. 2, p. 614.

<sup>18</sup> TJONG TJIN TAL, E. *Liability for AI Decision-Making*. In *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*. DiMatteo L.A. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 125.

<sup>19</sup> Vast majority of EU Member states. See: WENDEHORST, CH. *Strict Liability for AI and Other Emerging Technologies*. In *Journal of European Tort Law*. Vol. 11, 2020, no. 2, p. 174–175.

<sup>20</sup> GURNEY, J.K. *Automated Vehicle Law: Legal Liability, Regulation, and Data Security*. Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, 2020, p. 183–185.

<sup>21</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html). Accessed July 24, 2023. Hereinafter: the EP's 2020 resolution.



persons against AI-system operators.<sup>22</sup> The term 'operator' was defined in broad terms and broken down into 'frontend operator' (Regulation proposal, Art. 3(e)) and 'backend operator' (Regulation proposal, Art. 3(f)). However, eventually the concepts proposed by the European Parliament were not met with approval as they were considered too severe in relation to AI system operators.

Under the current legislative framework, if an AI system used by an employer is not fully autonomous, that is when the system is operated and supervised by employees, then, in case of a damage caused with the involvement of such system, vicarious liability may apply. This type of liability is generally present in the jurisdictions of all EU Member States<sup>23</sup>, although it has not been defined in a uniform manner. At least in certain Member States of the EU, it will be more favourable to the injured party to invoke vicarious liability than to base the claim for damages on the general principles of tortious liability. This follows from the fact that an employer's liability for damages caused by employees performing their employee duties, and in certain Member States even incidentally to performing such duties (e.g. Spanish law), may be objective in nature, independent of the employer's fault concerning the choice or supervision of workers.<sup>24</sup> Therefore, in case of damages caused by an employee to a third party, the employer incurs strict liability (e.g. Polish or Spanish law). In case of vicarious liability, the prerequisite of the employer's liability is damage caused through an employee's fault.<sup>25</sup> Vicarious liability necessarily requires that an employee breaches a duty to act with reasonable care.<sup>26</sup>

In China, just as in certain Member States of the EU, liability of an employer that can be qualified as professional AI system operator is shaped in slightly different terms depending on the AI system used by the employer. If the AI system is not fully autonomous and makes a mere tool in the hands of a human (employee), then the employer will incur liability for damages caused by such system under ordinary terms of the employer's tortious liability for its employees. According to the Civil Code of the People's Republic of China, which came into force on 1 January 2021<sup>27</sup>, "[w]here an employee causes damage to another person in connection with the performance of his work, his employer shall assume tort liability. The employer may, after assuming the tort liability, claim indemnification against the employee who acts intentionally or with gross negligence. (...)" (Civil Code of China, Art. 1191). Employer's liability (vicarious liability) is non-fault liability, which in this context

---

<sup>22</sup> Hereinafter: the Regulation proposal.

<sup>23</sup> TJONG TJIN TAI, *op. cit.*, p. 124.

<sup>24</sup> PISARCZYK, Ł. *Ryzyko pracodawcy*. Warszawa: Wolters Kluwer business, 2008, p. 328.

<sup>25</sup> TJONG TJIN TAI, *op. cit.*, p. 124.

<sup>26</sup> BECKERS, A., TEUBNER, G. *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*. Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney: Hart Publishing, 2021, p. 80.

<sup>27</sup> Civil Code of the People's Republic of China, Adopted at the Third Session of the Thirteenth National People's Congress on May 28, 2020.

<http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Accessed July 24, 2023. Hereinafter: the Civil Code of China.

exactly means that an employer will be liable for the tort committed by an employee during the course of employment even if the employer has exercised due care in the selection and control of the employee.<sup>28</sup> The employer will assume liability if the damage arose through an employee's fault, regardless of whether such fault was intentional or not.<sup>29</sup> However, employers do not bear liability for all damages caused by their staff; for example, employees will bear liability by themselves if they cause damage in their non-working time.<sup>30</sup> Under the above-cited Art. 1191, an employer may seek recourse from an employee who acted intentionally or with gross negligence. This means that when a damage was caused through an employee's unintentional fault, the employer does not have a recourse claim. However, if a Chinese employer decides to replace an employee with a fully autonomous AI system, the basis of liability changes accordingly. In Chinese law, just as in the jurisdictions of the Member States of the European Union, presently, there is no tortious liability model dedicated exclusively to devices and systems powered by artificial intelligence. Besides, at the current development stage of artificial intelligence, the legislator did not decide to grant legal personality to AI systems, which means that even the most advanced and autonomous AI system is not a separate subject of obligations, and, in turn, does not incur independent civil liability. Therefore, when a Chinese employer uses a fully autonomous AI system and that system causes a damage, the general rule of tortious liability will apply according to which: "An actor who, through his fault, infringes upon another person's civil-law rights and interests shall bear tort liability. (...)" (Civil Code of China, Art. 1165). As a consequence, the employer, as AI system operator, shall incur fault-based liability. At the same time, it should be stressed that the absence of the employer's actual control over the decision-making process carried out by an autonomous AI system will not relieve the employer from liability for a damage caused by such system to a third party. However, in practice, on many occasions, this liability will only be theoretical because the claimant will not be in a position to prove faulty behaviour of the employer (professional AI system operator).

The prerequisites of fault-based liability are: fault, occurrence of damage, causal link between the faulty act or omission and the damage sustained by a specific person.<sup>31</sup> The general principles of fault-based liability are similar both under the Chinese and European legislations. In Chinese legal literature, attention is drawn to the fact that as technology develops and algorithms evolve, decisions made by

---

<sup>28</sup> JIANG, H. The Three Myths of Tort Law in the Chinese Civil Code. In *The Italian Law Journal*. Vol. 7, 2021, no. 2, p. 716.

<sup>29</sup> ZHANG, W. The Evolution of the Law of Torts in China: The Growth of a Liability System. In *Private Law in China and Taiwan: Legal and Economic Analyses*. Chang Y. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 131–132.

<sup>30</sup> ZHANG, X. Legislation of Tort Liability Law in China. Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2018, p. 136–137.

<sup>31</sup> MINGTSUNG, CH., WEI, Q. Research on Infringement of Artificial Intelligence Medical Robot. Proceedings of the 2020 4th International Seminar on Education, Management and Social Sciences (ISEMSS 2020). In *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*. Vol. 466, 2020, p. 498–499.

autonomous AI systems can be difficult to predict or explain, which hinders the identification and demonstration of fault-based tortious liability. This does not refer to situations when the defendant's fault is missing, in which one might consider the application of the 'liability in equity' construction.<sup>32</sup> The difficulty relates precisely to the identification and proving of fault. Thus, the fault-based liability regime is not suited to the AI technology. Also in the European Union, legal academic authors emphasise that the effectiveness of fault-based liability, to a large measure, depends on the autonomy level of a device 'enabled' by artificial intelligence. Therefore, the less control over an AI system is afforded to that system's user, the harder it will be for the injured party to prove the user's incorrect behaviour.<sup>33</sup> For example, if an intelligent medical robot has been involved in the treatment process with the intention to diagnose a specific type of cancer which is difficult to identify by previously known methods and the robot has reached an incorrect diagnosis which eventually led to the patient's death, it will be difficult to demonstrate the hospital's fault (AI system operator). The fault may consist in the fact that a physician did not make an independent decision but relied exclusively on a defective diagnosis given by the intelligent medical robot. However, it will be very difficult for the injured party to determine what the actual cause of the damage was (defect of the AI system or faulty behaviour of the physician) and to prove fault. Hence the postulate that, in relation to intelligent medical robots, fault-based liability should be replaced with strict liability.<sup>34</sup>

In the light of the above, the problems relating to the application, in the context of AI technology, of fault-based tortious liability are the same both in European and in Chinese law and, at the time being, remain unsolved. In any case, this is of no surprise as immanent features of the AI technology remain a worldwide challenge, and China – apart from the United States – is a country in which the technology develops at the fastest pace. The European Union also aspires to be in the vanguard when it comes to development of fully autonomous AI systems. European decision-makers would like to achieve that goal, among others, through adopting legislation conducive to the development of the latest technologies, including artificial intelligence, which, however, should be safe and trustworthy.<sup>35</sup>

## **1.2. EU or China? Which liability model offers more effective protection to injured parties?**

Currently, the standard of protecting persons injured by AI systems used by a professional operator (employer) is at the same level in the EU and in China. It can be indicated that the European Union, as juxtaposed against China, is not distinguished by any innovative legislation that could provide injured parties with a

---

<sup>32</sup> For more about 'liability in equity' see: JIANG, H., *op. cit.*, p. 723–727.

<sup>33</sup> KNETSCH, J., *op. cit.*, p. 99; BUITENA, M., DE STREEL, A., PEITZ, M. The Law and Economics of AI liability. In *Computer Law & Security Review*. Vol. 48, 2023, p. 19.

<sup>34</sup> MINGTSUNG, CH., WEI, Q., *op. cit.*, p. 499.

<sup>35</sup> AI Act proposal, 2021.

real possibility to practically obtain due compensation. Both in the Chinese and European context, persons injured by AI systems seeking enforcement of fault-based liability are confronted with the same challenges. Those challenges include difficulties with determining what the cause of the damage was (defect of an AI system or faulty behaviour of that system's operator) and with proving the operator's fault and causal link between the damage caused and the fault. When it comes to the standard of protecting persons injured by AI systems used by professional operators, an equation mark can be drawn between the European Union and China. In the examined jurisdictions, the current liability models are based on fault, however, in the context of damages caused by the AI technology, in neither jurisdiction presumption of fault of such system's operator has so far been provided.

## **2. AI LIABILITY DIRECTIVE PROPOSAL (AILD)**

The EU legislator realises that fault-based liability, in case of damages arising with the involvement of AI systems is difficult to enforce for injured parties. In the Explanatory Memorandum to the AI Liability Directive proposal, it was emphasized that: "Current national liability rules, in particular based on fault, are not suited to handling liability claims for damage caused by AI-enabled products and services. Under such rules, victims need to prove a wrongful action or omission by a person who caused the damage. The specific characteristics of AI, including complexity, autonomy and opacity (the so-called "black box" effect), may make it difficult or prohibitively expensive for victims to (...) prove the requirements for a successful liability claim. In particular, when claiming compensation, victims could incur very high up-front costs and face significantly longer legal proceedings, compared to cases not involving AI. Victims may therefore be deterred from claiming compensation altogether."<sup>36</sup> Will the legislative amendments contained in the AI Liability Directive proposal solve the diagnosed problems and ensure to injured parties an adequate protection standard? In the second chapter of this article, I will make an overview of the most essential legislative reforms put forward in the AI Liability Directive proposal. I will also attempt to answer the above question.

### **2.1. Overview of the proposed amendments**

Employers being AI system operators will be covered by the regulatory scope of the AI Liability Directive proposal. This Directive will apply to non-contractual, fault-based civil law claims for damages in situations when a damage has been caused by an AI system (AILD, Art. 2 point 5). The AI Liability Directive proposal, following the example of the AI Act, provides for separate legal regimes in relation to high-risk AI systems and AI systems not posing a high risk.

The most important legislative proposals contained in AILD focus around two legal presumptions: presumption of the defendant's fault and presumption of a causal link between the wrongful act or omission and the resulting damage. However, the

---

<sup>36</sup> Explanatory Memorandum to the AI Liability Directive proposal, p. 1.

presumption of the defendant's fault, upon fulfilment of the prerequisites defined by the European legislator, will apply only to damages caused with the involvement of high-risk AI systems. Going into more details, legal instruments facilitating obtainment of evidence have been provided both at the trial and pre-trial stage. In case of suspicion that a high-risk AI system caused a damage, a potential claimant, even before bringing the case to court, will be in a position to request the provider of the AI system, a person who is subject to the provider's obligations (under the AI Act) or the AI system's user to disclose material evidence concerning a given system. If the request for disclosure of evidence is not complied with, a potential claimant may request the court to order one of the above-mentioned parties to disclose material evidence (AILD, Art. 3(1)). A potential claimant will be obliged to provide the court with facts and evidence sufficient to substantiate the claim for damages. The claimant will also be in a position to request the court to order one of the above-mentioned parties to disclose material information about the AI system that caused the damage. However, this shall be admissible only in case all proportionate attempts have been unsuccessfully made by the claimant to independently gather the evidence (AILD, Art. 3(2) ). If the defendant does not comply with the court's order concerning disclosure or preservation of evidence, the court will apply a legal presumption that the defendant did not exercise due care. The defendant will have the right to rebut such presumption (AILD, Art. 3(5)). Another important institution provided for in AILD is the rebuttable legal presumption of a causal link "between the fault of the defendant and the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output, where all of the following conditions are met:

**(a)** the claimant has demonstrated or the court has presumed pursuant to Article 3(5), the fault of the defendant, or of a person for whose behaviour the defendant is responsible, consisting in the non-compliance with a duty of care laid down in Union or national law directly intended to protect against the damage that occurred;

**(b)** it can be considered reasonably likely, based on the circumstances of the case, that the fault has influenced the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output;

**(c)** the claimant has demonstrated that the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output gave rise to the damage." (AILD, Art. 4(1)). Moreover, if the adjudicating court is to apply the presumption mentioned above, further prerequisites must be fulfilled concerning non-conformity of a high-risk AI system with safety requirements imposed on the system under the AI Act. If the high-risk AI system conforms to the safety requirements laid down in the AI Act, then the system's user (defendant) is protected from the presumption of causal link. Unfortunately, the EU legislator decided to impose on the claimant the burden of proving that the user of a high-risk AI system "did not comply with its obligations to use or monitor the AI system in accordance with the accompanying instructions of use or, where appropriate, suspend or interrupt its use pursuant to [Article 29 of the AI Act]; or (b) exposed the AI system to input data under its control which is not relevant in view of the system's intended purpose pursuant to [Article 29(3) of the Act]." (AILD, Art. 4(3)). Moreover, the court will not apply the presumption of

causal link if the defendant demonstrates that the claimant can have relatively easy access to evidence and expert knowledge sufficient to prove that the causal link exists (AILD, Art. 4(4)). The presumption of causal link refers both to high-risk AI systems and to AI systems that are not high-risk systems. However, in case of the latter, the presumption will apply only if the court considers it excessively difficult for the claimant to prove the causal link between the defendant's fault and the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output (AILD, Art. 4(5)).

## **2.2. Will injured persons be afforded a higher protection level?**

An overview of the legislative proposals contained in the AI Liability Directive proposal leads to the conclusion that parties injured by AI systems used by professional operators will gain a higher protection level, however, this will not be the case of every injured party and will not apply universally. First, such conclusion follows from the fact that application of the presumption of the defendant's fault is admissible only in the case of high-risk AI systems. Second, the rights afforded to injured parties were accompanied with many requirements that must be fulfilled cumulatively and strongly correlated to the circumstances of a given case (this relates both to the presumption of the defendant's fault and the presumption of causal link). The European Union is trying to balance the interests of injured parties and the interests of manufacturers and users of AI systems (including professional operators of AI systems). All this is done not to lose competitiveness and not to lose the race for dynamic development of the AI technology. Currently, the Union legislator does not intend to change the principle of liability of AI system operators. Such liability will still be fault-based. Therefore, the solution chosen differs from the one that we know from the EP's 2020 resolution.

## **CONCLUSION**

Chinese legislation, in the examined matter, does not include legal solutions that might be called innovative or inspiring for the European Union legislator. The lack of enhanced protection of injured parties is of no surprise to anyone since the primary goal of China is dynamic development of the latest technologies, including artificial intelligence. However, an essential conclusion from the research carried out is that the standards of protecting parties injured by AI systems used by professional operators is, at the time being, at a comparable level in the European Union and in China. This conclusion is not positive. In the examined jurisdictions, liability of professional AI system operators is principally based on fault. Although it was put forward in the AI Liability Directive to introduce a presumption of the defendant's fault, this presumption was reserved only to high-risk AI systems. Moreover, the application of that presumption by the court was made dependent, by the European legislator, on the need to fulfil additional requirements, which will limit the scope of its use even further. The presumption of a causal link between the defendant's fault and the output produced by the AI system or the AI system's failure to produce an

output was also correlated to multiple requirements that must be fulfilled cumulatively. This may lead to a significant reduction of the possibility to apply this institution to high-risk AI systems. On the other hand, with regard to AI systems not classified as high-risk systems, the possibility to apply the presumption of causal link was made dependent on the level of complexity of a given case and left to the court's discretion. As a result, injured parties remain uncertain as to their legal situation. In summary, it should be pointed out that the legal solutions included in the AI Liability Directive proposal are not sufficient for a real and substantial increase of the protection standard of all persons injured by AI systems used by professional operators (employers).

Since an essential objective of the Union legislator is to protect human rights and European values, the protection standard in the European Union should be increased. Implementation of the aim established by the European legislator can be effected, among others, by not permitting development of AI technology at the expense of the human person. A means to achieve the pursued objective should obviously be introduction of high safety standards for AI systems (especially high-risk systems), which is to be bolstered up by the introduction of the AI Act. However, it also seems legitimate to increase the standard of protecting persons injured by AI systems. This should also be the case in situations when the cause of the damage is not a defect of the AI system. The EU legislator could accomplish that goal at least by introducing a presumption of fault of the AI system operator without any additional requirements. The claimant would then be relieved from the burden of proof in this regard. However, an optimal solution would be to depart from fault-based liability in favour of strict liability and to introduce a model in which the prerequisites of liability are fulfilled if the damage has occurred with the 'involvement' of an active AI system. An interesting conception is the idea put forward in academic literature to introduce liability for 'AI-enabled' devices and to make this liability strict. The subjective scope of that liability model could also cover professional frontend operators.<sup>37</sup>

It cannot be predicted if, in the area of dynamically developing AI technology, in a longer time perspective, the European Union is going to actually be in a position to compete with such technological giants as the United States or China. However, the European Union has a real possibility to be in the vanguard when it comes to drafting legislation which serves to develop safe and trustworthy AI and to ensure a high protection standard to persons injured by the AI technology.

## REFERENCES

1. AI Liability Directive proposal. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive). <https://commission.europa.eu/>

---

<sup>37</sup> WENDEHORST, CH., *op. cit.*, p. 174.

- system/files/2022-09/1\_1\_197605\_prop\_dir\_ai\_en.pdf. Accessed June 2, 2023.
2. Artificial Intelligence Act. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Accessed June 2, 2023.
  3. BECKERS, A., TEUBNER, G. *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*. Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney: Hart Publishing, 2021, p. 80. ISBN 978-15-0994-933-5.
  4. BROŽEK, B., FURMAN, M., JAKUBIEC, M., KUCHARZYK, B. *The Black Box Problem Revisited: Real and Imaginary Challenges for Automated Legal Decision Making*. In *Artificial Intelligence and Law*. ISSN 0924-8463, 2023, online version. <https://doi.org/10.1007/s10506-023-09356-9>. Accessed June 2, 2023.
  5. BUITENA, M., DE STREEL, A., PEITZ, M. *The Law and Economics of AI liability*. In *Computer Law & Security Review*. ISSN 0267-3649, vol. 48, 2023, p. 19. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105794>. Accessed July 24, 2023.
  6. BUSNELLI, F.D. *et al.* *Strict Liability*. In *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, European Group on Tort Law. Vienna – New York: Springer. 2005, p. 103–104. ISBN 978-3-7046-5837-1.
  7. BÜYÜKSAGIS, E., VAN BOOM, W.H. *Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn between Objects, Activities, and Their Risks*. In *Georgetown Journal of International Law*. ISSN 1550-5200, vol. 44, 2013, no. 2, p. 614. <https://ssrn.com/abstract=2257859>. Accessed July 24, 2023.
  8. CASTELVECCHI, D. *Can We Open the Black Box of AI?* In *Nature*. ISSN 0028-0836, vol. 538, 2016, iss. 7623, p. 20–23. <https://www.nature.com/news/can-we-open-the-black-box-of-ai-1.20731>. Accessed June 2, 2023.
  9. *Civil Code of the People’s Republic of China, Adopted at the Third Session of the Thirteenth National People’s Congress on May 28, 2020*. <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>. Accessed July 24, 2023.
  10. Directive 85/374/EEC. Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>. Accessed June 2, 2023.
  11. European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)). [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html). Accessed July 24, 2023.
  12. GURNEY, J.K. *Automated Vehicle Law: Legal Liability, Regulation, and Data Security*. Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, 2020, p. 183–185. ISBN 978-1-64105-722-6.



13. JIANG, H. The Three Myths of Tort Law in the Chinese Civil Code. In *The Italian Law Journal*. ISSN 2421-2156, vol. 7, 2021, no. 2, p. 716, 723–727. <https://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/7-italj-2-2021/7%20ItaLJ%202%20%282021%29.pdf>. Accessed July 24, 2023.
14. KNETSCH, J. Are Existing Tort Theories Ready for AI? A Continental European Perspective. In *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*. DiMatteo L.A. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 99–115. ISBN 978-1-316-51280-7.
15. Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services, draft, <https://digichina.stanford.edu/work/translation-measures-for-the-management-of-generative-artificial-intelligence-services-draft-for-comment-april-2023/>. Accessed July 24, 2023.
16. MINGTSUNG, CH., WEI, Q. Research on Infringement of Artificial Intelligence Medical Robot. Proceedings of the 2020 4th International Seminar on Education, Management and Social Sciences (ISEMSS 2020). In *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*. ISSN 2352-5398, vol. 466, 2020, p. 498–499. <https://doi.org/10.2991/assehr.k.200826.099>. Accessed July 24, 2023.
17. PADOVAN, P.H., MARTINS, C.M., REED, C. Black is the New Orange: How to Determine AI Liability. In *Artificial Intelligence and Law*. ISSN 0924-8463, vol. 31, 2023, iss. 1, p. 133–167. <https://doi.org/10.1007/s10506-022-09308-9>. Accessed June 2, 2023.
18. PISARCZYK, Ł. *Ryzyko pracodawcy*. Warszawa: Wolters Kluwer business, 2008, p. 328. ISBN 978-83-7601-007-6.
19. Products Liability Directive proposal. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495>. Accessed June 2, 2023.
20. SHAOHUA, L., PENG, X. The Civil Code of the People's Republic of China: Major Features and Contributions to the World. In *US-China Law Review*. ISSN 1548-6605 (print) 1930-2061 (online), vol. 17, 2020, no. 8, p. 317–318. <https://www.davidpublisher.com/Public/uploads/Contribute/600a883c7d2af.pdf>. Accessed July 24, 2023.
21. TJONG TJIN TAI, E. Liability for AI Decision-Making. In *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*. DiMatteo L.A. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 124–126. ISBN 978-1-316-51280-7.
22. WENDEHORST, CH. Strict Liability for AI and Other Emerging Technologies. In *Journal of European Tort Law*. ISSN 1868-9620, vol. 11, 2020, no. 2, p. 174–175. <https://doi.org/10.1515/jetl-2020-0140>. Accessed July 24, 2023.
23. ZEDNIK, C. Solving the Black Box Problem: a Normative Framework for Explainable Artificial Intelligence. In *Philosophy & Technology*. ISSN 2210-5441, vol. 34, 2021, iss. 2, p. 265–288. <https://doi.org/10.1007/s13347-019-00382-7>. Accessed June 2, 2023.

24. ZHANG, W. The Evolution of the Law of Torts in China: The Growth of a Liability System. In *Private Law in China and Taiwan: Legal and Economic Analyses*. Chang Y. *et al.* (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 131–132. ISBN 978-1-107-15424-7.
25. ZHANG, X. *Legislation of Tort Liability Law in China*. Singapore: Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2018, p. 136–137. ISBN 978-981-10-6960-4.

**CONTACT INFORMATION**

iwona.gredka-ligarska@us.edu.pl

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

Bankowa 11b

40-007 Katowice

Poland

Mgr. Kateřina Hrabánková<sup>1</sup>

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

## **Spriaznené osoby a ich postavenie v konkurznom a korporáčnom práve<sup>2</sup>**

### **Related parties and their status in insolvency and corporate law**

#### *Abstrakt*

*Príspevok sa zaoberá analýzou ustanovení pojednávajúcich o spriaznených osobách a ich postavení v oblasti konkurzného a korporáčného práva v súlade s existujúcou právnou úpravou de lege lata a de lege ferenda. V jednotlivých častiach je rozobraná problematika vymedzenia spriaznených osôb vrátane ich postavenia v rámci uzatváraných právnych vzťahov. Autorka sa zamerala na aplikáciu kľúčových ustanovení v praxi, ich nedostatky, či možné snahy o obchádzanie zákona, pričom zohľadnila aj relevantnú judikatúru. Výsledkom je poukázanie na aplikačné problémy jednotlivých ustanovení pojednávajúcich o spriaznených osobách, účel ochrany veriteľov, ale aj návrhy právnej úpravy de lege ferenda v podobe úvahy o legislatívnych zmenách inšpirovaním sa právnou úpravou vyspelejších štátov.*

*Kľúčové slová: spriaznené osoby, konkurzné právo, korporáčné právo, ochrana veriteľov.*

#### *Abstract*

*The thesis deals with the analysis of the provisions dealing with related parties and their status in the field of bankruptcy and corporate law in accordance with the existing de lege lata and de lege ferenda legislation. In the individual sections, the problem of the definition of related parties is discussed, including their status in the context of the legal relations entered into. The author focuses on the application of key provisions in practice, their shortcomings, or possible attempts to circumvent the law, taking into account relevant case law. As a result, the thesis highlights the application problems of individual provisions dealing with related parties, the purpose of creditor protection, as well as proposals for de lege ferenda legislation in the form of considerations on legislative changes inspired by the legislation of more developed countries.*

*Key words: related parties, bankruptcy law, corporate law, creditor protection.*

**JEL Classification:** K20

---

<sup>1</sup> Autorka je doktorandkou na Univerzite Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnickej fakulte, Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva.

<sup>2</sup> Tento príspevok bol podporený projektom VEGA č. 1/0566/19 – „Výkon funkcie členov orgánov kapitálových obchodných spoločností“.

## ÚVOD

Problematika prepojenia subjektov v rámci korporlačných a konkurzných právnych vzťahov sa v súčasnosti dostáva čoraz viac do popredia. Je nevyhnutné, aby sa ekonomické vzťahy, a to predovšetkým také, ktoré dokážu ovplyvniť dôsledky pôsobenia podnikateľských subjektov na tretie subjekty, vyznačovali istými špecifikami.

Túto myšlienku zohľadnil aj samotný zákonodarca, keď v zákonnej právnej úprave zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník (ďalej aj ako „ObZ“) a rovnako tak aj v zákone č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj ako „ZoKR“) obsiahol isté osobitosti predstavujúce sprisňujúce podmienky pre realizáciu úkonov medzi osobami spriaznenými.

Uvedená právna úprava nepochybne súvisí s ochranou veriteľov, ktorí vstupujú do obchodno-závazkových vzťahov s obchodnými spoločnosťami dobrovoľne. Robia tak pochopiteľne za účelom profitovania z tohto vzťahu, ale zároveň podstupujú aj istú mieru rizika. S tým súvisí aj neoprávnené zvýhodňovanie osôb, ktoré majú reálnu možnosť istým spôsobom ovplyvniť chod spoločnosti. Zakotvením právnej úpravy, ktorá sleduje zachovanie takých majetkových hodnôt v spoločnosti, ktoré jej skutočne prináležia, sa predchádza možnému poškodzovaniu záujmov veriteľov.

Cieľom príspevku je analýza ustanovení pojednávajúcich o spriaznených osobách v rámci konkurzného a korporlačného práva v rámci existujúcej právnej úpravy *de lege lata* a *de lege ferenda*. V našej práci by sme sa chceli zamerať predovšetkým na osobitosti právnych vzťahov, v ktorých figurujú spriaznené osoby, spôsob uspokojovania ich pohľadávok v rámci konkurzného konania a na otázku, či je vhodné vymedziť takéto subjekty striktno aplikujúc zákonný výpočet, prípadne či by nebolo vhodnejšie zohľadňovať okolnosti konkrétneho prípadu a posudzovať dané právne vzťahy *ad hoc*. Využívame metódu analýzy, komparácie, indukcie a dedukcie. V skúmanej oblasti boli, nám známe, publikované práce J. Dolného s názvom *Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní* a L. Žitňanskej s názvom *Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu*.

## 1. SPRIAZNENÁ OSOBA VO VŠEOBECNOSTI

Pod pojmom „spriaznená osoba“ si môžeme predstaviť približne taký vzťah medzi osobami v oblasti korporlačného či konkurzného práva, aký by sme si predstavili medzi osobami blízkymi podľa občianskeho práva.

Blízkou osobou v zmysle ust. § 116 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (ďalej aj ako „OZ“) rozumieme subjekty príbuzné v priamom rade, súrodencov, či manžela (manželku). OZ sem zaraďuje aj iné osoby v rodinnom či obdobnom pomere, avšak tu je podmienkou tá skutočnosť, že ujmu, ktorú by utrpela jedna z osôb, druhá dôvodne počítuje ako ujmu vlastnú.<sup>3</sup> Zákonodarca predpokladá, že

<sup>3</sup> Rozsudok Krajského súdu v Banskej Bystrici z dňa 04.06.2019, sp. zn. 25CoKR/1/2019: „Blízke osoby sú vymedzené v § 116 ods. O.Z. Prvá kategória blízkych osôb je uvedená v texte pred

medzi takýmito osobami existuje vysoká miera dôvery a vôľa uskutočňovať aj také majetkové transakcie, ktorými by mohli byť ukrátené tretie subjekty. Z tohto dôvodu už samotný OZ ako *lex generalis* vo vzťahu k ObZ či ZoKR priznáva, v nadväznosti na právne vzťahy medzi takýmito subjektmi, tretím subjektom špecifické oprávnenia.

Na rovnakom základe si môžeme predstaviť vzťahy medzi osobami spriaznenými. Obchodné spoločnosti (právnické osoby) sú takisto, ako aj osoby fyzické, subjektmi práva. Ide však o umelo vytvorené subjekty s právnou subjektivitou, preto tu nebudeme hovoriť o rodinných, resp. príbuzenských vzťahoch, ale o vzťahoch medzi subjektmi spätými, ako sú príkladmo osoby konajúce v mene obchodných spoločností, prokurista, fyzická alebo právnická osoba majúca v danej obchodnej spoločnosti kvalifikovanú účasť a pod.

Nakoľko by medzi obchodnou spoločnosťou a všetkými týmito osobami mohli prebehnúť právne úkony sledujúce ich subjektívne záujmy a ich zvýhodňujúce, je nevyhnutné predchádzať ich možným nežiadúcim účinkom osobitnou právnou úpravou.

## 2. SPRIAZNENÁ OSOBA PODĽA KONKURZNÉHO PRÁVA

Osobitná skupina spriaznených pohľadávok spadajúcich pod pohľadávky podriadené zaviedla osobitnú skupinu veriteľov. Ide o veriteľov – spriaznené osoby – ktorí disponujú minimálnymi procesnými právami. Rovnako je oslabené aj ich hmotnoprávne postavenie, najmä pokiaľ ide o možnosti uspokojenia ich pohľadávok.<sup>4</sup>

ZoKR vo svojom ust. § 9 obsahuje účelovú definíciu („na účely tohto zákona“) spriaznených osôb. Ide o subjekty, ktoré sú s konkrétnou obchodnou spoločnosťou istým spôsobom osobne, prípadne aj majetkovo späté.

Najvyšší súd Slovenskej republiky sa v rozsudku z dňa 27.05.2020, sp. zn. 4Obdo/43/2019, bližšie venoval samotnému účelu zavedenia takejto skupiny osôb ako jednej zo skupín veriteľov uskutočnenou novelou ZoKR – zákonom č. 348/2011 Z. z., pričom uviedol: „Do tejto triedy sa zaradili veritelia, ktorí sú spriaznení s

---

*bodkočiarkou, ktoré sú blízkymi osobami ex lege bez ohľadu na ich skutočný vzájomný vzťah. Tento právny vzťah je možné vyvrátiť dôkazom opaku len pri neexistencii príbuzenského vzťahu uvedeného v § 116 OZ. V druhej kategórii sú osoby, ktoré musia byť vo vzťahu rodinnom alebo obdobnom za predpokladu, že by ujmu jednej z nich pocítovala druhá osoba ako ujmu vlastnú. Tento právny vzťah bude vzťahom blízkych osôb len, ak sa preukážu obidve uvedené podmienky. Tou prvou podmienkou, ktorá v posudzovanom prípade je splnená, je existencia rodinného alebo obdobného pomeru. [...] Pre určenie blízkeho vzťahu v tejto kategórii osôb sa ďalej musí preukázať aký je skutočný vzťah medzi týmito osobami, či je takej intenzity, že ujmu, ktorú by utrpela jedna z nich by druhá osoba pocítovala ako svoju vlastnú. Bez dokazovania ohľadne obsahu vzťahu týchto osôb nie je možné určiť, či ide o osoby blízke a z pohľadu konkurzného práva, či ide o vzťah spriaznených osôb.“*

<sup>4</sup> ĐURICA, M. *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii*. 3. prepracované a doplnené vydanie. Bratislava : EUROKÓDEX, s.r.o. 2012. 1024 s. ISBN 978-80-89447-82-4, s. 400

*dlužníkom. Títo veritelia negatívnyim spôsobom ovplyvňujú priebeh konkurzného konania, a to na úkor ostatných veriteľov, ktorí nie sú spriaznení s dlužníkom.*<sup>5</sup>

## 2.1. Klasifikácia spriaznených osôb

Zákondarca odlišil chápanie spriaznenej osoby osobitne vo vzťahu k úpadcovi ako fyzickej osobe a osobitne vo vzťahu k úpadcovi ako osobe právnickej.

Pokiaľ ide o právnickú osobu, spriaznenou osobou je v zmysle ust. § 9 ods. 1 ZoKR:

- (i) štatutárny orgán, prípadne ktorýkoľvek člen štatutárneho orgánu (ak ide o kolektívny orgán) – kto je štatutárnym orgánom právnickej osoby upravujú osobitné právne predpisy, ako je príkladmo ObZ;
- (ii) vedúci zamestnanec – ide o subjekt definovaný zákonom č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v ust. § 9 ods. 3 ako zamestnanec oprávnený na jednotlivých stupňoch riadenia určovať a ukladať pracovné úlohy, záväzné pokyny, organizovať, riadiť, či kontrolovať prácu podriadených zamestnancov;
- (iii) prokurista – inštitút prokúry upravuje ObZ v ust. § 14, podľa ktorého ide o osobitné splnomocnenie prokuristu ako fyzickej osoby podnikateľom k vykonávaniu všetkých právnych úkonov, ku ktorým dochádza pri prevádzke podniku;
- (iv) ktorýkoľvek člen dozornej rady právnickej osoby – predstavuje jeden z orgánov obchodných spoločností, ktorý je v prípade akciovej spoločnosti zriaďovaný obligatórne;
- (v) fyzická či právnická osoba odlišná od obchodnej spoločnosti, ktorá v nej má kvalifikovanú účasť – v tomto prípade ide o priamy alebo nepriamy podiel takejto fyzickej či právnickej osoby na základnom imaní či hlasovacích právach v obchodnej spoločnosti v rozsahu minimálne 5 %, alebo možnosť uplatňovania vplyvu na riadení obchodnej spoločnosti porovnateľnom s vplyvom zodpovedajúcim uvedenému podielu (ust. § 9 ods. 3 ZoKR); nepriamym podielom rozumieme sprostredkovaný podiel držaný právnickými osobami, v ktorých má držiteľ nepriameho podielu kvalifikovanú účasť, čo v zásade predstavuje holdingovú štruktúru;<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z dňa 27.05.2020, sp. zn. 4 Obdo/43/2019: „Predchádzajúca právna úprava nevylučovala, v praxi to bolo dokonca bežné, že v konkurze ako významní veritelia vystupujú buď samotní štatutári, prípadne osoby priamo prepojené s akcionárom dlužníka alebo štatutárom dlužníka. Záujmom týchto osôb však nebolo dosiahnuť čo najvyššiu mieru uspokojenia veriteľov, ale zachovať v právnych vzťahoch status quo, ktorý bol založený pred vyhlásením konkurzu. Odhliadnuc od toho spriaznení veritelia mali spravidla možnosť ovplyvňovať podnikanie dlužníka pred vyhlásením konkurzu, prípadne z tohto podnikania profitovať, pričom bežní veritelia takúto možnosť nemali. Nová trieda zohľadňuje aj túto skutočnosť. Nová trieda tzv. spriaznených veriteľov vychádza z konceptov, ktoré sú upravené v zahraničných právnych úpravách, či už v nemeckej právnej úprave, príp. anglosaských právnych úpravách.“

<sup>6</sup> POSPÍŠIL, B. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii : komentár*. 1. vydanie. Bratislava : Iura Edition spol. s r.o. 2012. 648 s. ISBN 978-80-8078-458-4, s. 39-40

- (vi) štatutárny orgán či ktorýkoľvek jeho člen, vedúci zamestnanec, prokurista a ktorýkoľvek člen dozornej rady tej právnickej osoby, ktorá má v danej obchodnej spoločnosti kvalifikovanú účasť;
- (vii) blízka osoba<sup>7</sup> (ako sme si ju definovali v zmysle OZ) ktorejkoľvek vyššie uvedenej fyzickej osoby; a
- (viii) právnická osoba odlišná obchodnej spoločnosti, v ktorej má obchodná spoločnosť alebo niektorý z vyššie uvedených subjektov kvalifikovanú účasť.<sup>8</sup>

J. Dolný v súvislosti s uvedeným zákonným výpočtom spriaznených osôb, na základe ktorého sú následne pohľadávky uvedených subjektov automaticky označované ako spriaznené, upozorňuje na príliš nízku hranicu spomínanej kvalifikovanej účasti (5 %). Uvedená hranica je podľa jeho názoru nastavená príliš prísne a odporúča jej zvýšenie na úroveň minimálne 10 %. Poukázal aj na americké súdne rozhodnutie, v ktorom súd vyjadril názor, že automatické zaradzovanie osôb do kategórie spriaznených osôb len na základe uvedeného zákonného výpočtu nie je na mieste, ani ak by táto hranica bola nastavená na 74 %.<sup>9</sup> Rovnaký názor zastáva aj L. Žitňanská. Odkazuje pritom na rakúsku právnu úpravu, podľa ktorej je limit nastavený na hranicu 25 %.<sup>10</sup>

Ako sme spomínali, zákonodarca osobitne definoval spriaznené osoby úpadcu – fyzickej osoby. Tými sú jej blízke osoby, ale aj právnická osoba, v ktorej má daná fyzická osoba, prípadne jej blízka osoba, kvalifikovanú účasť.

ZoKR v súvislosti s vymedzením spriaznených osôb obsahuje osobitnú právnu fikciu – predpoklad označenia veriteľa ako osoby spriaznenej s úpadcom za predpokladu, že (i) úpadcom je subjekt zapísaný v registri partnerov verejného sektora (ďalej aj ako „RPVS“) alebo v posledných 5 rokoch pred vyhlásením konkurzu či povolením reštrukturalizácie v tomto registri zapísaný bol, (ii) veriteľ nie je subjektom verejnej správy, bankou, inštitúciou elektronických peňazí, poisťovňou, zaist'ovňou, zdravotnou poisťovňou, správcovskou spoločnosťou,

---

<sup>7</sup> B. Pospíšil v súvislosti s blízkou osobou uvádza právny názor Najvyššieho súdu Českej republiky vyjadrený v rozsudku z dňa 01.08.2002, sp. zn. 21 Cdo 2192/2001, podľa ktorého je blízkou osobou fyzickej osoby aj právnická osoba, v ktorej je daná fyzická osoba štatutárnym orgánom, alebo je jej členom či zamestnancom, prípadne k nej má iný obdobný vzťah za súčasného splnenia podmienky, že by fyzická osoba dôvodne pociťovala ujmu utrpenú právnickou osobou ako vlastnú ujmu. (POSPÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii : komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016. 648 s. ISBN 978-80-8168-388-6, s. 61-62)

<sup>8</sup> ĐURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii : komentár* [online]. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021. [cit. 2023-08-23]. Dostupné na internete: <https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgfpxg327mvvxuobwzfz5huxzsgaydkxzx15ygmoi#>, s. 36 - 42

<sup>9</sup> DOLNÝ, J. *Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní*. In: *Justičná revue* [online]. 2020, č. 3 [cit. 2023-08-30]. Dostupné na internete: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/justicna-revue/uspokojovanie-pohladavok-spriaznenych-osob-v-konkurznom-konani.m-1890.html>

<sup>10</sup> ŽITŇANSKÁ, L. *Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu*. In: *Súkromné právo* [online]. 2022, č. 2 [cit. 2023-08-30]. Dostupné na internete: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/sukromne-pravo/veritel-ako-spriaznena-osoba-v-konkurze-a-ako-spolocnik-pre-ucely-financovania-v-krize-a-zakazu-vratenia-vkladu.m-2788.html>

obchodníkom s cenným papiermi, burzou cenných papierov alebo centrálnym depozitárom cenných papierov a (iii) veriteľ si do konkurzného konania prihlasuje pohľadávky v celkovej sume nad 1 000 000 eur. V tomto prípade má veriteľ možnosť uvedenú právnu fikciu vyvrátiť preukázaním svojho zápisu do RPVS. Pripravovaná novelizácia ZoKR, ktorá vstúpi do účinnosti v marci 2024, uvedené dopĺňa o negatívne vymedzenie veriteľa ako pobočky zahraničnej banky a zahraničnej banky so sídlom v zmluvnom štáte Organizácie pre hospodársku spoluprácu a rozvoj.

Zaujímavým je v tomto prípade spomínané vymedzenie veriteľov, na ktoré sa uvedená právna fikcia nevzťahuje. Môžeme tu sledovať zámer zákonodarcu chrániť štát a jemu blízke subjekty. Pokiaľ sa do konkurzného konania vyhláseného na majetok úpadcu, ktorý je, alebo v posledných 5 rokoch bol zapísaný do RPVS, prihlási „bežný“ veriteľ s pohľadávkou nad 1 000 000 eur, automaticky sa naňho hľadí ako na spriaznenú osobu, a to až do času, kým správcovi konkurznej podstaty nepreukáže svoj zápis v RPVS. Pokiaľ ale pôjde o vymedzené subjekty (banky, poisťovne, centrálny depozitár cenných papierov), na tieto sa ako na spriaznené osoby ani v prípade prihlásenia pohľadávky nad 1 000 000 eur nehľadí. Zároveň nie sú povinné preukazovať svoj zápis v RPVS. Uvedené rozlišovanie má jednoznačne dopad na možnosti uspokojenia týchto veriteľov, čo naštrbuje rovnosť ich postavenia a rovnako tak rovnosť možností uspokojenia pohľadávok rovnakého druhu súvisiacu s princípom *pari passu*.

Záverom tejto stati vyzdvihneme prínos legálneho definovania spriaznených osôb, nakoľko toto je dôležité pri odporovateľnosti právnych úkonov, pri spôsobe uspokojovania pohľadávok spriaznených osôb, či pri posudzovaní konfliktu záujmov u správcu konkurznej podstaty.<sup>11</sup>

## 2.2. Blížšie ku kvalifikovanej účasti

Ako sme už spomínali vyššie, J. Dolný a L. Žitňanská pri vymedzení hranice kvalifikovanej účasti na úrovni 5 % zastávajú rovnaký právny názor, pričom obaja túto hranicu označujú ako príliš prísnu.

L. Žitňanská v tejto súvislosti bližšie uvádza, že zákonodarca pri stanovovaní hranice kvalifikovanej účasti pravdepodobne vychádzal z hranice kvalifikovanej minority v akciovej spoločnosti. V prípade nižšej hranice (menej než 5 %) spoločník, resp. akcionár, reálne nedokáže ovplyvniť chod spoločnosti – nemôže blokovat rozhodnutia obchodného vedenia, nemá vplyv na obsadzovanie orgánov. Naopak, pokiaľ mu prislúchajú hlasovacie práva alebo podiel na základnom imaní, v rozsahu aspoň 5 %, riadenie spoločnosti istým spôsobom ovplyvniť dokáže, a to najmä prostredníctvom svojich korporačných kontrolných a iníciačných práv.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> POSPÍŠIL, B. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii : komentár*. 1. vydanie. Bratislava : Iura Edition spol. s r.o. 2012. 648 s. ISBN 978-80-8078-458-4, s. 39

<sup>12</sup> ŽITŇANSKÁ, L. *Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu*. In: *Súkromné právo* [online]. 2022, č. 2 [cit. 2023-08-30]. Dostupné na internete: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/sukromne-pravo/veritel-ako-spriaznena-osoba-v-konkurze-a-ako-spolocnik-pre-ucely-financovania-v-krize-a-zakazu-vratenia-vkladu.m-2788.html>



Vychádzajúc z vyššie uvedeného, zámerom zákonodarcu bolo pravdepodobne ponechať právnu úpravu jednotnú. Teda pokiaľ v rámci fungovania obchodných spoločností nedokáže chod spoločnosti ovplyvniť spoločník (resp. akcionár) s podielom nižším ako 5 % na základnom imaní, potom, aplikujúc rovnakú úvahu, nedokáže spoločník s rovnakým podielom ovplyvniť chod spoločnosti pred časom vyhlásenia konkurzného konania, a teda nemá sa naňho hľadiť ako na osobu spriaznenú.

V tomto prípade však súhlasíme s názormi teoretikov, ktorí kritizujú príliš prísne nastavenie posudzovanej hranice. Minoritným akcionárom prislúchajú minimálne oprávnenia, predovšetkým v podobe možnosti požiadať o zvolanie mimoriadneho valného zhromaždenia spoločnosti, pričom takúto požiadavku musia náležite odôvodniť. To však neznamená, že záležitosť, ktorú žiadajú prejednať, môže nejakým spôsobom ovplyvniť chod spoločnosti. Aj keby bolo navrhované prijatie rozhodnutia, ktoré by v prípade jeho schválenia mohlo mať istý dopad na fungovanie spoločnosti (napr. v podobe zmeny vedenia spoločnosti), akcionári s vyššou menovitou hodnotou akcií nemusia s navrhovanou zmenou súhlasiť, čo môže znamenať nedostatočný počet hlasov pre schválenie takejto zmeny. Teda mimoriadne valné zhromaždenie síce prebehne, avšak výsledok zamýšľaný minoritnými akcionármi dosiahnutý nebude.

### **2.3. Bližšie k možnosti uplatňovania vplyvu na riadení právnickej osoby**

ZoKR ako jednu z alternatív pre posúdenie osoby ako spriaznenej uvádza aj taký prípad, kedy subjekt síce nemá priamy alebo nepriamy podiel na hlasovacích právach či základnom imaní spoločnosti (v rozsahu min. 5 %), no aj napriek tomu dokáže reálne uplatňovať vplyv na riadení obchodnej spoločnosti, ktorý je porovnateľný s vplyvom zodpovedajúcim podielu 5 %.

V tomto prípade je teda jediný relevantný faktor možnosť uplatňovania vplyvu a nie to, či určitá osoba má podiel v obchodnej spoločnosti, ktorý je právne dohľadateľný. Príkladno pôjde o konečných vlastníkov právne zakrytého podielu skrz akcie na doručiteľa.<sup>13</sup>

Zákonodarca sa tu snažil zachytiť široký okruh osôb, ktoré konkrétnu obchodnú spoločnosť dokážu reálne ovplyvňovať takým spôsobom, že ich rozhodnutia majú dopad na jej fungovanie na trhu, na financie spoločnosti, na jej smerovanie, uzatváranie právnych vzťahov s tretími subjektmi a pod. Uvedené ale môže byť v praxi ťažko preukázateľné. Väčšinou pôjde o subjekty, ktoré danú obchodnú spoločnosť riadia z úzadia („ťahajú za šnúrky“). Takéto ich postavenie bude možné vyvodit' napríklad komunikáciou so zamestnancami, vrcholovým manažmentom, alebo aj schvaľovaním obchodných plánov spoločnosti. Môže ale ísť aj o subjekty poskytujúce spoločnosti také plnenia, ktoré by tretia osoba z vlastnej iniciatívy za bežných okolností neposkytla.

Pripravovaná novelizácia ZoKR možnosť uplatňovania vplyvu na riadení právnickej osoby špecifikuje. Negatívnym spôsobom vymedzuje, že uplatňovaním

---

<sup>13</sup> POSPÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii : komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016. 648 s. ISBN 978-80-8168-388-6, s. 61

vplyvu sa nerozumejú „*zmluvné dojednania či zákonné oprávnenia veriteľa, ktorých účelom je ochrana práv alebo oprávnených záujmov veriteľa v súvislosti s poskytnutím finančných prostriedkov dlžníkovi vrátane ich zábezpeky.*“ To znamená, že pokiaľ veriteľ poskytne obchodnej spoločnosti istú sumu finančných prostriedkov na základe uzavretého kontraktu, pričom sa na tento vzťah viaže zabezpečovacie právo, ktorým sa sleduje ochrana práv veriteľa, prípadne je dojednané iné oprávnenie veriteľa, nebude sa na veriteľa hľadieť ako na osobu s možnosťou uplatňovania vplyvu na riadení spoločnosti, a teda ani ako na spriaznenú osobu. Tým sú jednoznačne posilnené aj možnosti dosiahnutia uspokojenia predmetnej pohľadávky.

## 2.4. Postavenie spriaznených osôb v konkurznom konaní

Pohľadávky spriaznených veriteľov (spriaznené pohľadávky) v konkurznom konaní predstavujú jednu zo subkategórií nezabezpečených pohľadávok. Ich špecifickosť spočíva v tom, že postavenie veriteľov je vo viacerých smeroch znevýhodnené.

Pokiaľ sa pozrieme na možnosti uspokojenia spriaznených pohľadávok, aplikuje sa v tomto prípade pravidlo, podľa ktorého sú uspokojované podriadené pohľadávky. Uspokojiť ich je možné až po tom, čo dôjde k úplnému uspokojeniu pohľadávok ostatných nezabezpečených veriteľov.<sup>14</sup> To vo väčšine konkurzných konaní môže znamenať, že veritelia spriaznených pohľadávok nebudú uspokojení vôbec. Je častým javom, že úpadca vlastní majetok nízkej hodnoty, prípadne nevlastní žiaden majetok.

Spriaznení veritelia okrem toho nedisponujú hlasovacími právami, nemôžu byť ani členmi veriteľského výboru<sup>15</sup> (čo ich však nevylučuje z oprávnenia zúčastniť sa na schôdzi veriteľov). Je tu predsalen možnosť, kedy prichádza do úvahy, aby spriaznená osoba bola oprávnená na schôdzi veriteľov hlasovať. Bude tomu tak za predpokladu, že ju iný veriteľ (nevystupujúci ako spriaznený) k zastupovaniu a hlasovaniu na schôdzi veriteľov splnomocní, čím bude spriaznený veriteľ na schôdzi môcť hlasovať, avšak konajúc za nespriaznených veriteľov.

Všetky tieto obmedzenia, resp. nevýhody plynúce subjektom označovaným ako spriaznené, sú nastavené ako dôsledok toho, že mali možnosť ovplyvňovať chod spoločnosti až do času vyhlásenia konkurzného konania. Ide o akúsi formu spoluzodpovednosti za úpadok. Aj preto je podľa L. Žitňanskej na mieste, aby spriaznené pohľadávky boli uspokojované až po tom, čo dôjde k uspokojeniu prihlásených pohľadávok ostatných veriteľov.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> DOLNÝ, J. *Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní*. In: *Justičná revue* [online]. 2020, č. 3 [cit. 2023-08-30]. Dostupné na internete: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/justicna-revue/uspokojovanie-pohladavok-spriaznenych-osob-v-konkurznom-konani.m-1890.html>

<sup>15</sup> ĎURICA, M. *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii*. 3. prepracované a doplnené vydanie. Bratislava: EUROKÓDEX, s.r.o. 2012. 1024 s. ISBN 978-80-89447-82-4, s. 400

<sup>16</sup> ŽITŇANSKÁ, L. *Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu*. In: *Súkromné právo* [online]. 2022, č. 2 [cit. 2023-08-30]. Dostupné na internete: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/sukromne-pravo/veritel-ako-spriaznena>

J. Dolný však v súvislosti s označovaním osôb ako spriaznených výlučne podľa zákonného výpočtu v ust. § 9 ZoKR, s čím je spojené ich obmedzovanie na hlasovacích právach a na ich majetkových právach, upozorňuje na možné porušovanie princípu rovnosti účastníkov konkurzného konania. Vyzdvihuje pritom nosné zásady, na ktorých je postavené konkurzné a reštrukturalizačné konanie, ako sú zabránenie nespravodlivému vzniku škody či dosiahnutiu neoprávneného zvýhodnenia akéhokoľvek účastníka, dosiahnutie rýchleho, hospodárneho a čo možno najvyššieho uspokojenia veriteľov, zásada rovnosti možností veriteľov rovnakého, resp. obdobného postavenia. S odkazom na uvedené zastáva právny názor, podľa ktorého by mala byť každá prihlásená pohľadávka spriaznenej osoby posudzovaná správcom konkurznej podstaty osobitne, pričom prihliadať by sa malo najmä na ekonomický dôvod konkrétneho právneho úkonu. V takom prípade by sa predišlo aj možnému porušovaniu uvedených zásad, a takisto prípadnému zásahu do práv daných Ústavou Slovenskej republiky – ochrana vlastníctva garantovaná Čl. 20 ods. 1.<sup>17</sup>

Za každých okolností je potrebné brať ohľad na samotný účel zákona. Tým je, podľa nášho názoru, postihnúť všetky praktiky obchodnej spoločnosti a s ňou spätých osôb, ktorými by dochádzalo k zmenšovaniu majetku úpadcu na úkor veriteľov. Bolo by jednoznačne vhodné posudzovať v rámci majetkovej transakcie uskutočnenej medzi obchodnou spoločnosťou a spriaznenou osobou jej ekonomický dôvod. Zároveň zastávame ten názor, že nie každé plnenie uskutočnené medzi uvedenými subjektmi je za každých okolností znevýhodňujúce. Samozrejme, v mnohých prípadoch tomu tak bude. Avšak pokiaľ by takáto transakcia bola v súlade s aktuálnymi trhovými podmienkami a zodpovedala by plneniu, ktoré by daná obchodná spoločnosť uskutočnila aj v prospech akejkoľvek tretej osoby, nevidíme dôvod pre jej uspokojovanie až v poradí po uspokojení pohľadávok všetkých nezabezpečených veriteľov.

## 2.5. Snahy o obchádzanie zákona

V tejto časti sa pozrieme na spôsoby, akými by sa mohli veritelia snažiť o obídenie svojho postavenia ako spriaznených osôb s cieľom zvýšenia možností pre uspokojenie svojich pohľadávok, ktoré evidujú voči úpadcovi. Mohlo by sa tak stať postúpením pohľadávok, čím by sa dosiahol stav, kedy by spriaznená osoba ako pôvodný veriteľ (postupca) na podklade právneho titulu zmluvy o postúpení pohľadávok previedla pohľadávku na nového veriteľa (postupníka), ktorý nespadá pod zákonné vymedzenie spriaznených osôb podľa ZoKR. Obchodovanie spriazneného veriteľa s pohľadávkami s cieľom obísť zákon však nebude úspešné. Spriaznenosť pohľadávky sa posudzuje podľa okamihu jej vzniku. Teda pokiaľ bola

---

osoba-v-konkurze-a-ako-spolocnik-pre-ucely-financovania-v-krize-a-zakazu-vratenia-vkladu.m-2788.html

<sup>17</sup> DOLNÝ, J. *Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní*. In: *Justičná revue* [online]. 2020, č. 3 [cit. 2023-08-30]. Dostupné na internete: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/justicna-revue/uspokojovanie-pohladavok-spriaznenych-osob-v-konkurznom-konani.m-1890.html>

v čase uzavretia kontraktu vo vzťahu s obchodnou spoločnosťou na druhej strane spriaznená osoba, nesie si táto pohľadávka status spriaznenosti. Jej postúpenie na spriaznenosť nebude mať žiaden vplyv.

Problematike snáh o vymanenie sa spod statusu spriaznenej osoby sa venoval aj Krajský súd v Banskej Bystrici v rozsudku z dňa 25.11.2020, sp. zn. 41 CoKR/15/2020. Meritom sporu bola otázka týkajúca sa posudzovania osoby ako spriaznenej v prípade zlúčenia obchodných spoločností. V konaní bolo jasne preukázané, že žalobkyňa (M.A.) si uplatňovala pohľadávku, ktorej právnym titulom bolo nevyplatenie mzdy za obdobie august 2012 – júl 2015. V tomto období zastával v posudzovanej obchodnej spoločnosti POLANA, a.s. (voči ktorej žalobkyňa evidovala svoj nárok – právna predchodkyňa žalovanej) funkciu člena predstavenstva, a následne funkciu vedúceho zamestnanca, jej (bývalý) manžel. Z vymedzenia spriaznených osôb v ust. § 9 ZoKR je nepochybné, že žalobkyňa bola v čase vzniku predmetného nároku skrz osobu jej manžela osobou spriaznenou. Žalobkyňa sa snažila vyvrátiť nazeranie na jej osobu ako na spriaznenú argumentáciou, že nakoľko v roku 2016 došlo k zlúčeniu spoločnosti POLANA, a.s. a spoločnosti SCIORONTO, a.s. (žalovaná), ktorá sa stala univerzálnym právnym nástupcom zanikajúcej spoločnosti POLANA, a.s., nie je možné za spriaznenú pohľadávku považovať takú pohľadávku veriteľa, ktorý nikdy nebol osobou spriaznenou s žalovaným, a preto spriaznenosť nie je na mieste. Kritizovala zároveň extenzívny výklad ust. § 95 ods. ods. 3 ZoKR vyjadrený súdom prvého stupňa, podľa ktorého *„osoba spriaznená s právnym predchodcom spĺňa status spriaznenej osoby aj po jej zániku zlúčením s jej právnym nástupcom“*. Argumentovala, že žalobkyňa, ani jej manžel, nikdy neboli osobami spriaznenými so samotnou žalovanou a v čase, keď došlo k zlúčeniu spoločností jej manžel už funkciu člena predstavenstva nezastával – preto ani nemohla mať žiaden dosah na chod žalovanej. Zastávala ten názor, že za žiadnych okolností nie je možné dospieť k takému záveru, podľa ktorého *„zlúčenie spoločností nemôže samo o sebe byť právnym základom pre určenie posudzovania spriaznenosti alebo zánik spriaznenosti dotknutých subjektov“*. Odvolací súd však v tejto súvislosti jasne uviedol, že rozhodujúcim kritériom pre posúdenie pohľadávky ako spriaznenej je existencia podriadenosti v čase jej vzniku. Zlúčením žalovanej a jej právneho predchodcu sa žalovaná stala univerzálnym právnym nástupcom spoločnosti POLANA, a.s., čím na ňu prešiel celý obchodný majetok vrátane záväzkov spoločnosti zanikajúcej zlúčením. Zohľadnil argumentáciu žalovanej, podľa ktorej *„v dôsledku zlúčenia nevzniká nová pohľadávka voči novému dlžníkovi (právnemu nástupcovi), ale na právneho nástupcu prechádzajú všetky záväzky právneho predchodcu v stave, v akom existovali voči právnemu predchodcovi“*. Na základe uvedeného je preto nesporné, že v období rozhodujúcim pre vznik pohľadávky bola žalobkyňa osobou spriaznenou so žalovanou, a to sobou jej manžela. Pritom nič nemení na okolnostiach ani tá skutočnosť, že manžel žalovanej v čase zlúčenia spoločností už nezastával funkciu člena predstavenstva.

### 3. SPRIAZNENÁ OSOBA PODĽA KORPORAČNÉHO PRÁVA

ObZ spriaznené osoby definuje len nepriamo, skrz ustanovenia pojednávajúce o významných obchodných transakciách medzi obchodnými spoločnosťami a konkrétne vybranými osobami, na ktoré sa vzťahujú osobitné špecifiká.

Definícia spriaznených osôb sa v zmysle ObZ (ust. § 220ga ods. 3) nijako zvlášť od vymedzenia spriaznených osôb v ZoKR neodlišuje, nakoľko právna úprava ObZ v tomto prípade vychádzala z ust. § 9 ZoKR.<sup>18</sup> V ObZ však absentuje vymedzenie spriaznenej osoby fyzickej osoby.

#### 3.1. Významná obchodná transakcia

Kľúčovým pojmom v súvislosti so spriaznenou osobou vystupujúcou v korporlačných vzťahoch je pojem významná obchodná transakcia, ktorým sa rozumie: „*plnenie alebo poskytnutie zábezpeky na základe zmluvy, ak ide o plnenie alebo zábezpeku poskytnutú verejnou akciovou spoločnosťou v prospech osoby spriaznenej s verejnou akciovou spoločnosťou a hodnota plnenia alebo zábezpeky presahuje 10 % hodnoty základného imania verejnej akciovej spoločnosti.*“ (ust. § 220ga ods. 2 ObZ).

Z uvedeného ustanovenia vyplývajú pre nazeranie na obchodnú transakciu ako významnú 3 základné znaky, a to:

1. povaha obchodnej transakcie - plnenie (peňažné ako aj nepeňažné) alebo zábezpeka poskytnutá na základe zmluvy;
2. subjekty obchodnej transakcie - právny úkon uskutočnený v prospech spriaznenej osoby; a
3. veľkosť obchodnej transakcie - hodnota transakcie presahuje 10 % hodnoty základného imania spoločnosti zapísaného v obchodnom registri.<sup>19</sup>

Zákonodarca v tomto prípade neopomenul ani možné obchádzanie zákonnej právnej úpravy, kedy by v rámci jednej obchodnej transakcie síce nebolo poskytnuté plnenie či zábezpeka presahujúca 10 % hodnoty základného imania, avšak takýchto transakcií by bolo uskutočnených viac a v úhrne by uvedenú hodnotu presahovali. Preto sa významnou obchodnou transakciou rozumejú aj také plnenia alebo zábezpeky uskutočnené v prospech spriaznenej osoby, ktoré v súčte presahujú 10 % hodnoty základného imania, ak boli poskytnuté v rámci 12 mesiacov alebo v jednom účtovnom období (časový faktor).

Pre legálnu realizáciu významnej obchodnej transakcie v zmysle uvedeného ustanovenia je nevyhnutné jej predošlé schválenie kompetentným orgánom - valným zhromaždením. Valné zhromaždenie však nebude schvaľovať akékoľvek obchodné

<sup>18</sup> PATAKYOVÁ, M. *Obchodný zákonník : komentár* [online]. 1. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2022. [cit. 2023-08-28]. Dostupné na internete: <https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgjpxg327mv3gwmjsfz5huxzrhe4tcxvgezv64dggizdaz3b#>, s. 1057 - 1060

<sup>19</sup> ŽITŇANSKÁ, L. a kol. *Obchodný zákonník : veľký komentár. Zväzok I (§ 1 až 260)*. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2022. ISBN 978-80-571-0436-0, s. 1825-1826

transakcie spoločnosti, a to dokonca ani nie všetky uskutočnené so spriaznenými osobami. Je totiž potrebné, aby išlo o významnú obchodnú transakciu.<sup>20</sup>

Právnym dôsledkom uskutočnenia takejto významnej obchodnej transakcie v rozpore so zákonom je bezdôvodné obohatenie spriaznenej osoby na úkor obchodnej spoločnosti. To znamená, že hodnota poskytnutého plnenia sa musí spoločnosti vrátiť. Za zachovanie (resp. vrátenie) majetkových hodnôt ručia štatutári – členovia predstavenstva – vykonávajúci túto funkciu v čase uzavretia transakcie, ale spolu s nimi aj členovia predstavenstva zastávajúci funkciu v čase, kedy predmetný nárok obchodnou spoločnosťou mohol byť vymáhaný, ale nebolo tomu tak, a o tejto skutočnosti s prihliadnutím na všetky okolnosti mali, alebo mohli mať vedomosť (ust. § 220gd ObZ). Tu ide o akúsi osobitnú formu ručenia štatutárov, ktorá vyplýva priamo zo zákona. Môžeme na tomto mieste hovoriť o zákonnej zodpovednosti sporej s podnikaním. Zakotvením takejto právnej úpravy sa nepochybne zvyšujú možnosti zachovania majetkových hodnôt v spoločnosti, ktoré boli neoprávnene poskytnuté, čo posilňuje ochranu veriteľov.

Okrem toho sú veritelia istým spôsobom chránení aj skrz ustanovenia pojednávajúce o povinnej publicite významných obchodných transakcií. To zas prispieva k transparentnosti podnikania. Oznámenie o zamýšľanej obchodnej transakcii (spolu s jej návrhom) sa ukladá do zbierky listín, prípadne sa zverejňuje v obchodnom vestníku. Toto oznámenie je spoločnosť povinná zverejniť najneskôr v čase uzavretia významnej obchodnej transakcie. Uvedená zákonná úprava chráni veriteľov a tretie subjekty, ktoré sa môžu o zamýšľanej obchodnej transakcii takýmto spôsobom dozvedieť, pričom sú im sprístupnené všetky nevyhnutné údaje ako identifikácia spriaznenej osoby, identifikácia povahy vzťahu so spriaznenou osobou, hodnota významnej obchodnej transakcie a pod.

Špecifickejšie sú v istom ohľade vzťahy materskej a dcérskych spoločností. Zákondarca osobitne upravil povinnosť zverejňovania významných obchodných spoločností, ktorých účastníkmi sú niektorá z dcérskych spoločností a spriaznená osoba materskej spoločnosti (ust. § 220gb ods. 3 ObZ). Je to predovšetkým dôsledok toho, že ide o holdingovú štruktúru – v súčasnosti čoraz viac populárnu – na ktorú sa má nazeráť ako na celok.<sup>21</sup>

Na tomto mieste by sme ešte chceli upozorniť na tú skutočnosť, že uvedená právna úprava sa vzťahuje len na verejnú akciovú spoločnosť.

### 3.2. Neprihliadanie na významnú obchodnú transakciu

V určitých prípadoch, aj napriek tomu, že daný právny úkon spĺňa všetky znaky významnej obchodnej transakcie, nebude bezdôvodným obohatením a nebude sa pre jeho realizáciu vyžadovať predchádzajúci súhlas valného zhromaždenia, ani jeho publikácia.

<sup>20</sup> PATAKYOVÁ, M. *Obchodný zákonník : komentár* [online]. 1. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2022. [cit. 2023-08-28]. Dostupné na internete: <https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgjpjxg327mv3gwmjsfz5huxzrhe4tcxzvgezv64dggizdaz3b#>, s. 1057 - 1060

<sup>21</sup> ŽITŇANSKÁ, L. a kol. *Obchodný zákonník : veľký komentár. Zväzok I (§ 1 až 260)*. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2022. ISBN 978-80-571-0436-0, s. 1828

Ide konkrétne o úkony:

- (i) uskutočnené v rámci bežného obchodného styku, za bežných trhových podmienok, zohľadňujúce obvyklé trhové podmienky ako aj podmienky porovnateľných plnení poskytovaných spoločnosťou iným subjektom; účelom zavedenia tejto výnimky bolo podľa nášho názoru neznemožňovať obchodnej spoločnosti uzatvárať so spriaznenou osobou také obchodné vzťahy, ktoré zodpovedajú bežným trhovým podmienkam (nie sú podcenené ani precenené) a podmienkam, za ktorých by takéto vzťah spoločnosť uzavrela aj s akoukoľvek treťou osobou;
- (ii) poskytnuté bankou či zahraničnou bankou (ako verejnou akciovou spoločnosťou), ale aj pobočkou zahraničnej banky<sup>22</sup>, na základe jej uložených opatrení na nápravu, nútenej správy a opatrení včasnej intervencie podľa zákona č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov;
- (iii) uzavretie ktorých bolo navrhnuté všetkým akcionárom ako spriazneným osobám za rovnakých podmienok – tu ide podľa M. Patakyovej o predchádzanie možnosti vzniku škody spoločnosti a rovnako aj ochranu minoritných akcionárov;<sup>23</sup>
- (iv) charakterizované ako odmeny pre členov predstavenstva, dozornej rady či osoby pôsobiace na najvyššom stupni riadenia spoločnosti vrátane jej zástupcu (ak nie sú členmi predstavenstva alebo dozornej rady); a
- (v) uzavreté medzi materskými a dcérskymi spoločnosťami, kde materská spoločnosť má podiel alebo akcie v dcérskej spoločnosti, s ktorými sú spojené všetky hlasovacie práva.<sup>24</sup>

Pokiaľ ide o prvý spôsob realizovania obchodnej transakcie, na ktorú sa vzťahuje výnimka, konkrétnejšie podmienky má určiť dozorná rada spoločnosti (obligatórne), nakoľko by mohol byť v praxi dôvodom právnej neistoty a počiatkom možných sporov. Ako vieme, trhová situácia je faktor neustále sa meniaci, prispôsobujúci sa širokej škále vonkajších faktorov. Aj z toho dôvodu zákonodarca zaviazal dozornú radu sledovať uskutočnené obchodné transakcie z hľadiska splnenia podmienok „bežného obchodovania“ minimálne raz ročne. Zároveň v tomto prípade uplatnil pravidlo, podľa ktorého sa spriaznená osoba zasadnutí dozornej rady nebude zúčastňovať, ani nie je oprávnená vykonávať svoje hlasovacie práva.

---

<sup>22</sup> ŽITŇANSKÁ, L. a kol. *Obchodný zákonník : veľký komentár. Zväzok I (§ 1 až 260)*. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2022. ISBN 978-80-571-0436-0, s. 1830

<sup>23</sup> PATAKYOVÁ, M. *Obchodný zákonník : komentár* [online]. 1. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2022. [cit. 2023-08-28]. Dostupné na internete: <https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgjpjxg327mv3gwmjsfz5huxzrhe4tcxzvgezv64dggizdaz3d&refSource=toc>, s. 1063 - 1064

<sup>24</sup> PATAKYOVÁ, M. *Obchodný zákonník : komentár* [online]. 1. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2022. [cit. 2023-08-28]. Dostupné na internete: <https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgjpjxg327mv3gwmjsfz5huxzrhe4tcxzvgezv64dggizdaz3d&refSource=toc>, s. 1063 - 1064

### 3.3. Postavenie spriaznených osôb v korporlačnom práve

Pokiaľ ide o spriaznené osoby a ich postavenie v oblasti korporlačného práva, opätovne budú ich práva istým spôsobom obmedzené. Ani v tomto prípade nemôžu vykonávať hlasovacie práva či zúčastňovať sa rokovaní valného zhromaždenia.

#### ZÁVER

Jedným z dôvodov ochrany veriteľov ako subjektov dobrovoľne vstupujúcich do obchodno-závazkových vzťahov s obchodnými spoločnosťami je práve tá skutočnosť, že vynakladajú svoj kapitál za účelom nákupu vstupných faktorov, ktoré sú dôležité pre poskytovanie služieb, prípadne materiálov či tovarov, a na základe ktorých im vznikla voči spoločnosti pohľadávka. Tieto pohľadávky bývajú častokrát v takej výške, že v prípade nesplnenia daných povinností spoločnosťou riadne a včas môžu byť ohrozené samotné finančné záujmy veriteľov.

Uzatvorením záväzkovo-právnych vzťahov podstupujú veritelia riziko (za účelom následného profitovania z tohto vzťahu). Vo všeobecnosti sú takéto právne vzťahy spájané s istou mierou dôvery. Koniec-koncov sú veritelia tí, ktorí svoje povinnosti dodržali a aj napriek tomu, že nijakým spôsobom svoje záväzky neporušili, želaného plnenia sa im nedostane. Veritelia si preto nebudú vyberať subjekty, o ktorých je známe, že k splneniu svojich záväzkov pristúpia až po ich vymáhaní súdnou cestou, či subjekty pravidelne sa zadlžujúce. Za účelom zistenia finančnej kondície spoločnosti využívajú hodnoty vykazované v účtovnej závierke ako vlastné imanie.

Nezakotvením osobitných inštitútov či sankcií obchodným, prípadne konkurzným právom, by bola pozícia veriteľov značne oslabená. Aj z tohto dôvodu sa zákonodarca zamerlal na viaceré oblasti, ktoré majú napomôcť zabezpečiť stabilitu a vymožiteľnosť plnení z právneho vzťahu medzi veriteľom a obchodnou spoločnosťou.

Jedným z takýchto inštitútov je práve inštitút spriaznených osôb. Zakotvenie takejto osobitnej právnej úpravy nepochybne prispieva k ochrane veriteľov. Znižovanie majetku spoločnosti právnymi úkonmi uskutočnenými v prospech spriaznených osôb by malo za následok ovplyvnenie možnosti reálneho vymoženía evidovaných pohľadávok, ktoré prislúchajú veriteľom.

Čo by sme však navrhovali a s čím jednoznačne súhlasíme, je právny názor J. Dolného, podľa ktorého posudzovanie pohľadávky ako spriaznenej výlučne na základe zákonného výpočtu nemusí vždy zodpovedať reálnej situácii. Preto by bolo vhodné zakotviť možnosť zohľadniť okolnosti konkrétneho prípadu. Samozrejme, taxatívny výpočet subjektov ako spriaznených by v tomto prípade bol akýmsi vodítkom pre správcu, že je potrebné danú transakciu bližšie rozobrať a posúdiť jej zaradenie do jednotlivých skupín pohľadávok.

K spomínanej kvalifikovanej účasti, ktorá je určujúcou hranicou pre posudzovanie, či pôjde o spriaznenú osobu alebo nie, by sme *de lege ferenda* navrhovali inšpirovať sa právnou úpravou vyspelejších krajín. Takou je, okrem spomínanej americkej či rakúskej, príkladmo aj právna úprava Nemecka. V zmysle



ust. § 138 ods. 2 nemeckého konkurzného poriadku („*Insolvenzordnung*“) je veriteľ považovaný za spriaznenú osobou vtedy, ak má minimálne štvrtinový podiel na základnom imaní spoločnosti. Nevidíme preto dôvod, aby v ZoKR bola uvedená hranica nastavená takto nízko. Zastávame názor, že 5 % kvalifikovaná účasť ešte nemusí predstavovať reálnu schopnosť ovplyvniť hospodárenie obchodnej spoločnosti. Odporúčali by sme preto zamerať sa skôr na subjekty, ktoré takýto vplyv reálne majú, avšak riadenie uskutočňujú externe, pôsobiac na spoločnosť z úzadia.

Rovnako by sme chceli rozobrať problematiku posudzovania významných obchodných transakcií. Máme za to, že pokiaľ by významná obchodná transakcia, ktorej účastníkmi sú obchodná spoločnosť na strane jednej a na strane druhej s ňou spriaznená osoba, bola v súlade s trhovými podmienkami aktuálnymi v čase a mieste uskutočnenia transakcie, resp. daná obchodná spoločnosť by právny vzťah s rovnakým predmetom plnenia vrátane všetkých s tým súvisiacich oprávnení a povinností uzavrela aj s treťou osobou, nevidíme dôvod pre jej povinné schvaľovanie valným zhromaždením a následnú publikáciu. Posudzovanie splnenia podmienok konkrétneho právneho úkonu a jeho súlad s aktuálnou trhovou situáciou by sme navrhovali prenechať dozornej rade, prípadne stanoviť konkrétne podmienky v stanovách, či spoločenskej zmluve. Tým by sa predišlo nadmernému zaťažovaniu zákonom vymedzených subjektov ako osôb spriaznených pri „férovom“ obchodovaní.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. DOLNÝ, J. *Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní*. In: *Justičná revue* [online]. 2020, č. 3 [cit. 2023-08-30]. Dostupné na internete: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/justicna-revue/uspokojovanie-pohladavok-spriaznenych-osob-v-konkurznom-konani.m-1890.html>
2. ĎURICA, M. *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii*. 3. prepracované a doplnené vydanie. Bratislava : EUROKÓDEX, s.r.o. 2012. 1024 s. ISBN 978-80-89447-82-4
3. ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii : komentár* [online]. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021. [cit. 2023-08-23]. Dostupné na internete: [https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgfp\\_xg327mvxuobwfvz5huxzsgaydkxzx15ygmoi#](https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgfp_xg327mvxuobwfvz5huxzsgaydkxzx15ygmoi#)
4. PATAKYOVÁ, M. *Obchodný zákonník : komentár* [online]. 1. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2022. [cit. 2023-08-28]. Dostupné na internete: [https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgjp\\_xg327mv3gwmjsfvz5huxzrhe4tcxzvgezv64dggizdaz3b#](https://www.beck-online.sk/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgjp_xg327mv3gwmjsfvz5huxzrhe4tcxzvgezv64dggizdaz3b#)
5. POSPÍŠIL, B. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii : komentár*. 1. vydanie. Bratislava : Iura Edition spol. s r.o. 2012. 648 s. ISBN 978-80-8078-458-4
6. POSPÍŠIL, B. a kol. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii : komentár*. 2. doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016. 648 s. ISBN 978-80-8168-388-6

7. ŽITŇANSKÁ, L. a kol. *Obchodný zákonník : veľký komentár. Zväzok I (§ 1 až 260)*. 2. vydanie. Bratislava : Wolters Kluwer, 2022. ISBN 978-80-571-0436-0
8. ŽITŇANSKÁ, L. *Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu*. In: *Súkromné právo* [online]. 2022, č. 2 [cit. 2023-08-30]. Dostupné na internete: <https://www.legalis.sk/sk/casopis/sukromne-pravo/veritel-ako-spriaznena-osoba-v-konkurze-a-ako-spolocnik-pre-ucely-financovania-v-krize-a-zakazu-vratenia-vkladu.m-2788.html>
9. Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník
10. Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník
11. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov
12. Krajský súd v Banskej Bystrici: 25CoKR/1/2019
13. Krajský súd v Banskej Bystrici: 41 CoKR/15/2020
14. Najvyšší súd Českej republiky: 21 Cdo 2192/2001
15. Najvyšší súd Slovenskej republiky: 4 Obdo/43/2019

#### **KONTAKT NA AUTORA**

katerina.hrabankova@student.upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

## Regulácia transakcií medzi spriaznenými osobami

### Regulation of transactions among related parties

#### Abstrakt

*Transakcie so spriaznenými osobami zohrávajú vo svete podnikania významnú úlohu. Transakcie so spriaznenými osobami sa týkajú obchodu medzi dvoma stranami, ktoré majú blízky vzťah z dôvodu spoločného vlastníctva, kontroly alebo vplyvu. Vzájomné obchodovanie medzi spriaznenými osobami nemožno a priori kvalifikovať ako niečo protiprávne, príp. ako „tunelovanie“, dôvodmi môžu byť napr. odôvodnená zmena obchodnej stratégie, zámer reštrukturalizovať portfólio, rozložiť riziko podmienené výkonom ekonomiky alebo situáciou na burze, či daňová optimalizácia. Na mieste je však zvýšená obozretnosť a tiež osobitná zákonná regulácia, ktorou právo reaguje na situácie, v ktorých dochádza k poskytovaniu plnenia, avšak bez poskytnutia primeranej protihodnoty (a teda aj tunelovania). Vybrané nástroje tejto regulácie, ako aj ich bližšia analýza, sú predmetom tohto príspevku.*

*Kľúčové slová: spriaznené osoby, transakcie so spriaznenými osobami, konflikt záujmov, zákaz vrátenia vkladov.*

#### Abstract

*Related party transactions play a significant role in the business world. Related party transactions refer to a transaction between two parties who have a close relationship by virtue of common ownership, control or influence. Reciprocal trading between related parties cannot be qualified a priori as something illegal or 'tunnelling'; the reasons may be, for example, a justified change in business strategy, an intention to restructure a portfolio, to spread risk based on the performance of the economy or the stock market situation, or tax optimization. However, increased vigilance is in order, as well as specific statutory regulation by which the law responds to the situations in which performance is provided, but without adequate consideration being given (incl. tunneling). Selected instruments of this regulation, as well as their further analysis, are the subject of this paper.*

*Key words: related parties, transactions among related parties, conflict of interest, forbidden refund of contributions.*

**JEL Classification:** K200

---

<sup>1</sup> Autor je vedeckým pracovníkom na Ústave štátu a práva SAV, v.v.i. a rámci svojho odborného zamerania sa dlhodobou venuje problematike korporáčného práva.

## ÚVOD

V národnej právnej úprave sú vzájomne prepojené osoby v závislosti od konkrétneho právneho predpisu niekedy označované odlišným výrazom, napríklad prepojené osoby, spriaznené osoby, spriaznené strany, závislé osoby, blízke osoby, osoby s osobitným vzťahom k danej osobe a pod. Rozdiely medzi týmito výrazmi spôsobujú len odlišnosti definície prepojených osôb medzi príslušnými predpismi. Odhliadnuc od toho je možné uvedené výrazy označujúce prepojené osoby považovať za synonymá, pretože napriek tomu, že znejú odlišne, majú rovnaký alebo podobný význam, ktorým je zahrňovať pod týmto pojmom všetky osoby, ktoré sú nejakým spôsobom vzájomne prepojené.<sup>2</sup>

Transakciou možno vo všeobecnosti rozumieť akýkoľvek vzťah medzi dvoma alebo viacerými subjektmi, ktorý spôsobuje vznik alebo zmeny majetku, záväzkov, vlastného imania, nákladov alebo výnosov týchto subjektov.<sup>3</sup>

Právnu úpravu spriaznených osôb nachádzame naprieč rôznymi právnymi odvetviami domáceho právneho poriadku. Každé právne odvetvie si definíciu (vymedzenie) uspôsobuje vlastným potrebám a sledovaným cieľom. Ako príklad môžeme uviesť insolvenčné právo, ktoré spriaznenosť rieši s cieľom chrániť záujmy veriteľov, aby sa masa majetku úpadcu určeného na pomerné uspokojenie veriteľov nezmenšovala. Alebo daňové právo, ktoré upravuje transakcie medzi spriaznenými osobami v rámci tzv. transferového oceňovania za účelom efektívnejšieho výberu daní pre štát. Nás ale na účely príspevku bude zaujímať výlučne právo korporáčné a regulácia transakcií spriaznených osôb naprieč vybranými ustanoveniami Obchodného zákonníka (OBZ).

Transakcie so spriaznenými osobami zohrávajú vo svete podnikania významnú úlohu. Transakcie so spriaznenými osobami sa týkajú obchodu medzi dvoma stranami, ktoré majú blízky vzťah z dôvodu spoločného vlastníctva, kontroly alebo vplyvu. Takéto vzťahy môžu vzniknúť v rámci spoločnosti alebo medzi rôznymi subjektmi vrátane dcérskych spoločností, kľúčových manažérov, či ich rodinných príslušníkov. Už zo samotnej podstaty veci vyplýva, že v prípade uvedeného druhu transakcií tu bude rozhodujúcu úlohu zohrávať konflikt záujmov, pri ktorom vždy hrozí, že dôjde k uprednostneniu vlastných záujmov jednej skupiny (typicky manažmentu alebo majoritného akcionára), pred záujmami spoločnosti, či jej ostatných shareholderov (menšinových spoločníkov), či stakeholderov (najmä veriteľov).

A hoci realizácia týchto transakcií nie je z dôvodu prítomného konfliktu záujmov *en bloc* zákonom zakázaná, transakcie medzi spriaznenými osobami si vyžadujú dôkladnú kontrolu z dôvodu možnosti ich zneužitia. Korporáčné právo na uvedené potreby reaguje a obsahuje viacero nástrojov, ktorými dochádza k mitigácií rizika zneužívania tohto druhu transakcií.

---

<sup>2</sup> SENEŠI, N., MÁZIKOVÁ, K. Transakcie medzi spriaznenými osobami v kontexte účtovníctva. Prvé vydanie. Wolters Kluwer SR s.r.o., 2018. s 3

<sup>3</sup> Tamtiež, s. 3

## 1. VYBRANÉ DRUHY TRANSAKCIÍ SO SPRIAZNENÝMI OSOBAMI (PRÍPADY TUNELOVANIA)

Transakcie so spriaznenými osobami bývajú v aplikačnej praxi rôznorodé. Môžeme zmieniť napríklad transakcie, ktorými sú:

- 1) dojednanie neprímerane vysokej odmeny za výkon funkcie člena orgánu spoločnosti;
- 2) predaj majetku spoločnosti spoločníkovi alebo jemu blízkej osobe za cenu, ktorá je nižšia ako trhovú cenu;
- 3) nákup tovarov alebo služieb spoločnosťou od majoritného spoločníka za „premrštené“ ceny;
- 4) pôžička spoločníkovi, v ktorej sú dohodnuté nižšie úroky oproti bežným trhovým podmienkam;
- 5) predčasné splatenie ešte nesplatenj pohľadávky spoločníka zo strany spoločnosti;
- 6) vyplatenie podielu na zisku v rozpore s pravidlami pre distribúciu dividendy podľa OBZ;
- 7) neodôvodnené nepeňažné výhody v prospech blízkej osoby spoločníka (napríklad bezodplatné vypožičanie služobného auta).

Ak by sme hľadali spoločného menovateľa pre vyššie uvedený druh transakcií, všetky do dôsledkov predstavujú prípady tzv. tunelovania spoločnosti. Hoci by sa na prvý dojem mohlo javiť, že pojem „*tunelovanie*“ je iba laickým pojmom, nie je tomu tak. Je to štandardizovaný pojem, ktorý doktrína korporáčného práva pozná. Dokonca je nám veľmi jazykovo, historicky aj geograficky blízky, pretože aj zahraničná spisba<sup>4</sup> ako krajinu pôvodu vzniku uvedeného termínu uvádza Českú republiku. Vznik termínu dáva do súvisu s privatizačným procesom z polovice 90-tych rokov minulého storočia, ktorý v Českej republike viedol k „vyvlastneniu“ drobných akcionárov (obrazne povedané tu dochádzalo k odčerpávaniu zdrojov „podzemným tunelom“, pričom akcionári stojaci napovrchu o takýchto únikoch nič netušili). Následne väčšina privatizovaných podnikov končila v konkurze, pričom „vytunelovaný“ majetok a zisky končili v súkromných spoločnostiach a rôznych offshorových štruktúrach ovládaných členmi manažmentu zbankrotovaných podnikov.

Efektom tunelovania dochádza k rozriedovaniu majetku spoločnosti (*asset dilution*), čím sa zvyšuje sa osobné bohatstvo spoločníkov, či štatutárov, alebo ich spriaznených osôb. Na druhej strane tým dochádza k poškodzovaniu záujmov veriteľov, nakoľko celkový objem majetku spoločnosti určeného pre uspokojovanie nárokov veriteľov v dôsledku tunelovania klesá. Tunelovanie spoločnosti je negatívnym javom, ktorý sa korporáčné právo snaží potlačiť (regulovať), pričom k tomu využíva viaceré techniky. My na účely príspevku vyberieme iba niektoré, ktorým sa chceme bližšie venovať. Prirodzene korporáčné právo obsahuje aj ďalšie

---

<sup>4</sup> JOHNSON, S. et al. *Tunneling*. In American Economic Review 22. 2000. [online]. [citované 20.8.2023] Dostupné na internete: <https://scholar.harvard.edu/shleifer/files/tunneling.pdf>

techniky, napr. osobitné ustanovenia týkajúce sa krízy spoločnosti (§ 67a OBZ), či o zodpovednosti ovládajúcej osoby za úpadok osoby ovládanej (§ 66aa OBZ). Na pomedzí regulácie korporáčného a insolvenčného práva potom stojí osobitná zodpovednosť štatutárneho orgánu za oneskorene podaný návrh na vyhlásenie konkurzu. Uvedené regulácie sa taktiež aktivizujú v určitom momente. A áno, ich aktivácia môže byť výsledkom miery a intenzity procesov tunelovania spoločnosti. Nepokladáme to síce za nevyhnutné uvádzať; predsa len si dovoľíme krátku poznámku, že tunelovanie môže naplňať aj skutkovú podstatu trestného činu porušovania povinností pri správe cudzieho majetku. Ale to už je doména trestného práva a je to i mimo rámec tohto príspevku.

## 2. REGULÁCIA TRANSAKCIÍ SO SPRIAZNENÝMI OSOBAMI

Tak ako rôzne sú jednotlivé druhy transakcií medzi spriaznenými osobami, rôzne sú taktiež nástroje, ktoré korporáčné právo využíva pre reguláciu uvedených druhov transakcií. Niektoré nástroje sú *ex ante* nástrojmi a majú pôsobiť preventívne. Iné nástroje fungujú *ex post* a riešia právne následky spojené s porušením pravidiel pri uzatvorení transakcií medzi spriaznenými osobami. Tento súbor nástrojov regulácie by sme mohli kategorizovať nasledovne:

- 1) povinná publicita transakcií uzatváraných spriaznenými osobami
- 2) schvaľovanie transakcie orgánom spoločnosti
- 3) zákaz neoprávneného vrátenia vkladov
- 4) exitové práva spoločníkov

### 2.1. Povinná publicita transakcií uzatváraných spriaznenými osobami

**Významná obchodná transakcia.** Zákon č. 156/2019, ktorý novelizuje Obchodný zákonník, a ktorý nadobudol účinnosť 1. júla 2019, zavádza do slovenského právneho poriadku osobitnú reguláciu pravidiel odmeňovania a významných obchodných transakcií. Prijatá úprava je výsledkom transpozície čl. 2 písm. i) a čl. 9a ods. 1, 2 a 4 a čl. 9c ods. 1 a 4 Európskeho parlamentu a Rady 2007/36/ES o výkone určitých práv akcionárov spoločností registrovaných na regulovanom trhu. Osobná pôsobnosť prijatej zákonnej regulácie je zúžená a obmedzuje sa výlučne na verejné akciové spoločnosti. Novela zavádza legálnu definíciu významnej obchodnej transakcie, ktorou sa rozumie *plnenie alebo poskytnutie zábezpeky na základe zmluvy, ak ide o plnenie alebo zábezpeku poskytnutú verejnou akciovou spoločnosťou v prospech osoby spriaznenej s verejnou akciovou spoločnosťou a hodnota plnenia alebo zábezpeky presahuje 10 % hodnoty základného imania verejnej akciovej spoločnosti. Plnenia alebo poskytnuté zábezpeky v jednom účtovnom období alebo v priebehu 12 mesiacov v prospech jednej spriaznenej osoby sa posudzujú ako významná obchodná transakcia, ak ich hodnota v súhrne presahuje 10 % hodnoty základného imania verejnej akciovej spoločnosti.*

Hodnota významnej obchodnej transakcie, ktorá nespĺňa podmienky podľa pravidiel OBZ (§ 220ga a 220gb OBZ), sa musí verejnej akciovej spoločnosti vrátiť podľa zásad o bezdôvodnom obohatení. Aj v tomto prípade platí zákonné ručenie členov predstavenstva obdobne ako je tomu v prípade všeobecnej úpravy o zákaze vrátenia vkladov podľa § 67j OBZ.<sup>5</sup>

Významné obchodné transakcie verejnej akciovej spoločnosti musia byť schválené valným zhromaždením spoločnosti. Pokojne by sme ich mohli zaradiť medzi druh transakcií medzi spriaznenými osobami, v prípade ktorých sa OBZ snaží prítomný konflikt záujmov moderovať cez schvaľovanie orgánom spoločnosti. Avšak okrem už zmieneného režimu schvaľovania transakcie valným zhromaždením, OBZ v tomto prípade vyžaduje aj prvok povinnej publicity (§ 220gb OBZ), v rámci ktorého je spoločnosť povinná uložiť oznámenie o významnej obchodnej transakcii spolu s jej návrhom do zbierky listín (alternatívne toto oznámenie zverejniť v Obchodnom vestníku). Oznámenie o uložení listiny v zbierke listín musí byť zverejnené najneskôr v čase uzavretia významnej obchodnej transakcie.

## 2.2. Schvaľovanie transakcie orgánom spoločnosti

**Fiduciárne povinnosti štatutárneho orgánu.** Členovia predstavenstva spoločnosti sú pri výkone svojej funkcie postupovať s odbornou starostlivosťou (povinnosť profesionálneho výkonu funkcie, ktorého súčasťou je aj doktrinálne pravidlo „business judgement rule“ (pravidlo podnikateľského úsudku)) a fiduciárna povinnosť lojality štatutára k spoločnosti ako aj k ostatným jej spoločníkom.<sup>6 7</sup> V prípade porušenia týchto povinností je právnym následkom vznik zodpovednosti

---

<sup>5</sup> JANÁČ, V. Ochrana veriteľov pred oportunitizmom spoločníkov v kapitálových spoločnostiach. In SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): Právo, obchod, ekonomika IX. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2019, s. 157

<sup>6</sup> Podľa § 135a ods. 1 OBZ: „Konatelia sú povinní vykonávať svoju pôsobnosť s odbornou starostlivosťou a v súlade so záujmami spoločnosti a všetkých jej spoločníkov. Najmä sú povinní zaobstarat' si a pri rozhodovaní zohľadniť všetky dostupné informácie týkajúce sa predmetu rozhodnutia, zachovávať mlčanlivosť o dôverných informáciách a skutočnostiach, ktorých prezradenie tretím osobám by mohlo spoločnosti spôsobiť škodu alebo ohroziť jej záujmy alebo záujmy jej spoločníkov, a pri výkone svojej pôsobnosti nesmú uprednostňovať svoje záujmy, záujmy len niektorých spoločníkov alebo záujmy tretích osôb pred záujmami spoločnosti.“

<sup>7</sup> Podľa § 194 ods. 5 OBZ: „Členovia predstavenstva sú povinní vykonávať svoju pôsobnosť s náležitou starostlivosťou, ktorá zahŕňa povinnosť vykonávať ju s odbornou starostlivosťou a v súlade so záujmami spoločnosti a všetkých jej akcionárov. Najmä sú povinní zaobstarat' si a pri rozhodovaní zohľadniť všetky dostupné informácie týkajúce sa predmetu rozhodnutia, zachovávať mlčanlivosť o dôverných informáciách a skutočnostiach, ktorých prezradenie tretím osobám by mohlo spoločnosti spôsobiť škodu alebo ohroziť jej záujmy alebo záujmy jej akcionárov, a pri výkone svojej pôsobnosti nesmú uprednostňovať svoje záujmy, záujmy len niektorých akcionárov alebo záujmy tretích osôb pred záujmami spoločnosti.“

za škodu.<sup>89</sup> Ako je zrejmé z citovaného ustanovenia OBZ, všetky situácie, o ktorých sme sa v rámci regulácie transakcií so spriaznenými osobami v príspevku zmienili, sú zákonodarcom považované za natoľko závažné, že ich výslovne uvádza v rámci demonštratívneho výpočtu konkrétneho porušenia povinností, s ktorým OBZ následne spája následok na náhradu škody. Len pre úplnosť dodajme, že vymenované príklady porušení by bolo možné subsumovať pod písm. a). Všetky ostatné príklady predstavujú už len konkretizáciu prípadov spadajúcich pod písm. a) a teda sa jedná len o podmnožinu konkrétnych prípadov v rámci všeobecnej množiny pod písmenom a).

Obchodný zákonník nenormuje osobitným spôsobom schvaľovanie transakcie so spriaznenou osobou na úrovni štatutárneho orgánu. V tomto ohľade je tu zrejmý rozdiel oproti osobitnej úprave podľa § 196a ods. 1 a ods. 2 OBZ, ktorá výslovne podmieňuje transakciu súhlasom dozornej rady. Ničmenej schvaľovanie transakcie so spriaznenou osobou nepochybne spadá do činnosti štatutárneho orgánu, ktorý označujeme ako obchodné vedenie. To nakoľko bude interný proces prijímania rozhodnutia na úrovni štatutárneho orgánu formalizovaný, je už vecou *corporate governance* danej spoločnosti. Minimálne by však v tomto ohľade malo byť súčasťou dobrej praxe, aby člen štatutárneho orgánu, v prospech ktorého sa má transakcia realizovať (jasný príklad existencie konfliktu záujmov), sa na zasadnutí štatutárneho orgánu zdrží výkonu svojho hlasovacieho práva v tejto otázke. Štatutárny orgán je v otázke rozhodovania viazaný fiduciárnymi povinnosťami vo vzťahu k spoločnosti, ako aj jej ostatným spoločníkom. Obchodný zákonník tu výslovne nevynucuje povinnosť štatutárneho orgánu transakciu schváliť; implicitne však áno, pretože štatutárny orgán tu vystavuje riziku vzniku sekundárnej zodpovednosti na náhradu škody (v dôsledku plnenia došlo k porušeniu zákona). Vzhľadom na vyššie uvedené konštrukty fiduciárnej povinnosti a náhrady škody,

---

<sup>8</sup> Podľa § 194 ods. 6 OBZ: „Členovia predstavenstva, ktorí porušili svoje povinnosti pri výkone svojej pôsobnosti, sú povinní spoločne a nerozdielne nahradiť škodu, ktorú tým spoločnosti spôsobili. Najmä sú povinní nahradiť škodu, ktorá spoločnosti vznikne tým, že

**a) poskytnú plnenie akcionárom v rozpore s týmto zákonom,**

b) nadobudne majetok v rozpore s ustanovením § 59a,

c) poskytnú plnenie v rozpore s ustanovením § 196a,

d) upíše, nadobudne alebo vezme do zálohu vlastné akcie alebo akcie inej spoločnosti v rozpore s týmto zákonom,

e) vydá akcie v rozpore s týmto zákonom,

f) nezverejní výročnú správu, konsolidovanú výročnú správu a správu s informáciami o dani z príjmov, ak osobitný predpis ukladá povinnosť ju vyhotoviť,

g) nevypracuje pravidlá odmeňovania alebo ich nepredloží na rokovanie valného zhromaždenia verejnej akciovej spoločnosti,

h) nevypracuje správu o odmeňovaní podľa § 201e v súlade s pravidlami odmeňovania alebo túto neuverejní podľa § 201e ods. 5, ak ide o verejnú akciovú spoločnosť.“

i) poskytnú plnenie alebo zábezpeku v rozpore s ustanoveniami § 220ga až 220gc, ak ide o verejnú akciovú spoločnosť.

<sup>9</sup> Podľa § 135a ods. 2 OBZ: „Konatelia, ktorí porušili svoje povinnosti pri výkone svojej pôsobnosti, sú povinní spoločne a nerozdielne nahradiť škodu, ktorú tým spoločnosti spôsobili. Najmä sú povinní nahradiť škodu, ktorá spoločnosti vznikla tým, že a) poskytli plnenie spoločníkom v rozpore s týmto zákonom, b) nadobudli majetok v rozpore s § 59a.“



nebude samotný úkon (transakcia so spriaznenou osobou) postihnutá sankciou absolútnej neplatnosti.

Okrem vzniku sekundárnej zodpovednosti za náhradu vzniknutej škody, je tu aj ďalší následok, ktorý môže a nemusí nastať. Týmto následkom je možná strata dôvery na strane akcionárov vo vzťahu k dotknutému členovi predstavenstva, že je schopný aj naďalej hájiť záujmy spoločnosti a všetkých jej akcionárov. V takom prípade môže dôjsť k iniciácii postupu, ktorého výsledkom môže byť odvolanie z funkcie takéhoto člena predstavenstva, resp. nezvolenie tohto člena do predstavenstva v prípade, že sa bude v budúcnosti o túto funkciu opätovne uchádzať.

**Schválenie transakcií dozornou radou.** Podľa § 196a ods. 1 a ods. 2 OBZ: *„Spoločnosť môže poskytnúť úver, pôžičku, previesť alebo poskytnúť do užívania majetok spoločnosti alebo zabezpečiť záväzok členovi predstavenstva, prokuristovi alebo inej osobe, ktorá je oprávnená konať za spoločnosť, a osobám im blízkym alebo osobám, ktoré konajú na ich účet, len na základe predchádzajúceho súhlasu dozornej rady a za podmienok obvyklých v bežnom obchodnom styku. Ustanovenia predchádzajúcej vety sa na verejnú akciovú spoločnosť použijú v prípade, ak verejnou akciovou spoločnosťou poskytovaný úver, pôžička, prevod alebo poskytnutie majetku spoločnosti do užívania alebo zabezpečenie záväzku nespĺňa podmienky podľa § 220ga. Ak sú osoby podľa odseku 1 oprávnené konať aj za iné osoby, použije sa ustanovenie odseku 1 primerane aj na plnenia tam uvedené v prospech tejto inej osoby. Súhlas dozornej rady sa nevyžaduje, ak ide o plnenie ovládajúcej osoby v prospech ovládanej osoby.“*

Akciové právo obsahuje osobitnú úpravu vo vzťahu k vybraným druhom transakcií uskutočňovaných medzi spriaznenými osobami, v rámci ktorých podmieňuje realizáciu týchto transakcií nielen požiadavku na získanie primeraného protiplnenia (obchod je potrebné uzatvoriť za podmienok bežných v obchodnom styku), ale aj súhlasu dozornej rady ako kontrolného orgánu spoločnosti. Primárnou sankciou pri porušení § 196a OBZ je absolútna neplatnosť úkonu, na základe ktorého došlo k poskytnutiu plnení osobám podľa ods. 1 a na to nadväzujúci nárok spoločnosti na vrátenie bezdôvodného obohatenia.<sup>10</sup> Ak teda nebudú splnené obe podmienky, t.j. zmluva je uzavretá za podmienok bežného obchodného styku a dozorná rada s ňou vyslovila súhlas, pôjde o neplatnú zmluvu podľa § 39 OZ a plnenie z nej poskytnuté bude bezdôvodným obohatením, ktoré osoba, v prospech ktorej spoločnosť na základe neplatnej zmluvy plnila, bude musieť vrátiť spoločnosti.<sup>11</sup> Citované ustanovenie OBZ sa aplikuje na kótované spoločnosti len subsidiárne, a to v prípade, pokiaľ daná transakcia nebude napĺňať legálnu definíciu významnej obchodnej transakcie v zmysle § 220ga OBZ. Obchodný zákonník v tomto prípade taktiež osobitne normuje situáciu, v rámci ktorej sa transakcia realizuje medzi spriaznenými osobami, ktoré sú navzájom v postavení ovládanej a ovládajúcej osoby. Absencia súhlasu dozornej rady bude možná len za situácie pokiaľ plnenie poskytuje ovládaná osoba v prospech osoby ovládanej; a nie aj naopak. V praxi sa bude najčastejšie jednať o financovanie poskytované v rámci

<sup>10</sup> PALA R., PALOVÁ, I., ŽITŇANSKÁ, L. In OEGA OVEČKOVÁ a kolektív. Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok I. 2. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer s.r.o., 2022, s. 1595

<sup>11</sup> Tamtiež, s. 1595

holdingových štruktúr, kedy materská spoločnosť bude poskytovať prevádzkový kapitál svojim dcérskym spoločnostiam. Zákonná požiadavka na primeranosť protiplnenia však zostáva zachovaná aj pre tieto situácie. V súvislosti so znením § 196a OBZ by sme ešte radi záverom do pozornosti uviedli, že znenie „Spoločnosť môže zabezpečiť záväzok členovi predstavenstva, ...“ by sa nemalo interpretovať len „jednosmerne“, t.j. že členovi predstavenstva vznikol záväzok napr. titulom prijatej pôžičky a spoločnosť poskytne z majetku zabezpečenie splnenia tohto záväzku, či už zriadením záložného práva k majetku spoločnosti alebo poskytnutím ručenia a pod. Uvedené pravidlo by sa podľa nášho názoru malo taktiež aplikovať aj v situáciách kedy člen predstavenstva bude vo vzťahu k spoločnosti v postavení veriteľa a teda v danom prípade pôjde nie o záväzok člena predstavenstva, ale o záväzok spoločnosti, ktorý má spoločnosť voči členovi predstavenstva, a ktorý napr. vznikol tým, že člen predstavenstva poskytol spoločnosti pôžičku.

Zaujímavo vyznieva porovnanie právnych následkov porušenia § 67j OBZ upraveného v § 67k OBZ a ustanovenia § 196a OBZ, ktoré je špeciálne a aplikuje sa pre akciové spoločnosti. Toto porovnanie možno demonštrovať na jednoduchom príklade, kedy spoločnosť bude členovi predstavenstva, respektíve konateľovi predávať majetok za cenu, ktorá však zodpovedá len 50 % trhovej ceny predávaného majetku. Kým v prípade akciovej spoločnosti sa ako *lex specialis* bude namiesto § 67k OBZ aplikovať § 196a OBZ, v prípade s.r.o. to bude všeobecná úprava vyjadrená v § 67k OBZ. A teda, v prípade porušenia §196a OBZ bude sankciou absolútna neplatnosť solučnej zmluvy s povinnosťou člena predstavenstva vrátiť nadobudnutý majetok späť spoločnosti podľa zásad o bezdôvodnom obohatení. V prípade § 67k OBZ je zákonná konštrukcia odlišná. Solučná zmluva by v tomto prípade nebola postihnutá sankciou absolútnej neplatnosti, t.j. konateľ by naďalej zostal vlastníkom vecí, ktorú nadobudol od spoločnosti kúpou. Konateľovi by v tomto prípade vznikla povinnosť vrátiť spoločnosti hodnotu vkladu, ktorá bola konateľovi vrátená v rozpore so zákonom. V našom uvažovanom príklade by sa jednalo o povinnosť zaplatiť spoločnosti sumu zostávajúcich 50%. Fakticky by sme mohli povedať, že sa jedná o doplatok kúpnej ceny predmetu prevodu do jej trhovej výšky; právne však budeme uvedené kvalifikovať ako právo spoločnosti na vydanie bezdôvodného obohatenia, ktorého výška zodpovedá „chýbajúcim“ 50% ceny. Ustanovenie OBZ ustanovujú pre určenie hodnoty neoprávnene vráteného vkladu výpočet založený na rozdieli medzi protiplnením, ktoré bolo spoločnosti skutočne poskytnuté na základe právneho úkonu, ktorý predstavuje neoprávnene vrátenie vkladu a hypotetickým protiplnením, ktoré je v prípade takéhoto právneho úkonu považované za primerané v zmysle zásad uvedených v 67j ods. 2 a ods. 5 OBZ.<sup>12</sup>

**Zmluva o výkone funkcie.** Spomedzi možných transakcií medzi spriaznenými osobami patrí regulácia uzatvárania zmlúv o výkone funkcie medzi spoločnosťou a členom štatutárneho orgánu azda medzi najznámejšie. A to zrejme aj z dôvodu, že v uvedenom prípade sa jedná o najtypickejší príklad tzv. self-dealingu (samokontraktácia) aký môžeme v korporáčnom práve nájsť. Zmluvu o výkone funkcie štatutára fakticky uzatvára osoba štatutára sama so sebou, kedy na jednej

---

<sup>12</sup> PALA R., FRINDRICH, J. In OĽGA OVEČKOVÁ a kolektív. Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok I. 2. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer s.r.o., 2022, s. 697

strane osoba koná v mene spoločnosti a svojim prejavom vôle ju zaväzuje; na strane druhej vystupuje rovnaká osoba, tentokrát v úlohe manažéra, ktorý sa za dohodnutých podmienok zaväzuje na výkon funkcie.

Podľa § 66 ods. 6 OBZ platí, že zmluva o výkone funkcie musí mať písomnú formu a musí ju schváliť valné zhromaždenie spoločnosti alebo písomne všetci spoločníci, ktorí ručia za záväzky spoločnosti neobmedzene. V prípade akciovej spoločnosti alebo jednoduchej spoločnosti na akcie môžu stanovy určiť, že zmluvu o výkone funkcie člena predstavenstva schvaľuje dozorná rada.

Úroveň konfliktu záujmov je v tomto prípade až príliš veľká, preto sa korporáčne právo v tomto smere nespolieha výlučne na plnenie fiduciárnych povinností štatutára. A preto požiadavka schválenia zmluvy o výkone funkcie člena orgánu spoločnosti predpokladá ingerenciu aj ďalšieho (iného) orgánu spoločnosti do procesu kontraktácie. Ako jednoznačne poznamenal Najvyšší súd Českej republiky<sup>13</sup>, „v zájmu ochrany spoločnosti a tým nepriamo i jejích spoločníkov alebo veriteľov obchodní zákoník u vymezovaných právnych úkonov podmiňuje jejích platnosť alebo účinnosť rozhodnutím či souhlasem jiného orgánu spoločnosti. Tak je obchodním společností poskytnuta speciální ochrana zejména v případech, ve kterých je typově dáno zvýšené riziko kolize zájmů u jednajících členů statutárního orgánu. Jedním z těchto případů je i určování odměny člena představenstva za výkon této funkce.“<sup>14</sup> Osobitný kontrakčný proces s ingerenciou ďalšieho orgánu do realizácie vôle spoločnosti by mal zužovať priestor na oportunistické správanie osôb konajúcich v mene spoločnosti a eliminovať hroziace riziko spojené s prítomným stretom záujmov.<sup>15</sup> V tomto prípade však veľa závisí aj od povahy spoločnosti, jej vlastnickej štruktúry a organizácie. V spoločnostiach s majoritným spoločníkom, ktorý má rozhodujúci vplyv na riadenie spoločnosti (a tým aj na voľbu členov štatutárneho orgánu), môže byť regulácia v podobe schvaľovania zmluvy valným zhromaždením len obyčajnou formalitou. Takýto scenár nás tak fakticky vracia do režimu fiduciárneho plnenia povinností, ktoré OBZ vyžaduje od štatutárneho orgánu.<sup>16</sup>

### 2.3. Zákaz vrátenia vkladov

Zákaz vrátenia vkladov spoločníkom je potrebné považovať za kľúčový princíp právnej úpravy kapitálových spoločností, ktorý je nevyhnutným korektívom „obmedzeného ručenia“ ako princípu, že spoločníci nezodpovedajú za záväzky kapitálových spoločností. Zákaz vrátenia vkladov slúži práve efektívnej ochrane veriteľov pred zneužívaním tohto privilégia, pretože zabráňuje tomu, aby spoločníci,

<sup>13</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 29 Cdo 2733/2010 z 17. augusta 2011

<sup>14</sup> MRÁZOVÁ, Ž., HUSÁR, J., DOLNÝ, J. a kol. Volené orgány kapitálových spoločností. Vybrané otázky. Košice: ŠafárikPress, 2021, s. 59

<sup>15</sup> Tamtiež, s. 59

<sup>16</sup> K tomu bližšie pozri MRÁZOVÁ, Ž., HUSÁR, J., DOLNÝ, J. a kol. Volené orgány kapitálových spoločností. Vybrané otázky. Košice: ŠafárikPress, 2021, s. 60 - 61

v zásade s výnimkou vyplácania zisku, získavali akékoľvek výhody na úkor majetku spoločnosti, ktorý v konečnom dôsledku slúži na uspokojenie veriteľov.<sup>17</sup>

Samozrejme nie všetky presuny majetku mimo rozdelenia zisku možno považovať za skryté vrátenie vkladu, naopak, spoločnosť má tendenciu obchodovať so svojimi spoločníkmi, či s personálne alebo kapitálovo prepojenými spoločnosťami s vyššou frekvenciou ako s tretími osobami.<sup>18</sup> Vzájomné obchodovanie nemožno už a priori kvalifikovať ako niečo protiprávne, príp. ako „tunelovanie“, dôvodmi môžu byť napr. odôvodnená zmena obchodnej stratégie, zámer reštrukturalizovať portfólio, rozložiť riziko podmienené výkonom ekonomiky alebo situáciou na burze, či daňová optimalizácia. Kapitálovej spoločnosti nič nebráni uzatvárať obchody so svojimi spoločníkmi ako s každou „cudzou“ osobou a poskytovať im plnenia, ak je plnenie spoločnosti kompenzované protiplnením spoločníka, a teda nedochádza k „vráteniu vkladu“.<sup>19</sup>

Až do účinnosti novely OBZ uskutočnenej zákonom č. 87/2015 Z.z. nachádzal zákaz vrátenia vkladov svoje vyjadrenie iba v podobe všeobecne formulovaného zákazu v rámci právnej úpravy spoločnosti s ručením obmedzeným<sup>20</sup> a akciovej spoločnosti<sup>21</sup>. Problém tu nespočíval v tom, že by OBZ pravidlo o zákaze vrátenia vkladov za trvania spoločnosti nenormoval. Problém spočíval vo veľmi úzkej interpretácii uvedeného pravidla, ktoré sa vykladalo reštriktívne s využitím jazykového výkladu a fakticky sa obmedzovalo na prípady, kedy by spoločníkovi mal byť vrátený jeho vklad, ktorým došlo k založeniu jeho účasti na spoločnosti (či už v procese založenia, alebo v období po vzniku spoločnosti pri zvyšovaní základného imania spoločnosti), alebo ešte plnenie z rezervného fondu.

## 2.4. Exitové práva spoločníka

**Zrušenie účasti spoločníka súdom.** Osobitnú úpravu nachádzame v spoločnosti s ručením obmedzeným. Osoba, ktorá je spoločníkom v s.r.o. nie je oprávnená svoju účasť na spoločnosti počas doby trvania spoločnosti jednostranne ukončiť. Pokiaľ sa nejedná o spoločnosť s jediným spoločníkom, OBZ priznáva spoločníkovi osobitné právo domáhať sa zrušenia svojej účasti súdnou cestou, za situácie, pokiaľ ďalšie trvanie účasti nie je možné od dotknutého spoločníka ďalej požadovať.<sup>22</sup>

Splnenie tejto podmienky musí posúdiť súd s prihliadnutím na konkrétne okolnosti v danej veci. Pôjde najmä o prípady, keď spoločnosť závažným spôsobom porušuje svoje povinnosti voči spoločníkovi, alebo keď takto porušujú svoje

<sup>17</sup> PALA R., FRINDRICH, J. In OEGA OVEČKOVÁ a kolektív. Obchodný zákonník. Veľký komentár. Zväzok I. 2. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer s.r.o., 2022, s. 682

<sup>18</sup> VRÁBLOVÁ, S., s. 160

<sup>19</sup> Tamtiež, s. 161

<sup>20</sup> Podľa § 123 ods. 3 OBZ: „Spoločnosť nesmie vrátiť spoločníkom ich vklady. Za vrátenie vkladu sa nepovažujú platby spoločníkom poskytnuté pri znížení základného imania a platby poskytnuté spoločníkom pri použití kapitálového fondu z príspevkov (§ 217a)“.

<sup>21</sup> Podľa § 179 ods. 2 OBZ: „Spoločnosť nesmie vrátiť akcionárom ich vklady.“

<sup>22</sup> Podľa § 148 ods. 1 OBZ: „Spoločník nemôže zo spoločnosti vystúpiť. Ak nejde o spoločnosť s jediným spoločníkom, môže spoločník navrhnúť, aby súd zrušil jeho účasť v spoločnosti, ak nemožno od neho spravodlivo požadovať, aby v spoločnosti zotrval.“

povinnosti ostatní spoločníci na ujmu spoločníka. Musí pritom ísť o konkretizované a dôkazmi preukázané skutočnosti zakladajúce splnenie podmienky existencie nemožnosti spravodlivého požadovania ďalšieho zotrvania v spoločnosti pre konkrétneho spoločníka.<sup>23</sup> V rozhodovacej činnosti súdov môžeme nájsť niekoľko príkladov, v ktorých jedným z hlavných dôvodov pre zrušenie účasti spoločníka v spoločnosti aj vážne narušenie dôvery medzi spoločníkmi. Narušenie dôvery pritom môže mať pôvod práve v situáciách kedy bude žalobca v postavení menšinového spoločníka bez reálnej možnosti ovplyvniť rozhodovacie procesy v spoločnosti. Pričom väčšinový spoločník (ktorý môže byť zároveň aj štatutárom) zneužíva svoje postavenie väčšinového spoločníka v spoločnosti, o.i. aj tým spôsobom, že spoločnosť „tuneluje“ (realizuje transakcie so spriaznenými osobami spôsobom, kedy dochádza k prevodom majetku von zo spoločnosti bez poskytovania primeranej protihodnoty).

**Akcionárske dohody.** Spoločníkom/akcionárom v režime zmluvnej voľnosti nič nebráni, aby si v rámci spoločenskej zmluvy, alebo v stanovách, či v akcionárskej dohode dojednali režim, kedy spoločníkovi, ktorý zistí porušenia v procesoch uskutočňovania transakcií so spriaznenými osobami, vzniklo právo jeho podiel v spoločnosti previesť na spoločnosť alebo ostatných spoločníkov.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. CSACH, K. Povinnosti členov orgánov obchodnej spoločnosti a súkromnoprávne následky ich porušenia (1. časť). In *Súkromné právo*. 2019, č. 5
2. JANÁČ, V. Ochrana veriteľov pred oportunizmom spoločníkov v kapitálových spoločnostiach. In SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika IX*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2019
3. KRAAKMAN et. al. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*. Third Edition. New York: Oxford University Press, 2017, ISBN: 978-0-19-872431
4. MRÁZOVÁ, Ž., HUSÁR, J., DOLNÝ, J. a kol. *Volené orgány kapitálových spoločností. Vybrané otázky*. Košice: ŠafárikPress, 2021, 205 s
5. PALA, R., FRINDRICH, J., PALOVÁ, I., MAJERIKOVÁ, M. In OLGA OVEČKOVÁ a kolektív. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer s.r.o., 2017
6. SENEŠI, N., MÁZIKOVÁ, K. *Transakcie medzi spriaznenými osobami v kontexte účtovníctva*. Prvé vydanie. Wolters Kluwer SR s.r.o., 2018. ISBN: 978-80-8168-755-6 (pdf)
7. internetový zdroj: JOHNSON, S. et al. *Tunneling*. In *American Economic Review* 22. 2000. [online]. [citované 20.8.2023] Dostupné na internete: <https://scholar.harvard.edu/shleifer/files/tunneling.pdf>

---

<sup>23</sup> ŠUFLIARSKY, S. et al. *Zrušenie účasti spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným súdom* [online]. [citované 20.8.2023] Dostupné na internete: <https://www.epravo.sk/top/clanky/zrusenie-ucasti-spolocnika-v-spolocnosti-s-rucenim-obmedzenym-sudom-5785.html>

8. internetový zdroj: ŠUFLIARSKY, S. et al. *Zrušenie účasti spoločníka v spoločnosti s ručením obmedzeným súdom* [online]. [citované 20.8.2023] Dostupné na internete: <https://www.epravo.sk/top/clanky/zrusenie-ucasti-spolocnika-v-spolocnosti-s-rucenim-obmedzenym-sudom-5785.html>

#### **KONTAKT NA AUTORA**

v.janac@gmail.com

Ústav štátu a práva SAV, v.v.i.

Klemensova 19

813 64 Bratislava

Slovenská republika

**Representation of a Polish private limited liability company (spółka z o.o.) in the process of conversion of a Polish limited partnership (spółka komandytowa) whose partners include that private limited liability company and a member of its management board (limited partnership with an LLC as general partner) into a different company structure**

*Abstract*

*With the imminent implementation of Directive 2019/2121 into Polish law, we are about to face the most extensive changes to the Polish provisions on corporate transformations in years. However, with substantial amendments introduced to CCC over the last years, these provisions have been incidentally modified as well. This is inter alia the case of the rules on corporate conversions, including Articles 556 and 563 CCC, which lay down the requirements for a conversion and the elements and effects of adopting a resolution to convert.*

*The current wording of Article 563(2) has been a breeding ground for some very important legal issues concerning, for instance, the rules of representation of the private limited liability company in the process of conversion of a limited partnership whose partners include that private limited liability company and its management board member (in Polish: sp. z o.o. sp.k.) into a company of another type. This paper sets out to discuss such issues. Comments on this matter seem to be of value for foreign corporate law scholars, too.*

*Key words: Polish private limited liability company, Polish limited partnership, company conversion, management board members*

**JEL Classification:** K200, K220

## **INTRODUCTION**

Over the last years, the Polish legislator has been working intensely on drafting amendments to the Code of Commercial Companies. On 01/07/2021, a sweeping amendment law introduced a new corporate structure, the so-called “simple joint-stock company”, into the Polish legal system. In addition, on 13/10/2022 extensive provisions on the so-called new “holding law” came into force. On top of this, final works on the implementation of the complex provisions of Directive of the European

---

<sup>1</sup> PhD, Assistant Professor at the Chair of Civil, Commercial and Insurance Law at the Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University in Poznań.

Parliament and of the Council (UE) 2019/2121 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions are currently underway.

Directive 2019/2121 should have been implemented by 31/01/2023. The Polish legislator failed to implement it in time, even though the first draft law transposing the new regulations was published on the website of the Government Legislation Centre on 08/08/2022<sup>2</sup> and it seemed at that time that the deadline set out by the EU legislator was likely to have been kept.

Directive 2019/2121 requires member states to introduce into their national legal orders certain completely new operations. The key ones are the so-called cross-border conversions and cross-border divisions. The fact that these new types of cross-border corporate reorganisations have been recognized in EU law is deemed a major legislative achievement, crowning decades of efforts aimed at harmonizing the legal framework on the cross-border company mobility in the European common market.<sup>3</sup>

As of the date when this paper is written, the text of the law implementing the conversion rules forwarded to Polish Senate is 68 pages long. As regards the conversions – the core subject of this paper – the new provisions on cross-border conversions are to be added to CCC (marked in the draft as Articles 580<sup>1</sup>-580<sup>19</sup> CCC). What is more, certain general provisions currently governing domestic conversions are to be amended.

These general provisions were subject to certain piecemeal amendments in the recent years, accidental to the large CCC modifications mentioned above. In particular, the Act of 18/07/2019 amending the Code of Commercial Companies and certain other acts<sup>4</sup> which, in the scope discussed herein, came into force on 01/03/2020, repealed Article 556(4) CCC which previously required that, apart from the adoption of a conversion resolution, the conversion process involved the conclusion of the articles of association or the by-laws of the converted company. On top of that, Article 563(2) was added, specifying that “the adoption of a conversion resolution replaces the conclusion of the articles of association of the converted company or the formation of the converted company”.

These amendments gave rise to a number of doubts, in particular concerning: (1) the required form and content of the conversion resolution, (2) the required form as regards the amendment to the articles of association of the company formed as a result of the conversion, and (3) the rules of representation of a private limited liability company in the process of conversion of a limited partnership in which such private limited company is a partner (in Polish: sp. z o.o. sp. k.) into a different company form.

The purpose of this paper is to discuss the latter. So far, these issues have not been scrutinized in Polish legal literature, despite their high relevance – as a result of the recent tax changes (in 2022, limited partnerships, despite not having legal personality, were taxed with corporate income tax) we have been witnessing a

---

<sup>2</sup> See <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12362751>, accessed on 5/08/2023.

<sup>3</sup> OPUSTIL, K., MUCHA, A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*. In *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2020, no. 3, p. 138-139, 182.

<sup>4</sup> OJ 1655.



growing number of entrepreneurs abandoning the sp. z o.o. sp.k. structure as a legal form for running their business. Importantly, the conclusions arising from the analysis of private limited liability companies may be successfully extended to joint-stock companies and simple joint-stock companies, given the similarities between Article 210 CCC applicable to private limited liability companies (the core structure for this analysis) and Articles 379 and 300<sup>67</sup> CCC, which refer to joint-stock and simple joint-stock companies respectively. The situation of these two types of companies was not scrutinized independently in this paper as it would be detrimental to the clarity of the reasoning as such. On top of this, it is the private limited liability companies rather than joint-stock or simple joint-stock companies that have been the default general partner in limited partnerships so far.

The research methodology selected for this paper relies mostly on the dogmatic law analysis.

## **1. DOMESTIC COMPANY CONVERSIONS**

### **1.1. The nature and admissibility of conversions**

A company conversion involves a change of the organisational-legal form of a company or a partnership, while preserving its legal existence. As of the conversion date, the company being converted “becomes” the converted company. At the same time, the registry court automatically deletes the company or partnership subject to conversion from the register. Save for certain legal exemptions introduced in Article 576<sup>1</sup> CCC,<sup>5</sup> partners or shareholders of the partnership or the company subject to conversion become the partners or shareholders of the converted company (Article 553(3) CCC).

A conversion process does not involve any “succession”, which takes place when the rights and obligations are transferred to another subject, but rather the “continuation” of such rights and obligations within the same subject that merely gains a new legal form. The legislator explicitly provides that the converted company “holds” all rights and obligations of the converting company, with the converted company “remaining” the subject of permits, licenses and exemptions awarded to the company before the conversion (unless the law or a decision awarding the permit, license or exemption provide otherwise).

Any partnerships and companies can be converted, and any form of a commercial law partnership or company can be transferred into any other such form. What is more, the legislator allows for civil law partnerships to be converted into commercial law partnerships and companies (including general partnerships and other – see Articles 26(4)-(6) CCC and Article 551(2)-(3) CCC). The same applies even to sole proprietors being natural persons, who can convert the form of their business into a sole-member company (private limited liability company or a joint-stock company). In the latter case, no conversion into a partnerships is allowed (which is a

---

<sup>5</sup> Whenever a company is converted into a partnership, the shareholder who voted against the resolution to convert and requested their objection to be recorded in the minutes may require their shares or stock in the company being converted to be bought out.

consequence of the fact that, among other things, the law does not allow for forming single-member partnerships).<sup>6</sup>

## 1.2. Procedural aspects

The conversion procedure consists of multiple steps. It may be split into the following phases involving: (1) management, (2) owners, and (3) registration. As a rule, to complete a conversion it is necessary to: (1) draw up a conversion plan with appendices and an opinion by a statutory auditor, (2) adopt a resolution to convert, (3) appoint members of corporate authorities of the converted company or designate partners running the affairs of and representing the partnership, 4) sign the articles of association or the statutes of the converted partnership or company, 4) record the converted partnership or company in the register while deleting its predecessor.

Save for certain procedural differences applicable to the conversion of certain company or partnership types into other corporate forms, as a rule a conversion requires certain conversion activities to be performed in a specific order. And thus, at the managerial stage, save for preliminary preparatory activities, the first step involves drawing up a conversion plan. It is either prepared by the management board of the company subject to conversion, or by partners running the partnership's affairs. As a rule, the plan must be drawn up in writing to be valid, with the exception of a plan pertaining to a single-member company, which must be prepared in the form of a deed by a notary. The plan must specify at least the balance sheet value of assets and liabilities of the company or partnership to be converted as of a specified date in a month preceding the presentation of the plan to the shareholders or partners, and – if a company is being converted into a partnership – specify the fair value of shares or stock held by the shareholders. The following documents must be appended to the conversion plan: 1) draft resolution to convert, 2) draft articles of association or statutes of the converted company or partnership, 3) valuation of the assets and liabilities of the company or partnership subject to conversion and 4) financial statements drawn up for the purposes of conversion.

The conversion plan (concerning a conversion into a joint-stock company) must be examined by a statutory auditor from the perspective of its accuracy and reliability. Then, the company under conversion notifies its shareholders of its intent to convert, with such shareholders being entitled to examine the conversion documentation within a specified time frame.

At the ownership-centred stage, partners of a partnership to be converted or a shareholders' or general meeting of a company being converted adopt a resolution to convert. The resolution is adopted in a manner laid down in the provisions referred to in Article 562(1) *in fine* CCC. It should be included in the minutes drawn up by a notary. The required content of a resolution to convert is laid down in Article 563 CCC; it must, for instance, specify the type of partnership or company that the partnership or company is to be converted into, and include consent to the wording

---

<sup>6</sup> More in JERZMANOWSKI, J., MATACZYŃSKI, M., *Extraordinary corporate transactions. Liquidation and winding up*. In VICARI, A., SCHALL, A. (eds.) *Company Laws of the EU*. München: Verlag C.H. Beck, 2020, 858 ff.

of the relevant articles of association or statutes. Pursuant to Article 563(2) CCC, a resolution to convert replaces the conclusion of the articles of association of the converted company or the formation of the converted joint-stock company and the appointment of the members of the converted company's corporate authorities.

The conversion must be then recorded in the register (the application for registration is submitted by all management board members or partners authorised to represent the transformed company or partnership). What is more, the conversion must be announced (Article 570 CCC).

## 2. AMENDED ARTICLES 556 AND 563 CCC

As a rule, current regulations laid down in Articles 556, 558 and 563 CCC are coherent and logical. First of all, they require appending draft articles of association or draft statutes of the converted company to the conversion plan (Article 558(2)(2) CCC), and then the adoption of the resolution to convert approving the wording of such articles of association or statutes (Article 563(1)(5) CCC). The adoption of the resolution to convert replaces the conclusion of the articles of association of the converted company or the formation of a joint-stock company (Article 563(2) CCC).

In comparison to the previous legal status (prior to 01/03/2020), there is one important change that stands out. Previously, the adoption of a resolution to convert was not deemed to be “replacing” the conclusion of the articles of association of the converted company or the formation of a joint-stock company. In consequence, apart from the resolution to convert, it was simply required to separately “conclude the articles of association or sign the statutes of the converted company” (see repealed Article 556(4) CCC).

It was not a good solution. As the legislator explained<sup>7</sup> and as argued in legal literature,<sup>8</sup> previous structure of Article 556(4) and Article 563 CCC created a risk of a situation where the shareholders of the company being converted have already adopted the resolution to convert but failed to simultaneously (or subsequently) conclude the articles of association or sign the statutes of the converted company. Such a situation could have led to a number of highly problematic consequences.

Given the foregoing, the abolishment of Article 556(4) CCC while simultaneously adding to CCC a rule that the adoption of a resolution to convert replaces the conclusion of the articles of association or the signing of the statutes of the converted company should be viewed as a positive development. It removes the abovementioned risk, which should be applauded, even though the likelihood of that risk materializing itself was not particularly high.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Sejm print No 3236 of 12.02.2019 r. (<https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3236> – accessed on 15/08/2023), p. 80-81.

<sup>8</sup> RODZYNKIEWICZ, M. In OPALSKI, A. (ed.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Tom IV*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2016, p. 682-683, Nb 4-5.

<sup>9</sup> Some scholars claimed that the risk was in fact pretty minimal as in practice the articles of association of the converted company were signed immediately upon the adoption of the resolution to convert anyway – see NAPIERALSKA, M. In MARIĄŃSKI, M. (ed.) *Połączenia, podziały i przekształcenia spółek prawa handlowego. Zagadnienia prawne i podatkowe. Komentarz praktyczny*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2023, p. 392.

Irrespective of the foregoing, the new regulation gives rise to some new doubts on its own. They arise primarily from the fact that the construction applied by the legislator in Article 563(2) CCC (the adoption of the resolution “replaces” the conclusion of the articles of association) is atypical. As few as only four other provisions in the entire CCC<sup>10</sup> provide that a certain activity replaces some other activity. The question that merits particular attention is how the private limited liability company (spółka z o.o.) should be represented when adopting the resolution to convert if such a company is one of the partners in a partnership being converted while one of the other partners is a member of that private limited liability company’s management board.

### **3. REPRESENTATION OF A PRIVATE LIMITED LIABILITY COMPANY IN AGREEMENTS WITH ITS MANAGEMENT BOARD MEMBERS**

#### **3.1. General provisions**

As far as agreements made by private limited liability companies with their management board members are concerned, the key rule is laid down in Article 210 CCC. Pursuant to this provision (Article 210(1) specifically), in an agreement or a dispute between a private limited liability company and a member of its management board, the company is represented by its supervisory board or an attorney appointed by a shareholders meeting’s resolution. One exception from this rule is laid down in Article 210(2) CCC, pursuant to which in an extraordinary situation where a given (sole) member of the management board of a private limited liability company is also the sole shareholder of that company,<sup>11</sup> a legal activity between them and the company requires the form of a notary deed.

The purpose of Article 210(1) CCC is to prevent a conflict of interest in dealings between a private limited liability company (and its “economic owners”) and the members of its management board. The legislator (aptly) assumes that only the representation of a company by separate entities (supervisory board or an attorney appointed by a resolution of the shareholders meeting) ensures security for the company itself and duly safeguards its interests.<sup>12</sup>

Article 210 CCC is one of the most commented upon articles in the Code. It has also “accrued” extensive case law. The analyses have focused in particular on the specific activities it pertains to, its applicability, legal nature and the admissible temporal and object-related scope of the power of attorney awarded on the basis of Article 210(1) CCC, the form in which such power of attorney should be released, the existence of management board’s member’s right to be appointed as an attorney

---

<sup>10</sup> Article 40(2) sentence 2, Article 300<sup>12</sup> sentence 1, Article 446(1) sentence 1 and Article 455(3) CCC.

<sup>11</sup> The same applies also whenever all shares in a given company are owned by that shareholder and the company itself (the company holds its own shares).

<sup>12</sup> For more on the purpose of the rule laid down in Article 210 CCC see OPALSKI, A. In OPALSKI, A. (ed.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Tom II A*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, p. 1127.

and the effects of breach of Article 210 CCC (i.e. the so-called defective representation of the company).<sup>13</sup>

Importantly, however, there have been no in-depth studies on Article 210 CCC in the context of Articles 562 and 563(2) CCC which do not concern an agreement between a company and its management board member but rather the adoption of a resolution in lieu of an agreement.

### 3.2. Similar cases

To convert a limited partnership whose partners are a private limited liability company and a member of the latter's management board,<sup>14</sup> these very persons (entities) must adopt the resolution to convert. In such a case, we are faced with a question whether these persons may appear to execute a notary deed in person or is the involvement of any third parties (supervisory board members or attorneys) required? At its core, the question is whether the management board member may play a double role in a deed – as a representative of a private limited liability company and acting on their own and to their own benefit.

The question is not a negligible one, as it is directly linked to yet another one, i.e. the validity and effectiveness of resolutions adopted in breach of correct representation rules. It is important to emphasize that the opinion prevailing both in legal literature and case law considers activities made in breach of Article 210 CCC invalid (or at least affected by suspended ineffectiveness).<sup>15</sup>

When searching for an answer to the question of correct representation of a private limited liability company in a process of adopting a resolution to convert, it is advisable to analyse the jurisprudence in similar cases. The case that stands out is the resolution of the Supreme Court of 07/09/2018, III CZP 42/18. It was issued on the basis of the following facts: partners in a limited partnership – a private limited liability company and a member of its management board – adopted a resolution to amend the articles of association of the (limited) partnership. The private limited liability company was represented by an attorney appointed by a resolution of the shareholders meeting (under Article 210(1) CCC). The District Court in Łódź, which ruled on the case as the first instance court, declared the application of Article 210(1) CCC in breach of law, making the resolution amending the articles of association invalid. The Regional Court that examined an appeal against this judgement, expressed some doubts and thus requested the Supreme Court to issue a preliminary

---

<sup>13</sup> LEŚNIAK, M., *Wybrane uwagi o konieczności stosowania art. 210 §1 Kodeksu spółek handlowych do zawarcia oraz zmiany umowy spółki komandytowej między spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a członkiem zarządu tej spółki*. In BYCZKO, S., KAPPES, A., KUCHARSKI, B., PROMIŃSKA, U. (eds.) *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*. Łódź-Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, p. 454-455.

<sup>14</sup> Obviously, there may be more partners in the partnership than just the two mentioned above.

<sup>15</sup> See e.g. an extensive analysis containing a discussion of case law and scholarship by OPALSKI, A. In OPALSKI, A. (ed.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Tom II A*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, p. 1160-1162, Nb 45-48; see also NOWACKI, A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz, Tom I (commentary on Articles 151-226)*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, p. 1272, Nb 20.

ruling. The Supreme Court, in turn, ruled that the application of Article 210(1) CCC in the case in question was in fact correct.

In reasons to this highly relevant resolution, the Supreme Court referred to two important issues, namely: (1) the way in which partners in a partnership should express their consent required by Article 9 CCC to amend the articles of association (by way of a resolution or the “amendment to articles”) and (2) how the private limited liability company should be represented if one of the partners in the partnership, apart from such company, is a member of the management board of that very same company.

As regards the first issue, the doubts stem from the fact that while Article 9 CCC provides that the amendment to the articles of association of a partnership requires consent of all partners unless the articles themselves provide otherwise, it fails to specify how such consent should be expressed. In practice, consent to amend the articles of association is given either by way of separate declarations of intent issued by partners, which together make up the “amendment to articles”, or in the form of resolutions adopted at the partners’ meetings. The Supreme Court approved both practices, making both of them acceptable (which obviously should be viewed as a positive development).

At the same time, the Supreme Court also referred to the necessity (and admissibility) of applying Article 210 CCC in the process of granting consent to amend the articles of association. The Supreme Court found that, irrespectively of whether the consent for the amendment to the articles of association of a partnership is given by way of an “amendment to articles” or a partners’ resolution, whenever partners of a partnership include a private limited liability company and a member of its management board, the private limited liability company should be represented in the way referred to in Article 210 CCC. The Supreme Court (correctly) assumed that the concept used by the legislator in Article 210(1) CCC (“in an agreement between the company and its management board member”) should be construed broadly and extends to any and all legal activities related to a specific agreement, as well as any and all acts of knowledge related contentwise to that agreement (the conclusion of the agreement, its amendment, rescission from or termination of the agreement by the company, management board member or another party, termination of the agreement at mutual consent of the parties, rescission of a declaration of intent made while misled, conclusion of a settlement agreement etc.). The Supreme Court highlighted the purpose of Article 210(1) CCC, which is to protect the interests of the private limited liability company and, indirectly, its shareholders and creditors, in the event of a conflict of interest that may surface when a board member enters into an agreement “with themselves”, i.e. the same persons acts on both sides of a transaction. The Court further noted that, since the legislator found it necessary to apply a special protective regime with regard to the representation of a private limited liability company when concluding the original articles of association of a limited partnership, the very same regime should be also applicable to the amendment of the articles of association of a partnership with a similar ownership structure. One should agree with all the foregoing arguments. The

abovementioned Supreme Court resolution was also positively received by legal scholars.<sup>16</sup>

Previously, the Regional Court in Warsaw in its decision of 07/06/2018, XXIII Ga 566/18, expressed an analogous view and the same case law line may be also observed in a number of other judgements issued afterwards.<sup>17</sup>

At this point one should note in particular one decision concerning a conversion-related case specifically. In its decision of 17/10/2018, XIII Ga 299/18, the Regional Court in Łódź found that “if a management board of a private limited liability company and that company itself are partners in a limited partnership being converted, Article 210(1) CCC applies to the conclusion of the articles of association of the company converted in the conversion process in line with Article 556(4). Although the decision was issued before the amendment to CCC – which came into force on 01/03/2020 – became effective (i.e. before Article 556(4) was repealed), and thus referred not so much to the adoption of the resolution to convert, but to the conclusion of the articles of association in the conversion process,<sup>18</sup> it may be of relevance also today, in the evaluation of resolutions that replace the articles of association.

### 3.3. A special case under Article 562 and 563(2) CCC

Moving on to the currently effective laws on conversion, one should note that the interpretation of Articles 562 and 563 CCC is currently even more difficult than before 01/03/2022. We must bear in mind that, pursuant to Article 562(1) CCC, a conversion requires a resolution adopted by – in the case of a conversion of a partnership – partners, while in the case of a company – by the shareholders meeting or the general meeting of the company being converted. The resolution should be included in the minutes drafted by a notary (Article 562(2) CCC). The minimum content of the resolution to convert is laid down in Article 563(1) CCC which

---

<sup>16</sup> See e.g. KUNIEWICZ, Z., *Zmiana umowy spółki komandytowej a zakaz zawierania umów “z samym sobą” przez członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*. In *Przegląd Prawa i Administracji*, 2020, vol. 121, p. 140; see also RYSZKOWSKI, K., *Reprezentacja wspólników przy zmianie umowy spółki z o.o. spółki komandytowej, w której komandytariuszem jest członek zarządu tej spółki z o.o. – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 7.09.2018 r., III CZP 42/18*. In *Glosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach*, 2020, no. 4, p. 91-97 and the literature quoted in footnote 4 therein, as well as RYSZKOWSKI, K., *Forma zgody komplementariusza na zmianę umowy spółki komandytowej o specyficznej konstrukcji podmiotowej*. In LEŚNIAK, M., SKORY, M., SOŁTYS, B. (eds.) *Kodeks spółek handlowych pod 20 latami obowiązywania*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, p. 216.

<sup>17</sup> See the examples of judgements referred to in RYSZKOWSKI, K., *Reprezentacja wspólników przy zmianie umowy spółki z o.o. spółki komandytowej, w której komandytariuszem jest członek zarządu tej spółki z o.o. – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 7.09.2018 r., III CZP 42/18*. In *Glosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach*, 2020, no. 4, p. 96.

<sup>18</sup> Cf. NAPIERAŁSKA, M. In MARIĄŃSKI, M. (ed.) *Połączenia, podziały i przekształcenia spółek prawa handlowego. Zagadnienia prawne i podatkowe. Komentarz praktyczny*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2023, p. 406, which emphasizes that in the previous legal context the very adoption of a conversion resolution did not require the application of Article 210(1) and this requirement applied only to the conclusion of the agreement or the signing of the statutes of the converted company.

provides, among other things, that it should contain consent to the wording of the articles of association or the statutes of the converted company.<sup>19</sup> Pursuant to Article 563(2) CCC, “the adoption of a resolution to convert replaces the conclusion of the articles of association of the converted company or the formation of the converted joint-stock company and the appointment of the members of the converted company’s corporate authorities”.

Since Article 556(4) CCC has been repealed, no articles of association or statutes are currently separately adopted in the conversion process. It is only the resolution to convert that is adopted, and it replaces the signing of the articles of association or the statutes of the new company. Nevertheless, one should assume that Article 210 CCC would be applicable also to this case, provided that the adoption of the resolution to convert involves – in the capacity of partners of the partnership being converted – a private limited liability company and a member of its management board. Undoubtedly, the adoption of the resolution to convert by these entities leads to them forming a new type of a commercial law company. In consequence, the produced effect is the same for which the courts previously required the representation rules laid down in Article 210 CCC to be applied. It is not to be disregarded, however, that currently no “conclusion” of new articles of association or no “signing” of new statutes of the converted company takes place, but their wording is merely approved in the resolution to convert. The representation under Article 210 CCC is thus required not when concluding the articles of association or signing the statutes of the converted company (as such an activity is not currently performed anyway), but when adopting the resolution to convert itself. What is more, one should mention that it is a widespread practice among notaries to include the content of the articles of associations or the statutes of the converted companies in the notary deeds containing the resolution to convert.<sup>20</sup>

All the arguments raised in the abovementioned case law remain relevant in reference to the conversion procedures. We must bear in mind that whenever the resolution to convert is adopted by a specific private limited liability company and a member of its management board acting in the capacity of the partnership’s partners, then, as a rule, there is a risk of infringing that company’s interests (and the interests of its shareholders or creditors). The specific content of the articles of association or statutes of the converted company is determined in the conversion process and, if the shareholders of the converted company include – aside from a specific private limited liability company – its management board member as well, the latter could be tempted to draft the articles or the statutes in a way beneficial to themselves and, at the same time, less beneficial to the private limited liability company that they represent (this may pertain, for instance, to the detailed rules applicable to decision-making in the converted company, profit distribution and the possibility to draw interim dividend during the financial year, the rules regarding settlements with an

---

<sup>19</sup> In accordance with the draft amendment currently undergoing the legislative process, soon “an approval of the conversion plan, as well as the proposed wording of the articles of association or statutes of the converted company” will be required.

<sup>20</sup> DASZCZUK, P. *Łączenie, podział i przekształcenie spółek*. In WIECZOREK, M., WRZECIONEK R., *Spółki kapitałowe. Czynności notarialne. Klauzule w aktach notarialnych. Wzory aktów notarialnych*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2023, p. 842-843 and 849.



exiting shareholder, the possibility of heir succession following a shareholder's death etc.).<sup>21</sup>

Going back to the resolution of the Supreme Court of 07/09/2018, III CZP 42/18, we should also note that the Court assumed that the representation requirements as mandated by Article 210 CCC may apply not only to the conclusion of agreements, but also to the adoption of resolutions that amend them. In the situation under analysis, we are dealing with a very similar case (the adoption of a resolution "replacing" an agreement) and as such there are no grounds to interpret the slightly different structure of Article 563(2) CCC to draw different conclusions than the ones identified by the Supreme Court. Anyway, it should be emphasized that the concept of a resolution "replacing" an agreement does in fact correspond to the wording included in Article 210(1) CCC, i.e. "in agreements".

Given the foregoing, one should conclude that also in the current legal status, whenever the relationship referred to in Article 210 CCC occurs between the partners of a partnership being converted, the representation rules laid down in that article should be applied. Typically the company will need to be represented by its supervisory board or an attorney appointed by a resolution of the shareholders meeting (Article 210(1) CCC). This will not be necessary only exceptionally, in the case referred to in Article 210(2) in conjunction with Article 173(1) CCC, i.e. when the partners or shareholders of the partnership of company being converted that adopt the resolution to convert are a single-member private limited liability company (or, potentially, such a company is additionally holding its own shares) and a natural person who is also the sole shareholder of that company and the sole member of its management board. In such a case, the legislator does not require any specific rules of representation referred to in Article 210(1) CCC to be kept, but merely assumes that the activity must be performed in the form of a notary deed.<sup>22</sup>

Going back to the issue of representation under Article 210(1) CCC, it must be additionally emphasized that the abovementioned conclusion that a private limited liability company must be represented by its supervisory board or an attorney appointed by a resolution of the shareholders' meeting in a situation where a member of that company's management board is also one of the partners/shareholders in the partnership or the company being converted remains valid also when such partnership or company have more than these two partners or shareholders. Declarations made on behalf of a private limited liability company by the supervisory board or by an attorney appointed by a shareholders resolution remain effective also with regard to other partners or shareholders of the partnership or company being converted, even if they do not have the status of management board

---

<sup>21</sup> Cf. NAPIERALSKA, M. In MARIANŃSKI, M. (ed.) *Połączenia, podziały i przekształcenia spółek prawa handlowego. Zagadnienia prawne i podatkowe. Komentarz praktyczny*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2023, p. 393.

<sup>22</sup> In fact, this exceptional case is not as controversial in practice as the cases to which Article 210(1) CCC applies, as the conversion requires a notary deed in every case anyway – as prescribed by Article 562(2) CCC which provides that a resolution to convert must be included in the minutes drafted by a notary. Such minutes, in turn, in compliance with Article 104(4) of the Notary Law, are drafted in the form of a notary deed. See also WRZECIONEK, R., *Postępowanie notarialne w kodeksie spółek handlowych*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023, p. 197-198.

members of the company represented in compliance with Article 210(1) CCC. What we are dealing with is a single declaration of intent of a specific person (company), simply delivered to a broader group of addressees than a single member of the management board of that company (the company does not submit a declaration of intent to each of the remaining parties to the articles of association separately).<sup>23</sup>

Obviously, it is possible that in certain situations persons conflicted with each other may attempt to question the effectiveness of representation in the process of adopting resolutions to convert, and thus undermine the validity of conversions. In particularly contentious matters, potential risks inherent to such situations may be minimized in practice by awarding double powers of attorney to the representatives of the private limited liability company – one awarded by the shareholders meeting and the other awarded by the company’s management board. Also in other cases where there are doubts as to the admissibility (and the need to apply Article 210 CCC), we have been observing a practice of issuing such double powers of attorney.<sup>24</sup> While difficult to accept from the theoretical standpoint, for practical reasons, given the need to ensure certainty of legal transactions (including the effectiveness of corporate conversions), it is fully understandable.

The interpretation proposed in this paper is consistent with the existing practice applicable to other transformation processes involving partnerships as well, in particular mergers between companies (as the acquiring company) and partnerships (as the target).<sup>25</sup> If the partners of a partnership (for instance, a limited partnership) include a limited private liability company as well as a member of the latter’s management board, in practice notaries expect (and the courts subsequently approve) the private limited liability company to be represented in the process of adoption of the merger resolution by its supervisory board or by an attorney appointed by a resolution of the shareholders meeting rather than by the management board. One should approve of this approach despite the fact that the provisions on mergers lack the requirement to have the articles of the acquiring company (or the newly formed company) “signed” by the shareholders of the merging companies. Article 522(5) CCC merely refers to the merger resolutions granting approval for the proposed amendments to the articles of association or the statutes of the acquiring company (or the articles of association or the statutes of the newly formed one). On top of this, corporate mergers are even more specific than conversions, especially when it comes to the merger resolution adopted in the target company or the company merging by the formation of a new company. Importantly, however, the shareholders of the target company or the company merging by the formation of a new company that adopt a resolution approving the proposed changes to the articles of association or the statutes of the acquiring company or the newly formed company (in line with Article 506(4) or Article 522(2) CCC) express themselves as to the content of the articles of association or statutes of the company that they are not necessarily

---

<sup>23</sup> NOWACKI, A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz, Tom I (commentary on Articles 151-226)*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, p. 1270, Nb 17.

<sup>24</sup> Cf. BERAK, Ł., GIL, M., *Zasady reprezentacji spółki z o.o. jako komplementariusza spółki komandytowej przy zmianie umowy tej spółki*, *ius.focus* May 2019, p. 2.

<sup>25</sup> The same applies also to mergers by way of forming a new company.

participating in at the time of adoption of the merger resolution. Nevertheless, we should conclude that the representation prescribed in Article 210 CCC is required also in this case (when the relationship discussed in this paper occurs between the shareholders), as at that moment the shareholders determine the content of the articles of association of the company that at least one of them<sup>26</sup> will participate in (and the situation resembles the one when the future shareholders are in the process of forming a company, but the representation under Article 210 CCC is required anyway). One should add, though, that *de lege lata* there should be no doubts whatsoever that Article 210 CCC is applicable to the agreements of subject-forming nature (despite voices undermining this view raised in the past).<sup>27</sup>

## CONCLUSION

The analysis presented in the paper highlights the importance of the issue of the correct representation in the process of company conversions involving private limited liability companies and the members of their management boards. Currently effective laws, which provide that a conversion requires a resolution to convert “replacing” the future articles of association or statutes of the converted company, do not contain a precise regulation clarifying whether the representation rules under Article 210 CCC should (or should not) be applied to the adoption of that resolution. Nevertheless, in view of the similarities between such a resolution and other resolutions – expressing consent for the amendment of the articles of association of a partnership in compliance with Article 9 CCC, in view of increasingly consolidated and consistent case law, one should conclude that the rules of representation under Article 210 CCC (provided that the facts described in that provision occur) should be complied with also in the discussed situations.

This conclusion solidifies the prevailing – it would seem – practice widespread among attorneys and notaries, and would be consistent with the currently – seemingly – prevailing practice of registry courts.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Except for the private limited liability company itself, since this company cannot obtain its own shares as a result of a merger (cannot become its own shareholder).

<sup>27</sup> For more on this issue see LEŚNIAK, M., *Wybrane uwagi o konieczności stosowania art. 210 §1 Kodeksu spółek handlowych do zawarcia oraz zmiany umowy spółki komandytowej między spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a członkiem zarządu tej spółki*. In BYCZKO, S., KAPPES, A., KUCHARSKI, B., PROMIŃSKA, U. (eds.) *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*. Łódź-Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, p. 456-459.

<sup>28</sup> Cf. NAPIERALSKA, M. In MARIANŃSKI, M. (ed.) *Polłączenia, podziały i przekształcenia spółek prawa handlowego. Zagadnienia prawne i podatkowe. Komentarz praktyczny*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2023, p. 406.

## REFERENCES

1. BERAK, Ł., GIL, M., *Zasady reprezentacji spółki z o.o. jako komplementariusza spółki komandytowej przy zmianie umowy tej spółki*, ius.focus maj 2019.
2. DASZCZUK, P. *Łączenie, podział i przekształcenie spółek*. In WIECZOREK, M., WRZECIONEK R., *Spółki kapitałowe. Czynności notarialne. Klauzule w aktach notarialnych. Wzory aktów notarialnych*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2023, 1392 p. ISBN 978-83-8291-861-8.
3. JERZMANOWSKI, J., MATACZYŃSKI, M., *Extraordinary corporate transactions. Liquidation and winding up*. In VICARI, A., SCHALL, A. (eds.) *Company Laws of the EU*. München: Verlag C.H. Beck, 2020, 1620 p. ISBN 978-3-406-71479-5.
4. KUNIEWICZ, Z., *Zmiana umowy spółki komandytowej a zakaz zawierania umów "z samym sobą" przez członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*. In *Przegląd Prawa i Administracji* ISSN 0137-1134, 2020, t. 121, p. 133-142
5. LEŚNIAK, M., *Wybrane uwagi o konieczności stosowania art. 210 §1 Kodeksu spółek handlowych do zawarcia oraz zmiany umowy spółki komandytowej między spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a członkiem zarządu tej spółki*. In BYCZKO, S., KAPPES, A., KUCHARSKI, B., PROMIŃSKA, U. (eds.) *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*. Łódź-Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, 978 p. ISBN 978-83-8286-694-0.
6. NAPIERALSKA, M. In MARIAŃSKI, M. (ed.) *Połączenia, podziały i przekształcenia spółek prawa handlowego. Zagadnienia prawne i podatkowe. Komentarz praktyczny*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2023, 512 p. ISBN 978-83-8291-223-4.
7. NOWACKI, A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz, Tom I (komentarz do art 151-226)*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, 1501 p. ISBN 978-83-255-9768-9.
8. OPALSKI, A. (ed.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Tom IIA*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2018, 1428 p. ISBN 978-83-812-8673-2.
9. OPALSKI, A. (ed.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Tom IV*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2016, 1104 p. ISBN 978-83-255-8544-0.
10. OPLUSTIL, K., MUCHA, A., *Transgraniczne reorganizacje spółek w świetle unijnej dyrektywy 2019/2121*. In *Transformacje Prawa Prywatnego* ISSN 1641-1609, 2020, no. 3, p. 125-186.
11. RYSZKOWSKI, K., *Forma zgody komplementariusza na zmianę umowy spółki komandytowej o specyficznej konstrukcji podmiotowej*. In LEŚNIAK, M., SKORY, M., SOŁTYS, B. (eds.) *Kodeks spółek handlowych pod 20 latach obowiązywania*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, 448 p. ISBN 978-83-8286-864-7.
12. RYSZKOWSKI, K., *Reprezentacja wspólników przy zmianie umowy spółki z o.o. spółki komandytowej, w której komandytariuszem jest członek zarządu tej spółki z o.o. – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 7.09.2018 r., III CZP 42/18*. In

Głosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach ISSN 1233-4634, 2020, no. 4, p. 91-97.

13. WRZECIONEK, R., *Postępowanie notarialne w kodeksie spółek handlowych*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2023. 240 p. ISBN 978-83-8286-934-7.
14. CCC – Polish Code of Commercial Companies of 15.9.2000 (Journal of Laws of 2019, item 505 as amended).
15. Directive 2019/2121 – Directive of the European Parliament and of the Council (EU) 2019/2121 of 27.11.2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions (EU OJ L 321 of 12.12.2019 p. 1 as amended).

#### **CONTACT INFORMATION**

jedrzej.jerzmanowski@amu.edu.pl

Adam Mickiewicz University in Poznań, Faculty of Law and Administration

Wieniawskiego 1

61-712 Poznań

Poland

**Digitalisation and reliefs to the rescue (of entrepreneurs)? On recent EC's proposals which could boost competitiveness and resilience of SMEs in the EU<sup>2</sup>?**

*Abstract*

*Digitalisation (of different dimensions of economic activities) and a plethora of various reliefs to entrepreneurs were hailed as examples of solutions that might help economies and businesses to overcome the Covid-19 pandemic. The article aims at describing recent legislative proposals of the European Commission concerning the above-mentioned area. It demonstrates that some instances of the above-mentioned phenomena may not only be lasting legacies of the pandemic, but they also may actually prove very effective in the post-pandemic world for the businesses, especially small and medium-sized enterprises ('SMEs') and in particular to those, acting in a cross-border manner.*

*Keywords: digitalisation, reliefs, social security coordination, European Union*

**JEL Classification:** K 29, K31, K33, K37, K39

**INTRODUCTION**

Small and medium-sized enterprises are central to Europe's economic and social fabric. The 24 million European SMEs represent 99% of all businesses in the EU, provide two-thirds of jobs in the private sector in the EU<sup>3</sup> and are deeply embedded in local communities. They account for more than half of value added in the EU's non-financial business sector and are Europe's breeding ground for innovation<sup>4</sup> and are indispensable for the internal market of the EU<sup>5</sup>. One of the sectors experiencing constant growth are services<sup>6</sup>, especially those carried out by SMEs in a cross-border manner.

---

<sup>1</sup> Marcin Kielbasa, Ph.D., ORCID: 0000-0002-4986-2328.

<sup>2</sup> The publication was co-financed from the subsidy granted to the Cracow University of Economics - Project nr 088/EPG/2022/POT [POTENCJAŁ Programme].

<sup>3</sup> SME Performance Review 2023, [https://single-market-economy.ec.europa.eu/smes/sme-strategy/sme-performance-review\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/smes/sme-strategy/sme-performance-review_en)

<sup>4</sup> Productivity in SMEs and large firms, OECD, 2021, <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/54337c24-en/index.html?itemId=/content/component/54337c24-en>.

<sup>5</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, SME Relief Package, 12.09.2023, COM(2023) 535 final (hereinafter referred to as 'Communication from the Commission – SME Relief Package').

<sup>6</sup> BARNARD C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, OUP, Oxford 2013, p. 365 et seq.

The pandemic of COVID-19<sup>7</sup> significantly affected this very environment. To mitigate the negative effects of the pandemic, a number of exceptional regulations were adopted across the world, and also in the European Union. SMEs and indispensable help to them to survive the hardships of the pandemic have been a central concern in this regard, even more so since the launch of the 2020 SME Strategy<sup>8</sup>. Pursuant to the ongoing multiannual financial framework (2021-2027) and under the NextGenerationEU<sup>9</sup>, the Commission expects more than 200 billion euro to be made available to SMEs under its various funding programmes. In a period of successive crises, the sustained recovery and resilience of SMEs have been a key priority. The Recovery and Resilience Facility (RRF)<sup>10</sup> provides up to 45 billion euro of support to SMEs, in addition to a total of 65 billion euro under Cohesion policy funds. SMEs were also the primary beneficiaries of the European instrument for temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE), designed to protect jobs and incomes affected by the pandemic<sup>11</sup>.

In my article, I shall analyse those latest Commission's initiatives concerning the digitalization as well as relief mechanisms, which can provide a major benefit to SMEs, especially those whose activity has a cross-border dimension.

## 1. 'IN A POST-COVID WORLD, THE FUTURE IS DIGITAL'

There can be no doubt whatsoever that the COVID-19 pandemic proved to be a public health, socioeconomic, political, and human rights crisis that has resulted in millions of cases and the death of millions of people so far and has severely impacted national economies worldwide<sup>12</sup>. Indeed, just by way of an example - between Q2 2019 and Q2 2020, EU employment declined by 2.4%, average weekly hours worked of those who attended work reduced by nearly one hour, while the share of workers employed but not working more than doubled to 17%<sup>13</sup>. Fortunately, the decline tapered off subsequently. Five million fewer jobs in Q2 2020 in the EU than a year earlier has reduced to over three million jobs by the fourth quarter of 2020. The most severe declines in working hours and headcount employment were recorded in non-

---

<sup>7</sup> Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2).

<sup>8</sup> Cf. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, An SME Strategy for a sustainable and digital Europe, COM (2020) 103 final.

<sup>9</sup> Cf. COM (2021) 250 final.

<sup>10</sup> [https://ec.europa.eu/economy\\_finance/recovery-and-resilience-scoreboard/smart.html](https://ec.europa.eu/economy_finance/recovery-and-resilience-scoreboard/smart.html).

<sup>11</sup> Communication from the Commission – SME Relief Package, p. 1.

<sup>12</sup> International Organisation of Migration IOM. *Cross-Border Human Mobility Amid and after Covid-19 Policy Paper*, July 2020, see:

[https://www.iom.int/sites/default/files/default/pp\\_crossborder\\_human\\_mobility\\_amid\\_and\\_after\\_covid-19\\_policy.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/default/pp_crossborder_human_mobility_amid_and_after_covid-19_policy.pdf) For more, see also: KIELBASA, M., Remote work provisions in Poland as a means of intervention in business of posting of workers – amendments that make everyone happy? [in: LAW – COMMERCE – ECONOMY XI. Collection of scientific works, Kosice 2022, p. 137 et seq.

<sup>13</sup> Cf. WEBER, T., Hurley, J., Adascalitei, D., EUROFOUND\_COVID-19 *Implications for employment and working life*, 2021 retrievable at:

[https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef20050en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20050en.pdf)

teleworkable occupations such as services and sales jobs, elementary occupations and blue-collar occupations. Teleworkable white-collar occupational categories, with the exception of the managers category, were less affected by such declines<sup>14</sup>. This difference between the two above categories heralded a new phenomenon. Indeed, in just a few months' time, the COVID-19 pandemic has brought about years of change in the way companies in all sectors and regions do business Pursuant to discoveries of the *McKinsey Global Survey of executives*, their companies have accelerated the digitization of their customer and supply-chain interactions and of their internal operations by three to four years (!); also the share of digital or digitally enabled products in portfolios of such has accelerated by so much as seven years (!)<sup>15</sup>. It is therefore no wonder that some experts stated that 'in a post-COVID world, the future is digital'<sup>16</sup>.

The European Union followed suit – indeed, the European Commission has increasingly been introducing digitalisation policies in the European Union pursuant to its digital strategy. In the words of the Commission – digital technology is changing people's lives. Therefore, the EU's digital strategy aims to make this transformation work for people and businesses<sup>17</sup>. Naturally, the COVID-19 pandemic added another dimension to this transformation – the transition to a digital formula of activities may simply have meant “to be or not to be” for a particular entrepreneur. This was particularly true for small and medium-sized enterprises.

When assessing various dimensions of those policies, one may come to the conclusion that at least one of them has been neglected or perhaps just overlooked or not sufficiently developed so far. What I intend here is digitalisation concerning cross-border activities in the internal market of the European Union<sup>18</sup>. Its importance can be seen by merely looking at the following figures: in 2021, around 16 million EU/EFTA citizens lived in another EU or EFTA country and nearly 100 million

---

<sup>14</sup> Cf. Eurofound and European Commission Joint Research Centre (2021), What just happened? COVID-19 lockdowns and change in the labour market, Publications Office of the European Union, Luxembourg, p. 1 et seq. See also: KIELBASA, M., SZARANIEC, M., MĘDRALA, M., BENIO, M., Posting of workers from and to Poland. Facts and Figures. 2022, Leuven: POSTING.STAT project VS/2020/0499, p. 117 et seq.

<sup>15</sup> McKinsey&Company, How COVID-19 has pushed companies over the technology tipping point—and transformed business forever, retrievable at: <https://www.mckinsey.com/capabilities/strategy-and-corporate-finance/our-insights/how-covid-19-has-pushed-companies-over-the-technology-tipping-point-and-transformed-business-forever>

<sup>16</sup> Cf. STUSANI, D., In a post-COVID world, the future is digital, <https://www.github.org/articles/in-a-post-covid-world-the-future-is-digital/>

<sup>17</sup> A Europe fit for the digital age. Empowering people with a new generation of technologies, [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en) For the overview of the European Union's initiatives concerning the digitalization see e.g. EU Digital Strategy, <https://eufordigital.eu/discover-eu/eu-digital-strategy/#:~:text=This%20policy%20programme%20is%20guided,prosper%20from%20the%20digital%20potential.>

<sup>18</sup> In this article, given the space constraints, I'm leaving aside the issues concerning cross-border remote work (telework); for more on this topic, see e.g.: KIELBASA, M., Remote work provisions in Poland as a means of intervention in business of posting of workers - amendments that make everyone happy? [in:] Law Commerce Economy XL, Collection of scientific works, Kosice 2022; p. 136-147; KIELBASA M., Transgraniczne aspekty zdalnego świadczenia pracy published [in:] Praca zdalna w polskim systemie prawnym , ed. by MĘDRALA, M. Wolters Kluwer Poland, Warszawa 2021; p. 212 et seq.



tourism trips were made to another EU Member State. However, in this regard the European Commission has recently come up with important initiatives concerning digitalisation in the Union's social security coordination<sup>19</sup>. On 6 September 2023, the Commission, in a dedicated Communication on digitalisation in social security coordination<sup>20</sup> proposed concrete steps to further digitalise the coordination of social security systems in Europe. The Communication lays out actions to make access to social security services quicker and simpler across borders by making full use of digital tools, reducing administrative burden for citizens and business. This, according to the Commission is to improve the exchanges of information between national social security institutions and speed up the recognition and granting of eligible benefits across borders. The Commission felt obliged to underline that despite previous initiatives to improve the cross-border flow of social security information, national institutions, healthcare providers and labour inspectorates still face difficulties accessing and sharing data, due to insufficient interoperability between national systems, while also emphasising the need to avoid unnecessary costs of issuing and verifying entitlements documents<sup>21</sup>.

The European Parliament<sup>22</sup>, Member States, social security institutions and social partners have also called for EU and national action to further simplify procedures for people and businesses, reduce administrative obstacles and move towards more interoperable, interconnected and automated social security systems. This was one of the main takeaways of a high-level Conference on “*Digitalisation in social security coordination (ESSPASS) and labour cards*”, held on 1 March 2023, together with the request for greater clarity on the various EU initiatives and how they complement each other. To respond to these calls and address the challenges faced by citizens and businesses, the Commission's Communication on digitalisation in social security coordination presents an overview of the existing initiatives and proposes further measures to be taken in the short and medium term. The Commission emphasised that further digitalisation of this area can reduce administrative hurdles and costs for mobile citizens as well as businesses operating abroad, including SMEs, through improved digital experiences when interacting with public bodies for social security purposes, improve the exchange of information and cooperation between institutions, via better interoperability, automation and data

---

<sup>19</sup> For more on the coordination of social security in the European Union see e.g. JORENS, Y., Cross-border EU Employment and its Enforcement. An Analysis of the Labour and Social Security Law Aspects and a Quest for Solutions, Springer 2022, p. 227 et seq.; 50 Years of European Social Security Coordination, edited by CORNELISSEN, R., European Journal of Social Security 2009, Vol. 11, Issue 1-2.

<sup>20</sup> Cf. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on digitalisation in social security coordination: facilitating free movement in the Single Market, COM(2023) 501 final (hereinafter ‘Communication on digitalisation in social security coordination’ / ‘Communication on digitalisation’).

<sup>21</sup> Cf. European Commission, Towards a more digital social security coordination: Commission proposes steps to make it easier for Europeans to live, work and travel abroad – press release, 6 September 2023, retrievable at: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4263](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4263)

<sup>22</sup> In its Resolutions: P9\_TA(2020)0371; P9\_TA(2020)0284; P9\_TA(2021)0007; P9\_TA(2021)0249; P9\_TA(2020)0176; P9\_TA(2021)0473 ; P9\_TA(2023)0203.

sharing, as well as reduce the risk of errors and social security fraud, including that related to falsification of documents, thus reinforcing the protection of people (including e.g. posted workers and third-country national – both posted and going abroad as migrant workers) and fair labour mobility<sup>23</sup>.

When it comes to the key measures proposed to carry out such plans, the Commission called on Member States in various areas of activity, *inter alia* to:

- accelerate the national implementation of the Electronic Exchange of Social Security Information (EESSI<sup>24</sup>) so that it is fully operational by the end of 2024 across Europe<sup>25</sup>;
- fully engage in the European Social Security Pass (ESSPASS<sup>26</sup>) pilot activities, which explore how to simplify the issuance and verification of citizens' social security entitlements across borders;
- deliver more social security coordination procedures fully online (to make it even easier for people to move and work abroad). To that end, according to the Commission, the Member States can build on the Single Digital Gateway Regulation, which foresees a fully online delivery of some important administrative procedures to citizens and businesses by 12 December 2023 at the latest.
- work towards introducing EU Digital Identity (EUDI) wallets, which will allow EU citizens to carry digital versions of entitlement documents, such as the European Health Insurance Card (EHIC), making it easier for social security institutions, labour inspectorates and healthcare providers to instantly verify these documents<sup>27</sup>. It will also go a long way towards making activities of entrepreneurs, including especially small and medium enterprises (SMEs) a lot easier and less costly – which provide obvious benefits for the consumers, too.

I shall focus especially on the two first of the above-mentioned initiatives. When examining the above goals in more detail, firstly, one needs to recall that as required by the Union's provisions concerning on social security coordination<sup>28</sup>, the Electronic Exchange of Social Security Information (EESSI) system is built to

---

<sup>23</sup> See 'Communication on digitalisation in social security coordination', p. 3.

<sup>24</sup> For more information see e.g.: Electronic Exchange of Social Security Information (EESSI), retrievable at: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1544&langId=en>; WENANDER, H., A Network of Social Security Bodies – European Administrative Cooperation under Regulation (EC) No 883/2004, Review of European Administrative Law, Volume 6, Number 1, June 2013, pp. 39-71(33).

<sup>25</sup> EESSI digitalises the exchanges among national social security institutions, to move away from paper-based, time-consuming and cumbersome procedures European Commission, Towards a more digital social security coordination, op. cit.

<sup>26</sup> See e.g. CARRASCOSA BERMEJO, D., MOLINA MILLÁN, J., The binding nature of posting PDA1 issued under EU social security Coordination Regulations and the possible role of national courts, ERA Forum (2023) 24:69–103, p. 99.

<sup>27</sup> EUROPEAN COMMISSION, Towards a more digital social security coordination, op. cit.

<sup>28</sup> Cf. Art. 78-79 of the Basic Regulation 883/2004 and Art. 4 and 95 of the Implementing Regulation 987/2009.

ensure rapid and secure exchanges of information between social security institutions across Europe, replacing paper-based communication. The very project started in 2008 and since its launch in 2019<sup>29</sup>, EESSI has been enabling a faster, more efficient and more accurate handling of cases in the social security areas and branches covered by EU coordination rules (such as e.g. determination of the applicable legislation, sickness, accidents at work etc.). The aim thereof is to facilitate the protection of social security rights across borders by allowing quicker handling of cases, calculation and payment of benefits (e.g. pension rights for people who have worked in several countries; family and unemployment benefits and other)<sup>30</sup>. The very system was built to standardise the information exchange and improve the efficiency of social security processes and administrative cooperation between countries and their social security institutions. The completion of the full roll-out of the EESSI system has been declared ‘a priority’, it is now operational in all 32 participating countries<sup>31</sup> and already streamlining the handling of cases, This concerns in particular the reimbursement of healthcare costs between countries. Until these final steps are taken, alternative ways of communication need to be used outside the system for the processes in question<sup>32</sup>.

However, the Commission emphasized that while improving the electronic exchange of social security information between institutions is of paramount importance, it is only the first step. Digitalisation should benefit everyone, in particular citizens and businesses, to further facilitate the exercise of their rights in the single market of the EU by streamlining procedures and reducing administrative burden. To that end, the European Pillar of Social Rights Action Plan<sup>33</sup> announced the launch of the European Social Security Pass (ESSPASS) pilot project, to explore a digital solution for verifying people’s social security entitlement documents in other EU countries (i.e. portable documents). This should make it easier for people to exercise their social security rights when travelling, moving, and working in another Member State, while reducing the risk of fraud and error. It should also simplify procedures for companies, for instance, when sending their employees to work temporarily abroad (i.e. posting of workers)<sup>34</sup>.

The major difference between the two initiatives is that while EESSI allows exchanges only between social security institutions, ESSPASS’ reach is broader – it is meant to help people travelling or moving to another EU country or companies

---

<sup>29</sup> Although, one has to observe, that the EESSI had been envisaged to be fully operational until July 2019. For concerns regarding the EESSI’s implementation, see e.g. DEUTSCHE SOZIALVERSICHERUNG EUROPVERTRETUNG, Is RINA chaos looming? This is the social-security-related question currently being asked in Europe <https://dsv-europa.de/en/news/2021/01/rina.html>.

<sup>30</sup> Communication on digitalisation in social security coordination, p. 5-6.

<sup>31</sup> As of 6 September 2023 – it is said to have been fully implemented in 13 countries – Bulgaria, Cyprus, Denmark, Estonia, France, Hungary, Iceland Latvia, Malta, Norway, Portugal, Sweden, and the United Kingdom (although Poland claims full operability of the EESSI system, too).

<sup>32</sup> Cf. Communication on digitalisation in social security coordination, p. 7.

<sup>33</sup> Cf. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1607&langId=en#:~:text=The%20European%20Pillar%20of%20Social%20Rights%20sets%20out%2020%20key,concrete%20actions%20to%20benefit%20citizens>.

<sup>34</sup> Cf. Communication on digitalisation in social security coordination, p. 7-8.

doing business abroad to interact digitally both with social security institutions and other public bodies, such as labour inspectorates and healthcare providers. ESSPASS will build on relevant EU digital initiatives like “Your Europe” website (being a possible single-entry point for citizens and companies to request the social security coordination documents to be digitised under the Single Digital Gateway Regulation) or the European Digital Identity framework and the standardised EU digital wallets. Once implemented, they would also be used to identify mobile citizens, store and share the digital portable documents, including the European Health Insurance Card. ESSPASS would complement all of these tools this by making it possible for social security institutions, labour inspectorates and healthcare providers to check in real-time whether the documents are valid, or changes have occurred<sup>35</sup>.

One could think that the ESSPASS tool would in the light of the above be the very initiative of the Commission that would be completed first. However, this is only partially true, as the ESSPASS Pilot Project started in 2021 with a first phase of piloting activities, launched with the Italian social security institution Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (Inps), which focused on the digitalisation of procedures for portable document A1<sup>36</sup>. Other 13 Member States followed this first phase, mostly as observers<sup>37</sup>. Its results showed how ESSPASS could help simplify the lives of mobile citizens and businesses providing services abroad, including small and medium-sized enterprises, by streamlining procedures and reducing administrative burdens. It was only the first phase of the ESSPASS project. Currently, two consortia of Member State institutions are pursuing ESSPASS activities and further piloting the issuing and verification of Portable Document A1 (PD A1) and the European Health Insurance Card<sup>38</sup>, under the Digital Europe Programme. The pilot phase of the ESSPASS project is however envisaged to be finalised only by 2025, therefore, one could reasonably expect that the very initiative will not be entirely ready and operative before few years afterwards.

The Commission in its Communication called on all Member States in particular to make a move and to join the two consortia of Member State institutions piloting the digital issuing and verification of portable document A1 and the EHIC. It pledges to come up with an appropriate legislative framework, if needed.

Apart from that, two more digital initiatives are worth mentioning here. They both concern the cross-border provision of services, where the digital dimension might help to reduce the administrative burden on entrepreneurs and at the same time. I refer here to work of Commission and Member States on a common electronic form

---

<sup>35</sup> Cf. Communication on digitalisation in social security coordination, p. 8.

<sup>36</sup> Cf. Inps, Comunicato stampa, 19.11.2021,chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefndmkaj/[https://www.inps.it/content/dam/inps-site/it/scorporati/comunicati-stampa/2021/11/Allegati/2989\\_convegno\\_stampa\\_icone.pdf](https://www.inps.it/content/dam/inps-site/it/scorporati/comunicati-stampa/2021/11/Allegati/2989_convegno_stampa_icone.pdf); AGENCE EUROPE, Pilot project on European social security “pass” makes slow progress, 19.10.2021;

<sup>37</sup> Cf. Communication on digitalisation in social security coordination, p. 9-10.

<sup>38</sup> As stated by the Commission, Member State institutions in the consortium under the European Digital Identity framework (AT, BE, CZ, DK, DE, IE, IT, NL, PL, PT, ES, SE) are working on the use of EU digital identity wallets for the portable document A1 and the EHIC (among other use cases).

for the Declaration of posting of workers (e-Declaration), as well as to a project, to be carried out by the EU social partners in the construction sector in 2023-25 (with the financial support of the Commission), to explore the potential for interoperability between labour and social identity cards of different countries<sup>39</sup>.

## 2. COVID-19' – OPPORTUNITY TO ACCELERATE REFORMS CONCERNING SMEs?

SMEs, as mentioned above, are essential to Europe's economic (and social) fabric. Despite many efforts, they have not quite returned to pre-pandemic level of economic performance yet. The legislative and social landscape (and a sort of an existing acquiescence to take up bold changes in turbulent times) following the pandemic has created an ideal opportunity to introduce many economic reforms that could unleash the energies of small and medium entrepreneurs and help the whole economy in the EU.

The Commission tried not to lag behind. Indeed, to enable the realization of SMEs full potential in the EU's Single Market and beyond, it had already put forward a comprehensive set of actions under its 2020 SME strategy for a sustainable and digital Europe<sup>40</sup>. To follow up and to complement the activities undertaken within its framework, on 12 September 2023, the Commission presented a series of initiatives to address SMEs' needs in the current (difficult) economic environment. The proposed package of measures, contained *inter alia* the SME Relief Communication<sup>41</sup>. Four initiatives contained in the Communication (and the subsequent State of the Union Address by the Commission's President U. von der Leyen<sup>42</sup>) stand out in particular for the purposes hereof:

- A) a proposal for a Regulation on late payments in commercial transactions;
- B) a proposal for a Directive establishing a Head Office Tax System for SMEs.
- C) appointment of an EU SME Envoy to provide guidance and advice to the Commission on SME issues, and advocate SME interests externally
- D) review, by the end of 2023, of the current SME definition thresholds and developing a harmonised definition and potentially adapting certain obligations for small mid-cap companies<sup>43</sup>. I shall now consider them below.

### Ad. A.

According to the Commission, late payment of invoices affects companies from all sectors across all EU Member States. It has a particularly negative impact on

---

<sup>39</sup> For more, see: Communication on digitalisation in social security coordination, p. 11.

<sup>40</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, An SME Strategy for a sustainable and digital Europe, COM/2020/103 final.

<sup>41</sup> Communication from the Commission – SME Relief Package.

<sup>42</sup> State of the Union Address, 13 September 2023, [https://state-of-the-union.ec.europa.eu/index\\_en](https://state-of-the-union.ec.europa.eu/index_en)

<sup>43</sup> Cf. Championing Europe's SMEs: Commission provides new relief to boost the competitiveness and resilience of SMEs, Press release, 12 September 2023, retrievable at: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4409](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4409)

SMEs, as they rely on regular and predictable streams of cash, and have more limited access to liquidity than large businesses<sup>44</sup>. Indeed, it is estimated that over 500 invoices are issued every second in the EU<sup>45</sup> - 1/2 is not paid on time. By being paid on time, companies will save each year at least 5 man-days currently lost to chasing debtors, equal to € 8.74 billion for the entire EU economy. On the other hand, ¼ bankruptcies are due to invoices not being paid timely<sup>46</sup>. SMEs that are paid late have to cover the resulting shortfall in liquidity through short-term loans, driving up their financing costs. Reducing late payments is a key element to provide SMEs with the much-needed liquidity to invest in innovation or to pass cost reductions to consumers<sup>47</sup>. Bearing in mind that one day late equals 158 million euro of additional finance costs for European companies, these new rules aim to reduce late payments by 35%. Furthermore, the amount of time companies spend on chasing their debtors will be significantly reduced, saving European businesses 340 million person-hours, equal to 8.7 billion euro. Beyond the direct monetary benefits, this should redistribute liquidity more fairly in the economy and decrease the dependency of SMEs on external financing<sup>48</sup>.

As part of the SME Relief Package, the Commission proposed a revision of the late payment rules, replacing the existing Late Payment Directive<sup>49</sup> with a regulation<sup>50</sup> (the Directive is to be repealed and replaced by the very regulation). The choice of the latter instrument, according to the Commission has numerous advantages, in particular, as regards the need to tackle the cross-border aspect of late payments. It allows introducing the same solutions throughout the EU (and bind both Member States and private parties by them) in relation to the key aspects, such as the maximum term for payments and verification procedures, the rate of interest for late payments and the amount of flat fee compensation. At the same time, Member States will be allowed to adopt more stringent provisions on certain aspects<sup>51</sup>.

The proposal provides in particular for a binding maximum payment terms of 30 (calendar) days for commercial transactions, from the date of the receipt of the invoice or an equivalent request for payment by the debtor, provided that the debtor has received the goods or services. This period shall apply both to the transactions between undertakings and between public authorities and undertakings. The same payment period shall also apply to the supply of non-perishable agricultural and food products on a regular and non-regular basis as referred to in Articles 3(1)(a), point (i), second indent and 3(1)(a), point (ii), second indent of Directive (EU) 2019/633, unless Member States provide for a shorter payment period for such products (Art.

---

<sup>44</sup> Cf. 'Communication from the Commission – SME Relief Package', p. 11.

<sup>45</sup> See: European Commission (2019). Study on the evaluation of invoicing rules of Directive 2006/112/EC. Final Report.

<sup>46</sup> See Factsheet on late payment regulation, 12 September 2023.

<sup>47</sup> Cf. Championing Europe's SMEs, op. cit.

<sup>48</sup> Cf. 'Communication from the Commission – SME Relief Package', p. 11.

<sup>49</sup> Cf. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions (recast), OJ L 48, 23.2.2011, p. 1–10.

<sup>50</sup> Cf. the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, COM(2023) 533 final 2023/0323 (COD).

<sup>51</sup> Cf. *ibidem*, s. 3.

3(1) of the proposed Regulation). It will make the payment of compensatory fees and interest automatic in case of late payment and flank these new measures with a robust enforcement framework. It will also make it easier for companies to assert their rights by reducing the burden of, and facilitating access to, effective redress via mediation<sup>52</sup>.

The Commission moreover proposed introducing automatic payment of accrued interest and compensation fees and introduces new enforcement and redress measures to protect companies against bad payers<sup>53</sup>. These measures might go a long way towards improving the liquidity of SMEs and therefore their chances of surviving (and then investing and providing employment) in the very difficult current economic landscape.

Ad. B).

The Commission's proposal in this regard stems from findings that businesses, notably those with cross-border activities, face complexity and high compliance costs as a result of having to comply with different corporate tax systems when doing business in more than one Member State. As a result, when it comes to compliance costs for corporate income taxes – they may amount to as much as €54 billion a year. 90% of this amount is incurred by very small enterprises (less than 10 employees). SMEs spend approximately 2.5% of their turnover on complying with their tax obligations, while large enterprises spend 0.7%<sup>54</sup>.

The proposed Head Office Tax System for SMEs will give those enterprises which operate cross-border through permanent establishments the option to interact with only one tax administration – that of the Head Office – instead of having to comply with multiple tax systems. Such a proposal will increase tax certainty and fairness, reduce compliance costs and distortions in the market that influence business decisions, while minimising the risk of double and over taxation and tax disputes. The expected decrease in compliance costs should, in particular, foster investment and cross-border expansion in the EU. SMEs operating in different Member States will be able to fully maximise the freedom of establishment and the free movement of capital without being hindered by unnecessary tax related obstacles<sup>55</sup>.

Therefore, as part of this SME Relief Package, the Commission is proposing a major simplification in the area of direct taxation for SMEs that have created a taxable presence in another Member State through a permanent establishment. These SMEs would be allowed to compute the tax base of their permanent establishments in other Member States in accordance with the rules of their Member State where they maintain their head office and with which they are most familiar with. The envisaged rules will particularly benefit SMEs at an early stage of international expansion. The impact assessment accompanying the proposal estimates that it could reduce SMEs' tax compliance costs by 32% leading to overall savings of up to 3.4

---

<sup>52</sup> Cf. *Championing Europe's SMEs*, op. cit.

<sup>53</sup> Cf. *Championing Europe's SMEs*, op. cit.

<sup>54</sup> Cf. *Factsheet on the Head Office Tax System for SMEs*, 12 September 2023.

<sup>55</sup> Cf. *Championing Europe's SMEs*, op. cit.

billion euro a year. In addition, to alleviate the burden small businesses with cross-border activities face in dealing with VAT across the EU, new VAT rules will apply as of 1 January 2025, as provided by the appropriate Directive 2020/285<sup>56</sup>. Eligible small businesses will have the option to exempt from VAT their supplies of goods and services made in any of the other EU Member States in addition to their Member State of establishment<sup>57</sup>.

Ad. C)

The Commission also proposed to appoint a dedicated EU SME Envoy who shall report directly to the President<sup>58</sup>, while also reporting to the Commissioner for Internal Market on all SME-related activities conducted in conjunction with the services of the Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (DG GROW), which shall support the Envoy's work. In addition to wider advocacy and coordination work within the Commission, with the Network of SME Envoys and externally, and building on the foregoing developments, the EU SME Envoy will henceforth be able to participate in the Regulatory Scrutiny Board hearings with Directorates-General on initiatives that have a high impact on SMEs. In that context, the EU SME Envoy will be able to raise issues and alert the Board on significant adverse impacts on SMEs, potential additional measures to mitigate them. Moreover, the EU SME Envoy, based on the SME filter<sup>59</sup>, will provide to the Commission the list of initiatives that are most impactful for SMEs.

Overall, one may therefore say, that the figure of such an Envoy could therefore be likened (*toutes proportions gardées*) to the Ombudsman for Small and Medium Entrepreneurs (SME Ombudsman [*Rzecznik Małych i Średnich Przesiębiorców*])<sup>60</sup>. His/her appointment might strengthen the SMEs' opportunities to contest certain protectionist practices, especially in the cross-border context, and will add to the opportunities they already have under the SOLVIT service<sup>61</sup>.

Ad. D).

SMEs are currently defined by the provisions of law as companies with under 250 employees, combined with an annual turnover up to 50 million euro or a balance sheet total up to 43 million. These thresholds were established in 2003. While twenty years later the vast majority of companies remain covered by the SME definition,

---

<sup>56</sup> See the Council Directive (EU) 2020/285 of 18 February 2020 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards the special scheme for small enterprises and Regulation (EU) No 904/2010 as regards the administrative cooperation and exchange of information for the purpose of monitoring the correct application of the special scheme for small enterprises ST/14527/2019/INIT, OJ L 62, 2.3.2020, p. 13–23.

<sup>57</sup> Cf. Communication from the Commission – SME Relief Package, p. 4.

<sup>58</sup> The President of the Commission herself, U. von der Leyen also announced the appointment of the 'EU SME envoy, reporting directly to herself' – cf. the text of the 2023 State of the Union Address by President von der Leyen, Strasbourg, 13 September 2023: [https://state-of-the-union.ec.europa.eu/index\\_en](https://state-of-the-union.ec.europa.eu/index_en)

<sup>59</sup> Cf. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/53934>.

<sup>60</sup> Cf. the Polish Act of 6 March 2018 on the Ombudsman for Small and Medium Entrepreneurs, consolidated text, Journal of Laws, 2023, item 1668.

<sup>61</sup> For more on SOLVIT, cf.: [https://ec.europa.eu/solvit/what-is-solvit/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/solvit/what-is-solvit/index_en.htm)



some companies outgrow the definition and become so-called ‘mid-cap’ companies<sup>62</sup>. Back in 2021, the Commission carried out the evaluation of the definition of ‘SMEs’ – it found that it was relevant, as the average turnover of EU SME remaining well below the threshold<sup>63</sup>. However, as the Commission admitted that evaluation in question was carried out on the basis of 2018 data and therefore could not reflect the impacts of the pandemic, war in Ukraine and the energy crisis, which have shaken the EU’s economy since then, and in particular have driven a significant surge in inflation that is only gradually coming down. Moreover, in light of current and future economic challenges – from digitalisation to demographic change – it may be appropriate to give greater recognition to the productivity gains over the past two decades, by taking them into account in defining the upper bounds of the SME status<sup>64</sup>.

When it comes to the role of mid-caps in the EU economy, the recent Commission study<sup>65</sup> demonstrated its significance: small (250-499 employees) and large mid-caps (500-1499 employees) together account for more than 13% of overall employment in the European non-financial business sector. The share of mid-cap firms is particularly high in industrial ecosystems that are key to the EU’s competitiveness and technological sovereignty: electronics, aerospace and defence, energy, energy-intensive industries, and health sectors. Small mid-caps usually grow faster, are more innovative and deal better with digitalisation than SMEs, yet still face certain challenges such as the lack of skilled employees or administrative burden. Statistical data on small mid-caps is limited and a coherent approach to support the growth of small mid-cap companies is missing<sup>66</sup>.

Moreover, the adjustments of the thresholds defining an SME under the Accounting Directive will reduce the number of companies that currently fall within the scope of application of the sustainability reporting requirements under the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) and under the Taxonomy Regulation<sup>67</sup>.

For the above reasons, the steps envisaged by the Commission in the proposed Action 18 following the SME Relief Package seem very rational. They cover, inter alia, that, by the end of 2023, an analysis of the impact of high inflation and longer-run increases in productivity, as well as the interaction with possible additional measures for mid-caps be carried out. Such an analysis may result in raising the financial thresholds of the current SME definition and development of a harmonised

---

<sup>62</sup> Communication from the Commission – SME Relief Package, p. 19.

<sup>63</sup> Commission Staff Working Document Executive Summary of the Evaluation of Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (2003/361/EC) {SWD(2021) 279 final}.

<sup>64</sup> Cf. Communication from the Commission – SME Relief Package, p. 19.

<sup>65</sup> Cf. Study to map, measure and portray the EU mid-cap landscape. Final report, 2022, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ad5fdad5-6a33-11ed-b14f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-277396461>.

<sup>66</sup> Cf. Communication from the Commission – SME Relief Package, p. 19.

<sup>67</sup> Cf. Communication from the Commission – SME Relief Package, p. 10.

definition for small mid-cap companies and thereafter in undertaking actions necessary to reflect a revised SME definition in relevant legislative acts<sup>68</sup>.

## CONCLUSION

Digitalisation of different elements entrepreneurs' economic activity and various reliefs to entrepreneurs were provided for at respective stages of the COVID-19 pandemic. Some of them proved to be 'here to stay'. However, to become a lasting legacy and a true help to entrepreneurs (especially SMEs whose activities have cross-border dimension), they needed to be adapt to post-pandemic reality.

The European Commission's initiatives described in this article seem to be a step in the right direction in this regard. Firstly, they concern digital-related measures in social security coordination, enabling effective provision of services by SMEs and making real the provisions concerning free movement of entrepreneurs within the internal market of the EU. Indeed, without benefits offered by the coordination of the social security in the EU, such activities would be virtually impossible. As described in the article, the initiatives are at the varying stages of completion (especially the EESSI seems to be close to the finish line) and they may provide a tangible help for SMEs when fully operational.

The same goes for the reliefs proposed by the Commission in its SME Relief Communication. The measures (the closest to completion seem a regulation on late payments in commercial transactions and the appointment of the EU SME Envoy) may in particular contribute to reducing burdens in various areas of the SMEs economic activity. Thus, they will indeed become a lasting (positive) legacy of the pandemic in the current, turbulent times..

## REFERENCES

1. *A Europe fit for the digital age. Empowering people with a new generation of technologies*, [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en).
2. BARNARD C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, OUP, Oxford 2013.
3. CARRASCOSA BERMEJO D., MOLINA MILLÁN J., *The binding nature of posting PDAI issued under EU social security Coordination Regulations and the possible role of national courts*, *ERA Forum* (2023).
4. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Digitalisation in Social Security Coordination: facilitating free movement in the single market*, COM(2023) 501 final.
5. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, An SME Strategy for a sustainable and digital Europe*, COM/2020/103 final.

---

<sup>68</sup> Cf. Communication from the Commission – SME Relief Package, p. 20.

6. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, SME Relief Package, 12.09.2023, COM(2023) 535 final.*
7. CORNELISSEN R., (ed.), *50 Years of European Social Security Coordination*, European Journal of Social Security 2009, Vol. 11, Issue 1-2.
8. DEUTSCHE SOZIALVERSICHERUNG EUROPAVERTRETUNG, *Is RINA chaos looming? This is the social-security-related question currently being asked in Europe*, <https://dsv-europa.de/en/news/2021/01/rina.html>.
9. DE WISPELAERE F., DE SMEDT L., PACOLET J., *Posting of workers. Report on A1 Portable Documents issued in 2019*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021.
10. *Electronic Exchange of Social Security Information (EESSI)*, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1544&langId=en>.
11. *EU Digital Strategy*, <https://eufordigital.eu/discover-eu/eu-digital-strategy/#:~:text=This%20policy%20programme%20is%20guided,prosper%20from%20the%20digital%20potential>.
12. EUROFOUND AND EUROPEAN COMMISSION JOINT RESEARCH CENTRE, *What just happened? COVID-19 lockdowns and change in the labour market*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.
13. EUROPEAN COMMISSION, *Towards a more digital social security coordination: Commission proposes steps to make it easier for Europeans to live, work and travel abroad – press release*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_4263](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4263).
14. *European Labour Authority (ELA) Report — Impact of teleworking during the COVID-19 pandemic on the applicable social security*, July 2021, <https://www.ela.europa.eu/sites/default/files/2021-07/ELA%20Report%20-%20Cross-border%20teleworking%20during%20the%20COVID-19%20pandemic%20%282021%29.pdf>.
15. *ETUC note on Posted Workers and the COVID-19 Outbreak*, <https://www.etuc.org/en/document/etuc-note-posted-workers-and-covid-19-outbreak>.
16. Inps, Comunicato stampa, 19.11.2021, chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcgclclefindmkaj/[https://www.inps.it/content/dam/inps-site/it/scorporati/comunicati-stampa/2021/11/Allegati/2989\\_convegno\\_stampa\\_icone.pdf](https://www.inps.it/content/dam/inps-site/it/scorporati/comunicati-stampa/2021/11/Allegati/2989_convegno_stampa_icone.pdf).
17. INTERNATIONAL ORGANISATION OF MIGRATION, *Cross-Border Human Mobility Amid and after Covid-19 Policy Paper*, July 2020, [https://www.iom.int/sites/default/files/default/pp\\_crossborder\\_human\\_mobility\\_amid\\_and\\_after\\_covid-19\\_policy.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/default/pp_crossborder_human_mobility_amid_and_after_covid-19_policy.pdf).
18. JORENS, Y., *Cross-border EU Employment and its Enforcement. An Analysis of the Labour and Social Security Law Aspects and a Quest for Solutions*, Springer 2022.
19. KIELBASA, M., *Remote work provisions in Poland as a means of intervention in business of posting of workers - amendments that make everyone happy? [in:] Law Commerce Economy XI., Collection of scientific works, Kosice 2022; p. 136-147.*

20. KIELBASA M., *Transgraniczne aspekty zdalnego świadczenia pracy* published [in:] *Praca zdalna w polskim systemie prawnym*, ed. by MĘDRALA, M. Wolters Kluwer Poland, Warszawa 2021; p. 212 et seq.
21. KIELBASA M., SZARANIEC M., MĘDRALA M., BENIO M., *Posting of workers from and to Poland. Facts and Figures. 2022*, Leuven: POSTING.STAT project VS/2020/0499.
22. MARCU S., *Towards Sustainable Mobility? The Influence of the COVID-19 Pandemic on Romanian Mobile Citizens in Spain*, *Sustainability* 2021, 13, 4023. <https://doi.org/10.3390/su13074023>.
23. MCKINSEY & COMPANY, *How COVID-19 has pushed companies over the technology tipping point—and transformed business forever*, <https://www.mckinsey.com/capabilities/strategy-and-corporate-finance/our-insights/how-covid-19-has-pushed-companies-over-the-technology-tipping-point-and-transformed-business-forever>.
24. RASNACA Z., *Essential but unprotected: highly mobile workers in the EU during the Covid-19 pandemic*, ETUI Policy Brief, no. 9/2020.
25. STEFANOVA-BEHLERT S., MENGHI, M., *The impact of Covid-19 on posted workers: the new 'posting framework'*, *European Issues* no. 591, 13 April 2021,
26. STUSANI D., *In a post-COVID world, the future is digital*, <https://www.github.org/articles/in-a-post-covid-world-the-future-is-digital/>.
27. WEBER T., HURLEY J., ADASCALITEI D., *EUROFOUND\_COVID-19 Implications for employment and working life*, 2021, [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef20050en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20050en.pdf).
28. WENANDER, H., *A Network of Social Security Bodies – European Administrative Cooperation under Regulation (EC) No 883/2004*, *Review of European Administrative Law*, Volume 6, Number 1, June 2013.

#### **CONTACT INFORMATION**

marcin.kielbasa@uek.krakow.pl

Cracow University of Economics, Faculty of Economics Finance and Law

ul. Rakowicka 27

31-510 Cracow

Poland

*Mgr. Ivan Kundrát, PhD.<sup>1</sup>*

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

## **Uzatvorenie pracovnej zmluvy s mladistvým uchádzačom o zamestnanie<sup>2</sup>**

### **Concluding an Employment Contract with an Adolescent Jobseeker**

#### *Abstrakt*

*Autor v príspevku skúma podmienky uzatvorenia pracovnej zmluvy s mladistvým uchádzačom o zamestnanie. Objasňuje pojem mladistvý uchádzač o zamestnanie so zreteľom na určenie rozhodujúceho okamihu pre zisťovanie jeho veku. V kontexte právnej úpravy pracovnoprávnej subjektivity zamestnanca autor identifikuje zákonného zástupcu mladistvého uchádzača o zamestnanie. Následne autor skúma proces vyžiadania vyjadrenia zákonného zástupcu a povinnosť mladistvého informovať zamestnávateľa o dĺžke pracovného času u iného zamestnávateľa. V poslednej časti príspevku autor analyzuje povinnosť zamestnávateľa uzatvoriť pracovnú zmluvu s mladistvým iba po predchádzajúcom lekárskom vyšetrení mladistvého.*

*Kľúčové slová: pracovná zmluva, mladistvý, zákonný zástupca, pracovný čas, lekárske vyšetrenie.*

#### *Abstract*

*In the paper, the author examines the conditions for concluding an employment contract with an adolescent jobseeker. The author clarifies the concept of an adolescent jobseeker with regard to the determination of the decisive moment for ascertaining their age. In the context of the legal regulation of the legal personality of an employee, the author identifies a legal representative of an adolescent jobseeker. Subsequently, the author examines the process of requesting a statement from a legal representative and the obligation of an adolescent to inform an employer about the length of working time with another employer. In the last part of the paper, the author analyses employer's obligation to conclude an employment contract with an adolescent upon medical examination of the adolescent.*

*Key words: employment contract, adolescent, legal representative, working time, medical examination.*

**JEL Classification: K31**

---

<sup>1</sup> Mgr. Ivan Kundrát, PhD. pôsobí ako odborný asistent na Katedre pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnickej fakulty.

<sup>2</sup> Príspevok bol spracovaný v rámci riešenia grantového projektu VEGA č. 1/0291/23 „Legislatívne výzvy pre pracovné právo pri tvorbe diverzných a inkluzívnych pracovísk“.

## ÚVOD

Postup zamestnávateľa a fyzickej osoby (uchádzača o zamestnanie) pri uzatváraní pracovnej zmluvy upravuje § 41 zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákonník práce“ alebo „ZP“). Vznik právnych vzťahov pred uzatvorením pracovnej zmluvy (predzmluvných vzťahov) je výnimkou zo zásady, že pracovnoprávne vzťahy vznikajú najskôr od uzatvorenia pracovnej zmluvy (porov. § 1 ods. 5 ZP). Obsahom predzmluvných vzťahov sú práva a povinnosti zamestnávateľa a uchádzača o zamestnanie.<sup>3</sup> Tieto práva a povinnosti sa týkajú výmeny informácií medzi zamestnávateľom a uchádzačom o zamestnanie, sú zamerané na ochranu uchádzača o zamestnanie, ale súčasne zabezpečujú, aby po uzatvorení pracovnej zmluvy prácu vykonával zamestnanec, ktorý spĺňa predpoklady ustanovené právnymi predpismi.

V prípade, že do predzmluvných vzťahov vstúpi mladistvý, na účastníkov predzmluvných vzťahov sa vzťahujú osobitné povinnosti (§ 41 ods. 3, 4 a 7 ZP). V prvom rade na uzatvorenie pracovnej zmluvy s mladistvým je zamestnávateľ povinný vyžiadať si vyjadrenie jeho zákonného zástupcu. Po druhé, zamestnávateľ môže uzatvoriť pracovnú zmluvu s mladistvým iba po predchádzajúcom lekárskom vyšetrení mladistvého. Napokon samotný mladistvý uchádzač o zamestnanie je povinný zamestnávateľa informovať o dĺžke pracovného času u iného zamestnávateľa. Cieľom tejto úpravy je osobitná ochrana mladistvého, a to jednak v rovine bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci (lekárske vyšetrenie mladistvého, pracovný čas), a jednak v rovine starostlivosti o jeho výchovu a prípravu na povolanie (vyjadrenie zákonného zástupcu).

Právna úprava predzmluvných vzťahov je v súčasnosti zdrojom interpretačných a aplikačných problémov, ktorých príčinou je najmä nepresná alebo nejasná terminológia. Pojem mladistvý uchádzač o zamestnanie Zákonník práce nevymedzuje. Je zrejmé, že podobne ako v prípade pojmu mladistvého zamestnanca (§ 40 ods. 3 ZP) treba vychádzať z vekovej hranice 18 rokov, sporná je však otázka, ktorý okamih je pre posúdenie veku mladistvého uchádzača o zamestnanie rozhodujúci. Sporné je aj použitie pojmu zákonný zástupca, ktorý poskytuje vyjadrenie k uzatvoreniu pracovnej zmluvy s mladistvým, ale nekoná v jeho mene. Pri lekárskom vyšetrení, ktoré má predchádzať uzatvoreniu pracovnej zmluvy, je sporná jeho forma, obsah i účel.

Na základe uvedeného možno vysloviť niekoľko hypotéz, ktorých overenie je cieľom predkladaného príspevku. Po prvé (hypotéza č. 1), pre posudzovanie veku mladistvého uchádzača o zamestnanie je rozhodujúci čas uzatvorenia pracovnej zmluvy. Po druhé (hypotéza č. 2), subjekt, ktorého Zákonník práce formálne označuje ako zákonného zástupcu mladistvého, v skutočnosti nemá právne postavenie zástupcu. A napokon, po tretie (hypotéza č. 3), lekárske vyšetrenie, na rozdiel od posúdenia zdravotnej spôsobilosti na prácu vykonávaného na základe hodnotenia zdravotného rizika z expozície faktorom práce a pracovného prostredia, sa obmedzuje na zistenie zdravotného stavu uchádzača o zamestnanie.

<sup>3</sup> Pozri bližšie: ŽUĽOVÁ, J. *Výber zamestnancov. Právne úskalia obsadzovania pracovných miest*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2021, s. 12-13.

Príspevok zohľadňuje súčasný stav poznania vedy pracovného práva, pričom sa opiera o komentáre k právnym predpisom, vedecké monografie, články v časopisoch a príspevky v zborníkoch. Pri skúmaní otázky zdravotnej spôsobilosti mladistvého uchádzača o zamestnanie príspevok nadväzuje na výsledky dosiahnuté pri riešení grantového projektu APVV-16-0002 Duševné zdravie na pracovisku a posudzovanie zdravotnej spôsobilosti zamestnanca. Za účelom dosiahnutia cieľa príspevku boli použité metódy vedeckej práce, najmä metóda analýzy a komparácie.

## 1. MLADISTVÝ UCHÁDZAČ O ZAMESTNANIE A JEHO ZÁKONNÝ ZÁSTUPCA

Podľa § 11 ods. 2 ZP spôsobilosť fyzickej osoby mať v pracovnoprávných vzťahoch práva a povinnosti ako zamestnanec a spôsobilosť vlastnými právnymi úkonmi nadobúdať tieto práva a brať na seba tieto povinnosti vzniká, ak ďalej nie je ustanovené inak, dňom, keď fyzická osoba dovŕši 15 rokov veku; zamestnávateľ však nesmie dohodnúť ako deň nástupu do práce deň, ktorý by predchádzal dňu, keď fyzická osoba skončí povinnú školskú dochádzku. Predmetné ustanovenie upravuje pasívnu stránku (spôsobilosť na práva a povinnosti, t. j. schopnosť byť účastníkom pracovnoprávných vzťahov) a aktívnu stránku (schopnosť vlastnými právnymi úkonmi nadobúdať práva a brať na seba povinnosti) pracovnoprávnej subjektivity zamestnanca.<sup>4</sup> Obe stránky pracovnoprávnej subjektivity zamestnanca vznikajú súčasne, a to dňom, keď fyzická osoba dovŕši 15 rokov veku. Výnimkou je dohoda o hmotnej zodpovednosti, ktorú môže zamestnanec uzatvoriť najskôr v deň, keď dovŕši 18 rokov veku (§ 11 ods. 3 ZP).<sup>5</sup>

Súčasne sa uplatňuje zákaz dohodnúť ako deň nástupu do práce deň, ktorý by predchádzal dňu, keď fyzická osoba skončí povinnú školskú dochádzku. Podľa § 19 ods. 2 zákona č. 245/2008 Z. z. o výchove a vzdelávaní (školský zákon) a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je povinná školská dochádzka desaťročná a trvá najviac do konca školského roka, v ktorom žiak dovŕši 16. rok veku, ak tento zákon neustanovuje inak. Toto obmedzenie však nie je obmedzením právnej subjektivity, ale obmedzením zmluvnej voľnosti.<sup>6</sup> To znamená, že fyzická osoba, ktorá dovŕšila 15 rokov veku, môže uzatvoriť pracovnú zmluvu, hoci ešte neskončila povinnú školskú dochádzku. Obsahom tejto pracovnej zmluvy však nesmie byť dohoda o dni nástupu do práce, ktorý by predchádzal dňu, keď fyzická osoba skončí povinnú školskú dochádzku.

Fyzická osoba staršia ako 15 rokov do skončenia povinnej školskej dochádzky môže vykonávať prácu v režime ľahkých prác podľa § 11 ods. 4 a 5 ZP. Ide o možnosť vykonávať práce, ktoré svojím charakterom a rozsahom neohrozujú ich

<sup>4</sup> Pozri bližšie: ŽUĽOVÁ, J. – BARINKOVÁ, M. – DOLOBÁČ, M. *Pracovné právo v poznámkach s príkladmi*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 85.

<sup>5</sup> Pozri bližšie: ŠVEC, M. a kol. *Zákonník práce. Zväzok I*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, s. 184. Ak zamestnanec nadobudne plnoletosť pred dovŕšením 18 roku veku (porov. § 8 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov), nemôže uzatvoriť dohodu o hmotnej zodpovednosti napriek tomu, že už je plnoletý. Pozri bližšie: TKÁČ, V. a kol. *Zákonník práce. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2014, s. 72-73.

<sup>6</sup> Pozri bližšie: BARANCOVÁ, H. a kol. *Zákonník práce*. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s. 254.

zdravie, bezpečnosť, ich ďalší vývoj alebo školskú dochádzku. Na rozdiel od práce fyzických osôb vo veku do 15 rokov, práca fyzickej osoby staršej ako 15 rokov do skončenia povinnej školskej dochádzky nie je obmedzená na účinkovanie alebo spoluúčinkovanie na kultúrnych predstaveniach a umeleckých predstaveniach, športové podujatia a reklamné činnosti.<sup>7</sup> Výkon tejto práce však naďalej podlieha povoleniu príslušného inšpektorátu práce po dohode s príslušným orgánom štátnej správy na úseku verejného zdravotníctva.

Z uvedeného vyplýva, že fyzická osoba, ktorá dovŕšila 15 rokov veku, nadobudla spôsobilosť mať v pracovnoprávných vzťahoch práva a povinnosti ako zamestnanec a spôsobilosť vlastnými právnymi úkonmi nadobúdať tieto práva a brať na seba tieto povinnosti, preto je táto fyzická osoba spôsobilá uzatvoriť pracovnú zmluvu. Táto fyzická osoba koná samostatne. Naopak, ako upozorňuje M. Dolobáč, fyzická osoba, ktorá nedovŕšila 15 rokov veku, pracovnú zmluvu uzatvoriť nemôže, a nemôže ju v jej mene uzatvoriť ani zákonný zástupca, pretože fyzická osoba mladšia ako 15 rokov nedisponuje pracovnoprávnou subjektivitou pre uzatvorenie pracovnoprávneho vzťahu. Predpokladom konať za niekoho je totiž skutočnosť, že osoba, za ktorú sa koná, disponovala aspoň spôsobilosťou mať práva a povinnosti.<sup>8</sup>

Samotný pojem mladistvý uchádzač o zamestnanie Zákonník práce nevymedzuje. Zákonník práce definuje pojem mladistvý zamestnanec, ktorým je podľa § 40 ods. 3 ZP zamestnanec mladší ako 18 rokov. V čase realizácie predzmluvných vzťahov (pred uzatvorením pracovnej zmluvy) ale mladistvý ešte nedisponuje statusom zamestnanca (§ 11 ods. 1 ZP). Je síce zrejmé, že aj u uchádzača o zamestnanie treba vychádzať z vekovej hranice 18 rokov, sporná však môže byť otázka, ktorý okamih je pre posúdenie veku mladistvého uchádzača o zamestnanie rozhodujúci. Vek v čase, v ktorom sa realizujú predzmluvné vzťahy, totiž môže byť odlišný od veku, ktorý uchádzač o zamestnanie dosiahne v deň vzniku pracovného pomeru. Domnievame sa, že túto otázku treba posudzovať s ohľadom na účel ustanovenia, v ktorom je pojem mladistvého použitý (pozri časti 2. Vyjadrenie zákonného zástupcu, 3. Povinnosť mladistvého uchádzača o zamestnanie informovať zamestnávateľa a 4. Lekárske vyšetrenie mladistvého).

Pokiaľ ide o pojem zákonného zástupcu, v kontexte právnej úpravy pracovnoprávnej subjektivity (pozri vyššie) tento pojem vyznieva rozporuplne. Zástupcom je ten, kto je oprávnený konať za iného v jeho mene (§ 22 ods. 1 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov, ďalej len „Občiansky zákonník“ alebo „OZ“). Konkrétnejšie podľa § 31 ods. 1 zákona č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o rodine“ alebo „ZR“) rodičia zastupujú maloleté dieťa pri právnych úkonoch, na ktoré nie je spôsobilé. Fyzická osoba, ktorá dovŕšila 15 rokov veku, však disponuje spôsobilosťou robiť právne úkony v pracovnoprávných vzťahoch. Subjekt, ktorý Zákonník práce označuje pojmom zákonného zástupcu,

<sup>7</sup> Na základe novelizácie Zákonníka práce uskutočnenej zákonom č. 76/2021 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.

<sup>8</sup> Pozri bližšie: DOLOBÁČ, M. *Hranice zmluvnej slobody v pracovnom práve*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2017, s. 73.



teda mladistvého v skutočnosti nezastupuje (nekoná v mene mladistvého). Zákonník práce tomuto zákonnému zástupcovi priznáva len oprávnenie vyjadriť sa k právnemu úkonu (§ 41 ods. 4, § 172 ZP), príp. udeliť súhlas na právny úkon mladistvého (§ 53 ods. 1 ZP).

Napriek uvedeným rozporom by výklad právnej úpravy nemal smerovať k tomu, že právna norma sa stane obsolétnou. Na tomto mieste treba pripomenúť, že zákon o rodine upravuje inštitút rodičovských práv a povinností, ktorých súčasťou nie je len zastupovanie maloletého dieťaťa, ale aj sústavná a dôsledná starostlivosť o výchovu, zdravie, výživu a všestranný vývin maloletého dieťaťa [§ 28 ods. 1 písm. a) ZR]. Vyjadrenie k uzatvoreniu pracovnej zmluvy možno subsumovať práve pod starostlivosť o výchovu, ktorá sa v literatúre chápe ako starostlivosť o osobu dieťaťa, pri ktorej dochádza aj k podstatným rozhodnutiam zo strany rodičov.<sup>9</sup>

Rodičovské práva a povinnosti majú obaja rodičia (§ 28 ods. 2 ZR). Zákon o rodine predpokladá, že rodičia sa o veciach súvisiacich s výkonom rodičovských práv a povinností dohodnú. Podľa § 35 ZR, ak sa rodičia nedohodnú o podstatných veciach súvisiacich s výkonom rodičovských práv a povinností (vrátane otázok prípravy na budúce povolanie), rozhodne na návrh niektorého z rodičov súd. Zákon o rodine následne upravuje osobitné prípady, v ktorých rodičovské práva a povinnosti vykonáva jeden z rodičov (§ 28 ods. 3, 39 ods. 1 ZR), resp. ich rodičia vykonávajú len v rozsahu, v akom nepatria pestúnovi (§ 50 ods. 5 ZR), príp. výchovu zabezpečuje poručník (§ 56 ods. 1 ZR) atď.

S ohľadom na uvedené možno uzavrieť, že zákonnými zástupcami mladistvého na účely Zákonníka práce sú v zásade rodičia, ktorí majú rodičovské práva a povinnosti. Ich súčasťou je starostlivosť o výchovu dieťaťa, ku ktorej patrí možnosť vyjadriť sa k uzatvoreniu pracovnej zmluvy. Títo zákonní zástupcovia však nie sú zástupcami podľa § 22 ods. 1 OZ, pretože nie sú oprávnení konať za iného (mladistvého) v jeho mene.

## 2. VYJADRENIE ZÁKONNÉHO ZÁSTUPCU

Ako sme už uviedli, Zákonník práce ustanovuje povinnosť zamestnávateľa vyžiadať si vyjadrenie zákonného zástupcu na uzatvorenie pracovnej zmluvy s mladistvým. Náležitosti žiadosti zamestnávateľa ani vyjadrenia zákonného zástupcu Zákonník práce nevymedzuje. Z právnej úpravy možno vyvodiť, že žiadosť zamestnávateľa má smerovať k získaniu vyjadrenia zákonného zástupcu k otázke uzatvorenia pracovnej zmluvy s mladistvým. Právna úprava je založená na východisku úzkej spolupráce zamestnávateľa a zákonného zástupcu (porov. § 171 ods. 1 ZP), preto by žiadosť zamestnávateľa mala obsahovať informácie, ktoré sú potrebné pre jej posúdenie. Ide najmä o informácie o zamýšľanom obsahu pracovnej zmluvy (druh práce, miesto výkonu práce, deň nástupu do práce a ď.).

Je potrebné, aby si zamestnávateľ vyjadrenie zákonného zástupcu vyžiadal pred uzatvorením pracovnej zmluvy. Vyžiadanim vyjadrenia je povinnosť

---

<sup>9</sup> Pozri bližšie: BÁNOS, R. – KOŠŤOVÁ, M. *Zákon o rodine*. Žilina: Eurokódex, 2020, s. 115. Pozri tiež: HORVÁTH, E. – VARGA, E. *Zákon o rodine*. Bratislava: Iura edition, 2009, s. 135-137.

zamestnávateľa splnená; obsah vyjadrenia zákonného zástupcu nie je pre zamestnávateľa záväzný. Prekážkou uzatvorenia pracovnej zmluvy nie je ani okolnosť, že zákonný zástupca sa k žiadosti zamestnávateľa vôbec nevyjadril. Na druhej strane žiadosť zamestnávateľa nemá byť len formálna; zamestnávateľ má zákonnému zástupcovi umožniť, aby skutočne mohol žiadosť posúdiť a vyjadriť sa k nej (zaujať stanovisko). Preto je potrebné, aby zamestnávateľ vyjadrenie vyžiadal s časovým predstihom, ktorý zákonnému zástupcovi poskytne primeraný priestor na poskytnutie vyjadrenia. Primeranosť treba posudzovať s ohľadom na okolnosti. Výkon tejto povinnosti zamestnávateľa zároveň musí byť v súlade s dobrými mravmi.

Doručovanie žiadosti zamestnávateľa ani vyjadrenia zákonného zástupcu nepodlieha § 38 ZP. Z tohto hľadiska je akceptovateľné, ak komunikácia zamestnávateľa a zákonného zástupcu prebehne napr. e-mailom. Napriek tomu možno z hľadiska zabezpečenia vyššej miery preukázateľnosti odporúčať, aby boli tieto písomnosti zasielané poštovým podnikom ako doporučená zásielka.<sup>10</sup>

Ak zamestnávateľ uzatvorí pracovnú zmluvu s mladistvým bez toho, aby si vyžiadal vyjadrenie jeho zákonného zástupcu, porušuje tým povinnosť, ktorá mu vyplýva z predzmluvných vzťahov. Porušenie tejto povinnosti zamestnávateľa nie je spojené so sankciou neplatnosti uzatvorenej pracovnej zmluvy. Voči zamestnávateľovi však môže byť vyvodená zodpovednosť podľa § 19 zákona č. 125/2006 Z. z. o inšpekcii práce a o zmene a doplnení zákona č. 82/2005 Z. z. o nelegálnej práci a nelegálnom zamestnávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZIP“).

Pokiaľ ide o otázku určenia rozhodujúceho okamihu pre posudzovanie veku uchádzača o zamestnanie, za rozhodujúci treba považovať vek, ktorý uchádzač o zamestnanie dosahuje v čase uzatvorenia pracovnej zmluvy. Nie je relevantné, že s ohľadom na dohodnutý (zamýšľaný) deň nástupu do práce má pracovný pomer eventuálne vzniknúť v čase, v ktorom uchádzač o zamestnanie už nebude mladší ako 18 rokov. Dojednanie dňa nástupu do práce je totiž obsahovou súčasťou pracovnej zmluvy; k uzatvoreniu pracovnej zmluvy však treba vyžiadať vyjadrenie zákonného zástupcu. Deň nástupu do práce treba v tomto kontexte vnímať ako jednu z otázok, ku ktorej sa môže zákonný zástupca mladistvého uchádzača o zamestnanie vyjadriť. V čase, v ktorom treba vyžiadať vyjadrenie zákonného zástupcu (pred uzatvorením pracovnej zmluvy), dojednanie dňa nástupu do práce neexistuje, preto ani nemôže byť z tohto hľadiska rozhodujúce. Naopak, vyžiadanie vyjadrenia zákonného zástupcu musí predchádzať vzniku dojednania dňa nástupu do práce. Preto ak má byť uchádzač o zamestnanie v čase uzatvorenia pracovnej zmluvy mladší ako 18 rokov, zákonný zástupca sa k vzniku tohto dojednania môže bez ohľadu na jeho obsah vyjadriť.

---

<sup>10</sup> Pozri bližšie: KUNDRÁT, I. Elektronické právne úkony a ich doručovanie v pracovnoprávných vzťahoch. In *Právny obzor*. Roč. 106, 2023, č. 2, s. 92.

### **3. POVINNOSŤ MLADISTVÉHO UCHÁDZAČA O ZAMESTNANIE INFORMOVAŤ ZAMESTNÁVATEĽA**

Mladistvý uchádzač o zamestnanie je okrem svojej povinnosti informovať zamestnávateľa o skutočnostiach, ktoré bránia výkonu práce alebo ktoré by mohli zamestnávateľovi spôsobiť ujmu, povinný zamestnávateľa informovať aj o dĺžke pracovného času u iného zamestnávateľa. Ak totiž mladistvý zamestnanec pracuje pre viacerých zamestnávateľov, maximálne hranice pre určenie ustanoveného týždenného pracovného času sa posudzujú spoločne. Podľa § 85 ods. 7 ZP mladistvý zamestnanec mladší ako 16 rokov má pracovný čas najviac 30 hodín týždenne, aj keď pracuje pre viacerých zamestnávateľov, a mladistvý zamestnanec starší ako 16 rokov má pracovný čas najviac 37 a 1/2 hodiny týždenne, aj keď pracuje pre viacerých zamestnávateľov (porov. § 85 ZP).

Pokiaľ ide o určenie rozhodujúceho okamihu pre posudzovanie veku uchádzača o zamestnanie, v tomto prípade treba vychádzať z predpokladu, že povinnosť uchádzača o zamestnanie informovať zamestnávateľa o dĺžke pracovného času zabezpečuje realizáciu ustanovenia § 85 ods. 7 ZP (spoločné posudzovanie pracovného času). Pôsobnosť ustanovenia § 41 ods. 7 ZP je teda s ohľadom na jeho účel determinovaná pôsobnosťou ustanovenia § 85 ods. 7 ZP. Konkrétnejšie, keďže ustanovenie § 85 ods. 7 ZP sa vzťahuje na mladistvého zamestnanca, povinnosť informovať o dĺžke pracovného času sa vzťahuje na uchádzača o zamestnanie, ktorý sa má stať mladistvým zamestnancom. Preto nie je rozhodujúci vek uchádzača o zamestnanie pri založení pracovného pomeru (pri uzatvorení pracovnej zmluvy), ale vek, ktorý má uchádzač o zamestnanie dosiahnuť v čase, v ktorom má vykonávať prácu, t. j. v čase vzniku pracovného pomeru. Až vtedy má zmysel uvažovať o spoločnom posudzovaní pracovného času, ktoré predpokladá § 85 ods. 7 ZP.

S ohľadom na uvedené sa povinnosť informovať o dĺžke pracovného času vzťahuje na uchádzača o zamestnanie, ktorý má byť v čase vzniku pracovného pomeru mladší ako 18 rokov. Tento uchádzač je povinný zamestnávateľa informovať o dĺžke pracovného času pred uzatvorením pracovnej zmluvy. Inak povedané, tento uchádzač nemá uzatvoriť pracovnú zmluvu, podľa ktorej má pracovný pomer vzniknúť v deň, v ktorý bude mladší ako 18 rokov, ak si predtým nesplnil svoju osobitnú informačnú povinnosť. A naopak, ak má mať uchádzač v čase vzniku pracovného pomeru viac ako 18 rokov, osobitná informačná povinnosť sa na neho vzťahovať nebude.

### **4. LEKÁRSKE VYŠETRENIE MLADISTVÉHO**

Ako uvádzajú J. Žuľová a M. Minčíčová, základným legálnym východiskom posudzovania zdravotnej spôsobilosti na prácu na účely pracovnoprávných vzťahov je v podmienkach Slovenskej republiky § 6 ods. 1 písm. o) zákona č. 124/2006 Z. z. o bezpečnosti a ochrane zdravia pri práci a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o BOZP“), podľa ktorého je zamestnávateľ povinný zaraďovať zamestnancov na výkon práce so zreteľom na ich zdravotný stav, najmä na výsledok posúdenia ich zdravotnej spôsobilosti na prácu.

Pri výsledku posúdenia zdravotnej spôsobilosti na prácu zákon o BOZP priamo odkazuje na zákon č. 355/2007 Z. z. o ochrane, podpore a rozvoji verejného zdravia a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon o ochrane verejného zdravia“), ktorý proces posudzovania zdravotnej spôsobilosti vrátane výsledku posúdenia v podobe lekárskeho posudku a jeho záverov upravuje. Do právneho rámca posudzovania zdravotnej spôsobilosti na prácu patrí aj § 16 zákona č. 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o zdravotnej starostlivosti“).<sup>11</sup>

Tento právny rámec vo všeobecnosti spôsobuje problém duplicity lekárskeho posudku vydávaných podľa zákona o ochrane verejného zdravia a zákona o zdravotnej starostlivosti. Keďže však § 30f ods. 1 zákona o ochrane verejného zdravia pri vydávaní lekárskeho posudku obsahuje odkaz na § 16 zákona o zdravotnej starostlivosti, i lekárske posudky posudzované lekárom pracovnej zdravotnej služby sú vydávané na základe zákona o zdravotnej starostlivosti. Zákon o zdravotnej starostlivosti preto vnímame ako všeobecný normatívny základ posudzovania zdravotnej spôsobilosti na prácu, voči ktorému má zákon o ochrane verejného zdravia postavenie špeciálneho predpisu.<sup>12</sup> Ako možné riešenie do budúcnosti prichádza do úvahy zjednotenie právnej úpravy vydávania lekárskeho posudku a odstránenie jej duplicity súčasne so zakotvením formálnych a obsahových náležitostí lekárskeho posudku.<sup>13</sup>

Pokiaľ ide o uzatvorenie pracovnej zmluvy s mladistvým, situáciu komplikuje okolnosť, že Zákonník práce vyžaduje, aby zamestnávateľ takúto pracovnú zmluvu uzatvoril po predchádzajúcom lekárskom vyšetrení mladistvého. Formu, obsah ani účel lekárskeho vyšetrenia však Zákonník práce nevymedzuje. Pojem lekárskeho vyšetrenia sa pritom formálne odlišuje od pojmu lekárskej preventívnej prehliadky vo vzťahu k práci (porov. § 176 ZP). Lekárska preventívna prehliadka vo vzťahu k práci smeruje k posúdeniu zdravotnej spôsobilosti na prácu, teda k objasneniu otázky, či je zamestnanec spôsobilý na výkon posudzovanej práce. Súčasťou lekárskej preventívnej prehliadky vo vzťahu k práci je aj realizácia rôznych (lekárskych) vyšetrení (porov. § 30f ods. 1 a § 30e ods. 5 zákona o ochrane verejného zdravia). Posudzovanie zdravotnej spôsobilosti na prácu sa však nevykonáva len na základe výsledkov lekárskej preventívnej prehliadky vo vzťahu k práci, ale aj na základe hodnotenia zdravotného rizika z expozície faktorom práce a pracovného prostredia (§ 30e ods. 1 zákona o ochrane verejného zdravia). Pred vydaním lekárskeho posudku, ku ktorému posudzovanie zdravotnej spôsobilosti smeruje, sa lekár musí oboznámiť s pracovným prostredím a náročnosťou práce; lekársky

---

<sup>11</sup> Pozri bližšie: ŽUĽOVÁ, J. – MINČIČOVÁ, M. *Posudzovanie zdravotnej a psychickej spôsobilosti na prácu (v podmienkach Slovenskej republiky)*. Praha: Nakladateľství Leges, 2021, s. 16.

<sup>12</sup> Pozri bližšie: MINČIČOVÁ, M. Právny rámec posudzovania zdravotnej spôsobilosti na prácu a jeho význam v pracovnoprávných vzťahoch. In *Zdravotná spôsobilosť zamestnancov*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2020, s. 187.

<sup>13</sup> Pozri bližšie: OLŠOVSKÁ, A. Aktuálne otázky posudzovania zdravotného stavu (nielen) zamestnancov na pracovnoprávne účely. In *Zdravie pri práci v spektre teórie a praxe*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2021, s. 9-10.

posudok môže vydať až následne, pri dostatočnej znalosti predmetného stavu.<sup>14</sup> Na druhej strane lekárske vyšetrenie sa môže realizovať aj mimo rámca lekárskej preventívnej prehliadky vo vzťahu k práci, resp. mimo rámca posudzovania zdravotnej spôsobilosti na prácu. Lekárske vyšetrenie bez ďalšieho (vo všeobecnosti) nesmeruje k objasneniu otázky, či je zamestnanec (resp. uchádzač o zamestnanie) spôsobilý na výkon posudzovanej práce, ale len k zisteniu zdravotného stavu vyšetrovanej osoby.

Podľa dikcie ustanovenia § 41 ods. 3 ZP pred uzatvorením pracovnej zmluvy postačuje vykonať lekárske vyšetrenie mladistvého, t. j. zistenie jeho zdravotného stavu; znenie tohto ustanovenia nevyžaduje, aby zamestnávateľ pre mladistvého zabezpečil posúdenie zdravotnej spôsobilosti na prácu. Treba však pripomenúť, že počas trvania pracovného pomeru ustanovenie § 176 ods. 1 ZP ukladá zamestnávateľovi povinnosť zabezpečiť posúdenie zdravotnej spôsobilosti na prácu na základe výsledkov lekárskej preventívnej prehliadky vo vzťahu k práci mladistvého zamestnanca pred preradením mladistvého zamestnanca na inú prácu, ale aj pravidelne, podľa potreby najmenej raz za rok, ak osobitný predpis neustanovuje inak. Ak sa v týchto prípadoch vyžaduje posúdenie zdravotnej spôsobilosti, t. j. skúmanie, či je zamestnanec spôsobilý na výkon posudzovanej práce (nie akékoľvek lekárske vyšetrenie), potom (tým skôr) ho treba vyžadovať pred uzatvorením pracovnej zmluvy. Iný prístup by znamenal, že v dvoch podobných situáciách (§ 41 ods. 3 a § 176 ods. 1 ZP) sa postupuje odlišným spôsobom, čo narušuje princíp bezrozpornosti právneho poriadku.

Tomuto záveru (povinnosť pred uzatvorením pracovnej zmluvy zabezpečiť posúdenie zdravotnej spôsobilosti na prácu) nasvedčujú aj medzinárodné záväzky Slovenskej republiky. Podľa čl. 2 bodu 1. Dohovoru MOP č. 77 o lekárskom vyšetrení detí a mladých osôb a o ich spôsobilosti pri zamestnávaní v priemysle detí a mladiství do osemnástich rokov nesmú byť pripustení do zamestnania v priemyselnom podniku, iba ak po dôkladnom lekárskom vyšetrení boli uznaní za spôsobilých na prácu, ktorou sa majú zamestnávať (podobne Dohovor MOP č. 78 o lekárskom vyšetrení detí a mladých osôb a o ich spôsobilosti pri zamestnávaní v mimopriemyselných povolaniach). Predmetné dohovory tiež používajú pojem lekárskeho vyšetrenia (medical examination), no kvalifikujú ho tým, že má smerovať k uznaniu spôsobilosti na prácu.

Povinnosť zamestnávateľa podľa § 41 ods. 3 ZP je povinnosťou vyplývajúcou z pracovnoprávných predpisov, ktoré upravujú pracovnoprávne vzťahy (§ 2 ods. 1 písm. a) bod 1. ZIP). Porušenie takej povinnosti je správnym deliktom, za ktorý je inšpektorát práce oprávnený uložiť zamestnávateľovi pokutu (§ 19 ZIP). V tomto smere však treba pripomenúť, že rozpor medzi dikciou ustanovenia § 41 ods. 3 ZP (lekárske vyšetrenie) a jeho teleologickým pozadím (posúdenie zdravotnej spôsobilosti na prácu) spôsobil zákonodarca. Aj z dohovoru MOP (napr. čl. 2 bod 4. Dohovoru MOP č. 77 o lekárskom vyšetrení detí a mladých osôb a o ich spôsobilosti pri zamestnávaní v priemysle) vyplýva, že vytvorenie

---

<sup>14</sup> Pozri bližšie: ŽUĽOVÁ, J. – MINČIČOVÁ, M. O vzťahu dvoch právnych predpisov upravujúcich vydávanie lekárskeho posudku o zdravotnej spôsobilosti na prácu. In *Societas et Iurisprudentia*. Roč. 9, 2021, č. 1, s. 118.

zodpovedajúceho právneho rámca pre osvedčovanie spôsobilosti na zamestnanie bolo úlohou štátu, ktorú si mal štát splniť prostredníctvom vnútroštátnych právnych predpisov. Túto úlohu štát (zákonodarca) zanedbal, v dôsledku čoho vznikla medzera v zákone.<sup>15</sup> Táto medzera ide na ťarchu štátu; nemôže byť základom pre rozširovanie podmienok zodpovednosti za správny delikt. Inak povedané, v správnom práve trestnom je analógia v neprospech páchatel'a správneho deliktu neprípustná.<sup>16</sup> Inšpektorát práce sa z tohto hľadiska musí obmedziť na skúmanie otázky, či sa pred uzatvorením pracovnej zmluvy vykonalo lekárske vyšetrenie. Treba však pripomenúť, že podľa § 6 ods. 1 písm. o) zákona o BOZP je zamestnávateľ povinný zaraďovať zamestnancov na výkon práce so zreteľom na ich zdravotný stav i vek, a nedovoliť, aby vykonávali práce, ktoré nezodpovedajú ich zdravotnému stavu alebo veku.

Zároveň platí, že pracovná zmluva s mladistvým bola uzatvorená bez jeho predchádzajúceho lekárskeho vyšetrenia (resp. bez posúdenia zdravotnej spôsobilosti na prácu), nie je dôvodom neplatnosti pracovnej zmluvy. Porušenie tejto povinnosti sa vzťahuje na okolnosti, za ktorých bola pracovná zmluva uzatvorená, nie na jej obsah alebo účel, preto na túto situáciu nedopadá ustanovenie § 39 OZ. Treba tiež pripomenúť, že predmetná povinnosť je ustanovená s cieľom ochrany mladistvého zamestnanca. Je neprijateľné, aby právne následky porušenia povinností zamestnávateľa ustanovených v prospech mladistvého zamestnanca jeho ochranu vo svojom výsledku popierali.

Pokiaľ ide o určenie rozhodujúceho okamihu pre posudzovanie veku uchádzača o zamestnanie, z hľadiska ustanovenia § 41 ods. 3 ZP je rozhodujúci vek, ktorý má uchádzač o zamestnanie dosiahnuť v čase vzniku pracovného pomeru. Napriek nevhodne zvolenej dikcii tohto ustanovenia jeho účel smeruje k posúdeniu zdravotnej spôsobilosti, t. j. skúmaniu, či je uchádzač o zamestnanie spôsobilý na výkon práce, ktorú má vykonávať (zohľadňujúc neprípustnosť analógie v oblasti správneho trestania). Cieľom posudzovania zdravotnej spôsobilosti je v tomto prípade osobitná ochrana mladistvého zamestnanca, konkrétnejšie jeho zdravia, s ohľadom na prácu, ktorú má vykonávať ako mladistvý zamestnanec. Ak má uchádzač o zamestnanie dohodnutú prácu vykonávať v čase, v ktorom už (s ohľadom na dohodnutý deň nástupu do práce) nebude mladistvým zamestnancom, skúmanie tejto otázky nemá opodstatnenie. Na tomto závere nič nemení ani okolnosť, že samotné posúdenie zdravotnej spôsobilosti sa má uskutočniť pred uzatvorením pracovnej zmluvy.

---

<sup>15</sup> Možno doplniť, že Zákonník práce vo viacerých svojich ustanoveniach nekorešponduje s právnymi predpismi na ochranu zdravia nielen v terminologickej rovine (napr. pojem lekárske vyšetrenie, charakteristika vhodnej práce), ale aj v rovine záverov lekárskeho posudku (napr. pri okamžitom skončení pracovného pomeru zo strany zamestnanca). Pozri bližšie: MINČIČOVÁ, M. *Lekárske preventívne prehliadky a lekárske posudky v pracovnoprávných súvislostiach*. In *Zdravie pri práci v spektre teórie a praxe*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2021, s. 32. Pozri tiež: DOLOBÁČ, M. *Posudzovanie zdravotnej spôsobilosti pri skončení pracovného pomeru*. In *Súkromné právo*. Roč. 6, 2020, č. 5, s. 185-189.

<sup>16</sup> Pozri bližšie: MACHAJOVÁ, J. a kol. *Všeobecné správne právo*. Bratislava: Eurokódex, 2012, s. 258.

## ZÁVER

Postup zamestnávateľa a fyzickej osoby (uchádzača o zamestnanie) pri uzatváraní pracovnej zmluvy upravuje § 41 ZP. Ide o predzmluvné vzťahy, ktorých účastníkmi sú zamestnávateľ a uchádzač o zamestnanie a ich obsahom sú ich práva a povinnosti. V prípade, že do predzmluvných vzťahov vstúpi mladistvý, na účastníkov predzmluvných vzťahov sa vzťahujú osobitné povinnosti. Právna úprava predzmluvných vzťahov je však v súčasnosti zdrojom interpretačných a aplikačných problémov, ktorých príčinou je najmä nepresná alebo nejasná terminológia.

Hypotéza č. 1, že pre posudzovanie veku mladistvého uchádzača o zamestnanie je rozhodujúci čas uzatvorenia pracovnej zmluvy, bola nesprávna (neplatí všeobecne). Predmetnú otázku treba posudzovať s ohľadom na účel ustanovenia, v ktorom je pojem mladistvého použitý. Kým z hľadiska povinnosti zamestnávateľa vyžiadať si vyjadrenie zákonného zástupcu je rozhodujúci vek uchádzača v čase uzatvorenia pracovnej zmluvy, z hľadiska povinnosti mladistvého informovať zamestnávateľa o dĺžke pracovného času u iného zamestnávateľa a z hľadiska povinnosti zamestnávateľa uzatvoriť pracovnú zmluvu po predchádzajúcom lekárskom vyšetrení mladistvého je rozhodujúci vek v čase vzniku pracovného pomeru.

Hypotéza č. 2, že subjekt, ktorého Zákonník práce formálne označuje ako zákonného zástupcu mladistvého, v skutočnosti nemá právne postavenie zástupcu, bola správna. Zástupcom je ten, kto je oprávnený konať za iného v jeho mene (§ 22 ods. 1 OZ). Fyzická osoba, ktorá dovŕšila 15 rokov veku, však disponuje spôsobilosťou robiť právne úkony ako zamestnanec v pracovnoprávných vzťahoch. Subjekt, ktorý Zákonník práce označuje pojmom zákonného zástupcu, preto mladistvého nezastupuje (nekoná v mene mladistvého). Na účely Zákonníka práce sú zákonnými zástupcami mladistvého v zásade rodičia, a to z titulu výkonu rodičovských práv a povinností, ktorých súčasťou je starostlivosť o výchovu dieťaťa, ku ktorej patrí možnosť vyjadriť sa k uzatvoreniu pracovnej zmluvy.

Hypotéza č. 3, že lekárske vyšetrenie, na rozdiel od posúdenia zdravotnej spôsobilosti na prácu vykonávaného na základe hodnotenia zdravotného rizika z expozície faktorom práce a pracovného prostredia, sa obmedzuje na zistenie zdravotného stavu uchádzača o zamestnanie, bola nesprávna. Z hľadiska povinnosti zamestnávateľa uzatvoriť pracovnú zmluvu s mladistvým po predchádzajúcom lekárskom vyšetrení mladistvého totiž nemožno vychádzať len z jazykového významu pojmu lekárske vyšetrenie, ale aj z jeho zmyslu a účelu. Rovnako z medzinárodných záväzkov Slovenskej republiky vyplýva potreba pred uzatvorením pracovnej zmluvy s mladistvým zabezpečiť posúdenie jeho zdravotnej spôsobilosti na prácu, t. j. posudzovanie sa nesmie obmedziť na zistenie zdravotného stavu vyšetrovanej osoby, ale musí zodpovedať otázku, či je mladistvý spôsobilý na výkon konkrétnej práce.

S ohľadom na uvedené treba *de lege ferenda* v jednotlivých prípadoch pristúpiť k spresneniu právnej úpravy. V rámci predzmluvných vzťahov je potrebné explicitne upraviť rozhodujúci okamih pre posudzovanie veku mladistvého uchádzača o zamestnanie (pozri vyššie). Z hľadiska právnej terminológie treba prehodnotiť

používanie pojmu zákonný zástupca; ako priliehavejší sa v tomto prípade javí pojem rodič, ktorý však nepokrýva všetky eventuality výkonu rodičovských práv a povinností podľa zákona o rodine. Jednoznačne nevhodné je použitie pojmu lekárske vyšetrenie, ktorý treba nahradiť povinnosťou zabezpečiť posúdenie zdravotnej spôsobilosti na prácu.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. BÁNOS, R. – KOŠÚTOVÁ, M. *Zákon o rodine*. Žilina: Eurokódex, 2020. 492 s.
2. BARANCOVÁ, H. a kol. *Zákonník práce*. Bratislava: C. H. Beck, 2019. 1485 s.
3. DOLOBÁČ, M. *Hranice zmluvnej slobody v pracovnom práve*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2017. 235 s.
4. DOLOBÁČ, M. Posudzovanie zdravotnej spôsobilosti pri skončení pracovného pomeru. In *Súkromné právo*. Roč. 6, 2020, č. 5, s. 185-189.
5. HORVÁTH, E. – VARGA, E. *Zákon o rodine*. Bratislava: Iura edition, 2009. 676 s.
6. KUNDRÁT, I. Elektronické právne úkony a ich doručovanie v pracovnoprávných vzťahoch. In *Právny obzor*. Roč. 106, 2023, č. 2, s. 83-98.
7. MACHAJOVÁ, J. a kol. *Všeobecné správne právo*. Bratislava: Eurokódex, 2012. 688 s.
8. MINČIČOVÁ, M. Lekárske preventívne prehliadky a lekárske posudky v pracovnoprávných súvislostiach. In *Zdravie pri práci v spektre teórie a praxe*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2021, s. 31-32.
9. MINČIČOVÁ, M. Právny rámec posudzovania zdravotnej spôsobilosti na prácu a jeho význam v pracovnoprávných vzťahoch. In *Zdravotná spôsobilosť zamestnancov*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2020, s. 171-193.
10. OLŠOVSKÁ, A. Aktuálne otázky posudzovania zdravotného stavu (nielen) zamestnancov na pracovnoprávne účely. In *Zdravie pri práci v spektre teórie a praxe*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2021, s. 9-12.
11. ŠVEC, M. a kol. *Zákonník práce. Zväzok I*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019. 1479 s.
12. TKÁČ, V. a kol. *Zákonník práce. Komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2014. 1028 s.
13. ŽUĽOVÁ, J. – BARINKOVÁ, M. – DOLOBÁČ, M. *Pracovné právo v poznámkach s príkladmi*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017. 414 s.
14. ŽUĽOVÁ, J. – MINČIČOVÁ, M. O vzťahu dvoch právnych predpisov upravujúcich vydávanie lekárskeho posudku o zdravotnej spôsobilosti na prácu. In *Societas et Iurisprudentia*. Roč. 9, 2021, č. 1, s. 107-121.
15. ŽUĽOVÁ, J. – MINČIČOVÁ, M. *Posudzovanie zdravotnej a psychickej spôsobilosti na prácu (v podmienkach Slovenskej republiky)*. Praha: Nakladatelství Leges, 2021. 116 s.
16. ŽUĽOVÁ, J. *Výber zamestnancov. Právne úskalia obsadzovania pracovných miest*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2021. 120 s.



17. Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov.
18. Zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov.
19. Zákon č. 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
20. Zákon č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
21. Zákon č. 124/2006 Z. z. o bezpečnosti a ochrane zdravia pri práci a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
22. Zákon č. 125/2006 Z. z. o inšpekcii práce a o zmene a doplnení zákona č. 82/2005 Z. z. o nelegálnej práci a nelegálnom zamestnávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
23. Zákon č. 355/2007 Z. z. o ochrane, podpore a rozvoji verejného zdravia a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
24. Zákon č. 245/2008 Z. z. o výchove a vzdelávaní (školský zákon) a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

#### **KONTAKT NA AUTORA**

ivan.kundrat@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

*Jolanta Loranc-Borkowska<sup>1</sup>, PhD.*

Cracow University of Economics

## **The impact of links between entities on the determination of the customs value of goods in the EU customs law**

### *Abstract*

*The existence of links between entities concluding transactions on the international market may encourage these entities to shape the conditions of these transactions in such a way that the burden of public levies (including customs duties) resulting from them is as low as possible. These entities, by appropriately shaping the content of contracts concluded between them, may become more competitive than entities between which there are no connections. Such a phenomenon poses a threat to both the state and customs debtors. Therefore, the point is to adopt such regulations that the market will maintain appropriate conditions of competition between related and unrelated entities. The aim of the study is to determine how the links between economic entities can affect the determination of the customs value of goods and thus undermine competitiveness on the international market. The following issues will be discussed: definition of customs value, methods of determining the customs value of goods, transaction value method, understanding related entities in customs law.*

*Key words: customs value, transaction value method, related parties.*

**JEL Classification:** K30, K33

### **INTRODUCTION**

An important feature of contemporary public levies (taxes and duties) is emphasizing the relationship between the amount of these levies and the valuation of the transaction adopted by its parties. Such a reference to the transaction valuation made by the parties to the agreement was supposed to make the customs and tax systems more neutral. This is particularly evident in the case of customs duties, because the cheaper the goods, the lower the customs duties. As a consequence, after the payment of these fees, the competitive relationship of cheaper goods or services

---

<sup>1</sup> Jolanta Loranc-Borkowska, PhD in law, assistant professor at the Institute of Law at the Cracow University of Economics. He specializes, inter alia, in consumer protection law and market protection law, as well as international and EU tax law. Author of several dozen publications in this field. As part of her teaching activities, she has developed and conducted her own lectures on the following subjects: Competition and Consumer Protection Law, Legal Market and Consumer Protection, Legal Aspects of Quality and Legal Aspects of the Sales Process, as well as International and EU Tax Law and Customs Law.

to the more expensive ones remains unchanged. This approach contributed to the increase in the number of related entities, and in particular to the establishment of subsidiaries and conducting business activities outside the country of the parent company's registered office. This practice contributed to the development of globalization, as a result of which transactions between related entities (especially those made within multinational enterprises) began to constitute a very large percentage of all cross-border transactions, and with an upward trend. As a consequence, this phenomenon has become a threat not only to the state budget, but also to customs debtors and competition on the international market. The state budget may be exposed to a reduction in customs revenues, as related parties operating in different customs jurisdictions can set the transaction value of goods in such a way that the global duty burden on related parties is as low as possible. On the other hand, customs debtors will be at risk of incurring significant costs related to the countermeasures taken by states to eliminate threats to their budget revenues. In addition, appropriate shaping of the transaction value by related entities, which reduces the burden of public levies, means in practice a lower price of a given good or service and thus their greater competitiveness compared to the offer of unrelated entities.

## 1. CUSTOMS VALUE OF GOODS

In addition to the customs tariff and the origin of the goods, the basic calculation element for determining the amount of the customs debt is the customs value of the goods. The rules for its determination are set out in the Union Customs Code<sup>2</sup>, while these solutions are determined by the European Union's membership in the World Trade Organization and the Agreement on the application of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade<sup>3</sup> (GATT) applicable within this organization, so-called Customs Value Code (CVC)<sup>4</sup>.

In the literature on the subject, there are definitions of the customs value that are not directly based on the applicable legal provisions. An example is the definition of the phrase in German literature, in which the customs value in the simplest terms is the value of the goods<sup>5</sup>. On the other hand, in Austrian studies, it is recognized that the customs value is the basis for the assessment of each duty levied on the basis of percentage rates<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code (recast), OJ L 269, 10.10.2013, pp. 1–101, hereinafter referred to as UCC.

<sup>3</sup> See: Agreement on implementation of Article VI Of The General Agreement On Tariffs And Trade 1994, OJ L 336, 23.12.1994, p. 103–118.

<sup>4</sup> Customs Value Code, Agreement on the application of general article VII on tariffs and trade of 1994, OJ Polish special edition, chap. 11, Vol. 21, p. 405, annexed to the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994).

<sup>5</sup> See: LASIŃSKI-SULECKI, K. *Ceny transferowe w prawie podatkowym i celnym*, Warszawa 2014, p. 33.

<sup>6</sup> See: LASIŃSKI-SULECKI, K. *Ceny transferowe...*, p. 33.

A more precise concept of the customs value is presented in the Austrian literature, because it is the value of the goods that determines the amount of the customs value. It is worth remembering that the customs value will not always reflect the value of the goods, which in practice is usually subjective. It should be emphasized that, in accordance with the provisions of the UCC, certain amounts will be added to this base (pursuant to art. 71 UCC in connection with art. 135-138 IRUCC<sup>7</sup> e.g. commissions and brokerage costs with the exception of purchase commissions) or will be deducted from it (pursuant to Article 72 of the UCC e.g. costs of transporting imported goods after their entry into the customs territory of the Union). In addition, discounts are taken into account for the purpose of customs valuation if, at the time of acceptance of the customs declaration, the sales contract provides for the application of discounts and specifies their amount<sup>8</sup>, with advance payment discounts being taken into account for goods for which the price has not actually been paid at the time of acceptance of the declaration customs. However, discounts resulting from changes in the contract that occurred after the acceptance of the customs declaration are not taken into account. On the other hand, in the case of applying fixed rates, it is difficult to define the duty assessment basis as the customs value. On the other hand, in the case of applying quota rates, it is difficult to define the duty assessment basis as the customs value.

Customs duties may be levied on the quantity or differently calculated value of the goods, taking into account the estimation standards or market value.

The customs value of the goods is the basis for calculating customs duties in trade with third countries, as well as the basis for charging other fees. This value is determined in order to determine the amount resulting from the customs debt, i.e. import or export duties. The customs value is also the basis for determining the amount of taxes functioning in trade with third countries, which are collected on the basis of the so-called tax laws, i.e. the Goods and Services Tax Act and the Excise Duty Act. Also in a situation where trade policy measures relate to the value of goods, the customs value will be the basis for their application.

## 2. METHODS OF DETERMINING THE CUSTOMS VALUE OF GOODS

The Customs Valuation Code introduced a single, neutral customs valuation system that allows the commercial reality to be maintained based on the price actually paid or payable for the imported goods contained in the commercial invoice. It is also extremely important that CVC legally prohibits the use of arbitrary and fictitious methods of valuing goods.

In the context of the EU, the issue of the customs value has been regulated in art. 69-76 UCC and art. 127-146 of the IRUCC. The regulations contained in the EU

---

<sup>7</sup> Commission Implementing Regulation (EU) 2015/2447 of 24 November 2015 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council laying down the Union Customs Code, OJ L 343, 29.12.2015, p. 558–893, hereinafter referred to as IRUCC.

<sup>8</sup> Compare: LASZUK, M. *Wartość celna towaru*, [w:] GWARDZIŃSKA, E., LASZUK, M., MASŁOWSKA, M., MICHALSKI, K. *Prawo celne*, Warszawa 2017, p. 122 i seq., and OKTAB, R. *Prawo celne*, Warszawa 2022, pp. 45-46.

Customs Code and in the implementing regulation relating to the Customs value are based on the regulations contained in the Agreement on the application of Article VII of the GATT.

Determining the customs value of goods present in the garden with third countries is a strictly defined procedure. The Union Customs Code provides six methods for determining the customs value of goods:

1. the transaction value method (so-called the first sale method, and the next are surrogate methods),
2. the transaction value method of identical goods sold for export to the customs territory of the Union and exported at or about the same time as the goods being valued,
3. the transaction value method of similar goods sold for export to the customs territory of the Union and exported at or about the same time as the goods being valued,
4. a value method based on the unit price at which imported goods, or identical or similar imported goods, are sold in the customs territory of the Union in the greatest aggregate quantity to persons unrelated to the sellers, or
5. the calculated value method, which is the sum of:
  - the cost or value of the materials and fabrication or other processes used in the production of the imported goods,
  - an amount for profit and general expenses equal to that normally included in sales of goods of the same class or kind as those being valued, made by producers in the exporting country for export to the Union,
  - the cost or value of the elements referred to in Art. 71 sec. 1 lit. e) UCC,
6. the method of customs valuation based on data available in the customs territory of the UE.

The methods of determining the customs value of goods are to be applied sequentially<sup>9</sup> (with the transaction value method<sup>10</sup> being the first method), but it is possible to submit a request to replace the method based on the unit price with the method based on the calculated value (art. 74, sec. 1 UCC).

### 3. TRANSACTION VALUE METHOD

The customs value of goods is primarily the transaction value, which is the price actually paid or payable for the goods when sold for export to the customs territory of the EU and adjusted if necessary (art. 70, sec. 1 UCC). The price actually paid<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Compare: NARUSZEWICZ, S., LASZUK, M. *Wspólnotowe prawo celne*, Warszawa 2004, p. 178.

<sup>10</sup> Due to practice, the scope of the study is limited to discussing the impact of relationships between entities on the application of the transaction value method.

<sup>11</sup> The wording „actually paid” means that the amount due for the goods was paid before the customs value was established, so the price paid will be taken as the basis of that value.

or payable<sup>12</sup> is the total payment made or to be made by the buyer to the seller or by the buyer to a third party for the benefit of the seller for the imported goods and includes all payments made or to be made as a condition of sale of the imported goods (art. 70, sec. 2 UCC). Payment may be made by money transfer or by letters of credit or negotiable payment instruments, and may be made directly or indirectly.

The transaction value method, also referred to as the first sale method, means, in principle, the adoption of the value resulting from the transaction preceding the sale to the importer intending to introduce the goods into the customs territory of the EU, whereby certain conditions must be met:

1. the disposal of the goods or the use of the goods by the buyer is not subject to restrictions other than:
  - restrictions imposed or required by law or by public authorities in the Union,
  - restrictions on the geographical area where the goods can be resold,
  - restrictions which do not significantly affect the customs value of the goods,
2. the sale or price is not subject to conditions or considerations the value of which cannot be determined in relation to the goods being valued,
3. no part of the proceeds from any subsequent resale, disposal or use of the goods by the buyer accrues directly or indirectly to the seller, unless an appropriate adjustment can be made,
4. the buyer and seller are not related or the relationship between them did not affect the price.

From the point of view of the subject matter of this study, the fourth point is the most important, stating that the transaction value is used provided that there is no relationship between the buyer and seller<sup>13</sup> or that the relationship between them does not affect the price of the goods.

Defining the customs value of goods as the price actually paid or payable for the goods when they are sold for export to the EU customs territory means that in the event of a chain sale, i.e. where the seller sells the goods with the intention of exporting them, but by one or several intermediaries, it is important to correctly indicate the sale that „occurred immediately before the goods were brought into the customs territory of the Union”<sup>14</sup>. If it is not a purchase transaction by the importer but another transaction in the sales chain, the importer cannot value the customs value using the transaction value method based on his transaction. He could use the sales invoice of another transaction participant, appearing closest to the moment of entering the goods into the EU customs territory (in practice, this is usually

---

<sup>12</sup> When determining the customs value of goods whose price has not yet been actually paid at the time the value is determined, the price payable at the same time will be the basis for determining the customs value of the goods.

<sup>13</sup> The concept of the relationship between the buyer and the seller is discussed in the next section of the study.

<sup>14</sup> See: CZYŻOWICZ, W., GWARDZIŃSKA, E. *Wartość celna towarów*, Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych 2021, Nr 7, p. 34.

unavailable) or use alternative methods. However, due to the very limited market practice of alternative customs valuation methods, customs formalities can be a serious problem for the importer<sup>15</sup>. As the transaction closest to the moment of entering the goods into the customs territory, it is possible to indicate any transaction in the sales chain (this also applies to subsequent sales made before the customs value is determined, and the price of each of these transactions may be the basis for determining the customs value), but when declaring a given sales price as the customs value, the importer is obliged to prove that the given contract of sale was concluded with the goods intended for the customs territory of the EU<sup>16</sup>.

#### 4. UNDERSTANDING RELATED ENTITIES IN CUSTOMS LAW

The EU legislator has created a precise<sup>17</sup> definition of related entities for the purposes of customs value regulations. According to art. 127, sec. 1 IRUCC, two persons are considered to be related if one of the following conditions is met:

1. one is an officer or director in the other person's company,
2. they are legally recognized business partners,
3. they are an employer and an employee,
4. a third party directly or indirectly holds voting rights or a share in the share capital amounting to at least 5% of all voting rights or at least 5% of the share capital of both persons,
5. one of the persons directly or indirectly controls the other,
6. both are under the direct or indirect control of a third person,
7. jointly control, directly or indirectly, a third party,
8. are members of the same family.

Persons related in business activities in the sense that one of them is the sole agent, sole distributor or sole concessionaire of the other is considered to be related only if they meet the criteria for being considered related parties in accordance with art. 127, sec. 1 IRUCC.

The term „person” is of fundamental importance for the application of the rules on transaction prices. This concept is defined in art. 4 point 1 CVC, which means a natural person, a legal person and, if the applicable regulations provide for such a possibility, an association of persons recognized as having the capacity to undertake legal acts, but without legal personality. The provisions of the Member States are relevant here, and it does not matter which specific provisions conferred legal personality on a given entity<sup>18</sup>.

The above definition is valid in all EU Member States, which are obliged to approach the assessment of the impact of links on the determination of the customs

---

<sup>15</sup> CZYŻOWICZ, W., GWARDZIŃSKA, E. *Wartość celna...*, p.34.

<sup>16</sup> Compare: FLIS, K. *Określenie wartości celnej*, Rzeczpospolita 2004, nr 95, p. 9.

<sup>17</sup> See: LASIŃSKI-SULECKI, K., MATEŃKA, R. [w:] W. Morawiecki (red.), *Wspólnotowy kodeks celny. Komentarz*, Warszawa 2007, p. 349.

<sup>18</sup> See: LASIŃSKI-SULECKI, K. *Ceny transferowe...*, pp. 169-170.

value of goods imported into the EU customs territory in the same way, especially since the basic method of determining this value is the transaction value, and the transactional link between the entities could induce them to underestimate this value in order to reduce the fiscal burden.

## **5. IMPACT OF RELATIONSHIPS ON THE APPLICATION OF THE TRANSACTION VALUE METHOD**

It is important that the existence of a relationship between the buyer and the seller is not in itself a sufficient basis for not using the transaction value. Where the buyer and seller are related, the circumstances surrounding the sale are investigated, if necessary, to determine whether the relationship has influenced the price. In addition, the applicant is given the opportunity to submit any additional details that may be necessary to investigate these circumstances (art. 134, sec. 1 IRUCC). Where customs have reasonable doubts that the declared transaction value represents the total amount actually paid or payable for the goods brought into the Union customs territory, they may request the declarant to provide additional information (art. 140, sec. 1 IRUCC). If their doubts are not dispelled, the customs authorities may decide that the customs value of the goods cannot be determined by the transaction value method (art. 140, sec. 2 IRUCC).

According to art. 134, sec. 2 IRUCC, the transaction value in transactions between these entities will also be accepted if the applicant proves that the declared transaction value is very close to one of the following test values, determined in the same or a similar period:

- the transaction value, when selling to a buyer, not related in any particular case to the seller, identical or similar goods for export to the customs territory of the Union,
- the customs value of identical or similar goods, determined in accordance with art. 74, sec. 2 lit. c UCC,
- the customs value of identical or similar goods, determined in accordance with art. 74, sec. 2 lit. d UCC.

Where the customs value cannot be determined by the transaction value method because it does not exist or because of distortions resulting from certain circumstances it is not acceptable, the other five methods should be used (art. 74, sec. 1 UCC), but in the established order.

## **CONCLUSIONS**

Transfer pricing regulation in customs law is precise and clear. This is evidenced by the fact that the Court of Justice of the EU very rarely dealt with the interpretation of the provisions on customs value in transactions between related parties.

As regards customs valuation, it is known that its legal regulation is mainly aimed at maximizing potential customs revenue and, to some extent, protecting unrelated



importers who, in the absence of specific customs valuation provisions in related party transactions, would be in a more difficult position to reducing customs duties, which in turn would limit the competitiveness of imported goods, as the economic burden of customs duties is in most cases included in the price of goods.

In addition, the existing regulations concerning the determination of the customs value using substitute methods are so precise that problems in determining its correct amount may only concern difficulties related to the determination of the actual state of affairs. In addition, under the provisions of the customs law on the customs value, the problem of locational benefits, encountered in tax law, does not arise.

## REFERENCES

1. Czyżowicz W., Gwardzińska E., Wartość celna towarów, Doradztwo Podatkowe – Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych 2021, Nr 7.
2. Flis K., Określenie wartości celnej, Rzeczpospolita 2004, nr 95.
3. Lasiński-Sulecki K., Ceny transferowe w prawie podatkowym i celnym, Warszawa 2014.
4. Lasiński-Sulecki K., Mateńka R., [w:] Morawiecki W. (red.), Wspólnotowy kodeks celny. Komentarz, Warszawa 2007.
5. Laszuk M., Wartość celna towaru, [w:] Gwardzińska E., Laszuk M., Masłowska M., Michalski K., Prawo celne, Warszawa 2017.
6. Naruszewicz S., Laszuk M., Wspólnotowe prawo celne, Warszawa 2004.
7. Oktaba R., Prawo celne, Warszawa 2022.
8. Customs Value Code, Agreement on the application of general article VII on tariffs and trade of 1994, OJ Polish special edition, chap. 11, Vol. 21, p. 405, annexed to the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT 1994).
9. Agreement on implementation of Article VI Of The General Agreement On Tariffs And Trade 1994, OJ L 336, 23.12.1994, p. 103–118.
10. Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code (recast), OJ L 269, 10.10.2013, pp. 1–101.
11. Commission Implementing Regulation (EU) 2015/2447 of 24 November 2015 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council laying down the Union Customs Code, OJ L 343, 29.12.2015, p. 558–893.

## CONTACT INFORMATION

lorancj@uek.krakow.pl

Cracow University of Economics, Department of Real Estate Law and Tax Law

ul. Rakowicka 27

31-510 Kraków

Poland

## Unlocking the potential: how data altruism may (or may not) fuel the growth of artificial intelligence

### *Abstract*

*Data altruism is a concept of voluntarily sharing personal or non-personal data for general interest purposes, such as scientific research, improvement of public services, development of new treatments or medicines. Altruistic data sharing is one of the data sharing models practiced in the EU data market, that has been regulated last year under the Data Governance Act (DGA). According to the DGA, new provisions aim to create large data pools for data analytics and machine learning through data altruism. Therefore, the purpose of this article is to assess whether the data altruism model may be used as a method of collecting data for training AI algorithms and thus enhancing data access for AI development.*

*Key words: data altruism, artificial intelligence, Data Governance Act, general interest, data sharing, common good.*

**JEL Classification:** K24, K30

### INTRODUCTION

Data altruism is a concept of voluntary sharing of personal or non-personal data for general interest purposes such as scientific research, improvement of public services, development of new treatments or medicines, mobility improvement, better production and dissemination of official statistics. Altruistic data sharing is one of the data sharing models that have been practised in the EU data market. However, one essential feature that distinguishes this model from the others is the lack of remuneration for sharing data. Since this type of data sharing must be "altruistic", there should not be any financial reward for disclosing data for the common good. Due to the well-known economic value of data and its commercial potential, most

---

<sup>1</sup> Advocate, assistant and PhD student at the Faculty of Law and Administration of the University of Łódź in the Department of European Economic Law. Principal Investigator of a research project funded by the National Science Center under the PRELUDIUM 20 competition entitled: "Data Sharing for the Public Interest – a legal perspective on data philanthropy" (contract no.: UMO-2021/41/N/HS5/01490). Two-time grantee of the National Agency for Academic Exchange (PROM program). Co-author of the international consumer law blog "Recent Developments in European Consumer Law" (<http://recent-ecl.blogspot.com>). Completed postgraduate studies in French law at the French Law School organized by the University of Tours. Her areas of specialization include Polish and European economic law, data protection, intellectual property and new technology law.

data sharing practices are organised to generate profit. Therefore, most B2B data sharing models are based on for-profit purposes, and only a small part of data sharing practices are purely altruistic.

Nonetheless, data altruism has immense practical potential that has yet to be discovered and fully developed. This fact has been acknowledged by the European legislator, which adopted new rules for data altruism in the EU data market last year. Provisions on data altruism are included in the Data Governance Act<sup>2</sup> (here and after DGA) – a regulation adopted in May 2022 which aims to regulate various data sharing practices and thus enable and facilitate data exchange within the EU. As recital 3 of the DGA outlines, "(i)t is necessary to improve the conditions for data sharing in the internal market by creating a harmonised framework for data exchanges and laying down certain basic requirements for data governance [...]". The EU legislator also noticed that data is the crucial element of the digital transformation, better access to data, as well as ensuring data portability, data interoperability, and avoiding lock-in effects are significant components of further fostering the data economy. Unarguably, access to data is pivotal to artificial intelligence (here and after AI) development. As a newly regulated data sharing model, data altruism is supposed to help achieve these goals.

This article aims to assess whether the data altruism model, regulated under the DGA, may (or may not) be used as a method of collecting data for training AI algorithms and thus enhancing data access for AI development. Therefore, the research question I will try to answer is whether the purpose of AI development could be regarded as a "general interest" purpose, the pursuit of which is one of the conditions for the data altruism model according to the DGA. Such a question has not been posed yet in the existing and rather limited literature. Although altruistic data sharing has been known for a while, it has yet to be the subject of many studies or research, in particular from a legal point of view. In academic research, data altruism occupies a similar position as in the data market, i.e. it is not as popular as other forms of data sharing despite its true potential to accelerate the data economy. The data altruism model seems to be out of the mainstream and relatively unnoticed, so I believe this article may contribute to and enrich the discussion on data altruism.

The article is divided into three parts. In the first part, I present an analysis of the definition of "data altruism" adopted under Article 2(16) of the DGA. In the second part, I discuss how altruistic data sharing should be organised, and finally in the third part of the paper, I focus on AI-related aspects in the context of data altruism. Here, I tackle the main research question. In the conclusions, I briefly summarise the outcomes of my examination.

My research is based on a dogmatic method. The dogmatic analysis was conducted concerning the EU legal acts regulating the issues related to the subject of the article, in particular the Data Governance Act, the draft AI Act and materials created during the legislative procedures, such as impact assessment reports. The

---

<sup>2</sup> Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance and amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act), OJ L 152, 3.6.2022, p. 1–44.

subject of analysis was also the interpretations of existing and proposed legal solutions adopted in the literature.

## 1. THE NOTION OF “DATA ALTRUISM” IN LIGHT OF THE DGA

Article 2(16) of the DGA introduces the first legal definition of data altruism. It states that data altruism means "the voluntary sharing of data on the basis of the consent of data subjects to process personal data pertaining to them, or permissions of data holders to allow the use of their non-personal data without seeking or receiving a reward that goes beyond compensation related to the costs that they incur where they make their data available for objectives of general interest as provided for in national law, where applicable, such as healthcare, combating climate change, improving mobility, facilitating the development, production and dissemination of official statistics, improving the provision of public services, public policy making or scientific research purposes in the general interest". To put it simply, a data subject<sup>3</sup> or a data holder<sup>4</sup> may altruistically share their data<sup>5</sup> with another entity<sup>6</sup>, without any remuneration as a rule, and thus allow to use the data for the purposes of general interest. Based on the definition mentioned above, in the following paragraphs, I will explain the main conditions for data altruism, which are voluntary data sharing, processing of data based on the data subject's consent or the data holder's permission, and carrying out data altruism activities in the purposes of the general interest.

### 1.1. Voluntary data sharing

Sharing personal or non-personal data in the framework of data altruism must be voluntary and thus the result of one's own will. Altruistic data sharing cannot be forced or imposed, e.g. by regulations or technical solutions obliging data sharing. Altruistic data sharing cannot result from coercion, understood as an unlawful action by another entity or a legal obligation. In the first case, the effects of acting under duress could be evaded by claiming a defect in the declaration of intent. In the second, sharing data would not be a manifestation of the individual's freedom and

---

<sup>3</sup> Data subject means data subject as referred to in Article 4(1) of Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88 (here and after GDPR) – see: Article 2(7) of the DGA. Data subject is an identified or identifiable natural person to whom the data pertains.

<sup>4</sup> Data holder means a legal person, including public sector bodies and international organizations, or a natural person who is not a data subject with respect to the specific data in question, which, in accordance with applicable Union or national law, has the right to grant access to or to share certain personal data or non-personal data – see: Article 2(8) of the DGA.

<sup>5</sup> Including both personal and non-personal data. For the definitions see: Article 2(3,4) of the DGA.

<sup>6</sup> It could data user within the meaning outlined in the Article 2(9) of the DGA, i.e. a natural or legal person who has lawful access to certain personal or non-personal data and has the right, including under the GDPR in the case of personal data, to use that data for commercial or non-commercial purposes.

autonomy in disposing of his or her data. Like other altruistic behaviours, data altruism should result from an attitude of selfless concern for the welfare of others, abstracting from self-interest.

Due to the premise of the voluntary nature of data sharing, mandatory data sharing activities, such as those based on laws requiring access to data, do not fall within the scope of data altruism. This type of situation can occur in the relationship between a data altruism organisation and a public sector body to which the organisation will request access to data in accordance with national regulations implementing the provisions of Directive 2019/1024 on open data and reuse of public sector information. The body providing data access does not act from altruistic motives but in fulfilment of legal obligations.

The voluntary character of altruistic data sharing is additionally supported by a condition relating to the absence of remuneration for disclosing the data. Data subjects and data holders are not entitled to any "reward that goes beyond compensation related to the costs that they incur where they make their data available for objectives of general interest". The idea behind this is to enhance purely philanthropic data activities and exclude sharing data for financial or any material benefits within the framework of data altruism. If you get paid for the data you share, then you are not motivated by altruistic reasons but by material ones. It does not mean such an exchange of "goods" cannot happen, but it should not be part of the data altruism model.

There is also another reason for this. The EU legislator aimed to introduce a trustworthy framework which will encourage people and private companies to grant access to their data and incentivise them to actively participate in achieving the general interest goals thanks to their data. If data altruism were motivated by a desire to generate profit and monetise one's data, it would not only be inconsistent with the idea of altruism, but would also be unnecessarily associated with already existing commercial practices that sometimes use dark patterns to extract as much data as possible from users. Such an approach would not foster trust in data altruism.

## **1.2. Consent or permission as bases for data sharing**

According to the definition of data altruism, sharing of data within this model should be based on either the consent of the data subject (in the case of personal data) or the permission of the data holder (in the case of non-personal data). Consent is defined in Article 2(5) of the DGA by referencing the legal definition of consent in the GDPR. Thus, consent should be voluntary, specific, informed, and unambiguous, given by the data subject in the form of a statement or explicit affirmative action, indicating their willingness to allow processing of personal data relating to them. Altruistic sharing of personal data can be carried out based on Article 6(1a) GDPR or Article 9(2a) GDPR, in the case of special categories of personal data. Consent given by the data subject for processing their personal data should also meet the requirements established by Articles 7 and 8 of the GDPR, which obligate controllers to ensure that they have obtained valid consent and that individuals are aware of what personal data is being processed and for what purposes.

The impact assessment report shows that choosing consent as the basis for sharing personal data under data altruism was dictated by the fact that altruistic data sharing was practised even before the adoption of the DGA under the provisions of the GDPR, including in particular consent for data processing or using the right to data portability provided in Article 20(1) of the GDPR. In contrast, the research and public consultations showed a lack of appropriate tools that could be widely used and enable the collection of personal data for data altruism. There is also a need for more legal certainty as to whether all processing requirements, including the conditions for validity of consent under the GDPR, need to be met in the case of data altruism. The Data Governance Act therefore aims to clarify this issue, remove legal uncertainties and initiate the creation of tools dedicated to altruistic data sharing. Such a tool is the European Data Altruism Consent Form, which intends to facilitate altruistic data collection, provide data subjects with additional transparency on how their data will be used, and consequently promote trust in altruistic data sharing<sup>7</sup>. In order to ensure compliance with the DGA, the EU legislator also stipulated that the tools for consent or permission and their withdrawal should be clarified in a set of rules that the European Commission (here and after EC) was required to establish under Article 22 of the DGA.

Some experts expressed doubts concerning the use of consent as the sole basis for processing personal data in the context of data altruism<sup>8</sup>. While they argued that other legitimate grounds listed in Articles 6(1) and 9(2) of the GDPR should also be considered, I disagree with this viewpoint. In my opinion, consent is not privileged over other processing grounds, but it does play a critical role in ensuring that data sharing is carried out in a safe and equitable manner. To be considered valid, consent must meet specific GDPR requirements, such as being given voluntarily and without ambiguity. This implies that the data subject must freely choose to provide consent without any fear of negative consequences and make their intentions clear<sup>9</sup>. It is essential to note that obtaining consent necessitates active participation from the data subject, which is not required for other grounds, such as fulfilling a legal obligation or performing a task in the public interest<sup>10</sup>.

Compared to other processing grounds, obtaining consent is a more rigorous process. It requires active participation from the data subject, which reinforces the voluntary nature of data sharing and raises the standard for personal data processing within the ambit of data altruism. This can foster trust in the activities of data altruism

---

<sup>7</sup> Article 25 of the DGA.

<sup>8</sup> Centre for Information Policy Leadership, *Centre for Information Policy Leadership's Response to The EU Commission's Consultation on the Draft Data Governance Act*, [https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl\\_response\\_to\\_eu\\_consultation\\_on\\_dga\\_5\\_feb\\_2021\\_.pdf](https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_response_to_eu_consultation_on_dga_5_feb_2021_.pdf), access 15.09.2023.

<sup>9</sup> LUBASZ, D. *Zgoda* [in:] D. Lubasz (ed.), *Meritum. Ochrona danych osobowych*, Warsaw 2022, p. 122.

<sup>10</sup> In such cases, the data subject only acknowledges that his data is being processed. He or she should learn about the scope and manner of data processing from the information clause provided in accordance with Article 13 or 14 of the GDPR.

organizations recognized within the Union and ensure that they adhere to the GDPR's principles of transparency, fairness, and accountability<sup>11</sup>.

On the other hand, the processing of non-personal data for altruistic motives should be based on a permit granted by the data holder, i.e., a legal entity, including an international organization, a public sector entity, or an individual. Permission means granting the right to process non-personal data to another legal or natural person, i.e. the data user<sup>12</sup>. In recital 46 of the DGA, the EU legislator indicated that data holders could grant permission to process their non-personal data for various purposes not specified when granting permission. Recital 50 of the DGA implies that a data holder could indicate limitations on using the non-personal data it provides in the permission. Therefore, permission for processing personal data should always include information on the acceptable scope of processing by indicating the specific purposes of processing. The permission could include a statement by the data holder authorizing data processing for purposes unknown at the time of granting thereof and a statement specifying which purposes of processing non-personal data the holder does not consent to.

### 1.3. The general interest purposes

The aim of sharing personal or non-personal data through data altruism is to serve the greater good<sup>13</sup>. In this regard the EU legislator specified in the data altruism definition that this model of data sharing should be performed to achieve the objectives of general interest<sup>14</sup>. The term “general interest” is not explicitly defined

---

<sup>11</sup> See: Article 5(1) of the GDPR.

<sup>12</sup> See: Article 2(6) and 2(9) of the DGA.

<sup>13</sup> It needs to be noted that the concept of data altruism originated from the "data for good" movement, which aimed to increase the benefits of data access and processing for society. This movement emerged over a decade ago, when the data economy was rapidly developing and people recognized the value of data as a resource. It was believed that data could serve a greater purpose beyond generating profits for companies, such as supporting research, providing better public services, advancing humanitarian actions or supporting the production of new medical treatments. As a result, some companies began investing in data for good initiatives by active participation in this movement and donating (disclosing) their data. This gave grounds for another type of data donation, called "data philanthropy", i.e. another level of corporate philanthropy, which involved data, skills and new technologies for conducting data analysis. For more see: GEORGE, J., YAN, J., LEIDNER, D. *Data Philanthropy: an Exploratory Study*, (2019), [https://www.researchgate.net/publication/330524870\\_Data\\_Philanthropy\\_an\\_Exploratory\\_Study](https://www.researchgate.net/publication/330524870_Data_Philanthropy_an_Exploratory_Study); GEORGE, J., YAN, J., LEIDNER, D. *Data Philanthropy: Corporate Responsibility with Strategic Value?*, „Information Systems Management” no. 3 (2020), DOI: 10.1080/10580530.2020.1696587; KIRKPATRICK, R. *A New Type of Philanthropy: Donating Data*, „Harvard Business Review” (2013), <https://hbr.org/2013/03/a-new-type-of-philanthropy-don>; LEV-ARETZ, Y. *Data Philanthropy*, „Hastings Law Journal” vol. 70 no. 6 (2019); MCKEEVER, B. et al., *Data Philanthropy: Unlocking the Power of Private Data for Public Good*, (2018), [https://www.urban.org/sites/default/files/publication/98810/data\\_philanthropy\\_unlocking\\_the\\_power\\_of\\_private\\_data\\_for\\_public\\_good\\_2.pdf](https://www.urban.org/sites/default/files/publication/98810/data_philanthropy_unlocking_the_power_of_private_data_for_public_good_2.pdf); M. Stempeck, *Sharing Data Is a Form of Corporate Philanthropy*, „Harvard Business Review” (2014), <https://hbr.org/2014/07/sharing-data-is-a-form-of-corporate-philanthropy>; WU, J. *Big Data Philanthropy: The Social Impact of Donating Data*, <https://www.linkedin.com/pulse/data-philanthropy-social-impact-donating-june-wu/>, 1.07.2015, access 21.06.2023.

<sup>14</sup> See: Article 2(16) of the DGA.

in the DGA, but is illustrated by various examples. These include enhancing healthcare, fighting climate change, improving transportation, supporting the creation, production, and sharing of official statistics, enhancing the quality of public services, shaping public policy, and carrying out research for the benefit of society<sup>15</sup>. Nonetheless, the list of general interest objectives is not exhaustive.

“General interest” is an undefined phrase of a value-laden nature, giving some discretion for interpretations and referring to non-legal norms<sup>16</sup>. Thus, it is a broad term that refers to certain evaluations prevalent in a particular social group. These evaluations are usually based on established values or accepted norms that exist outside the legal system. The purpose of using general clauses is to ensure that legal norms and rulings made in individual cases are consistent with the norms that exist in society. Therefore, general clauses aim to supplement and define established legal rules. When a specific provision includes a general clause, the values and norms indicated by the clause must be taken into consideration by the legal body responsible for determining the facts and their legal consequences. Furthermore, general clauses are used to make the law flexible and better suited to changing circumstances<sup>17</sup>. However, because they are not clearly defined, general clauses can lead to difficulties in interpretation<sup>18</sup>.

In the context of data altruism and the notion of “general interest” two issues should be emphasised. Firstly, in the EU law there are more general clauses with similar meanings, which may overlap with the notion of “general interest” as outlined in the data altruism definition. These include, for example, “social interest” and “public interest”. Social interest is not defined, but certainly is a legal notion used in various legal acts<sup>19</sup>. The term “social” means “connected with society and the way it is organized”<sup>20</sup>, “related to or involving society”<sup>21</sup>. It also means “produced by and owned in common by society”, “designed to serve society”, “working selflessly for the benefit of some community”<sup>22</sup>. It seems that understanding the meaning of social interest requires to examine the concept of the

---

<sup>15</sup> See: Article 2(16) and recital 45 of the DGA.

<sup>16</sup> MALAREWICZ-JAKUBÓW, A. *Klauzule generalne i zasady słuszności*, „Białostockie Studia Prawnicze” vol. 17 (2014), DOI: 10.15290/bsp.2014.17.12, p. 146.

<sup>17</sup> ZIELIŃSKI, M. *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warsaw 2002, p. 163–171.

<sup>18</sup> ŻURAWIK, A. „Interes publiczny”, „interes społeczny” i „interes społecznie uzasadniony”. *Próba dookreślenia pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” vol. 75 no. 2 (2018), DOI: 10.14746/rpeis.2013.75.2.5, p. 57.

<sup>19</sup> See for example: Regulation (EU) 2018/1672 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on controls on cash entering or leaving the Union and repealing Regulation (EC) No 1889/2005, OJ L 284, 12.11.2018, p. 6–21, recital 16; Regulation (EU) 2021/819 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 on the European Institute of Innovation and Technology (recast), OJ L 189, 28.5.2021, p. 61–90, Article 7(1b); MATUSIAK, A. *Pojęcie interesu społecznego jako przesłanki udziału prokuratora w postępowaniu*, „Zeszyty Prawnicze” vol. 13 no. 3 (2016), DOI: 10.21697/zp.2013.13.3.07, p. 149.

<sup>20</sup> Oxford Learner’s Dictionaries, *Term „social”*, [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/social\\_1?q=social](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/social_1?q=social), access 18.09.2023.

<sup>21</sup> Cambridge English Dictionary, *Term „societal”*, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/societal>, access 18.09.2023 r.

<sup>22</sup> Słownik języka polskiego PWN, *Term „społeczny”*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/spo%C5%82eczny.html>, access 18.09.2023.



common good<sup>23</sup>. Though it lacks a legal definition, this term refers to an interest that seeks to benefit society while considering the individual positions of its members. It is intended to apply to a group, rather than just one person, and aims to support the fulfilment of individual interests. However, the idea of social interest remains vague, open to interpretation and influenced by external factors such as politics, society, economy, and specific circumstances<sup>24</sup>.

“Social interest” is often identified with “public interest”<sup>25</sup>. However, since the legislator uses these two terms, it should be assumed that it intended to distinguish them and give them different meanings. Accordingly, what does public interest mean? The concept of public interest is interdisciplinary, although its interpretation varies from one field of research to another. It is understood differently in economic, political or legal sciences<sup>26</sup>. In legal sciences, public interest is one of the basic categories of administrative law and public economic law. It also constitutes a criterion that determined the separation of public administration, understood as a sphere acting to meet the needs of the public and, therefore, for the common good<sup>27</sup>. The concept of public interest does not have a uniform and universal definition, but instead its content must be determined in particular circumstances, considering the specific factors present in an individual case<sup>28</sup>.

It is important to note that the concept of “public interest” is referred to in the DGA when it comes to reusing certain types of protected information held by public sector entities. Recital 16 of the DGA provides for example: “in order to facilitate and encourage the use of data held by public sector bodies for the purposes of scientific research, public sector bodies are encouraged to develop a harmonised approach and harmonised processes to make that data easily accessible for the purposes of scientific research in the public interest. That could mean, *inter alia*, creating streamlined administrative procedures, standardised data formatting, informative metadata on the methodological and data collection choices and standardised data fields that enable the easy joining of data sets from different public sector data sources where relevant for the purposes of analysis”. Therefore, public interest justifies making specific categories of data, such as commercially confidential data or data protected by intellectual property rights of third parties,

---

<sup>23</sup> MATUSIAK, A. *Pojęcie interesu społecznego jako przesłanki udziału prokuratora w postępowaniu...*, p. 152.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> MATUSIAK, A. *Pojęcie interesu społecznego jako przesłanki udziału prokuratora w postępowaniu...*

<sup>26</sup> See for example: LIPPMAN, W. *The Public Philosophy*, Nowy Jork 1955, p. 40; NENTJES, A., WOERDMAN, E. *The Public Interest in Social Security: An Economic Perspective*, [https://www.rug.nl/rechten/congressen/archief/2009/oprichtingscongress-nig/soc\\_sec\\_c2\\_the\\_public\\_interest\\_in\\_social\\_security\\_an\\_economic\\_perspective.pdf](https://www.rug.nl/rechten/congressen/archief/2009/oprichtingscongress-nig/soc_sec_c2_the_public_interest_in_social_security_an_economic_perspective.pdf), 2009 r., access 25.09.2023; R. Scruton, *Słownik myśli politycznej*, Poznań 2002, p. 142.

<sup>27</sup> CHMIELEWSKI, J. *Interes publiczny. Nadrzędny interes publiczny. O wzajemnej relacji pojęć [in:] Pojęcie nadrzędnego interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warsaw 2015, p. 247; NIEWIADOMSKI, Z.K. *Pojęcie administracji publicznej [in:] HAUSER, R., NIEWIADOMSKI, Z. K., WRÓBEL, A. (eds.), System Prawa Administracyjnego. Instytucje prawa administracyjnego*, vol. 1, Warszawa 2015, p. 15.

<sup>28</sup> CHMIELEWSKI, J. *Interes publiczny. Nadrzędny interes publiczny. O wzajemnej relacji pojęć...*, p. 247.

including trade secrets and personal data, available for research or innovative activities<sup>29</sup>. For the sake of comparison – within the framework of data altruism, scientific research in the general interest can also be carried out. Thus, a question arises – what is the relation between the notions of “public interest” and “general interest” under the DGA? The material scope of both concepts may overlap in certain situations, but at the same time, both notions should remain distinguishable, since they are both used in the same regulation in different contexts<sup>30</sup>

The second issue important to mention in the context of general interest is that the material scope of this term has not been limited by the EU legislator. List of examples included in Article 2(16) of the DGA constitutes a non-exhaustive catalogue. It means the notion of “general interest” may be interpreted very broadly and somehow adjusted to the needs of particular processing activity, which may have both positive and negative impact. Positive, because it allows data to be collected for a variety of socially acceptable purposes. It means that altruistic data sharing is actually the result of a kind of contract between those collecting the data, i.e. defining the purposes of the processing, and those sharing their personal or non-personal data, i.e. accepting the pre-defined purposes of the processing. The negative dimension, on the other hand, manifests itself in the fact that the lack of clear semantic boundaries of the concept of general interest may lead not only to a blurring of this concept on DGA grounds, but to a fading of the boundaries between the different concepts mentioned above, such as public interest and social interest.

## 2. REQUIREMENTS FOR ALTRUISTIC DATA SHARING

The DGA provisions outline the requirements for entities seeking recognition as a data altruism organization in the EU and, subsequently, registration with the designated national authority. It is important to note that the EU has adopted a voluntary registration model, meaning that registration – as a rule – is not necessary for data altruism activities<sup>31</sup>. The DGA regulation only applies to entities that choose to apply for registration, and those who decide not to apply or fail to meet the registration requirements can still process data under data altruism. However, they cannot use the label “data altruism organization recognized in the Union” or the common logo, which are reserved only for registered entities<sup>32</sup>.

### 2.1. Registration requirements

In order to be considered for registration in a national register of recognized data altruism organizations, certain criteria must be met. These criteria include engaging in activities that support data altruism, being a legal entity that is established

---

<sup>29</sup> See recital 6 of the DGA.

<sup>30</sup> I do not expand on this issue as it is not the subject of analysis of this article. Nevertheless, there is room for research in this area.

<sup>31</sup> Article I(1c) of the DGA.

<sup>32</sup> See: *Commission Implementing Regulation (EU) 2023/1622 of 9 August 2023 on the design of common logos to identify data intermediation services providers and data altruism organisations recognised in the Union*, OJ L 200, 10.8.2023, p. 1–4.

according to national law and meets objectives of general interest (if applicable), operating on a non-profit basis and being legally independent from any for-profit entity, conducting data altruism activities through a separate functional structure, and adhering to the rulebook mentioned in Article 22(1) of the DGA<sup>33</sup>.

To register as a data altruism organization, the entity must submit an application to the state where its organizational unit is located<sup>34</sup>. The national authority will review the application and, if all prerequisites are met<sup>35</sup>, will add the organization to the public national register of recognized data altruism organizations within 12 weeks<sup>36</sup>. It is important to note that a registration in one EU member state is valid throughout the entire EU, so there is no need to register in other member states where the organization conducts data altruism activities<sup>37</sup>. This can make it easier to share data efficiently and establish cross-border data repositories, which are key objectives of the DGA.

## **2.2. Transparency and protecting data subjects' and data holders' rights and interests**

Entities listed in the register of data altruism organisations recognised in the Union must follow certain obligations to ensure transparency and protect the rights of data subjects and data holders regarding the processing of their personal or non-personal data. To promote transparency, recognised data altruism organisations must document and report their activities, as required by Article 20(1) and (2) of the DGA. This includes keeping accurate records of all individuals and businesses who have processed data held by the organisation, the duration of processing, the declared purposes of processing, and the fees paid for access<sup>38</sup>. Additionally, recognised data altruism organisations must provide an annual report to the registration authority, detailing their activities, how they have served the general interest purposes for which the data was collected, a list of individuals and businesses authorised to process the data, and a description of the general interest purposes served by such processing, as well as information on the organisation's income and expenses<sup>39</sup>.

To ensure transparency, recognised data altruism organisations must also fulfil information obligations towards data subjects or data holders<sup>40</sup>. This includes providing clear and easily understandable information on the general interest purposes for which they allow personal or non-personal data processing, as well as the location of processing and general interest purposes if processed in a third

---

<sup>33</sup> See: Article 18 of the DGA.

<sup>34</sup> Article 19(1) of the DGA.

<sup>35</sup> Not only prerequisites mentioned in Article 18 of the DGA, but also in Article 19(4) of the DGA (i.e. information necessary to include in the application).

<sup>36</sup> Article 19(5) of the DGA.

<sup>37</sup> Article 19(2),(5) of the DGA.

<sup>38</sup> Article 20(1) of the DGA.

<sup>39</sup> Article 20(2) of the DGA.

<sup>40</sup> Article 21(1) of the DGA.

country. The organisation must also provide tools to obtain consent or permission for data processing, with the ability to easily withdraw consent or permission<sup>41</sup>.

Recognised data altruism organisations are prohibited from using data for purposes other than general interest, based on data subject's consent or data holder's permission<sup>42</sup>. They cannot use misleading marketing practices to obtain data<sup>43</sup>. Although the DGA does not provide a clear definition of "misleading marketing practices", it is evident from the preamble<sup>44</sup> that this ban is part of an effort to build trust in altruistic data sharing. The aim is to reinforce the voluntary nature of data sharing in data altruism and prevent organizations from influencing data subjects or holders to make uninformed decisions regarding their personal or non-personal data. This measure also serves as a safeguard, ensuring that the term "data altruism" is not exploited to manipulate or misuse data under the guise of benefiting society<sup>45</sup>.

Moreover, data altruism organizations must ensure secure storage and processing of non-personal data<sup>46</sup>. If any unauthorized transfer, access, or use of shared data is discovered, the organization must immediately inform the data holders<sup>47</sup>.

Transparency and appropriate measures for protecting personal and non-personal data are key prerequisites for building trust in data altruism. However, it's worth noting that Articles 20 and 21 of the DGA may not provide sufficient safeguards for data subjects and data holders. This is due to the fact that a registered data altruism organization may not have control powers over the entities it allows access to the data. The organization relies on their declarations regarding the purposes, duration, and results of data processing. Without the ability to verify the use of data, data altruism may not provide sufficient guarantees for the protection of data subjects and data holders. It should be borne in mind that entities who have been given access to data collected by an altruistic organization may continue to share it unless this possibility is excluded by an agreement between them and the organization providing

---

<sup>41</sup> Article 21(3) of the DGA.

<sup>42</sup> Article 21(2) of the DGA.

<sup>43</sup> Article 21(2) of the DGA. It is worth noting that the DGA uses the term 'marketing practice' and not 'commercial practice' as adopted in Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices (Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council, OJ L 149, 11.6.2005, p. 22–39). The use of the term marketing practice refers to the non-commercial nature of the activities carried out by recognized data altruism organizations. However, a misleading marketing practice may, under Directive 2005/29/EC, constitute an unfair commercial practice. Although the activities of a recognized data altruism organization in the Union, carried out in accordance with the requirements of the DGA, do not fall within the scope of Directive 2005/29/EC, it should be borne in mind that data altruism may be practiced in various ways. It is therefore not excluded that an entity engaged in data altruism in a manner other than that provided for in the DGA will fall under the provisions of Directive 2005/29/EC.

<sup>44</sup> See recital 46 of the DGA.

<sup>45</sup> BEUC, *Data Governance Act. BEUC position paper*, 2021, p. 7.

<sup>46</sup> Article 21(4) of the DGA.

<sup>47</sup> Article 21(5) of the DGA. The provision only refers to data holders, not data subjects. However, GDPR already contains provisions requiring data controllers to inform data subjects of unauthorized access to their data – see Article 34 of the GDPR.

the data. Moreover, in the case of further sharing of personal data, the data subject only sometimes has to be informed about to whom his or her data has been shared.<sup>48</sup> These circumstances may undermine the protection of data subjects and data holders.

### 2.3. Compliance monitoring

The activities of recognised data altruism organisations are subject to supervision by the bodies responsible for registering them in a national register<sup>49</sup>. Member States are required to establish such bodies and ensure that they comply with the requirements listed in Article 26 of the DGA<sup>50</sup>.

According to Article 24(2) of the DGA, competent authorities have the right to request information from recognised data altruism organisations to verify compliance with the Regulation's requirements. If an organisation is found to be non-compliant, it will be informed and given the opportunity to state its position<sup>51</sup>. The competent authority may require the organisation to end the breach and adopt proportionate measures to comply with the requirements<sup>52</sup>. Failure to comply with even one requirement may result in the loss of the right to continue to use the label "data altruism organisation recognised in the Union" and removal from national and EU registers<sup>53</sup>. This strict approach is meant to build trust in data altruism and motivate organisations to achieve recognised status. However, the costs and obligations of registration, coupled with the risk of losing the status and being removed from the register, may deter some entities from conducting data altruism activities in accordance with the DGA requirements.

The DGA provisions do not provide an option to suspend the powers of a registered data altruism organisation or otherwise limit the scope of activities carried out by such an organisation for the time needed to remedy all the deficiencies identified by the supervisory authority. Nor do they provide for a prohibition on reapplying for the status of recognised data altruism organisation. Given this, it should be deemed that an organisation removed from the national or EU register has the right to reapply for registration once the identified breaches have been remedied and all the requirements laid down in the Regulation have been met. Nevertheless, it

---

<sup>48</sup> See Article 14(5) of the GDPR.

<sup>49</sup> See Article 24 of the DGA.

<sup>50</sup> The DGA became applicable on September 24, 2023. Prior to this date, Member States were required to adopt suitable provisions to enable the regulation's application. This included provisions to clarify which authority is responsible for registering recognized data altruism organizations. For instance, the Polish legislator did not manage to adopt the necessary regulations within the given timeframe. However, based on the draft law on data governance, it has been determined that the President of the Office of Competition and Consumer Protection will be the competent authority for this purpose. See: *Projekt ustawy o zarządzaniu danymi* available at: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12374554/katalog/12991190#12991190>, access: 7.10.2023.

<sup>51</sup> Article 24 (2),(3) of the DGA.

<sup>52</sup> Article 24(4) of the DGA.

<sup>53</sup> Article 24(5) of the DGA.

must go through the registration procedure anew, once again incurring all the costs involved<sup>54</sup>.

### 3. DATA ALTRUISM IN THE CONTEXT OF AI DEVELOPMENT

As the world becomes more interconnected, an abundance of data is being created from various sources, such as factories, farms, cars, and household appliances. This data plays a crucial role in driving innovation through data-driven techniques, which can lead to the creation of personalized and cost-effective products<sup>55</sup>. Technologies such as AI can also be utilized to achieve these goals. These objectives are to be achieved, among others, by applying the DGA rules, including the data altruism regime. As stated in recital 45 of the DGA, the DGA “should aim to contribute to the emergence of sufficiently-sized data pools made available on the basis of data altruism in order to enable data analytics and machine learning, including across the Union”. One question that comes up is how much data altruism can contribute to the advancement of artificial intelligence and the training of algorithms in these systems. From my perspective, the answer lies in one of the prerequisites of data altruism, which is the concept of general interest. This prerequisite determines whether a particular processing purpose can be achieved through data altruism as regulated by the DGA. As it was indicated earlier, the concept of general interest has no clear boundaries under the DGA. In the definition of data altruism, we only find an exemplary list of purposes that are, in the EU legislator’s opinion, perceived as being of general interest. It means that this catalogue can be enlarged to include other general interest purposes. Accordingly, if a particular purpose not enlisted in the above-mentioned catalogue falls under the general interest category, recognized data altruism organizations can gather personal or non-personal data to achieve it<sup>56</sup>. Therefore, the research question can be narrowed down to whether the aim of AI development can be considered a “general interest” purpose, although it is not explicitly provided in the data altruism definition.

There is no doubt that over the past few years, significant progress has been made in the field of machine learning and AI. With the introduction of ChatGPT by OpenAI in December 2022, AI has become a part of daily life for many people. Even before this, AI has been widely utilized to power critical economic and

---

<sup>54</sup> While the DGA does not provide information on registration fees, it is likely that the organization will incur charges during the registration process. The issue of procedural costs was considered while preparing the regulation draft – see European Commission, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the document "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52020SC0295&qid=1678697510594>, p. 35–43.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>56</sup> Entities registered as recognized data altruism organizations are allowed to pursue their purpose. It's important to remember that data altruism can also be practiced in ways not outlined in the DGA. In these cases, data controllers can choose any purpose for processing, regardless of whether it's of general interest or not. The decision to pursue these purposes ultimately depends on the acceptance of the data subjects and data holders - if they do not accept a particular purpose, they will not share their data.

administrative applications, including but not limited to facial recognition, cancer detection, spam control, handwriting analysis, and climate change mitigation tools. While the current trend holds immense potential, there are also certain risks which AI may pose, from opacity, discrimination, data protection violations and unforeseeability, to the environmental costs of training large AI systems, including water consumption and toxic materials<sup>57</sup>.

In light of recent AI developments, legislators worldwide are working to balance containing AI's risks without stifling innovation and beneficial use. The EC presented a draft version of Artificial Intelligence Act in April 2021, proposing a comprehensive legal framework to regulate AI usage in the EU member states<sup>58</sup>. Similar steps have been taken in other parts of the world, for example in China, Canada, the United States, and the United Kingdom<sup>59</sup>.

When analyzing the draft AI Act, it is not difficult to see that it focuses precisely on countering the risks that AI-based systems may cause. It follows a risk-based approach – a concept that has been already known due to the GDPR. Apparently the EU has acknowledged the potential risks associated with AI and considers it a regulatory concern. To manage these risks, the EU has distinguished various levels of risk and proposed laws that employ a rigorous risk management approach<sup>60</sup>. Therefore, AI act proposal distinguishes between four different risk categories: prohibited; high-risk; limited-risk; and unregulated. As outlined in Article 5 of the AI Act, there are a number of applications of AI that are prohibited, including the implementation of social scoring and biometric identification measures in public spaces (with certain exceptions that are currently the subject of much debate). However, the primary emphasis of the AI regulations is on establishing guidelines for high-risk AI systems<sup>61</sup>. These high-risk areas include for example administration,

---

<sup>57</sup> See e.g.: CATH, C. *Governing artificial intelligence: ethical, legal and technical opportunities and challenges*, „Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences” vol. 376 no. 2133 (2018), DOI: 10.1098/rsta.2018.0080; CHEATHAM, B., JAVANMARDIAN, K., SAMANDARI, H. *Confronting the risks of artificial intelligence*, <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/05/Confronting-the-risks-of-artificial-intelligence.pdf>; GANAPATHY, K. *Artificial Intelligence and Healthcare Regulatory and Legal Concerns*, „Telehealth and Medicine Today” vol. 6 no. 2 (2021), DOI: 10.30953/tmt.v6.252, <https://telehealthandmedicinetoday.com/index.php/journal/article/view/252>; SMUHA, N.A. *The EU Approach to Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, „Computer Law Review International” vol. 20 no. 4 (2019), DOI: 10.9785/cri-2019-200402; YIGITCANLAR, T. et al., *Contributions and Risks of Artificial Intelligence (AI) in Building Smarter Cities: Insights from a Systematic Review of the Literature*, „Energies” no. 13(6) (2020), DOI: <https://doi.org/10.3390/en13061473>, <https://www.mdpi.com/1996-1073/13/6/1473>.

<sup>58</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts*, COM/2021/206 final.

<sup>59</sup> HACKER, P. *AI Regulation in Europe: From the AI Act to Future Regulatory Challenges* [in:] AJUNWA, I., ADAMS-PRASSL, J. (eds.), *Oxford Handbook of Algorithmic Governance and the Law*, Oxford University Press 2024 (forthcoming).

<sup>60</sup> MAHLER, T. *Between risk management and proportionality: The risk-based approach in the EU's Artificial Intelligence Act Proposal*, 30.09.2021, <https://papers.ssrn.com/abstract=4001444>, p. 246.

<sup>61</sup> HACKER, P. *AI Regulation in Europe: From the AI Act to Future Regulatory Challenges...*, p. 4.

justice, face recognition, medicine, employment, credit scoring, and particular insurance policies<sup>62</sup>.

If some AI-based systems give rise to such significant risks, resulting in the need to prohibit or at least restrict their use, the question is whether the development of these systems can be seen as an objective of general interest, i.e. in the interest of society as a whole. It seems not, since the public is precisely to be protected from the effects of the use of such systems. Referring this to data altruism, it should be noted that, in principle, altruistic data sharing is supposed to contribute to the greater good of society in general, including the standard of living, the advancement of scientific research, the development of medicine, the improvement of the quality of public services and so on. Certainly, data altruism is not intended to collect data for the development of something that may cause negative consequences for individuals or social groups, or something that may be perceived as a social threat.

Nevertheless, the answer to the above question is not at all clear-cut. In addition to systems that cause high risks or unacceptable risks, there are systems which can generate benefits for society. Various recent studies have demonstrated the potential benefits that AI can have for social welfare. For example, Amnesty International and ElementAI have displayed how AI can assist human moderators in recognizing online abuse directed towards women on Twitter<sup>63</sup>. Additionally, the Makerere University AI research group, with the help of the UN Pulse Lab Kampala, has created automated surveillance methods that can detect the viral cassava disease<sup>64</sup>. This same group, in conjunction with Microsoft Research and other academic institutions, has also founded an electronic agricultural marketplace in Uganda<sup>65</sup>. In Darfur, satellite imagery has been utilized to anticipate poverty and identify villages that have been burned down during conflicts<sup>66</sup>. Additionally, climate and machine learning scientists' collaborative efforts have led to the development of predictive and interpretive instruments for climate action<sup>67</sup>. These examples are part of the much-promoted trend of using AI systems to support societal interests, known as "AI for good" movement<sup>68</sup>. As the data infrastructure and AI technology continue to advance, we can expect to see even more varied applications for AI in social welfare.

---

<sup>62</sup> See Article 6 et seq. of the AI Act proposal.

<sup>63</sup> *Troll Patrol Findings*, „Troll Patrol Report”, <https://decoders.amnesty.org/projects/troll-patrol/findings>, access 8.10.2023.

<sup>64</sup> *Building fertile ground for data science in Uganda – UN Global Pulse*, <https://www.unglobalpulse.org/2016/08/building-fertile-ground-for-data-science-in-uganda/>, access 8.10.2023.

<sup>65</sup> NEWMAN, N. et al., *Designing and Evolving an Electronic Agricultural Marketplace in Uganda* [in:] *Proceedings of the 1st ACM SIGCAS Conference on Computing and Sustainable Societies*, New York, 2018.

<sup>66</sup> JEAN, N. et al., *Combining satellite imagery and machine learning to predict poverty*, „Science” no. 6301 (2016).

<sup>67</sup> ROLNICK, D. et al., *Tackling Climate Change with Machine Learning*, „arXiv.org”, <https://arxiv.org/abs/1906.05433v2>, 10.06.2019, access 8.10.2023.

<sup>68</sup> COWLS, J. *AI for Social Good: Whose Good and Who's Good? Introduction to the Special Issue on Artificial Intelligence for Social Good*, „Philosophy & Technology” vol. 34 no. 1 (2021), DOI: 10.1007/s13347-021-00466-3; See also: *AI for Good*, <https://www.aiforgood.eu/>, access 13.09.2023; *AI for Good*, „AI for Good”, <https://www.aiforgood.co.uk/>, access 13.09.2023.



At the same time, there is no doubt that promoting such uses of artificial intelligence is legitimate and desirable.

Taking these considerations into account it could be concluded that although there is room for debate regarding whether AI development should be considered a goal for data altruism, utilizing AI-based systems for the purpose of achieving general interest objectives should not be contested. Artificial intelligence can be used as a tool to facilitate the achievement of general interest objectives, such as medical research, improving public services, facilitating humanitarian actions. Nevertheless, AI should be employed reasonably and with respect for the rights and interests of data subjects and holders.

## CONCLUSION

Data altruism is a valuable and promising concept of voluntary sharing of personal or non-personal data for general interest purposes. Although most data sharing practices are organized to generate profit, data altruism has the potential to accelerate the data economy and contribute not only to the achievement of widely understood common good, but also to the advancement of various tools and solutions that are developed thanks to data access, including AI-based systems. The EU legislator has recognized this potential and adopted new rules for data altruism in the EU data market.

The aim of this article was to assess if data altruism can contribute to the advancement of artificial intelligence and the training of algorithms in these systems, and consequently whether the AI development can be considered a “general interest” purpose, i.e. the purpose which could be pursued within the framework of data altruism. Remarks presented above allow to conclude that AI-based systems can be effectively utilized to achieve general interest objectives. While there may be debates on whether AI development (i.e. collecting data for the sole purpose of training AI algorithms) should be considered a goal for data altruism, it is undeniable that AI is a valuable tool to facilitate the achievement of various objectives related to the greater good of the society.

Regardless of the above conclusion, it is also essential to recognize that altruistic data sharing can develop and be practiced in various ways, not only through the model adopted by the EU legislator. Considering the voluntary nature of registration as a recognized data altruism organization and the numerous obligations imposed on entities that eventually decide to get such a status, it cannot be excluded that data sharing for altruistic reasons may operate outside the regime adopted in the DGA. In such a case, data altruism will be less restrictive, especially regarding integrating data altruism with commercial activities. Consequently, this may contribute to a broader interpretation of the general interest criterion as a condition for data altruism under the DGA. Altruistic data sharing practised outside the DGA regime does not necessarily have to be carried out solely for general interest purposes, but also for other purposes, including those related to the development of artificial intelligence. As a result, whether data altruism operating outside the DGA regime becomes a tool for AI development actually depends on two groups of subjects: those who collect

data for a specific purpose and those who provide their data, also known as data subjects or data holders.

## REFERENCES

1. *AI for Good*, <https://www.aiforgood.eu/>.
2. *AI for Good*, „AI for Good”, <https://www.aiforgood.co.uk/>.
3. BEUC, *Data Governance Act. BEUC position paper*, 2021.
4. *Building fertile ground for data science in Uganda – UN Global Pulse*, <https://www.unglobalpulse.org/2016/08/building-fertile-ground-for-data-science-in-uganda/>.
5. Cath C., *Governing artificial intelligence: ethical, legal and technical opportunities and challenges*, „Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences” vol. 376 no. 2133 (2018), DOI: 10.1098/rsta.2018.0080.
6. Cheatham B., Javanmardian K., Samandari H., *Confronting the risks of artificial intelligence*, <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/05/Confronting-the-risks-of-artificial-intelligence.pdf>.
7. Chmielewski J., *Interes publiczny. Nadrzędny interes publiczny. O wzajemnej relacji pojęć* [in:] *Pojęcie nadrzędnego interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warsaw 2015.
8. Cows J., *‘AI for Social Good’: Whose Good and Who’s Good? Introduction to the Special Issue on Artificial Intelligence for Social Good*, „Philosophy & Technology” vol. 34 no. 1 (2021), DOI: 10.1007/s13347-021-00466-3.
9. Ganapathy K., *Artificial Intelligence and Healthcare Regulatory and Legal Concerns*, „Telehealth and Medicine Today” vol. 6 no. 2 (2021), DOI: 10.30953/tmt.v6.252, <https://telehealthandmedicinetoday.com/index.php/journal/article/view/252>.
10. George J., Yan J., Leidner D., *Data Philanthropy: Corporate Responsibility with Strategic Value?*, „Information Systems Management” no. 3 (2020), DOI: 10.1080/10580530.2020.1696587.
11. George J., Yan J., Leidner D., *Data Philanthropy: an Exploratory Study*, 2019, [https://www.researchgate.net/publication/330524870\\_Data\\_Philanthropy\\_an\\_Exploratory\\_Study](https://www.researchgate.net/publication/330524870_Data_Philanthropy_an_Exploratory_Study).
12. Hacker P., *AI Regulation in Europe: From the AI Act to Future Regulatory Challenges* [in:] I. Ajunwa, J. Adams-Prassl (eds.), *Oxford Handbook of Algorithmic Governance and the Law*, Oxford University Press 2024.
13. Jean N., Burke M., Xie M., et al., *Combining satellite imagery and machine learning to predict poverty*, „Science” no. 6301 (2016).
14. Kirkpatrick R., *A New Type of Philanthropy: Donating Data*, „Harvard Business Review” (2013), <https://hbr.org/2013/03/a-new-type-of-philanthropy-don>.
15. European Commission, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report accompanying the document "Proposal for a Regulation of the European*

- Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52020SC0295&qid=1678697510594>.
16. Lev-Aretz Y., *Data Philanthropy*, „Hastings Law Journal” vol. 70 no. 6 (2019).
  17. Lippman W., *The Public Philosophy*, Nowy Jork 1955.
  18. Mahler T., *Between risk management and proportionality: The risk-based approach in the EU’s Artificial Intelligence Act Proposal*, 30 września 2021 r., <https://papers.ssrn.com/abstract=4001444>.
  19. Malarewicz-Jakubów A., *Klauzule generalne i zasady słuszności*, „Białostockie Studia Prawnicze” vol. 17 (2014), DOI: 10.15290/bsp.2014.17.12.
  20. Matusiak A., *Pojęcie interesu społecznego jako przesłanki udziału prokuratora w postępowaniu*, „Zeszyty Prawnicze” vol. 13 no. 3 (2016), DOI: 10.21697/zp.2013.13.3.07.
  21. McKeever B., Greene S., MacDonald G., et al., *Data Philanthropy: Unlocking the Power of Private Data for Public Good*, (2018), [https://www.urban.org/sites/default/files/publication/98810/data\\_philanthropy\\_unlocking\\_the\\_power\\_of\\_private\\_data\\_for\\_public\\_good\\_2.pdf](https://www.urban.org/sites/default/files/publication/98810/data_philanthropy_unlocking_the_power_of_private_data_for_public_good_2.pdf).
  22. Nentjes A., Woerdman E., *The Public Interest in Social Security: An Economic Perspective*, [https://www.rug.nl/rechten/congressen/archief/2009/oprichtingscongres-nilg/soc\\_sec\\_c2\\_the\\_public\\_interest\\_in\\_social\\_security\\_an\\_economic\\_perspective.pdf](https://www.rug.nl/rechten/congressen/archief/2009/oprichtingscongres-nilg/soc_sec_c2_the_public_interest_in_social_security_an_economic_perspective.pdf), 2009.
  23. Newman N., Bergquist L.F., Immorlica N., et al., *Designing and Evolving an Electronic Agricultural Marketplace in Uganda* [in:] *Proceedings of the 1st ACM SIGCAS Conference on Computing and Sustainable Societies*, New York 2018.
  24. Niewiadomski Z.K., *Pojęcie administracji publicznej* [in:] R. Hauser, Z. K. Niewiadomski, A. Wróbel (ed.), *System Prawa Administracyjnego. Instytucje prawa administracyjnego*, vol. 1, Warsaw 2015.
  25. Rolnick D., Donti P.L., Kaack L.H., et al., *Tackling Climate Change with Machine Learning*, „arXiv.org”, <https://arxiv.org/abs/1906.05433v2>.
  26. Scruton R., *Słownik myśli politycznej*, Poznań 2002.
  27. Smuha N.A., *The EU Approach to Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*, „Computer Law Review International” vol. 20 no. 4 (2019), DOI: 10.9785/cr-2019-200402.
  28. Stempeck M., *Sharing Data Is a Form of Corporate Philanthropy*, „Harvard Business Review” (2014), <https://hbr.org/2014/07/sharing-data-is-a-form-of-corporate-philanthropy>.
  29. *Troll Patrol Findings*, „Troll Patrol Report”, <https://decoders.amnesty.org/projects/troll-patrol/findings>.
  30. Wu J., *Big Data Philanthropy: The Social Impact of Donating Data*, <https://www.linkedin.com/pulse/data-philanthropy-social-impact-donating-june-wu/>.
  31. Yigitcanlar T., Desouza K.C., Butler L., Roozkhosh F., *Contributions and Risks of Artificial Intelligence (AI) in Building Smarter Cities: Insights from a*

*Systematic Review of the Literature*, „Energies” no. 13(6) (2020), DOI: <https://doi.org/10.3390/en13061473>, <https://www.mdpi.com/1996-1073/13/6/1473>.

32. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warsaw 2002.

33. Żurawik A., „*Interes publiczny*”, „*interes społeczny*” i „*interes społecznie uzasadniony*”. *Próba dookreślenia pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” vol. 75 no. 2 (2018), DOI: 10.14746/rpeis.2013.75.2.5.

#### **CONTACT INFORMATION**

amichalowicz@wpia.uni.lodz.pl

University of Łódź, Faculty of Law and Administration

Kopcińskiego St. 8/12

90-232 Łódź

Poland

*Dominik Mizerski*<sup>1</sup>

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

## **The new regime of related party transactions in joint stock companies under Polish law**

### *Abstract*

*Transactions between related parties are common in both domestic and international trade. They are fundamental to the operation of groups of companies in particular. However, they threaten the majority shareholder with disproportionate benefits, at the expense of the interests of the company and minority shareholders. This was the reason for the introduction by the Polish legislator of the provisions concerning the related party transactions applied to the private joint-stock companies and these joint-stock companies whose shares are introduced to trading on alternative trading system. This paper aims to present the most important legal institutions under this newly established related party transactions regime.*

*Key words: groups of companies, related party transactions, disclosure, approval.*

**JEL Classification:** K15, K20, K22

## **INTRODUCTION**

Based on the Act of 9.02.2022 amending the Act on the Commercial Companies Code, legal regulation of transactions concluded by a joint stock company with its related parties was introduced. The adoption of these regulations reflects the ongoing efforts of the Polish legislature to introduce statutory mechanisms for overseeing related party transactions. This new regime is in line with the previously implemented framework for joint-stock companies (listed companies) whose shares are admitted to trading on regulated markets as a result of implementation of the Directive (EU) 2017/828. This paper aims to analyze the new regulations in terms of the adequacy of their adoption in relation to joint stock companies.

### **1. SUBJECT AND OBJECT SCOPE OF THE NEW REGIME OF RELATED PARTY TRANSACTIONS**

The regime of related party transactions, governed by the Commercial Companies Code, applies to all joint-stock companies, except for those companies whose shares are traded on a regulated market (which are subject to a separate regime

---

<sup>1</sup> Dominik Mizerski, PhD Candidate at the University of Silesia in Katowice, Member of the Research Team of Economic and Commercial Law.

regulated by the Act on Public Offering) and companies belonging to groups of companies<sup>2</sup> (Art. 384<sup>1</sup> of the Commercial Companies Code). Therefore, newly introduced regulations are applicable not only to private joint-stock companies but also to companies whose shares are listed on the alternative trading system (which in Poland is the NewConnect market).

The formulation of the aforementioned exceptions raises significant doubts regarding the prerequisites for their application. It is unclear which company should fulfil the requirements for applying a given exception. It is uncertain whether only the joint-stock company entering into a transaction with its related party, only the related party with which the joint-stock company engages in a transaction, or whether both the joint-stock company and its related party should be noted on a regulated market or belong to a group of companies. In my opinion, the answer to this question varies for each exception. For the first exception, it is sufficient for the shares of the joint-stock company engaging in transactions with its related party to be admitted to trading on a regulated market. In this case, the regime of related party transactions regulated by the Act on Public Offering applies to such a joint-stock company. Regarding the second exception, it appears that it applies only if simultaneously the joint-stock company and the related party with which the transaction is entered are part of the same group of companies. This interpretation is justified by a functional approach and the unique legal relations existing within companies belonging to a group of companies.

The scope of related parties subject to the regime of related-party transactions under the Commercial Companies Code, includes the parent company<sup>3</sup>, subsidiaries, and affiliated companies<sup>4</sup>. This is a very narrow range of entities compared to the

---

<sup>2</sup> A group of companies should be understood as a dominant company and a related company or companies, governed in accordance with the resolution on participation in a group of companies by a common strategy in order to pursue the common interest (interest of the group companies), justifying the exercise by the dominant company of uniform management of the related company or companies.

<sup>3</sup> Parent (dominant) company should be understood as a commercial company: (a) which holds, directly or indirectly, a majority of votes at the shareholders' meeting or the general meeting, also in the capacity of a pledgee or usufructuary, or on the management board of another company (dependent company), also under agreements with other persons; or (b) which has the power to appoint or remove a majority of members of the management board of another company (dependent company) or a co-operative (dependent co-operative), also under agreements with other persons; or (c) which has the power to appoint or remove a majority of members of the supervisory board of another company (dependent company) or co-operative (dependent co-operative), also under agreements with other persons; or (d) if the members of its management board represent more than one-half of the members of the management board of another company (dependent company) or a co-operative (dependent co-operative), or (e) which holds, directly or indirectly, a majority of votes in a dependent partnership or at the general meeting of a dependent co-operative, also under agreements with other persons; or (f) which exercises a decisive influence over the business of a dependent company or a dependent co-operative, in particular by concluding an agreement between the dominant company and the dependent company providing for the management of the dependent company or transfer of profits by such a company.

<sup>4</sup> Affiliated companies should be understood as a company in which another commercial company or co-operative holds, directly or indirectly, at least 20 per cent of votes at the shareholders' meeting or the general meeting, also in the capacity of a pledgee or usufructuary, or under agreements with

regime of related party transactions regulated under the Act on Public Offering which refers to much broader catalogue of related parties. The Act on Public Offering refers to the definition of related parties within the meaning of EU Commission Regulation No. 632/2010 (Art. 90h sec. 1.1 PoA). Unlike the regime of related-party transactions regulated under the Act on Public Offering, the regime under the Commercial Companies Code does not encompass transactions entered into by a joint-stock company with its controlling shareholder or entities related to members of its governing bodies. Thus doubts may arise particularly concerning the effectiveness of the adopted provisions. As a result, a strategic shareholder interested in acquiring valuable assets of a joint-stock company could theoretically conclude a contract directly on behalf of the company, thereby bypassing the need for supervisory board approval. A definition of related parties in the Commercial Companies Code that aligns with the definition found in the Act on Public Offering would be a more effective solution for safeguarding the assets of a joint-stock company.

In terms of the subject matter, the related-party transaction regime applies to transactions whose value, when combined with the value of transactions entered into with the same company during the financial year<sup>5</sup>, exceeds 10% of the company's total assets as determined in accordance with the Act on Accounting, based on company's last approved financial statement (Art. 384<sup>1</sup> CCC).

The Polish legislator, similar to the related-party transaction regime regulated under the Act on Public Offering, has chosen to use the term "transaction". This term is not commonly used in Polish civil law, typically referring to "legal action" or "contract". The limited existing literature suggests that the term "transaction" should be understood as any legal action leading to the acquisition of property or the undertaking of obligations by the company. These actions can be both paid and gratuitous<sup>6</sup>. Multilateral legal acts are also encompassed by the term "transaction" if they, to some extent, regulate the rights and obligations of the joint-stock company and the parent company, subsidiary, or affiliated company involved in the transaction.

The materiality threshold that triggers the obligation to obtain supervisory board approval for a related party transaction is determined individually based on the size of a joint-stock company's balance sheet. This threshold is subject to change each year due to possible fluctuations in the reported asset items in company's financial statements. The adopted percentage threshold, representing a certain proportion of assets, is higher than the threshold set for the related party transaction regime under the Act on Public Offering, which was set at 5% of their assets determined in the Act on Accounting (Art. 90h sec. 1.1 POA). The decision to adopt a higher threshold in the analyzed regulation is justified by trading practices and, specifically, the size of

---

other persons, or which directly holds at least 20 per cent of shares in another company (Art. 4 Sec. 1.5 CCC).

<sup>5</sup> It should be understood as a calendar year or other period of 12 consecutive full calendar months, also used for tax purposes (Art. 3 sec. 1.9 Act on Accounting).

<sup>6</sup> SZYMAŃSKI, K. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tzw. prawo holdingowe)*, A. Szumański, R.L. Kwaśnicki, F. Ostrowski (eds.), Warszawa, C.H. Beck, 2022, ISBN 978-83-8291-082-7, Art. 384<sup>1</sup> nb. 7.

the joint-stock companies to which the regulation applies. Generally, the assets of these companies are significantly smaller than those of listed companies' shares. Setting a 5% threshold under the Commercial Companies Code could impose a disproportionate burden on joint-stock companies, requiring them to obtain approval for almost every transaction with related party.

For transactions that provide one-time benefits, the value should be determined according to the value specified in the agreement. Regarding transactions with recurring benefits, the provisions of the Commercial Companies Code explicitly state that, in the case of such transactions fulfilled under an indefinite-term contract, the value should be considered the sum of the benefits provided in the first three years of the contract (Art. 384<sup>1</sup> sec. 3 CCC). Meanwhile, there are no provisions specifying the manner of calculating the value of transactions involving recurring benefits fulfilled under a fixed-term contract. In this regard Art. 90h sec. 2 of the Act on Public Offering can be applied by analogy. Consequently, the value of the transaction should be the sum of the benefits fulfilled under such a contract throughout its duration. Furthermore, regardless of the nature of the benefits fulfilled, the Commercial Companies Code requires aggregating the values of all transactions entered into by a joint-stock company with their specified related party during the financial year to determine whether the value of such transactions exceeds the quantitative threshold described above.

The regime introduced under the Commercial Companies Code is dispositive (opt-out). Shareholders have the option to exclude the application of this new legal institution. The legislator justifies this solution by allowing shareholders to adapt their entity's internal organization to their justified interests<sup>7</sup>. The adopted regime remains in effect unless the company's by-laws explicitly state that it does not apply to transactions with its related parties. A resolution to amend companies' by-laws requires a three-fourths majority vote (Art. 415 CCC), and such amendment becomes effective only upon registration by the registry court (Art. 430 sec. 1 CCC). On the same basis, shareholders can modify the rules of the described regime by, for example, introducing alternative quantitative thresholds for transactions subject to the regime or deciding that the general meeting, instead of the supervisory board, will be authorized to approve related party transactions.

## **2. APPROVAL OF RELATED PARTY TRANSACTIONS AND THE MANAGEMENT'S INFORMATION OBLIGATION**

The supervisory board has been granted statutory authority to approve related-party transactions. In this regard, the provisions of the Commercial Companies Code state the same as the Act on Public Offering (Art 90i sec. 3 POA). The supervisory board's approval is expressed in the form of a resolution. Unless the company's by-laws stipulate otherwise, it requires an absolute majority of votes (Art. 391 sec. 1 CCC). Since this authority is granted to the supervisory board *in corpore* (as a

---

<sup>7</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw – druk nr 1515 (<https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/2EB24258E6FF3ED2C12587450036A4CE/%24File/1515.pdf>) (10.8.2023), p. 50.



whole), it may not be delegated to an individual member or a committee within the supervisory board<sup>8</sup>. The supervisory board's consent can be given before or after the company's statement but no later than two months from the statement date (Art. 17 sec. 2 CCC). In the case of subsequent consent, it will have a retroactive effect from the time of the transaction. The supervisory board's consent may be unconditional or conditional<sup>9</sup>. It should be noted that the supervisory board's resolution on approving a related-party transaction does not eliminate the obligation of the shareholders' meeting to adopt a resolution if required under Art. 393 CCC due to the subject matter of the transaction<sup>10</sup>.

The obligation to obtain supervisory board approval applies not only to a single transaction that exceeds the materiality threshold but also to each subsequent transaction with the same related party concluded during the same financial year, regardless of its value.

The management board of a joint-stock company must provide information to the supervisory board before making a decision to approve a transaction (Art. 384<sup>1</sup> sec. 2 CCC). The information to be provided includes details about the company or other parties involved in the transaction, the nature of the relationship between the company and the other parties, the subject matter of the transaction, the transaction's value, and the necessary circumstances to assess whether it is justified in the company's interests. It is essential for the information provided to be specific and not limited to abstract assessments, particularly when evaluating the company's financial or organizational situation<sup>11</sup>. The issue of whether the catalogue indicated above is exhaustive is disputed in legal doctrine<sup>12</sup>.

The obligation of the management board to provide information to the supervisory board is self-imposed, meaning it is not dependent on a request from the supervisory board<sup>13</sup>. However, no deadline specified for the management board to provide transactional information. Therefore, it is recommended that the company's by-laws establish procedures for the management board to provide information on

---

<sup>8</sup> KIDYBA, A. Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych, Lex/el 2023, Art. 384<sup>1</sup>.

<sup>9</sup> SZYMAŃSKI, K. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tw. prawo holdingowe)..., Art. 384<sup>1</sup> nb. 20

<sup>10</sup> WAJDA, D. Transakcje spółki kapitałowej z jej udziałowcami i funkcjonariuszami – uwagi na łd dyrektwy 2017/828, Monitor Prawniczy, ISSN 1230-6509, 2018, No. 1, p. 25-26.

<sup>11</sup> SZYMAŃSKI, K. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tw. prawo holdingowe)..., Art. 384<sup>1</sup> nb. 20.

<sup>12</sup> Two opposing views on the character of this catalogue have been presented in the literature: one assumes that this catalogue is closed (KRAWCZYK, A. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe. Zmiany w funkcjonowaniu organów spółek kapitałowych, R. Adamus (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2022, ISBN: 978-83-8235-496-6, Art. 384<sup>1</sup> nb. 7) and the other assumes that this catalog cannot be treated as exhaustive (SZYMAŃSKI, K. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tw. prawo holdingowe)..., Art. 384<sup>1</sup> nb. 23.). In my opinion, the catalogue indicated in Art. 384<sup>1</sup> sec. 2 CCC is closed in the meaning that the delivery by the management board of the information explicitly indicated therein will constitute the fulfilment of their information obligation under this article.

<sup>13</sup> KRAWCZYK, A. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe..., Art. 384<sup>1</sup> nb. 5.

planned transactions<sup>14</sup>. Failure to provide information or doing so improperly may result in organizational or compensation liability of the joint-stock company's management board members (Art. 483 CCC). The board's information obligation does not prevent the supervisory board from requesting relevant information from the management board under Art. 384 sec. 4 CCC. The supervisory board can also engage an advisor to prepare an opinion or analysis on the transaction under Art. 382<sup>1</sup> CCC.

Unlike the related-party transaction regime applicable to public companies (Art. 90i PoA), there is no obligation to publish information on entered transactions. While the lack of this obligation for private joint-stock companies may be justified by the closed nature of these companies and the generally non-decentralized shareholding, the lack of introduction of this obligation for joint-stock companies whose shares are traded on the alternative trading system appears to infringe the principle of shareholders' rights to equal access to information about the company and its securities. As a result, a shareholder entering into a transaction with the company, the value of which requires the approval of the supervisory board, will be privileged in relation to other shareholders who are not parties to the transaction by having information about the conclusion of such a transaction<sup>15</sup>. Other shareholders will be aware of such a transaction, which could potentially affect the share price, only once the financial statements are published.

### **3. CONSEQUENCES OF CONCLUDING A RELATED PARTY TRANSACTION WITHOUT THE REQUIRED SUPERVISORY BOARD APPROVAL**

Since the obligation to obtain consent for transactions derives from statutory provisions, failing to obtain it will result in the invalidity of the transaction (Art. 17 sec. 1 CCC). This applies to cases where the management board did not seek approval from the supervisory board, as well as situations where the supervisory board refused approval, but the transaction was still executed. The same outcome applies if the supervisory board's resolution is subsequently declared invalid in court proceedings initiated under Article 189 CCP in conjunction with Article 58 sec. 1 or 2 CC<sup>16</sup>. The court judgment in such proceedings has a declaratory character<sup>17</sup>. Therefore, the supervisory board's resolution is deemed not to have legally existed. Entering into transactions without the required approval from the supervisory board

---

<sup>14</sup> KRYSIK, A. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Z. Jara (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2022, ISBN 978-83-8235-214-6, Art. 384<sup>1</sup> nb. 3.

<sup>15</sup> Assuming that the conclusion of such a transaction is not classified by the company as inside information within the meaning of the Regulation on Market Abuse.

<sup>16</sup> Uchwała SN z 18.9.2013, III CZP 13/13, Biuletyn SN 2013/9, poz. 7; SZYMAŃSKI, K. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tzw. prawo holdingowe)*..., Art. 384<sup>1</sup> nb. 31.

<sup>17</sup> SZANCIŁO, T. [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Art. 1–458(16). Tom I, T. Szanciło (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2023, ISBN 978-83-8235-858-2, Art. 189 nb. 1; ŻYŻNOWSKI, T. [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tom I. Artykuły 1-366, T. Wiśniewski (ed.) Warszawa, Wolters Kluwer, 2021, ISBN 978-83-8187-982-8, p. 930.

may also result in organizational or compensatory liability of members of a joint-stock company's management board (Art. 483 CCC).

However, the adoption of such a conclusion leads to a situation where any transaction concluded without the required supervisory board's consent is affected by the sanction of nullity. However, a different view has been presented in the literature, according to which, in the case of invalidity of the council's resolution to consent to the conclusion of a related party transaction, Art. 427 sec. 2 in conjunction with Ar. 427 sec. 4 CCC may be applied analogously<sup>18</sup>. Under this approach, it is proposed to adopt the view that the sanction of nullity does not apply to these transactions if the third party acted in good faith when entering into a transaction with a joint-stock company. A third party remains in good faith, in the context of Art. 427 sec. 2 CCC, if the party did not know, despite the exercise of due diligence, about the grounds for the invalidity of the resolutions<sup>19</sup> or that consent has not been granted. At the same time, the existence of good or bad faith is legally irrelevant in relation to the defectiveness of the resolution at the time of the transaction with the company. Subsequent events do not nullify the state of good faith and protection under the considered provision<sup>20</sup>. The above-specified approach envisaging analogical application of Art. 427 CCC to transactions with related parties is highly recommended. It increases the safety of trading by upholding transactions in force that would be otherwise invalid. Although functional interpretation supports the analogous application of Art. 427 CCC, the lack of a clear legal ground prevents the implementation of such a solution in the current state of the law.

The supervisory board's resolution denying consent for a transaction should generally be considered final. The only legal recourse against such a resolution is to file an action under Art. 189 CCP to establish the existence or nonexistence of a legal relationship. If a transaction is refused approval, the management board cannot seek substitute approval from the general meeting under Art. 384 sec. 2 CCC. This is because Art. 384 of the CCC applies only to cases where the by-laws expand the competence of the supervisory board. Meanwhile, the requirement to obtain approval for a company to enter into transactions with a related party derives from the statute.

The consequences differ, however, when the authority to approve related-party transactions is granted to the general meeting, according to the company's by-laws. If this competence is entrusted to the general meeting, entering into a transaction without the required approval from this body will not invalidate the transaction (Art. 17 sec. 3 CCC). Nevertheless, management board members will still face organizational or compensatory liability.

---

<sup>18</sup> MOSKAŁA, P. Wyrażanie zgody na zawieranie transakcji wewnątrzgrupowych przez radę nadzorczą spółki giełdowej – uwagi do transpozycji nowelizacji dyrektywy 2007/36/WE, *Przegląd Prawa Handlowego*, ISSN 1230-2996, 2020, No. 11, p. 23.

<sup>19</sup> OPALSKI, A. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Tom III B. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 393-490*, Warszawa, C.H. Beck, 2016, ISBN 978-83-255-8057-5, Art. 427 nb 30.

<sup>20</sup> BILEWSKA, K. [in:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Z. Jara (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2022, ISBN 978-83-8235-214-6, Art. 427 nb. 21.

## CONCLUSION

Overall, the following conclusions should be indicated. The new regime of transactions with related parties introduced by the Act of 9.02.2022 is a relevant solution, aligning with the legislator's efforts to safeguard the assets of joint-stock companies. However, some of the solutions adopted within the framework of this new institution are glaringly ineffective, undermining the purpose of introducing this regulation.

Firstly, replacing the term "transaction" with another term commonly used in Polish civil law, such as "legal action," is suggested. This change will help clarify the material scope of applying the newly introduced provisions and eliminate doubts.

Furthermore, it is recommended that the regime introduced by the Act of 9.02.2022 shall apply to transactions with related parties as defined by international accounting standards, similar to the solution adopted in the Act on Public Offering. This approach will enable the creation of a comprehensive system to protect the assets of a joint-stock company and prevent non-equivalent transfers of its damage.

Lastly, it is essential to highlight the method of defining exceptions from applying the described regime. Currently, it is challenging to determine when these exceptions are met. Considering the significance of the sanctions in case of a transaction with a related party without the required consent, these exceptions should be reformulated to provide clear guidelines for their application.

## REFERENCES

1. BILEWSKA, K. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Z. Jara (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2022, ISBN 978-83-8235-214-6, Art. 427 nb. 21.
2. KIDYBA, A. Komentarz aktualizowany do art. 301-633 Kodeksu spółek handlowych, Lex/el 2023, Art. 384<sup>1</sup>.
3. KRAWCZYK, A. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe. Zmiany w funkcjonowaniu organów spółek kapitałowych, R. Adamus (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2022, ISBN: 978-83-8235-496-6, Art. 384<sup>1</sup> nb. 5 and 7.
4. KRYSIK, A. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Z. Jara (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2022, ISBN 978-83-8235-214-6, Art. 384<sup>1</sup> nb. 3.
5. MOSKAŁA, P. Wyrażanie zgody na zawieranie transakcji wewnątrzgrupowych przez radę nadzorczą spółki giełdowej – uwagi do transpozycji nowelizacji dyrektywy 2007/36/WE, Przegląd Prawa Handlowego, ISSN 1230-2996, 2020, No. 11, p. 11-24.
6. OPALSKI, A. [in:] Kodeks spółek handlowych. Tom III B. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 393-490, Warszawa, C.H. Beck, 2016, ISBN 978-83-255-8057-5, Art. 427 nb 30.
7. ŻYZNOWSKI, T. [in:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Tom I. Artykuły 1-366, T. Wiśniewski (ed.) Warszawa, Wolters Kluwer, 2021, ISBN 978-83-8187-982-8, p. 930.

8. SZANCIŁO, T. [in:] Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–458(16). Tom I, T. Szanciło (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2023, ISBN 978-83-8235-858-2, Art. 189 nb. 1.
9. SZYMAŃSKI, K. [in:] Kodeks spółek handlowych. Komentarz do zmian (tzw. prawo holdingowe), A. Szumański, R.L. Kwaśnicki, F. Ostrowski (eds.), Warszawa, C.H. Beck, 2022, ISBN 978-83-8291-082-7, Art. 384<sup>1</sup> nb. 7, 20, 23 and 31.
10. WAJDA, D. Transakcje spółki kapitałowej z jej udziałowcami i funkcjonariuszami – uwagi na tle dyrektywy 2017/828, Monitor Prawniczy, ISSN 1230-6509, 2018, No. 1, p. 22-29.
11. Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Official Journal of the European Union L, 173/2014,1).
12. Act of 17 November 1964 Code of Civil Procedure, Official Journal of Laws of the Republic of Poland, 2021.1805, as amended, hereinafter abbreviated as CCP.
13. Act of 23 April 1966 of Civil Law, Official Journal of Laws of the Republic of Poland, 2022.1360, as amended, hereinafter abbreviated as CC.
14. Uchwała SN z 18.9.2013, III CZP 13/13, Biuletyn SN 2013/9.
15. Act of 9 January 2022 on amendments to the Commercial Companies Code and some other acts, Official Journal of Laws of Republic of Poland, 2022.807, as amended, hereinafter abbreviated as Act of 09.02.2022.
16. Act of 15 September 2000 Commercial Companies Code, Official Journal of Laws of Republic of Poland, 2022.1467, as amended, hereinafter abbreviated as CCC or Act of Commercial Companies Code.
17. Act of 29 July 2005 on public offering and the conditions governing the introduction of financial instruments to the organized trading system and public companies, Official Journal of Laws of Republic of Poland, 2021.1983, as amended, hereinafter abbreviated as Act on Public Offering or POA.
18. Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017, amending Directive 2007/36/EC in the encouragement of long-term shareholder engagement, Official Journal of the European Union L, 132/2017,1, hereinafter abbreviated as Directive (EU) 2017/828.
19. Commission Regulation (EU) No 632/2010 of 19 July 2010 amending Regulation (EC) No 1126/2008 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council as regards International Accounting Standard (IAS) 24 and International Financial Reporting Standard (IFRS) 8, Official Journal of the European Union L, 186/2010,1, hereinafter abbreviated as Commission Regulation (EU) No 632/2010.
20. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw – druk nr 1515 (<https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/2EB24258E6FF3ED2C12587450036A4CE/%24File/1515.pdf>) (10.8.2023), p. 50.

21. Act of 29 September 1994 on Accounting, Official Journal of Laws of Republic of Poland, 2021.217, as amended, hereinafter abbreviated as Act on Accounting.
22. Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC (Official Journal of the European Union L 173/2014,1), hereinafter abbreviated as Regulation on Market Abuse.

#### **CONTACT INFORMATION**

dominik.mizerski@us.edu.pl

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

ul. Bankowa 11B

40-007 Katowice

Poland

**Právo obchodného zástupcu na odstupné (rozsudok SD EÚ C-574/21)**

**Entitlement of the commercial agent to an indemnity  
(judgment CJEU C-574/21)**

*Abstrakt*

*Súdny dvor Európskej únie vo svojom nedávnom rozhodnutí zo dňa 23. marca 2023 vo veci C-574/21 QT proti O2 Czech Republic a.s., konštatoval, že pri výpočte náhrady podľa § 17 ods. 2 písm. a) smernice o samostatných obchodných zástupcoch (t.j. odstupné podľa § 669 OBZ), na ktorú má obchodný zástupca nárok pri skončení zmluvy o obchodnom zastúpení, je potrebné zohľadniť taktiež provízie za hypotetické budúce obchody, ktoré by obchodný zástupca uskutočnil, keby zmluva o obchodnom zastúpení nezanikla. Jednorazovo vyplácané provízie môžu, ale nemusia, predstavovať stratenú províziu obchodného zástupcu, ktorá sa má zohľadniť pri výpočte výšky odstupného. Z rozsudku taktiež vyplýva, že vyplatenie jednorazovej provízie zahŕňajúcej aj odmenu za budúce prínosy pre zastúpeného nemá automaticky za následok stratu nároku obchodného zástupcu na odstupné. Cieľom tohto príspevku je priblížiť právnu argumentáciu obsiahnutú v návrhu generálnej advokátky a rozsudku Súdneho dvora Európskej únie a poukázať na vplyv záverov rozsudku na rozhodovaciu prax (nielen) slovenských súdov.*

*Kľúčové slová: obchodné zastúpenie, nárok na odstupné, jednorazová provízia pre obchodného zástupcu.*

*Abstract*

*In its ruling of March 23, 2023 (C-574/2021) the Court of Justice of the European Union has clarified that when calculating the indemnity to which the commercial agent is entitled upon the termination of the commercial agency contract, it is also necessary to take into account the commission to which he or she would have hypothetically become entitled by the conclusion of further transactions. One-off commission payments may, but do not have to, be considered to constitute lost commission as relevant factor for calculating the amount of indemnity for a commercial agent. The Court also stated that the one-off commission payment, which encompasses remuneration for future benefits to the principal, does not automatically exclude the commercial agent's right to indemnity. The aim of the*

---

<sup>1</sup> Autorka je odbornou asistentkou na katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. Tento príspevok bol financovaný z VEGA č. 1/0259/22 a podporený Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0424.

*paper is to assess the legal argumentation developed in the opinion of the advocate general and the Court's judgment and to call attention to its impact on the decision-making process of (not solely) Slovak courts).*

*Key words: commercial agency, indemnity, one-off commission for commercial agent.*

**JEL Classification: K220**

## ÚVOD

Právne normy upravujúce zmluvu o obchodnom zastúpení, obsiahnuté v ustanoveniach § 652 až § 672 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník (ďalej ako „*OBZ*“) je potrebné vykladať vždy eurokonformne, a to vo svetle Smernice Rady 86/653/EHS o koordinácii právnych predpisov členských štátov týkajúcich sa samostatných obchodných zástupcov (ďalej ako „*smernica*“)<sup>2</sup> a judikatúry Súdneho dvora Európskej únie (ďalej ako „*Súdny dvor*“). Uvedenú smernicu, ktorá harmonizuje niektoré aspekty vzťahu medzi obchodnými zástupcami a zastúpenými, a stanovuje minimálne požiadavky týkajúce sa ochrany obchodného zástupu je možné považovať za jednu z kľúčových smerníc z oblasti obchodného práva. Hoci od jej prijatia uplynuli viac ako tri desaťročia, ciele smernice a jej význam pri vytváraní a udržiavaní jednotného trhu pre oblasť obchodného zastúpenia zostávajú naďalej relevantné s pridanou hodnotou pre Európsku úniu.<sup>3</sup> Súdny dvor na pravidelnej báze rozhoduje o prejudiciálnych otázkach z oblasti obchodného zastúpenia, pričom nedávne rozhodnutie vo veci C-574/21 QT proti O2 Czech Republic a.s.<sup>4</sup> vydané na podklade prejudiciálnej otázky položenej Najvyšším súdom Českej republiky, zdá sa povedie k zmene súčasnej rozhodovacej praxe českých súdov, a v zásade aj tých tuzemských, ktoré na závery a argumentáciu súdov zo susednej krajiny zvyknú mnohokrát odkazovať.

Diskutované rozhodnutie Súdneho dvora vo veci C-574/21 sa týka výkladu článku 17 smernice, ktorý upravuje jeden z najdôležitejších ochranných mechanizmov obsiahnutých v smernici, a to mechanizmus odškodnenia obchodného zástupcu po skončení zmluvného vzťahu so zastúpeným. Len v stručnosti uvedieme, že členské štáty mali pri transpozícii smernice možnosť vybrať si medzi dvomi alternatívnymi mechanizmami odškodnenia obchodného zástupcu, a to buď *náhradou (indemnity)* podľa § 17 ods. 2 smernice, ktorá vychádza z nemeckého právneho poriadku alebo *náhradou škody (compensation for damage)* upravenou v článku 17 ods. 3 smernice, založenou na francúzskom právnom systéme. Súdny

<sup>2</sup> Ú. v. ES L 382 z 31.12.1986, s. 17. Mimoriadne vydanie v slovenskom jazyku: kapitola 06, zväzok 01, s. 177–181.

<sup>3</sup> Komplexné hodnotenie smernice zo strany Komisie EÚ prebehlo v roku 2015. Bližšie SWD (2015) 146 v konečnom znení. (*Commission staff working document. Evaluation of the Council Directive on the Coordination of the Laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (Directive 86/653/EEC)/REFIT Evaluation, Brusel, 16.7.2015*).

<sup>4</sup> Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-574/21 QT proti O2 Czech Republic a.s. z 23. marca 2023, ECLI:EU:C:2023:233.



dvor v jednom zo svojich rozhodnutí zároveň potvrdil, že členské štáty si môžu zvoliť iba jeden z dvoch systémov odškodnenia obsiahnutých v smernici.<sup>5</sup>

Napriek imperatívne upravenej alternatívnej voľbe sa slovenský zákonodarca rozhodol transponovať oba spôsoby finančného odškodnenia obchodného zástupcu, pričom okrem tohto transpozíčného pochybenia<sup>6</sup> sa samotné ustanovenie § 668a OBZ, upravujúce druhú z možných alternatív, paradoxne javí ako nadbytočné.<sup>7</sup> Slovenská právna úprava (rovnako ako česká právna úprava) tak primárne upravuje riešenie odškodnenia obchodného zástupcu po skončení obchodného zastúpenia založené na nemeckom modeli, ktoré je vymedzené v § 669 OBZ ako *právo na odstúpné*. Vzhľadom na terminologicky rozdielne označenie nároku obchodného zástupcu používané v smernici a Obchodnom zákonníku, budeme v ďalšom texte používať na označenie odškodnenia obchodného zástupcu po skončení zmluvného vzťahu so zastúpeným namiesto pojmu náhrada pojem *odstúpné*. Na prvý pohľad môže tento pojem vyznievať zmätočne, avšak odstúpné podľa § 669 OBZ vecne nezodpovedá ani odstúpnému podľa § 355 OBZ ani odstúpnému podľa § 76 Zákonníka práce.

I keď sa už Súdny dvor vo viacerých svojich rozhodnutiach venoval výkladu čl. 17 smernice,<sup>8</sup> v diskutovanom rozhodnutí sa bližšie zaoberal výkladom čl. 17 ods. 2 písm. a) smernice s dôrazom na *podmienky vzniku nároku na odstúpné a metódy výpočtu odstúpného*, a to najmä v prípade *jednorazovo vyplácaných provízií*. Keďže dojednanie o jednorazovo vyplácaných províziách môže byť v zmluve o obchodnom zastúpení formulované rozlične, v konečnom dôsledku môžu z takéhoto dojednania vyplývať rôzne druhy, resp. spôsoby odmeňovania obchodného zástupcu.<sup>9</sup> Na jednej strane môžu byť jednorazové provízie formulované tým spôsobom, že predstavujú iba *paušálnu odmenu*, ktorá je obchodnému zástupcovi jednorazovo vyplácaná za získanie každého nového zákazníka pre zastúpeného a nezávisí od dĺžky trvania alebo obsahu obchodného vzťahu s týmto zákazníkom (*provízia za zákazníka*). Na druhej strane, odmena obchodného zástupcu môže byť formulovaná ako jednorazová provízia za každý uzavretý alebo zmenený obchod (každú novou uzavretú alebo zmenenú zmluvu) s novým alebo doterajším zákazníkom (*provízia za zmluvu/obchod*). Výška tohto typu provízie v zásade závisí aj od dĺžky trvania obchodného vzťahu, alebo druhu či objemu obchodu uzavretého so zákazníkom. Ako poukážeme nižšie, uvedené rozlišovanie jednorazovo vyplácaných provízií má

<sup>5</sup> Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-338/14, *Quenon K. SPRL proti Beobank SA a Metlife Insurance SA* z 3. decembra 2015, ECLI:EU:C:2015:795.

<sup>6</sup> K tejto problematike detailnejšie CSACH, K. *Nároky obchodného zástupcu podľa §§ 668a – 669a Obchodného zákonníka. (Ukážkový prípad nesprávnej transpozície smernice)*. In *Smerovanie českého a slovenského obchodného práva po vstupe do Európskej únie*. Košice: UPJŠ v Košiciach, 2006, s. 24-30.

<sup>7</sup> LAZUR, J. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Zväzok II. 2. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2022, s. 1288.

<sup>8</sup> Pozri napríklad Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-348/07 *Turgay Semen proti Deutsche Tamoil GmbH* z 26. marca 2009, ECLI:EU:C:2009:195, Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-465/04 *Honyvem Informazioni Commerciali Srl proti Mariella De Zotti* z 23. marca 2006, ECLI:EU:C:2006:199.

<sup>9</sup> Návrhy generálnej advokátky Tamary Čapet vo veci C-574/21 prednesené dňa 24. novembra 2022 (ďalej ako „*Návrhy generálnej advokátky\**“), bod 84.

imanentný význam najmä pri určovaní výšky odstupného, na ktoré má obchodný zástupca nárok po skončení zmluvy o obchodnom zastúpení.

## 1. K ROZSUDKU SD EÚ C-574/21: SKUTKOVE OKOLNOSTI

V prejednávanej veci išlo o spor medzi obchodným zástupcom, ktorý uzavrel zmluvu o obchodnom zastúpení s právnou predchodkyňou spoločnosti O2 Czech Republic a.s. (zastúpený), predmetom ktorej bola úprava podmienok predaja telekomunikačných služieb poskytovaných zastúpeným, dodávok a predaja mobilných telefónov, prípadne ďalších produktov a zákaznických služieb. Obchodný zástupca pre zastúpeného získaval nových zákazníkov a taktiež uzatváral nové zmluvy na ďalšie produkty alebo predlžoval zmluvy, a tak rozvíjal obchody s doterajšími klientmi zastúpeného. Podľa zmluvy o obchodnom zastúpení boli obchodnému zástupcovi vyplácané jednorazové provízie za *každú jednu zmluvu*, ktorú v mene zastúpeného s klientom uzavrel. Ak však bola nová zmluva uzatvorená prostredníctvom iného obchodného zástupcu alebo zastúpený uzavrel zmluvu s klientom priamo, obchodnému zástupcovi podľa zmluvy o obchodnom zastúpení nevznikol nárok na vyplatenie provízie. V diskutovanom prípade sa tak zmluvné strany rozhodli *vylúčiť právo* obchodného zástupcu *na províziu* pri tzv. *opakovaných transakciách*, t.j. so zákazníkmi, ktorých obchodný zástupca síce pôvodne pre zastúpeného získal, ale ďalší obchod s nimi viac nedojednal, resp. ďalšiu zmluvu s týmito zákazníkmi neuzavrel, a tak mu za tieto obchody provízia nepatrila. Ako potvrdil Súdny dvor v inom svojom rozhodnutí, takéto zmluvné riešenie odmeňovania obchodného zástupcu umožňuje dispozitívne pravidlo čl. 7 (1) smernice.<sup>10</sup>

Po skončení obchodného zastúpenia sa obchodný zástupca domáhal zaplataenia odstupného, pričom zastúpený namietal, že vyplatenie jednorazovej provízie vylučuje nárok na odstupné, keďže takýto typ provízie nepredstavuje províziu, ktorú obchodný zástupca skončením obchodného zastúpenia stráca (ďalej tiež ako „*stratená provízia*“). Prvostupňový súd žalobu obchodného zástupcu zamietol. Odvolací súd rozsudok súdu prvého stupňa potvrdil argumentujúc aj tým, že za sprostredkovanie obchodov boli obchodnému zástupcovi vyplatené jednorazové provízie, obchodnému zástupcovi nepatrila provízia pri opakovaných transakciách, a preto zaplataenie odstupného by v tomto prípade nebolo spravodlivé. V dovolacom konaní však Najvyšší súd Českej republiky<sup>11</sup> vzniesol pochybnosti o eurokonformite

<sup>10</sup> Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-64/21 *Rigall Arteria Management sp. z o.o. sp.k. proti Bank Handlowy w Warszawie S.A.* z 13. októbra 2022, ECLI:EU:C:2022:783. Podľa čl. 7 (1) smernice: „Obchodný zástupca má nárok na províziu z obchodných transakcií uzatvorených počas platnosti zmluvy o obchodnom zastúpení:

a) ak sa transakcia uzatvorila v dôsledku jeho činnosti alebo

b) sa transakcia uzatvorila treťou stranou, ktorú obchodný zástupca predtým získal za zákazníka pre transakciu rovnakého druhu.“

<sup>11</sup> Uznesenie Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 23 Cdo 2310/2020 z 29. júna 2021.

doterajšej ustálenej rozhodovacej praxe najvyššieho súdu<sup>12</sup> k (pôvodnému) § 669 ods. 1 českého Obchodného zákonníka,<sup>13</sup> podľa ktorej sa provízia, ktorú obchodný zástupca skončením obchodného zastúpenia stráca vykladá tak, že ide o províziu, ktorú by obchodný zástupca získaval na základe ním uzavretých obchodov ešte pred skončením obchodného zastúpenia, a preto podal návrh na začatie prejudiciálneho konania. Poukazoval pritom aj na odlišnú nemeckú doktrínu a judikatúru, podľa ktorej sa za *stratené provízie* považujú provízie, ktoré by obchodný zástupca pri hypotetickom trvaní obchodného zastúpenia získal z budúcich obchodov uzavretých medzi zastúpeným a zákazníkmi. Upozornil aj na to, že v nemeckej judikatúre sa presadzuje taktiež názor, že v prípade vyplácania jednorazových provízií obchodný zástupca žiadne provízie nestráca. Avšak, takýto výklad odkazuje najmä na situácie, kedy sú uzatvárané dlhodobejšie obchody, pri ktorých je odmeňované samotné (jednorazové) sprostredkovanie uzatvorenia zmluvy s novým zákazníkom, ale nie znovu-uzavretie zmluvy s týmto zákazníkom. Najvyšší súd Českej republiky sa preto rozhodol získať odpoveď na otázku, či v prípade, ak je obchodný zástupca platený za *každý nový obchod jednorazovo*, môžeme pri skončení obchodného zastúpenia hovoriť o stratenej provízii, ktorá je jedným z prvkov slúžiacich na výpočet odstupného alebo sa jedná o dostatočnú odmenu za budúce prínosy pre zastúpeného, a jej vyplatenie sa pri výpočte odstupného nezohľadňuje.

## 2. NÁROK OBCHODNÉHO ZÁSTUPCU NA ODSUPNÉ A JEHO VÝPOČET

Predtým ako pristúpime k analýze odpovedí Súdneho dvora na prejudiciálne otázky položené Najvyšším súdom Českej republiky v stručnosti priblížime európsku úpravu práva obchodného zástupcu na odstupné a jeho výpočet.

V zmysle čl. 17 ods. 2 smernice má obchodný zástupca nárok na náhradu (odstupné) ak,

- a) priviedol zastúpenému *nových zákazníkov* alebo významne *rozvinul obchody* s doterajšími zákazníkmi,
- b) zastúpený má *naďalej podstatné výhody* vyplývajúce z obchodov s *týmito* zákazníkmi, tj. zákazníkmi, ktorých obchodný zástupca získal,
- c) vyplatenie odstupného je *spravodlivé* zohľadňujúc všetky okolnosti, najmä *províziu*, ktorú obchodný zástupca *stráca*.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> K ustálenej judikatúre pozri Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 32 Cdo 3359/2011 z 26. októbra 2011, Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 32 Cdo 534/2012 z 17. decembra 2013, Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 23 Cdo 1531/2015 z 27. októbra 2015.

<sup>13</sup> V súčasnosti je právo na odstupné upravené v § 2514 NOZ ako právo na zvláštni odmenu.

<sup>14</sup> Podľa čl. 17 ods. 2 písm. a) smernice: „Obchodný zástupca má nárok na náhradu do takej miery, do akej:

- priviedol zastúpenému *nových zákazníkov* alebo *podstatne zvýšil finančný objem obchodov* s existujúcimi zákazníkmi, a *pokiaľ zastúpený má aj naďalej podstatné prínosy z obchodu* s týmito zákazníkmi a

- *náhrada je primeraná všetkým skutočnostiam, najmä provízii za obchody, ktoré obchodný zástupca stratil. Členské štáty môžu pre tieto prípady zahrnúť uplatňovanie alebo absenciu ustanovení o obmedzení obchodu v zmysle článku 20;*“

Postup pre výpočet odstupného pre obchodného zástupcu po skončení obchodného zastúpenia môže byť rozdelený do troch fáz. Cieľom prvej fázy je vyčíslit' *výhody* pre zastúpeného vyplývajúce z obchodov so zákazníkcou základňou získanou obchodným zástupcom. Cieľom druhej fázy je overiť, či výška odstupného je spravodlivá berúc do úvahy všetky okolnosti, najmä stratenú províziu obchodného zástupcu. Ak má byť poskytnutá výška odstupného spravodlivá musí odrážať budúce prínosy, ktoré zastúpený z obchodov naďalej má, a taktiež stratu, ktorú obchodný zástupca utrpel z dôvodu skončenia obchodného zastúpenia. Nakoniec, v rámci tretej fázy sa na sumu odstupného uplatní maximálny limit stanovený v čl. 17 ods. 2 písm. b) smernice, podľa ktorého výška odstupného nesmie prekročiť priemernú ročnú odplatu vypočítanú z priemeru odmien vyplatených v priebehu posledných piatich rokov, ak zmluva trvala kratšie, výška odstupného sa vypočíta z priemeru odmien za zmluvné obdobie.<sup>15</sup>

Dovolíme si zdôrazniť, že právna úprava odstupného bola inšpirovaná § 89b HGB, pričom pôvodná nemecká právna úprava platná v čase prijatia smernice považovala stratenú províziu za podmienku vzniku nároku na províziu. Nakoľko v roku 2009 Súdny dvor poskytol odlišný výklad čl. 17 smernice,<sup>16</sup> podľa ktorého sú *stratené provízie iba jedným z prvkov*, ktoré je potrebné brať do úvahy pri určovaní spravodlivej výšky odstupného, jeho závery si vyžiadali revíziu nemeckého konceptu odškodnenia upraveného v § 89b HGB.

Smernica bližšie neurčuje konkrétne pravidlá pre výpočet odstupného a voľbu metódy ponecháva na jednotlivé členské štáty. Jedna z metód výpočtu odstupného vychádzajúca z nemeckej praxe je obsiahnutá v Správe Komisie o uplatňovaní článku 17 smernice,<sup>17</sup> pričom v nej zahrnuté informácie majú uľahčiť jednotnejší výklad čl. 17 smernice.

### 3. PREJUDICIÁLNE OTÁZKY A ODŮVODNENIE ROZSUDKU SÚDNEHO DVORA

#### 3.1. Hypotetické provízie

V rámci prvej prejudiciálnej otázky sa vnútroštátny súd pýtal, či čl. 17 smernice sa má vykladať tým spôsobom, že pri určovaní výšky sumy odstupného sa majú zohľadniť aj provízie, ktoré by obchodný zástupca hypoteticky získal, ak by zmluva o obchodnom zastúpení trvala, a to z obchodov, ktoré boli uzatvorené po skončení platnosti tejto zmluvy so zákazníkmi, ktorých obchodný zástupca získal pre zastúpeného pred skončením platnosti zmluvy.<sup>18</sup> Súdny dvor odpovedal na položenú prejudiciálnu kladne, a tým *odmietol interpretáciu českých súdov*, podľa ktorých by sa do úvahy mali brať iba „stratené“, teda nevyplatené alebo len čiastočne vyplatené provízie za už uzavreté obchody so zákazníkmi ešte počas trvania zmluvy o obchodnom zastúpení, hoci k ich uskutočneniu došlo až po skončení obchodného

<sup>15</sup> Rozsudok bod 39, pozri taktiež Návrhy generálnej advokátky, bod 91.

<sup>16</sup> Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-348/07 *Turgay Semen proti Deutsche Tamoil GmbH* z 26. marca 2009, ECLI:EU:C:2009:195.

<sup>17</sup> Správa Komisie o aplikácii čl. 17 Smernice Rady o harmonizácii právnych poriadkov týkajúcich sa samostatných obchodných zástupcov zo dňa 23. júla 1996 (KOM (96) 364 v konečnom znení).

<sup>18</sup> Rozsudok, bod 41.

zastúpenia. Takáto argumentácia českých súdov nie je akceptovateľná, keďže, ako poukazuje aj generálna advokátka,<sup>19</sup> čl. 17 ods. 2 smernice sa nemá vzťahovať na tie situácie, v ktorých obchodnému zástupcovi nebola vyplatená provízia v plnej výške za uzavreté obchody počas platnosti obchodného zastúpenia, pretože na takéto situácie - nezaplatenie provízie, na ktorú má obchodný zástupca nárok - sa uplatní iná úprava smernice, konkrétne článok 7 smernice.<sup>20</sup> Navyše sa čl. 17 ods. 2 smernice nemôže uplatňovať ani na tie obchody, ktoré boli *takmer* uzatvorené pred skončením obchodného zastúpenia, avšak k ich uzavretiu došlo až po skončení obchodného zastúpenia.<sup>21</sup> Stratenú províziu podľa čl. 17 ods. 2 písm. a) smernice preto nemožno vykladať ako nevyplatenú províziu za už uzavreté/uskutočené obchody, nárok na ktorú by sa posudzoval ako porušenie zmluvných nárokov obchodného zástupcu.<sup>22</sup> Právo obchodného zástupcu na vyplatenie provízie totiž nepodlieha obmedzeniam upraveným v článkoch 17 a 18 smernice. Prijatie interpretácie stratenj provízie výlučne na už uskutočené obchody (a nevyplatené provízie) by mohlo mať výrazne negatívny vplyv na obchodného zástupcu, ktorý by prišiel o značné odmenenie.<sup>23</sup>

Z diskutovaného rozsudku teda jednoznačne vyplýva, že pri určovaní výšky sumy odstupného je potrebné zohľadniť *hypotetické provízie*, t.j. provízie za hypoteticky uzavreté budúce obchody. Súdny dvor argumentoval tým, že čl. 17 ods. 2 písm. a) smernice výslovne odkazuje na slovné spojenie „*podstatné výhody*“, ktoré zastúpený „*aj naďalej*“ má, a uvedené je potrebné vykladať v tom zmysle, že ide o výhody, ktoré aj po skončení zmluvy o obchodnom zastúpení vyplývajú zastúpenému z obchodov, ktoré obchodný zástupca uzavrel alebo rozvinul počas trvania obchodného zastúpenia.<sup>24</sup> Podstatné výhody je pritom možné vypočítať iba na základe hypotetickej úvahy o budúcom vývoji obchodov. Provízia za hypotetické budúce obchody má byť preto zahrnutá do pojmu stratená provízia, ktorá predstavuje jeden z prvkov pre výpočet finálnej sumy odstupného.

### 3.2. Výpočet odstupného pri jednorazovo vyplácaných províziách

V rámci druhej prejudiciálnej otázky sa vnútroštátny súd v podstate pýtal, za akých okolností sa môžu jednorazovo vyplácané provízie považovať za stratené provízie a či výhody, ktoré zastúpenému plynú aj po skončení zmluvy o obchodnom zastúpení od zákazníkov získaných obchodným zástupcom sú už obsiahnuté v jednorazovo vyplatených províziách, a tým sú vylúčené z výpočtu výšky odstupného.

Práve v rámci druhej položenej otázky je dôležité rozlišovať medzi viacerými druhmi jednorazovo vyplácaných provízií. Ako sme už vyššie uviedli, v prejednávanej spore boli jednorazovo vyplácané provízie za každú novú zmluvu bez ohľadu na to, či zmluva bola uzavretá s novým alebo už existujúcim zákazníkom. Tento typ jednorazovej provízie je odlišný od paušálnej odmeny za

<sup>19</sup> Návrh generálnej advokátky, bod 81.

<sup>20</sup> Rozsudok, bod 53.

<sup>21</sup> Článok 8 smernice.

<sup>22</sup> Návrhy generálnej advokátky, bod 82.

<sup>23</sup> Rozsudok, bod 58.

<sup>24</sup> *Ibid.*, bod 44.

získanie každého nového zákazníka, ktorej výpočet nezávisí od dĺžky alebo obsahu obchodného vzťahu so zákazníkom. V prípade druhej spomínanej provízie, obchodný zástupca žiadnu províziu po skončení obchodného zastúpenia nestráca, keďže pre zastúpeného viac činnosť nevykonáva, a tým pádom neprináša novú klientelu. Na druhej strane, pokiaľ ide o prípad vyplácania jednorazových provízií za každú uzavretú alebo zmenenú zmluvu so zákazníckou základňou obchodného zástupcu, takáto provízia môže predstavovať stratenú províziu, ktorá sa má pri výpočte výšky odstupného zohľadniť.

Z rozsudku Súdneho dvora vyplýva, že *závisí od druhu* dojednanej jednorazovej provízie, či tá bude zohľadnená pri výpočte sumy spravodlivého odstupného. Zároveň platí, že stratená provízia nepredstavuje podmienku vzniku nároku na odstupné, ale je len jednou zo skutočností, ktoré je potrebné zohľadniť pri výpočte spravodlivej sumy odstupného.<sup>25</sup> Ako uvádza vo svojom Návrhu generálna advokátka „*o stratenú províziu by nešlo jedine v prípade, že zmluvne dohodnutá provízia by bola jednorazovo vyplácanou províziou takého druhu, pri ktorom bol už zástupca odmenený za budúce prínosy, ktoré budú zastúpenému naďalej plynúť zo zákazníckej základne vytvorenej zástupcom. To však neznamená, že zástupca nemá nárok na vyplatenie náhrady, keďže stratená provízia je pri určovaní toho, či je vyplatenie spravodlivé, len jedným prvkom.*“<sup>26</sup> Preto odstupné nemožno automaticky vylúčiť z dôvodu, že v zmluve o obchodnom zastúpení bola dohodnutá jednorazovo vyplácaná provízia, dojednaná či už ako odmena za zákazníka alebo odmena za každý nový obchod. Z uvedeného vyplýva, že ak by teoreticky obchodný zástupca neprišiel o žiadne provízie, keďže za všetky budúce obchody uzavreté medzi zastúpeným a ním získanou zákazníckou základňou, by mu boli vyplatené vysoké provízie ešte pred skončením obchodného zastúpenia, napriek tomu by mu vznikol nárok na odstupné, keďže stratená provízia nie je nevyhnutnou podmienkou pre výpočet sumy odstupného. Pri výpočte výšky odstupného je možné zohľadniť aj iné skutočnosti, a to napríklad ak zastúpený prispieval do dôchodkového fondu obchodného zástupcu.<sup>27</sup> Nepochybne, vo väčšine prípadov bude pre obchodného zástupcu náročné preukázať okolnosti, ktoré by odôvodňovali vyplatenie spravodlivej sumy odstupného, ak ukončením obchodného zastúpenia k strate provízie nedochádza.

#### 4. VÝPOČET ODSUPNÉHO PODĽA § 669 OBCHODNÉHO ZÁKONNÍKA

Ako sme už v úvode naznačili, čl. 17 ods. 2 písm. a) smernice upravujúci odškodnenie obchodného zástupcu po skončení zmluvy o obchodnom zastúpení bol do slovenského právneho poriadku transponovaný ako *právo na odstupné* (§ 669 OBZ). Na vznik nároku obchodného zástupcu na odstupné musia byť splnené dve kumulatívne podmienky. Po prvé, obchodný zástupca pre zastúpeného získal nových zákazníkov (alebo významne rozvinul obchody s doterajšími zákazníkmi) a po druhé, zastúpený má aj naďalej podstatné výhody z obchodov s týmito zákazníkmi.

<sup>25</sup> Návrhy generálnej advokátky, bod 55 a 59.

<sup>26</sup> *Ibid.*, bod 89.

<sup>27</sup> *Ibid.*, bod 111.

V zmysle § 669 ods. 1 písm. b) OBZ musí byť *vyplatenie (určenie výšky)* odstupného s prihliadnutím na všetky okolnosti, najmä na províziu, ktorú obchodný zástupca stráca a ktorá vyplýva z obchodov uskutočnených s týmito zákazníkmi, spravodlivá; tieto okolnosti zahŕňajú aj použitie alebo nepoužitie konkurenčnej doložky podľa § 672a OBZ. Metóda výpočtu odstupného nie je Obchodným zákonníkom alebo iným právnym predpisom bližšie špecifikovaná, judikatórna prax sa pri výpočte odstupného odvoláva zväčša na Správu Komisie z roku 1996. Ojedinele sa pri výpočte odstupného, ak bol obchodný zástupca vyplácaný jednorazovou províziou, stretáme aj s argumentáciou prvostupňových súdov inšpirovanou judikatórnou praxou českých súdov.<sup>28</sup> Vo viacerých prípadoch však súdy správne, v súlade so závermi diskutovaného rozhodnutia Súdneho dvora, nepovažovali vyplácanie jednorazových provízií za dôvod na vylúčenie nároku na odstupné.<sup>29</sup>

Závery vyplývajúce z rozsudku Súdneho dvora môžu prispieť k prehodnoteniu spôsobov vyplácania provízií obchodným zástupcom zo strany zastúpeného. V praxi totiž môže nastať situácia, že zastúpený bude povinný jednak zaplatiť províziu súčasnému obchodnému zástupcovi, ktorý uzavrel novú zmluvu so zákazníkom, ktorého pôvodný (predošlý) obchodný zástupca pre zastúpeného získal, a zároveň bude povinný finančne odškodniť pôvodného (predošlého) obchodného zástupcu, ktorý týchto klientov získal, a to na podklade § 669 OBZ.

Ďalej si dovoľíme uviesť, že rozhodovacia prax slovenských súdov nie je jednotná ani pri posudzovaní dohody o výške odstupného. Zatiaľ čo ustanovenie § 669 OBZ upravujúce spôsob vzniku nároku na odstupné a jeho maximálnu výšku je v zmysle § 263 ods. 1 OBZ ustanovením kogentným, od ktorého sa zmluvné strany nemôžu odchýliť, smernica v čl. 19 vylučuje dohodu zmluvných strán o vzniku a výške odstupného výlučne v prípade, ak by dojednanie bolo uzavreté v neprospech obchodného zástupcu. V zmysle smernice je zmluvná voľnosť obmedzená, nie však úplne vylúčená. Nemožnosť dohodnúť sa odchylné od týchto ustanovení *pred skončením* platnosti zmluvy zabraňuje tomu, aby dochádzalo k (nútenému) vzdaniu sa nároku na odstupné vopred. Výhodnosť alebo nevýhodnosť zmluvnej dohody je potrebné posudzovať v momente, keď ju zmluvné strany zamýšľajú, preto sa zmluvné strany nemôžu dohodnúť odlišne, pokiaľ nevedia, či sa dojednanie pri zániku zmluvy o obchodnom zastúpení prejaví v prospech alebo neprospech obchodného zástupcu. Zmluvne dojednaný výpočet odstupného je tak prípustný len vtedy, pokiaľ je *ex ante* vylúčené, že sa pri zániku zmluvy ukáže, že je v neprospech obchodného zástupcu.<sup>30</sup> Zmena dôvodov a kritérií na výpočet odstupného je tak prípustná iba za predpokladu, že splnenie dojednaných podmienok zabezpečuje obchodnému zástupcovi rovnaké alebo vyššie finančné odškodnenie než by bolo odškodnenie ustanovené podľa normatívnych kritérií. Uvedené pravidlo výrazne

---

<sup>28</sup> Pozri argumentáciu prvostupňových súdov v rozsudku Okresného súdu Bratislava II sp. zn. 25Cb/70/2013-1598 zo dňa 6. novembra 2018 (odvolacím súdom vrátené na ďalšie konanie a nové rozhodnutie) a v rozsudku Okresného súdu Bratislava II 22Cb/128/2014 z 20. mája 2019 (zrušenom uznesením Krajského súdu v Bratislave, sp. zn. 2Cob/159/2019 z 25. augusta 2020, konanie neskôr ukončené zmierom).

<sup>29</sup> Napr. uznesenie Krajského súdu v Bratislave, sp. zn. 2Cob/159/2019 z 25. augusta 2020.

<sup>30</sup> Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-465/04 *Honyvem Informazioni Commerciali Srl proti Mariella De Zotti* z 23. marca 2006 bod 25 a 27, ECLI:EU:C:2006:199.

sťažuje negociačné procesy zmluvných strán pri odchýlení sa od stanovených podmienok. Tým samozrejme nie je dotknuté právo zmluvných strán dohodnúť sa o výške odstupného alebo vzdaní sa nároku na finančné odškodnenie po skončení zmluvy o obchodnom zastúpení.

Reštriktívne koncipované znenie § 669 OBZ okliešťauje ochranu obchodného zástupcu a právo dojednať si vznik nároku na odstupné odlišne.<sup>31</sup> V tomto kontexte je viditeľná aj rozdielna aplikačná prax zo strany súdov pri posudzovaní dohôd o odstupnom. Pri analýze rozhodnutí sme sa stretli s argumentáciou súdov, že vzhľadom na kogentnú právnu úpravu je dohoda o (maximálnej) výške odstupného neplatná pre rozpor so zákonom bez bližšieho skúmania výhodnosti/nevýhodnosti dohody pre zástupcu,<sup>32</sup> a taktiež s argumentáciou, že absencia transpozície čl. 19 smernice, ktorý určuje jednostrannú kogentnosť ustanovenia o výpočte odstupného, umožňuje vyhodnotiť dojednania o fixne určenom 6-mesačnom odstupnom ako súladné s § 669 OBZ.<sup>33</sup>

Navyše, smernica pri výpočte maximálnej výšky odstupného vychádza z *celkovej odplaty*, zahrňujúcej všetky formy odmien obchodného zástupcu, tzn. nielen provízie (závislej od počtu a objemu obchodov) ale aj paušalizovaných odmien či dohodnutej náhrady nákladov. Zmena spôsobu výpočtu odvíjajúca sa od celkových odmien obchodného zástupcu, vedie k ekonomickému zvýšeniu hodnoty odstupného prináležiacej obchodnému zástupcovi. Domnievame sa, že súčasná právna úprava si žiada revíziu nielen povahy právnej normy upravujúcej vznik nároku na dostupné, ale taktiež aj úpravu zákonnej maximálnej hranice výšky odstupného, ktorá by sa viazala na priemernú ročnú odmenu, vypočítanú z priemerných odmien obchodného zástupcu za jednotlivé roky výkonu predmetu činnosti obchodného zastúpenia.

## ZÁVER

Cieľom predloženého príspevku bolo priblížiť závery Súdneho dvora vyplývajúce z rozsudku vo veci C-574/21 QT proti O2 Czech Republic a.s., ktoré povedú k zmene doterajšej judikatórnej praxe (nielen) českých súdov. Súdny dvor viackrát vo svojom rozhodnutí zdôraznil, že účelom inštitútu odstupného je ochrana obchodného zástupcu a výklad článku 17 smernice, ktorý by mohol byť na ujmu obchodného zástupcu je vylúčený. Preto pri určovaní výšky sumy odstupného sa majú zohľadniť aj provízie z tzv. hypotetických obchodov, ktoré by obchodný zástupca uskutočnil, ak by zmluva o obchodnom zastúpení naďalej trvala. Jednorazovo vyplácané provízie za každý novo uzavretý obchod môžu predstavovať stratenú províziu obchodného zástupcu, ktorá sa má taktiež zohľadniť pri výpočte výšky odstupného. Závery Súdneho dvora, ktoré výrazne sledujú ochranné ciele smernice môžu v praxi prispieť k zmene v spôsoboch odmeňovania obchodných

<sup>31</sup> ŠULEKOVÁ, Ž. *Zmluva o obchodnom zastúpení - de lege ferenda*. In *Reforma súkromného práva na Slovensku a v Čechách*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 165-182.

<sup>32</sup> Rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 3Cob/129/2019 z 06. apríla 2022. V danom prípade bolo odstupné dohodnuté vo výške priemernej jednomesačnej provízie, súd sa však nezaoberal dohodnutou výškou odstupného, ale vychádzal iba zo zákazu odchýlenia sa od zákonnej kogentnej úpravy.

<sup>33</sup> Rozsudok Okresného súdu Bratislava II sp. zn. 30Cb/7/2020 z 08. októbra 2020.



zástupcov. Okrem toho sme v článku poukázali aj na odlišnú rozhodovaciu prax slovenských súdov pri akceptácii dohôd medzi obchodným zástupcom a zastúpeným o výške sumy odstúpného uzavretých ešte pred skončením obchodného zastúpenia.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. CSACH, K. *Nároky obchodného zástupcu podľa §§ 668a – 669a Obchodného zákonníka. (Ukážkový prípad nesprávnej transpozície smernice)*. In *Smerovanie českého a slovenského obchodného práva po vstupe do Európskej únie*. Košice: UPJŠ v Košiciach, 2006, s. 24-30.
2. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Zväzok II. 2. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2022.
3. ŠULEKOVÁ, Ž. *Zmluva o obchodnom zastúpení - de lege ferenda*. In *Reforma súkromného práva na Slovensku a v Čechách*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 165-182.
4. Smernica Rady 86/653/EHS o koordinácii právnych predpisov členských štátov týkajúcich sa samostatných obchodných zástupcov (Ú. v. ES L 382 z 31.12.1986, s. 17).
5. Správa Komisie o aplikácii čl. 17 Smernice Rady o harmonizácii právnych poriadkov týkajúcich sa samostatných obchodných zástupcov zo dňa 23. júla 1996. KOM (96) 364 v konečnom znení.
6. Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-574/21 *QT proti O2 Czech Republic a.s.* z 23. marca 2023, ECLI:EU:C:2023:233.
7. Návrhy generálnej advokátky Tamary Čápet vo veci C-574/21 prednesené dňa 24. novembra 2022.
8. Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-348/07 *Turgay Semen proti Deutsche Tamoil GmbH* z 26. marca 2009, ECLI:EU:C:2009:195.
9. Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-465/04 *Honyvem Informazioni Commerciali Srl proti Mariella De Zotti* z 23. marca 2006 bod 25 a 27, ECLI:EU:C:2006:199.
10. Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-64/21 *Rigall Arteria Management sp. z o.o. sp.k. proti Bank Handlowy w Warszawie S.A.* z 13. októbra 2022, ECLI:EU:C:2022:783.
11. Uznesenie Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 23 Cdo 2310/2020 z 29. júna 2021.
12. Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 32 Cdo 3359/2011 z 26. októbra 2011.
13. Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 32 Cdo 534/2012 z 17. decembra 2013.
14. Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 23 Cdo 1531/2015 z 27. októbra 2015.
15. Rozsudok Okresného súdu Bratislava II sp. zn. 30Cb/7/2020 z 08. októbra 2020.
16. Rozsudok Krajského súdu Bratislava sp. zn. 3Cob/129/2019 z 06. apríla 2022.
17. Uznesenie Krajského súdu v Bratislave, sp. zn. 2Cob/159/2019 z 25. augusta 2020.

## KONTAKT NA AUTORA

zofia.mrazova@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta  
Kováčska 26, 040 75 Košice, Slovenská republika

## "Other users also like..." – A Perspective on Recommender Systems in the DSA

### *Abstract*

*Recommender systems are fully or partially automated systems used by online platforms to suggest in their online interface specific information to recipients of the service or prioritize that information, including as a result of a search initiated by the recipient of the service or otherwise determining the relative order or prominence of the information displayed. When interacting with consumers they pose risks, e.g., loss of decision autonomy and data protection threats. The Digital Services Act (DSA) addresses these concerns by requiring recommender system transparency in Article 27 and stipulating obligations of major platforms in Articles 34-38. This article assesses whether the DSA implements sufficient safeguards for consumer safety from recommender system risks.*

*Key words: recommender systems; consumer; Digital Services Act; very large online platforms; very large online search engines.*

**JEL Classification:** D18, K32

### INTRODUCTION

Technological advancements have reshaped the operations of businesses, as well as the models for communication and information exchange<sup>2</sup>. The emergence of online platforms in the late 20th century<sup>3</sup> caused commerce to gradually shift from the real world to e-commerce platforms. Entrepreneurs operating on online platforms strive to individualize their offers as much as possible to encourage as many consumers as possible to use the proposed products or services. One of the main tools used by the online platforms are recommender systems. These systems are used to suggest relevant information and rank them, such as by displaying, for example, the most financially advantageous offer first. For consumers, recommender systems

---

<sup>1</sup> The author is a Ph.D. candidate at the Doctoral School of Social Sciences of the University of Łódź, Poland.

<sup>2</sup> European Parliamentary Research Service EU policies. Delivering for citizens: Digital transformation. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/633171/EPRS\\_BRI\(2019\)633171\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/633171/EPRS_BRI(2019)633171_EN.pdf) (dostęp: 2.2.2023 r.).

<sup>3</sup> ZÓDI, Z. Characteristics of the European Platform Regulation: Platform Law and User Protection. Public Governance, Administration and Finances Law Review. Vol. 7, 2022, no. 1, p. 1.

are useful in finding products and services that match their preferences, saving them time and effort when searching for the best options. With recommendation systems, businesses can influence consumer engagement and stimulate sales growth. At the same time, the use of these systems involves the risk of negatively affecting consumers' decision-making autonomy<sup>4</sup>. By receiving personalized recommendations, platform users become more susceptible to manipulation in the online environment, as well as to risks related to the security of their data<sup>5</sup>. This risk has been recognized by the EU legislature, which has attempted to regulate the risks associated with recommendation systems in the Digital Services Act<sup>6</sup> (hereinafter: DSA).

The purpose of this paper is to answer the question of whether the DSA alone safeguards consumers from recommender system risks. The hypothesis that I will verify is that the DSA is not a sufficient protection tool in its current state and thus the amendments are necessary. While the recently published works in this field aim to underline the importance of regulation of the issue of recommender systems<sup>7</sup>, underline the technological challenges<sup>8</sup>, or present the reader with a brief overview of the DSA provisions<sup>9</sup>, none of them analyzes in-depth what does the DSA mean for consumer welfare in regards of the dangers caused by recommender systems. The first publication that takes up the challenge of dissecting the DSA's provisions on recommender systems is *Recommender Systems: Legal and Ethical Issues*<sup>10</sup>, which alone, despite its unprecedented length, is not able to explore the complicated topic of recommender systems.

## 1. THE NOTION OF RECOMMENDER SYSTEMS

### 1.1. Practical aspects of recommender systems use on online platforms

In order to achieve a competitive advantage, online platforms use a variety of tools to persuade consumers to make the most favorable decisions from an online entrepreneur's perspective. Recommender systems are designed to filter and classify

---

<sup>4</sup> ALAMA-MARUTA, K. Cyfrowe samostanowienie w kontekście algorytmicznych systemów rekomendacji treści o charakterze informacyjnym, *Prawo Nowych Technologii*. Vol. 1, 2021, no. 1, p. 2.

<sup>5</sup> HELBERGER, N. On the Democratic Role of News Recommenders. *Digital Journalism*. Vol 7, 2019, no. 8, p. 2.

<sup>6</sup> Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC, O.J. L 277/1 27.10.2022, p. 1.

<sup>7</sup> HILDEBRANDT, M. The Issue of Proxies and Choice Architectures. *Why EU Law Matters for Recommender Systems*. *Frontiers of Artificial Intelligence*, Vol. 5, 2022.

<sup>8</sup> GE, Y., ZHAO, S., ZHOU, H., PEI, C., SUN, F., OU, W., ZHANG, Y. Understanding Echo Chambers in E-commerce Recommender Systems [in:] *SIGIR '20: Proceedings of the 43rd International ACM SIGIR Conference on Research and Development in Information Retrieval*, New York: Association for Computing Machinery 2020

<sup>9</sup> DJEFFAL, C., HITROVA, C., MAGRANI, E. Recommender Systems and Autonomy: A Role for Regulation of Design, Rights, and Transparency, *Indian Journal of Law and Technology*. Vol. 17, 2021, no. 1.

<sup>10</sup> GENOVESI, S., KAESLING, K., ROBBINS, S. (eds.) *Recommender Systems: Legal and Ethical Issues*. 2023, Berlin: Springer Verlag.

data, which is then listed according to ranking criteria. They are used to recommend products to consumers and evaluate the suggestions in the right order. Recommendations can be made based on the platform's list of best-selling products, customer demographics, or an analysis of a customer's past purchasing behavior as a prediction of future actions. Suggestions for movies and music on streaming services are also created by recommender systems.

For entrepreneurs operating on platforms recommender systems are a significant business tool influencing user attachment to a particular brand, used to stimulate sales and keep users engaged with the service offered<sup>11</sup>. Recommender systems can help entrepreneurs broaden their target audiences, as well as assist in creating personal preferences by, among others, suggesting similar products from the same manufacturer. Without recommender systems, it would be impossible to function in the current information overload. Consumers, businesses, and even public authorities alike need recommender systems to efficiently manage the tasks around them. Without recommender systems, all market participants would struggle to function in the current information overload<sup>12</sup>.

From the consumers' perspective, the spread of recommender systems has initiated many changes in the way they function online. They are no longer fully anonymous<sup>13</sup>, but are instead assigned certain characteristics during the process of formulating recommendations. This process saves time, which users without recommender systems would have spent checking out all the options on their own. The advent of recommender systems has allowed users to function in a digital reality in a more intuitive way. Research shows that it is important to consumers that recommendations match their actual preferences –consumers are more likely to use online platforms whose predictions coincide with their personal choices<sup>14</sup>. According to research conducted by McKinsey, back in 2013 35% of all purchases on Amazon and 70% of choices made by Netflix users were the result of algorithmic recommendations<sup>15</sup>.

While for businesses operating on online platforms, the use of recommender systems results in benefits, for consumers it usually involves serious risks. Many researchers have expressed their concerns about the significance of the impact of recommender systems on the decision autonomy of consumers, who rely only on the

---

<sup>11</sup> JANNACH, D., ADOMAVICIUS, G. Price and Profit Awareness in Recommender Systems. <https://arxiv.org/abs/1707.08029> (accessed: 12.9.2023).

<sup>12</sup> HILDEBRANDT, M. The Issue of Proxies and Choice Architectures. Why EU Law Matters for Recommender Systems. *Frontiers of Artificial Intelligence*, Vol. 5, 2022, p. 2.

<sup>13</sup> ALAMA-MARUTA, K. Cyfrowe samostanowienie w kontekście algorytmicznych systemów rekomendacji treści o charakterze informacyjnym, *Prawo Nowych Technologii*. Vol. 1, 2021, no. 1, p. 8.

<sup>14</sup> KIM, J., CHOI, I., LI, Q. Customer Satisfaction of Recommender System: Examining Accuracy and Diversity in Several Types of Recommendation Approaches. *Sustainability*. Vol 11, 2021, no. 13, p. 1.

<sup>15</sup> How retailers can keep up with consumers. <https://www.mckinsey.com/industries/retail/our-insights/how-retailers-can-keep-up-with-consumers> (accessed: 12.9.2023).

suggestions of algorithms rather than their own opinions<sup>16</sup>. They may be used by entrepreneurs operating on online platforms in a fraudulent manner that is designed to induce consumers to make decisions that are financially unfavorable to them, but that bring profit to the entrepreneur.

From the technological point of view, there are several risks that consumers face while using recommender systems<sup>17</sup>. The first one is the feedback loop, which consists of the recommender system registering and adding recommendations to the user's choice database, which forms the basis for subsequent recommendations<sup>18</sup>. As a result, the user only receives information that corresponds with what they received earlier, and the suggestions that they receive are subsequently replicated. The second of the most mentioned dangers, referred to as an echo chamber, arises when there is a reinforcement effect on the user's interest caused by continuous exposure to a similar type of data, i.e., when a group of participants is encouraged to interact only internally, cutting itself off from outside information<sup>19</sup>. The group becomes isolated from the views of others, while the views of its members can be replicated within the group. This causes the user's interests to be amplified and thus remain in the echo chamber. The filter bubble phenomenon, the last one of the analyzed examples, occurs when recommender systems isolate users from other content and beliefs<sup>20</sup>. The phenomena mean that recommender systems not only affect consumers' individual financial decisions but can also shape their opinions and attitudes. Due to the role that the sequence of information presented plays in shaping consumer opinions and attitudes, recommender systems can significantly affect the autonomy and critical thinking ability of their users<sup>21</sup>.

## 1.2. Recommender systems as defined in the article 3(s) of the DSA

The first legal definition of recommender systems was formulated in the DSA. The definition is contained in Article 3(s) of the DSA, which states that a recommender system means “a fully or partially automated system used by an online

---

<sup>16</sup> DJEFFAL, C., HITROVA, C., MAGRANI, E. Recommender Systems and Autonomy: A Role for Regulation of Design, Rights, and Transparency, *Indian Journal of Law and Technology*. Vol. 17, 2021, no. 1, p. 2.

<sup>17</sup> HILDEBRANDT, M. The Issue of Proxies and Choice Architectures. Why EU Law Matters for Recommender Systems. *Frontiers of Artificial Intelligence*, Vol. 5, 2022, p. 1.

<sup>18</sup> MANSOURY, M., ABDOLLAHPOURI, H., PECHENIZKIY, M., MOBASHER, B., BURKE, R. Feedback Loop and Bias Amplification in Recommender Systems [in:] *CIKM '20: Proceedings of the 29th ACM International Conference on Information & Knowledge Management*, New York: Association for Computing Machinery 2020, p. 2145.

<sup>19</sup> GE, Y., ZHAO, S., ZHOU, H., PEI, C., SUN, F., OU, W., ZHANG, Y. Understanding Echo Chambers in E-commerce Recommender Systems [in:] *SIGIR '20: Proceedings of the 43rd International ACM SIGIR Conference on Research and Development in Information Retrieval*, New York: Association for Computing Machinery 2020, p. 2261.

<sup>20</sup> NGUYEN, T.T., HUI, P.-M., HARPER, F.M., TERVEEN, L., KONSTAN, J.A. Exploring the filter bubble: the effect of using recommender systems on content diversity [in:] *WWW '14: Proceedings of the 23rd international conference on World wide web*, New York: Association for Computing Machinery, 2014, p. 677.

<sup>21</sup> HELBERGER, N. On the Democratic Role of News Recommenders. *Digital Journalism*. Vol 7, 2019, no. 8, p. 6.

platform to suggest in its online interface specific information to recipients of the service or prioritize that information, including as a result of a search initiated by the recipient of the service or otherwise determining the relative order or prominence of information displayed”. This means that for a technical solution to qualify as a recommender system, and thus be able to apply the provisions of the DSA to it, several prerequisites must be met together: 1) it must be a system that should be fully or partially automated; 3) it must be used by an online platform; 4) the purpose of the system must be to suggest specific information in the recipient's online interface, including as a result of a search performed by the recipient of the service or otherwise determining the relative order or prominence of the information shown. These three cumulative criteria will be analyzed below. At the same time, it is to be noted that the aforementioned definition does not establish any relationship between the notion of an online search engine and the notion of a recommender system.

### 1.3. Recommender system as a system

First, a recommender system must have the characteristics of a system. There is no definition of the word “system” in the DSA, and language versions other than English do not specify different terms to describe a recommender system. Other other language versions of these refer to an analogous concept of system (German: *Empfehlungssysteme*, French: *systèmes de recommandation*). The very concept of a system in the DSA appears vague. In recital 84 of the DSA, the EU legislator singled out the category of algorithmic systems, but this is the only mention that provides any basis for qualification of recommender systems to a broader group of concepts. According to Recital 84 of the DSA, providers of very large online platforms and very large online search engines should focus on systems or other elements that may contribute to risk, including all algorithmic systems. In contrast, Recital 88 of the DSA emphasizes that providers of very large online platforms and very large online search engines should also take due diligence on the measures they take to test and, when necessary, adjust their algorithmic systems, particularly recommender systems. Recommendation systems are thus part of the broader category of algorithmic systems. However, this does not explain what a system means under the DSA and obliges to search for the definition in dictionaries, literature, and other legislative acts.

The system should be fully or partially automated. Automatic decision-making is the ability to select options using technical tools without the need for human involvement in the decision-making process<sup>22</sup>. Partially automated systems, regardless of whether this partial automation occurs to a low or high degree, also qualify as recommender systems. There are supporting questions that are used to help distinguish the degree of automation of a given system<sup>23</sup>. They help assess the

---

<sup>22</sup> Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, p. 23.

<sup>23</sup> DJEFFAL, C., HITROVA, C., MAGRANI, E. Recommender Systems and Autonomy: A Role for Regulation of Design, Rights, and Transparency, *Indian Journal of Law and Technology*. Vol. 17, 2021, no. 1, p. 18.

ability of recommendation recipients to make independent decisions and the degree to which the recommender system could influence their decision. These questions address issues such as the design of the recommender system's interface, the type of data the recommender system uses, or the market area in which it operates. The lack of automation means that the process is entirely human-based. When the web interface shows offers in an order that was not organized by automated tools, it's not a process driven by the recommender system. The process of formulating recommendations is not a simple ranking of search results from oldest to newest<sup>24</sup>. The core of recommender systems is the use of algorithms to process data so that recommendations are at least partially independent of the consumer's decision. In other words, if the offers are displayed in the sequence in which they are entered on the platform by the trader operating on it, are the same for all users and there is no possibility to change their order, then the premise of automation has not been met.

#### **1.4. Recommender system as a system operating on an online platform**

The second condition that must be met for a system to be considered a recommender system is that the recommender system must be used by an online platform. An online platform, by virtue of the definition in Article 3(i) of the DSA, is “a provider of a hosted service that stores and disseminates information to the public at the request of the recipient of the service, unless such activity is an insignificant and solely side function of another service, and for objective and technical reasons cannot be used without such other service, and the inclusion of such function in such other service is not a way to circumvent the application of the DSA”. This is not a definition based on a set of features. Such a platform must be: 1) a hosting service; 2) its function must be to store and disseminate information to the public at the request of the recipient of the service; 3) the storage and dissemination of information to the public is not an insignificant and solely side function of another service.

While analyzing Recital 13 of the DSA, it should be noted that the concept of an online platform is narrower than that of a hosting provider. This means that not every hosting provider is an online platform. The moment a provider does not meet the second of the distinguished prerequisites, i.e. its task is not to store and disseminate information to the public at the request of the recipient of the service, it is not seen as an online platform within the meaning of the DSA. The distinction between an online platform and a hosting service provider is crucial from the perspective of the scope of obligations under the DSA. The DSA excludes online platforms that do not mediate the provision of certain services to hosting providers but operate under a content provider model.

Another element of the DSA's definition of an online platform is the purpose, namely the public dissemination of information at the request of the recipient. According to Article 3(k) of the DSA, "public dissemination" is making information available to a potentially unlimited number of third parties at the request of the

---

<sup>24</sup> Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, p. 23.

recipient of the service that provided the information. Recital 14 of the DSA states that the concept of public dissemination should include making information available to a potentially unlimited number of people, i.e., providing easy access to information to the general public of the service, without any further action on the part of the recipient of the service providing the information, regardless of whether those people actually benefit from access to the information. I believe that the request must take the form of a command from the recipient directly to the platform, consisting, for example, in the case of posts on social media platforms, of a click on a “publish” or “share” button, rather than simply typing the content into a text box. Entities whose activity of disseminating information to the public is only an insignificant or solely side feature of another service or an insignificant function of the main service, and for objective and technical reasons cannot be used without that side service are excluded from the definition of an online platform under the DSA. According to the wording of Article 3(i) of the DSA, the exception is when the inclusion of such a feature or function in a side service is a way to circumvent the application of the DSA. Recital 13 of the DSA lists examples of accessory services, such as the comment section of an online newspaper, when it is incidental to the main service of publishing news, for which the editorial responsibility lies with the publisher.

Online platforms that provide content, i.e., Netflix, among others, will not be included in the definition. As a result, recommender systems used on them will not have to be subject to the current regulations. The EU legislator has failed to justify this exemption, which appears to significantly reduce the effectiveness of the DSA regulations. The source of this can be traced to the fact that the DSA is an update of the regime of Directive 2000/31/EC<sup>25</sup>, which only covers intermediate service providers in its scope. This makes, in my opinion, for a very important omission that considerably diminishes the scope of application and, thus, the effectiveness, of the provisions.

### **1.5. Recommender system as a system designed to suggest specific information**

According to the third premise, the recommender system must aim to suggest specific information in the recipient's web interface, as a result of a search made by the recipient of the service or otherwise determining the relative order or prominence of the information shown. Suggesting information means indicating data, which may or may not be initiated because of a request from the recipient<sup>26</sup>. It seems that the concept of a recommender system is not limited to cases where the recipient formulates the request, which is the case with search engines. Social media platforms, such as Facebook, can formulate content recommendations without an explicit command from their user, from the mere fact of using the social media

---

<sup>25</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, O.J. L 178 17.7.2000, p. 1.

<sup>26</sup> Recommendation Systems Explained. <https://towardsdatascience.com/recommendation-systems-explained-a42fc60591ed> (accessed 12.9.2023).



platform<sup>27</sup>. Suggested information must be shown in a specific order or exposed according to a pattern adopted by the recommender system, not a random arrangement<sup>28</sup>. The effect of suggesting specific information can be the result of different methods of operation of the algorithms that form the basis of the recommender system.

## 1.6. Online search engines and recommender systems

It should be noted that online search engines are excluded from the definition of a recommender system. This discrepancy becomes even more apparent when considering that the section of the DSA, which establishes a separate regime for very large online platforms and very large online search engines, explicitly mentions very large online search engines as subjects of the provisions related to recommender systems. To determine the scope of this omission, it is necessary to first analyze the definition of an online search engine in Article 3(j) of the DSA. An online search engine is defined as “an intermediary service that allows users to input queries in order to perform searches of, in principle, all websites, or all websites in a particular language, on the basis of a query on any subject in the form of a keyword, voice request, phrase or other input, and returns results in any format in which information related to the requested content can be found”.

The very first premise, according to which an Internet search engine must be a type of intermediary service, clearly distinguishes the concept of an online platform from that of an online search engine. This causes the scope of the term online search engine to be broader than that of the term online platform since it does not include only hosting services. According to the second premise, the service is supposed to enable users to make queries to search all websites or all websites in a particular language. This means that it is irrelevant for qualification as an online search engine whether the results are to appear in all languages or only in one. This seems to make it possible to apply the provisions of the DSA to, among others, the Chinese search engine Baidu<sup>29</sup> or the Korean Naver<sup>30</sup>, which operate only in Chinese and Korean. The fact that the results obtained are narrowed to only one language does not prevent them from qualifying as an Internet search engine. The third premise states that the search sequence is to be performed by means of a query on any topic, which can be formulated by using a keyword, voice query, phrase, or other input value, and which provides search results in any format. In the body of the definition, only exemplary forms of query are listed, they have not been imposed by the EU legislator, and thus the catalog of possible modes of query remains open. This flexible framing of the issue might make it possible to expand the scope of the definition of a search engine from the DSA to include forms of search that have not yet been put into use. The last premise stipulates that an Internet search engine can provide search results in any

---

<sup>27</sup> 2023 Facebook Algorithm: How to Get Your Content Seen. <https://blog.hootsuite.com/facebook-algorithm/> (19.6.2023 r.).

<sup>28</sup> Recommendation Systems Explained. <https://towardsdatascience.com/recommendation-systems-explained-a42fc60591ed> (accessed 12.9.2023).

<sup>29</sup> Baidu. <https://www.baidu.com/> (accessed 12.9.2023).

<sup>30</sup> Naver. <https://www.naver.com/> (accessed 12.9.2023).

format in which information related to the query asked can be found. As with the previous premise, the EU legislator seems to have intended to make the definition less susceptible to technological changes that may bring new, non-standard forms of search results.

The lack of inclusion of online search engines in the definition of recommender systems seems to lower the effectiveness of the DSA's provisions since it creates a gap in the subjective scope of the regulation. Paired with the exclusion of other types of online platforms than the hosting platforms, it creates a recommender system definition that does not fully cover the actual extent of use of recommender systems in the online sphere.

## **2. SCOPE OF THE OBLIGATIONS APPLICABLE TO ALL ENTITIES USING RECOMMENDER SYSTEMS UNDER THE DSA**

### **2.1. Transparency obligation**

According to Article 27(1) of the DSA, online platform providers that use recommender systems shall specify in simple and accessible language in their terms of service the main parameters used in their recommender systems, as well as any options for service recipients to change or influence those parameters. The main parameters are intended to explain why certain information is suggested to the service recipient. Under Article 27(2) of the DSA, they must include, at a minimum, the criteria that are most relevant in determining the information suggested to the service recipient and the reasons for the relative importance of these parameters. Moreover, Article 27(3) of the DSA stipulates that if several options are available for recommender systems that determine the relative order of information presented to service recipients, online platform providers shall also provide a function that allows the service recipient to select and change the preferred option at any time. This function must be directly and easily accessible in the specific section of the online platform's interface where the information is sorted.

The first question that arises when analyzing Article 27 of the DSA concerns the interpretation of the concept of a “simple and accessible way” to specify the main parameters of the services and any options to change or influence the parameters. There is no clear guidance on how platforms should implement the obligations imposed on them – this sentiment is reflected in the opinion of the European Data Protection Supervisor (EDPS) on the draft DSA<sup>31</sup>. The EDPS stresses that information about recommender systems placed in the terms of service cannot be presented in an accessible manner to the interface user. Terms of service tend to be convoluted and complex documents that are not user-friendly for those reading them. Very large online platforms are sometimes criticized for how extensive their terms of service are. Studies show that most service recipients read the terms of service

---

<sup>31</sup> European Data Protection Supervisor Opinion 1/2021 on the Proposal for a DSA. [https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion\\_on\\_digital\\_services\\_act\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion_on_digital_services_act_en.pdf) (accessed 12.9.2023).

very briefly, and often do not even open them<sup>32</sup>. Accordingly, the EDPS advocates making it mandatory to present information on recommender systems separately, so that it cannot be overlooked by the service recipient. Such a situation may create the risk of significant discrepancies in the way online platform providers present the main parameters in their interfaces. The legal doctrine is also concerned because the provision lists only a few parameters, which represent a fraction of the settings that influence the composition of recommendations. The recipient of the service may not realize their actual importance, i.e., how they influence the display order. A similar solution, in which the user has the right to be informed about how their data is used, is presented in Article 15 of the GDPR. The implementation of this obligation remains a challenge to this day and is a subject of constant improvement. For this reason, the specialists in the field of data protection argue that the right to information in the experiences and dilemmas related to the actual effectiveness of Article 15 of the GDPR, should inspire the EU legislator regulating recommender systems<sup>33</sup>.

In order to provide service recipients with as much autonomy as possible, the use of recommender systems should be on an opt-in basis, i.e., by the recipient's decision to use the recommender system. According to my research, the profiling-based option is used as a default by most online platforms. For example, on the Booking.com platform, listings are arranged by default considering data such as the operating system of the service recipient entering the request. The opt-in system proposed by the EDPS would result in the need for explicit consent to use the recommender system while supporting the decision-making autonomy of individuals<sup>34</sup>. Simply providing consumers with the information they need to make their own choices and meeting the transparency requirement does not guarantee that they have control over the content they receive. An opt-out option is, therefore, less effective compared to an opt-in approach and encourages users to stick with the defaults<sup>35</sup>.

The above shape of the legislation means that the protection that is provided to consumers under the DSA is not as effective as it should be. The solution adopted in the DSA can be assessed as conservative and not going beyond the status quo of European law adopted so far. Given the seriousness of the problem of recommender systems, which the EU legislator himself emphasizes, the fact that Article 27 is the only universal measure of protection against the dangers of recommender systems should be considered insufficient.

---

<sup>32</sup> PERZANOWSKI, A., SCHULTZ, J. The End of Ownership. Case Legal Studies Research Paper. Vol. 2020-24, 2016, p. 60.

<sup>33</sup> HELBERGER N., M. VAN DRUNEN, J. MOLLER, VRIJENHOEK, S. Regulation of news recommenders in the DSA: empowering David against the Very Large Online Goliath. <https://policyreview.info/articles/news/re-gulation-news-recommenders-digital-servicesact-empowering-david-against-very-large> (accessed: 12.9.2023).

<sup>34</sup> DJEFFAL, C., HITROVA, C., MAGRANI, E. Recommender Systems and Autonomy: A Role for Regulation of Design, Rights, and Transparency, *Indian Journal of Law and Technology*. Vol. 17, 2021, no. 1, p. 16.

<sup>35</sup> GÖSSL, S.L. Recommender systems and discrimination [in:] GENOVESI, S., KAESLING, K., ROBBINS, S. (eds.) *Recommender Systems: Legal and Ethical Issues*. 2023, Berlin: Springer Verlag, p. 23.

## 2.2. Exemptions from recommender system regulations

Article 19 of the DSA lists exemptions from the recommender system regime of obligations. According to the wording of the provision, micro and small enterprises are exempt from the regulations and thus do not have to meet transparency requirements. Article 19 of the DSA refers to the definitions of micro and small enterprises<sup>36</sup> contained in Recommendation 2003/361/EC<sup>37</sup>. These enterprises do not fall under the scope of the provisions of Chapter III, Section 3 of the DSA, and thus do not have to comply with transparency obligations related to the use of recommender systems. The exemption also applies during the twelve-month period following the loss of small or micro-enterprise status. The provisions of the DSA apply to online platform providers that are designated as very large online platforms under Article 33 of the DSA, regardless of whether they qualify as micro or small enterprises. This means that even when a company benefits from the status of a small enterprise if it reaches an average number of monthly active service customers in the Union of at least 45 million, it is eligible to be qualified as a very large online platform by the European Commission. This solution seems to respond to the changes that have taken place in the digital market relative to traditional markets. Many active users do not necessarily entail a larger staff, as in the case of project management and team communication platform Basecamp<sup>38</sup>, which in 2021 had only 57 employees supporting 3.5 million active user accounts<sup>39</sup>.

This shape of the regulations seems reasonable and avoids incurring disproportionate costs for the smallest online platforms to implement transparency mechanisms. However, the practice of applying the regulations will show whether there is a correlation between the size of a company and the actual risk caused by the recommender systems it uses.

## 3. THE USE OF RECOMMENDER SYSTEMS ON VERY LARGE ONLINE PLATFORMS AND VERY LARGE ONLINE SEARCH ENGINES

### 3.1. The notion of very large online platforms, and very large online search engines in the context of recommender systems

According to Recital 75 of the DSA, very large online platforms and very large online search engines are the addressees of a separate group of provisions that apply to them due to their important role in facilitating public debate, economic transactions, and the dissemination to the public of information, opinions, and ideas.

---

<sup>36</sup> According to its Article 2, a small enterprise employs fewer than 50 people, and has an annual turnover and/or annual balance sheet total of less than €10 million. A micro enterprise is defined as an enterprise that employs fewer than 10 people, and whose annual turnover and/or annual balance sheet total does not exceed €2 million.

<sup>37</sup> Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (notified under document number C(2003) 1422), O.J. L 124, 20.5.2003, p. 36–41.

<sup>38</sup> Where we came from. <https://basecamp.com/about> (accessed 12.9.2023).

<sup>39</sup> Basecamp Revenue and Growth Statistics (2023). <https://www.usesignhouse.com/blog/basecamp-stats> (accessed 16.5.2023).

Recommender systems used on such platforms and engines have a much bigger outreach and the risks that they pose to the consumers are proportionally more significant. Under Article 38 of the DSA, very large online platforms and very large online search engines are also entities that must comply with regulations specifying obligations related to the use of recommender systems. According to the wording of Article 33 of the DSA, for an online platform or an online search engine to qualify as very large, its average number of monthly active users of the service in the European Union must be at least 45 million, and it must be designated as a very large online platform under Article 33(4) of the DSA. After having consulted with the Member State of the establishment of the online platform, or after considering the information provided by the digital services coordinator of the place of establishment, the Commission adopts a decision designating as a very large online platform or very large online search engine. This means that the qualification of an Online platform or search engine as very large does not occur unconditionally when the audience threshold specified in the DSA is exceeded, but also requires the issuance of a corresponding Commission decision.

The first set of very large online platforms and online search engines was designated by the European Commission as early as the 25<sup>th</sup> of April 2023, just over six months after the adoption of the DSA. The set included 17 online platforms (including Amazon, YouTube, TikTok) and two online search engines (Google, Bing)<sup>40</sup>, which were designated because of user data that very large online platforms and online search engines had to publish by 17.2.2023. In accordance with Article 92 of the DSA, from the 25<sup>th</sup> of August, the designated actors are obliged to fully comply with the obligations set out in the DSA<sup>41</sup>. By the aforementioned date, all the recommender system-related obligations must already be fulfilled by the largest actors in the online market.

### **3.2. Obligation to provide an option which is not based on profiling**

In addition to the requirements set forth in Article 27 of the DSA, providers of very large online platforms and very large online search engines that use recommender systems are obligated under Article 38 of the DSA to provide at least one option for each of their recommender systems that is not based on profiling as defined in Article 4(4) General Data Protection Regulation (hereinafter: GDPR)<sup>42</sup>. This means, that in addition to the basic obligation to provide service recipients with the ability to modify the main parameters affecting the content of recommendations, the biggest actors of the online market must also offer recipients of their services at least one other option. This option should not involve any form of automated

---

<sup>40</sup> DSA: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_2413](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413) (accessed 12.9.2023).

<sup>41</sup> More responsibility, less opacity: what it means to be a “Very Large Online Platform” - Statement by Commissioner Breton. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT\\_23\\_2452](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_23_2452) (accessed 12.9.2023).

<sup>42</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, O.J. L 119 z 4.5.2016 r., p. 1.

processing of personal data, which includes the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person. This evaluation encompasses aspects such as work performance, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behavior, location, or movements. To the definition of profiling from Article 4(4) of the GDPR, three prerequisites must be distinguished: 1) it must involve personal data; 2) it must be any form of automated processing; 3) it must be based on the assessment of personal factors of an individual.

The first premise of profiling is that it can only concern personal data. Article 4(1) of the GDPR states that personal data is information about an identified or identifiable natural person. The data used to profile somebody must be definable as a piece of information that concerns a natural person, and the person must be identified or identifiable from the personal data. Consequently, the personal data must be considered a piece of information, which means not only linguistic signs but also any other circumstances accompanying them, and extra-linguistic information. An example of that would be photos, videos, fingerprints<sup>43</sup>, etc. The second premise for considering data as personal data is that there must be a relationship between the information and the individual understood as a relationship of a factual nature between the information and the individual. It does not have to be personal in nature, it can be based on a relationship of a factual nature, but it should at least be indirect<sup>44</sup>. In terms of identifiability, according to Opinion 4/2007 of Article 29 Working Party on Data Protection, an individual who can be distinguished from other members of a group<sup>45</sup> can be considered "identifiable." Identifiable, on the other hand, is an individual whose identity can be ascertained directly or indirectly. In addition, Recital 26 of the GDPR states that to determine whether a natural person is identifiable, an account should be taken of all reasonably likely means that are reasonably likely to be used by the controller or another person to identify the natural person directly or indirectly. Data that meet the prerequisites are personal data and thus can form the basis for profiling.

The second prerequisite for identifying the action of profiling is the classification of it as any form of automated processing. Therefore, it should be inferred that non-automated profiling, i.e., profiling that is carried out solely based on human action, does not constitute profiling within the meaning of Article 4(4) of the GDPR. Certainly, fully automated processing, which is regulated in Article 22 of the GDPR, should be qualified as profiling. At the same time, the arbitrariness of the form of automated processing allows us to assume that profiling does not have to be based

---

<sup>43</sup> LITWIŃSKI, P. Art. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 [in:] LITWIŃSKI, P. (eds.). *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, Warsaw: Beck, 2021.

<sup>44</sup> LUBASZ, D., CHOMICZEWSKI, W., CZERNIAWSKI, M., DROBEK, P., GÓRAL, U., KUBA, M., MAKOWSKI, P., WITKOWSKA-NOWAKOWSKA, K. art. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 [in:] BIELAK-JOMAA, E., LUBASZ, D. (eds.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2018.

<sup>45</sup> Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 4/2007 on the concept of personal data, 2007, p. 22.

only on fully automated processing but may be subject to some degree of human intervention<sup>46</sup>.

According to the last premise of profiling, its purpose must be to assess personal factors, and forecast or analyze selected aspects of the data provided. However, data processing does not always have to involve evaluation. Profiling should be distinguished from the classification of individuals based on characteristics such as their gender, interests, place of residence, etc. According to Article 29 Working Party's guidelines, the classification of an activity as profiling will be determined by its purpose. If the intention of the data processor is to create customer statistics, rather than to formulate conclusions and forecasts, the activity is not profiling within the meaning of Article 4(4) of the GDPR<sup>47</sup>. Profiling, understood as any form of automated processing of personal data that involves the use of personal data to evaluate certain personal factors of an individual, is the basis for recommender systems.

While the obligation to provide an option that is not based on profiling is a suitable answer to recommender systems problems, it seems it does not fully protect the consumer. It seems quite problematic that Article 38 of the DSA does not precise what visibility in the interface of a platform, or a search engine, should be given to the non-profiling option. It is reasonable to assume that when the law does not specify that a non-profiling option should be available in a visible and easily accessible place, intermediary service providers will try to hide them from consumers' eyes. This mandates a change in regulation to stimulate an online environment that is functionally, not just theoretically, consumer friendly.

### **3.3. Risk assessment, mitigation of risks and audit obligations**

Under Article 34 of the DSA, providers of very large online platforms and very large online search engines are required to identify, analyze, and assess systemic risks in the Union arising from the design or operation of their service and related systems with due diligence. Risk assessments must be conducted by the date of application, which is within four months of notification to the provider in question. Subsequent audits must be conducted at least once a year and each time before the launch of a function that may have a critical impact on risk. For example, a risk assessment should be conducted before introducing an improved recommender system to a platform interface or to an online search engine. According to Article 34 of the DSA, when conducting a risk assessment, providers of very large online platforms and very large online search engines are required to consider whether and how factors such as the design of their recommender systems and any other relevant algorithmic systems, data practices affect system risk. The catalog of possible factors thus remains open.

---

<sup>46</sup> LUBASZ, D., CHOMICZEWSKI, W., CZERNIAWSKI, M., DROBEK, P., GÓRAL, U., KUBA, M., MAKOWSKI, P., WITKOWSKA- NOWAKOWSKA, K. art. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 [in:] BIELAK-JOMAA, E., LUBASZ, D. (eds.), RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz. Warsaw: Wolters Kluwer, 2018.

<sup>47</sup> Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 4/2007 on the concept of personal data, 2007, p. 12.

In Article 35 of the DSA, the EU legislator has outlined the measures that very large online platforms and online search engines are required to take to mitigate the risks, which have been identified under the principles in Article 34 of the DSA. In introducing reasonable, proportionate and effective measures that are tailored to the specific systemic risk, platforms should specifically take into account the impact of such measures on fundamental rights. Such measures may include, but are not limited to, adjusting the design, features or operation of their services, including their web interfaces; testing and adjusting their algorithmic systems, including recommender systems; taking awareness-raising measures and adjusting their web interface to provide more information to service recipients; and initiating cooperation with other providers. The first phase of risk assessment and mitigation is based solely on actions carried out by very large platforms and online search engines without interference from third parties, which seems reasonable for two reasons. The very large platforms and online search engines are the only entities that have full and unrestricted access to the data they collect and record on their users<sup>48</sup>. This causes them to be in the best position to assess the potential risks associated with their technology.

In addition to obligations related to risk assessment and mitigation, the EU legislature has required providers of very large online platforms and very large online search engines to conduct an external audit. Under Article 37(1) of the DSA, very large online platforms and online search engines are required to undergo an independent audit at least once a year, at their own expense. Pursuant to Article 42 of the DSA, upon receipt of each of the audit reports, providers shall submit them to the digital services coordinator in charge of the site and the Commission without undue delay and make them public no later than three months after receiving each report.

In addition, to ensure proper implementation of their duties, very large platforms and very large online search engines must establish a cell to supervise compliance with the Digital Services Act. Pursuant to Article 41 of the DSA, this cell should be independent of their operating cells and consist of at least one digital service act compliance supervision officer, including the head of the cell. C. Cauffmann and C. Goanta point to the most important aspect of audits conducted by private, competing, and for-profit audit firms as their independence from the service providers they audit. For this reason, it is even more important to further strengthen a reliable framework for auditing providers<sup>49</sup>.

## CONCLUSION

The aim of this paper is to answer the question of whether the DSA alone safeguards consumers from recommender system risks. The DSA, which is the first piece of legislation defining recommender systems, is also the first one to raise so many doubts about the suitability of solutions from a technological point of view.

---

<sup>48</sup> CAUFFMANN, C., GOANTA, C. A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection. *European Journal of Risk Regulation*. Vol. 12, 2021, no. 4, p. 13.

<sup>49</sup> *Ibidem*.



I have formulated two groups of conclusions - regarding the subjective and substantive scope of the legislation. As for the conclusions on the subjective scope of the provisions of DSA, it should be emphasized that the central concept of this act is the online platform. The scope of its definition also determines the scope of the definition of the recommender system. Since a platform under Article 3(i) of the DSA is defined as a hosted service, the scope of the provisions on recommender systems does not include online platforms that offer their own content to service recipients. The DSA lacks any justification for this exclusion. However, an explanation can be found in the fact that the DSA updates the regime of Directive 2000/31/EC, which limits its application to intermediate service providers. The adopted shape of the definition of an online platform significantly limits the effectiveness of the provisions on recommender systems. At the same time, the omission of online search engines from the definition of recommender systems raises the question of whether the universally applicable provisions can be referred to them.

The second group of conclusions concerns the substantive scope of recommender system regulations. Obligations related to the use of recommender systems are divided into two groups - those aimed at all online platforms (Article 27 DSA) and those aimed only at very large search engines and very large online platforms (Articles 34-35, 37-38, 41-42 DSA). Internet search engines are excluded from the group of addressees of Article 27 of the DSA, which appears to be a significant omission that reduces the scope of protection afforded to service recipients, and thus severely reduces the effectiveness of the legislation. The very distinction between the categories of very large platforms and very large search engines should be considered legitimate, given their special role and reach. The basic requirement, which is directed to all online platforms using recommender systems, is the obligation of transparency contained in Article 27 of the DSA. The wording of Article 27 of the DSA has received criticism from experts, including EDPS<sup>50</sup>. To give service recipients as much autonomy as possible, the use of recommender systems should be based on the opt-in principle, meaning that it is the recipient who decides whether to use the recommender system. The solution adopted in the provision in question is based on the opt-out principle, which significantly reduces the level of protection against the risks associated with recommender systems. Also relevant to my work were considerations related to the obligation in Article 38 of the DSA to provide an option not based on profiling, understood in accordance with Article 4(4) of the GDPR. This provision does not specify what visibility should be given to the option not based on profiling. Consequently, this could mean that without an explicit order from the EU legislator, intermediate service providers will not give the option the appropriate visibility.

In conclusion, although revolutionary in their novelty, is not sufficient by itself to safeguard consumers from recommender system risks. Further amendments to the provisions regarding the scope of the definition of an online platform itself, as well

---

<sup>50</sup> European Data Protection Supervisor Opinion 1/2021 on the Proposal for a DSA. [https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion\\_on\\_digital\\_services\\_act\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion_on_digital_services_act_en.pdf) (accessed 12.9.2023).

as the obligations of online platforms and online search engines using recommender systems, must be made in the future.

## REFERENCES

1. 2023 Facebook Algorithm: How to Get Your Content Seen. <https://blog.hootsuite.com/facebook-algorithm/> (19.6.2023 r.).
2. ALAMA-MARUTA, K. Cyfrowe samostanowienie w kontekście algorytmicznych systemów rekomendacji treści o charakterze informacyjnym, *Prawo Nowych Technologii*. ISSN 2720-1600, vol. 1 2021, no. 1, p. 2–8.
3. Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, p. 23.
4. Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 4/2007 on the concept of personal data, 2007, p. 12–22.
5. Baidu. <https://www.baidu.com/> (accessed 12.9.2023).
6. Basecamp Revenue and Growth Statistics (2023). <https://www.usesignhouse.com/blog/basecamp-stats> (accessed 16.5.2023).
7. CAUFFMANN, C., GOANTA, C. A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection. *European Journal of Risk Regulation*. ISSN 1867-299X, vol. 12, 2021, no. 4, p. 13.
8. DJEFFAL, C., HITROVA, C., MAGRANI, E. Recommender Systems and Autonomy: A Role for Regulation of Design, Rights, and Transparency, *Indian Journal of Law and Technology*. Vol. 17, 2021, no. 1, p. 2–18.
9. DSA: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_2413](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413) (accessed 12.9.2023).
10. European Data Protection Supervisor Opinion 1/2021 on the Proposal for a DSA. [https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion\\_on\\_digital\\_services\\_act\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion_on_digital_services_act_en.pdf) (accessed 12.9.2023).
11. GE, Y., ZHAO, S., ZHOU, H., PEI, C., SUN, F., OU, W., ZHANG, Y. Understanding Echo Chambers in E-commerce Recommender Systems [in:] SIGIR '20: Proceedings of the 43rd International ACM SIGIR Conference on Research and Development in Information Retrieval, New York: Association for Computing Machinery 2020, p. 2261, ISBN 978-1-4503-8016-4.
12. GÖSSL, S.L. Recommender systems and discrimination [in:] GENOVESI, S., KAESLING, K., ROBBINS, S. (eds.) *Recommender Systems: Legal and Ethical Issues*. 2023, Berlin: Springer Verlag, p. 23, ISBN 978-3-031-34803-7.
13. HELBERGER N., M. VAN DRUNEN, J. MOLLER, VRIJENHOEK, S. Regulation of news recommenders in the DSA: empowering David against the Very Large Online Goliath. <https://policyreview.info/articles/news/regulation-news-recommenders-digital-servicesact-empowering-david-against-very-large> (accessed: 12.9.2023).
14. HELBERGER, N. On the Democratic Role of News Recommenders. *Digital Journalism*. Vol 7, 2019, no. 8, p. 6.

15. HILDEBRANDT, M. The Issue of Proxies and Choice Architectures. Why EU Law Matters for Recommender Systems. *Frontiers of Artificial Intelligence*, Vol. 5, 2022, p. 2–6.
16. How retailers can keep up with consumers. <https://www.mckinsey.com/industries/retail/our-insights/how-retailers-can-keep-up-with-consumers> (accessed: 12.9.2023).
17. JANNACH, D., ADOMAVICIUS, G. Price and Profit Awareness in Recommender Systems. <https://arxiv.org/abs/1707.08029> (accessed: 12.9.2023).
18. KIM, J., CHOI, I., LI, Q. Customer Satisfaction of Recommender System: Examining Accuracy and Diversity in Several Types of Recommendation Approaches. *Sustainability*. Vol 11, 2021, no. 13, p. 1.
19. LITWIŃSKI, P. Art. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 [in:] LITWIŃSKI, P. (eds.) *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, Warsaw: Beck, 2021, ISBN 978-83-8235-295-5.
20. LUBASZ, D., CHOMICZEWSKI, W., CZERNIAWSKI, M., DROBEK, P., GÓRAL, U., KUBA, M., MAKOWSKI, P., WITKOWSKA-NOWAKOWSKA, K. art. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 [in:] BIELAK-JOMAA, E., LUBASZ, D. (ed.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2018, ISBN 978-83-8124-324-7.
21. MANSOURY, M., ABDOLLAHPOURI, H., PECHENIZKIY, M., MOBASHER, B., BURKE, R. Feedback Loop and Bias Amplification in Recommender Systems [in:] *CIKM '20: Proceedings of the 29th ACM International Conference on Information & Knowledge Management*, New York: Association for Computing Machinery 2020, p. 2145, ISBN 978-1-4503-6859-9.
22. More responsibility, less opacity: what it means to be a “Very Large Online Platform” - Statement by Commissioner Breton. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT\\_23\\_2452](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_23_2452) (accessed 12.9.2023).
23. Naver. <https://www.naver.com/> (accessed 12.9.2023).
24. NGUYEN, T.T., HUI, P.-M., HARPER, F.M., TERVEEN, L., KONSTAN, J.A. Exploring the filter bubble: the effect of using recommender systems on content diversity [in:] *WWW '14: Proceedings of the 23rd international conference on World wide web*, New York: Association for Computing Machinery, 2014, p. 677, ISBN 978-1-4503-2744-2.
25. PERZANOWSKI, A., SCHULTZ, J. The End of Ownership. *Case Legal Studies Research Paper*. Vol. 2020-24, 2016, p. 60.
26. Recommendation Systems Explained. <https://towardsdatascience.com/recommendation-systems-explained-a42fc60591ed> (accessed 12.9.2023).
27. Where we came from. <https://basecamp.com/about> (accessed 12.9.2023).
28. Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC, O.J. L 277/1 27.10.2022, p. 1.

29. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, O.J. L 178 17.7.2000, p. 1.
30. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, O.J. L 119 z 4.5.2016 r., p. 1.
31. Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (notified under document number C(2003) 1422), O.J. L 124, 20.5.2003, p. 36–41.

#### **CONTACT INFORMATION**

aleksandra.olbryk@edu.uni.lodz.pl

University of Łódź, Faculty of Law and Administration

19 Bieganskiego Street

91-473 Lodz

Poland

## **New technologies and claims by indirectly injured persons - revolution or evolution of the scope of injury compensation?<sup>2</sup>**

### *Abstract*

*Different intensively developing forms of artificial intelligence have a significant impact on the scope of liability for damages in civil law. Undoubtedly, they also have an impact on the issue of indirect damage. It is assumed that an indirect violation is the case when operation of a harmful factor is directly aimed against another interest than the one subject to detriment. Consequently, an indirect damage will be a detriment suffered by another party (indirect victim) than the one against whom the causal activity was directed (directly injured party). The most frequent sources of indirect detriments are traffic accidents and medical malpractice. For these reasons, it is important to consider how and by what means artificial intelligence can assess fulfilment of the conditions for an indirectly injured person's claim. The subject of analysis will be whether artificial intelligence can assess the amount of compensation or damages to which the indirectly injured person is entitled. This is important because compensation should be adequate. Currently, the use can be observed of artificial intelligence mechanisms by insurers in liquidation proceedings, in particular with regard to damages.*

*Key words: new technologies, indirect violation of rights and interests, indirect damage, indirect violation.*

**JEL Classification:** K13, K15, K22, K36

## **INTRODUCTION**

Damage suffered by indirect victims is subject to compensation in many European jurisdictions, however, its basis and scope of redressing the damage are different. This refers both to harm suffered in consequence of death of a close person and harm suffered in consequence of bodily injury or health impairment of such close person.

---

<sup>1</sup> PhD student, Institute of Law, Faculty of Law and Administration, University of Silesia in Katowice, attorney-at-law in Katowice Bar Association, ORCID: 0000-0001-7951-200.

<sup>2</sup> This research was funded in full by the National Science Centre, Poland, project number: 2021/41/N/HS5/02285. For the purpose of Open Access, the author has applied a CC-BY public copyright licence to any Author Accepted Manuscript (AAM) version arising from this submission. The article is financed from funds within a project of the National Science Centre, Poland, project number: 2021/41/N/HS5/02285.

As regards the legal basis for damages, a claim for compensation for death of a close person may be formulated under a special provision establishing such remedies (Art. 446 § 4 of the Civil Code,<sup>3</sup> and currently Art. 446<sup>2</sup> CC, or § 844(3) BGB<sup>4</sup>) or under a general provision of law (Art. 1382 CC<sup>5</sup>). Yet another legal basis relied on in the Polish legal system in the period preceding the amendment of the Civil Code were the provisions on the protection of personal interests (Art. 448 CC in conjunction with Art. 23 CC). As far as the scope of redressing the damage is concerned, one should distinguish between the subjective, objective and structural scope of such redress.

The actions taken by legislators reflect general European trends. The amendment of Art. 107 of the Dutch Civil Code<sup>6</sup> put in place a claim for compensation available to close persons in case of death or grievous health impairment or in case of invalidity of the injured person. Further, in 2017, a claim for compensation available to persons closed to the deceased was adopted under § 844(3) BGB.<sup>7</sup> This means that even in such countries where the law refused a possibility to compensate for non-material damage suffered by indirect victims, the legislator decided to depart from such rigorous position. In addition, apart from the above-mentioned jurisdictions, adoption of a special statutory basis for claims for compensating death of a close person was a solution chosen by the legislators in Switzerland, Greece, Italy, Sweden and Austria. The same was the case in the legal systems belonging to the *common law* tradition.<sup>8</sup>

The difficulties encountered by European legislations and, in turn, also by judicial practice include the determination if a given damage is compensable. If the above question is answered in the affirmative, it becomes necessary to consider the amount of compensation owed to a secondary victim.

In this article, I will discuss the criteria for determining the amount of compensation for the harm suffered, including the principle that compensation must be individualised, and the problems of standardizing the compensation. Special attention will be paid to the question of use of new technologies when determining

---

<sup>3</sup> Act of 23 April 1964 – Civil Code (consolidated text: Dz. U. 2014, poz. 121, as amended).

<sup>4</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGBI. I S. 42). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>

<sup>5</sup> Code civil (promulgué à Paris de l’Imprimerie de la République, an XII (1804) modifié). Dostęp: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

<sup>6</sup> Burgerlijk Wetboek Boek 6. Available at: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/2023-07-01#Boek6>

<sup>7</sup> Attention was justly drawn to that by: BAGIŃSKA, E. *O granicach kompensacji szkody niemajątkowej w przyszłym kodeksie cywilnym (uwagi na tle prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 2021, nr 3, p. 131. The background for introducing a claim for death of a close person was a catastrophe of the Germanwings airlines, which took place in French Alps in March 2015 and led to death of 150 passengers and crew members. The catastrophe started a public debate about the need to introduce an adequate legal regime of redressing damage suffered as a consequence of death of a close person in German law. See GRAZIANO, K. T. *Comparative Tort Law. Cases, Materials, and Exercises*, 2018, p. 346.

<sup>8</sup> For more, see: BAGIŃSKA, E. *Modele regulacji zadośćuczynienia za śmierć osoby bliskiej w wybranych krajach europejskich* [in:] *Zadośćuczynienie po nowelizacji art. 446 Kodeks cywilnego na tle doświadczeń europejskich*, ed. Z. Strus, K. Ortyński, J. Pokrzywniak, Warszawa 2010, p. 52 et seq.

the amount of the claim. Those considerations will be preceded by several comments on the significance and understanding of new technologies. Since the use of new technologies may give rise to new problems in the area of determining compensation (and, in the same way, in the area of compensation for damages), in the final part of this article, I will discuss the consequences of applying new technologies in the establishment of indirect violations.

The presented considerations will allow to formulate appropriate conclusions, including an answer to the question about the role played by new technologies in the determination of the scope of compensating an indirect violation in the sphere of rights and interests. It is necessary to depict the threats posed by the use of new technologies and the chances offered by the same technologies. In addition, this article should be an incentive to further discussion of the scope and form of utilizing new technologies in Poland and other Member States of the European Union.

The considerations will be made, in the first place, based on the legal-dogmatic method. The research and interpretation process will cover predominantly the legislation in the discussed subject area. The above will be supplemented by analysis of judicial practice.

## 1. CRITERIA FOR DETERMINING THE COMPENSATION AMOUNT

The purpose of monetary compensation payable to the closest family members is (at least ostensibly) to reduce the suffered harm and anguish, a sense of emptiness and desolation upon loss of a closest relative, as well as the lack of support or care from the deceased.<sup>9</sup> In the light of the above, compensation should have an economically appreciable value.<sup>10</sup> At the same time, the amount of compensation should be within reasonable limits and should not give rise to illegitimate enrichment.

Already in judicial practice under Art. 166 of the Polish Code of Obligations,<sup>11</sup> an opinion was expressed that only death of a family member can give rise to a compensable harm.<sup>12</sup> On the other hand – as held by the Supreme Court in a decision from 1937 – there are no grounds to reduce compensation on account of humble financial situation of the entitled party.<sup>13</sup>

However, it must be noted that harms caused as a result of death of a close person (as in the case of health impairment or health disorder of a close person) can never be fully grasped,<sup>14</sup> and the amount of such harm is difficult to express in material terms.<sup>15</sup> In fact, the above circumstances were, for a long period of time, a reason for questioning the very institution of monetary compensation for non-material harm in the Polish legal system. It used to be assumed that monetary compensation for harm

---

<sup>9</sup> Judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 28.11.2019, VI ACa 514/18, Legalis No. 2283461.

<sup>10</sup> Judgment of the Supreme Court of 26.11.2019, IV CSK 386/18, Legalis No. 2294243.

<sup>11</sup> Regulation of the President of the Republic of Poland of 27 October 1933 – Code of Obligations (Dz.U. 1933 No. 82 poz. 598).

<sup>12</sup> Judgment of the Supreme Court of 24.11.1937, I C 2096/37, LEX No. 362577.

<sup>13</sup> Decision of the Supreme Court of 15.01.1937, II C 2097/36, LEX No. 358429.

<sup>14</sup> Judgment of the Court of Appeal in Szczecin of 7.05.2021, I ACa 615/20, Legalis No. 2587111.

<sup>15</sup> Judgment of the Court of Appeal in Białystok of 29.12.2020, I ACa 646/20, Legalis No. 2554629.

was in contrast with fundamental ethical values and, as a consequence, led to conversion of moral harm into money.<sup>16</sup> Moreover, it was emphasised that monetary compensation was a manifestation of social degeneration.<sup>17</sup>

In the provision of Art. 446(4) CC, the legislator uses the term “adequate amount.” In the same way, the legislator refers to a number of indeterminate criteria, whose application involves value judgments and is set in the circumstances of a specific case. Each and every situation should be approached individually, considering all circumstances. For this reason alone, determination of the amount awarded as compensation is substantively reserved to courts. Also the Greek legislator uses a vague expression (Art. 932).

In their practice, courts have made many attempts to develop principles for the determination of the compensation amount. In the first place, assessment of the circumstances of the case should be based on objective criteria, and not only on the subjective impressions of the indirect victim. Among the circumstances affecting the assessment of anguish suffered by an indirectly injured person, judicial practice points to the dramatic experiences of the close person, a sense of desolation, moral suffering and mental shock caused by the death of a closest relative, the type and intensity of the bond between the indirect victim and the deceased, support of other close persons, age of the party entitled to compensation, the indirect victim’s gradable capacity to adapt to the new reality and his/her ability to accept such reality, treatment of the trauma suffered, taking pharmaceuticals, and the age of the deceased and of the indirect victim.<sup>18</sup> Not without significance is the abrupt and unexpected breaking of the bond and the impact of the harm suffered on the physical condition of the close person, as well as the role the deceased had within the family.<sup>19</sup> On the other hand, the scope of redressing the harm should not be affected by the financial condition of the perpetrator of damage.<sup>20</sup> The factors that should be taken into account when determining the compensation amount are in close relation to the relationship between the entitled party and the deceased. In case of death of a child, the factors may include: being deprived of the possibility to rejoice in the family established by the child, to see the child’s adulthood and the child’s growth, the prospects of contributing to the parents’ life situation, or loss of the assistance provided by the child in the household.<sup>21</sup> It is argued in literature of the subject that

---

<sup>16</sup> DYKA, I. *Zasady przyznawania i ustalania wysokości zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2001, z. 3, p. 592.

<sup>17</sup> WAWIŁOWA, M. *Zadośćuczynienie za krzywdę moralną w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 1954, z. 6, p. 1017.

<sup>18</sup> Judgment of the Court of Appeal in Białystok of 29.12.2020, I ACa 646/20, Legalis No. 2554629; judgment of the Supreme Court of 20.12.2012, IV CSK 192/12, Legalis No. 607831; judgment of the Supreme Court of 30.01.2014, III CSK 69/13, Legalis No. 1092613.

<sup>19</sup> Judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 28.11.2019, VI ACa 514/18, Legalis No. 2283461.

<sup>20</sup> Judgment of the Supreme Court of 7.10.1998, I CKN 418/98, Legalis No. 336047.

<sup>21</sup> DASZEWSKI, A. *Zadośćuczynienie za krzywdę w konsekwencji szkody na osobie – analiza polskiego rynku* [in:] *Szkody osobowe kompensowane z ubezpieczenia komunikacyjnego OC. Analiza rynku*, ed. I. Kwiecień, Warszawa 2011, p. 200.



a circumstance to be taken into account in the process of determining the compensation amount are the existing prices.<sup>22</sup>

Additionally, academic authors have reported a phenomenon of awarding to injured persons higher amounts in a situation when the damages are to be paid by an insurance company.<sup>23</sup> With a view to preventing such practices, civil liability insurance contracts concluded in foreign jurisdictions often contain clauses according to which the insured person should refrain from disclosing the fact that he/she is afforded insurance coverage by an insurer.<sup>24</sup>

Without losing sight of the above remarks, it must be admitted that an analysis of Polish judicial practice leads to the conclusion that the views on the amounts awarded as compensation for moral harm are inconsistent. Although courts specify the criteria which they follow when awarding the compensation, it is very difficult to unify such criteria or determine to what extent each of them translates into the awarded amounts. On the other hand, different opinions also appear in academic literature according to which the amounts awarded as compensation fulfil the compensatory function.<sup>25</sup>

## 2. THE PRINCIPLE OF INDIVIDUALISING COMPENSATION

The fundamental principle of the right of access to courts covers also the precept to individualise every case. Therefore, readily made patterns or mechanical reproduction of resolutions made against the background of similar facts are evaluated negatively.

As the courts realise the difficulties relating to the determination of the amount of suffering and the fallibility of the adopted criteria, it has been concluded in the case law of the Supreme Court that – when awarding to the injured person an amount of adequate compensation – the court should take into account cases of other injured persons, including description of the factual situation and the ensuing amount of harm, as well as the amount of compensation awarded to such other injured persons.<sup>26</sup> In the opinion of the Supreme Court, harms of similar amount should be compensated with comparable amounts, that is damages of similar value. In this way, the postulate of justice is realised. Uniformity of court decisions is conducive to legal certainty, a sense of justice and equality before the law.<sup>27</sup>

In the judgment of 16 April 2015,<sup>28</sup> the Supreme Court noted that – considering the individual nature of harm – following, in the determination of compensation, the

---

<sup>22</sup> MATYS, J. *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010, p. 285.

<sup>23</sup> The theory of distributive justice attaches much attention to the economic relation between the party incurring tortious liability and the injured person. For more, see: WILEJCZYK, M. *Teorie prawa deliktów*, Warszawa 2021, p. 291.

<sup>24</sup> KRAJEWSKI, M. *Umowa ubezpieczenia. Art. 805 – 834 KC. Komentarz*, Warszawa 2016, p. 478.

<sup>25</sup> HYLA, A. *Istota zadośćuczynienia oraz czynniki wpływające na jego wysokość*, „*Studia Prawnicze*” 2020, nr 2 (222), p. 115.

<sup>26</sup> Judgment of the Supreme Court of 1.09.1967, II PR 318/67, Legalis No. 13189; judgment of the Court of Appeal in Cracow of 8.12.1992, I ACr 429/92, Legalis No. 33050.

<sup>27</sup> Judgment of the Supreme Court of 26.11.2009, III CSK 62/09, Legalis No. 254069.

<sup>28</sup> Judgment of the Supreme Court of 16.04.2015, I CSK 434/14, Legalis No. 1260024.

amounts awarded on the same account in other cases is, indeed, of limited relevance, however it is not entirely meaningless. In other words, it is admissible to take into account, when delivering the judgment, amounts awarded in other cases, as long as this is not opposed by the principle of individual treatment of the circumstances determining the amount of harm sustained by the injured person and allows to account for the specificity of the particular case.<sup>29</sup> Similar opinion was expressed by the Constitutional Tribunal in the judgment of 1 March 2011, in which the Tribunal emphasised the significance of the principle of individualizing compensation and the instruments held by courts allowing to implement that principle.<sup>30</sup> The Constitutional Tribunal opposed an introduction of a rigid quota-based limitation of liability also on account of the principle of equality, manifest in identical determination of the compensation amounts awarded for the same types of violations.

Most definitely, however that instrument should not be overused.<sup>31</sup> Additionally, academic literature points to practical problems in the implementation of the postulate of justice,<sup>32</sup> related to unavailability of court files.

### 3. METHODS OF DETERMINING COMPENSATION AND ITS STANDARDISATION

As regards the methods of determining the amount of compensation, in academic literature, values have been proposed which are essential to the assessment and estimation of the amount of compensation for death of a close person.<sup>33</sup> Such figures include an implied value following from judicial practice, an implied value inferred from the legislator's (State Treasury) decisions and value of a statistical life measured using the criteria of the willingness to pay and acceptance of risk. In the analysis of compensation awarded to parents in consequence of death of a child, one cannot disregard the costs necessary to support the child. However, these are much less valuable to the parents than closeness of the child. In other words, an element of the relation of closeness – apart from everyday assistance, provision of safety, time spent together – is the support of the child.<sup>34</sup> Therefore, the amounts determined on

---

<sup>29</sup> Judgments of the Supreme Court of 30.01.2004, I CK 131/03, Legalis No. 66874 and of 26.11.2009, III CSK 62/09, Legalis No. 254069.

<sup>30</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of 1.03.2011, P 21/09, Legalis No. 290177

<sup>31</sup> Judgment of the Supreme Court of 29.05.2008, II CSK 78/08, Legalis No. 133158. See also: STRUS, Z. *Uwagi o ustalaniu wysokości zadośćuczynienia*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2012, nr 2, p. 27 (special edition).

<sup>32</sup> KORDASIEWICZ, B. *Jednostka wobec środków masowego przekazu*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, p. 186, 191, 193; SZPUNAR, A. *Glosa do wyroku SN z dnia 15 września 1999, III CKN 339/98*, OSP 2000, z. 4, p. 222; DYKA, I. *Zasady przyznawania i ustalania wysokości zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2001, z. 3, p. 616 i 617.

<sup>33</sup> KWIECIEŃ, I. *Ekonomiczna analiza dochodzenia roszczeń o zadośćuczynienie za szkody na osobie z ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 2015, p. 183 et seq.

<sup>34</sup> The cost of raising a child in a single-child family, in 2011, was approximately 254000 PLN until the age of 18, and approximately 324000 PLN until the age of 23. For more, see: KWIECIEŃ, I. *Ekonomiczna analiza dochodzenia roszczeń o zadośćuczynienie za szkody na osobie z ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 2015, p. 190.

the basis of upbringing costs may constitute a minimum value of the relationship between a parent and a child.<sup>35</sup>

In combination with the principle of individualising compensation, one can apply the measure of detriment expressed in percentage points, compensation tariffs (normative tables), maximum compensation amounts. However, the Supreme Court pointed to an auxiliary nature of the percentage measure of health impairment in case of an action for compensation of harm and the dissimilar nature of compensation in social security law (lump sum) and in civil law (individualized amount).<sup>36</sup>

An interesting solution in this context could be compensation tables, which have been adopted in many European countries. Most often, they do not have an absolute but only auxiliary nature, bearing in mind the principle of individual treatment of every situation.<sup>37</sup> Such tariffs have been introduced, for example, in Belgium, Italy, Spain, Portugal and in the United Kingdom.<sup>38</sup> Their undisputed advantage is the implementation of the postulate of equality before the law and improvement of the system of asserting claims by injured persons.

Although in the German legal system no tariffs have been introduced which would impose objective limits on compensation of the sustained damage or harm, academic authors and judges made an effort to develop so called “compensation rate tables.” These are publications containing court rulings and compensation amounts for particular types of harms. They do not have a normative status but make a point of reference and guidelines for legal practice, and are addressed in particular to adjudicating courts.<sup>39</sup>

On the other hand, in France, in a situation when a given party seeks damages in circumstances which are inadequate to the formulation of a monetary claim, courts may allow the claim in part and award compensation even in the amount of one euro.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> KWIECIEŃ, I. *Ekonomiczna analiza dochodzenia roszczeń o zadośćuczynienie za szkody na osobie z ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 2015, p. 193.

<sup>36</sup> Judgments of the Supreme Court of 5.10.2005, I PK 47/05, Legalis No. 73331 and of 6.05.2008, I PK 276/07, Legalis No. 170261.

<sup>37</sup> BAGIŃSKA, E. *Kompensacja krzywdy osób najbliższych w razie poniesienia przez poszkodowanego ciężkiego uszczerbku na zdrowiu – przegląd rozwiązań europejskich* [in:] *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, ed. M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott - Pietrzyk, M. Szpunar, Warszawa 2017, p. 640-641.

<sup>38</sup> BAGIŃSKA, E. *Kompensacja krzywdy osób najbliższych w razie poniesienia przez poszkodowanego ciężkiego uszczerbku na zdrowiu – przegląd rozwiązań europejskich* [in:] *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, ed. M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott - Pietrzyk, M. Szpunar, Warszawa 2017, p. 640-641.

<sup>39</sup> GOŁĄBEK, M. *Zadośćuczynienie za uszkodzenie ciała i rozstrój zdrowia na przykładzie polskiego i niemieckiego systemu prawnego – analiza porównawcza* [in:] *Dostosowanie prawa do wyzwań technologicznych, ekonomicznych i społecznych XX wieku*, ed. D. Chaba, A. Szyszka, Kielce 2019, p. 67.

<sup>40</sup> GRZESZUK, T., JANISZEWSKA, B. *Powrót do przyszłości. Refleksje o ochronię dóbr osobistych* [in:] *Ius et Ratio. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Elżbiecie Skowrońskiej-Bocian*, ed. W. Borysiak, J. Wierciński, A. Gołaszewska M. Olechowski, Warszawa 2022, p. 113.

The Czech Civil Code, until 2014, provided, in § 444, for specific amounts of money. Specifically, to a spouse, the amount of 240 000 CZK, to each child – 240 000 CZK, to each parent – 240 000 CZK, to a parent on account of death of an unborn child– 85 000 CZK, to siblings – 175 000 CZK and to a close person living together with the deceased at the time of the event – 240 000 CZK. Currently, in § 2959 claims have been made available, on account of death or grievous health impairment, to a spouse, parent, child or another person in a close relationship with the deceased. Moreover, the Czech Supreme Court, in cooperation with appropriate environments (organisations, lawyers), developed a document offering guidelines for the calculation of compensation in the event of personal injury. This system is based on the valuation of elements of health impairment, a point system and the impact of the impairment on the injured person’s life situation (compensation tariff).<sup>41</sup>

#### 4. NEW TECHNOLOGIES AND THE COMPENSATION AMOUNT

In search of a definition of artificial intelligence, it is worth drawing attention to the Communication of the European Commission, Artificial Intelligence for Europe<sup>42</sup> which specifies that the term artificial intelligence (AI) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals. It was highlighted that such systems can operate either exclusively in digital form or be embedded in hardware devices. In the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive),<sup>43</sup> artificial intelligence (“AI”) was defined as a set of enabling technologies which can contribute to a wide array of benefits across the

---

<sup>41</sup> For more, see: BAGIŃSKA, E. *Rekodyfikacja prawa odpowiedzialności cywilnej w Czechach i na Węgrzech – rewolucja czy ewolucja?* [in:] *O dobre prawo dla ubezpieczeń. Księga jubileuszowa Profesora Eugeniusza Kowalewskiego*, ed. E. Bagińska, W. W. Mogilski, M. Wałachowska, M. P. Ziemiak, 2019, p. 337 et seq.; *Methodology on Compensation of Non – proprietary Personal Injury (Pain and Aggravated Social Position in accordance with Section 2958 of Civil Code)*, Supreme Court of the Czech Republic, [https://www.nsoud.cz/judikatura/ns\\_web.nsf/f069f297c2422c1bc12576ac0045940f8cbf788c1a0005c7c12586a40044cf8c?OpenDocument](https://www.nsoud.cz/judikatura/ns_web.nsf/f069f297c2422c1bc12576ac0045940f8cbf788c1a0005c7c12586a40044cf8c?OpenDocument); last accessed: 28 April 2023. Under Art. 711 of the Japanese Civil Code, compensation for death was provided to the father, mother, spouse and children of the injured person, even if they suffered no material harm.

<sup>42</sup> European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25 April 2018, COM(2018) 237 final. In the Proposal for a Regulation of the European Commission and the European Parliament of 21 April 2021 laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain pieces of EU legislation, it was pointed out that the definition of artificial intelligence should remain technologically neutral and account for a possibility of rapid technological changes, which might render obsolete any inadequately adopted definitions of the discussed term.

<sup>43</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive), COM/2022/496 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>

entire spectrum of the economy and society. It has a large potential for technological progress and allows new business models in many sectors of the digital economy.

The National School of Judiciary and Public Prosecution, as a part of a research project, has developed and placed on its website a tool allowing to perform a simulation of calculating a compensation for harm caused by death of a closest relative (Art. 446 § 4 CC).<sup>44</sup> The criteria that influence the amount of compensation are: the age of the plaintiff and the deceased, sex of the plaintiff, nature of the relationship between the two, years of marriage, cohabitation, the year of bringing the action and the year of delivering the judgment, closeness of the relationship, and special circumstances. In addition, the calculator takes into account a degree of contribution in matters for compensation for harm caused by death of a closest relative. However, it must be noted that – as stipulated – it was not always possible to precisely determine, based on available materials, the values of all the criteria, e.g., age, the fact of living together with parents, or the nature of the relationship. Similarly, the year of bringing the action to court does not always have to tally with what the file reference suggests. As a result, the above-mentioned data involve a certain margin of error.

Going further, artificial intelligence is utilized in the system of justice. Although this technology is of more advisory and auxiliary nature and does not replace a human judge, it cannot be overlooked. The program VICTOR supports the work of the Supreme Court in Brazil. Its role is automatic analysis of documents, leading to preliminary examination of the case and preparation of submissions even before assigning the case to a judge.<sup>45</sup> Another program is the Predictite system introduced in France. Using that piece of software, it is possible to assess the chances of a given litigating party to win the case.<sup>46</sup> In other words, the program allows to assess the risk of unfavourable conclusion of the proceedings from the point of view of a litigant. The access to the software is granted to a user subject to subscription fee. However, the possibility to use the discussed system was precluded for the purpose of drawing up analyses based on the adjudicating practice of particular judges (their practice and established line of cases), and violation of this prohibition is subject to criminal sanction.

New technologies are in widespread use in the insurance industry. Data provided by insurers are used in developing the offer of new products, which can be exemplified by the determination of premium based on an analysis of a driver's driving style. Moreover, development of new technologies allows to extend insurance to so far unprofitable or untypical risks. Within this category, one can mention insurance on "hourly-basis."

---

<sup>44</sup> <https://mobile.kSSIP.gov.pl/node/9003> (last accessed: 1 June 2023).

<sup>45</sup> DYMITRUK, M. *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości?* [in:] *Prawo sztucznej inteligencji*, ed. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, p. 282.

<sup>46</sup> DYMITRUK, M. *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości?* [in:] *Prawo sztucznej inteligencji*, ed. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, p. 282.

## CONCLUSION

On the one hand, compensation should make up for the harm sustained by alleviating the mental suffering caused by death or health impairment of the injured person's closest relative and help the injured person adapt to the changing reality. On the other hand, however, the model of compensating for damage should be efficient from the economic perspective. Legal solutions should resolve three questions. The first question is: What type of damages should be compensated (objective aspect)? The second: By what means should this be achieved (structural aspect)? Finally, the third: What should be the scope of liability (subjective aspect)? Tortious liability cannot be analysed or assessed in isolation from the purpose and means the law should pursue.<sup>47</sup> In this area, new technologies may come to the rescue. Utilisation of the tools offered by new technologies is conducive to the implementation of the principle of equality. This is the case as the factors taken into consideration are of objective, and not random nature. In other words, in this way disparity between the amounts awarded as compensation is limited.

However, those instruments are still auxiliary in nature. In the proceedings for the award of compensation, the evidence not without significance is hearing of the party – the injured plaintiff, whose interrogation allows to grasp the amount of the sustained suffering, or evidence in the form of opinion of a forensic expert. At the same time, without access to court files of specific cases, it is difficult to draw up compensation tables or universal patterns on their basis. In this context, new technologies may be a certain point of reference for the determination of the amount of compensation.

New technologies offer support not only with regard to determining the amount of compensation but also as to whether compensation is due to the person asserting the claim.

One should not lose sight of the fact that the cause of such *status quo*, i.e. disparities in the amounts awarded as compensation, is its immeasurable nature. Therefore, priority should be given to actions intended to revise compensation, and not to embed it within a rigid, normative frame.

## REFERENCES

1. BAGIŃSKA, E. *Kompensacja krzywdy osób najbliższych w razie poniesienia przez poszkodowanego ciężkiego uszczerbku na zdrowiu – przegląd rozwiązań europejskich* [in:] *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, ed. M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott - Pietrzyk, M. Szpunar, Warszawa 2017.
2. BAGIŃSKA, E. *Modele regulacji zadośćuczynienia za śmierć osoby bliskiej w wybranych krajach europejskich* [in:] *Zadośćuczynienie po nowelizacji art. 446*

---

<sup>47</sup> So, rightly: BARANOWSKA, N. *Ekonomiczna analiza odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Acta Erasiana III. Prace prawnicze”, ed. M. Sadowski, P. Szymaniec, Wrocław 2012, p. 43.

- Kodeks cywilnego na tle doświadczeń europejskich*, ed. Z. Strus, K. Ortyński, J. Pokrzywniak, Warszawa 2010.
3. BAGIŃSKA, E. *O granicach kompensacji szkody niemajątkowej w przyszłym kodeksie cywilnym (uwagi na tle prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego)*, „Państwo i Prawo” 2021, nr 3.
  4. BAGIŃSKA, E. *Rekodyfikacja prawa odpowiedzialności cywilnej w Czechach i na Węgrzech – rewolucja czy ewolucja?* [in:] *O dobre prawo dla ubezpieczeń. Księga jubileuszowa Profesora Eugeniusza Kowalewskiego*, ed. E. Bagińska, W. W. Mogilski, M. Wałachowska, M. P. Ziemiak, 2019.
  5. BARANOWSKA, N. *Ekonomiczna analiza odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Acta Erasmiiana III. Prace prawnicze”, ed. M. Sadowski, P. Szymaniec, Wrocław 2012.
  6. DASZEWSKI, A. *Zadośćuczynienie za krzywdę w konsekwencji szkody na osobie – analiza polskiego rynku* [in:] *Szkody osobowe kompensowane z ubezpieczenia komunikacyjnego OC. Analiza rynku*, ed. I. Kwiecień, Warszawa 2011.
  7. DYKA, I. *Zasady przyznawania i ustalania wysokości zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2001, z. 3.
  8. DYMITRUK, M. *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości?* [in:] *Prawo sztucznej inteligencji*, ed. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020.
  9. GOŁĄBEK, M. *Zadośćuczynienie za uszkodzenie ciała i rozstrój zdrowia na przykładzie polskiego i niemieckiego systemu prawnego – analiza porównawcza* [in:] *Dostosowanie prawa do wyzwań technologicznych, ekonomicznych i społecznych XX wieku*, ed. D. Chaba, A. Szyszka, Kielce 2019.
  10. GRAZIANO, K. T. *Comparative Tort Law. Cases, Materials, and Exercises*, 2018.
  11. GRZESZUK, T., JANISZEWSKA, B. *Powrót do przyszłości. Refleksje o chronię dóbr osobistych* [in:] *Ius et Ratio. Księga jubileuszowa dedykowana profesor Elżbiecie Skowrońskiej-Bocian*, ed. W. Borysiak, J. Wierciński, A. Gołaszewska M. Olechowski, Warszawa 2022.
  12. HYLA, A. *Istota zadośćuczynienia oraz czynniki wpływające na jego wysokość*, „Studia Prawnicze” 2020, nr 2 (222).
  13. KORDASIEWICZ, B. *Jednostka wobec środków masowego przekazu*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991.
  14. SZPUNAR, A. *Glosa do wyroku SN z dnia 15 września 1999, III CKN 339/98*, OSP 2000, z. 4.
  15. KRAJEWSKI, M. *Umowa ubezpieczenia. Art. 805 – 834 KC. Komentarz*, Warszawa 2016.
  16. KWIECIEN, I. *Ekonomiczna analiza dochodzenia roszczeń o zadośćuczynienie za szkody na osobie z ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej*, Wrocław 2015.
  17. MATYS, J. *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010.
  18. STRUS, Z. *Uwagi o ustalaniu wysokości zadośćuczynienia*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2012, nr 2.

19. WAWIŁOWA, M. *Zadośćuczynienie za krzywdę moralną w prawie polskim*, „Państwo i Prawo” 1954, z. 6.
20. WILEJCZYK, M. *Teorie prawa deliktów*, Warszawa 2021.
21. Decision of the Supreme Court of 15.01.1937, II C 2097/36, LEX No. 358429.
22. Judgment of the Constitutional Tribunal of 1.03.2011, P 21/09, Legalis No. 290177.
23. Judgment of the Supreme Court of 24.11.1937, I C 2096/37, LEX No. 362577.
24. Judgment of the Supreme Court of 1.09.1967, II PR 318/67, Legalis No. 13189.
25. Judgment of the Supreme Court of 7.10.1998, I CKN 418/98, Legalis No. 336047.
26. Judgment of the Supreme Court of 30.01.2004, I CK 131/03, Legalis No. 66874
27. Judgment of the Supreme Court of 5.10.2005, I PK 47/05, Legalis No. 73331.
28. Judgment of the Supreme Court of 6.05.2008, I PK 276/07, Legalis No. 170261.
29. Judgment of the Supreme Court of 29.05.2008, II CSK 78/08, Legalis No. 133158.
30. Judgment of the Supreme Court of 26.11.2009, III CSK 62/09, Legalis No. 254069.
31. Judgment of the Supreme Court of 20.12.2012, IV CSK 192/12, Legalis No. 607831;
32. Judgment of the Supreme Court of 30.01.2014, III CSK 69/13, Legalis No. 1092613.
33. Judgment of the Supreme Court of 16.04.2015, I CSK 434/14, Legalis No. 1260024.
34. Judgment of the Supreme Court of 26.11.2019, IV CSK 386/18, Legalis No. 2294243.
35. Judgment of the Court of Appeal in Białystok of 29.12.2020, I ACa 646/20, Legalis No. 2554629.
36. Judgment of the Court of Appeal in Szczecin of 7.05.2021, I ACa 615/20, Legalis No. 2587111.
37. Judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 28.11.2019, VI ACa 514/18, Legalis No. 2283461.
38. Judgment of the Court of Appeal in Cracow of 8.12.1992, I ACr 429/92, Legalis No. 33050
39. Act of 23 April 1964 – Civil Code (consolidated text: Dz. U. 2014, poz. 121, as amended).
40. Bürgerliches Gesetzbuch (BGBI. I S. 42). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>
41. Burgerlijk Wetboek Boek 6. Available at: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/2023-07-01#Boek6>
42. Code civil (promulgué à Paris de l’Imprimerie de la République, an XII (1804) modifié). Dostęp: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=>



LEGITEXT000006070721

43. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25 April 2018, COM(2018) 237 final.
44. <https://mobile.kSSIP.gov.pl/node/9003> (last accessed: 1 June 2023).
45. *Methodology on Compensation of Non – proprietary Personal Injury (Pain and Aggravated Social Position in accordance with Section 2958 of Civil Code)*, Supreme Court of the Czech Republic, [https://www.nsoud.cz/judikatura/ns\\_web.nsf/f069f297c2422c1bc12576ac0045940f8cbf788c1a0005c7c12586a40044cf8c?OpenDocument](https://www.nsoud.cz/judikatura/ns_web.nsf/f069f297c2422c1bc12576ac0045940f8cbf788c1a0005c7c12586a40044cf8c?OpenDocument); last accessed: 28 April 2023.
46. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive), COM/2022/496 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>.
47. Regulation of the President of the Republic of Poland of 27 October 1933 – Code of Obligations (Dz.U. 1933 No. 82 poz. 598).

#### **CONTACT INFORMATION**

paleczna.aneta@gmail.com

University of Silesia, Faculty of Law and Administration

Bankowa 11B

40-007 Katowice

Poland

## **Legal status and the scope of representation of a company's liquidator<sup>2</sup>**

### *Abstract*

*Amidst the entry of a company into the liquidation procedure, the company commences a new phase of its existence, namely the liquidation phase, which is characteristic due to the modifications of the manner of the company's operation. However, throughout liquidation, the company shall retain its legal personality. Critical modifications in the liquidation procedure are liquidators' substitution of the management board and the scope of legal actions admissible for liquidators. This paper aims to define the legal status of liquidators and the scope of the company's representation in the liquidation procedure, including the liability of liquidators.*

*Key words: liquidation, liquidators, representation, liability.*

**JEL Classification:** K15, K20, K22, K33

## **INTRODUCTION**

The company's liquidation shall be opened on the date on which the court's ruling on the winding-up of the company becomes un-appealable or on the date on which shareholders adopt a resolution on the winding-up of the company, or there occurs another reason for the winding-up of the company. Amidst the entry of a company into the liquidation procedure, the company commences a new phase of its existence, namely the liquidation phase, which is characteristic due to the modifications of the manner of the company's operation. Entering into a new phase shall be made public because apart from entering the liquidation into the national registry court and its announcement, the company modifies its business name with the additional designation "in liquidation". However, throughout liquidation, the company shall retain its legal personality. The first significant modification is the substitution of the management board by liquidators, to which the provisions of the management board shall apply unless the provisions on liquidation provide otherwise. The modification also includes the possibility to appoint or remove the liquidators by the registry court. Compared to the management board, the second critical modification is the scope of

---

<sup>1</sup> Prof. dr hab. Piotr Pinior, Director of the Institute of Law at the Faculty of Law and Administration, Deputy Dean for Research, and Member of the Research Team of Economic and Commercial Law. Author of over a hundred publications in the field of civil law, commercial law, in particular, company law.

<sup>2</sup> This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under Contract no. APVV-19-0424.

legal actions admissible for liquidators, which is narrower and shall cover only liquidation actions. This paper aims to define the legal status of liquidators and the scope of the company's representation in the liquidation procedure, including the liability of liquidators. The analysis shall cover the provisions of a private limited company under the Polish Commercial Companies Code<sup>3</sup>. However, the rules are similar in a joint-stock company, and they shall apply accordingly to a simple joint-stock company.

## 1. RULES APPLIED TO LIQUIDATORS – CREDIT LINE

Under Polish law, a liquidator may only be a natural person having full legal capacity, not sentenced validly for the offenses specified in Art. 18 § 2 CCC<sup>4</sup>. The liquidators take over the competencies of the management board of a company in liquidation unless the provisions on liquidation provide otherwise. Liquidators are therefore entitled to run the company's affairs and represent the company; however, the provisions of Art. 282 and 283 CCC introduce modifications in this respect (*see below*).

With regard to liquidators, the same rules apply as to members of the company's management board, so the liquidator may perform his function based on appointment by shareholders' resolution or *ex lege* by the existing members of the company's management board as a result of opening liquidation, where in this case an organizational relationship between the liquidator and the company shall be constituted. Thus the liquidators may perform their function based exclusively on the appointment without the need to conclude an additional contract or a separate contract (labour contract, service contract) between the company and the liquidator shall specify the terms of liquidators' activities in the company<sup>5</sup>. As emphasized by the Supreme Court in the judgment of 27 January 2016 (I UK 40/15), directing the liquidator's activities to the termination of the company's existence does not preclude his obligation to manage the current activities of the company in liquidation, so there are no obstacles to concluding an employment contract with the company's liquidator by an authorized organ.

The provisions on a term of office and its expiration shall apply to liquidators<sup>6</sup>. In the private limited company, unless the articles of association provide otherwise, the term of office of a liquidator shall expire no later than on the date of holding the general meeting approving the financial statements for the first full financial year.

---

<sup>3</sup> Act of 15 September 2000, the Official Journal of Laws, 2022.1467, as amended, abbreviated as CCC

<sup>4</sup> Articles 587 to 587<sup>2</sup>, Article 590 and Article 591 of the Commercial Companies Code, and Articles 228 to 231 and enumerated in chapters XXXIII-XXXVII of the Act of 6 June 1997 - Criminal Code (Official Journal of Laws, 2022.1138, as amended).

<sup>5</sup> KIDYBA, A. Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. I., Warszawa, Wolters Kluwer, 2017, p. 1353; SZAJKOWSKI, A., TARSKA, M. (in:) SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMANSKI, A., SZWAJA, J., Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II., Warszawa, C.H. Beck, 2005, p. 876; BIELECKI, M., Relacje pomiędzy spółką z o.o. a jej likwidatorem, Prawo Spółek, 2007, No. 9, p. 2.

<sup>6</sup> NOWACKI, A., Kodeks spółek handlowych. Vol. II. Warszawa, C.H. Beck, 2021, p. 1297.

However, if a liquidator is appointed for a term of office longer than one year, it shall expire on the date of holding the shareholders' meeting approving the financial statements for the last full financial year. Notwithstanding, some representatives of the doctrine claim the provisions on the term of office shall not apply to liquidators because the liquidators are appointed for an undetermined period (the duration of their function) unless the articles of association provide otherwise<sup>7</sup>, or the liquidators' appointment is effective throughout the liquidation procedure<sup>8</sup>. This point of view is not convincing, as the provisions on liquidation do not modify the liquidator's terms of office. Anyhow, the rules on the term of office shall not apply to liquidators appointed by the registry court, as they may be removed exclusively by the court (*see below*).

## **2. LEGAL CHARACTER OF THE LIQUIDATORS**

### **2.1. Modifications on the liquidators appointment**

The distinction between liquidators and the management board lies in the manner of their appointment. As a rule, liquidators shall be members of the last management board unless the articles of association or shareholders' resolution provide otherwise (Art. 276 § 1 CCC). Thus liquidators may be appointed by shareholders' resolution with an absolute majority of votes. Furthermore, the registry court may also appoint liquidators. Where the registry court orders the winding-up of the company, the court simultaneously appoints liquidators (Art. 276 § 3 CCC). The court which appointed liquidators shall also set the amount of their remuneration.

Additionally, at the request of persons having a legal interest, the court may, due to important reasons, remove the liquidators and appoint others to replace them (art. 276 § 4 CCC). Persons with a legal interest in appointing liquidators include, in particular, a shareholder, a shareholder's heir, a company creditor, a shareholder's creditor, and a shareholder's receiver in bankruptcy<sup>9</sup>. Important reasons justifying the appointment of liquidators by the registry court may indicate failure to achieve the liquidation objectives, acting to the detriment of the company, acting to the detriment of shareholders or creditors, and inability to perform the function of the

---

<sup>7</sup> DUMKIEWICZ, M., KIDYBA, A., Komentarz aktualizowany do art. 1- 300 Kodeksu spółek handlowych. Wolters Kluwer, 2023, Lex/el, Comm. on Art. 280; RODZYNKIEWICZ, M. (in:) Kodeks spółek handlowych. Vol. IIB. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2018, p. 1020.

<sup>8</sup> WITOSZ, A.J. (in:) Kodeks spółek handlowych. Vol. II. A. Kidyba (ed.), Warszawa, Wolters Kluwer, 2018, p. 849.

<sup>9</sup> KIDYBA, A. Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. I., Warszawa, Wolters Kluwer, 2017, p. 1357; SZAJKOWSKI, A., TARSKA, M. (in:) SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMAŃSKI, A., SZWAJA, J., Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II., Warszawa, C.H. Beck, 2005, p. 875; KOPACZYŃSKA-PIECZNIAK, K., Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. Kidyba (ed.), Warszawa, Wolters Kluwer, 2007, p. 76; STRZĘPKA, J.A., ZIELIŃSKA, E. (in:) Kodeks spółek handlowych. Komentarz, J. A. Strzępka (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2015, p. 662; RODZYNKIEWICZ, M. (in:) Kodeks spółek handlowych. Vol. IIB. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2018, p. 1005.

current liquidator<sup>10</sup>. The Supreme Court, in its judgment of 23 September 2010 (III CZP 54/10), stated that the registry court may, under Art. 276 § 4 CCC, appoint a liquidator even if it had not been preceded by removing a previous one.

Unless the articles of association provide otherwise, liquidators may be removed by a resolution of shareholders. However, liquidators appointed by the registry court may be removed exclusively by the court. In this way, a liquidator appointed by the court has an independent position compared to a liquidator appointed by a shareholder. This diversification of the liquidators' position in terms of dismissal is justified by the fact that the liquidator appointed by the court watches over the correctness of the liquidation and is a kind of "guarantor" of the proper liquidation procedure; otherwise, the independence of the judicial liquidator would be only illusory.

Apart from the exclusive competence to remove such liquidators by a court, liquidators appointed by the court shall be obliged to adhere solely to unanimous resolutions adopted by shareholders or persons who caused their appointment. In contrast, in internal relationships with the company, the liquidators appointed by the shareholders shall be generally obliged to act following the shareholders' resolutions.

## 2.2. Legal character of the liquidators

The doctrine partly highlights the opinion that a liquidator is not an organ of a legal person but a statutory representative<sup>11</sup>. However, this view shall confront the opinions considering the liquidator as an organ due to the competence to act on behalf of the legal person<sup>12</sup> or a person playing the role of an organ<sup>13</sup>.

Similarly, the judiciary expresses different opinions on the legal status of the company's liquidator. In this respect, the Court of Appeal in Łódź, in the judgment of 27 February 2014 (III AUa 925/13), stated that the provision of Art. 280 CCC governed the legal status of a liquidator, allowing to use the provisions on the

---

<sup>10</sup> SZAJKOWSKI, A., TARSKA, M. (in:) SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMAŃSKI, A., SZWAJA, J., Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II., Warszawa, C.H. Beck, 2005, p. 875.

<sup>11</sup> KIDYBA, A. Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. I., Warszawa, Wolters Kluwer, 2017, p. 1351; SZAJKOWSKI, A., TARSKA, M. (in:) SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMAŃSKI, A., SZWAJA, J., Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II., Warszawa, C.H. Beck, 2005, p. 872; KOPACZYŃSKA-PIECZNIAK, K., Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. Kidyba (ed.), Warszawa, Wolters Kluwer, 2007, p. 76; DUMKIEWICZ, M. Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa, Wolters Kluwer, 2020, Lex/el. Comm. on Art. 280; WITOSZ, A.J. (in:) Kodeks spółek handlowych. Vol. II. A. Kidyba (ed.), Warszawa, Wolters Kluwer, 2018, p. 845; TERC, A., (in:) Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Z. Jara (ed.), Warszawa, C. H. Beck, 2023, Legalis, Comm. on Art. 280.

<sup>12</sup> RODZYŃKIEWICZ, M. (in:) Kodeks spółek handlowych. Vol. II. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2018, p. 1019; BIELECKI, M., Relacje pomiędzy spółką z o.o. a jej likwidatorem, Prawo Spółek, 2007, No. 9, p. 2; NAWORSKI, J.P. (in:) Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Vol. 2. T. Siemiątkowski, R. Potrzyszcz, (ed.), Warszawa, LexisNexis, 2011, p. 624.

<sup>13</sup> POPIOLEK, W. (in:) Kodeks spółek handlowych. Komentarz, J. A. Strzępka (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2015, p. 1158; FRĄCKOWIAK, J. (in:) Kodeks spółek handlowych. Komentarz, W. Pyziol (ed.), Warszawa, LexisNexis, 2008, p. 981.

management board subsidiary unless the provisions on the liquidation provided otherwise. As a result, in the Court's opinion, the liquidator is not an organ of the company but a statutory representative managing the company with the aim of the company's liquidation. By analogy, in the judgment of 20 October 2011 (IV KK 129/11), the Supreme Court declared that the appointment of the court liquidator in the liquidation procedure did not result in obtaining the legal status of the company's organ but a statutory representative with the competencies to undertake liquidation action.

On the contrary, in the judgment of 5 April 2017 (II CSK 378/16), the Supreme Court stated in justification of the ruling that a liquidator was an organ of a legal person. The Supreme Court underlined that the liquidator aimed to represent the company in liquidation and act in substitution to the management organ in liquidation actions. The Supreme Court expressed a similar opinion in the ruling of 16 November 2016 (I CZ 76/16).

Considering the issue of the legal status of the liquidator, there are no convincing arguments that the liquidator is not an organ. The mere fact of the different way of appointment, as regards the power of the registry court, and the modification of competencies does not change the results of the liquidators' action towards third parties with respect to the company. The company preserves its legal personality, so it means the legal person acts through its organs, and the consequences of the actions toward third parties should remain the same as in the case of the management board. Consequently, the view of treating the liquidators as the company's organ is more convincing.

The duty to act with due care and the duty of loyalty shall also apply to liquidators, but the liquidation's aim modifies the meaning of the loyalty's duty. Under Art. 209<sup>1</sup> CCC, while performing their duties, the management board members shall act with due care resulting from professional integrity and honour the duty of loyalty to the company. The obligation to honour the duty of loyalty shall be understood as the primacy of the company's interest over the particular interest of shareholders, members of boards, or any of the stakeholders<sup>14</sup> (Piniór, 2022: 15). However, in the liquidation procedure the duty of loyalty must be understood differently, as the interests of creditors or other persons having legal interest shall be protected with more intensity, in particular by the liquidators appointed by the registry court. Some doctrine representatives claim that primarily, the interest of creditors shall be honoured, then the shareholders', and finally, the company's interest<sup>15</sup>. Nevertheless, the obligation to act with due care resulting from professional integrity and honour the duty of loyalty to the company shall apply to liquidators. The obligation to act in the company's best interest does not mean the primacy of the company's interest. However, it means acting in the company's interest to enable the proper performance of the liquidation actions and the best satisfaction of creditors and other persons with legal interest. In other words, acting

---

<sup>14</sup> PINIÓR, P., Duty of loyalty and due care of the board member under Polish law, *Review of European and Comparative Law*, Vol. 51, 2022, No. 4, p. 15.

<sup>15</sup> KOPACZYŃSKA-PIECZNIAK, K., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, A. Kidyba (ed.), Warszawa, Wolters Kluwer, 2007, p. 73.

in the company's interest in the liquidation procedure does not exclude the protection of the interests of other stakeholders.

### 3. SCOPE OF THE LIQUIDATORS' POWER OF REPRESENTATION

Provisions on the liquidation of a limited liability company do not indicate the manner of representation, i.e., whether the liquidators have the right to act individually (individual representation) or whether two or more liquidators must act jointly (joint representation). Under Art. 276 § 1<sup>1</sup> CCC, the manner of representing a company during the liquidation period shall be specified in the articles of association, a shareholders' resolution, or a court decision. In each case, the court may change the manner of representation of the company during the liquidation period. Furthermore, there might be a difference in the manner of representation between the liquidators appointed by the shareholders and the liquidators appointed by the court. Namely, the liquidators appointed by the shareholders may be authorized to act solely jointly, while those appointed by the registry court may be authorized to act individually.

Primarily, the competencies of the liquidators are limited, as the liquidators shall have the right to conduct the company's affairs and represent the company solely within the scope of their powers outlined in Art. 282 § 1 CCC, which are called liquidation actions. Due to the said provision, liquidators shall close the company's current business, collect receivables, fulfil obligations, and liquidate the company's assets. A new business may be undertaken exclusively when this is necessary in order to close the current business. Simultaneously, the provisions of the Code guarantee protection for a third party in good faith. Actions undertaken by liquidators shall be deemed liquidation actions in relation to third parties acting in good faith (Art. 283 § 3 CCC). This presumption is crucial because the scope of representing a company in liquidation is narrower than the right of management board members<sup>16</sup>, as the liquidators have the right to represent the company in liquidation activities consistent with the purpose of the company in liquidation. Therefore, if the liquidator performs a specific action on behalf of the company, contrary to the purpose of liquidation, and the other party to this action is not aware that this action is not a liquidation action within the meaning of Art. 282 § 1 CCC, this action is treated as a liquidation action against that third party and produces the legal effect<sup>17</sup>. In other words, the legal action with a third party in good faith is valid even though the action infringes on the liquidation actions. The good faith of a third party means that this person did not know and, with due care, could not have known that an action undertaken on behalf of the company by a liquidator was not a liquidation action<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Under Art. 204 § 1 CCC, the right of the members of the management board shall cover all court and out-of-court actions of the company.

<sup>17</sup> KIDYBA, A. Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. I., Warszawa, Wolters Kluwer, 2017, p. 1375; SZAJKOWSKI, A., TARSKA, M. (in:) SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMANSKI, A., SZWAJA, J., Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II., Warszawa, C.H. Beck, 2005, p. 895; RODZYŃKIEWICZ, M. (in:) Kodeks spółek handlowych. Vol. II. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2018, p. 1037.

<sup>18</sup> NOWACKI, A., Kodeks spółek handlowych. Vol. II. Warszawa, C.H. Beck, 2021, p. 1363.

Demonstrating that a given action is not a liquidation action and demonstrating bad faith of a third party burdens the company. Bad faith occurs when a third party knows or could easily have discovered that a given activity is not a liquidation activity and is contrary to the company's purpose in liquidation<sup>19</sup>.

The most controversial issue is the undertaking of new businesses in liquidation, as newly concluded contracts should serve the liquidation purpose. Exemplary, the conclusion of the loan contract usually shall not be allowed during liquidation, particularly as a long-term loan contract. However, if the loan is short-term, aiming to satisfy the creditor's receivable due to the lack of fluid assets, such a loan shall be admissible as a liquidation action. The representatives of the literature indicate that such contracts as loan, credit, surety, and donation contravene the liquidation actions<sup>20</sup>. Similarly, purchasing new assets is not a liquidation action. The company may undertake new businesses solely to close current businesses, which does not exclude new contracts aiming at other liquidation actions, mainly collecting receivables, fulfilling obligations, and liquidating the company's assets. Exemplary, the new contract for legal services to collect receivables shall be allowed. Thus by analogy purchasing new assets by the company in liquidation shall not be admissible unless these assets aim to close current businesses<sup>21</sup>.

The same refers to new administrative proceedings. The Voivodship Administrative Court in Warsaw, in the judgment of 20 July 2020 (I SA/Wa 559/20), stated the liquidator may not initiate on behalf of the company administrative proceedings not aimed at settling the affairs of the company, which were still pending on the date of its liquidation. In other words, the liquidator is not authorized (unlike the board) to initiate new cases.

However, the problem occurs if the company's enterprise continues its operations because the liquidation may last for a long time, depending on the enterprise's dimension and the complexity of legal relations. For example, it will be acceptable to complete production due to the stock of raw materials held, while concluding new contracts leading to the continuation of production will go beyond the scope of liquidation activities<sup>22</sup>. The same refers to labour contracts with new employees, as they are admissible only in the case where the substitution of the previous employee is unavoidable, however in such a case, the term of employment should be adapted to the liquidation procedure or the substitution of labour contracts by civil contracts, e.g., mandate contract should be regarded. Every action undertaken by the liquidators must be considered in aspects of liquidation actions because the liquidators may bear liability in the case of concluding new contracts infringing the scope of their

---

<sup>19</sup> KIDYBA, A. Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. I., Warszawa, Wolters Kluwer, 2017, p. 1375; SZAJKOWSKI, A., TARSKA, M. (in:) SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMAŃSKI, A., SZWAJA, J., Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II., Warszawa, C.H. Beck, 2005, p. 895.

<sup>20</sup> TRZEBIATOWSKI, M., Granice działań likwidacyjnych w spółce kapitałowej (na przykładzie umowy pożyczki dla likwidatora), Przegląd Prawa Handlowego, 2006, No. 7, p. 5.

<sup>21</sup> NOWACKI, A., Kodeks spółek handlowych. Vol. II. Warszawa, C.H. Beck, 2021, p. 1334.

<sup>22</sup> TRZEBIATOWSKI, M., Granice działań likwidacyjnych w spółce kapitałowej (na przykładzie umowy pożyczki dla likwidatora), Przegląd Prawa Handlowego, 2006, No. 7, p. 6.



competencies (*see below*). Insufficient shall be the justification that a liquidator's action (new business) is profitable for the company<sup>23</sup>.

No further restrictions on the scope of representation by liquidators are allowed. According to Art. 283 § 2 CCC, no restriction on the scope of the liquidators' powers shall have a legal effect on third parties. This means that any restrictions provided in the articles of association or shareholder's resolution, i.e., the so-called division of powers of liquidators, may only have an internal effect, and actions performed by liquidators going beyond the restrictions will be valid to third parties. Performing these activities may result in the liquidators' liability toward the company.

Another issue is the obligation to obtain shareholders' consent for liquidators' actions. In particular, under Art. 15 CCC, the execution by a company of such contracts as a loan, credit, surety, or a similar contract with a liquidator or for the benefit of a liquidator shall require the consent of the shareholders' meeting unless the law provides otherwise. As referred to in Art. 17 § 1 CCC, any contract concluded without the required resolution shall be null and void. In its judgment of 7 March 2017 (II CSK 349/16), the Supreme Court predicated that "a similar contract" means any contract in which there is a transfer of assets from the company to the persons quoted in Art. 15 CCC similarly as with the judgment of 7 February 2019 (II CSK 8/18). Nevertheless, in the contract between a company and the liquidator, the company shall be represented by the supervisory board or a proxy appointed by the shareholders' resolution.

The shareholders' resolution shall also be required to dispose of the company's immovable property without public auction. Under Art. 282 § 1 sentence 3 CCC, the real property may be disposed of through a public auction or unrestricted sale conducted only according to a relevant resolution of the shareholders at a price not lower than that set by shareholders. Without the shareholders' consent, unrestricted disposal of real property shall be null and void.

However, in the said circumstances, pursuant to Art. 17 § 2 CCC, the consent may be expressed before the company submits a statement or thereafter, no later than two months following the date of submission of the statement by the company. Confirmation expressed following the submission of the statement shall have retroactive force as of the date of performance of the legal act. The Supreme Court, in the judgment of 18 February 2016 (II CSK 241/15), stated that the protection of good faith of a third party, provided in Art. 283 § 3 CCC does not include meeting the additional requirements concerning the disposal of real estate by the liquidators.

In the doctrine, different opinions have been expressed as regards the requirement to obtain shareholders' consent for the disposal of an enterprise, which is a competence of the shareholders' meeting before entering into liquidation (Art. 228 point 3 CCC). On the one hand, the disposal of an enterprise is treated as liquidation action (liquidation of the company's assets); thus, no other authorization shall be

---

<sup>23</sup> NOWACKI, A., Kodeks spółek handlowych. Vol. II. Warszawa, C.H. Beck, 2021, p. 1344; RODZYNKIEWICZ, M. (in:) Kodeks spółek handlowych. Vol. II. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2018, p. 1030.

required for the disposal of an enterprise<sup>24</sup>. On the other hand, some of the representatives of the doctrine claim that the shareholders' consent shall not be required only if the disposal of an enterprise shall be made through a public auction, similarly to the disposal of real property<sup>25</sup>, or that the shareholders' consent for the disposal of an enterprise shall be required independently of the manner of its disposal<sup>26</sup>. More convincing seems to be the first view treating the disposal of an enterprise as the liquidation of assets, so the shareholders' resolution shall not be required. In particular, if the provisions on liquidation empower the liquidators to dispose of the company's assets and modify the manner of the disposal of real property solely, then it would be hard to claim that this limitation must also be referred to an enterprise, as the main object of liquidation procedure is the liquidation of company's assets. Of course, if real property constitutes part of an enterprise, the shareholders' consent to dispose of real property shall be required.

In the ruling of 17 March 2010 (II CSK 511/09), the Supreme Court adjudicated that the purpose of liquidation proceedings, and at the same time, the liquidators' duty - apart from closing the company's current businesses, collecting receivables and fulfilling obligations - was to liquidate the company's assets. For this reason, the company's liquidators make decisions regarding the liquidation of the company's assets and the method of its liquidation, and the restriction applies only to real property under Art. 281 § 1 sentence 3 CCC. The judgment allows to assume that the shareholders' resolution for the disposal of an enterprise is not required. Similarly, the Court of Appeal in Bydgoszcz of 17 December 2014 (I ACa 267/14) underlines that the shareholders' resolutions under Art. 228 CCC, is addressed to members of the company's management board and undertaken in the course of its ordinary business.

#### 4. LIABILITY OF LIQUIDATORS

Liquidators bear similar liability as the members of the management board. Pursuant to Art. 293 CCC, a liquidator shall be liable to the company for any damage inflicted through an action or omission contrary to the law or the provisions of the articles of association unless no fault is attributable to such a person. The company should indicate the action or omission of a liquidator, its illegality in the meaning of violation of law or violation of the company's articles of association, and the proximate cause between the action or omission and the damage. Considering the liquidators, the damage may result from the improper performance of liquidation actions, primarily through undertaking actions beyond the scope of liquidation

---

<sup>24</sup> NOWACKI, A., *Kodeks spółek handlowych. Vol. II.* Warszawa, C.H. Beck, 2021, p. 1344; RODZYŃKIEWICZ, M. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Vol. II. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2018, p. 1033; SZAJKOWSKI, A., TARSKA, M. (in:) SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMAŃSKI, A., SZWAJA, J., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II.*, Warszawa, C.H. Beck, 2005, p. 887.

<sup>25</sup> NAWORSKI, J.P. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Vol. 2.* T. Siemiątkowski, R. Potrzebny, (ed.), Warszawa, LexisNexis, 2011, p. 636.

<sup>26</sup> WITOSZ, A.J. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Vol. II. A.* Kidyba (ed.), Warszawa, Wolters Kluwer, 2018, p. 860.

actions. The company's liquidators are authorized to undertake liquidation actions, and their competencies in the company's representation, as stated above, are limited to these actions. Thus, the liquidator may be liable for concluding new contracts (new businesses) not justified in the liquidation procedure if they are unnecessary to close current businesses. Additionally, the liability may be considered in the case of the disposal of the company's assets, where the price shall not be adequate, or in undertaking liquidation actions without due care. The liability refers to all liquidators, including liquidators appointed by the registry court.

Finally, the following credit line should also be made: in a private limited company Art. 299 CCC shall apply accordingly to liquidators<sup>27</sup>, except for liquidators appointed by a court (Art. 299<sup>1</sup> CCC). Under Art. 299 CCC, in the event of ineffective enforcement against the company, liquidators shall be jointly and severally liable for the company's liabilities. However, a liquidator may be discharged from that liability if the petition in bankruptcy is timely filed or the decision to open the restructuring procedure or arrangement procedure is made. They may also be discharged if a failure to file the petition in bankruptcy occurred through no fault on their part or that despite the failure to file the petition in bankruptcy or failure in opening restructuring or arrangement procedures, the creditor suffered no damage. The said liability for the company's obligations does not refer to liquidators appointed by the registry court. This exception was criticized in the literature due to unjustified diversification between liquidators and the possible situation of appointing liquidators solely by the registry court to avoid liability for the company's obligation<sup>28</sup>. On the other hand, the lack of the aforementioned exclusion of liability could lead to a situation in which it would be difficult to find candidates for the position of liquidator due to the risk of incurring liability for the company's obligations.

## CONCLUSIONS

The consequence of entering into a liquidation procedure is substituting the management board with one or more liquidators appointed by shareholders or by a decision of the registry court. The company preserves its legal personality, so it means the legal person acts through its organs, and the consequences of the actions toward third parties remain the same as in the case of the management board. Thus a liquidator plays the role of the company's executive organ, and the liquidators' statements shall be the company's statements.

Liquidators' competencies are limited, as the liquidators shall have the right to conduct the company's affairs and represent the company solely within the scope of liquidation actions, which authorize the liquidators to close the company's current business, collect receivables, fulfil obligations, and liquidate the company's assets.

---

<sup>27</sup> Similarly, in a simple joint-stock company under Art. 300<sup>133</sup> CCC; however, in a simple joint-stock company, both provisions on liability for the damage and the company's obligation are excluded in the case of liquidators appointed by the registry court. In a joint-stock company, the company liquidators (as in the case of the management board) do not bear liability for the company's obligation, but they shall be liable for damage inflicted on the company.

<sup>28</sup> NOWACKI, A., *Kodeks spółek handlowych*. Vol. II. Warszawa, C.H. Beck, 2021, p. 1559.

A new business may be undertaken exclusively when this is necessary in order to close the current business. Every action undertaken by the liquidators must be considered in aspects of liquidation actions because the liquidators may bear liability in the case of concluding new contracts infringing the scope of their competencies. Nevertheless, the provisions on liquidation guarantee the protection of a third party through the presumption that actions undertaken by liquidators shall be deemed liquidation actions in relation to third parties acting in good faith.

## REFERENCES

1. BIELECKI, M., *Relacje pomiędzy spółką z o.o. a jej likwidatorem*, Prawo Spółek, 2007, No. 9, ISSN 1426-2878.
2. DUMKIEWICZ, M. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa, Wolters Kluwer, 2020, ISBN 978-83-8160-734-6.
3. DUMKIEWICZ, M., KIDYBA, A., *Komentarz aktualizowany do art. 1- 300 Kodeksu spółek handlowych*. Wolters Kluwer, 2023, Lex/el.
4. FRĄCKOWIAK, J. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, W. Pyziół (ed.), Warszawa, LexisNexis, 2008, ISBN 978-83-7334-918-6.
5. KIDYBA, A. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. I.*, Warszawa, Wolters Kluwer, 2017, ISBN 978-83-8107-637-1.
6. KOPACZYŃSKA-PIECZNIAK, K., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, A. Kidyba (ed.), Warszawa, Wolters Kluwer, 2007, ISBN 978-83-7526-216-2.
7. NAWORSKI, J.P. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Vol. 2.* T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz, (ed.), Warszawa, LexisNexis, 2011, ISBN 978-83-7620-556-4.
8. NOWACKI, A., *Kodeks spółek handlowych. Vol. II.* Warszawa, C.H. Beck, 2021, ISBN 978-83-255-9768-2.
9. PINIOR, P., *Duty of loyalty and due care of the board member under Polish law*, *Review of European and Comparative Law*, Vol. 51, No. 4 (2022), ISSN 2545-384X (online).
10. POPIOŁEK, W. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, J. A. Strzępka (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2015, ISBN 978-83-255-7497-0.
11. RODZYNKIEWICZ, M. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Vol. IIB. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, A. Opalski (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2018, ISBN 978-83-812-8673-2.
12. SZAJKOWSKI, A., TARSKA, M. (in:) SOŁTYSIŃSKI, S., SZAJKOWSKI, A., SZUMAŃSKI, A., SZWAJA, J., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Vol. II.*, Warszawa, C.H. Beck, 2005, ISBN 978-83-7387-661-8.
13. STRZĘPKA, J.A., ZIELIŃSKA, E. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, J. A. Strzępka (ed.), Warszawa, C.H. Beck, 2015, ISBN 978-83-255-7497-0.
14. TERC, A. (in:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Z. Jara (ed.), Warszawa, C. H. Beck, 2023, ISBN 978-83-8235-214-6.

15. TRZEBIATOWSKI, M., Granice działań likwidacyjnych w spółce kapitałowej (na przykładzie umowy pożyczki dla likwidatora), Przegląd Prawa Handlowego, 2006, No. 7, ISSN 1230-2996.
16. WITOSZ, A.J. (in:) Kodeks spółek handlowych. Vol. II. A. Kidyba (ed.), Warszawa, Wolters Kluwer, 2018, ISBN 978-83-8124-378-0.
17. Act of 15 September 2000 – Commercial Companies Code, the Official Journal of Laws, 2022.1467, as amended.
18. Court of Appeal in Łódź, 27.2.2014, III AUa 925/13, Lex No. 1461086.
19. Court of Appeal in Bydgoszcz, 17.12.2014, I ACa 267/14, Lex No. 1668643.
20. Supreme Court, 17.3.2010, II CSK 511/09, OSNC 2010/10/143.
21. Supreme Court, 23.10.2010, III CZP 54/10, Lex No. 617244.
22. Supreme Court, 20.10.2011, IV KK 129/11, OSNKW 2011/12/108.
23. Supreme Court, 27.1.2016, I UK 40/15, Lex No. 1992032.
24. Supreme Court, 18.2.2016, II CSK 241/15, Lex No. 2023926
25. Supreme Court, 16.11.2016, I CZ 76/16, Lex No. 2177082.
26. Supreme Court, 7.3.2017, II CSK 349/16, OSNC 2018/1/9.
27. Supreme Court, 5.4.2017, II CSK 378/16, Lex No. 2309577.
28. Supreme Court, 7.2.2019, II CSK 8/18, Lex No. 2617977.
29. Voivodship Administrative Court in Warsaw, 20.7.2020, I SA/Wa 559/20, Lex No. 3174285.

#### **CONTACT INFORMATION**

piotr.piniór@us.edu.pl

University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

Ul. Bankowa 11B

40-007 Katowice

Poland

*Mgr. Dušan Rostaš PhD.<sup>1</sup>*

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

## **Koniec faktického zákazu finančnej asistencie<sup>2</sup>**

### **The end of the actual ban on financial assistance**

#### *Abstrakt*

*Cieľom tohto príspevku je analyzovať novú právnu úpravu podmienok finančnej asistencie, ktorá od 1.3.2024 rozšíri možnosti poskytovania finančnej asistencie podľa zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník. Nová právna úprava je analyzovaná v kontexte Smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1132 zo 14. júna 2017 týkajúca sa niektorých aspektov práva obchodných spoločností, ktorá reguluje poskytovanie finančnej asistencie na európskej úrovni.*

*Kľúčové slová: finančná asistencia, finančná pomoc, alternatívne financovanie transakcií.*

#### *Abstract*

*The aim of this contribution is to analyse the new legal regulation of the financial assistance, which from 1 March 2024 will expand the possibilities of providing financial assistance according to Act no. 513/1991 Coll. Commercial Code. The new legislation is analysed in the context of Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 concerning certain aspects of company law, which regulates the provision of financial assistance at the European level.*

*Key words: financial assistance, financial help, alternative financing of transactions.*

**JEL Classification: K220**

## **ÚVOD**

Zákonom č. 309/2023 Z. z. o premenách obchodných spoločností a družstiev a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len Zákon o premenách) dôjde s účinnosťou od 1.3.2024, k zrušeniu faktického zákazu finančnej asistencie, ktorý

<sup>1</sup> Autor je advokátom a výskumným pracovníkom na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva UPJŠ v Košiciach, Právnickej fakulty.

<sup>2</sup> Tento príspevok vznikol v rámci riešenia projektu VEGA č. 1/0259/22 Nové prístupy k riešeniu finančných ťažkostí podnikateľa a projektu APVV-19-0424 Inovatívna obchodná spoločnosť: vnútrokorporátne premeny, digitálne výzvy a nástup umelej inteligencie.

sa vzťahoval na slovenské akciové spoločnosti vyše 22 rokov.<sup>3</sup> Cieľom tohto príspevku je bližšia analýza novej právnej úpravy pravidiel finančnej asistencie v Obchodnom zákonníku, v kontexte pravidiel stanovených Smernicou POS.

Historicky je pôvod zákazu finančnej asistencie na širšej európskej úrovni potrebné hľadať v *Smernici Rady č. 77/91/EHS o koordinácii ochranných opatrení, ktoré členské štáty vyžadujú od obchodných spoločností na ochranu záujmov spoločníkov a tretích osôb*, ktorá bola prijatá na žiadosť Veľkej Británie po jej vstupe do Európskeho hospodárskeho spoločenstva. Žiadala o to z dôvodu, že jej vnútroštátna regulácia tento zákaz obsahovala. V súčasnosti platná *Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1132 zo 14. júna 2017 týkajúca sa niektorých aspektov práva obchodných spoločností* (ďalej len „Smernica POS“), však finančnú asistenciu v prípade akciových spoločností úplne nevylučuje a umožňuje tzv. *white wash* režimy, kedy je finančná asistencia za splnenia určitých podmienok prípustná.<sup>4</sup> Napriek existencii tejto možnosti, zavedenou už skoršou *Smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2006/68/ES z 6. septembra 2006*, právny stav v Slovenskej republike ostával až doposiaľ nezmenený. Finančná asistencia bola až na výnimky v podobe výkonu bežnej činnosti bánk a výnimku pre nadobúdanie tzv. zamestnaneckých akcií, čo bolo v podstate vnútroštátne prevzaté znenie staršej smernice, zakázaná.<sup>5</sup>

Uvoľnenie podmienok pre poskytovanie finančnej asistencie možno v praxi privítať. Doterajší stav býval v minulosti terčom kritiky, nakoľko častokrát komplikoval (resp. znemožňoval) realizáciu obchodných transakcií, ktoré na strane nadobúdateľa vyžadovali financovanie cudzími zdrojmi.<sup>6</sup> Finančná asistencia môže v praxi plniť funkciu alternatívneho financovania transakcií medzi akcionármi. Či to tak aj skutočne bude ukáže až prax. Od 1.3.2024 to však náš právny poriadok bude umožňovať.

## 1. ANALÝZA ZÁKONNEJ PRÁVNEJ ÚPRAVY V POROVNANÍ SO SMERNICOU

Podstatou finančnej asistencie je, že akciová spoločnosť poskytne tretej osobe (alebo akcionárovi) finančné prostriedky (vo forme preddavku, pôžičky či úveru) alebo zabezpečenie, ktoré sú určené na to, aby tretia osoba mohla nadobudnúť akcie tejto spoločnosti, či už vlastné akcie alebo akcie patriace inému akcionárovi. Finančná asistencia môže byť poskytnutá priamo beneficiantovi alebo nepriamo prostredníctvom medzičlánku<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Zákaz finančnej asistencie bol účinný od 1.1.2002 až do 1.3.2024

<sup>4</sup> MRÁZOVÁ, Ž. Finančná asistencia – história, vývoj a budúcnosť. In *Právo, obchod, ekonomika 8: zborník príspevkov z medzinárodného vedeckého sympózia*. Košice: Vydavateľstvo Šafárik Press UPJŠ, 2018, s. 250-259.

<sup>5</sup> JANÁČ, V. Odmeňovanie zamestnancov kapitálovou účasťou v akciovej spoločnosti. In *Právny obzor*, roč. 98, 2015, č. 5, s.479 - 496.

<sup>6</sup> DROTÁR, M., KELLO, D. Zákaz finančnej asistencie: brzda M&A trhu a priestor na legislatívnu zmenu. In *Súkromné právo*, roč. 9, 2022, č. 1, s. 2-8.

<sup>7</sup> Osoba prostredníctvom ktorej sa finančná asistencia poskytuje.

Obchodný zákonník upravuje pravidlá poskytovania finančnej asistencie v ustanovení § 161e ObZ. Smernica POS upravuje otázku finančnej asistencie v čl. 64, v ktorom je upravená „*Finančná pomoc spoločnosti pre nadobudnutie jej akcií treťou osobou*“. Na prvý pohľad sa pravidlá podľa ObZ a Smernice POS zdajú veľmi podobné, bližšia analýza, však preukazuje, že sú medzi nimi určité rozdiely.

### 1.1. Vecný rozsah a spôsoby finančnej asistencie

Podľa ustanovenia § 161e ods. 1 ObZ v znení účinnom od 1.3.2024: „*Spoločnosť môže poskytovať priamo alebo nepriamo preddavky, pôžičky, úvery alebo zábezpeky s cieľom nadobúdať jej akcie treťou osobou (ďalej len „finančná asistencia“)* ak tak určia stanovy spoločnosti a za splnenia aspoň nasledovných podmienok“. Samotné podmienky sú ďalej definované v ods. 1 písm. a) až d) ObZ. Z uvedeného je zrejme, že akciové spoločnosti, ktoré budú mať o poskytnutie finančnej asistencie záujem, budú v prvom rade musieť prispôsobiť svoje stanovy. Pôvod tohto ustanovenia možno hľadať v čl. 64 ods. 1 Smernice POS: „*1. Ak členské štáty povolia spoločnosti byť priamo, alebo nepriamo poskytovať preddavky, pôžičky alebo zábezpeky s cieľom nadobúdať jej akcie treťou osobou, podmienka takéto transakcie splnením podmienok stanovených v odsekoch 2 až 5.*“

Zo znenia § 161e ods. 1 ObZ možno vyvodiť, že pojem finančná asistencia má vecne zahŕňať preddavky, pôžičky, úvery alebo zábezpeky. Čo treba rozumieť pôžičkou, úverom alebo zábezpekou je viac menej intuitívne. Otázky však môže vyvolávať to, čo treba rozumieť pod preddavkom. S pojmom preddavok pracuje aj samotná smernica. Pri štúdiu slovenského znenia smernice sa možno stretnúť s tým, že pojem preddavok sa okrem čl. 64 Smernice POS, nachádza iba v čl. 56 ods. 5 Smernice POS, ktorý upravuje podmienky vyplácania „preddavkov na dividendy“. Z uvedeného preto môže vyvstávať otázka, či doslovným prevzatím vlastného textu smernice, slovenský zákonodarca pre prípad finančnej asistencie nepovolil aj vyplatenie preddavkov na dividendy. České znenie smernice pracuje s termínom „zálohy“ a „zálohy na dividendy“ - české právo však vyplatenie zálohy na dividendy dovoľuje<sup>8</sup>. Anglické znenie smernice spomína v čl. 64 „advance funds“ a v 56 ods. 5 „interim dividends“ a francúzske znenie používa „d'avancer des fonds“ a „versement d'acomptes“. Z analýzy ostatných jazykových verzii smernice preto možno usúdiť, že čl. 56 ods. 5 a čl. 64 Smernice POS nie sú nijako prepojenými. Môžeme preto prísť k záveru, že povolenie poskytnutia preddavkov podľa § 161e OBZ, neznamená nevyhnutne povolenie preddavkov na dividendu. Zákaz vyplácania preddavkov na dividendu je preto novým znením § 161e ObZ nedotknutý.

Preddavok v zmysle § 161e ObZ treba vykladať ako akékoľvek finančné plnenie poskytnuté vopred bez ohľadu na jeho právny titul. Takéto faktické plnenie bez právneho titulu v zásade povolené je. V kontexte odmeňovania zamestnancov

---

<sup>8</sup> Ustanovenie § 35 zákona č. 90/2012 Sb. Zákon o obchodných spoločnostiach a družstvách (zákon o obchodných korporáciách), ďalej len (ZOK).



zamestnaneckými akciami môže ísť napríklad aj o preddavok v podobe preddavku na mzdu.<sup>9</sup>

Z hľadiska spôsobov je možné finančnú asistenciu poskytovať priamo (tj. úver je poskytnutý spoločnosťou priamo nadobúdateľovi akcií) alebo nepriamo tj. úver je poskytnutý dcérskej/holdingovej spoločnosti nadobúdateľa, či prostredníctvom iného medzičlánku na strane osoby nadobúdajúcej akcie alebo osoby poskytujúcej finančnú asistenciu.

Poskytnutie preddavku, pôžičky, úveru alebo zabezpečenia samo o sebe nie je finančnou asistenciou. Finančnou asistenciou je poskytnutie týchto plnení, až vtedy ak sú poskytnuté tretej osobe s cieľom nadobudnúť jej akcie alebo tomuto cieľu faktický slúžia. Rozhodujúcim kritériom bude skutočné použitie poskytnutých finančných prostriedkov.<sup>10</sup>

## 1.2. Podmienky dovolenia finančnej asistencie

### 1.2.1. Spravodlivé trhové podmienky finančnej asistencie

Podľa ustanovenia § 161e ods. 1 písm. a) ObZ: „*finančná asistencia musí byť poskytnutá za spravodlivých trhových podmienok, najmä ak ide o úrok vyplatený spoločnosti a zábezpeku poskytnutú spoločnosti za finančnú asistenciu, ktorá je preddavkom, pôžičkou alebo úverom; transakcia je vykonaná za spravodlivých trhových podmienok aj ak je spoločnosti poskytnuté primerané protiplnenie podľa § 67j*“.

Pôvod tohto ustanovenia je potrebné hľadať v čl. 64, ods. 2 Smernice POS: „*2. Transakcie sa uskutočnia na zodpovednosť správneho alebo riadiaceho orgánu za spravodlivých trhových podmienok, najmä pokiaľ ide o úrok vyplatený spoločnosti a pokiaľ ide o zábezpeky poskytnuté spoločnosti za pôžičky a preddavky uvedené v odseku 1.*“ Možno konštatovať, že zákonné znenie v podstate zodpovedá textu smernice. V kontexte slovenského právneho poriadku by zodpovednosť mala byť na riadiacich orgánoch (tj. na predstavenstve akciovej spoločnosti), ďalšie znenie § 161e ods. 1 ObZ to rešpektuje.

Nad rámec textu smernice sa zákonodarca rozhodol implementovať fikciu spravodlivých trhových podmienok, pri ktorej sa odkazuje na ustanovenie § 67j ObZ, ktoré upravuje zákaz vrátenia vkladu. Vzhľadom na to, že Smernica POS v čl. 64 necháva na členských štátoch, či finančnú asistenciu (finančnú pomoc) povolia alebo nie, malo by byť prípustné aj to, aby vnútroštátna právna úprava bola vo vzťahu k podmienkam finančnej asistencie prísnejšia. Opačná situácia, kedy by bola benevolentnejšia by ochranným cieľom Smernice POS odporovala.

Otáznym preto môže byť, či slovenský zákaz vrátenia vkladu, predstavuje prísnejší režim alebo benevolentnejší režim. Slovenský zákaz vrátenia vkladu je koncipovaný na kritériách ako „*primeranosť protiplnenia*“, „*obvyklá cenu na trhu*“,

<sup>9</sup> JANÁČ, V. Odmeňovanie zamestnancov kapitálovou účasťou v akciovej spoločnosti. In *Právny obzor*, roč. 98, 2015, č. 5, s.479 - 496.

<sup>10</sup> MRÁZOVÁ, Ž. Finančná asistencia – história, vývoj a budúcnosť. In *Právo, obchod, ekonomika 8: zborník príspevkov z medzinárodného vedeckého sympózia*. Košice: Vydavateľstvo Šafárik Press UPJŠ, 2018, s. 251.

„cena, za ktorú spoločnosť obvykle poskytuje obdobné plnenia v bežnom obchodnom styku s inými osobami“, „cenu ku dňu plnenia v danom mieste a čase, ktorú by bolo možné dosiahnuť na trhu“. Možno preto konštatovať, že právna úprava „fikcie spravodlivých podmienok“ požiadavkám Smernice POS vyhovuje.

### 1.2.2. Preverenie finančnej spôsobilosti tretej strany predstavenstvom

Podľa § 161e ods. 1 písm. b) ObZ: „*predstavenstvo preverí finančnú spôsobilosť každej tretej strany, ktorej alebo prostredníctvom ktorej má byť finančná asistencia poskytovaná*“. Uvedené ustanovenie je implementáciou čl. 64 ods. 2, posledná veta, Smernice POS, podľa, ktorého: „*Úverová bonita tretej osoby, alebo v prípade transakcie za účasti viacerých strán úverová bonita každej zo zúčastnených protistrán musí byť náležite preverená*“. Povinnosť predstavenstva preveriť finančnú spôsobilosť každej tretej strany je v súlade aj s prvou časťou čl. 64 ods. 2 Smernice POS, v zmysle ktorej sa finančná asistencia uskutočňuje na zodpovednosť predstavenstva.

Z pohľadu predstavenstva spoločnosti môže byť kladená otázka: Akým spôsobom má predstavenstvo preverovať (testovať) finančnú spôsobilosť každej zo strán transakcie? Táto povinnosť sa vzťahuje jednak na beneficienta<sup>11</sup> ako aj na prípadný medzičlánok finančnej asistencie.

Text zákona ani smernice neupravuje konkrétnejšie kritéria, ktoré majú byť predstavenstvom pri testovaní finančnej spôsobilosti zohľadnené. Pri hodnotení toho, či predstavenstvo splnilo svoju povinnosť preveriť finančnú spôsobilosť riadne bude potrebné postupovať podľa všeobecnejších pravidiel a skúmať či predstavenstvo postupovalo s požiadavkou odbornej starostlivosti<sup>12</sup>. Čo však má predstavenstvo preskúmať? O aké údaje a informácie sa môže a má oprieť? Ma vykonávať hodnotenie bonity beneficienta až do takej miery a prísne ako ho vykonávajú finančné inštitúcie? Môže predstavenstvo zohľadňovať prípadné príjmy beneficienta z potenciálnych budúcich dividend? Malo by skúmať úverovú angažovanosť účastníka a pod.?

Mám za to, že pri poskytovaní finančnej asistencie nesmú byť na predstavenstvo kladené tak prísne požiadavky, ako v prípade finančných inštitúcií. Poskytovanie finančnej asistencie by potom nemalo zmysel ako alternatívy k získaniu zdrojov pre financovanie prevodu akcií. Základom pre posúdenie finančnej spôsobilosti by malo byť posúdenie schopnosti riadneho splácania splátok poskytnutého úveru. Orientačným ukazovateľom by mohla byť hodnota voľného toku peňazí (*cash flow*) účastníka. V závislosti od toho, aký objem akcií by sa nadobúdala, tak možno usudzovať, že v prípade, ak by sa nadobúdala objem potrebný k rozhodovaniu o vyplatení dividendy, a spoločnosť by dividendu pri zachovaní ostatných zákonných podmienok, vyplácať aj mohla, tak predstavenstvo by možnosť vyplatenia dividendy mohlo u beneficienta zohľadniť. Čo sa týka úverovej

<sup>11</sup> Ide o spoločnosť, ktorá prijíma plnenie v podobe preddavku, pôžičky, úveru alebo sa za ňu dáva zábezpeka.

<sup>12</sup> HAVEL, B. In ŠTENGLOVÁ, I. a kol. *Zákon o obchodných korporáciách: komentár*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 667 – 668.

angažovanosti účastníka transakcie, tak hodnota vlastného imania, potenciálne riziká krízy či úpadku, by pri skúmaní finančnej spôsobilosti nemali ostať opomenuté, ale skôr z dôvodu identifikácie rizík, ktoré by sa mali objaviť v písomnej správe predstavenstva. Hlavným a rozhodujúcim kritériom by však mala byť schopnosť účastníka vrátiť splátky finančnej asistencie. Samozrejme už existujúca kríza, hroziaci úpadok, či dokonca konkurz alebo likvidácia účastníka by mali byť považované za absolútne prekážky finančnej asistencie.

Za porušenie povinnosti preveriť finančnú spôsobilosť má byť predstavenstvo v zmysle dôvodovej správy sankcionované potenciálnym škodovým nárokom.<sup>13</sup> Ustanovenie § 161e ObZ sankcie za porušenie pravidiel poskytovania finančnej asistencie výslovne neupravuje, zodpovednosť predstavenstva však možno vyvodiť zo všeobecnej povinnosti predstavenstva konať s náležitou starostlivosťou podľa § 194 ods. 5 ObZ.<sup>14</sup> V zmysle tohto ustanovenia členovia predstavenstva nie sú zodpovední za samotný výsledok transakcie ale za zachovanie náležitého postup preverovania finančnej spôsobilosti tretej strany. Nejasné kritéria pre posudzovanie finančnej spôsobilosti tretej strany však môžu byť prekážkou pre využívanie finančnej asistencie v praxi.

### 1.2.3. Test vlastného imania

Okrem posúdenia finančnej spôsobilosti tretej strany je nemenej dôležitou otázkou posúdenie dopadov finančnej asistencie na samotnú spoločnosť. Podľa ustanovenia § 161e ods. 1 písm. c) ObZ: „*poskytnutím finančnej asistencie neklesne vlastné imanie spoločnosti pod hodnotu upísaného základného imania zvýšenú o rezervný fond a iné fondy, ktoré spoločnosť vytvára povinne podľa zákona a ktoré podľa zákona alebo stanov nie je možné rozdeliť medzi akcionárov a zníženu o hodnotu nesplateného upísaného základného imania, ak toto nesplatené upísané základné imanie ešte nie je zúčtované v aktívach uvedených v súvahe, a to ani s prihliadnutím k prípadnému zníženiu vlastného imania, ku ktorému môže dôjsť, ak svoje vlastné akcie nadobúda spoločnosť alebo iná osoba konajúca na jej účet.*“ Uvedené ustanovenie je implementáciou čl. 64 ods. 4 Smernice POS, podľa ktorej: „*Celková finančná pomoc poskytnutá tretím osobám nesmie mať za žiadnych okolností za následok zníženie čistého obchodného imania pod čiastku uvedenú v článku 56 ods. 1 a 2, a to ani pri zohľadnení zníženia čistého obchodného imania, ku ktorému môže dôjsť, keď svoje vlastné akcie nadobúda spoločnosť alebo niekto na jej účet v súlade s článkom 60 ods. 1*“ Článok 56 ods. 1 a 2 smernice pritom odkazuje na hodnotu čistého obchodného imania. „*1. S výnimkou prípadov zníženia upísaného základného imania nesmie dôjsť k rozdeleniu akcionárom, pokiaľ by sa ku dňu skončenia posledného účtovného obdobia čisté obchodné imanie vyplývajúce z ročnej účtovnej závierky spoločnosti alebo čisté obchodné imanie po tomto rozdelení znížilo pod výšku upísaného základného imania zvýšenú o rezervné fondy, ktoré nie je možné podľa právnych predpisov ani stanov spoločnosti rozdeliť. 2.*

<sup>13</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 309/2023 Z. z. Osobitná časť k § 161e, ods. 1

<sup>14</sup> HAVEL, B. In ŠTENGLOVÁ, I. a kol. *Zákon o obchodných korporáciách: komentár*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 667 – 668.

Výška upísaného základného imania uvedená v odseku 1 sa zníži o výšku nesplateného upísaného základného imania, pokiaľ toto nesplatené upísané základné imanie ešte nie je zúčtované v aktívach uvedených v súvahe.“

V zmysle legálnej definície v § 6 ObZ: „Čistým obchodným imaním je obchodný majetok po odpočítaní záväzkov vzniknutých podnikateľovi v súvislosti s podnikaním.“. ObZ však definuje aj vlastné imanie, pričom „Vlastné imanie tvoria vlastné zdroje financovania obchodného majetku podnikateľa podľa osobitného predpisu.“. Pri určitom zjednodušení sa dá povedať, že vlastné imanie je účtovným vyjadrením čistého obchodného imania.<sup>15</sup> Z pohľadu vlastného imania ako voľby základu pre vykonanie testu, je teda Smernica POS implementovaná správne.

Nad rámec smernice je v texte zákona uvedená požiadavka testu potenciálneho nadobudnutia vlastných akcií spoločnosťou alebo osobou konajúcou na jej účet tj. „ani s prihliadnutím k prípadnému zníženiu vlastného imania, ku ktorému môže dôjsť, ak svoje vlastné akcie nadobúda spoločnosť alebo iná osoba konajúca na jej účet.“ Obdobné riešenie nájdeme aj v Českom právnom poriadku.<sup>16</sup> Význam uvedeného je potrebné nachádzať v takých prípadoch, kedy je právne prípustné aj to, že využitím finančnej asistencie, by spoločnosť mohla teoretický nepriamo nadobudnúť aj vlastné akcie. Napr. nadobudnúť ich prostredníctvom dcérskej spoločnosti, ktorej na to poskytne úver (výslovne § 161e ods. 4 ObZ). V praxi to bude znamenať testovanie výšky vlastného imania ešte aj o vytvorenie rezervného fondu, ktorý by spoločnosť mala vytvoriť ak bude účtovať vlastné akcie na strane aktív (§ 161d ObZ). Ak sú však takéto akcie účtované na strane aktív, tak tomu zodpovedajúci rezervný fond na strane pasív vo svojej podstate iba účelovo naviaže takú sumu finančných prostriedkov, ktoré by mali kryť hodnotu vlastných akcií nadobudnutých spoločnosťou. Poskytnutím pôžičky alebo úveru (finančná asistencia) sa totiž výška aktív spoločnosti nominálne nezmení iba zmení formu z finančných prostriedkov na pohľadávky. Účel tohto testovania možno vidieť v zabránení umelého nafukovania vlastného imania spoločnosti cez nadobúdanie vlastných akcií. Možno konštatovať, že test vlastného imania podľa § 161e ods.1 písm. c) ObZ, bude vo všetkých prípadoch prísnejší, než stanovuje samotná Smernica POS, čo je v súlade s jej ochrannými cieľmi.

#### 1.2.4. Vytvorenie osobitného rezervného fondu

Podľa ustanovenia § 161e ods. 1, písm. d) ObZ: „spoločnosť vytvorí vo výške poskytovanej finančnej asistencie osobitný rezervný fond.“ Uvedené ustanovenie je implementáciou čl. 64 ods. 4 posledná veta, Smernice POS: „Spoločnosť zahrnie do pasív v súvahe nerozdeliteľnú rezervu vo výške celkovej finančnej pomoci.“ Ide o podobný osobitný rezervný fond ako v prípade nadobudnutia vlastných akcií, ktoré sa od 1.1.2015 majú účtovať na strane aktív.<sup>17</sup> Tento osobitný rezervný fond je

<sup>15</sup> FARKAŠ, R. *Účtovná závierka obchodných spoločností. 1 vydanie*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s.r.o., 2020, s. 136.

<sup>16</sup> Ustanovenie § 311 písm. e) ZOK.

<sup>17</sup> FARKAŠ, R. *Účtovná závierka obchodných spoločností. 1 vydanie*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s.r.o., 2020, s. 629

možné vytvoriť jednak z príspevkov samotných akcionárov ale aj z rozdeliteľných vlastných zdrojov spoločnosti (tj. zdroje, ktoré by mohli byť určené medzi spoločníkov na rozdelenie), nejde však o zákonný rezervný fond podľa § 217 ObZ.<sup>18</sup> Vytvorením tohto rezervného fondu v podstate vznikne v spoločnosti prekážka, aby peňažné hodnoty naviazané v tomto fonde boli rozdelené medzi jej akcionárov. Vychádzajúc z toho, že takéto iné „účelové“ rezervné fondy sa vytvárajú v reálnom čase<sup>19</sup>, tj. v čase nadobudnutia, tak v prípade pôžičky alebo úveru, bude výška tohto rezervného fondu zodpovedať celkovej výške istiny a úroku finančnej asistencie. Pri postupnom splácaní finančnej asistencie dlžníkom by sa výška povinne vytvoreného rezervného fondu mala v reálnom čase aj znižovať. Vo svojich dôsledkoch takýto rezervný fond obmedzí potenciálnu možnosť rozdeľovania vlastných zdrojov spoločnosti medzi akcionárov. Malo by tým byť zabezpečené reálne krytie finančnej asistencie.

### **1.2.5. Prípustnosť finančnej asistencie pri nadobúdaní vlastných akcií za primeranú cenu alebo pri upisovaní za primeranú cenu**

Podľa § 161e ods. 4 ObZ.: „*Ak tretia osoba nadobúda s finančnou asistenciou spoločnosti vlastné akcie tejto spoločnosti alebo upisuje akcie vydané v dôsledku zvyšovania upísaného základného imania, musí byť takéto nadobudnutie alebo upisovanie uskutočnené za primeranú cenu.*“ Toto ustanovenie je implementáciou čl. 64 ods. 5 Smernice POS, v zmysle ktorého: „*V prípadoch, keď tretia osoba nadobúda s finančnou pomocou spoločnosti vlastné akcie tejto spoločnosti v zmysle článku 60 ods. 1 alebo upisuje akcie vydané v dôsledku zvyšovania upísaného základného imania, musí byť takéto nadobudnutie alebo upisovanie uskutočnené za primeranú cenu.*“ Napriek tomu, že v rámci systematiky ObZ je toto ustanovenie zaradené v ods. 4, tj. nie je medzi ostatnými bezprostredne nasledujúcimi podmienkami, na ktoré odkazuje ods. 1, máme za to, že podmienky finančnej asistencie v ňom obsiahnuté treba považovať za týmto podmienkam rovnocenné. Podľa znenia Smernice POS, čl. 64 ods. 1, je finančná pomoc prípustná za splnenia podmienok stanovených v ods. 2 až 5, a práve znenie ods. 5 Smernice POS zodpovedá textu, ktorý je implementovaný v ustanovení § 161e ods. 4. písm. e) ObZ. Z tohto dôvodu je toto ustanovenie zaradené aj v tejto časti príspevku.

Zákonná implementácia tohto ustanovenia v podstate kopíruje text Smernice POS. V zmysle tohto ustanovenia je prípustné, aby samotná spoločnosť poskytla finančnú asistenciu tretej osobe, ktorá by chcela nadobudnúť akcie nie od akcionára spoločnosti, ale od samotnej spoločnosti, ktorá má v majetku vlastné akcie, alebo tiež vtedy, keď spoločnosť poskytne finančnú asistenciu tretej osobe už pri upísaní akcie (tj. pri originárnom nadobudnutí akcií). Zákonnou požiadavkou je, že cena akcie, či už vlastnej alebo novo upísanej, by mala byť stanovená primerane. Toto pravidlo v podstate chráni samotnú spoločnosť aby predajom vlastných akcií za

---

<sup>18</sup> FARKAŠ, R. *Účtovná závierka obchodných spoločností. 1 vydanie*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s.r.o., 2020, s. 632

<sup>19</sup> FARKAŠ, R. *Účtovná závierka obchodných spoločností. 1 vydanie*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s.r.o., 2020, s. 630 – 631.

neprimeranú cenu, nedošlo napr. k umelému zníženiu osobitného rezervného fondu (ktorý inak musel byť pri držbe vlastných akcií vytvorený). V prípadoch upisovania akcií chráni toto pravidlo najmä ostatných akcionárov pred rozriedením hodnoty ich akcií. Z pohľadu ochrany akcionárov sa však tento ochranný mechanizmus javí byť až sekundárnym, nakoľko upisovanie nových akcií, bude spravidla spojené s procesom zvyšovania základného imania spoločností. O tom musia rozhodnúť akcionári najmenej v dvojtretinovej kvalifikovanej väčšine (a to pre každý druh akcií). Primeranosť v týchto prípadoch teda nahrádza mechanizmus dojednávania trhovej ceny, ktorý by inak mal existovať v prípadoch, kedy by dochádzalo k derivatívnym prevodom akcií medzi rôznymi akcionármi. Môže byť otáznym, či tento korektív cenovej primeranosti, sa prejaví v tom, že prípadná neprimeranosť ceny by mala mať za následok iba neplatnosť realizačných úkonov finančnej asistencie (napr. zmluva o pôžičke alebo úverová zmluva) alebo celej obchodnej transakcie, vrátane úkonov prevodu akcií.<sup>20</sup>

### 1.2.6. Výnimky z aplikácie ustanovení

Napokon, v 161e ods. 7 ObZ ostali upravené výnimky z aplikácie ustanovení ods. 1 až 6, a to tak, že: „*Ustanovenia odsekov 1 až 6 sa nevzťahujú na bežnú činnosť bánk, v rámci ktorej banky poskytujú iným osobám prostriedky na poskytnutie finančnej asistencie a na právne úkony vykonané v súvislosti s nadobudnutím akcií zamestnancami spoločnosti alebo pre zamestnancov spoločnosti za predpokladu, že v dôsledku týchto úkonov neklesne vlastné imanie spoločnosti pod hodnotu základného imania spolu s rezervným fondom, ktorý spoločnosť vytvára povinne podľa zákona*“ Z uvedeného možno vyvodiť, že jediným kritériom pre financovanie týchto transakcií spoločnosťou je zachovanie vlastného imania aspoň vo výške tej časti vlastných zdrojov, ktoré nemožno rozdeliť medzi spoločníkov. Procedúra schvaľovania finančnej asistencie valným zhromaždením alebo dozornou radou sa v tomto prípade nevyžaduje.

## 1.3. Postup orgánov spoločnosti

### 1.3.1. Predstavenstvo a valné zhromaždenie

Rozhodnutie o poskytnutí finančnej asistencie nie je iba rozhodnutím predstavenstva. Môže byť uskutočnené len s predchádzajúcim rozhodnutím valného zhromaždenia (§ 187 ods. 1 písm. l ObZ.), ktoré o ňom rozhoduje dvojtretinovou väčšinou hlasov prítomných akcionárov (§ 161e ods. 5 ObZ.). Tento postup je opätovne prevzatím pravidiel zo Smernice POS a to z čl. 64 ods. 3.

Samotná realizácia finančnej asistencie sa uskutočňuje prostredníctvom osobitnej zmluvy (napr. zmluva o pôžičke, zmluva o úvere a iné). Na uzatvorenie takejto zmluvy je v zásade oprávnené predstavenstvo. Nedostatok súhlasu valného zhromaždenia by mohol byť vadou, ktorá by viedla k neplatnosti, podobne ako v prípade iných právnych úkonov, ktoré vyžadujú predchádzajúci súhlas valného zhromaždenia (napr. prevod akcií). Predstavenstvu patrí kompetencia predkladať

<sup>20</sup> Viac v státi následky porušenia pravidiel finančnej asistencie.

valnému zhromaždeniu písomnú správu, ktorá ma obsahovať a) dôvody poskytnutia finančnej asistencie, b) odôvodnenie poskytnutia finančnej asistencie v záujme spoločnosti, c) podmienky vykonania finančnej asistencie, d) posúdenie rizík súvisiacich s finančnou asistenciou, ak ide o likviditu spoločnosti a jej platobnú schopnosť a e) cenu nadobudnutia akcií spoločnosti treťou osobou. Formulácia týchto náležitosti písomnej správy je opätovne prevzatím ustanovení čl. 64 ods. 3. Smernice POS.

V zmysle slovenskej právnej úpravy (§ 161e ods. 6 ObZ), v prípade ak dôjde k schváleniu poskytnutia finančnej asistencie, tak správa predstavenstva (prípadne aj správa dozornej rady) spoločnosti, by sa mala bez zbytočného odkladu uložiť do zbierky listín obchodného registra. Uvedené pravidlo je opätovne prevzaté zo Smernice POS čl. 64 ods. 3 posledná veta v spojení s čl. 16.

### 1.3.2. Dozorná rada

Zapojenie dozornej rady do procesu poskytovania finančnej asistencie je pravidlom, ktoré je prijaté nad rámec Smernice POS. V zmysle § 161e ods. 3 ObZ: *„Dozorná rada vypracuje a predloží valnému zhromaždeniu písomnú správu, v ktorej posúdi, či poskytnutie finančnej asistencie nie je v rozpore s najlepším záujmom spoločnosti a tiež posúdi správu predstavenstva podľa odseku 2, ak má byť finančná asistencia poskytnutá: a) členovi predstavenstva, b) ovládajúcej osobe alebo členovi jej štatutárneho orgánu, alebo c) osobe konajúcej vo vlastnom mene, ale na účet člena predstavenstva alebo ovládajúcej osoby.“* Z tohto ustanovenia je zrejmé, že dozorná rada je zapojená do procesu poskytnutia finančnej asistencie iba v špecifických prípadoch, kedy hrozí zvýšené riziko konfliktu záujmov účastníkov transakcie.

Podobne ako predstavenstvo, aj dozorná rada, má povinnosť, vyhotoviť písomnú správu. Na rozdiel od predstavenstva, sa však má v správe vyjadriť najmä k otázke *najlepšieho záujmu spoločnosti*. Z dôvodovej správy sa dozvedáme, že: *„V špecifickom prípade sa vyžaduje aj správa dozornej rady. Dozorná rada má preskúmať správu predstavenstva a posúdiť, či poskytnutie finančnej asistencie za splnenia zákonných podmienok nie je v rozpore s najlepším záujmom spoločnosti. Uvedené posúdenie musí byť vykonané v každom prípade osobitne berúc do úvahy tú konkrétnu spoločnosť, preto predkladateľ nemá ambíciu definovať pojem „najlepší záujem spoločnosti“.<sup>21</sup>* Vo svojej podstate ide špecifický mechanizmus kontroly dodržiavania povinnosti loyality.

Okrem posúdenia najlepšieho záujmu spoločnosti sa má dozorná rada vyjadriť aj k správe pripravenej samotným predstavenstvom. Z dôvodu zapojenia dozornej rady do tohto procesu vyvstáva otázka, akým spôsobom, môže byť vyvodzovaná prípadná zodpovednosť voči členom dozornej rady. Vo vzťahu konania predstavenstva a dozornej rady v zásade platí, že členov predstavenstva nezbavuje zodpovednosti to, ak ich konanie schválila dozorná rada (§ 194 ods. 7 ObZ). Naopak na členov dozornej rady sa primerane aplikujú ustanovenia o zodpovednosti členov predstavenstva podľa § 194 ods. 5 ObZ v zmysle ktorých, členovia dozornej rady sú

<sup>21</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 309/2023 Z. z. Osobitná časť k § 161e, ods. 3

tiež povinní konať s náležitou starostlivosťou. Zo Smernice POS plynie záver, že finančná asistencia sa uskutočňuje na zodpovednosť predstavenstva. V texte OBZ, však výslovne prevzatie tohto pravidla nenájdeme. V prípadoch kedy by v procese finančnej asistencie mala byť zapojená aj dozorná rada je preto potrebné uvažovať aj o zodpovednosti jej členov. Z pohľadu ochrany záujmov samotnej spoločnosti a jej akcionárov prípadná zodpovednosť člena dozornej rady vyvodzovaná podľa § 194 ods. 5 OBZ, nie je v rozpore s požiadavkou zodpovednosti predstavenstva, kladenou Smernicou POS. Zodpovednosť člena dozornej rady by však mala byť limitovaná len prieskumnou kompetenciou dozornej rady. Súhlas, alebo odporúčanie dozornej rady, nie je nevyhnutnou podmienkou poskytnutia finančnej asistencie. Prípadný nesúhlas by preto nemal mať ani dopad na platnosť zmluvy o poskytnutí finančnej asistencie (pôžičky alebo úvere), ktorú by sa predstavenstvo rozhodlo uzatvoriť. Právna relevancia nesúhlasu dozornej rady by spočívala v tom, že by sťažil obranu predstavenstva, v prípadoch vyvodzovania zodpovednostných nárokov titulom náhrady škody.

## 2. ZMLUVNO-PRÁVNE NÁSLEDKY PORUŠENIA PODMIENOK FINANČNEJ ASISTENCIE

Samotná Smernica POS právne následky porušenia pravidiel týkajúcich sa finančnej asistencie neupravuje. Postupovať je preto potrebné podľa vnútroštátnych pravidiel. Právnym následkom porušenia zákazu finančnej asistencie sa venovala aj právna spisba. Podľa Mrázovej: „Právny úkon, na základe ktorého by obchodná spoločnosť zakázaniu finančnú pomoc poskytla, sa považuje za absolútne neplatný, a to z dôvodu jeho rozporu so zákonom podľa § 39 Zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník. Za rozhodujúce sa považuje faktické použitie finančných prostriedkov, a nie (pôvodne dohodnutý) účel použitia poskytnutých prostriedkov spoločnosťou“<sup>22</sup> Podobne Pála, Palová a Žitňanská: „Právny úkon, ktorým spoločnosť poskytne preddavok, úver, pôžičku alebo niektorú z foriem zábezpeky v súvislosti s nadobudnutím jej akcií, je v rozpore so zákonom, a preto je v zmysle § 39 OZ neplatný.“<sup>23</sup> Podľa Patakyovej: „Ak bol právny úkon subsumovateľný pod úkon, ktorého obsah je vymedzený v § 161e ods. 1, vykonaný, pôjde o právny úkon vykonaný v rozpore so zákonom a v dôsledku toho sa uplatní pravidlo ustanovené v § 39 OZ, t. j. právny úkon bude absolútne neplatný so všetkými dôsledkami z toho vyplývajúcimi.“<sup>24</sup> Aktuálne Drotár a Kello uvádzajú: „Jedným zo základných problémov slovenskej právnej úpravy zákazu finančnej asistencie je právna konštrukcia v podobe absolútneho zákazu s následkom rizika absolútnej neplatnosti právneho úkonu podľa § 39 OZ. V kontexte porušenia zákazu finančnej asistencie

<sup>22</sup> MRÁZOVÁ, Ž. Finančná asistencia – história, vývoj a budúcnosť. In *Právo, obchod, ekonomika 8: zborník príspevkov z medzinárodného vedeckého sympózia*. Košice: Vydavateľstvo Šafárik Press UPJŠ, 2018, s. 250-251.

<sup>23</sup> PÁLA, R., PALOVÁ, I., ŽITŇANSKÁ, L. In OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 2017, s. 1113.

<sup>24</sup> PATAKYOVÁ, M. In: PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. 1. vydanie*. Bratislava: C. H. Beck, 2022, s. 767, marg. č. 3.



nie je úplne jasné, ktorý právny úkon by mal byť absolútnou neplatnosťou postihnutý.“

Tieto závery koniec koncom potvrdilo aj skoršie rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 29 ICdo 64/2016, zo dňa 23. 8. 2018, a to ešte k zákonu č. 513/1991 Sb. Obchodný zákonník. Pre niekdajšiu podobnosť so slovenským súkromným právom, sú závery aplikovateľné aj na ustanovenie § 161e ObZ. V zmysle tohto rozhodnutia: „I. Smlouva o úvěru poskytnutém (budoucím) akcionáři za účelem nabytí akcií akciové společnosti, jejíž smluvní stranou byla jako spoludlužník (zavázaný tento úvěr splatit společně s akcionářem) i dotčená akciová společnost, odporovala zákazu finanční asistence formulovanému v § 161e odst. 1 obch. zák., v rozhodném znění. Smysl a účel zákazu finanční asistence (ochrana věřitelů společnosti) pak zásadně odůvodňoval neplatnost takové smlouvy pro rozpor se zákonem.“

Všetky vyššie uvedené názory boli formulované za čias kedy § 161e ObZ *de facto* finančnú asistenciu zakazoval. Na tomto mieste by som rád pripomenul, že *de iure* ju však nezakazoval iba výrazne obmedzoval. Dve výnimky, ktoré sa v bežnej obchodnej praxi (mimo praxe bánk) nevyskytovali, boli teoreticky prípustné. Nadchádzajúci stav tieto výnimky v podstate len obsahovo rozširuje. Z tohto dôvodu nevidím rozumný dôvod, pre iný prístup k otázke posudzovania dôsledkov porušenia zákazu do 1.3.2024 a po tomto dátume. Prikláňam sa tak k záverom o absolútnej neplatnosti právneho úkonu podľa ustanovenia § 39 Občianskeho zákonníka.

Otázku, či by sa eventuálna vada v procese poskytovania finančnej asistencie, v dôsledku ktorej by trpela vadou neplatnosti napr. zmluva o úvere, mala premietnuť aj do neplatnosti samotného akvizičného úkonu akcie je potrebné posudzovať pre dva prípady. Jednak pre prípady premien obchodných spoločností, kde v zmysle § 18 ods. 1 Zákona o premenách, je dovoľávanie sa neplatnosti premeny po zápise do obchodného registra vylúčené (tj. vo všetkých spôsoboch vrátane zmeny právnej formy) a osobitne pre prípady iných prevodných zmlúv. Do zápisu premeny je možné sa neplatnosti dovoľávať napadnutím uznesenia valného zhromaždenia ( § 18 ods. 2 Zákona o premenách), obdobné riešenie sa ponúka aj v prípade uznesenia valného zhromaždenia, ktoré sa týka schválenia finančnej asistencie. Čo sa týka samotných prevodných zmlúv (napr. zmluva o prevode akcií), tak samotné poskytnutie finančnej asistencie a existenciu prevodnej zmluvy vnímam oddelene. Samotná neplatnosť „asistenčnej“ zmluvy kladie sama o sebe do horšej pozície aj beneficienta finančnej asistencie, ktorý stráca výhodu zmluvne dohodnutých podmienok. Pre prípad neplatnosti úverovej zmluvy je tak v podstate ihneď povinný vrátiť celú prijatú sumu finančnej asistencie ako bezdôvodné obohatenie. Okrem toho, ako už bolo vyššie zmienené, finančná asistencia poskytnutá v situácii premeny obchodnej spoločnosti, by bola potom oproti inej prevodnej transakcii akcií zvyhodnená.

Podobné situácie, napr. nadobudnutie vlastných akcií rozpore § 161a a 161b ObZ, sú riešené preferenciou platnosti právneho úkonu (prevodnej zmluvy). V týchto prípadoch ide o výslovnú právnu úpravu § 161c ObZ, k rovnakému záveru by sme však mali dôjsť aj z dôvodu ochrany právnej istoty tretích strán a všeobecným princípom preferencie platnosti právneho úkonu. Zastávam preto názor, že prípadné

porušenie s ustanovení o poskytovaní finančnej asistencie, nevedie k neplatnosti samotných prevodných zmlúv či k neplatnosti prevodov akcií.

Presah vady nesplnenia podmienky finančnej asistencie aj na samotnú transakciu prevodu akcií, považujem za možný, iba v špecifických prípadoch, ktoré sú analyzované v státi 1.2.5. Ide o prípady porušenia ustanovenia § 161e ods. 4 ObZ. V tomto ustanovení je ako jedna z podmienok transakcie výslovne upravená aj požiadavka primeranej ceny za nadobudnutie vlastnej akcie resp. primeranej ceny za upísanie akcie. Z tohto dôvodu vnímam presah ochranného účelu tohto ustanovenia aj do účinkov samotnej akciovej transakcie (v podstate ju priamo reguluje). Ani takáto vada, by však nemala umožniť dovolávanie sa neplatnosti premeny obchodnej spoločnosti po jej zápise do obchodného registra.

## ZÁVER

Upustenie od prísnej právnej úpravy finančnej asistencie je vítanou zmenou. Z analýzy vykonanej v tomto článku vyplýva, že vnútroštátna právna úprava účinná od 1.3.2024 zodpovedá Smernici POS. Niektoré požiadavky napr. zapojenie dozornej rady do procesu finančnej asistencie, idú nad rámec požiadaviek smernice, avšak zvolené riešenie sú smernico-konformné. Pokiaľ doteraz platná práva úprava bola kritizovaná pre jej neopodstatnenú prísnosť, nová právna úprava so sebou prináša nové právne problémy. V kontexte zodpovednosti predstavenstva za poskytnutie finančnej asistencie sa zdá byť kľúčovým problémom posúdenie finančnej spôsobilosti každého účastníka transakcie. V neposlednom rade sa vynárajú aj otázky zmluvno-právnych dôsledkov poskytnutia finančnej asistencie v rozpore s § 161e ObZ. Vzhľadom na uvoľnenie právnej úpravy je poznanie odpovedí na ne pre ďalšiu prax dôležitejšie než za doterajšej situácie stavu faktického zákazu. Zastávam názor, že zmluvno-právnym dôsledkom porušenia § 161e ObZ je neplatnosť zmluvy, ktorou sa finančná asistencia realizovala. Porušenie by sa však už nemalo premietat' ďalej aj ako vada samotných právnych úkonov nadobudnutia akcií. Výnimkou by malo byť iba porušenie § 161e ods. 4 ObZ.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. FARKAŠ, R. *Účtovná závierka obchodných spoločností. 1 vydanie*. Bratislava: Wolters Kluwer SR s.r.o., 2020, 1224 s.
2. HAVEL, B. In ŠTENGLOVÁ, I. a kol. *Zákon o obchodných korporáciách: komentár. 3. vyd.* Praha: C. H. Beck, 2020.
3. OVEČKOVÁ, O. a kol. *Obchodný zákonník. Veľký komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer s. r. o., 2017, s. 1692 s.
4. PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákonník. 1. vydanie*. Bratislava: C. H. Beck, 2022.
5. DROTÁR, M. , KELLO, D. Zákaz finančnej asistencie: brzda M&A trhu a priestor na legislatívnu zmenu. In *Súkromné právo*, roč. 9, 2022, č. 1, s. 2-8.

6. JANÁČ, V. Odmeňovanie zamestnancov kapitálovou účasťou v akciovej spoločnosti. In *Právny obzor*, roč. 98, 2015, č. 5, s.479 - 496.
7. MRÁZOVÁ, Ž. Finančná asistencia – história, vývoj a budúcnosť. In *Právo, obchod, ekonomika 8: zborník príspevkov z medzinárodného vedeckého sympózia*. Košice: Vydavateľstvo Šafárik Press UPJŠ, 2018, s. 250-259.
8. Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 29 ICdo 64/2016, zo dňa 23. 8. 2018.

#### **KONTAKT NA AUTORA**

dusan.rostas@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

Mgr. Simona Rudohradská, PhD.<sup>1</sup>

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

**Veľmi veľké online platformy (a veľmi veľké internetové vyhľadávače)  
vs. strážcovia prístupu – vybrané aspekty regulačného prístupu  
k technologickým gigantom<sup>2</sup>**

**Very large online platforms (and very large online search engines) vs.  
gatekeepers – selected aspects of regulatory approach to technological  
giants**

*Abstrakt*

*Predmetom predkladaného príspevku je komparácia regulačného prístupu k online platformám, ktorý sa prejavil v dvoch aktuálnych nariadeniach – tzv. Akte o digitálnych trhoch a Akte o digitálnych službách. Oba uvedené nariadenia regulujú odlišné spektrá v oblasti digitálneho hospodárstva, avšak je možné konštatovať, že oba cieľia na skupinu (veľkých) online platformiem, ktoré nás obklopujú v online priestore. Hlavným cieľom tohto príspevku je analyzovať regulačný prístup k platformám pri nariadení Aktu o digitálnych trhoch a Aktu o digitálnych službách, a to predovšetkým so zreteľom na vymedzenie konkrétnych parametrov, ktoré predstavujú hraničné línie pre aplikovateľnosť aktov a rovnako tak spôsobu ukladania povinností vymedzeným subjektom.*

*Kľúčové slová: Akt o digitálnych trhoch, Akt o digitálnych službách, veľmi veľké online platformy, strážcovia prístupu, regulácia online platformiem.*

*Abstract*

*The subject of the submitted contribution is a comparison of the regulatory approach to online platforms, which was manifested in two current regulations - the so-called Digital Markets Act and Digital Services Act. Both mentioned regulations regulate different spectrums in the field of digital economy, however, it can be stated that both target the group of (large) online platforms that surround us in the online space. The main goal of this paper is to analyze the regulatory approach to platforms in the regulation of the Digital Markets Act and the Digital Services Act, primarily with regard to the definition of specific parameters that represent the boundary lines for the applicability of the acts and also the method of imposing obligations on defined entities.*

---

<sup>1</sup> Odborný asistent Katedry obchodného práva a hospodárskeho práva, UPJŠ v Košiciach, Právnickej fakulty.

<sup>2</sup> Tento príspevok bol podporený Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-19-0424 *Inovatívna obchodná spoločnosť: vnútrokorporátne premeny, digitálne výzvy a nástup umelej inteligencie* a zmluvy č. APVV-21-0336 *Analýza súdnych rozhodnutí metódami umelej inteligencie*.

*Key words: Digital Markets Act, Digital Services Act, very large online platforms, gatekeepers, regulation of online platforms.*

**JEL Classification:** K21, K24

## ÚVOD

Regulácia technologických gigantov bola ešte donedávna v značnej miere prenechávaná na vnútroštátne právo, pričom na úrovni práva EÚ absentovala špecifická úprava reflektujúca na osobitosti spojené s digitálnym platformami. Pomerne dlhú dobu predstavovala hlavný regulačný nástroj na úrovni práva EÚ predovšetkým smernica o elektronickom obchode,<sup>3</sup> a jednotlivé členské štáty problematiku digitálnych platforiem upravovali vo vlastnej réžii, čo pochopiteľne vyúsťovalo do rôzneho prístupu k vymedzeným subjektom. Z najväčšími dotknutých oblasti práva je potrebné spomenúť predovšetkým súťažné právo, či právo na ochranu osobných údajov, poťažmo záväzkové právo, nevynímajúc ostatné súvisiace aspekty spojené s pôsobením online platforiem na trhu, a to najmä pracovno-právne aspekty či daňovo-právne aspekty. Je nesporné, že digitálne platformy otvárajú otázky na poli viacerých právnych odvetví.

Odstránenie regulačnej fragmentácie v selektovaných otázkach a zachovanie unifikovaného regulačného prístupu majú za cieľ upraviť nariadenia Akt o digitálnych trhoch<sup>4</sup> a Akt o digitálnych službách.<sup>5</sup> Obe nariadenia cieľia na skupinu technologických gigantov, ktorí pôsobia naprieč celým vnútorným trhom, či lepšie povedané, v rámci digitálnych trhov poskytujú svoje služby globálne. V právne záväznom texte vymedzených nariadení sa pochopiteľne nestretáme s explicitným označením tých subjektov, ktoré disponujú trhom najvýznamnejším postavením a na ktoré predmetné nariadenia cieľia, avšak z odbornej spisby vyplývali predikcie, že sa jedná predovšetkým (no nielen) o skupinu GAFAM<sup>6</sup> (Google, Apple, Facebook, Amazon a Microsoft). S poukazom na uvedenú enumeráciu je možné konštatovať, že hoci uvedené subjekty majú spoločnú črtu – a to pôsobenie v rámci digitálnych trhov, každý zo subjektov sa sústreďuje na iný segment služieb.

Predmet úpravy Aktu o digitálnych trhoch a Aktu o digitálnych službách a rovnako tak aj regulačné uchopenie ukladania povinností, sa odlišuje. Cieľom tohto príspevku je analýza a komparácia regulačného prístupu k technologickým gigantom podľa dvoch zmienovaných nariadení, pričom ďalším parciálnym cieľom je selektovanie najsignifikantnejších diferenciácií. Regulačný prístup k online platformám sa pre účely tohto príspevku má prejavovať predovšetkým spôsobom

---

<sup>3</sup> SMERNICA 2000/31/ES EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY z 8. júna 2000 o určitých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti na vnútornom trhu, najmä o elektronickom obchode (smernica o elektronickom obchode), *Ú. v. ES L 178, 17.7.2000, s. 1 – 16*

<sup>4</sup> DMA

<sup>5</sup> DSA

<sup>6</sup> CABRAL, Luis, et al. The EU digital markets act: a report from a panel of economic experts. Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., and Van Alstyne, M., *The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.*

vymedzenia kategórie subjektov, na ktoré sa má vzťahovať. Podľa nášho názoru tento regulačný prístup nie je v oboch Aktoch rovnaký.

## 1. SÚČASNÝ STAV REGULÁCIE ONLINE PLATFORMIEM

Ako uvádzame aj vyššie, regulácia online platformiem bola dlhšiu dobu prenechaná na členské štáty, resp. vnútroštátne právne predpisy rôznej právnej povahy s ohľadom na konkrétne odvetvie práva – súťažné právo, právo na ochranu osobných údajov, záväzkové právo a iné. V otázkach zodpovednosti online platformiem bola za nosný právny nástroj označovaná smernica o elektronickom obchode. V otázkach súťažeschopnosti a konkurencieschopnosti digitálnych trhov zase slúžili ako piliere pre zachovanie konkurenčného prostredia štandardné inštitúty súťažného práva – predovšetkým inštitút zákazu zneužívania dominantného postavenia, zákazu dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž či kontrola koncentrácií. Ako vypláva z preambuly Aktu o digitálnych trhoch (predovšetkým bod 6, a 7) a preambuly Aktu o digitálnych službách (bod 4), jednotlivé členské štáty už zvažovali, a niektoré aj prijali právne predpisy regulujúce oblasti, na ktoré predmetné nariadenia cielia, čím sa zvýšilo riziko fragmentácie vnútorného trhu a znížila právna istota.

Vymedzená „regulačná situácia“ sa zmenila, resp. začala meniť v decembri 2020, predstavením návrhov dvoch právnych aktov. Návrh nariadenia Akt o digitálnych trhoch a návrh nariadenia Akt o digitálnych službách, ktoré boli zverejnené 15. decembra 2020, v rámci priority Európskej komisie – Európa pripravená na digitálny vek. Spoločné zverejnenia návrhov nariadení do istej miery predikuje zámery európskeho zákonodarcu upraviť problematické aspekty pôsobenia online platformiem komplexným spôsobom a to tak z perspektívy ich zodpovednosti, nezákonného obsahu, interných pravidiel nahlasovania, ako aj z perspektívy ich pôsobenia na konkrétnych relevantných trhoch v rámci konkurenčného/súťažného prostredia.

Oba uvedené akty cielia na iné oblasti, ktoré majú za cieľ regulovať. Zároveň je potrebné zdôrazniť, že prijatím (a plnou platnosťou a účinnosťou) uvedených aktov nezanikajú ostatné povinnosti online platformiem, ktoré jej vyplývajú zo súťažnej regulácie, ochrany spotrebiteľa či povinnosti vyplývajúce z ochrany osobných údajov a samozrejme i ostatných nadväzujúcich právnych predpisov.

V kontexte regulácie online platformiem je nevyhnutné spomenúť aj nariadenie 2019/1150<sup>7</sup>, ktoré predstavuje vôbec prvý právny akt, ktorý bol prijatý pre účely digitálnych platformiem. Nariadenie je označované ako tzv. P2B (*Platform to Business*) regulácia. V odbornej spisbe sa stretávame s konštatovaním, že nariadenie 2019/1150 v podstate predstavuje modelovú reguláciu pre Akt o digitálnych službách.<sup>8</sup> Nariadenie 2019/1150 stanovilo povinnosti pre poskytovateľov online sprostredkovateľských služieb, ktoré spočívali predovšetkým v požiadavke

<sup>7</sup> Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1150 z 20. júna 2019 o podpore spravodlivosti a transparentnosti pre komerčných používateľov online sprostredkovateľských služieb, *OJ L 186, 11.7.2019, p. 57–79*

<sup>8</sup> BUSCH, Christoph; MAK, Vanessa. Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation. *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 2021, 109, p. 12.

transparentnosti, neobmedzenej dostupnosti a komplexnosti obchodných podmienok poskytovateľov online sprostredkovateľských služieb vo vzťahu ku komerčnému užívateľovi.<sup>9</sup> Okrem vymedzených povinností týkajúcich sa obchodných podmienok poskytovateľov online sprostredkovateľských služieb, nariadenie 2019/1150 založilo povinnosť poskytovateľovi online sprostredkovateľských služieb uvádzať hlavné parametre určujúce poradie a dôvody relatívnej dôležitosti uvedených hlavných parametrov v porovnaní s inými parametrami. Akt o digitálnych trhoch zase istým spôsobom nadväzuje na nariadenie 2019/1150 predovšetkým v tom zmysle, že poukazuje na definície vymedzené v nariadení 2019/1150, ale aj skutočnosťou, že Komisia môže ťažiť z transparentnosti, ktorú online sprostredkovateľské služby a internetové vyhľadávače musia podľa nariadenia 2019/1150 zabezpečiť pokiaľ ide o praktiky, ktoré by mohli byť podľa zoznamu povinností nezákonné, ak by sa do nich zapojili strážcovia prístupu.

## **2. VEĽMI VEĽKÉ ONLINE PLATFORMY (A VEĽMI VEĽKÉ INTERNETOVÉ VYHĽADÁVAČE) Z POHĽADU AKTU O DIGITÁLNYCH SLUŽBÁCH**

Návrh nariadenia Aktu o digitálnych službách bol predstavený spoločne s návrhom nariadenia Aktu o digitálnych trhoch. Od decembra 2020 oba návrhy nariadení prešli riadnym legislatívnym postupom a boli diskutované širokou odbornou verejnosťou. V súčasnosti je Akt o digitálnych trhoch poukazujúc na čl. 54 už v plnej účinnosti, a teda ako nariadenie- záväzný v celom svojom rozsahu a priamo uplatniteľný vo všetkých členských štátoch Európskej únie. Akt o digitálnych službách v nadväznosti na čl. 93 bude plne uplatniteľný od 17.februára 2024.<sup>10</sup>

Pokiaľ nazrieme do normatívnej časti Aktu o digitálnych službách, článok 2 ods. 1 a 2 Aktu o digitálnych službách stanovuje, že „toto nariadenie sa uplatňuje na sprostredkovateľské služby ponúkané príjemcom služieb, ktorí majú miesto usadenia v Únii alebo sa v nej nachádzajú, a to bez ohľadu na to, kde majú poskytovatelia uvedených sprostredkovateľských služieb miesto usadenia. Toto nariadenie sa nevzťahuje na žiadnu službu, ktorá nie je sprostredkovateľskou službou, ani na žiadne požiadavky uložené v súvislosti s takouto službou, a to bez ohľadu na to, či sa táto služba poskytuje prostredníctvom sprostredkovateľskej služby.“ Pre stanovenie toho, na ktoré konkrétne subjekty sa bude Akt o digitálnych službách uplatňovať nie je preto rozhodujúce umiestnenie ich sídla, respektíve terminológiou Aktu o digitálnych službách – miesto usadenia, ale za rozhodujúci ukazovateľ možno označiť miesto usadenia príjemcov týchto sprostredkovateľských služieb, ktorým má byť územie Únie.

To, ktoré osoby môžeme rozumieť ako príjemcov služieb zase definuje čl. 3 písm. b) Aktu o digitálnych službách, pričom je to každá fyzická alebo právnická osoba, ktorá využíva sprostredkovateľskú službu, najmä na účely vyhľadávania alebo

---

<sup>9</sup> Definovaný v čl. 2 ods. 1 nariadenia 2019/1150

<sup>10</sup> Pričom článok 24 ods. 2, 3 a 6, článok 33 ods. 3 až 6, článok 37 ods. 7, článok 40 ods. 13, článok 43 a kapitola IV oddiely 4, 5 a 6 sa však uplatňujú od 16. novembra 2022

sprístupňovania informácií. Tieto fyzické a právnické osoby teda predstavujú užívateľskú základňu sprostredkovateľských služieb, zahrňujúc tak spotrebiteľské spektrum príjemcov služieb, ako aj komerčných užívateľov. Článok 2 ods. 3 zároveň stanovuje, že nariadením nie je dotknuté uplatňovanie smernice o elektronickom obchode. Úlohou Aktu o digitálnych službách teda nebude suplovať ani nahradiť smernicu o elektronickom obchode. Aj keď by dôsledná analýza a následná komparácia zodpovednostného režimu platforiem podľa smernice o elektronickom obchode a Aktu o digitálnych službách presahovala rámec tohto príspevku, dovolíme si poukázať na gramatické vymedzenie oddielu 4 smernice o elektronickom obchode, ktorý upravuje *zodpovednosť sprostredkovateľov poskytovateľov služieb*<sup>11</sup> a kapitolu II Aktu o digitálnych službách venujúcu sa *zodpovednosť poskytovateľov sprostredkovateľských služieb*.<sup>12</sup> Berúc do úvahy znenie čl. 12 až 15 Aktu o digitálnych službách a čl. 3 až 9 smernice o elektronickom obchode, nemožno v zodpovednostnom režime poskytovateľov sprostredkovateľských služieb badať signifikantné zmeny, čo potvrdzuje aj ostatná odborná spisba.<sup>13</sup>

Kto predstavuje teda poskytovateľa sprostredkovateľských služieb v zmysle Aktu o digitálnych službách? So zreteľom na čl. 3 ods. 1 písm. g) Aktu o digitálnych službách sprostredkovateľskou službou sa rozumie jedna z týchto služieb informačnej spoločnosti:

- i) služba „*obyčajný prenos*“ pozostávajúca z prenosu informácií poskytovaných príjemcom služby v komunikačnej sieti alebo z poskytovania prístupu ku komunikačnej sieti,
- ii) služba „*kešing*“ pozostávajúca z prenosu informácií poskytovaných príjemcom služby v komunikačnej sieti, pri ktorom sa tieto informácie automaticky, dočasne a prechodne uchovávajú, vykonávaná výlučne na účely zefektívnenia ďalšieho prenosu informácií k iným príjemcom na ich žiadosť,
- iii) služba „*hosting*“ pozostávajúca z uchovávania informácií poskytovaných príjemcom služby na jeho žiadosť.

Článok 2 Aktu o digitálnych službách zase negatívne vymedzuje, na ktorú množinu služieb, nebude predmetné nariadenie aplikovateľné, a teda sa nevzťahuje na žiadnu službu, ktorá nie je sprostredkovateľskou službou, ani na žiadne požiadavky uložené v súvislosti s takouto službou, a to bez ohľadu na to, či sa táto služba poskytuje prostredníctvom sprostredkovateľskej služby. Na základe uvedeného možno konštatovať, že vynímajúc negatívne vymedzenie aplikovateľnosti (čl. 2 ods. 2 Aktu o digitálnych službách), sa budú povinnosti – a to predovšetkým otázky zodpovednosti – týkať všetkých sprostredkovateľských služieb, tak ako sú vymedzené v čl. 3 písm. g) Aktu o digitálnych službách.

---

<sup>11</sup> Oficiálny preklad z pôvodného „*liability of intermediary service providers*“

<sup>12</sup> Oficiálny preklad z pôvodného „*liability of providers of intermediary services*“

<sup>13</sup> CAUFFMAN, Caroline; GOANTA, Catalina. A new order: The digital services act and consumer protection. *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 12.4.:s. 763



Európsky zákonodarca však od sprostredkovateľských služieb ešte odlišil kategóriu tzv. *veľmi veľkých online platforiem* a *veľmi veľkých internetových vyhľadávačov*. Oddiel 5 Aktu o digitálnych službách upravuje tzv.  *dodatočné povinnosti poskytovateľov veľmi veľkých online platforiem a veľmi veľkých internetových vyhľadávačov na riadenie systémových rizík*. Podľa čl. 33 Aktu o digitálnych službách sa zmienený oddiel bude vzťahovať na online platformy a internetové vyhľadávače, ktoré majú priemerný mesačný počet aktívnych príjemcov služby v Únii, ktorý sa rovná 45 miliónom alebo je vyšší, a ktoré sú určené ako veľmi veľké online platformy alebo veľmi veľké internetové vyhľadávače v súlade s odsekom 4 predmetného článku.

S ohľadom na vymedzený cieľ príspevku je tento aspekt zásadným momentom – v rámci Aktu o digitálnych službách sa vytvorili v podstate dve kategórie poskytovateľov sprostredkovateľských služieb, a tým pádom aj dve kategórie povinností. Prvá kategória povinností, zahrňujúc úpravu režimu zodpovednosti, povinnosti náležitej starostlivosti, vnútorný systém vybavovania sťažností, mimosúdne riešenie sporov a iné sa vzťahujú plošne na všetky sprostredkovateľské služby, pričom druhá kategória povinností obsiahnutá v oddiele 5 Aktu o digitálnych službách, do ktorej zaraďujeme predovšetkým posudzovanie rizík, zmiernovanie rizík, mechanizmus reakcie na krízu, nezávislý audit, dodatočnú transparentnosť online reklamy, prístup k údajom a ich kontrola, povinnosť informovať o transparentnosti či poplatky za dohľad, sa bude vzťahovať výlučne na kategóriu tzv. *veľmi veľkých online platforiem* a *veľmi veľkých internetových vyhľadávačov*.

Dňa 25. apríla 2023 sa Margrethe Vestager pri oficiálnom označení tých subjektov, ktoré predstavujú veľmi veľké online platformy a veľmi veľké internetové prehliadače, vyjadrila, že *„celou logikou našich pravidiel je zabezpečiť, aby technológia slúžila ľuďom a spoločnostiam, v ktorých žijeme – nie naopak. Akt o digitálnych službách prinesie zmysluplnú transparentnosť a zodpovednosť platforiem a vyhľadávačov a poskytne spotrebiteľom väčšiu kontrolu nad ich online životom. Dnešné označenia sú obrovským krokom vpred k tomu, aby sa to stalo.“*<sup>14</sup> V uvedený deň Európska komisia na základe Aktu o digitálnych službách rozhodla o označení 17 subjektov, ktoré majú viac ako 45 miliónov aktívnych užívateľov mesačne a teda predstavujú:

Veľmi veľké online platformy podľa kritérií upravených v Akte o digitálnych službách:

- Alibaba AliExpress
- Amazon Store
- Apple AppStore
- Booking.com
- Facebook
- Google Play
- Google Maps

---

<sup>14</sup> Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines, Tlačová správa zo dňa 25.apríla 2023, [navštívené dňa 17.09.2023], Dostupné z: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_2413](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413)>

- Google Shopping
- Instagram
- LinkedIn
- Pinterest
- Snapchat
- TikTok
- Twitter
- Wikipedia
- YouTube
- Zalando            a

veľmi veľké internetové vyhľadávače podľa kritérií upravených v Akte o digitálnych službách:

- Bing
- Google Search.

Pre úplnosť je taktiež potrebné poukázať na to, že z určitej kategórie povinností vzťahujúcich sa na poskytovateľov online platforiem sa podľa čl. 19 Aktu o digitálnych službách vylučujú mikropodniky a malé podniky. Aj keď je termín „online platforma“ používaný takmer na dennej báze v rôznych súvislostiach, pre účely Aktu o digitálnych službách sa online platformou rozumie hostingová služba, ktorá na žiadosť príjemcu služby uchováva a verejne šíri informácie, pokiaľ táto činnosť nie je nepodstatným a čisto vedľajším prvkom inej služby alebo nepodstatnou funkciou hlavnej služby, ktorý z objektívnych a technických dôvodov nemožno použiť bez tejto inej služby, a začlenenie tohto prvku alebo funkcie do inej služby nie je prostriedkom na obchádzanie uplatniteľnosti Aktu.

### 3. STRÁŽCOVIA PRÍSTUPU PODĽA AKTU O DIGITÁLNYCH TRHOCH

Akt o digitálnych trhoch označujeme ako *ex ante* reguláciu, vykazujúcu viaceré regulatórne elementy súťažného práva.<sup>15</sup> Podľa čl. 1 ods. 1 Aktu o digitálnych trhoch je účelom predmetného nariadenia prispievať k správne fungovaniu vnútorného trhu stanovením harmonizovaných pravidiel, ktorými sa pre všetky podniky zabezpečia súťažeschopné a spravodlivé trhy digitálneho sektora v celej Únii, na ktorých pôsobia strážcovia prístupu, a to v prospech všetkých komerčných používateľov a koncových používateľov. Apel na aspekt súťažeschopnosti a spravodlivosti trhov napovedá o obsahovom zameraní Aktu o digitálnych trhoch, ktorý súvisí predovšetkým s problematikou hospodárskej súťaže.

Priamo v záväznej časti Aktu o digitálnych trhoch v čl. 1 ods. 6 je uvedené, že uplatňovanie článkov 101 a 102 ZFEÚ, prípadne ďalších vnútroštátnych právnych

---

<sup>15</sup> HEINZ, Silke, 2020. Draft German competition rules on powerful digital gatekeepers. *Kluwer Competition Law Blog*. Online. 11 December 2020. [navštívené dňa 17.09.2023]. Dostupné z: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/12/11/draft-german-competition-rules-on-powerful-digital-gatekeepers/>

predpisov, ktoré zakazujú praktiky spôsobilé obmedzovať hospodársku súťaž, nie je predmetným Aktom o digitálnych trhoch dotknuté. Tradičné inštitúty práva hospodárskej súťaže (zákaz zneužívania dominantného postavenia, kartelové dohody či kontrola koncentrácií) síce doposiaľ slúžili ako základný právny rámec pre postihovanie praktík strážcov prístupu, ktoré deformujú digitálne trhy, no napomôcť (či zabrániť) častokrát zdĺhavému procesu konania súťažnej autority má v súčasnosti predovšetkým Akt o digitálnych trhoch. Akt o digitálnych trhoch zároveň stanovuje strážcom prístupu povinnosti, či zakazuje vymedzené konania pomerne jednoznačne a špecificky. Pôsobenie strážcov prístupu, berúc do úvahy možnosť zasiahnuť voči určitým praktikám deformujúcim trhy, vykazuje určité špecifiká, ktoré len sťažka možno sankcionovať štandardnými regulačnými nástrojmi.<sup>16</sup>

Zavše je nutné zmieniť množstvo dát, ktoré užívatelia platforiem každý deň generujú, berúc do úvahy proces zberu a následného spracovania týchto dát (a to aj o užívateľoch mimo platforiem). Kľúčové preto bude zrejme aj to, že dáta s ktorými platformy pracujú častokrát predstavujú osobné údaje v zmysle príslušných ustanovení GDPR. V tomto smere poukazujeme predovšetkým na čl. 5, 6 a 7 Aktu o digitálnych trhoch, ktorý vymedzuje, čoho sa musia strážcovia prístupu zdržať, alebo to, čo musia vykonať. Pre ilustráciu, strážca prístupu nesmie bez súhlasu koncového používateľa udeleného podľa príslušných ustanovení GDPR, spracúvať na účely poskytovania online reklamných služieb osobné údaje koncových používateľov využívajúcich služby tretích strán, ktoré využívajú jeho základné platformové služby.

Rovnako ako pri Akte o digitálnych službách, aj pri Akte o digitálnych trhoch si pokladáme rovnakú otázku – komu je táto regulácia určená a koho označujeme ako strážcu prístupu? Kategória strážcov prístupu je kvalitatívne a kvantitatívne ohraničená. Článok 2 Aktu o digitálnych trhoch stanovuje, že pre svoje účely uplatňuje toto vymedzenie pojmov, vychádzajúc z prezumpcie, že strážca prístupu je podnik poskytujúci základné platformové služby,

„Základná platformová služba“ je ktorákoľvek z týchto služieb:

- a) online sprostredkovateľské služby;
- b) internetové vyhľadávače;
- c) online služby sociálnej siete;
- d) služby platformy na zdieľanie videí;
- e) interpersonálne komunikačné služby nezávislé od číslovania;
- f) operačné systémy;
- g) webové prehliadače;
- h) virtuálni asistenti;
- i) služby cloud computingu;
- j) online reklamné služby vrátane akýchkoľvek reklamných sietí, reklamných búrz a akýchkoľvek iných služieb

---

<sup>16</sup> BROADBENT, Meredith. The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool. 2020.

sprostredkovania reklamy, ktoré poskytuje podnik poskytujúci ktorúkoľvek zo základných platformových služieb uvedených v písmenách.

Čl. 3 ods. 1 Aktu o digitálnych trhoch stanovuje tzv. *kvalitatívne kritéria*. Podnik sa označí za strážcu prístupu, ak:

- a) má významný vplyv na vnútorný trh;
- b) poskytuje základnú platformovú službu, ktorá je dôležitou bránou prístupu komerčných používateľov ku koncovým používateľom;
- c) má vo svojej činnosti pevne zakotvené a trvalé postavenie alebo je možné predpokladať, že takéto postavenie dosiahne v blízkej budúcnosti.

Čl. 3 ods. 2 Aktu o digitálnych trhoch zase vymedzuje tzv. *kvalitatívne kritéria*, pričom ak podnik spĺňa príslušné požiadavky uvedené v odseku 1 označí sa za strážcu prístupu:

- a) pokiaľ ide o odsek 1 písm. a), ak dosiahol ročný obrat v Únii v každom z posledných troch finančných rokoch najmenej 7,5 miliardy EUR alebo ak jeho priemerná trhovú kapitalizácia alebo jeho zodpovedajúca objektívna trhovú hodnota v poslednom finančnom roku dosiahla aspoň 75 miliárd EUR a poskytuje tú istú základnú platformovú službu najmenej v troch členských štátoch;
- b) pokiaľ ide o odsek 1 písm. b), ak poskytuje základnú platformovú službu, ktorá mala v poslednom finančnom roku mesačne aspoň 45 miliónov aktívnych koncových používateľov usadených alebo nachádzajúcich sa v Únii a ročne aspoň 10 000 aktívnych komerčných používateľov usadených v Únii, ktorí sa identifikujú a spočítavajú v súlade s metodikou a ukazovateľmi stanovenými v prílohe;
- c) pokiaľ ide o odsek 1 písm. c), ak boli prahové hodnoty uvedené v písmene b) tohto odseku dosiahnuté v každom z posledných troch finančných rokov.

Dňa 06. septembra 2023 Európska komisia po prvýkrát označila, ktoré subjekty predstavujú strážcov prístupu v zmysle Aktu o digitálnych trhoch, pričom budú mať šesť mesiacov na to, aby zabezpečili súladnosť ich pôsobenia s povinnosťami vyplývajúcimi z Aktu o digitálnych trhoch, pre každú z ich základných platformových služieb:

Strážcovia prístupu podľa kritérií stanovených v Akte o digitálnych trhoch:

- Alphabet,
- Amazon,
- Apple,
- ByteDance,
- Meta,
- Microsoft.

Záverom tejto kapitoly týkajúcej sa strážcov prístupu vo svetle Aktu o digitálnych trhoch si dovoľujeme poukázať na koncept tzv. „superdominancie“, ktorý Všeobecný súd pomenoval v rozsudku týkajúcom sa prípadu Google Shopping, a ktorá kladie na podniky s mimoriadnou trhovou silou ešte väčšie nároky než na podniky s bežným dominantným postavením.<sup>17</sup> Voči rozsudku Všeobecného súdu EÚ zo dňa 10. novembra 2021 bolo podané odvolanie a momentálne je právne vec pre Súdny dvorom (konanie vedené pod spisovou značkou C-48/22 P).

#### 4. KOMPARAČNÁ PERSPEKTÍVA AKTOV

Pre účely komparačnej perspektívy začneme črtami, ktoré majú Akt o digitálnych trhoch a Akt o digitálnych službách spoločné. Ako uvádzame aj vyššie, smernica o elektronickom obchode predstavovala až do prijatia Aktu o digitálnych službách základný regulačný rámec upravujúci zodpovednosť digitálnych platforiem. Rovnako tak, pre účely zachovania intenzity súťaže na relevantných digitálnych trhoch, európska súťažná autorita a vnútroštátne súťažné autority (nevynímajúc súdne autority, ktoré sporné súťažné otázky rozhodovali v rámci súdneho konania) využívali tradičné inštitúty súťažného práva, tzv. piliere súťažného práva – zákaz zneužívania dominantného postavenia, zákaz dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž a kontrolu koncentrácií. Oba Akty – o digitálnych trhoch a digitálnych službách, v rámci svojej záväznej časti vymedzujú, že ich uplatňovaním nie je dotknuté uplatňovanie smernice o elektronickom obchode (Akt o digitálnych službách), resp. nie je dotknuté uplatňovanie čl. 101 a 102 ZFEÚ (Akt o digitálnych trhoch), ktorý predstavuje právny základ pre úpravu hospodárskej súťaže v rámci primárneho práva EÚ. Akt o digitálnych službách, rovnako aj Akt o digitálnych trhoch podľa svojich znení neslúžia na to, aby svojich regulačných „predchodcov“ nahradili či zastúpili.

Poukazujúc na vymedzenie kritérií pre označenie veľmi veľkých online platforiem a veľmi veľkých internetových vyhľadávačov, Akt o digitálnych službách vytvára dve resp. 3 kategórie povinností – pre sprostredkovateľov, veľmi veľké online platformy a veľmi veľké internetové vyhľadávače, a zároveň z určitých povinností vyníma mikropodniky a malé podniky. Naproti tomu, Akt o digitálnych trhoch stanovuje len jednu kategóriu – gatekeeperov, strážcov prístupu. Bez ohľadu na segment ich pôsobnosti a bez ohľadu na ich vnútorné usporiadanie, všetky povinnosti uložené v čl. 5, 6 a 7 Aktu o digitálnych trhoch sa vzťahujú na strážcov prístupu. Navyše, podľa čl. 6 Aktu o digitálnych trhoch, strážca prístupu musí spĺňať všetky stanovené povinnosti v súvislosti s každou z jeho základných platformových služieb uvedených v rozhodnutí o označení.

#### ZÁVER

V rámci regulačného prístupu v otázke vymedzenia subjektov, na ktoré sa bude Akt o digitálnych službách a Akt o digitálnych trhoch vzťahovať, môžeme

---

<sup>17</sup> Rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 17. decembra 2021, Google a Alphabet/Komisia (Google Shopping), T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, bod 182-183

pozorovať rozličný prístup. Akt o digitálnych službách ukladá určité povinnosti v podstate všetkým poskytovateľom sprostredkovateľských služieb a pre veľmi veľké online platformy a veľmi veľké internetové vyhľadávače stanovuje ďalšie povinnosti nad rámec tých „základných“, čím zvyšuje mieru ich zodpovednosti. Pri Akte o digitálnych trhoch bádame iba jednu množinu subjektov a to tzv. strážcov prístupu, ktorí majú bez ohľadu na svoj segment pôsobenia povinnosti stanovené v čl. 5, 6 a 7 Aktu o digitálnych trhoch, pričom pri kreovaní tejto množiny bol použitý tzv. univerzálny prístup.<sup>18</sup> Z hľadiska prehľadnosti sa ako vhodnejší javí práve Akt o digitálnych trhoch, avšak považujeme za logické, že kľúčoví technologickí giganti (reflektujúci ich silnejšiu trhovú pozíciu) musia znášať väčšie spektrum povinností, než ich menší konkurenti.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. BROADBENT, Meredith. The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool. 2020.
2. BUSCH, Christoph; MAK, Vanessa. Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation. *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 2021, 109, s. 12.
3. CABRAL, Luis, et al. The EU digital markets act: a report from a panel of economic experts. *Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., and Van Alstyne, M., The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, Luxembourg*, 2021.
4. CAUFFMAN, Caroline; GOANTA, Catalina. A new order: The digital services act and consumer protection. *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 12.4.:s. 763
5. Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines, Tlačová správa zo dňa 25. apríla 2023, [navštívené dňa 17.09.2023], Dostupné z: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_2413](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413)>
6. HEINZ, Silke, 2020. Draft German competition rules on powerful digital gatekeepers. *Kluwer Competition Law Blog*. Online. 11 December 2020. [navštívené dňa 17.09.2023]. Dostupné z: <<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/12/11/draft-german-competition-rules-on-powerful-digital-gatekeepers/>>
7. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1150 z 20. júna 2019 o podpore spravodlivosti a transparentnosti pre komerčných používateľov online sprostredkovateľských služieb, *OJL 186, 11.7.2019, p. 57–79*
8. Nariadenie európskeho parlamentu a rady (EÚ) 2022/2065 z 19. októbra 2022 o jednotnom trhu s digitálnymi službami a o zmene smernice 2000/31/ES (akt o digitálnych službách), *OJL 277, 27.10.2022, p. 1–102*
9. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2022/1925 zo 14. septembra 2022 o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora a o zmene

---

<sup>18</sup> Z pôvodného anglického „one-size-fits-all approach“

smerníc (EÚ) 2019/1937 a (EÚ) 2020/1828 (akt o digitálnych trhoch), *OJL* 265, 12.10.2022, p. 1–66

10. Rozsudok Všeobecného súdu zo dňa 17. decembra 2021, Google a Alphabet/Komisia (Google Shopping), T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763, bod 182-183
11. SMERNICA 2000/31/ES EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY z 8. júna 2000 o určitých právnych aspektoch služieb informačnej spoločnosti na vnútornom trhu, najmä o elektronickom obchode (smernica o elektronickom obchode), *Ú. v. ES L* 178, 17.7.2000, s. 1 – 16

#### **KONTAKT NA AUTORA**

simona.rudohradska@upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kovačská 26

040 75 Košice

Slovenská republika

## Vplyv Gatekeeperov na používateľov ich platforiem<sup>2</sup>

### The impact of the Gatekeepers on users of their platforms

#### Abstrakt

*Autorka sa v predkladanom článku zameriava na vplyv gatekeeperov na používateľov ich platforiem na jednotnom digitálnom trhu. Predmetom skúmania pre účely tohto príspevku sú najmä niektoré z ustanovení novoprijatého a v súčasnosti už účinného Nariadenia o digitálnych trhoch a okolnosti, resp. správanie gatekeeperov, ktoré k prijatiu týchto jednotlivých analyzovaných ustanovení mohli viesť. Autorka sa zameriava najmä na ustanovenia DMA, ktoré úzko súvisia jednak s ochranou osobných údajov konečných používateľov platforiem, neoprávneným využívaním týchto údajov či obmedzenému výberu používateľov ako spotrebiteľov či neprimeraným cenám.*

*Kľúčové slová: gatekeeper, digitálna platforma, koncový používateľ, komerčný používateľ, súťažeschopnosť, Nariadenie o digitálnych trhoch.*

#### Abstract

*In the presented article, the author focuses on the influence of gatekeepers on the end users of their platforms in the digital single market. The subject of investigation for the purposes of this contribution are mainly some of the provisions of the newly adopted and currently effective Regulation on Digital markets and the circumstances that could have led to the adoption of these individual analyzed provisions. The author focuses mainly on the provisions of the DMA, which are closely related to the protection of personal data of the end users of the platforms, the unauthorized use of this data or the limited choice of platform users as consumers or inadequate prices.*

*Key words: gatekeeper, digital platform, end user, commercial user, contestability, Digital markets act.*

**JEL Classification:** D18, K24

---

<sup>1</sup> Interná doktorandka na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty UPJŠ v Košiciach.

<sup>2</sup> Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy - APVV-19-0424 - Inovatívna obchodná spoločnosť: vnútrokorporátne premeny, digitálne výzvy a nástup umelej inteligencie a APVV-17-0561- Eudskoprávne a etické aspekty kybernetickej bezpečnosti.



## ÚVOD

Vo všeobecnosti digitálne služby a predovšetkým digitálne platformy<sup>3</sup> zohrávajú na vnútornom trhu Európskej únie dôležitú úlohu. Táto úloha spočíva najmä v tom, že dokážu a umožňujú podnikom osloviť používateľov v rámci celej EÚ, majú značný vplyv na cezhraničný obchod a tiež vytvárajú priestor pre nové podnikateľské príležitosti iným spoločnostiam v prospech európskych spotrebiteľov. V európskom digitálnom hospodárstve funguje viac ako 10 000 online platforiem a väčšina z nich sú malé a stredné podniky. Najväčší podiel na hodnote získava však malý počet veľmi veľkých spoločností – online platforiem, ktoré poskytujú základné platformové služby<sup>4</sup>. Ako „vrátnici“ medzi podnikmi a občanmi profitujú zo silných sieťových efektov a vykonávajú takú kontrolu nad celými platformami, že s nimi v podstate nemôžu súťažiť existujúce alebo nové subjekty na trhu, bez ohľadu na to, aké inovatívne a prospešné môžu byť. Disponujú tiež silnou schopnosťou spájať mnohých komerčných používateľov s mnohými koncovými používateľmi vďaka mnohostrannosti ich služieb, Tieto charakteristiky v spojení s nekalými praktikami týchto podnikov poskytujúcich základné platformové služby podstatne narušujú súťažeschopnosť trhu a ovplyvňujú spravodlivosť obchodného vzťahu medzi podnikmi poskytujúcimi takéto služby a koncovými používateľmi. V konečnom dôsledku to vedie k obmedzeniu možností voľby komerčných a koncových používateľov. Podniky poskytujúce tieto služby sa tak môžu dostať do pozície tzv. „gatekeeperov“ alebo aj „strážcov prístupu“, v zmysle novoprijatej európskej legislatívy – Nariadenia o Digitálnych trhoch (DMA)<sup>5</sup>. V súčasnosti, v júli 2023, Európska komisia označila ako gatekeeperov tieto spoločnosti: Alphabet (Google), Amazon, Apple, ByteDance (TikTok), Meta (Facebook, Instagram, Whatsapp), Microsoft a Samsung.

Cieľom tohto príspevku je determinovať niektoré zo spôsobov vplyvu gatekeeperov na iné subjekty, ktoré sú prítomné na jednotnom digitálnom trhu a to najmä so zameraním na koncových používateľov ale aj komerčných používateľov. Taktiež v tomto príspevku poukážeme na niektoré z ustanovení novoprijatej európskej legislatívy – Nariadenia o Digitálnych trhoch (DMA), ktoré sú práve výsledkom vplyvu gatekeeperov na tieto subjekty. Poukážeme aj na niektoré kroky ktoré sa zo strany gatekeeperov očakávajúaby tak zosúladi svoje praktiky s uloženými povinnosťami.

---

<sup>3</sup> Pod pojmom digitálne platformy možno rozumieť napríklad online trhoviská, obchody s aplikáciami či sociálne médiá

<sup>4</sup> V súlade s čl. 2 ods. 2 bodmi (a) –(j) DMA „základná platformová služba“ je ktorákoľvek z týchto služieb: online sprostredkovateľské služby; internetové vyhľadávače, online služby sociálnej siete, služby platformy na zdieľanie videí, interpersonálne komunikačné služby nezávislé od číslovania, operačné systémy, webové prehliadače, virtuálni asistenti, služby cloud computingu, online reklamné služby vrátane akýchkoľvek reklamných sietí, reklamných búr a akýchkoľvek iných služieb sprostredkovania reklamy, ktoré poskytuje podnik poskytujúci ktorúkoľvek zo základných platformových služieb uvedených v písmenách a) až i)

<sup>5</sup> Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2022/1925 zo 14. septembra 2022 o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora a o zmene smerníc (EÚ) 2019/1937 a (EÚ) 2020/1828 (akt o digitálnych trhoch), na účely tohto článku autorka používa skratku „DMA“

V predmetnej skúmanej oblasti sa vyskytuje čoraz viac publikovaných prác, ktoré sa zameriavajú na jednak postavenie gatekeeperov, spôsob ich kontroly, vymedzovania ich práv a povinností ale aj iné právne otázky súvisiace s digitálnymi platformami vo všeobecnosti. Je tomu tak z dôvodu, že odborná verejnosť reaguje na novú legislatívu, ktoré je prijatá na úrovni Európskej únie pre danú oblasť, v podobe spomínaného DMA a taktiež DSA<sup>6</sup>. Ako príklad možno uviesť napríklad zahraničných autorov Oliver Budzinski, Jacques Crémer, Wolfgang Kerber či Luis Cabral ale aj domácich autorov doc. JUDr. Regina Hučková, PhD. alebo doc. JUDr. Diana Treščáková, PhD., ktoré aktívne publikujú na témy z tejto právnej oblasti.

## 1. K POJMU GATEKEEPER

Digitálne platformy sa stali integrovanou súčasťou nášho života a dnes môže byť pre verejnosť len ťažko predstaviteľný online priestor bez prítomnosti spoločností ako je Meta (Facebook), Google, Apple alebo Amazon. Môžeme tvrdiť, že prínosy, ktoré tieto spoločnosti prinášajú sú naozaj zreteľné. Úspešnosť týchto gigantov spôsobila, že ich dominancia na trhu im poskytuje až neprimerane výhodné postavenie voči ich konkurentom. Majú navyše značný vplyv na základné práva, demokraciu, spoločenské aspekty a ekonomiku. Úvodom tejto časti tohto príspevku pokladá autorka za dôležité v skratke definovať pojem „gatekeeper“ alebo aj v zmysle slovenskej verzie „strážca brány“. Taktiež poukážeme na definíciu koncových a komerčných užívateľov.

Gatekeeper je v skratke podnik, ktorý poskytuje základné platformové služby a je označený za gatekeepera v súlade s čl. 3 DMA (v tomto článku sú vymedzené vecné a kvantitatívne kritéria). Nosným cieľom DMA je zabezpečiť budúcu súťažnosť a spravodlivosť digitálnych trhov, kde sú prítomní takzvaní gatekeeperi.<sup>7</sup> Niektorí autori sa k problematike vymedzenia strážcov trhu vyjadrilo skepticky až kriticky. Napríklad Kerber k tomuto gatekeeperskému vymedzeniu zastáva jemne skeptický názor, poukazujúc na otázku, či koncept vrátnikov je adekvátny a či môže slúžiť na vymedzenie aj z ekonomického hľadiska, nie len právneho.<sup>8</sup> Ďalším príkladom je napríklad skupina autorov Budzinski a kol., poukazovali na nekomplexnosť právnej úpravy DMA a zaoberali sa problematikou služieb, na ktoré sa DMA vzťahuje len okrajovo, majú na mysli prípad platformy YouTube.<sup>9</sup>

Gatekeeperské platformy umožňujú podnikom osloviť používateľov vrámci celej EÚ, čo dodáva spoločnostiam ako Meta, Amazon a Google akúsi moc vytvárať nové

---

<sup>6</sup> Európska komisia na na dynamiku digitálneho hospodárstva zareagovala v decembri 2020, kedy predložila balík opatrení týkajúcich sa digitálnych služieb. Zaoberá sa reguláciou digitálnych sfér a to prostredníctvom Aktu o digitálnych trhoch alebo aj „Digital Markets Act (DMA)“, a Aktom o digitálnych službách, známy tiež ako „Digital Services Act (DSA)“.

<sup>7</sup> čl. 1 ods.1 DMA a čl.7, 32, 33 preambuly DMA.

<sup>8</sup> KERBER, W. *Taming Tech Giants with a Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act from the 'Rules vs. Standard' Perspective*. Nemecko: Marburg: University of Marburg, 2021.

<sup>9</sup> BUDZINSKI, O. – GAENSSELE, S. – LINDSTÄDT-DREUSICKE, N. The battle of YouTube, TV and Netflix: an empirical analysis of competition in audiovisual media markets. In: SN Business & Economics. 116. 2021.

pravidlá pre cezhraničný obchod a otvoriť úplne nové možnosti v oblasti podnikania. Tieto trhové procesy monohokrát nedokážu zabezpečiť spravodlivé ekonomické výsledky, pokiaľ ide o služby základnej digitálnej platformy. Hoci sa články 101 a 102 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ) vzťahujú na správanie gatekeeperov, rozsah týchto ustanovení bol limitovaný len na určité situácie. Digitálne služby základnej digitálnej platformy majú množstvo vlastností z ktorých môžu ťažiť gatekeeperi, ktoré ich poskytujú. Vyznačujú sa schopnosťou spojiť mnoho komerčných používateľov s mnohými koncovými používateľmi prostredníctvom svojich služieb, čo im zase umožňuje využiť ich výhody, ako je napríklad prístup k veľkému množstvu údajov, z jednej oblasti činnosti do druhej. Takýmto spôsobom prispievajú k rozvoju množstva spoločností v rámci EÚ a k prospechu spotrebiteľov v tomto regióne. Príkladom takýchto charakteristík služieb základnej platformy sú extrémne úspory z rozsahu, ktoré často vyplývajú z takmer nulových marginálnych nákladov na pridanie podnikových používateľov alebo koncových používateľov.<sup>10</sup>

Záverom tejto časti článku považujeme za dôležité vymedziť definície koncového a komerčného používateľa, ktoré sú pre tento článok dôležité. Pod pojmom „koncový používateľ“ rozumieme každú fyzickú alebo právnickú osobu, ktorá využíva základné platformové služby a nie je komerčným používateľom.<sup>11</sup> Na druhej strane „komerčný používateľ“ je každá fyzická alebo právnická osoba konajúca v rámci svojej obchodnej alebo odbornej činnosti, ktorá využíva základné platformové služby na poskytovanie alebo pri poskytovaní tovaru alebo služieb koncovým používateľom<sup>12</sup>.

## 2. VPLYV GATEKEEPERSKÝCH PLATFORIEM NA ICH POUŽÍVATEĽOV

Správanie sa gatekeeperov na digitálnom trhu EÚ má dopad na komerčných a koncových používateľov, a to najmä čo sa týka:

1. *ochrany osobných údajov<sup>13</sup> a súkromia,*
2. *obmedzeného výberu spotrebiteľov,*
3. *vysokých cien a nevýhodných podmienok.*

Pochopenie vzťahu gatekeeperov a týchto používateľov v digitálnom veku je kľúčové pre pochopenie vyvíjajúcej sa dynamiky prístupu na trh, toku informácií a správania sa spotrebiteľov. Keďže gatekeeperi majú aj naďalej významný vplyv na zabezpečenie vyváženého digitálneho ekosystému, ktorý podporuje inovácie,

---

<sup>10</sup> EURÓPSKA RADA. *DMA: Rada s konečnou platnosťou schválila nové pravidlá spravodlivej hospodárskej súťaže online*. 2022. dostupné na internete: <https://www.consilium.europa.eu/sk/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/>

<sup>11</sup> Čl. 2 ods. 20 DMA

<sup>12</sup> Čl. 2 ods. 21 DMA

<sup>13</sup> „osobné údaje“ sú osobné údaje vymedzené v článku 4 bod 1 Nariadenia (EÚ)2016/679

hospodársku súťaž a posilnenie postavenia používateľov, je potrebné dôkladne zvážiť ich dôsledky a potenciálne regulačné reakcie<sup>14</sup>.

## 2.1. Ochrana osobných údajov a súkromia

Gatekeeperi často získavajú veľké množstvo osobných údajov od spotrebiteľov. Ak nezabezpečia primeranú ochranu týchto údajov, môže to viesť k obavám týkajúcich sa súkromia a bezpečnosti spotrebiteľov. Problém zneužívania osobných údajov možno vysvetliť príkladom na prípade gatekeepera „platformy Facebook, ktorý vyvolal rozsiahle verejné diskusie na tému ochrany súkromia na platformách. Prvým z viacerých prípadov bol prípad Cambridge Analytica, kedy boli informácie zneužit na politické ciele.<sup>15</sup> Ďalej nemožno nespomenúť zdieľanie dát s tretími stranami. Facebook dlho umožňoval rôznym aplikáciám a webovým stránkam získavať prístup k osobným údajom používateľov, keď používatelia dali povolenie na prístup k svojim údajom. To mohlo viesť k zneužitiu údajov tretími stranami a nežiaducemu sledovaniu používateľov. Ďalším problémom platformy Facebook bola častá zmena nastavení súkromia a užívateľských preferencií, čo mohlo spôsobiť, že používatelia mali nižšiu kontrolu nad tým, kto má prístup k ich údajom. čo často spôsobilo, že používatelia nechali svoje údaje viac verejné, ako si mysleli. Facebook tiež zhromažďoval osobné údaje používateľov na reklamné účely a umožňoval reklamným spoločnostiam cielenie reklám na základe týchto údajov. To mohlo viesť k tomu, že ich osobné údaje boli využívané na komerčné účely. Taktiež došlo častokrát k únikom dát z platformy Facebook a osobné údaje používateľov tak boli vystavené riziku zneužívania.

Zhromažďovanie údajov zvyhodňuje gatekeeperov v porovnaní s ich konkurentami. Navyše zo spotrebiteľskej perspektívy znižuje spotrebiteľskú možnosť výberu. V súčasnosti, v súlade s čl. 5 ods. 2 DMA gatekeeper nesmie bez súhlasu koncového používateľa pristúpiť k nasledujúcim postupom:

- a) *spracovávať koncového používateľa na reklamné účely osobné údaje získané zo služieb tretích strán, ktoré používajú CPS správcu brány,*
- b) *na spojenie alebo krížové použitie osobných údajov z jeho CPS s osobnými údajmi zhromaždenými akoukoľvek inou službou ponúkanou správcom brány alebo službami tretích strán a*
- c) *na prihlásenie koncových používateľov do iných služieb za účelom kombinovania osobných údajov.*

Môžeme tvrdiť, že toto ustanovenie je inšpirované prípadom Facebook<sup>16</sup>. Nemecký úrad pre hospodársku súťaž odsúdil ako zneužívajúce praktiky Facebooku spájať osobné údaje zhromaždené jeho sociálnou sieťou a službami zasielania

<sup>14</sup> BLANDIN, A. *E-commerce rules, fit for the digital age*. Luxembursko: Luxemburg: Európsky parlament, 2021.

<sup>15</sup> Britská konzultačná spoločnosť získala osobné údaje od viac než 87 miliónov používateľov Facebooku prostredníctvom psychografického testu.

<sup>16</sup> WITT, A.C., Platform Regulation in Europe-Per Se Rules to the Rescue?.In: *Journal of Competition Law & Economics*, 2022.vol. 18, č. 3, s. 689.

správ.<sup>17</sup> Ako vyplýva z textu DMA, právna úprava je ešte precíznejšia a to práve z dôvodu že zakotvuje zákaz kombinácie údajov s údajmi získanými službami tretích strán. V súčasnosti už nie je tajomstvom, že obchodný model Facebooku funguje na základe ekonomiky pozornosti. Pre Facebook, je preto prvoradá udržať si pozornosť používateľa čo najdlhšie. Na dosiahnutie uvedeného je potrebné prezentovať obsah, ktorý je pre používateľa zaujímavý a túto skutočnosť zabezpečujú odporúčacie algoritmy<sup>18</sup> Facebooku. Tieto rozhodujú o tom, aký obsah sa používateľom sociálnej siete zobrazí. Do rozhodovania algoritmu môžu vstupovať faktory ako popularita obsahu, osobné preferencie používateľa, ale aj emocionalita, kontroverznosť obsahu či emocionálny stav používateľa. Prípado Facebook si zaslúžil pozornosť odbornej verejnosti z najmä z dôvodu, že súťažné právo je úzko prepojené s oblasťou ochrany osobných údajov a podmienky Facebooku boli v rozpore s nariadením GDPR.

Ďalším príkladom je spoločnosť Amazon, V roku 2020 Európska komisia obvinila Amazon zo zneužívania osobných údajov o aktivitách predajcov tretích strán vo svoj prospech. Konkrétne Amazon používal vo svoj prospech údaje o činnosti predajcov tretích strán. Amazon by tieto údaje nemal zneužívať keďže vystupuje ako konkurent týchto predajcov. Pravidlá Amazonu by nemali umelo zvýhodňovať vlastné maloobchodné ponuky Amazonu ani zvýhodňovať ponuky maloobchodníkov využívajúcich logistické a doručovacie služby Amazonu. S uvedeným sa bude musieť v súčasnosti vysporiadať.

## 2.2. Obmedzený výber používateľov

V online prostredí zohráva dôležitú úlohu reklama. Poskytovatelia online platforiem vytvárajú prostredie, v ktorom sa množstvo reklám prezentuje. V prípade, že sú používateľom prezentované cieľené reklamy tak, aby zodpovedali ich záujmom a potenciálne pôsobili na ich zraniteľné miesta, môže to mať obzvlášť závažné negatívne účinky. Manipulácia môže spôsobiť vážne dôsledky ako napríklad diskrimináciu určitých skupín či prispieť k dezinformačným kampaniam. Ako sa uvádza v samotnom texte DMA, Poskytovatelia online platforiem by nemali prezentovať reklamy založené na profilovaní vymedzenom v článku 4 bode 4 nariadenia (EÚ) 2016/679 s použitím osobitných kategórií osobných údajov uvedených v článku 9 ods. 1 uvedeného nariadenia, vrátane využívania kategórií profilovania založených na uvedených osobitných kategóriách.

Ďalšou skutočnosťou, ktorú je potrebné brať do úvahy je fakt, že používatelia môžu byť tiež náchylní na manipuláciu a to používaním tzv. vzorov (manipulatívne

---

<sup>17</sup> Rozhodnutie zo dňa 6 februára 2019. Prípado B6–22/16, Facebook, dostupné online v angličtine: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5)

<sup>18</sup> Algoritmus sociálnej siete môže zobrať do úvahy viac ako 10 000 rôznych parametrov, ktoré následne posudzuje tak, aby poskytol užívateľovi personalizovaný obsah, ktorý udrží jeho pozornosť po čo najdlhšiu dobu. Konkrétne hodnoty a váhy priradené týmto parametrom nie sú verejne známe, čím sa algoritmus stáva nepriehľadným a netransparentným.

dizajny používateľského rozhrania<sup>19</sup>), ktorým nútia platformy spotrebiteľov ako používateľov k neúmyselným krokom, ktoré nemusia byť v ich záujme, a tak im bránia uplatniť svoj súhlas zmysluplným spôsobom.<sup>20</sup> Správanie gatekeeperov na digitálnom trhu EÚ môže mať priamy vplyv na to, aký majú spotrebiteľia prístup k produktom, službám a inováciám. Preto je dôležité zabezpečiť primeranú reguláciu a dohľad, ktorý zabezpečí, že spotrebiteľia budú chránení a že trh bude fungovať spravodlivo a efektívne.

Produkty a služby, ktoré sú dostupné na trhu mohli istým spôsobom gatekeeperi obmedziť. V prípade, ak majú monopol alebo dominantnú pozíciu, môžu uprednostňovať svoje vlastné produkty alebo tých, s ktorými majú výhodné dohody, na úkor iných inovatívnych riešení. To môže obmedziť možnosti spotrebiteľov vybrať si a mať prístup k inováciám. Svoju dominantnú pozíciu na trhu taktiež môžu zneužiť na to, aby zvyšovali ceny pre svoje služby, alebo na to, aby spotrebiteľov viazali nevýhodnými podmienkami. Spotrebiteľia môžu byť čiastočne nútení prijať tieto podmienky, pretože gatekeeperi sú jedinými poskytovateľmi určitých služieb alebo produktov. V rámci politiky EÚ sú právne nástroje, ako je DMA, aby sa zabezpečilo, že gatekeeperi budú musieť dodržiavať určité pravidlá a normy správania na trhu.

V ustanovení čl. 5 ods. 4 a ods. 5 je zakotvený zákaz riadenia. Gatekeeper má povinnosť povoliť komerčným používateľom bezodplatne oznamovať a propagovať ponuky, a to aj za rôznych podmienok, koncovým používateľom získaným prostredníctvom jeho základnej platformovej služby alebo iných kanálov a uzatvárať zmluvy s týmito koncovými používateľmi bez ohľadu na to, či na tento účel využívajú základné platformové služby strážcu prístupu. Okrem tohto povolenia v prospech používateľov musia gatekeeperi na druhej strane umožniť koncovým používateľom prístup a používanie prostredníctvom CPS gatekeepera k obsahu, predplatným, funkciám alebo iným položkám získaným komerčnými používateľmi bez toho, aby použili platformu gatekeepera. Uvedené je inšpirované aktuálne skúmanými pravidlami Apple App Store, ktoré obmedzujú schopnosť vývojárov aplikácií informovať koncových používateľov o alternatívnych spôsoboch získavania ich služieb. Tieto ustanovenia podporujú multi-homing, a uľahčujú obchodným používateľom propagovať ich produkty alebo služby prostredníctvom rôznych kanálov, a tak znížiť ich závislosť od gatekeeperov. Okrem toho majú koncoví používatelia možnosť vybrať si lepšie ponuky. Multi-homing opisuje situáciu, keď na tom istom trhu existuje niekoľko konkurenčných obojstranných ekonomických platforiem a obe strany trhu môžu voľne existovať na niekoľkých platformách. Napríklad vodiči môžu súčasne vyhľadávať jazdy na Uber a Lyft, miesta na prenájom môžu byť zverejnené na Airbnb a Booking.com a predajcovia môžu otvoriť svoj online obchod na eBay aj Etsy.

---

<sup>19</sup> MAKÁ, Z. *The Interrelation between Privacy and Competition Law with Special Regard to the Obligations under the Digital Markets Act*. Maďarsko: Budapešť: ELTE Law Journal, 2022. č. 2. s. 17-34.

<sup>20</sup> Viac k interakcii GDPR s pravidlami hospodárskej súťaže a DMA: RUDOHRADSKÁ, S. – BACHŇÁKOVÁ RÓZENFELDOVÁ, L. – HUČKOVÁ, R. *When competition meets personal data protection*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, In *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 2023, vol. 7, s. 361–379.

Na tomto mieste je potrebné spomenúť aj skutočnosť, že poskytovatelia digitálnych služieb už nemôžu uprednostňovať svoje vlastné produkty, používať osobné údaje spotrebiteľov využívajúcich služby poskytované treťou stranou na ich platforme, používať určité postupy prepájania alebo obmedzovať používateľov platformy. V praxi sa tieto povinnosti týkajú napríklad predvolených nastavení, sideloadingu, multihomingu, boja proti viazaniu (predajca alebo dodávateľ podmieňuje predaj jedného produktu zaobstaraním ďalšieho produktu) a aj aplikácií tretích strán. Uvedené možno vysvetliť na príklade vzťahu spoločnosti Google a používateľa účtu Google. Tretie strany sú vývojári alebo firmy, ktoré nie sú Google ale prostredníctvom platformy Google môžete udeliť povolenie na zdieľanie údajov tretím stranám. Používateľ si napríklad môže prepojiť streamovaciu hudobnú službu so svojim účtom Google, a po prepojení môže interagovať s danou aplikáciou alebo službou tretej strany v zariadeniach prihlásených do svojho účtu Google. Pod pojmom sideloading rozumieme inštaláciu softvéru do používateľského zariadenia bez použitia schváleného obchodu s aplikáciami. Napríklad v Apple store nenájdeme aplikácie, ktoré sú v rozpore s ich pravidlami. Taktiež zariadenia Apple sú uzamknuté výrobcom a neexistuje žiadny oficiálny spôsob, ako načítať softvér.

### 2.3. Vysoké ceny a nevýhodné podmienky

Svoju dominantnú pozíciu na trhu taktiež mohli donedávna gatekeeperi zneužiť aj na to, aby zvyšovali ceny pre svoje služby, alebo na to, aby spotrebiteľov viazali nevýhodnými podmienkami. Spotrebiteľia tak mohli byť čiastočne nútení prijať tieto podmienky, pretože gatekeeperi boli/sú jedinými poskytovateľmi určitých služieb alebo produktov.

V rámci politiky EÚ existujú právne nástroje, ako je DMA, aby sa zabezpečilo, že gatekeeperi budú musieť dodržiavať určité pravidlá a normy správania na trhu. V súčasnosti v súlade s čl. 5 (3) DMA je zakotvená povinnosť pre gatekeeperov nebrániť komerčným používateľom ponúkať koncovým používateľom rovnaké produkty alebo služby prostredníctvom online sprostredkovateľských služieb tretích strán alebo prostredníctvom ich vlastných priamych online predajných kanálov za ceny alebo za podmienok, ktoré sa líšia od cien alebo podmienok ponúkaných prostredníctvom online sprostredkovateľských služieb strážcu prístupu. Toto ustanovenie sa vzťahuje doložky najvyšších výhod alebo doložky o parite. Presnejšie povedané, komerční používatelia môžu ponúkať lepšie ceny alebo lepšie podmienky buď na akomkoľvek treťom online predajnom kanáli alebo na svojom vlastnom predajnom kanáli. <sup>21</sup>Cieľom ustanovenia je podporiť súťaživosť medzi platformami aj v rámci platformy. Inými slovami, je možné, aby na trh vstúpili iné online sprostredkovateľské platformy, ktoré ponúkajú lepšie podmienky a nižšie ceny. Po druhé, obchodní používatelia budú môcť súťažiť s vrátnikmi za spravodlivých podmienok. Okrem toho si spotrebiteľia môžu vybrať medzi viacerými

---

<sup>21</sup> K tomu pozri napríklad Rozhodnutie Komisie zo dňa 4.5.2017 týkajúce sa konania podľa článku 102 Zmluvy o fungovaní Európskej únie a článku 54 Dohody o EHP (prípád AT.40153 – E-book MFNs and related matters).

alternatívnymi sprostredkovateľskými platformami a využívať potenciálne nižšie ceny alebo lepšie podmienky. Prekážky vstupu sú teda nižšie, trhy zostávajú otvorené a súťaživosť sa zvyšuje.<sup>22</sup>

### 3. VPLYV NA MALÉ A STREDNÉ PODNIKY<sup>23</sup>

V krátkosti sa v tejto časti článku venujeme vplyvu gatekeeperov na malé a stredné podniky, aj keď by táto oblasť mohla byť predmetom skúmania vrámci ďalšieho samostatného článku a ďaleko presahuje záber tohto článku.

Najdôležitejší spôsob, akým gatekeeperi ovplyvňujú MSP, je prostredníctvom prístupu, ktorý poskytujú širokému digitálnemu publiku. Príkladom si môžeme uviesť platformu Google alebo iné siete sociálnych médií, ktoré ponúkajú týmto malým podnikateľským subjektom príležitosť prezentovať svoje produkty, služby a obsah na globálnej používateľskej základni. Gatekeeperi tiež určujú viditeľnosť MSP v preplnenom digitálnom priestore. Algoritmy, ktoré hodnotia výsledky vyhľadávania, spravujú informačné kanály sociálnych médií a odporúčajú obsah, môžu vytvoriť alebo narušiť online prítomnosť spoločnosti. Viditeľnosť toho-ktorého menšieho podnikateľského subjektu má tak zvýšenú šancu osloviť potenciálneho zákazníka. Na druhej strane však je potrebné brať do úvahy skutočnosť, že táto algoritmická neistota, ktorá je pomerne zložitá a neistá znižuje predvídateľnosť viditeľnosti tohto obsahu.

Zvyšovanie dôveryhodnosti malých podnikateľských subjektov je ďalším spôsobom ako gatekeeperi napomáhajú pri formovaní menších spoločností. Prezentácia platforme gatekeepera napomáha menším spoločnostiam poskytnúť pocit dôveryhodnosti vo vzťahu k potencionálnym koncovým užívateľom (spotrebiteľom, či inej spoločnosti). Spotrebiteľia si často spájajú prítomnosť na renomovaných platformách so spoľahlivosťou, čo môže pozitívne ovplyvniť vnímanie toho-ktorého podnikateľského subjektu. Avšak reklama na platformách gatekeeperov predstavuje pomerne vysoké rozpočtové náklady. Taktiež elektronický obchod a digitálny trh je presýtený podnikateľskými subjektmi čo sťažuje unikátnosť a tým aj zviditeľnenie sa tej-ktorej spoločnosti.

Gatekeeperské trhy elektronického obchodu, akým je napríklad Amazon, ponúkajú menším spoločnostiam - MSP- možnosť preniknúť do masívnej zákaznickej základne bez potreby rozsiahlej kamennej prítomnosti. To rozširuje dosah trhu a potenciálne urýchľuje rast týchto spoločností. Avšak tieto platformy, ktoré využívajú platformu gatekeepera sa stávajú od neho závislé čo sa týka úspechu. Závislosť je riskantná a môže viesť k negatívnym dôsledkom v prípade zmeny v politike gatekeeperskej platformy alebo jej algoritmov.

K tejto časti článku môžeme uviesť povinnosť v zmysle čl. 6 ods. 11 DMA, ktorá sa týka zdieľania údajov o vyhľadávaní. Týka sa to gatekeeperov, ktorí sú online vyhľadávačmi. Títo sú povinní zdieľať údaje s akýmkoľvek tretím poskytovateľom takýchto služieb za spravodlivých, primeraných a

<sup>22</sup> WITT, A.C., "Platform Regulation in Europe-Per Se Rules to the Rescue?", In: *Journal of Competition Law & Economics*, 2022, vol. 18, č. 3, s. 689.

<sup>23</sup> Malé a stredné podniky ďalej v tomto článku označujeme ako MSP



nediskriminačných podmienok, hodnotiť, vyhľadávať, klikat' a zobrazovať údaje. Zhromažďovanie údajov vedie potencionálne k veľkým prekážkam vstupu pre menšie subjekty na trh, preto je zmyslom tohto ustanovenia znížiť takéto prekážky a umožniť iným podnikom súťažiť s gatekeeperom. Ide o pomerne prísne pravidlo v zmysle ktorého sú gatekeeperi zaviazaní zdieľať údaje dôležité pre ich obchodný model so svojimi súpermi.

#### 4. ÚČINNOSŤ DMA - V ČOM SPOČÍVA ZMENA ?

Možno tvrdiť, že zmena nastáva v tom, že gatekeeperi budú zodpovední za to, aby ich správanie zabezpečovalo spravodlivé a otvorené online prostredie pre podniky a spotrebiteľov. Musia byť otvorení inováciám prostredníctvom dodržiavania konkrétnych povinností ustanovených v právnych predpisoch. Taktiež majú povinnosť proaktívne implementovať určité správania, ktorými zabezpečia aby boli trhy viac otvorené a schopné konkurencie. V prípade hospodárskej súťaže sú gatekeeperi povinní zdržať sa nečestného správania na základe ustanovení v právnych predpisoch. Uplatnenie primeranej podskupiny povinností sa bude uplatňovať v situácii, kedy spoločnosť ešte nemá pevné a trvalé postavenie na trhu ale je možné predvídať, že v blízkej budúcnosti je schopná toto postavenie dosiahnuť. Tým sa zabezpečí aby takéto gatekeeper nedosiahol pevné a trvalé postavenie vo svojich činnostiach nečestnými praktikami.

Čo sa týka možností používateľov domáhať sa svojich práv vyplývajúcich z DMA súdnou cestou, vyjadrenie Európskej komisie na jej stránke uvádza že „*DMA je nariadenie, ktoré obsahuje presné povinnosti a zákazy pre vrátnikov v rozsahu pôsobnosti, ktoré možno vynútiť priamo vnútroštátnymi súdmi. To uľahčí priame žaloby o náhradu škody tým, ktorí boli poškodení správaním vrátnikov, ktorí nedodržiavajú pravidlá*“.<sup>24</sup> Odborná verejnosť vyjadrila obavy, že súkromným presadzovaním práva môže dôjsť k fragmentácii právnej úpravy.<sup>25</sup> Účinné DMA však uznáva, že z neho vyplývajúce záväzky sú vymáhateľné prostredníctvom súkromného presadzovania, a to zahrnutím osobitných ustanovení týkajúcich sa mechanizmu spolupráce medzi Komisiou a vnútroštátnymi súdmi.<sup>26</sup> Členské štáty majú v zmysle čl. 39 DMA povinnosť zaslať kópiu každého písomného rozsudku, ktorým sa rozhodlo o uplatňovaní DMA.

#### ZÁVER

V tomto článku mala autorka za cieľ poukázať na vplyv gatekeeperov na používateľov ich platforiem a tiež poukázať na prepojenie jednotlivých správanií s ustanoveniami Nariadenia o digitálnych trhoch. V súčasnosti už máme vedomosť o tom, že určité správania a praktiky gatekeeperov viedli ku kreovaniu konkrétnych

<sup>24</sup> EURÓPSKA RADA, Otázky a odpovede: *Digital Markets Act: Ensuring Fair and Open Digital Markets*.2022. dostupné na internete: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA\\_20\\_2349](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2349).

<sup>25</sup> Komninos, A., "The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement" (August 31, 2021), p. 437.

<sup>26</sup> Článok 39 DMA a a bod 92 preambuly DMA

ustanovení zakotvených v DMA. Práve tieto praktiky gatekeeperov boli podkladom pre ich právnu formuláciu. Zodpovedné správanie gatekeeperov je nevyhnutné pre bezpečné a dôveryhodné online prostredie a aj na to, aby subjekty jednotného digitálneho trhu mohli uplatňovať svoje základné práva, najmä slobodu prejavu a právo na informácie, slobodu podnikania, právo na nediskrimináciu a na dosiahnutie vysokej úrovne ochrany spotrebiteľa v súlade s Chartou základných práv Európskej únie. Komerční a koncoví používatelia potrebujú právnu istotu, že ich osobné údaje budú chránené, že ich právo voľby nebude limitované a ceny a obchodné podmienky budú adekvátne. Podnikateľské subjekty chcú byť súťažeschopné a chcú konkurovať gatekeeperom.

Záverom dodávame, že mnohé z požiadaviek DMA zasahujú do samotného jadra veľkých technologických obchodných modelov gatekeeperov, a preto existuje legitímna obava, ako sa k nim označení gatekeeperi postaví.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. BLANDIN, A. *E-commerce rules, fit for the digital age* [online]. Luxembursko: Luxemburg: Európsky parlament, 2021. 27 s. [cit.27.09.2023]. Dostupné na internete: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/648798/IPOL\\_IDA\(2020\)648798\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/648798/IPOL_IDA(2020)648798_EN.pdf)
2. BUDZINSKI, O. – GAENSSLE, S. – LINDSTÄDT-DREUSICKE, N. *The battle of YouTube, TV and Netflix: an empirical analysis of competition in audiovisual media markets* [online]. In SN Business & Economics. 2021 116 [cit.11.08.2023]. Dostupné na internete: <https://link.springer.com/article/10.1007/s43546-021-00122-0>
3. BUDZINSKI, O. – MENDELSON, J. *Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation? (Updated October 2022 with the Final DMA)* [online]. Nemecko: Ilmenau: Ilmenau Economics Discussion Papers, Vol. 27, No. 168, 2022. s. 1-38. [cit.29.08.2023]. Dostupné na internete: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4248116](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4248116)
4. EURÓPSKA RADA. *DMA: Rada s konečnou platnosťou schválila nové pravidlá spravodlivej hospodárskej súťaže online*. 2022. . [online]. [cit.20.09.2023]. Dostupné na internete: <https://www.consilium.europa.eu/sk/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/>
5. EURÓPSKA RADA, Otázky a odpovede: *Digital Markets Act: Ensuring Fair and Open Digital Markets*.2022. . [online]. [cit.20.09.2023]. Dostupné na interne: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA\\_20\\_2349](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2349).
6. KERBER, W. *Taming Tech Giants with a Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act from the 'Rules vs. Standard' Perspective* [online]. Nemecko: Marburg: University of Marburg, 2021. 13 s. [cit.20.05.2023]. Dostupné na internete: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3861706](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3861706)

7. LOLI, E. *Digital markets act as new a competition tool*. [online]. Atény:2022. [cit.09.09.2023]. Dostupné na internete: <https://pergamos.lib.uoa.gr/uoa/dl/object/3277852/file.pdf>
8. MAKÁ, Z. *The Interrelation between Privacy and Competition Law with Special Regard to the Obligations under the Digital Markets Act*. Maďarsko: Budapešť: ELTE Law Journal, 2022. No. 2 (2022). s. 17-34. s. [cit.21.07.2023]. Dostupné na internete: <https://ojs.elte.hu/eltelj/article/view/5028/4064>
9. RUDOHRADESKÁ, S. – BACHŇÁKOVÁ RÓZENFELDOVÁ, L. – HUČKOVÁ, R. *When competition meets personal data protection*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, In *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 2023, vol. 7, s. 361–379.
10. RUDOHRADESKÁ, S. – HUČKOVÁ, R. – DOBROVIČOVÁ, G. *Present and future - a preview study of Facebook in the context of the submitted proposal for digital markets act* [online]. In *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, vyd. 6, 2022 [cit.10.10.2023]. Dostupné na internete: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/view/22440/11955>
11. WITT, A.C., *Platform Regulation in Europe-Per Se Rules to the Rescue?*. In: *Journal of Competition Law & Economics*, roč. 18, č. 3, 2022, s. 689. [cit.01.09.2023]. Dostupné na internete: <https://ssrn.com/abstract=4017504> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4017504>
12. Európska komisia: Vec AT.40462 – Amazon Marketplace
13. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2022/1925 zo 14. septembra 2022 o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora a o zmene smerníc (EÚ) 2019/1937 a (EÚ) 2020/1828 (akt o digitálnych trhoch)
14. Rozhodnutie nemeckého súťažného úradu (Bundeskartellamt) podľa § 32 ods. 1 nemeckého zákona o hospodárskej súťaži (GWB) zo dňa 6. 2. 2019, prípad č. B6-22/16, vo veci Facebook.
15. Rozhodnutie Komisie zo dňa 20.12.2022 o konaní podľa článku 102 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ) a článku 54 Dohody o EHP (prípady AT.40462 – Amazon Marketplace a prípad AT.40703 – Amazon Buy Box).
16. Rozhodnutie Komisie zo dňa 4.5.2017 týkajúce sa konania podľa článku 102 Zmluvy o fungovaní Európskej únie a článku 54 Dohody o EHP (prípady AT.40153 – E-book MFNs and related matters).

#### KONTAKT NA AUTORA

[martina.semanova@student.upjs.sk](mailto:martina.semanova@student.upjs.sk)

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

Akademie věd České republiky, Ústav státu a práva, Praha

## Právní aspekty účtů ve zvláštním režimu<sup>2</sup>

### Legal aspects of special regime accounts

#### Abstrakt

*Právní rámec pro platební služby dává finančním institucím směrnice (EU) 2015/2366 o platebních službách (PSD 2). Vzhledem k tomu, že nebankovní poskytovatelé platebních služeb nemají přímý přístup do mezibankovního platebního styku, tedy do platebních systémů s neodvolatelným zúčtováním, kterým je v ČR systém CERTIS, musí přímé členy žádat o zřízení platebních účtů v tzv. zvláštním režimu, aby bylo možné prostřednictvím těchto účtů provádět vybrané platební služby. Příspěvek se bude zabývat vybranými právními aspekty jejich zakládání. Cílem příspěvku bude prokázat hypotézu, že „Poskytovatelé nebankovních platebních služeb nemají na finančním trhu rovné podmínky s poskytovateli bankovních platebních služeb“.*

*Klíčová slova: platební služby, nebankovní poskytovatelé platebních služeb, účet ve zvláštním režimu.*

#### Abstract

*The legal framework for payment services is given to financial institutions by Directive (EU) 2015/2366 on payment services (PSD 2). Since non-bank payment service providers do not have direct access to the interbank payment system, i.e. to payment systems with irrevocable settlement, which in the Czech Republic is the CERTIS system, they have to apply to direct members for the establishment of payment accounts in the so-called special regime in order to be able to execute selected payment services through these accounts. The paper will deal with selected legal aspects of their establishment. The aim of the paper will be to prove the*

---

<sup>1</sup> Otakar Schlossberger je výzkumným pracovníkem Ústavu státu a práva ČAV a docentem finančního práva a bankovníctví na Vysoké škole finanční a správní, a. s. Praha a Masarykově ústavu Českého vysokého učení technického v Praze.

Ján Matejka je výzkumným pracovníkem a ředitelem Ústavu státu a práva ČAV a pedagogem na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze a právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni.

<sup>2</sup> Výzkum pro tento článek byl podpořen v rámci grantového projektu Ministerstva ČR s názvem „Elektronické důkazy v trestním řízení“. Registrační číslo projektu VJ01010084 (The research for this article has been supported within the grant project of the Ministry of the Interior of the Czech Republic with the name „Electronic evidence in criminal proceedings“. Project registration number VJ01010084).

*hypothesis that "Non-bank payment service providers do not have a level playing field with bank payment service providers in the financial market".*

*Key words: payment services, non-bank payment services providers, special regime accounts.*

**JEL Classification:** G 230, K 220

## ÚVOD

Platební služby dnes mohou poskytovat také jiné subjekty finančního trhu, než jsou banky, příp. spořitelni a úvěrní družstva. Právní rámec této činnosti dává finančním institucím Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2366 ze dne 25. listopadu 2015 o platebních službách na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 2002/65/ES, 2009/110/ES a 2013/36/EU a nařízení (EU) č. 1093/2010 a zrušuje směrnice 2007/64/ES (tzv. PSD 2), kterou Česká republika transponovala mj. směrnice do zákona č. 370/2017 Sb., o platebním styku.

Vzhledem k tomu, že nebankovní poskytovatelé platebních služeb nemají přímý přístup k systému mezibankovního platebního styku, tedy do platebních systémů s nedovolitelností zúčtování, kterým je v České republice systém CERTIS, musejí žádat přímé členy o zřízení platebních účtů v tzv. zvláštním režimu, aby mohli prostřednictvím těchto účtů realizovat vybrané platební služby. Příspěvek se bude zabývat vybranými právními aspekty při jejich zřizování. Cílem příspěvku bude prokázat hypotézu, že „Nebankovní poskytovatelé platebních služeb nemají na finančním trhu rovné podmínky s bankovními poskytovateli platebních služeb“.

Příspěvek bude pracovat s vědecko-výzkumnými metodami jako je rešerše dostupných zdrojů, deskripce, dedukce a analýza.

Zkoumané téma je natolik specifické, že se autoři nemohli inspirovat žádným tuzemským či přeshraničním pramenem, který by se zabýval problematikou účtů pohledávek z vkladů ve zvláštním režimu, resp. sběrným účtům, jak je nazývá Bočánek (Bočánek, 2023). Zahraniční autoři se zabývají zejména postavením a významem platebních institucí, ale nereflktují jejich nerovné postavení zejména vůči bankám jako univerzálním finančním institucím, které jsou zároveň také základními poskytovateli platebních služeb. Žádný dostupný autor se, bohužel, nezabývá problematikou účtů ve zvláštním režimu ve smyslu článku 10 PSD 2. Stejná povinnost vyplývala již ze Směrnice 2007/64/ES o platebních službách na vnitřním trhu (dále jen PSD 1). Základní právní řešení účtů ve zvláštním režimu upravuje zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZoB), konkrétně v § 41f an., reps. zákon č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech (dále jen ZoSÚD), a to v § 14 s odkazem na příslušná ustanovení ZoB.

## 1. PLATEBNÍ INSTITUCE JAKO ZÁKLADNÍ NEBANKOVNÍ POSKYTOVATEL PLTEBNÍCH SLUŽEB

Aby byl správně pochopen význam platební instituce jako hlavního nebankovního poskytovatele platebních služeb, zabývají se autoři jejich deskripcí se zaměřením na podmínky pro získání oprávnění podnikat jako platební instituce.

Za platební instituci lze považovat právnickou osobu, která je na základě povolení České národní banky (dále jen ČNB) oprávněna poskytovat platební služby. Právní postavení platební instituce upravuje ZPS<sup>3</sup>. Žádost o udělení povolení se předává ČNB na samostatném tiskopisu ve smyslu prováděcího právního předpisu<sup>4</sup>. Žadatel může poskytovat svým klientům – uživatelům, kromě platebních služeb, také činnosti související s poskytováním platebních služeb, zejména poskytovat úvěry, pokud jejich poskytování souvisí s platebními službami a úvěr není poskytován z peněžních prostředků, které byly platební instituci svěřeny k provádění platebních transakcí. Platební instituce může, pokud to bude obsahovat povolení ze strany ČNB provozovat také platební systém, ale pouze takový, který není systémem s neodvolatelností zúčtování (viz dále).

Žadatel předloží do ČNB, kromě vyplněného **tiskopisu žádosti**, také **přílohy**, které jsou jeho nedílnou součástí. Jedná se o následující dokumenty:

- a) úplné znění zakladatelských dokumentů,
- b) originál dokladu o oprávnění k podnikání,
- c) originály dokladů o původu počátečního kapitálu a případně dalších finančních zdrojů,
- d) finanční výkazy a
- e) seznam návrhů na vyslovení neplatnosti rozhodnutí nejvyššího orgánu žadatele, o kterých nebylo ke dni podání žádosti pravomocně ukončeno soudní řízení, pokud byly takové návrhy podány a pokud jde o návrhy, které by mohly mít podstatný vliv na další fungování žadatele.

Kromě těchto základních podkladů musí žadatel ve smyslu vyhlášky předložit další dokumenty, které jsou zaměřeny zejména do oblastí, které souvisí s činností platební instituce a dále s vlastnickou strukturou platební instituce a vedoucích osob žadatele. Jedná se zejména o:

- obchodní plán, který představuje skutečně zamýšlený plán na první 3 účetní období činnosti podložený reálnými ekonomickými hodnotami v rozsahu údajů účetní závěrky podle zvláštního právního předpisu<sup>5</sup> spolu s komentářem k jednotlivým položkám plánu, který vždy obsahuje

<sup>3</sup> Zákon č. 370/2017 Sb., o platebním styku, Hlava II, § 7 an. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2017-370#cast2>

<sup>4</sup> Vyhláška č. 1/2022 Sb., o žádostech a oznámeních k výkonu činnosti podle zákona o platebním styku, ve znění pozdějších předpisů. Dostupné z: <https://www.cnb.cz/cs/platebni-styk/pravni-predpisy/>

<sup>5</sup> Zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví, § 18. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1991-563?text=z%C3%A1kon+o+%C3%BA%C4%8Detnictv%C3%AD#cast3>

základní východiska, na nichž je plán postaven, a popis způsobu zajištění jednotlivých činností,

- strategii rozvoje činnosti, zejména ve vztahu k navrhovanému obchodnímu plánu a ke střednědobým finančním cílům,
- návrh vnitřních předpisů upravujících zabezpečení ochrany peněžních prostředků svěřených za účelem provedení platební transakce a v případě, že platební instituce zákona, rovněž návrh pojistné smlouvy nebo smlouvy upravující záruku
- popis rozsahu výkonu jiné podnikatelské činnosti, pokud platební instituce vykonává jinou podnikatelskou činnost než činnost, k jejímuž výkonu je třeba povolení podle zákona, a popis výkonu této jiné podnikatelské činnosti a údaje potřebné pro výpočet kapitálové přiměřenosti podle všech přístupů,
- dotazník vyplněný za každou vedoucí osobu (uvedena v příloze prováděcího právního předpisu),
- údaje o odborné praxi a údaje o vzdělání každé vedoucí osoby, která skutečně řídí činnost v oblasti poskytování platebních služeb, a
- originály dokladů o bezúhonnosti vydaných cizím státem každé vedoucí osoby.

### **1.1. Vnitřní řídicí a kontrolní systém**

Velký důraz ze strany ČNB je věnován vnitřnímu řídicímu a kontrolnímu systému. Tento požadavek není překvapivý, neboť platební instituce, podobně jako banky nebo spořitelny a úvěrní družstva, budou nakládat s peněžními prostředky svých klientů – uživatelů platebních služeb. Proto ČNB vyžaduje, aby žadatel tento materiál zpracoval před udělením povolení a doložil jej k žádosti v následující struktuře:

- návrh organizačního uspořádání platební instituce s vymezením působnosti a rozhodovací pravomoci jednotlivých řídicích struktur, v rámci kterých se současně vymezí funkce, jejichž výkon je neslučitelný. Dále budou vypracovány postupy pro zamezení vzniku možného střetu zájmů.
- zásady strategického a operativního řízení,
- zásady systému řízení rizik včetně zásad souvisejících s kapitálem a kapitálovou přiměřeností,
- zásady systému vnitřní kontroly,
- předpokládaný počet zaměstnanců, kteří budou zabezpečovat plánované činnosti, a postupy pro organizační zabezpečení jednotlivých činností včetně postupů pro zřizování a využívání poboček a pro uplatňování systému vnitřních zásad, postupů a kontrolních opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu (tzv. boj proti praní špinavých peněz),

- návrh technického zabezpečení jednotlivých činností, včetně vhodného účetního systému a statisticko-evidenčních systémů, a bezpečnostních zásad včetně bezpečnostních zásad pro informační systém.

## 1.2. Udělení licence<sup>6</sup>

Pokud žadatel splní veškeré požadavky pro možnost udělení povolení k činnosti platební instituce, ČNB vydá ve lhůtě třech měsíců rozhodnutí, kterým povolení udělí nebo zamítne. Řízení ČNB o udělení povolení k činnosti platební instituce je správním řízením ve smyslu ZPS jako zvláštního právního předpisu, avšak při uplatnění zákona obecného, kterým je správní řád<sup>7</sup>. Každé rozhodnutí ČNB ve věci samé obsahuje výrok, odůvodnění a poučení o opravném prostředku, kterým je rozklad. Pokud žádost obsahuje nedostatky nebo vady, ČNB žadatele vyzve k jejich odstranění a k tomu stanoví lhůtu. Tato lhůta však nestaví ani nepřerušuje řízení. Pokud žadatel „nestihne“ nápravu do zákonem stanovené lhůty, lze předpokládat, že ČNB žádost zamítne.

ČNB však povolení udělí, pokud byly splněny všechny požadavky dané zákonem a prováděcím právním předpisem. Žadatel musí vyhovět podmínkám, které souvisejí se skutečnostmi uváděné v žádosti a dalšími předkládanými doklady. Žadatel musí:

- být právnickou osobou,
- mít sídlo na území ČR,
- mít odpovídající kapitál, a to v rozmezí 20 tis. až 125 tis. EUR podle rozsahu činností platební instituce<sup>8</sup>, který je průhledný a čistý a nebyl získán nelegální trestnou činností,
- mít podložený obchodní plán reálnými ekonomickými propočty,
- mít věcné, technické, personální a organizační předpoklady pro stanovené činnosti,
- mít zpracován řídicí a kontrolní systém, který splňuje požadavky ZPS,
- zabezpečovat ochranu peněžních prostředků, které mu svěřují uživatelé k provádění platebních transakcí,
- mít důvěryhodné osoby ve vedoucích a řídicích funkcích,
- mít průhlednou vlastnickou strukturu a jehož roční účetní závěrka bude auditována externím auditorem odsouhlaseným ČNB.

Pokud po udělení povolení k činnosti platební instituce dojde ke změně jakýchkoliv údajů, je tato povinná změnu ihned oznámit ČNB. Platební instituce podléhá informační povinnosti vůči ČNB, a to ve věci své finanční situace, zejména kapitálové přiměřenosti, hospodářských výsledcích, plnění podmínek k činnosti platební instituce, obchodních záměrech apod. Tím je mj. také naplněna povinnost ČNB dohledu nad těmito institucemi. Pokud ČNB zjistí nedostatky, může to být

<sup>6</sup> SCHLOSSBERGER, O. *Platební služby*. Praha: ManagementPress, 2012, str. 148-149.

<sup>7</sup> Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2004-500>

<sup>8</sup> Zákon č. 370/2017 Sb., o platebním styku. § 15. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2017-370#cast2>



považováno za spáchání správního deliktu a ČNB pak uloží pokutu ve výši až 50 mil. Kč. Je-li porušení závažné, může zahájit řízení o odebrání povolení působit jako platební instituce (viz § 12 ZPS).

Je třeba uvést, že povolení působit jako platební instituce podléhá režimu tzv. „jednotné evropské licence“. V podstatě to znamená, že pokud bylo uděleno povolení působit jako platební instituce v jednom členském státě EHP, může takový subjekt působit i ve státě druhém. Pokud ČNB povolení udělí, může platební instituce působit v hostitelském členském státě za dodržení jím stanovených podmínek výkonu činnosti. Hostitelský stát nemůže činnost výkonu platební instituce přímo zakázat, ale v případě porušování stanovených podmínek hostitelským státem lze povolení odebrat prostřednictvím státu domovského. Podobná situace nastává, když zahraniční platební instituce se sídlem v jiném členském státě bude působit jako platební instituce na území ČR. Zde ČNB stojí v pozici pouze orgánu dohledu s možností stanovit pravidla pro výkon činnosti platební instituce na území ČR. V případě porušování pravidel při výkonu činnosti sdělí tyto skutečnosti orgánu dohledu domovského členského státu příslušné platební instituce.

Platební instituce při žádosti o povolení k provozování činností souvisejících s platebními službami, příp. po udělení povolení, může požádat ČNB o možnost poskytovat platební služby nejen svými zaměstnanci, ale také prostřednictvím obchodních zástupců. Pro tuto situaci však být splněny následující podmínky:

- obchodní zástupce musí mít propracován dostatečně odpovídající postupy proti legalizaci výnosů z trestné činnosti,
- osoby provádějící tuto činnost včetně vedoucích osob v případě právnické osoby obchodního zástupce musí být osoby důvěryhodné a odborně způsobilé,
- platební instituce musí zajistit dostatečně kvalitní proškolení všech svých obchodních zástupců tak, aby platební služby byly poskytovány s odbornou péčí, v dostatečné kvalitě a v souladu s platnými právními předpisy.

Tak jako banky nebo spořitelni a úvěrní družstva může také platební instituce využívat tzv. outsourcingu. Jedná se o činnosti, které by mohla vykonávat platební instituce sama, ale z důvodu zejména ekonomických nebo provozních může svěřit určité činnosti další spolupracující firmě. Opět i tyto skutečnosti je povinná platební instituce oznámit České národní bance. Platební instituce může určité činnosti svěřit jiné osobě jen tehdy, pokud tím nedojde k podstatnému zhoršení fungování řídicího a kontrolního systému oznamovatele nebo ztížení dohledu ze strany ČNB.

Následující tabulka 1 obsahuje aktuální počty nebankovních poskytovatelů platebních služeb, resp. jejich možné alternativy (to se týká institucí elektronických peněz a vydavatelů elektronických peněz malého rozsahu).

Tab. 1 – Nebankovní poskytovatelé platebních služeb

Typ nebankovního poskytovatele	Počet subjektů
Platební instituce vč. zahraničních	35
Poskytovatel platebních služeb malého rozsahu	51
Instituce elektronických peněz vč. zahraničních	7
Vydavatel elektronických peněz malého rozsahu	13
<b>C e l k e m</b>	<b>106</b>

Zdroj: ČNB, červenec 2023<sup>9</sup>

Z uvedené tabulky 1 je zřejmé, že na českém trhu působí celkem 106, z nichž 86 jsou přímými poskytovateli platebních služeb, a dalších 20 subjektů může platební služby poskytovat, pokud si požádá o udělení souhlasu k jejich poskytování při vyřizování povolení vydávat elektronické peníze. Jen pro doplnění lze uvést, že k červenci 2023 působilo na českém trhu celkem 45 bank, příp. poboček zahraničních bank a pouze 6 spořitelních a úvěrních družstev.

## 2. OCHRANA PENĚŽNÍCH PROSTŘEDKŮ A TZV. ÚČET VE ZVLÁŠTNÍM REŽIMU

Značný význam je kladen ochraně peněžních prostředků uživatelů platebních služeb, které jsou svěřeny platební instituci pro provádění platebních transakcí. Na tomto místě je třeba zdůraznit, že peněžní prostředky svěřené uživatelem platební instituci nejsou vkladem ve smyslu ZoB<sup>10</sup> nebo ZoSÚD<sup>11</sup>. Takto svěřené peněžní prostředky nejsou vlastnictvím platební instituce a musejí být drženy odděleně od vlastních peněžních prostředků platební instituce. Pokud není splněna tato podmínka, lze peněžní prostředky uložit u banky nebo spořitelního a úvěrního družstva (na území EHP) na samostatný účet, a to nejpozději do konce následujícího pracovního dne po jejich přijetí. Peněžní prostředky lze také investovat do likvidních aktiv s nízkým rizikem. Tyto skutečnosti platební instituce nemusí učinit, pokud uzavře pojistnou smlouvu nebo pokud ji bude poskytnuta srovnatelná záruka, např. ze strany banky nebo spořitelního a úvěrního družstva (např. bankovní záruka). Tyto povinnosti byly transponovány se směrnicí PSD2 do ZoPS<sup>12</sup>. Uvedené povinnosti slouží k tomu, aby peněžní prostředky sloužící k realizaci platebních služeb byly

<sup>9</sup> ČNB, Seznamy a evidence, 2023. Dostupné z: [https://apl.cnb.cz/apljerrsdad/JERRS.WEB24.SUBJECTS\\_COUNTS\\_2](https://apl.cnb.cz/apljerrsdad/JERRS.WEB24.SUBJECTS_COUNTS_2)

<sup>10</sup> Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1992-21>.

<sup>11</sup> Zákon č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1995-87>

<sup>12</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2366 o platebním styku (PSD 2), čl. 10 písm. a. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2366&qid=1691235916574>

účetně i fakticky vedeny jako pohledávka za bankou, pokud jsou uloženy na účtu a zároveň se jedná o závazek vůči klientovi, kterému je buď veden platební účet u platební instituce, nebo je mu platební instituce povinna realizovat nějakou platební službu, ke které platební účet není potřeba (např. poukazování peněz). Prostředky jsou tedy uloženy na účtu, např. u banky, a představují pohledávku z vkladu se zvláštním režimem podle ZoB<sup>13</sup>. Jde o to, aby byl dán jasný signál pro důvěru klientů vůči platebním institucím, resp. i dalším nebankovním poskytovatelům platebních služeb. V podstatě se jedná o sběrné účty<sup>14</sup>, které by si mohli zřídit u bank nebankovní poskytovatelé platebních služeb, příp. u spořitelních a úvěrních družstev, pokud si subjekt zvolí tuto variantu z výběru daného právními předpisy.

### **3. REALIZACE MEZIBANKOVNÍHO PLATEBNÍHO STYKU A TZV. ÚČET VE ZVLÁŠTNÍM REŽIMU - DISKUSE**

Celá situace je však poněkud složitější. Jak je uvedeno výše, z důvodu ochrany peněžních prostředků klientů platební instituce, příp. dalších nebankovních subjektů, není nutné zřizovat účty u jiných bank a na nich mít deponovány prozatím nerealizované peněžní prostředky klientů platební instituce. Jenže platební instituce je tu zřízena proto, aby realizovala platební služby, a to na celém finančním trhu jak ve vnitrostátní ekonomice, tak v přeshraniční nebo dokonce zahraniční. Aby mohla své poslání naplnit, musela by být členem mezibankovních platebních systémů. Např. v České republice by to měl být systém CERTIS (Czech Express Real Time Interbank Gross Settlement system). ZPS na základě transpozice evropského práva<sup>15</sup> však tuto alternativu nepřipouští. Uvedený zákon poměrně přísně reguluje, kdo může být účastníkem platebního systému s neodvolatelností zúčtování. V § 111 ZPS je uvedeno, že se jedná např. o:

- banku,
- zahraniční banku,
- spořitelni a úvěrní družstvo
- obchodníka s cennými papíry,
- zahraniční osobu oprávněnou poskytovat hlavní investiční služby,
- právnickou osobu veřejného práva nebo právnickou osobu, za jejíž veškeré závazky ručí osoba veřejného práva,
- Českou národní banku, zahraniční centrální banku nebo Evropskou centrální banku atd.

---

<sup>13</sup> Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, § 41 f. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1992-21#cast14>

<sup>14</sup> BOČÁNEK, M. *Platební styk v rámci vysoce rizikových odvětví*. Brno: MU, právnická fakulta, doktorská disertační práce, 2023, str. 129 an.

<sup>15</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/26/ES o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry, ve znění směrnic Evropského parlamentu a Rady 2009/44/ES a 2010/78/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 648/2012 a č. 909/2014, čl. 2. Dostupná z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0026&qid=1691306817676>

Ve výčtu však chybí platební instituce, příp. další poskytovatelé platebních služeb, neboť tyto nejsou obsaženy ani ve Směrnici EP a Rady 2013/36/EU o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o obezřetnostním dohledu nad úvěrovými institucemi a investičními podniky<sup>16</sup>. Z tohoto důvodu potřebují mít platební instituce, příp. další nebankovní poskytovatelé platebních služeb, zřízen účet u některého z přímých členů platebního systému, kterými jsou nejčastěji banky. ZPS pak v § 107 až 109 určuje pravidla pro možnost zřízení takového účtu, který by sloužil pro realizaci převodů peněžních prostředků jako základní platební služba. Je uvedeno, že účastník platebního systému – tedy banky - nesmí bránit právnických osobám oprávněným poskytovat platební služby v přístupu k platebnímu systému tím, že přístup těchto osob váže na splnění požadavků, které jsou diskriminační nebo nepřiměřené nebo omezují přístup těchto osob k platebnímu systému více, než je nezbytně nutné pro zabezpečení proto specifickým rizikům pro ochranu finanční a provozní stability systému.<sup>17</sup>

Uvedené ustanovení lze tedy vykládat tak, že by nepřímí účastníci měli mít přístup k platebnímu systému za nediskriminačních podmínek ze strany účastníků přímých. V důvodové zprávě k ZPS se uvádí, že „...předává-li účastník platebního systému s neodvolatelností zúčtování prostřednictvím tohoto systému platební příkazy pro osobu oprávněnou poskytovat platební služby, která není účastníkem systému, má umožnit předávat platební příkazy i jiným osobám oprávněným poskytovat platební služby. Smyslem úpravy je zajistit poskytovatelům zprostředkovaně účastenství v platebních systémech, jestliže některý z účastníků systému tuto možnost nabízí. V případě odmítnutí uzavřít smlouvu by měly být zájemci o uzavření smlouvy zajišťující zprostředkovaný přístup do systému sděleny důvody odmítnutí. Domnívá-li se zájemce, že přístup byl odepřen neoprávněně, má možnost dát podnět České národní bance“.<sup>18</sup> Z uvedeného vyplývá, že přímý účastník nemá žádnou povinnost otevřít platební instituci, příp. dalším nebankovním poskytovatelům, účet pro realizaci platebních služeb a dokonce nemá ani povinnost o tom spravit orgán dohledu a dozoru, kterým je v České republice ČNB. Informovat ČNB může pouze dotčený subjekt. Nicméně na zařízení účtu není právní nárok a i při skutečnosti, že takový subjekt obdržel licenci poskytovat platební služby jako nebankovní poskytovatel platebních služeb, např. jako platební instituce (viz výše), nebude schopen v podstatě vykonávat svou činnost, neboť bez platebního účtu nebude moci vykonávat převody peněžních prostředků v rámci daného území, např. na území České republiky. Autoři považují toto řešení za nerovné a vystavuje nebankovní poskytovatele platebních služeb riziku, které sami nemohou vyřešit. ČNB pak není oprávněna „někomu“ – tedy přímému členu platebního systému CERTIS nařídit, aby takový účet nebankovnímu poskytovateli otevřela.

---

<sup>16</sup> Dostupná z: <https://eur-lex.europa.eu/search.html?scope=EURLEX&text=2013%2F36%2FEU&lang=cs&type=quick&qid=1692104780921>

<sup>17</sup> Zákon č. 370/2017 Sb., o platebním styku, § 107. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2017-370#cast2>

<sup>18</sup> Důvodová zpráva k Zákonu č. 370/2017 Sb., o platebním styku, str. 147. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=121274>

## 4. ÚČTY SE ZVLÁŠTNÍM REŽIMEM A RIZIKA S NÍM SPOJENÁ

### 4.1. AML proces

V praxi se lze setkat se situací, že zejména banky jsou vůči platebním institucím, příp. dalším nebankovním poskytovatelům platebních služeb nedůvěřivé a vytvářejí až přehnané požadavky pro splnění možnosti otevřít si sběrný účet, resp. účet jako pohledávku z vkladu se zvláštním režimem z obavy o nedostatečné plnění podmínek procesu boje proti praní špinavých peněz – tzv. Anti Money Laundering. Obávají se, aby se na účtu nevyskytovaly peněžní prostředky, které by pocházely z trestné činnosti ve smyslu zvláštních právních předpisů<sup>19</sup>. K této praktické zkušenosti lze sdělit to, že – jak bylo uvedeno v kapitole 1 – i platební instituce, ale i další nebankovní poskytovatelé platebních služeb, podléhají povolovacímu řízení u příslušného orgánu, kterým je v České republice ČNB. Jedna z podmínek pro udělení povolení působit jako nebankovní poskytovatel platebních služeb je už při žádosti o povolení nutnost doložit mj. též popis opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu a zpracovat a předložit příručku o opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu pro pracovníky žadatele o udělení povolení působit jako platební instituce<sup>20</sup>. Tyto skutečnosti prověřuje nejen ČNB v rámci správního řízení o udělení povolení, ale také Finančně analytický úřad (dále jen FAÚ) co se týká zpracování dokumentu pod názvem Systém vnitřních zásad, který musí každý nebankovní subjekt také zpracovat a zaslat nejen ČNB, ale také FAÚ<sup>21</sup>. Z uvedeného lze dovodit, že obava bank je, podle názoru autorů, zbytečná, neboť proces regulace dohledu a dozoru v oblasti AML je obdobná, ne-li shodná jako u bank. Tento důvod autoři vidí jako irelevantní a je podle nich pouze problémem zástupným.

### 4.2. Ztráta licence

Jako riziko nelze vidět ani skutečnost, kdyby platební instituce, příp. jiný nebankovní poskytovatel platebních služeb měl takové ekonomické problémy, že by nebyl schopen vůči svým klientům dostát svým závazkům, které by mohly vyústit v to, že by ČNB zahájila správní řízení o odebrání povolení působit jako nebankovní poskytovatel platebních služeb. V tomto případě se u účtu pohledávek z vkladů ve zvláštním režimu, nebo-li sběrnému účtu, nic vůči bance, která tento účet vede, neděje. Jde o to, že peněžní prostředky tam deponované jsou bankou pouze

---

<sup>19</sup> Např. zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2008-253>; Vyhláška č. 67/2018 Sb., o některých požadavcích na systém vnitřních zásad, postupů a kontrolních opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2018-67>

<sup>20</sup> Vyhláška č. 1/2022 Sb., o žádostech a oznámeních k výkonu činnosti podle zákona o platebním styku, ve znění pozdějších předpisů, §3 písm. l). Dostupné z: <https://www.cnb.cz/cs/platebni-styk/pravni-predpisy/>

<sup>21</sup> Zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, Hlava IV, § 21 odst. 8. Dostupné z: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2008-253>;

hromadně spravovány z důvodu ochrany těchto peněz proti příp. „tunelování“ ze strany „krachujícího“ nebankovního poskytovatele platebních služeb. V rámci případné likvidace tyto peněžní prostředky nevstupují do likvidačního zůstatku nebankovního poskytovatele. Autoři jsou názoru, že poněkud problematické pro klienty nebankovního poskytovatele by mohl být „krach“ banky, která vede účet pohledávek z vkladu ve zvláštním režimu, nebo-li sběrný účet, pro daného nebankovního poskytovatele. Pojištění pohledávek z vkladů je pak řešeno v již výše uvedeném § 41f ZoB s tím, že banka je v tomto případě povinna spolupracovat s Garančním systémem, resp. Fondem a prokázat mu výši peněžních prostředků jednotlivých oprávněných osob – klientů platební instituce, jejichž peníze byly na sběrném účtu vedeny. Každý klient nebankovního poskytovatele platebních služeb je pojištěn ze zákona (ZoB) do shodné výše, jako běžný klient banky. Pojištění činí na jeden vklad jednoho klienta v rámci sběrného účtu max. 100 tis. Eur. Samotný propočet výše prostředků je poněkud složitější a jeho princip je rámci prezentované problematiky zbytečný. Z uvedeného tedy vyplývá, že vedení účtů pohledávek z vkladů se zvláštním režimem nepředstavuje žádné významné riziko jak pro banku, tak pro nebankovního poskytovatele platebních služeb. Představuje případně jisté vícepráce spojené s očekávanou spoluprací banky s Garančním fondem, resp. nebankovního poskytovatele s příslušnou bankou.

## ZÁVĚR

Příspěvek se zabýval vybranými právními aspekty při zřizování účtů pohledávek z vkladů ve zvláštním režimu nebankovních poskytovatelů platebních služeb se zaměřením na platební instituce. Cílem příspěvku bylo prokázat hypotézu, že „Nebankovní poskytovatelé platebních služeb nemají na finančním trhu rovné podmínky s bankovními poskytovateli platebních služeb“.

V Úvodu bylo poukázáno na základní prameny práva a uvedeno, že prováděný výzkum nebylo možné opřít o mezinárodní či vnitrostátní zdroje výzkumu, neboť problematika je natolik specifická, že se právními aspekty a souvislostmi tzv. sběrných účtů jiní autoři nezabývají. Předně byla uvedena charakteristika platební instituce jako hlavního představitele nebankovního poskytovatele platebních služeb, aby bylo ukázáno, že proces udělení povolení (licence) působit jako platební instituce není úplně jednoduchý. Žadatel o licenci musí prokázat celou řadu skutečností, které jsou pro udělení této licence nezbytné.

V dalším se autoři zabývali podmínkami ochrany peněžních prostředků jako podmínkou nutnou pro možnost udělení licence. Jedna z možností řešení je zřízení sběrného účtu, resp. uložení peněžních prostředků klientů nebankovního poskytovatele platebních služeb u banky, příp. spořitelního a úvěrního družstva. Není to však podmínka nutná, ale jde o jednu z možností, o které hovoří příslušné právní předpisy jak EU, tak vnitrostátní. Větším problémem však je realizace platebních služeb na finančním trhu. Bylo poukázáno na skutečnost, že platební instituce nemohou být přímými účastníky platebních systémů, neboť to právní předpisy EU a tedy i vnitrostátní regulace nepřipouští. Proto těmto subjektům nezbyvá, než požádat přímé členy platebních systémů, např. CERTIS v České republice, aby jim

zřídily účty pohledávek z vkladů se zvláštním režimem, tzv. sběrné účtu, prostřednictvím kterých by mohli realizovat mezibankovní platební styk, a to jak v rámci jedné země, tak EU. Autoři se dále zabývali analýzou aktuální právní úpravy, která nestanoví povinnost přímým členům takové účty zřizovat. Proto se autoři zabývali možnými příčinami důvodů pro odmítání zřizování takových účtů. Podle názorů autorů je to situace, která vytváří nerovné podmínky pro poskytování platebních služeb bank a nebankovních poskytovatelů s výjimkou spořitelních a úvěrtních družstev, neboť tyto subjekty mají možnost přímého členství v platebních systémech s neodvolatelností zúčtování.

Proto jsou autoři názoru, že stanovená hypotéza byla předloženým textem studie potvrzena.

Řešením by mohla být novela nebo rekodifikace směrnice EU, která pojednává o přístupu subjektů do platebních systémů s neodvolatelností zúčtování<sup>22</sup> a návazně pak změnu promítnout do ZPS. Tím by došlo k narovnání podmínek všech hlavních poskytovatelů platebních služeb, kterými jsou vedle bank právě platební instituce.

## POUŽITÉ PRAMENY

1. BOČÁNEK, M. *Platební styk v rámci vysoce rizikových odvětví*. Masarykova univerzita v Brně, právnická fakulta, 2023. Doktorská disertační práce, školitel doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D. Práce v době jejího využití nebyla ještě obhájena.
2. Česká národní banka. *Seznamy a evidence*, 2023.
3. Důvodová zpráva k Zákonu č. 370/2017 Sb., o platebním styku. PSP ČR, 2017.
4. SCHLOSSBERGER, O. *Platební služby*. Praha: ManagementPress, 2012. 325 s. ISBN 978-80-7261-238-3.
5. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/26/ES o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry, ve znění směrnic Evropského parlamentu a Rady 2009/44/ES a 2010/78/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 648/2012 a č. 909/2014, čl. 2.
6. Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2013/36/EU o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o obezřetnostním dohledu nad úvěrovými institucemi a investičními podniky
7. Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2366 o platebním styku
8. Vyhláška č. 67/2018 Sb., o některých požadavcích na systém vnitřních zásad, postupů a kontrolních opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů.
9. Vyhláška č. 1/2022 Sb., o žádostech a oznámeních k výkonu činnosti podle zákona o platebním styku, ve znění pozdějších předpisů.

---

<sup>22</sup> Jedná se zejména o Směrnici Evropského parlamentu a Rady 98/26/ES ze dne 19. května 1998 o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry, ve znění směrnic Evropského parlamentu a Rady 2009/44/ES a 2010/78/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 648/2012 a č. 909/2014, čl. 2. Dostupná z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0026&qid=1691306817676>

10. Zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů.
11. Zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů.
12. Zákon č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech, ve znění pozdějších předpisů.
13. Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.
14. Zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů.
15. Zákon č. 370/2021 Sb., o platebním styku, ve znění pozdějších předpisů.

#### **CONTACT INFORMATION**

Otakar.Schlossberger@vsfs.cz

matejka@ilaw.cas.cz

Akadémie Věd České republiky, Ústav státu a práva

Národní 18

116 00 Praha

Česká republika



*Mgr. Michal Sokol, PhD.<sup>1</sup>*

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

## **Podstata, význam a právna subjektivita umelej inteligencie<sup>2</sup>**

### **The essence, significancy and legal personality of artificial intelligence**

#### *Abstrakt*

*Autor v predloženom príspevku venuje svoju pozornosť vymedzeniu a priblíženiu základných konceptov umelej inteligencie. Autor zároveň poukazuje na dôvody potreby právnej regulácie tejto oblasti. Predmetom tohto príspevku je zároveň načrtnutie základných otázok súvisiacich s priznaním právnej subjektivity umelej inteligencii, resp. s vytvorením tzv. elektronickej osoby.*

*Kľúčové slová: umelá inteligencia, právna subjektivita, elektronická osoba.*

#### *Abstract*

*In the submitted article, the author devotes his attention to the definition and approximation of the basic concepts of artificial intelligence. At the same time, the author points out the reasons for the need for legal regulation of this area. The subject of this article is also an outline of basic questions related to legal personality to artificial intelligence, or with the creation of the so-called electronic person.*

*Key words: artificial intelligence, legal personality, electronic person.*

**JEL Classification:** K22

## **ÚVOD**

Svet technológií v sebe inkorporuje spleť značnej časti populácie nič nehovoriacich pojmov a ťažšie pochopiteľných konceptov. Jedným z týchto fenoménov je aj (v súčasnosti neustále skloňovaná) problematika umelej inteligencie. Táto oblasť sa nespochybniteľne stala takmer každodennou súčasťou nielen technicky zameraných periodík, ale pre svoj určitý stupeň kontroverzie aj ostatných mediálnych výstupov. Čo však umelá inteligencia je, aké sú jej výhody či riziká a akým spôsobom je možné využiť jej potenciál?

---

<sup>1</sup> Autor je externým spolupracovníkom Katedry obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach.

<sup>2</sup> Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0424. This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the Contract no. APVV-19-0424.

Ambíciou predkladaného príspevku nie je poskytnúť komplexnú analýzu problematiky umelej inteligencie, ale predstaviť základné súvisiace koncepty a možný vplyv umelej inteligencie na spoločenský život. S uvedeným súvisí aj viacero nezodpovedaných právnych otázok, z ktorých sa v tomto príspevku bližšie venujeme najmä otázke odôvodneniu potreby právnej reglementácie tejto oblasti, ako aj otázke právnej subjektivity umelej inteligencie.

Napokon si dovoľujeme zdôrazniť, že základným cieľom tohto príspevku je poukázať na dôležitosť a význam problematiky umelej inteligencie a podnietiť odborníkov z právnej oblasti k rozprúdeniu širšej a otvorenej diskusie.

## 1. ČO JE UMEĽÁ INTELIGENCIA A PREČO O NEJ HOVORIŤ?

Umeľá inteligencia je v súčasnosti využívaná v množstve rôznych oblastí. Možno konštatovať, že väčšina z nás sa s ňou stretáva takmer na každodennej báze, a to bez toho, aby sme si to vôbec uvedomili. Skôr, ako je možné sa vôbec zamyslieť nad praktickou využiteľnosťou umelej inteligencie v právnej oblasti, je dôležité pochopiť základné súvisiace koncepty a možnosti jej využitia.

Ako teda na umelú inteligenciu nazerať a čo vlastne umelá inteligencia je? Aké sú jej vlastnosti a aké benefity prináša?

Pri vymedzení umelej inteligencie sa môžeme v odbornej literatúre stretnúť s množstvom rôznych definícií, ktoré sa vzájomne prekrývajú v základných aspektoch.<sup>3 4</sup> Vymedzenie pojmu umelá inteligencia obsahuje aj návrh *Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady, ktorým sa stanovujú harmonizované pravidlá v oblasti umelej inteligencie (Akt o umelej inteligencii)*, ktorý v článku 3 ods. 1 uvádza: „*system umelej inteligencie je softvér vyvinutý s jednou alebo viacerými technikami a prístupmi uvedenými v prílohe I, ktorý môže pre daný súbor cieľov vymedzených človekom vytvárať výstupy, ako je obsah, predpovede, odporúčania alebo rozhodnutia ovplyvňujúce prostredie, s ktorým sú v interakcii*“.<sup>5</sup>

Dôležitým prvkom vymedzenia umelej inteligencie je však jej schopnosť sa svojou činnosťou približovať činnosti človeka. Uvedené znamená, že vývoj umelej inteligencie smeruje k vytvoreniu systémov schopných myšlienkových postupov, ktoré sú rovnaké (*podobné*) človeku – samostatné uvažovanie, učenie sa, vyhodnocovanie situácií, autonómne rozhodovanie sa.<sup>6</sup>

Niektorí autori však slovné spojenie *umelá inteligencia* vnímajú ako strešný pojem, ktorý zahŕňa viacero odlišných oblastí, a to: (i) superinteligenciu (*presahujúcu inteligenciu a schopnosti človeka*), (ii) strojové učenie (*schopnosť*

---

<sup>3</sup> Pozri napríklad: KOK, J. N. et al. Artificial Intelligence – Artificial Intelligence: Definition, Trends, Techniques and Cases. Leiden Institute of Advanced Computer Science, Leiden University, the Netherlands. Dostupné na webovej adrese: <https://www.eolss.net/Sample-Chapters/C15/E6-44.pdf>

<sup>4</sup> Na množstvo odlišných definícií poukazuje aj ANDRAŠKO, J. et al. Právo informačných a komunikačných technológií 2. Bratislava: TINCT, 2021. 283 s.

<sup>5</sup> Dostupné na webovej adrese: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>

<sup>6</sup> ANDRAŠKO, J. et al. Právo informačných a komunikačných technológií 2. Bratislava: TINCT, 2021. 283 s.

počítača „myslieť“ vytvorením matematických algoritmov), či (iii) robotiku (odvetvie technológie zaoberajúce sa fyzickými robotmi).<sup>7</sup>

Na tomto mieste považujeme za vhodné uviesť, že z hľadiska stupňa vývoja, resp. z hľadiska funkcií systémov využívajúcich umelú inteligenciu ich možno rozdeľovať do množstva kategórií. Podľa niektorých autorov je posledným stupňom vývoja umelej inteligencie tzv. *self-aware artificial intelligence* – teda štádium, v ktorom umelá inteligencia nadobudne vedomie a bude si uvedomovať vlastnú existenciu. Tento druh umelej inteligencie však zatiaľ neexistuje a je otázne, či je toto štádium vôbec dosiahnuteľné.<sup>8</sup> Napriek uvedenému však nemožno opomíňať fakt, že umelá inteligencia má vysoký potenciál prekročiť schopnosti ľudí, čo do istej miery už aj možno pozorovať (napr. *schopnosť pracovať nepomerne rýchlejšie a s väčším množstvom dát*).

Na účely predmetného príspevku však budeme pracovať so zjednodušeným ponímaním umelej inteligencie uvedeným vyššie, a teda ako systémom schopným myšlienkových postupov podobných človeku.

S postupným vývojom týchto technológií dochádza k nahrádzaniu ľudskej činnosti v rôznych oblastiach. Prečo sa však umelá inteligencia stáva čoraz viac populárnou a čo nám prináša?

Domnievame sa, že medzi najsignifikantnejšie výhody využitia umelej inteligencie patrí:

- schopnosť spracovávať enormné množstvo dát (tzv. „*big data*“) za zlomok času v porovnaní s človekom,
- mimoriadne skrátenie času pre realizáciu úloh,
- schopnosť vykonávať viacero zložitých úloh naraz,
- schopnosť pracovať neustále – 24 hodín denne bez špeciálnej starostlivosti,
- schopnosť robiť proces rozhodovania efektívnejším, informovanejším, rýchlejšim a menej nákladným.

Z uvedeného je zrejmé, že potenciál umelej inteligencie je možné využiť aj v právnej oblasti. Ako príklad možno uviesť preklad textov, analýzu súdnych rozhodnutí, prípravu jednoduchých dokumentov či kontrolu právnického textu.

Pri uvažovaní o využití umelej inteligencie však možno zájsť aj ďalej. V odbornej literatúre sa už vyskytli prvotné myšlienky súvisiace s priznaním hlasovacích práv systémom využívajúcim umelú inteligenciu v rámci orgánov obchodných spoločností.<sup>9 10</sup>

Z vyššie uvedených úvah je zrejmé, že umelá inteligencia so sebou prináša množstvo výhod. Progressívne uvažovanie o možnostiach využitia umelej

---

<sup>7</sup> ANDRAŠKO, J. et al. Právo informačných a komunikačných technológií 2. Bratislava: TINCT, 2021. 282 s.

<sup>8</sup> Spracované podľa: JOHNSON, J. 4 Types of Artificial Intelligence.

<sup>9</sup> SOKOL, M. Elektronické hlasovanie kolektívnych orgánov v obchodných spoločnostiach. In: GRANT journal: European Grant Projects, Results, Research & Development, Science: Peer-Reviewed Scientific Journal. roč. 11, 2022, č. 1, 55-59 s.

<sup>10</sup> KAYA, B. The Role of Artificial Intelligence In Corporate Governance. Dostupné na webovej adrese: <https://ssrn.com/abstract=4143846> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4143846>

inteligencie nám umožnil najmä jej rapidný rozvoj v ostatnom období, vrátane súkromných investícií a orientácie viacerých výrobcov počítačového hardware-u na túto oblasť. Na tomto mieste však považujeme za vhodné poznamenať, že samotné slovné spojenie *umelá inteligencia* nie je výdobytkom posledných rokov, ale svoj pôvod má už v minulom storočí.<sup>11</sup>

Na prvý pohľad sa môže zdať, že umelá inteligencia so sebou prináša len výhody, prostredníctvom ktorých nám uľahčuje každodenný život či prácu. Je však dôležité mať na zreteli aj potenciálne riziká – najmä vo vzťahu k bezpečnosti technológií využívajúcich umelú inteligenciu, ochrane osobných údajov či nastavenia základných pravidiel, ktoré by tieto systémy (*a ich vývojári*) mali dodržiavať. Okrem uvedeného, rozvoj digitálnych technológií so sebou prináša aj niekoľko ďalších právnych otázok.

## 2. ARGUMENTY V PROSPECH PRÁVNEJ REGULÁCIE DIGITÁLNYCH TECHNOLOGIÍ VRÁTANE UMELEJ INTELEGENCIE

V čase prípravy tohto príspevku je zrejmé, že právnou reguláciou umelej inteligencie sa už zaoberá aj samotná EÚ.<sup>12</sup> Z uvedeného možno vyvodit' záver, že táto problematika si právnú reguláciu z istých príčin vyžaduje. Otáznym však ostáva dôvod, ale aj rozsah, v ktorom by právo malo súvisiace otázky regulovať.

Digitálne technológie nespochybniteľne zmenili fungovanie spoločnosti, čo len väčšmi podčiarkla pandémia COVID-19. Aj v právnej oblasti priniesla elektronizácia množstvo výhod (*napríklad elektronizácia verejných registrov či stanovenie požiadavky elektronickej komunikácie*). Pri vytváraní súvisiacich právnych rámcov je však vhodné zamyslieť sa nad tým, či „vývoj“ digitálnych technológií, resp. jeho výsledky, je nutné regulovať, a ak áno, ako a v akom rozsahu.

Zastávame názor, že nie každý výdobytok technologického sveta, ktorý je do určitej miery spôsobilý ovplyvniť určité aspekty života spoločnosti, je nutné regulovať právnou úpravou. Na druhej strane, niektoré technológie, najmä vzhľadom na závažnosť dôsledkov ich využívania, resp. dopadov na spoločnosť, regulovať vhodné je.

Je tiež vhodné poznamenať, že dosiahnutie symbiôzy medzi právnou úpravou a technologickým vývojom, ktorý je v dnešnej dobe *de facto* nezastaviteľný, predstavuje zložitú úlohu. Zjednodušene povedané, právna úprava prakticky nebude schopná dostatočne rýchlo reagovať na zmeny, ktoré sa v rámci vývoja technológií udejú.

Domnievame sa, že za istú formu právnej regulácie možno považovať aj prepájanie významných právnych dôsledkov s povinnosťou využitia digitálnych technológií. Ako príklad opätovne použijeme elektronické doručovanie, s ktorým sú v rámci niektorých predpisov SR spojené závažné právne dôsledky (*napríklad fikcia doručenia a pod. pri elektronickej komunikácii so súdmi či inými inštitúciami*).

---

<sup>11</sup> Bližšie pozri ANDRAŠKO, J. et al. Právo informačných a komunikačných technológií 2. Bratislava: TINCT, 2021. 283 s.

<sup>12</sup> Napríklad návrh Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady, ktorým sa stanovujú harmonizované pravidlá v oblasti umelej inteligencie (Akt o umelej inteligencii).

Vyvstáva však otázka, kde a ako hľadať hranicu toho, čo regulované byť má, a toho, čo už regulované byť nemusí.

Zastávame názor, že pri nachádzaní odpovedí je dôležité nové technológie vnímať komplexne a posudzovať ich možný vplyv na spoločnosť. V prípade umelej inteligencie je zrejmé, že táto je spôsobilá výrazným spôsobom ovplyvňovať ľudskú činnosť, fungovanie podnikov a trhu, ale potenciálne aj fungovanie štátu či trhu práce. Okrem uvedeného, v súvislosti s umelou inteligenciou sa zároveň vytvára priestor pre jej možné zneužitie, ktoré môže mať závažné spoločenské následky.

Pokiaľ umelú inteligenciu vnímame ako technológiu, ktorá sa približuje kognitívnym schopnostiam človeka, vznikajú tu ďalšie riziká. Uvedené súvisí najmä so schopnosťou autonómne sa rozhodovať. Zjednodušene možno konštatovať, že človek prijíma rozhodnutia na základe vyhodnocovania jemú dostupných dát a prostredníctvom logických postupov a kognitívnych operácií. Človeku je taktiež vlastná schopnosť učiť sa a vyhodnocovať výsledky jeho rozhodnutí.

Uvedené je však do istej miery vlastné aj umelej inteligencii. Táto totiž taktiež pracuje na základe získanej sumy informácií či dát, tieto vyhodnocuje prostredníctvom algoritmických operácií a následne je schopná prijímať rozhodnutia. Dôležitým aspektom je však schopnosť umelej inteligencie učiť sa.

Príkladom môže byť program Deep Blue, ktorý už v roku 1997 porazil v šachovej hre najlepšieho hráča sveta, Kasparova. V uvedenom kontexte je však dôležité poukázať na to, že program Deep Blue nepostupoval na základe vopred človekom zadaných možností šachových ťahov, ale bol spôsobilý vytvárať milióny variácií týchto ťahov a adekvátne upravovať svoju stratégiu, to všetko v priebehu niekoľkých sekúnd.<sup>13</sup>

Umelá inteligencia odvtedy prešla signifikantným vývojom. V súčasnosti je asi najznámejším projektom v oblasti umelej inteligencie ChatGPT, chatbot, ktorý je schopný v priebehu niekoľkých sekúnd zodpovedať rôzne otázky, spísať email, vytvoriť vtíp či riešiť matematické problémy.

Pri zvážení všetkých týchto skutočností možno úvahy o využití umelej inteligencie zaviesť aj ďalej. Ako sme už uviedli, umelá inteligencia je schopná robiť rozhodnutia obdobne ako človek. Je teda možné zamyslieť sa nad tým, či je túto jej schopnosť využiť aj na miestach, kde sú ľudia v tzv. riadiacich funkciách, pričom ich úlohou je prijímať určitý druh rozhodnutí. Ako príklad možno uviesť štatutárny orgán obchodnej spoločnosti, ktorého úlohou je, okrem iného, prijímať rozhodnutia v mene obchodnej spoločnosti. Pokiaľ teda umelá inteligencia disponuje obdobnou schopnosťou rozhodovania ako človek, čo bráni tomu, aby bola „dosadená“ do rôznych funkcií, ktorých podstatou je rozhodovanie o určitej otázke?

Zastávame názor, že vyššie uvedené úvahy, ako aj bezpečnostné riziká spojené s využívaním umelej inteligencie odôvodňujú jej právnu reguláciu.

Pri prijatí záveru o tom, že určitú problematiku je nutné právne reglementovať, je vhodné sa na úvod zamyslieť nad tým, či môžeme túto „novú“ oblasť vnímať cez prizmu súčasného právneho rámca. Inými slovami, či je možné na novovzniknuté problémy a vzťahy aplikovať súčasne platné a účinné právo, resp. právne inštitúty.

---

<sup>13</sup> Bližšie pozri: <https://yourstory.com/2023/05/deep-blue-defeats-kasparov-historic-ai-milestone>

Domnievame sa, že problematika umelej inteligencie je výrazne špecifická a v určitých prípadoch nie sú doterajšie právne rámce postačujúce. O uvedenom svedčí už spomínaná činnosť EÚ, ktorá vytvorila návrh *Aktu o umelej inteligencii*, ktorý by mal komplexne riešiť bezpečnostné otázky súvisiace s uvádzaním a využívaním umelej inteligencie.

Ako sme už uviedli, technologický vývoj je nezastaviteľný a právna úprava nie je spôsobilá dostatočne promptne reagovať na novovznikajúce problémy. Z uvedeného je zrejmé, že tradičné ponímanie právnej reglementácie nebude pre úpravu nových technológií postačujúce, nakoľko by pravdepodobne dochádzalo k zbytočnému brzdeniu využívania nových technologických možností zdĺhavo meniteľnou právnou úpravou.

Podľa Andraška je jedným z možných riešení regulácia nových technológií najmä prostredníctvom *soft law*, ktoré umožňuje promptne reagovať na technologický vývoj. Na druhej strane, Andraško zároveň poukazuje na riziká *soft law*, najmä vo vzťahu k častej vágnosti tejto úpravy či jej vymožiteľnosti.<sup>14</sup>

Ako sme už však uviedli, EÚ v uvedenom smere vytvorila návrh nariadenia nazývaného *Akt o umelej inteligencii*, ktorý rieši základné otázky týkajúce sa bezpečnosti využívania systémov umelej inteligencie. Vzhľadom na závažnosť potenciálnych dôsledkov súvisiacich s využívaním umelej inteligencie považujeme predmetný prístup za správny. Podľa nášho názoru by tak malo dôjsť k vytvoreniu solídneho právneho rámca, ktorý by zabezpečoval elementárnu bezpečnosť pri využívaní umelej inteligencie. Ostatné, menej závažné otázky, by mohli byť riešené práve vytváraním noriem *soft law*.

Okrem uvedeného je však potrebné zdôrazniť, že v súčasnosti nemôžeme s istotou konštatovať, kam vývoj umelej inteligencie povedie, resp. kde (*a či vôbec*) sa ukončí. Z uvedeného dôvodu je tak značne náročné predpokladať, čoho bude umelá inteligencia schopná a v akom rozsahu bude náš život v konečnom dôsledku ovplyvňovať. V súvislosti s vytváraním právneho rámca pre využívanie umelej inteligencie sa tak nachádzame *de facto* na začiatku, pričom vzniká potreba zodpovedania množstva nových otázok. Je preto prirodzené, že v nasledujúcom období sa môže právny postoj k využívaniu umelej inteligencie zmeniť, a to vrátane potreby či rozsahu jej reglementácie.

### 3. UMEĽÁ INTELIGENCIA A JEJ PRÁVNA SUBJEKTIVITA

Umelá inteligencia so sebou prináša kvantum nevyriešených a otvorených problémov, na ktoré v súčasnosti hľadajú odpovede odborníci na rôznych (*nielen právnických*) fórach. Je zrejmé, že ich komplexnosť a množstvo nie je možné pokryť v rámci jedného príspevku. Z uvedeného dôvodu sa ďalej budeme venovať iba jednej z týchto otázok, a to samotnej podstate umelej inteligencie, resp. jej prípadnej právnej subjektivite.

V predošlých riadkoch sme načrtli, že vývoj umelej inteligencie smeruje k napodobneniu určitých ľudských kognitívnych schopností. Zároveň sme poukázali

---

<sup>14</sup> ANDRAŠKO, J. et al. Právo informačných a komunikačných technológií 2. Bratislava: TINCT, 2021. 288-289 s.

na to, že už v súčasnosti sú počítačové systémy schopné autonómneho rozhodovania sa obdobne ako človek. Pokiaľ teda postupnými krokmi vzniká entita, ktorá sa týmito vlastnosťami približuje človeku, ako na ňu budeme z právneho hľadiska nazerať? Budú sa medzi nami v budúcnosti pohybovať roboty schopné učiť sa, premýšľať, rozhodovať sa či vytvárať hodnoty alebo pracovať? Bude možné takéto roboty podrobiť zodpovednostným systémom?

Predmetné otázky sa v súčasnosti môžu zdať značne nadčasové, či možno až nereálne. Na druhej strane je však opätovne vhodné zdôrazniť, že umelá inteligencia nás ovplyvňuje čoraz viac a jej vývoj postupuje míľovými krokmi.

Považujeme za prirodzené, že v právnej sfére vyvstala otázka právnej subjektivity umelej inteligencie. Táto problematika je dokonca predmetom aj niektorých dokumentov EÚ. Zo *Správy Výboru pre právne veci s odporúčaniami pre Komisiu k normám občianskeho práva v oblasti robotiky* vyplýva: „vyzýva Komisiu, aby pri vykonávaní posúdenia vplyvu budúcich legislatívnych nástrojov preskúmala, analyzovala a zvažovala dôsledky všetkých možných právnych riešení, napríklad: vytvorenia špecifického právneho postavenia pre roboty v dlhodobom horizonte, aby sa aspoň tie najsofistikovanejšie autonómne roboty mohli považovať za elektronické osoby zodpovedné za náhradu akejkoľvek škody, ktorú môžu spôsobiť, a prípadného uplatnenia elektronickej osobnosti na prípady, keď roboty robia samostatné rozhodnutia alebo iným spôsobom nezávisle komunikujú s tretími stranami“.<sup>15</sup>

Európsky parlament taktiež vytvoril správu, kde prijal odporúčania vo vzťahu k civilnej zodpovednosti za škodu umelej inteligencie.<sup>16</sup>

Úvahy o priznaní právnej subjektivity umelej inteligencii, resp. vytvorení tzv. *elektronickej osoby* nie sú ani z uvedených dôvodov úplne nereálne – je však dôležité zväžiť ďalšie súvisiace aspekty.

V prvom rade, je vôbec potrebné vytvárať osobitnú kategóriu *elektronickej osoby*, resp. je nutné priznávať právnu subjektivitu umelej inteligencii? Aký význam alebo prínos bude mať uvedený postup pre spoločnosť?

Ako sme už uviedli, naznačený vývoj umelej inteligencie si vyžaduje osobitnú právnu reguláciu. Vo vzťahu k otázke jej právnej subjektivity zastávame opatrnejší prístup.

Odborná literatúra pri otázke právnej subjektivity umelej inteligencie poukazuje na analógiu k právnickým osobám, ktoré sú v zmysle teórie fikcie považované za umelé konštrukty, ktoré sú spôsobilé vytvárať vôľu a prejavovať ju navonok s právnymi účinkami.<sup>17</sup> Rozdiel však podľa niektorých autorov spočíva v tom, že pri právnických osobách (*resp. obchodných spoločnostiach*) sa nehovorí o ďalších

---

<sup>15</sup> Pozri *Správa s odporúčaniami pre Komisiu k normám občianskeho práva v oblasti robotiky*. Dostupné na webovej adrese: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_SK.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_SK.html)

<sup>16</sup> Dostupné na webovej adrese: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-650556\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-650556_EN.html)

<sup>17</sup> KOLAŘÍKOVÁ, L., HORÁK, F. *Umelá inteligencia & právo*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020. 36 a nasl. s.

aspektoch, ako napríklad dôstojnosť, vedomie, či morálne hodnoty, ktoré by však mali byť pri umelej inteligencii zohľadnené.<sup>18</sup>

V vedenom kontexte odborná literatúra tiež poukazuje na jednu zo základných otázok – vlastnú vôľu umelej inteligencie, resp. jej tvorbu a prejavenie navonok.<sup>19</sup>

Zastávame názor, že posudzovanie schopnosti umelej inteligencie vytvárať a prejavovať vôľu navonok do veľkej miery závisí od stupňa jej vývoja. Je zrejme, že umelá inteligencia je do určitej miery závislá od ingerencie fyzickej osoby (*to je však vo svojej podstate aj osoba právnická*). Na druhej strane, vývoj umelej inteligencie jej postupne umožňuje získavať „skúsenosti“, učiť sa a na podklade týchto poznatkov realizovať autonómne rozhodnutia. Z uvedeného podľa nášho názoru vyplýva, že umelá inteligencia je do určitej miery spôsobilá vôľu vytvárať, resp. ju prejavovať navonok (*otázne je, do akej miery je to závislé od človeka*).

Problematické však je, či týmto prejavom priznávať aj určité právne účinky. Zastávame názor, že v určitých prípadoch by priznanie právnych účinkov prejavom vôle umelej inteligencie mohlo byť prínosné (*napríklad hlasovacie práva umelej inteligencie v orgánoch obchodných spoločností*).<sup>20</sup>

Riešenie otázky právnej subjektivity umelej inteligencie má však aj širší rozmer, a to rozsah práv a povinností, ktorých nositeľom by umelá inteligencia mohla byť. Mohla by umelá inteligencia vlastniť majetok, mať volebné právo, možnosť domáhať sa prípadnej nemajetkovej ujmy? Možno vytvoriť osobitnú kategóriu určitej obmedzenej právnej subjektivity, v zmysle ktorej by umelá inteligencia mala len vymedzený okruh práv a povinností?

Z vyššie uvedených úvah podľa nášho názoru nespochybniteľne vyplýva, že zodpovedanie tejto otázky je mimoriadne náročné a vyžaduje si dlhodobú a hlbokú odbornú diskusiu. V prvom rade však považujeme za vhodné dôkladne a starostlivo zvážiť potenciálny prínos a účel priznania právnej subjektivity umelej inteligencii. Až následne sa vytvára priestor pre riešenie súvisiacich právnych otázok.

## ZÁVER

Predmetom predloženého príspevku boli základné koncepty umelej inteligencie a načrtnutie problematických oblastí, ktoré sa postupnými krokmi dostávajú do oblasti záujmu viacerých odborníkov a inštitúcií. V prvom rade sme sa snažili zodpovedať základnú otázku, a to čo umelá inteligencia je a aké možnosti so sebou prináša. Zastávame názor, že z predložených úvah a skutočností vyplynula jednoznačná potreba dostatočného právneho podchytenia skúmanej problematiky. Umelá inteligencia totiž má potenciál výrazným (*aj negatívnym*) spôsobom

---

<sup>18</sup> ANDRAŠKO, J. et al. Právo informačných a komunikačných technológií 2. Bratislava: TINCT, 2021. 296 s.

<sup>19</sup> KOLAŘIKOVÁ, L., HORÁK, F. Umělá inteligence & právo. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020. 39 a nasl. s.

<sup>20</sup> Bližšie pozri aj: SOKOL, M. Digitalizácia konania právnických osôb na príklade kapitálových obchodných spoločností. In: MOLNÁR, P. – MACKO, L. – ROMANOVÁ, R. et al. (eds.) Košické dni súkromného práva: recenzovaný zborník vedeckých prác. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2021, 108 – 115 s.



ovplyvniť fungovanie spoločnosti, a preto sa zdržanlivý postoj k jej právnej regulácii javí byť neprímeraný.

Domnievame sa však, že špecifickosť problematiky umelej inteligencie spôsobuje značné komplikácie pri hľadaní vhodného prístupu v právnej oblasti. Na jednej strane by totiž právna úprava mala dostatočným spôsobom chrániť práva a právom chránené záujmy spoločnosti, na strane druhej by však nemala zbytočne brániť vývoju, rozvoju a implementácii nových technológií. Vzniká tu teda potreba citlivého nachádzania hranice medzi striktnou právnou úpravou a jej dostatočným uvoľnením. Tento proces ešte väčšmi komplikuje neustály vývoj umelej inteligencie a s tým spojená neistota vo vzťahu k tomu, čoho bude umelá inteligencia v budúcnosti schopná.

V zmysle uvedeného sme v predložennom príspevku poukázali na úvahy spojené s priznaním právnej subjektivity umelej inteligencii, resp. s vytvorením osobitnej kategórie *elektronickej osoby*. Vznik týchto myšlienok, resp. na to nadväzujúce diskusie považujeme za plne legitímne a prirodzené. Na druhej strane si dovoľujeme uviesť, že pri týchto otázkach je obzvlášť dôležité zväziť všetky následky, ktoré so sebou môže priznanie právnej subjektivity umelej inteligencii priniesť.

Je zrejmé, že riešenie vyššie načrtnutých problémov bude v blízkej budúcnosti predmetom komplexných a odborných interdisciplinárnych diskusií. Možno sa tak tešiť na množstvo nových zaujímavých názorov, pohľadov či prístupov.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. ANDRAŠKO, J. et al. Právo informačných a komunikačných technológií 2. Bratislava: TINCT, 2021. ISBN 978-80-973837-2-5.
2. JOHNSON, J. 4 Types of Artificial Intelligence. Dostupné na webovej adrese: <https://www.bmc.com/blogs/artificial-intelligence-types/> [Cit. 04.09.2023].
3. KAYA, B. The Role of Artificial Intelligence In Corporate Governance. Dostupné na webovej adrese: <https://ssrn.com/abstract=4143846> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4143846> [Cit. 04.09.2023].
4. KOK, J. N. et al. Artificial Intelligence – Artificial Intelligence: Definition, Trends, Techniques and Cases. Leiden Institute of Advanced Computer Science, Leiden University, the Netherlands. Dostupné na webovej adrese: <https://www.eolss.net/Sample-Chapters/C15/E6-44.pdf> [Cit. 04.09.2023].
5. KOLAŘÍKOVÁ, L., HORÁK, F. Umělá inteligence & právo. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020. ISBN 978-80-7598-784-6.
6. SOKOL, M. Elektronické hlasovanie kolektívnych orgánov v obchodných spoločnostiach. In: GRANT journal: European Grant Projects, Results, Research & Development, Science: Peer-Reviewed Scientific Journal. ISSN 1805-0638, roč. 11, 2022, č. 1, s. 55-59.
7. SOKOL, M. Digitalizácia konania právnických osôb na príklade kapitálových obchodných spoločností. In: MOLNAR, P. – MACKO, L. – ROMANOVÁ, R. et al. (eds.) Košické dni súkromného práva: recenzovaný zborník vedeckých prác.

Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2021, 108 – 115 s. ISBN 978-80-574-0024-0.

8. Návrh Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady, ktorým sa stanovujú harmonizované pravidlá v oblasti umelej inteligencie (Akt o umelej inteligencii)
9. Správa s odporúčaniami pre Komisiu k normám občianskeho práva v oblasti robotiky. Dostupné na webovej adrese: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_SK.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_SK.html)
10. Správa s odporúčaniami pre Komisiu k normám občianskeho práva v oblasti robotiky. Dostupné na webovej adrese: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_SK.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_SK.html)

#### **KONTAKT NA AUTORA**

michalsokol182@gmail.com

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

## **Spriaznené pohľadávky v malom konkurze<sup>2</sup>**

### **Related claims in a small bankruptcy**

#### *Abstrakt*

*V konkurze vyhlásenom podľa II. časti prvej až deviatej hlavy zákona o konkurze a reštrukturalizácii existuje právna úprava, ktorá definuje tzv. subordinované pohľadávky, medzi ktoré sa okrem iného radia aj spriaznené pohľadávky. Ide o podmnožinu nezabezpečených pohľadávok, pre ktorú je typické, že veritelia zaradení do tejto podmnožiny sú uspokojovaní v konkurze až potom, ako sú v celom rozsahu uspokojení ostatní veritelia nezabezpečených pohľadávok. V malom konkurze, ako v alternatívnom inštitúte, zákon o konkurze a reštrukturalizácii výslovne neupravuje spôsob uspokojovania spriaznených pohľadávok, hoci sa v ňom takéto môžu vyskytnúť. Autor sa v príspevku zaoberá otázkou uspokojenia spriaznených pohľadávok v malom konkurze.*

*Kľúčové slová: veriteľ spriaznenej pohľadávky, subordinované pohľadávky, malý konkurz, konkurz, pari passu.*

#### *Abstract*

*In bankruptcy declared according to II. part of the first to ninth chapters of the Act on Bankruptcy and Restructuring, there is a legal regulation that defines the so-called subordinated claims, which include, among other things, related claims. This is a subset of unsecured claims, for which it is typical that creditors included in this subset are satisfied in bankruptcy only after other creditors of unsecured claims are satisfied in full. In a small bankruptcy, as in an alternative institute, the Bankruptcy and Restructuring Act does not explicitly regulate the method of satisfying related claims, although such may occur in it. In the article, the author deals with the issue of satisfaction of related claims in small bankruptcy.*

*Key words: creditor of a related claim, subordinated claims, small bankruptcy, bankruptcy, pari passu.*

#### **JEL Classification: K220**

---

<sup>1</sup> Autor je interný doktorand na Katedre obchodného práva a hospodárskeho práva Právnickej fakulty Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. Takmer 9 rokov pôsobil na Okresnom súde Košice I, z toho viac ako 7 rokov v súdnych oddeleniach vybavujúcich konkurznú a reštrukturalizačnú agendu a agendu incidenčných sporov. V súčasnosti je advokátom a insolvenčným správcom.

<sup>2</sup> Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0424 a VEGA č. 1/0259/22.

## ÚVOD

S účinnosťou od 1. januára 2021 bol v právnom poriadku Slovenskej republiky zásadným spôsobom prepracovaný inštitút malého konkurzu. Dovtedy bol malý konkurz upravený v podobe špeciálnych ustanovení, ktoré čiastočne modifikovali konkurz vyhlásený podľa II. časti zákona o konkurze a reštrukturalizácii<sup>3</sup> a jeho účelom bolo pri splnení zákonných podmienok konkurz zrýchliť, zefektívniť<sup>4</sup> a prípadne aj zhospodárniť, najmä rozhodnutím súdu o skrátení lehôt platných pre „bežný“ konkurz<sup>5</sup>; rozhodnutím súdu o iných opatreniach a v otázke voľby jedného zástupcu veriteľov namiesto veriteľského výboru ako príslušného orgánu. Právne postavenie veriteľov spriaznených pohľadávok a ich uspokojovanie sa však pri bežnom konkurze a pôvodnom malom konkurze nelíšil. Navyac, pôvodný malý konkurz bol pozostatkom ešte skoršej právnej úpravy slúžiacej tiež všetkým pôvodným konkurzom fyzických osôb – nepodnikateľov, a to v znení právnej úpravy účinnej do 28. februára 2017<sup>6</sup>.

Na schôdzi Národnej rady SR došlo dňa 8. decembra 2020 k schváleniu zákona č. 421/2020 Z. z. o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov, čím došlo aj k novelizácii ZKR v časti inštitútu malého konkurzu. Malý konkurz bol s účinnosťou od 1. januára 2021 upravený ako procesne uzatvorený samostatný inštitút, ktorý sa riadi pravidlami definovanými výlučne pre malý konkurz<sup>7</sup> a s primeraným použitím niektorých vybraných častí existujúcej právnej úpravy, a to prevažne z oblasti konkurzu fyzických osôb a ich oddĺženia upravenej v IV. časti ZKR, na ktorých primerané použitie inštitútu malého konkurzu priamo odkazuje<sup>8</sup>.

Predkladateľ návrhu zákona o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach v súvislosti s právnou úpravou malého konkurzu uviedol, že cieľom je vykonštruovať jednoduché, efektívne, hospodárne a rýchle likvidačné konanie po vzore právnej úpravy oddĺženia.<sup>9</sup>

Cieľom príspevku je skúmať možnosť uspokojenia pohľadávky v malom konkurze, ktorá patrí alebo patrila veriteľovi, ktorý je alebo kedykoľvek od vzniku pohľadávky bol spriaznený s úpadcom, a ktorú ďalej na účely príspevku budeme označovať ako „spriaznená pohľadávka“. Komparatívne porovnáme uspokojovanie spriaznených pohľadávok v bežnom konkurze a v konkurze fyzických osôb upravenom v IV. časti ZKR; a z dôvodu, že súčasná právna úprava malého konkurzu explicitne neupravuje uspokojovanie spriaznených pohľadávok, budeme hľadať

<sup>3</sup> § 106 a 107 zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „ZKR“) v znení účinnom do 31.12.2020

<sup>4</sup> DOLNÝ, J. Malý konkurz. In SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2020, s. 61

<sup>5</sup> Na účely príspevku budeme za bežný konkurz považovať konkurz vyhlásený podľa II. časti prvej až deviatej hlavy ZKR.

<sup>6</sup> § 106 ods. 1 ZKR v znení účinnom do 28.02.2017

<sup>7</sup> pozri § 106 ods. 1 a 2 ZKR v znení účinnom od 01.01.2021 a porovnaj s § 107a ods. 1 posl. veta ZKR v znení neskorších predpisov

<sup>8</sup> pozri napr. § 106h ZKR v znení neskorších predpisov

<sup>9</sup> dôvodová správa (všeobecná časť) k vládnomu návrhu zákona o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov

pravidlo, podľa ktorého by spriaznené pohľadávky mohli byť v malom konkurze uspokojované.

## 1. PRINCÍP *PARI PASSU*

V právnom poriadku Slovenskej republiky platí v oblasti insolvenčného práva princíp *pari passu*, označovaný aj ako princíp rovnakého zaobchádzania s veriteľmi, ktorý je explicitne vyjadrený v § 6 ZKR. Z pohľadu začlenenia označeného zákonného ustanovenia v ZKR, toto ustanovenie predstavuje jednu zo základných zásad slovenského insolvenčného práva aplikovateľnú na všetky druhy insolvenčných konaní, t.j. tak na bežný konkurz, konkurz fyzických osôb podľa IV. časti ZKR, reštrukturalizáciu, ako aj na malý konkurz<sup>10</sup>. Účelom tejto zásady je, aby veritelia s rovnakými právami mali pri riešení úpadku dlžníka rovnaké postavenie, pri ktorom je zvýhodňovanie niektorých veriteľov neprípustné. Podľa M. Ďuricu, veritelia s rovnakými právami sú veritelia, ktorí majú pohľadávky rovnakého druhu z pohľadu ich uspokojovania. Rovnaké postavenie znamená, že veritelia majú napr. rovnakú možnosť uplatniť si pohľadávku v konkurznom konaní, rovnakú možnosť domáhať sa určenia popretej pohľadávky, rovnakú možnosť uspokojenia medzi pohľadávkami určitého druhu a pod.<sup>11</sup> Pohľadávkami rovnakého druhu sú napr. zabezpečené pohľadávky, podriadené pohľadávky, podmienené pohľadávky a iné.

## 2. ZÁKONNÁ SUBORDINÁCIA PRIHLÁSENÝCH POHĽADÁVOK V BEŽNOM KONKURZE

Zákonná subordinácia prihlásených pohľadávok v bežnom konkurze predstavuje osobitnú podmnožinu nezabezpečených pohľadávok<sup>12</sup> v podobe podriadených pohľadávok, tvorenú okrem iného aj spriaznenými pohľadávkami. Inými podmnožinami nezabezpečených pohľadávok v bežnom konkurze môžu byť napr. prednostné pohľadávky, podmienené pohľadávky a ďalšie.

Subordinácia je vyjadrená v § 95 ods. 2 a 3 ZKR a predstavuje (automatické) pravidlá uspokojovania pohľadávok rovnakého druhu, ktoré v danom prípade spočívajú v spojení pohľadávky so záväzkom podriadenosti podľa ustanovení Obchodného zákonníka alebo v právnom dôvode vzniku pohľadávky v podobe zmluvnej pokuty alebo v osobe veriteľa, ktorý je alebo od vzniku pohľadávky bol spriaznený s úpadcom. Tretia kategória predstavuje spriaznené pohľadávky a ich určenie je priamo naviazané na zákonnú definíciu spriaznených osôb upravenú v I. časti ZKR, v § 9. Subordinácia obsiahnutá v označenom zákonnom ustanovení sa aplikuje v bežnom konkurze.

---

<sup>10</sup> § 1 - § 10a ZKR tvoria prvú časť ZKR označenú ako „Predmet zákona a základné zásady“

<sup>11</sup> ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021, s. 27

<sup>12</sup> DOLNÝ, J. Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní. In *Justičná revue*, 72, 2020, č. 3, s. 362.

Rovnakým pravidlom pre celú podmnožinu nezabezpečených pohľadávok - podriadené pohľadávky v otázke ich uspokojovania, je požiadavka na ich uspokojenie v zistenom rozsahu a len z výťažku zo speňaženia majetku tvoriaceho všeobecnú podstatu, ktorý vo všeobecnej podstate zvýšil po úplnom uspokojení všetkých iných nezabezpečených pohľadávok, ako napr. prednostných a bežných, pričom ak nie je možné uspokojiť podriadené pohľadávky v celom rozsahu, uspokojujú sa len pomerne, a to rovnakým dielom podľa ich vzájomnej výšky. Pravidlá uspokojovania podriadených pohľadávok platia rovnako pre celú túto podmnožinu, teda aj vrátane spriaznených pohľadávok. Pri spriaznených pohľadávkach navyše platí aj pravidlo, že na prípadné zabezpečenie týchto pohľadávok zabezpečovacím právom sa v konkurze neprihliada, a teda spriaznené pohľadávky môžu byť v bežnom konkurze uspokojované len ako nezabezpečené pohľadávky a v poradí ako podriadené pohľadávky.

Účelom subordinácie spriaznených pohľadávok v bežnom konkurze je zabrániť spriazneným veriteľom deformovať konkurzné konanie napr. tým, že prostredníctvom fiktívnych pohľadávok, napr. z dôvodu uznania záväzkov a prípadne aj ich zabezpečením, sa budú usilovať o rovnaké alebo vyššie uspokojenie, ako majú iní bežní nezabezpečení veritelia. Za spriazneného veriteľa totiž ZKR podľa § 95 ods. 3 ZKR považuje v spojení s § 9 ZKR napr. osobu konateľa dlžníka; osobu, ktorá má v dlžníkovi kvalifikovanú účasť predstavujúcu priamy alebo nepriamy podiel v rozsahu aspoň 5% na základnom imaní dlžníka; ich blízke osoby, a pod. Je teda zrejmé, že spriaznené osoby s ohľadom napr. na svoj vzťah k dlžníkovi môžu v praxi realizovať úkony dlžníka s cieľom dosiahnuť lepšie postavenie pre seba, predovšetkým v otázke získania majetkového prospechu, a to pred inými veriteľmi. V praxi sa častokrát stáva, že obchodné spoločnosti namiesto toho, aby boli financované z prostriedkov spoločníkov prostredníctvom základného imania, sú financované tak, že spoločníci poskytnú vlastnej spoločnosti pôžičku<sup>13</sup>, a pre prípad konkurzu, pokiaľ by neexistovala právna úprava obsiahnutá v § 95 ods. 3 ZKR, by konkurz mohli deformovať napr. nižším uspokojením ostatných (nespriaznených) veriteľov. Ustanovením § 95 ods. 3 ZKR je v bežnom konkurze vyjadrená tiež požiadavka, aby spriaznené osoby (konatelia, spoločníci) znášali následky neúspešného podnikania prísnejšie než ostatní veritelia a súčasne, že spriaznení veritelia by nemali čerpať výhody napr. z informačnej asymetrie<sup>14, 15</sup>.

Koncept spriaznených pohľadávok má však v praxi aj svoje úskalia; J. Dolný poukazuje na problematickosť automatickej subordinácie pohľadávok pre nízke percentuálne vyjadrenie kvalifikovanej účasti<sup>16</sup>, pre vplyv subordinácie na transakcie v bežnom obchodnom styku a tiež v otázke nadobudnutia pohľadávky spriaznenou

<sup>13</sup> DOLNÝ, J. Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní. In *Justičná revue*, 72, 2020, č. 3, s. 363.

<sup>14</sup> Spriaznení veritelia sa častokrát majú možnosť dostať k informáciám o úpadku skôr než iní veritelia, a tým prispôsobiť aj svoje úkony, ktoré by ich v prípadnom konkurze mohli neodôvodnene zvýhodniť.

<sup>15</sup> DOLNÝ, J. Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní. In *Justičná revue*, 72, 2020, č. 3, s. 363.

<sup>16</sup> pozri § 9 ods. 3 ZKR v znení neskorších predpisov

osobou od nespriazneného veriteľa.<sup>17</sup> Ústavný súd vo svojom náleze<sup>18</sup> dokonca uvažoval nad tým, či § 95 ods. 3 ZKR je v súlade s ústavnými normami, najmä s rovnakou ústavnou ochranou vlastníctva v zmysle čl. 20 ods. 1 Ústavy SR a vyslovil názor, že „Citované ustanovenie totiž automaticky podriaďuje všetky pohľadávky, ktoré patria alebo patrili spriaznenej osobe, a to bez ohľadu na dôvod vzniku (bežný obchodný styk v. skrytá kapitalizácia), bez ohľadu na mieru prepojenia (spriaznenosť vzniká už pri 5 % podiele tej istej osoby na základnom imaní, pričom § 9 ods. 1 konkurzného zákona napríklad vôbec nerozlišuje medzi akcionármi hľadajúcimi len investičnú príležitosť a akcionármi, ktorí sa aktívne zúčastňujú na riadení spoločnosti), ako aj bez ohľadu na čas vzniku (počas existencie prepojenosti, pred ňou či po nej).“ Na účely tohto príspevku, aby sme sa vyhlí prípadným úvahám o rozsahu aplikovateľnosti ustanovení upravujúcich uspokojenie spriaznených pohľadávok, sa budeme preto ďalej venovať problematike uspokojovania spriaznených pohľadávok, ktoré si označíme ako „typické“ spriaznené pohľadávky; teda také, pri ktorých je nepochybný záujem, aby boli uspokojené až v poradí ako podriadené a kedy tento záujem nenaráža na čl. 20 ods. 1 Ústavy SR.

### 3. POHĽADÁVKY VYLÚČENÉ Z USPOKOJENIA V KONKURZE FYZICKÝCH OSÔB PODĽA IV. ČASTI ZKR

Právna úprava konkurzu fyzických osôb podľa IV. časti ZKR účinnnej od 1. marca 2017 subordináciu spriaznených pohľadávok vôbec nepozná. Pôvodná právna úprava uspokojovania veriteľov v konkurze fyzických osôb, aj nepodnikateľov, predstavovala právnu úpravu dnes používanú len na bežný konkurz, a teda aj otázka subordinácie pohľadávok tu bola prítomná. Od 1. marca 2017 však došlo k zásadnej zmene právnej úpravy konkurzu fyzických osôb a ich oddĺženia, kedy nová koncepcia spriaznených veriteľov rieši pomerne radikálne, a to prostredníctvom § 166b ods. 1 písm. e) ZKR v spojení s § 167l ods. 1 ZKR; ustanovenie § 6 a § 9 ZKR sa pritom uplatňuje rovnako, ako v bežnom konkurze.

Podľa označených zákonných ustanovení, v konkurze fyzických osôb podľa IV. časti ZKR sú spriaznené pohľadávky pohľadávkami vylúčenými z uspokojenia; ale len v rozsahu tých, ktoré vznikli pred kalendárnym mesiacom, v ktorom bol vyhlásený konkurz. Rozdiel oproti bežnému konkurzu teda spočíva v tom, že v konkurze fyzických osôb podľa IV. časti ZKR sa nepočíta so žiadnym uspokojením spriaznených (nezabezpečených) pohľadávok. Tie, ktoré vznikli pred kalendárnym mesiacom, v ktorom bol vyhlásený konkurz, sa oddĺžením stávajú v celom rozsahu nevymáhateľné; a tie, ktoré vzniknú po tomto období, je spriaznený veriteľ oprávnený vymáhať od dlžníka mimo konkurz a v celom rozsahu. Rozdiel oproti bežnému konkurzu spočíva najmä v tom, že kým bežný konkurz je likvidačným konaním, kedy sa predpokladá, že po zrušení konkurzu bude dlžník zrušený a zanikne; pre konkurz fyzických osôb to neplatí, ten nie je likvidačným, ale „ozdravným“ konaním, ktorého cieľom je, aby sa dlžník mal možnosť k určitému

<sup>17</sup> DOLNÝ, J. Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní. In *Justičná revue*, 72, 2020, č. 3, s. 364.

<sup>18</sup> Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky zo dňa 16. decembra 2015, sp. zn. II. ÚS 273/2012

momentu zbaviť svojich dlhov a „začať od znova“. Podľa § 167l ods. 1 ZKR spriaznený (nezabezpečený) veriteľ ani nemá právo prihlásiť sa do konkurzu.

V konkurze fyzických osôb podľa IV. časti ZKR však môže nastať situácia, že dôjde k stretu spriaznenosti pohľadávky (vzniknutej pred kalendárnym mesiacom, v ktorom bol vyhlásený konkurz) a jej zabezpečenia zabezpečovacím právom. Pri bežnom konkurze platí, že na prípadné zabezpečenie zabezpečovacím právom sa v konkurze neprihliada. Pri konkurze fyzických osôb podľa IV. časti ZKR pôjde o nedotknutú pohľadávku<sup>19</sup>, ktorú si spriaznený zabezpečený veriteľ môže uplatniť v konkurze prihláškou alebo môže sa domáhať jej uspokojenia mimo konkurz, avšak len z predmetu zabezpečovacieho práva.

#### **4. ÚVAHY O USPOKOJOVANÍ SPRIAZNENÝCH POHĽADÁVOK V MALOM KONKURZE**

Ako je v úvode uvedené, súčasná právna úprava malého konkurzu explicitne neupravuje uspokojovanie spriaznených pohľadávok. Súčasný inštitút malého konkurzu bol legislatívne zakotvený po vzore konkurzu fyzických osôb podľa IV. časti ZKR, avšak predstavuje akýsi hybridný inštitút, nakoľko účelom malého konkurzu nie je oddĺženie dlžníka od konkrétne určených pohľadávok a jeho následné ozdravenie, ale rovnako ako je to v prípade bežného konkurzu, účelom je zrušenie a zánik dlžníka na konci tohto konkurzného konania. Pre malý konkurz platia okrem iného nasledovné pravidlá:

- v súlade s § 6 ZKR sa uplatňuje pravidlo *pari passu*;
- v súlade s § 9 ZKR sa uplatňuje definícia spriaznených osôb;
- v súlade s § 106 ods. 3 ZKR sa k návrhu na vyhlásenie malého konkurzu pripája zoznam spriaznených osôb;
- v súlade s § 106h ZKR sa v malom konkurze primerane uplatňujú pravidlá z konkurzu fyzických osôb podľa IV. časti ZKR aj v otázke prihlasovania pohľadávok podľa § 167l ZKR a pravidlá pre rozvrh výťažku podľa § 167u ZKR.

Účelom predloženia zoznamu spriaznených osôb môže byť v malom konkurze záujem zákonodarcu, aby mali iní prihlásení veriteľa možnosť jednoduchšie identifikovať prípadné odporovateľné právne úkony dlžníka a následne individuálne uplatniť právo odporovať právnomu úkonu dlžníka<sup>20</sup>; avšak nie je možné opomenúť ani otázku, či tento zoznam spriaznených osôb nemôže slúžiť iným prihláseným veriteľom aj za účelom realizovania individuálneho práva iného prihláseného veriteľa poprieť prihlásenú pohľadávku, ktorá by napĺňala znaky spriaznenej pohľadávky. S ohľadom na platnú právnu úpravu a prelínanie jej jednotlivých častí aj do inštitútu malého konkurzu je možné uvažovať nad tromi spôsobmi, ako by bolo možné naložiť s typickou spriaznenou pohľadávkou v malom konkurze, a to takto:

---

<sup>19</sup> § 166b ods. 1 písm. e) ZKR v spojení s § 166b ods. 2 ZKR a v spojení s § 166c ods. 1 písm. c) ZKR

<sup>20</sup> pozri § 106g ZKR v znení neskorších predpisov



- a) uplatnilo by sa primerane pravidlo obsiahnuté v § 167l ods. 1 ZKR v spojení s § 166b ods. 1 písm. e) ZKR a v spojení s § 166b ods. 2 ZKR a § 166c ods. 1 písm. c) ZKR;
- b) uplatnilo by sa primerane pravidlo obsiahnuté v § 167u ods. 2 ZKR bez zohľadnenia § 166b ods. 1 písm. e) ZKR;
- c) uplatnilo by sa pravidlo obsiahnuté v § 95 ods. 3 ZKR.

Ad a) K úvahám o aplikácii tohto pravidla nás môže viesť tá skutočnosť, že malý konkurz vychádza z právnej úpravy konkurzu fyzických osôb podľa IV. časti ZKR a tiež aj požiadavka upravená v § 106h ZKR na primerané použitie ustanovení, ako napr. § 167l ods. 1 ZKR. V malom konkurze síce nenájdeme požiadavku ani len na primerané použitie § 166a až § 166c ZKR, ktoré v konkurze fyzických osôb podľa IV. časti ZKR diferencujú, ktoré pohľadávky možno uspokojiť len v konkurze; ktoré sú z uspokojenia vylúčené a ktoré sú nedotknuté; avšak § 167l ods. 1 ZKR definuje, že právo prihlásiť sa do konkurzu fyzických osôb majú len veritelia, ktorí disponujú pohľadávkami podľa § 166a a § 166c ZKR, t.j. pohľadávkami, ktoré možno uspokojiť len v konkurze a ktoré sú konkurzom nedotknuté. V konkurze fyzických osôb podľa IV. časti ZKR v prípade spriaznených pohľadávok, ak nejde súčasne o zabezpečené pohľadávky, ide o pohľadávky, ktoré sú podľa § 166b ZKR z uspokojenia vylúčené (veriteľ ani nemá právo ich do konkurzu prihlásiť). Je potrebné tiež dodať, že právna úprava obsiahnutá v § 166a až § 166c ZKR berie do úvahy na účely konkurzu len pohľadávky, ktoré vznikli pred kalendárnym mesiacom, v ktorom bol vyhlásený konkurz a súčasne § 166a až § 166c ZKR sú naviazané nielen na naplnenie účelu konkurzu (pomerne uspokojiť veriteľov), ale aj na naplnenie účelu oddĺženia (umožniť od istého okamihu dlžníkovi „nový štart“). V prípade zabezpečených spriaznených pohľadávok ide o nedotknuté pohľadávky, ktoré môžu byť uspokojené buď v konkurze, a to hoci aj lepšie než nezabezpečení veritelia alebo môžu byť uspokojení mimo konkurz z predmetu zabezpečovacieho práva.

Ad b) K úvahám o aplikácii § 167u ods. 2 ZKR bez zohľadnenia § 166b ods. 1 písm. e) ZKR nás môže viesť to, že delenie pohľadávok v § 166a až § 166c ZKR (na účely konkurzu v spojení s účelom oddĺženia) nie je možné dobre a spravodlivo aplikovať v prípade malého konkurzu, pričom v ZKR v časti malého konkurzu ani nie je priamy legislatívny odkaz na ich hoci len primerané použitie v malom konkurze. V takom prípade pri doslovnom výklade § 167u ods. 2 ZKR, na primerané použitie ktorého odkazuje v malom konkurze § 106h ZKR, by bolo nutné uzavrieť, že spriaznené pohľadávky (nezabezpečené) by sa v malom konkurze mali uspokojiť súčasne a rovnakým dielom ako iné, bežné nezabezpečené pohľadávky. Zabezpečené spriaznené pohľadávky, aj bez zohľadnenia § 166c ods. 1 písm. c) ZKR by sa v malom konkurze uspokojovali v prípade ich prihlásenia mimo rozvrh podľa pravidiel obsiahnutých v § 167k ZKR, na ktorého aplikáciu odkazuje v malom konkurze § 106e ods. 2 ZKR a aj § 106h ZKR.

Ad c) Ustanovenie § 95 ods. 3 ZKR by bolo možné v malom konkurze aplikovať iba v prípade, keď ustálime, že dosah samotného malého konkurzu v porovnaní s bežným konkurzom na veriteľov dlžníka nemôže byť zásadne odlišný, a to z dôvodu, aby práve voľbou dlžníka nedochádzalo k účelovému uspokojeniu typických spriaznených veriteľov, ktorí by malým konkurzom získali zásadne lepšie postavenie pri svojom uspokojovaní, obzvlášť aj v postavení zabezpečených spriaznených veriteľov. Aplikácia § 95 ods. 3 ZKR by bola na súčasný malý konkurz možná iba cestou analógie zákona, a to aj napriek tomu, že zákon vyslovene neodkazuje na jeho použitie.

## ZÁVER

Problematika uspokojovania spriaznených pohľadávok v malom konkurze predstavuje prinajmenšom výzvu pre správcov v malých konkurzoch a prípadne aj pre incidenčné súdy.

V príspevku sme načrtli tri možnosti, ktoré by vzhľadom na nejednoznačnú právnu úpravu súčasného malého konkurzu prinajmenšom v teoretickej rovine prichádzali do úvahy. Zastávame názor, že možnosť, aby boli spriaznení veritelia uspokojovaní výlučne podľa § 167u ods. 2 ZKR bez zohľadnenia § 166b ods. 1 písm. e) ZKR je najmenej pravdepodobná, a to práve z dôvodu, že aj pre malý konkurz platí princíp *pari passu* a tiež sa dôsledne vyžaduje od dlžníka uvedenie jeho všetkých spriaznených osôb. Súčasne by takouto aplikáciou vznikol priepastný rozdiel medzi bežným konkurzom a malým konkurzom v otázke uspokojovania spriaznených (nezabezpečených) veriteľov. V otázke spriaznených zabezpečených veriteľov zastávame názor, že pozícia týchto veriteľov pri prvej a druhej možnosti nie je odlišná, nakoľko v malom konkurze je obsiahnutý odkaz na použitie § 167k ZKR bez ďalšej diferenciacie na spriaznené a nespriaznené pohľadávky. Aplikácii prvej možnosti, a teda, že by malo dôjsť k primeranému aplikovaniu § 166a až § 166c ZKR, možno zasa vyčítať, že v porovnaní s bežným konkurzom je pre spriaznených (nezabezpečených) veriteľov až príliš tvrdá. Na druhej strane ale treba dodať, že ak by boli splnené v malom konkurze podmienky na uspokojenie všetkých prihlásených veriteľov v plnom rozsahu, a ostal by prebytok majetku, z ktorého by inak v bežnom konkurze boli uspokojené subordinované pohľadávky, po zrušení malého konkurzu by spriaznení (nezabezpečení) veritelia mohli byť uspokojení cestou napr. dodatočnej likvidácie, a to buď pomerne alebo v celom rozsahu. Pre prípad aplikácie prvej možnosti, pokiaľ by nemalo dôjsť k subordinácii spriaznených zabezpečených pohľadávok, ZKR v malom konkurze stále dáva právo akémukoľvek prihlásenému veriteľovi do šiestich mesiacov od vyhlásenia malého konkurzu realizovať svoje právo a navrhnúť konkurznému súdu zmenu malého konkurzu<sup>21</sup> na konkurz bežný.<sup>22</sup> Subordinácia pohľadávok podľa § 95 ods. 3 ZKR sa nám javí ako tá najspravodlivejšia alternatíva aj z dôvodu vyššej istoty aspoň pomerného

<sup>21</sup> pozri § 106j ZKR v znení neskorších predpisov

<sup>22</sup> DOLNÝ, J. Malý konkurz. In SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2020, s. 63

uspokojenia bežných veriteľov v porovnaní so spriaznenými, ktorí častokrát, ako sme v príspevku uviedli, majú v čase úpadku a pred vyhlásením konkurzu lepšiu pozíciu v otázke prípadného zabezpečenia si vyššej miery uspokojenia svojich pohľadávok, než veritelia, ktorí nie sú spriaznení. Je však potrebné veľmi starostlivo uvážiť použitie analógie zákona v prípade, že samotný zákon použitie konkrétneho ustanovenia výslovne neustanovuje. Mohlo by sa totiž ľahko stať, že takýmto prístupom práv zásadným spôsobom modifikuje malý konkurz a v zásade z neho urobí cestou analógie zákona, až na malé výnimky, konkurz bežný.

S ohľadom na uvedené možnosti a závery, zastávame názor, že v malom konkurze v prípade potreby riešenia otázky uspokojovania spriaznených pohľadávok by bolo možno najvhodnejšie aplikovať primerane ustanovenia § 166a až § 166c ZKR, a to cestou § 106h ZKR v spojení s § 167l ods. 1 ZKR, s tým, že prihlásení veritelia majú stále právo, ak to budú považovať za potrebné, konvertovať malý konkurz na konkurz bežný. V opačnom prípade, ak veritelia takýto záujem nemajú, konkurz prebehne ako malý, a to podľa zákonných možností a predpokladov rýchlejšie a hospodárnejšie, než je možné očakávať v bežnom konkurze.

*Pro futuro*, z dôvodu potreby vylúčenia akýchkoľvek pochybností o právnom postavení spriaznených pohľadávok v malom konkurze, tak nezabezpečených, ako aj zabezpečených a z dôvodu právnej istoty účastníkov konkurzného konania, by bolo vhodné *de lege ferenda* upraviť pravidlá uspokojovania týchto pohľadávok v malom konkurze explicitne.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. DOLNÝ, J. Malý konkurz. In SUCHOŽA, J., HUSÁR, J., HUČKOVÁ, R. (eds.): *Právo, obchod, ekonomika*. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2020, s. 60 – 67.
2. DOLNÝ, J. Uspokojovanie pohľadávok spriaznených osôb v konkurznom konaní. In *Justičná revue*, 72, 2020, č. 3, s. 361 - 369.
3. Dôvodová správa (všeobecná a osobitná časť) k vládnemu návrhu zákona o dočasnej ochrane podnikateľov vo finančných ťažkostiach a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
4. ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*. 4. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2021, s. 1496. ISBN 978-80-7400-846-7.
5. Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky zo dňa 16. decembra 2015, sp. zn. II. ÚS 273/2012.
6. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov, v znení predpisov účinných do 28. februára 2017.
7. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov, v znení predpisov účinných do 31. decembra 2020.

8. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov, v znení neskorších predpisov.
9. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov, v znení predpisov účinných od 01. januára 2021.

**KONTAKT NA AUTORA**

lucian.torok@student.upjs.sk

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovenská republika

Ústav štátu a práva SAV, v.v.i., Bratislava

## **Veriteľ poskytujúci finančné služby dlžníkovi ako spriaznená osoba v konkurze**

### **A creditor providing financial services to a debtor as a related person in bankruptcy**

#### *Abstrakt*

*Aktuálne sa diskutuje o tom, či finančné inštitúcie, konkrétne banky, majú mať obavy z toho, že by mohli byť považované za spriaznené osoby s dlžníkmi na základe zmluvných dohôd. Toto by mohlo znamenať, že ich pohľadávky by sa v prípade konkurzu dlžníka mohli považovať za podriadené pohľadávky. Táto otázka nie je dôležitá len v kontexte konkurzného práva, ale má širší vplyv vzhľadom na používanie podobného konceptu v oblasti obchodného práva. Autori článku rozoberajú slovenskú právnu úpravu nielen z pohľadu de lege lata, ale aj prechádzajúcich právnych úprav, poukazujú na najvýznamnejšiu rozhodovaciu prax súdov a doktrínálne závery v tejto oblasti. Zhodujú sa s názorom, že banka by nemala byť považovaná za spriaznenú s dlžníkom, ak má pri štandardných trhových formách zabezpečenia zmluvne dohodnutú schopnosť ovplyvňovať konanie dlžníka alebo spoločníka.*

*Kľúčové slová: konkurz, banka, spriaznenosť, úpadca, pohľadávka, podriadenosť.*

#### *Abstract*

*It is currently being discussed whether financial institutions, specifically banks, should be concerned that they could be considered related parties to the debtor due to their contractual agreements of a different nature. This could mean that their claims could be considered subordinated in the event of the debtor's bankruptcy. This issue is not only important in the context of bankruptcy law, but has wider implications given the use of a similar concept in commercial law. The authors of the article analyse Slovak legislation not only from the point of view of de lege lata as well as current legislation, but also point to the most important decision-making practice of the courts and doctrinal conclusions in this area. They agree that a bank should not be considered related to the debtor if it has, under standard market forms of security, the contractually agreed ability to influence the actions of the debtor or partner.*

*Key words: Bankruptcy, Bank, Affiliation, Bankrupt, Claim, Subordination.*

#### **JEL Classification: K22**

---

<sup>1</sup> Doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc., Ústav štátu a práva SAV v Bratislave.  
JUDr. Lubomír Zlocha, PhD., Ústav štátu a práva SAV v Bratislave.

## ÚVOD

Právna úprava konkurzného konania je výrazom snahy zákonodarcu zabezpečiť rovnosť vlastníckeho práva k pohľadávkam všetkých veriteľov insolventného dlžníka, ktorí majú nárok na rovnaký zákonný dosah a ochranu ich pohľadávok (čl. 20 ods. 1 Ústavy). Snaha zákonodarcu zabezpečiť rovnakú ochranu všetkých pohľadávok veriteľov sa potom prejavuje vo vytvorení inštitútu kolektívneho uspokojovania - konkurzu. Táto úprava si samozrejme vyžaduje skĺbenie viacerých častí protichodných požiadaviek – na jednej strane zachovanie účinkov súkromnoprávných úkonov zvyhodňujúcich postavenie jednotlivých veriteľov, čo vyplýva z požiadavky právnej istoty, na druhej strane je však legitímna požiadavka vylúčiť z rovnakého uspokojenia nerovnaké pohľadávky, teda nespravodlivo zvyhodnené, resp. svojím obsahom odlišné od pohľadávok ostatných veriteľov. Na tento účel slúžia viaceré špecifické inštitúty konkurzného práva, akými sú napr. osobitné postavenie zabezpečených pohľadávok, existencia rozdielnych podstát na účely speňažovania a uspokojovania, inštitút podriadených pohľadávok a odporovania niektorým úkonom dlžníka.<sup>2</sup> V záujme ochrany veriteľov a naplnenia účelu a základného zmyslu konkurzného konania, ktorým je dosiahnuť speňažením majetku dlžníka maximálne kolektívne uspokojenie veriteľov dlžníka, a to pomerne pre nezabezpečených veriteľov alebo oddelene pre zabezpečených veriteľov dlžníka, zákonodarcu upravil osobitne prednostné poradie uspokojovania niektorých pohľadávok s dopadom na posun ostatných pohľadávok.

Banky hrajú nezastupiteľnú úlohu v medziľudskom obchode, investíciách a hospodárskom raste tým, že zhromažďujú finančné prostriedky od klientov a poskytujú pôžičky a úvery na podporu podnikania a súkromných potrieb. Dôležité je, aby banky mali stabilné a udržateľné zdroje financovania, ktoré im umožnia čeliť rôznym hospodárskym situáciám a rizikám. Celkovo vzaté, financovanie bánk je kritickým pilierom pre udržateľný rozvoj ekonomiky. Banky si v obligačnoprávných vzťahoch s úpadcami dojednávajú množstvo podmienok a využívajú rôzne právne inštitúty, na základe ktorých majú za určitých okolností možnosť ovplyvňovať podnikanie dlžníka pred vyhlásením konkurzu. Preto je dlhodobou predmetom odborných diskusií otázka, či môžu byť banky považované za spriaznené osoby úpadcov, a ak áno, za akých podmienok nimi môžu byť. V konkurzných konaniach sa preto dostávajú do stretu dva okruhy záujmov. Na jednej strane záujem bánk na spravodlivom uspokojovaní svojich pohľadávok voči dlžníkom tak, aby nebol ohrozený záujem bánk poskytovať finančné služby podnikateľskému sektoru, a na druhej strane záujem iných (konkurenčných) veriteľov, aby sa zabránilo prípadnému zneužitiu silného postavenia bánk voči dlžníkom (úpadcom) na úkor ostatných veriteľov.

Autori tohto príspevku majú ambíciu zhodnotiť túto problematiku, tak z pohľadu minulého, ako aj súčasného legislatívneho stavu s prihliadnutím na vývoj rozhodovacej praxe všeobecných súdov a Ústavného súdu SR. Taktiež reflektujú doktrínálne závery a zmeny v právnej úprave zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a

---

<sup>2</sup> Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky zo dňa 16.12.2015, sp. zn. II. ÚS 273/2012.

reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZKR“).

## 1. SPRIAZNENÉ OSOBY A POSUDZOVANIE SPRIAZNENOSTI VERITEĽA

Zoznam spriaznených osôb je obligatórnou prílohou návrhu dlžníka na vyhlásenie konkurzu (§ 12 ZKR), návrhu na povolenie reštrukturalizácie [§ 112 ods. 2 písm. d) ZKR], návrhu na vyhlásenie konkurzu v konaní o oddĺžení konkurzom [§ 167 ods. 2 písm. b) ZKR], návrhu na určenie splátkového kalendára [§ 168 ods. 2 písm. b) ZKR] a tiež návrhu na vyhlásenie malého konkurzu (§ 106 ods. 3 ZKR). V prípade, ak návrh na vyhlásenie konkurzu podáva iná osoba ako dlžník (veriteľ, likvidátor alebo iná osoba podľa ZKR), zoznam spriaznených osôb nie je obligatórnou prílohou návrhu, pretože je zrejmé, že navrhovateľ nemusí, resp. ani nemôže mať vedomosť o okruhu spriaznených osôb dlžníka. Vzhľadom na význam zoznamu spriaznených osôb je však nevyhnutné, aby tento zoznam bol súčasťou spisu. Ak súd po začatí konkurzu ustanovuje predbežného správcu [§ 18 ods. 1 ZKR, § 19 ods. 1 písm. d) ZKR], dlžník je povinný zoznam spriaznených osôb zostaviť a odovzdať predbežnému správcovi do 15 dní odo dňa ustanovenia predbežného správcu. Zoznam spriaznených osôb je dlžník povinný podpísať a výslovne v ňom uviesť, že všetky uvedené údaje sú pravdivé a úplné. Podpis dlžníka musí byť úradne osvedčený.<sup>3</sup>

Kategóriu spriaznených osôb vymedzuje ZKR v ustanovení § 9, ktoré bolo dodnes niekoľkokrát novelizované. ZKR vymedzuje spriaznené osoby osobitne vo vzťahu k právnickej osobe [§ 9 ods. 1 písm. a) ZKR] a osobitne vo vzťahu k fyzickej osobe [§ 9 ods. 1 písm. b) ZKR]. Na účely tohto príspevku sa ďalej budeme zaoberať len **spriaznenou osobou právnickej osoby**, ktorou sa rozumie:

- a) štatutárny orgán alebo člen štatutárneho orgánu, vedúci zamestnanec, prokurista alebo člen dozornej rady právnickej osoby,
- b) fyzická osoba alebo iná právnická osoba, ktorá má v právnickej osobe kvalifikovanú účasť,
- c) štatutárny orgán alebo člen štatutárneho orgánu, vedúci zamestnanec, prokurista alebo člen dozornej rady právnickej osoby uvedenej v písmene b),
- d) blízka osoba fyzickej osoby uvedenej v písmenách a) až c),
- e) iná právnická osoba, v ktorej má právnická osoba alebo niektorá z osôb uvedených v písmenách a) až d) kvalifikovanú účasť.

---

<sup>3</sup> BABELA, M. Zoznam spriaznených osôb a jeho význam podľa zákona o konkurze a reštrukturalizácii a zákona o správcoch In *EPI Odborné články / epi – 2021*. Obchodné právo / Konkurz a reštrukturalizácia. Dátum publikácie: 21.01.2021. Elektronicky dostupné na: <https://www.epi.sk/odborny-clanok/zoznam-spriaznenych-osob-a-jeho-vyznam-podla-zakona-o-konkurze-a-restrukturalizacii-a-zakona-o-spravcoch.htm> cit. [20.08.2023]

### Kvalifikovanou účasťou sa na účely ZKR rozumie:

- i. priamy alebo nepriamy podiel predstavujúci aspoň 5 % na základnom imaní právnickej osoby alebo
- ii. priamy alebo nepriamy podiel predstavujúci aspoň 5 % hlasovacích právach v právnickej osobe alebo
- iii. možnosť uplatňovania vplyvu na riadení právnickej osoby, ktorý je porovnateľný s vplyvom zodpovedajúcim tomuto podielu.

Nepriamym podielom sa na účely tohto zákona rozumie podiel držaný sprostredkované prostredníctvom právnických osôb, v ktorých má držiteľ nepriameho podielu kvalifikovanú účasť (§ 9 ods. 3 ZKR).

V súvislosti so statusom veriteľa ako spriaznenej osoby úpadcu sú spojené mimoriadne nepriaznivé následky. V ustanovení § 95 ods. 3 ZKR zákon definuje pojem „**spriaznená pohľadávka**“. Ide o pohľadávku, ktorá patrí alebo patrila veriteľovi, ktorý je alebo kedykoľvek od vzniku pohľadávky bol spriaznený s úpadcom (dlžníkom), teda spĺňa niektorú z definícií uvedených v § 9 ZKR. Zákon tu súčasne ustanovuje, že spriaznené pohľadávky sa uspokojujú rovnako ako **podriadené pohľadávky**. Podľa § 95 ods. 2 ZKR sa podriadené pohľadávky (a teda aj spriaznené pohľadávky) uspokojia v zistenom rozsahu z výťažku zo speňaženia majetku tvoriaceho všeobecnú podstatu, ktorý vo všeobecnej podstate zvýšil po úplnom uspokojení iných nezabezpečených pohľadávok. Ak nie je možné uspokojiť podriadené pohľadávky v celom rozsahu, uspokojia sa pomerne podľa ich vzájomnej výšky. Podľa § 35 ods. 4 ZKR podriadený veriteľ (teda veriteľ pohľadávky spojenej so záväzkom podriadenosti podľa § 408a Obchodného zákonníka), ani veriteľ, ktorý sa v konkurze uspokojuje v poradí ako podriadený veriteľ (teda spriaznený veriteľ), nemá právo hlasovať na schôdzi veriteľov, ani právo byť volený do veriteľského výboru. K otázke posudzovania spriaznenosti veriteľa v konkurznom konaní sa vyjadril aj Ústavný súd SR:<sup>4</sup> „*Existencia spriaznenosti či nespriaznenosti konkrétneho veriteľa nie je vždy nesporná, preto nie je možné prisvedčiť názoru konkurzného súdu, že na jej ustálenie nie je potrebné žiadne rozhodnutie a postačuje procesný úkon, prostredníctvom ktorého sa dotknutému veriteľovi neumožnení hlasovať na schôdzi veriteľov, resp. konštatovanie spriaznenosti uskutočnené správcom (napriek tomu, že v posudzovanom prípade v zozname pohľadávok táto skutočnosť nie je uvedená). Ak by sa ústavný súd stotožnil s názorom konkurzného súdu o tom, že správca takýmto postupom nepochybil, malo by to za následok vytvorenie stavu, kedy by ústavný súd odobril odňatie práva veriteľa na spravodlivý proces, pretože takýto veriteľ by bol bez rozhodnutia súdu jednoducho vylúčený z vplyvu na priebeh daného konkurzného konania a jednoducho by sa tým významným spôsobom ovplyvnilo aj uspokojenie jeho pohľadávky. Takýto úkon správcu by navyše nemusel vychádzať zo správneho vyhodnotenia otázky spriaznenosti, čo odňatie práva na spravodlivý proces ešte viac zvyrazňuje.*“<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Viac k nálezu pozri: <https://www.epravo.sk/top/clanky/odopretie-prava-hlasovat-na-schdzi-veritelov-zistenemu-veritelovi-zo-strany-spravcu-a-nasledky-takehoto-kroku-4666.html>.

<sup>5</sup> Nález Ústavného súdu SR zo dňa 15.11.2018, sp. zn. IV. ÚS 101/2018.



## 2. BANKA AKO SPRIAZNENÁ OSOBA ÚPADCU?

Otázky spojené so zneužívaním práva a tzv. spriaznenosťou veriteľa sú zásadnými otázkami pre bankovú prax a ich nepochopenie pri aplikácii subjektmi ochrany práva môže viesť k fatálnym stratám veriteľa a zneužívaním postavenia dlžníka. Subjektom, ktorý spravidla zneužíva právo v prípade úverov a bankových záruk je dlžník, ktorý reťazením úverov a pôžičiek, či účelovými uznaniami záväzkov ohrozuje splácanie úverov. Banky si preto zmluvne posilňujú svoju pozíciu pri poskytnutí financovania rôznymi dojednaniami, ktoré sú súčasťou obligačnoprávných úkonov (zmlúv o úvere, záložných zmlúv a pod.). Takéto zmluvné dojednania môžu byť rôzne, súhrnne ale možno konštatovať, že ide o také dojednania, ktoré umožňujú financujúcemu subjektu sledovať, či sa určité opatrenia naplňajú (tzv. monitorovacie oprávnenia), a v prípade, ak nie, alebo ak dlžník neplní dojednané splátky nového úveru, zabezpečiť, aby sa majetok dlžníka nezmenšoval a boli u dlžníka urobené opatrenia na riadne splatenie dlhu (tzv. step-in oprávnenia). Podstata takýchto zmluvných dojednaní môže spočívať v podmieňovaní určitých rozhodnutí dlžníka súhlasom financujúceho subjektu. Môže tiež spočívať v práve vykonávať niektoré práva majiteľa priamej majetkovej účasti, osobitne práva na riadení obchodnej spoločnosti spojené s touto majetkovou účasťou. Mnohé z týchto zmluvných dojednaní, ktoré veriteľ oprávňuje na výkon určitého vplyvu na konanie dlžníka, sa štandardne objavujú aj v bežnej, teda nie krízovej finančnej situácii podnikateľa.<sup>6</sup> V tejto súvislosti vyvstáva otázka, či sa banka musí obávať, že by sa vzhľadom na zmluvné dojednania mohla dostať do postavenia spriaznenej osoby úpadcu, a teda jej pohľadávka by bola v konkurze považovaná za podriadenú pohľadávku.<sup>7</sup>

### 2.1. Doktrínálny pohľad na posudzovanie spriaznenosti banky s úpadcom

Aktuálna, aj keď nie nová, je otázka interpretácie právnej úpravy spriaznených osôb, konkrétne § 9 ods. 1 písm. b) a e) v spojení s § 9 ods. 3 ZKR. Presnejšie, či takéto zmluvné dojednania v zmluve o poskytnutí financovania môžu naplňať podmienku vplyvu na riadenie spoločnosti odpovedajúcu jej spoločníkovi/akcionárovi s účasťou 5% v zmysle § 9 ods. 3 ZRK. Pochybnosti sa vynárajú pri zisťovaní, kedy má určitá osoba „*možnosť uplatňovať vplyv na riadenie spoločnosti, ktorý je porovnateľný s vplyvom zodpovedajúcim tomuto podielu (5% na základnom imaní alebo na hlasovacích právach.*“ To znamená, či sa banka musí obávať, že by sa vzhľadom na zmluvné dojednania mohla dostať do postavenia spriaznenej osoby, a teda jej pohľadávka by bola v konkurze považovaná za podriadenú pohľadávku.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. In *Súkromné právo*, 2022, č. 2, s. 53. ISSN 1339-8652.

<sup>7</sup> VOZÁR, J. Zneužitie bankovej záruky a úverov. In *30. Karlovarské právnické dny : 30. Karlsbader Juristentage : sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference*. Praha : Leges, 2023, s. 426 a nasl. ISBN 978-80-7502-680-4.

<sup>8</sup> Pozri aj KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze*. Praha : C. H. Beck, 2022, s. 87. ISBN 978-80-7400-870-2.

V právnej teórii sú ponúkané presvedčivé argumenty, prečo banka spriaznenou osobou nie je, ak má pri trhovom štandardných formách zabezpečenia zmluvne dojednanú možnosť ovplyvňovať konanie dlžníka alebo spoločníka s účasťou presahujúcou 5% podiel na základnom imaní alebo na hlasovacích právach. Podľa názoru L. Žitňanskej by sa § 9 ods. 1 písm. b) a e) v spojení s § 9 ods. 3 ZKR, ako aj § 67 ods. 2 OBZ či ostatnými uvedenými ustanoveniami mal interpretovať tak, že spriaznenou osobou nie je taký veriteľ spoločnosti, ktorý má v dôsledku financovania pri trhovom štandardných formách zabezpečenia možnosť ovplyvňovať konanie spoločníka s účasťou presahujúcou 5% podiel na základnom imaní alebo na hlasovacích právach, najmä ak ide o pohľadávku, ktorá vznikla pred splnením tejto podmienky a veriteľ vzhľadom na mieru prepojenia a dôvod vzniku pohľadávky nemá porovnateľné postavenie ako spriaznený veriteľ.<sup>9</sup> S týmto názorom súhlasíme, aj keď v rozhodovacej praxi všeobecných súdov sa vyskytli opačné názory.

## 2.2. Posudzovanie spriaznenosti banky s úpadcom od okresného súdu až po Ústavný súd SR

V právnej veci, ktorá sa dostala až pred Ústavný súd SR, rozhodovali všeobecné súdy o spriaznenosti veriteľa - Českej exportnej banky, a. s. s úpadcom – oceliárňou, ktorej banka poskytla úver v prihlásenej výške pohľadávky do konkurzu približne 166 miliónov eur. Banka si do konkurzu prihlásila pohľadávku ako tzv. inú pohľadávku. Popierajúci veritelia mali za to, že s poukazom na spriaznenosť banky s úpadcom sa pohľadávka má uspokojiť v poradí ako podriadená pohľadávka. Popretie pohľadávky čo do poradia bolo zdôvodnené existujúcou spriaznenosťou banky voči úpadcovi podľa ust. § 9 ods. 1 písm. b) a e) a ods. 3 ZKR, pričom kvalifikovanú účasť banky v spoločnosti úpadcu popierajúci veritelia odvodzovali od zmluvnej dokumentácie vzťahujúcej sa k pohľadávke - Listiny o zriadení záložného práva na akcie, Záložnej zmluvy na akcie a Zmluvy o úvere, ako aj z korešpondencie medzi bankou a úpadcom a záznamov z rokovaní. Všeobecné súdy v rámci odôvodnenia svojich rozhodnutí poukázali na § 9 ods. 3 ZKR, podľa ktorého sa **kvalifikovanou účasťou rozumie aj možnosť uplatňovať kvalifikovaný vplyv na riadení úpadcu**, t. j. možnosť uplatňovať vplyv, ktorý zodpovedá aspoň 5% podielu na základnom imaní alebo hlasovacích právach právnickej osoby.

Súd prvej inštancie<sup>10</sup> mal za to, že banka je spriaznenou osobou úpadcu v súlade s ust. § 9 ods. 1 písm. b) a e) a ods. 3 ZKR. Spoločnosť SAML bola jediným akcionárom úpadcu, ako aj záložcom zo Zmluvy o záložnom práve k akciám. Procesná obrana banky spočívala v tvrdeniach, že nemala a ani nemohla mať vplyv na riadení úpadcu, nakoľko neboli zároveň naplnené obe podmienky stanovené v Listine o zriadení záložného práva na akcie a v Záložnej zmluve na akcie. Banka neoznámila spoločnosti SAML svoj zámer vykonávať hlasovacie práva v spoločnosti SAML, v súlade so znením Listiny o zriadení záložného práva na akcie, teda nedošlo ku kumulatívne splneniu oboch odkladacích podmienok a banka tak

<sup>9</sup> ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. In *Súkromné právo*, 2022, č. 2, s. 56. ISSN 1339-8652.

<sup>10</sup> Rozsudok Okresného súdu Košice I zo dňa 03.07.2018, sp. zn. 26Cbi/6/2015.

nebola oprávnená a ani nikdy nemala možnosť vykonávať hlasovacie a ďalšie práva spojené s akciami v spoločnosti SAML. Banka žiadnym spôsobom neoznámila úpadcovi a záložcovi zámer vykonávať hlasovacie a ďalšie akcionárske práva v spoločnosti úpadcu a z toho dôvodu nebola oprávnená a ani nikdy nemala možnosť vykonávať hlasovacie a iné akcionárske práva v spoločnosti úpadcu, ktoré nepretržite vykonával akcionár SAML. Súd však konštatoval, že je nesporné, že k udalosti neplnenia došlo, teda prvá z podmienok pre možnosť vykonávať hlasovacie a iné akcionárske práva bola splnená, pretože ak by nedošlo k udalosti neplnenia, ktorou je aj nesplnenie si platobnej povinnosti úpadcu voči banke, banka by si nepochybne nebola prihlásila do tohto konkurzu na majetok úpadcu svoju pohľadávku aj s úrokmi z omeškania. Podľa súdu druhá podmienka, teda splnenie notifikačnej povinnosti, zase v plnej miere závisela od banky. To znamená, že banka kedykoľvek, nezávisle na vôli tretích osôb mohla splniť túto podmienku a po jej splnení mala možnosť vykonávať predmetné práva. **S poukazom na ust. § 9 ZKR nie je nevyhnutné, aby banka tieto práva skutočne vykonávala, stačí aj to, že ich mala možnosť kedykoľvek vykonať.** Spriaznenosť banky s úpadcom tiež vyplýva z Listiny o zriadení záložného práva na akcie upravujúcej záväzky záložcov pri nakladaní so zálohom a výkone akcionárskych práv, podľa ktorej je banka oprávnená na príjem dividend. Popierajúci veritelia odvodzovali tiež spriaznenosť banky a úpadcu od medzi nimi uzavretej Zmluvy o úvere, v dôsledku ktorej mala mať banka vplyv na riadení úpadcu a tento aj reálne vykonávať. Podľa vyjadrení banky obsah ustanovení Zmluvy o úvere zakladajúcich povinnosti a obmedzenia úpadcu vychádzali z objemu poskytnutých peňažných prostriedkov (úver do výšky 168 miliónov eur), ich účelovej viazanosti (hlavne financovanie výstavby oceliarne úpadcu) ako aj skutočnosti, že vzhľadom na výšku poskytnutého úveru je pohľadávka zabezpečená takmer celým majetkom úpadcu, v dôsledku ktorej skutočnosť má banka ako záložný veriteľ zákonné právo na ochranu zálohu. Obranu banky súd považoval len za účelovú, pričom nebola preukázaná žiadnymi dôkazmi. Podľa názoru súdu z predložených listinných dôkazov je zrejmé, že banka ako veriteľ vykonávala vplyv na riadenie úpadcu/dlžníka a priamo vplývala na jeho rozhodovacie procesy a disponovala veľmi širokými oprávneniami. Formálne síce orgány úpadcu v konečnom dôsledku rozhodovali o realizácii jednotlivých úkonov, ale tomu predchádzal schvaľovací proces u orgánov banky. S poukazom na to, že banka je spriaznenou osobou dlžníka v súlade s ust. § 95 ods. 3 ZKR súd určil, že jej pohľadávka sa uspokojí v poradí ako podriadená pohľadávka a v prevyšujúcej časti (v časti o určenie poradia pohľadávky ako iná pohľadávka a v časti o určenie zabezpečenia a poradia zabezpečenia) žalobu zamietol, nakoľko na zabezpečenie týchto pohľadávok zabezpečovacím právom sa v konkurze neprihliada.

Nad rámec uvedeného odvolací súd<sup>11</sup> doplnil, že o existencii kvalifikovanej možnosti uplatňovania vplyvu banky na úpadcu svedčí aj to, že úpadca zriadil dispozičné právo k účtu úpadcu v prospech banky. Banka mala možnosť priamo reálne disponovať s finančnými prostriedkami úpadcu. Zo Zmluvy o úvere vyplýva, že prijatie určitých významných rozhodnutí alebo uskutočnenie právnych úkonov v spoločnosti úpadcu bolo výslovne podmienené predchádzajúcim písomným

---

<sup>11</sup> Rozsudok Krajského súdu v Košiciach zo dňa 27.02.2019, sp. zn. 4CoKR/27/2018.

súhlasom banky, ktoré by inak boli výlučne v kompetencii valného zhromaždenia úpadcu. Takýmto spôsobom sa banka nepriamo dostáva do pozície rovnajúcej sa právnej pozícii väčšinového akcionára. Takto dohodnuté podmienky a obmedzenia úpadcu, aj keď len za účelom zabezpečenia uspokojenia pohľadávky, sa javia odvolaciemu súdu vzhľadom na existenciu ďalších zabezpečovacích inštitútov (záložných zmlúv), ktoré boli v prospech banky ako veriteľa uzavreté, za postup, ktorý umožňuje uplatňovanie kvalifikovaného vplyvu na právnickú osobu bez ohľadu na tvrdenia žalobcu, že v danom prípade išlo o štandardný spôsob nevybočujúci z rámca daného všeobecnou praxou úverových inštitúcií. Napokon podľa názoru odvolacieho súdu **pre účely § 9 ods. 1 písm. b) a e) ZKR je existencia praxe úverových inštitúcií právne bezvýznamná, keďže pre použitie uvedeného ustanovenia je rozhodná iba kategória tzv. kvalifikovanej účasti** definovaná v ods. 3 uvedeného ustanovenia. Odvolací súd sa nestotožnil ani s obranou žalobcu o nemožnosti výkonu akcionárskych práv na základe Listiny o zriadení záložného práva, či Záložnej zmluvy z dôvodu, že neboli kumulatívne splnené zmluvne dohodnuté odkladacie podmienky, a to oznámenie žalobcu v právnom postavení záložného veriteľa spoločnosti SAML a jednotlivým akcionárom SAML o zámere vykonávať hlasovacie práva, čím podľa banky nevzniklo (nebolo preukázané) oprávnenie, ani možnosť banky vykonávať hlasovacie a ďalšie práva spojené s akciami v spoločnosti úpadcu alebo SAML, ani uplatňovať vplyv na riadení týchto spoločností. Odvolací súd sa v celom rozsahu stotožnil s prvoinštančným súdom.

Predmetom dovolacieho konania iniciovaného bankou bola otázka, či je možné porovnanie vplyvu záložného veriteľa v zmysle záložnej zmluvy (na základe štandardných, všeobecne akceptovaných a používaných zmluvných dojednaní záložnej zmluvy) v spoločnosti inej osoby, ktorá sa neskôr vyhlásením konkurzu stala úpadcom, s vplyvom osôb, ktorým patrí/patril v spoločnosti tohto úpadcu podiel predstavujúci aspoň 5 % na základnom imaní alebo hlasovacích právach (z hľadiska ich vecného rozsahu a zamerania, resp. účelu súvisiacim s vplyvom na riadení úpadcu spriaznenou osobou podľa ZKR). Dovolateľ bol názoru, že s prihliadnutím na účel právnej normy vyjadrenej v ust. § 9 ZKR, ako aj účel záložného práva, za použitia metódy „teleologickej redukcie“ v prípade, ak dojednania záložnej zmluvy nevybočujú z rámca štandardných, všeobecne akceptovaných a používaných zmluvných dojednaní a primárne sledujú naplnenie účelu záložného práva, nemožno v prípade záložného veriteľa hovoriť o možnosti uplatňovania vplyvu na riadení inej osoby podľa § 9 ZKR, ktorý (vplyv) by bol porovnateľný s vplyvom zodpovedajúcim podielu predstavujúcemu aspoň 5 % na základnom imaní tejto osoby alebo hlasovacích právach v nej.

K nastolenej právnej otázke dovolací súd uviedol, že táto je koncipovaná veľmi široko, nakoľko sa opiera o štandardné, všeobecne akceptované a používané zmluvné dojednania záložnej zmluvy, kedy v prejednávacom prípade dospeli konajúce súdy k takému právnomu záveru, že postavenie žalobcu je potrebné považovať za postavenie spriaznenej osoby s úpadcom v súlade s ust. § 9 ods. 1 písm. b) a e) a ods. 3 ZKR. A to z dôvodu jeho priameho aj nepriameho vplyvu na riadení spoločnosti úpadcu v pozícii rovnajúcej sa právnej pozícii väčšinového akcionára, resp. z obsahu rozhodnutia ustáleného vplyvu na riadení úpadcu

zodpovedajúcemu aspoň 5 % podielu na základnom imaní alebo hlasovacích právach právnickej osoby - úpadcu. K tomuto právnomu záveru dospeli konajúce súdy na základe individuálne konkretizovaných skutočností s akcentom na dôsledky a následky, ktoré tieto skutočnosti vyvolali a ktoré zároveň viedli súdy oboch inštancií k vysloveniu právneho záveru o postavení žalobcu s kvalifikovaným vplyvom na úpadcu. Banka v dovolaní týmto odôvodňuje nesprávnosť právneho posúdenia veci odvolacím súdom (ako aj súdom prvej inštancie), z obsahu dovolania je však zrejmé, že túto nesprávnosť právneho posúdenia veci špecifikovala veľmi všeobecne a rozsiahlo, bez dopadu na konkrétny prejednávany spor s dôrazom na jednotlivé právne závery konajúcich súdov, ktorými by boli ich právne posúdenia o postavení banky ako osoby spriaznenej, konajúcej v právnej pozícii „väčšinového akcionára“ vyvrátené, resp. spochybnené. Tieto právne závery dôvodili konajúce súdy presne uvedenými skutočnosťami, a to aj v ich vzájomnej komparácii. K otázke osoby spriaznenej dovolací súd uviedol, že k záveru o spriaznenej osobe dospeli konajúce súdy nielen na základe Záložnej zmluvy, ale i Zmluvy o úvere, čím dovolateľom nastolená otázka nie je ani rozhodujúca. Zároveň dovolací súd dodal, že **zákon nešpecifikuje kvalifikovaný vplyv na právnickú osobu z hľadiska pozitívneho či negatívneho vymedzenia, ale je rozhodujúce či mala vplyv priamy alebo nepriamy**. Z týchto dôvodov dospel dovolací súd k záveru, že v rozhodovanej veci nie je dovolanie žalobcu podložené prípustnými dovolacími dôvodmi.<sup>12</sup>

Ústavnú sťažnosť banky pre porušenie základného práva podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky a práva podľa čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd rozsudkom Krajského súdu v Košiciach, sp. zn. 4CoKR/27/2018 a uznesením Najvyššieho súdu SR, sp. zn. 2Obdo/37/2020, ústavný súd odmietol: „Z uznesenia najvyššieho súdu nevyplýva taká aplikácia príslušných ustanovení všeobecne záväzných právnych predpisov, ktorá by bola popretím ich podstaty a zmyslu. Najvyšší súd pri rozhodovaní a odôvodňovaní svojich právnych záverov správne interpretoval a aplikoval ustanovenia relevantných právnych noriem, jeho závery sú dostatočne odôvodnené a nevykazujú žiadne znaky svojvôle. V súvislosti so sťažovateľkou deklarovaným prejavom nespokojnosti s napadnutým uznesením najvyššieho súdu ústavný súd konštatuje, že obsahom základného práva na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 ústavy, ako aj práva na spravodlivé súdne konanie podľa čl. 6 ods. 1 podľa dohovoru nie je záruka, že rozhodnutie (najvyššieho) súdu bude spĺňať očakávania a predstavy účastníkov konania. Podstatou je, aby postup súdu bol v súlade so zákonom, aby bol ústavné akceptovateľný, aby jeho rozhodnutie bolo možné kvalifikovať ako zákonné, preskúmateľné a nearbitrárne. V opačnom prípade nemá ústavný súd dôvod zasahovať do postupu a rozhodnutí súdov, a tak vyslovovať porušenie základných práv (obdobne napr. I. ÚS 50/04, III. ÚS 162/05).“

### 3. NOVELA ZÁKONA O KONKURZE

Na vzniknú diskrepanciu medzi rozhodovacou praxou všeobecných súdov a názorom právnej doktríny ako prvá zareagovala vláda SR (Ministerstvo

<sup>12</sup> Uznesenie Najvyššieho súdu SR zo dňa 30.11.2021, sp. zn. 2Obdo/37/2020.

spravodlivosti SR) predložením návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony (parlamentná tlač 1428, dátum doručenia: 03.02.2023):

*V § 9 sa za odsek 3 vkladá nový odsek 4, ktorý znie:*

**„(4) Za možnosť uplatňovať vplyv na riadenie právnickej osoby podľa odseku 3 sa nepovažujú zmluvné dojednania alebo zákonné oprávnenia veriteľ'a, ktorých účelom je ochrana práv alebo oprávnených záujmov veriteľ'a v súvislosti s poskytnutím finančných služieb dlžníkovi, vrátane ich zábezpeky.“**

*Doterajší odsek 4 sa označuje ako odsek 5.*

*V § 9 ods. 5 sa za slovo „bankou“ vkladá čiarka a slová „**pobočkou zahraničnej banky alebo zahraničnou bankou so sídlom v zmluvnom štáte Organizácie pre hospodársku spoluprácu a rozvoj**“.*

Z dôvodovej správy návrhu zákona k § 9 ods. 4 vyplýva: „*Ide o gramatické spresnenie právnej úpravy za účelom odstránenia výkladových nejasností. Nemalo by byť pochýb, že veriteľ poskytujúci finančné služby dlžníkovi má na základe zmluvy alebo zákona voči dlžníkovi niektoré oprávnenia súvisiace s možnosťou sledovania jeho finančnej situácie a vyvodzovania dôsledkov z preddefinovaných parametrov určitej situácie, vrátane prípadného výkonu záložného práva, či inej formy zábezpeky (porovnaj § 555 Občianskeho zákonníka). Takéto oprávnenia však nezakladajú vzťah spriaznenosti s dlžníkom. Inak povedané, ak veriteľ má (zmluvné alebo zákonné) oprávnenie uplatňovať, resp. možnosť uplatňovať vplyv na riadenie právnickej osoby prostredníctvom svojich zmluvných alebo zákonných oprávnení dojednaných v zmluvách o finančných službách alebo zabezpečovanej dokumentácie a zabezpečovacích prostriedkoch slúžiacich na zabezpečenie jeho pohľadávok zo zmlúv o finančných službách, nemožno takéhoto veriteľa považovať za spriaznenú osobu, najmä ak je účelom uvedených oprávnení zabezpečenie splnenia záväzku z poskytovanej finančnej služby a plnenie s tým súvisiacich podmienok. Záujmy takéhoto veriteľa na splnení pohľadávky zo zmluvy o finančnej službe sú časovo obmedzené a sú zásadne odlišné od záujmov spriaznenej osoby, ktorá ovláda alebo má možnosť ovládať dlžníka cez kvalifikovanú účasť v ňom.*“

Z dôvodovej správy návrhu zákona k § 9 ods. 5 vyplýva: „*Aj v tomto prípade ide o gramatické spresnenie právnej úpravy vo vzťahu k jednoznačnejšiemu špecifikovaniu výnimky pre banky, ktorou sa rozumie a vždy aj rozumela nielen slovenská banka, ale aj pobočka zahraničnej banky alebo zahraničná banka so sídlom v zmluvnom štáte Organizácie pre hospodársku spoluprácu a rozvoj.*“

Národná rada SR v rámci prvého čítania rozhodla, že nebude pokračovať v rokovaní o návrhu zákona, a teda predmetný návrh zákona **nebol prijatý**.

Novelizácia § 9 ZKR sa následne uskutočnila nepriamo prostredníctvom **zákona č. 309/2023 Z. z. o premenách obchodných spoločností a družstiev** a o zmene a doplnení niektorých zákonov, avšak vo vzťahu k ustanoveniam § 9 ZKR až s účinnosťou od 01.03.2024. Samotný vládny návrh zákona o premenách

obchodných spoločností a družstiev a o zmene a doplnení niektorých zákonov v predložennom znení neobsahoval zmenu § 9 ZKR, ku ktorej došlo až v priebehu legislatívneho procesu po predložení pozmeňovacích návrhov poslancov. Dôvodová správa k zákonu preto k tejto časti neobsahuje žiadne vysvetľujúce ustanovenia a žiadnym spôsobom bližšie nezrejmuje, prečo v tomto prípade došlo k výraznému odsunutiu účinnosti zákona. Podľa § 9 (Spriaznená osoba) ZKR s účinnosťou od 01.03.2024:

- „(1) *Spriaznenou osobou právnickej osoby sa na účely tohto zákona rozumie*
- a) štatutárny orgán alebo člen štatutárneho orgánu, vedúci zamestnanec, prokurista alebo člen dozornej rady právnickej osoby,*
  - b) fyzická osoba alebo iná právnická osoba, ktorá má v právnickej osobe kvalifikovanú účasť,*
  - c) štatutárny orgán alebo člen štatutárneho orgánu, vedúci zamestnanec, prokurista alebo člen dozornej rady právnickej osoby uvedenej v písmene b),*
  - d) blízka osoba fyzickej osoby uvedenej v písmenách a) až c),*
  - e) iná právnická osoba, v ktorej má právnická osoba alebo niektorá z osôb uvedených v písmenách a) až d) kvalifikovanú účasť.*
- (2) *Spriaznenou osobou fyzickej osoby sa na účely tohto zákona rozumie blízka osoba fyzickej osoby, ako aj právnická osoba, v ktorej má fyzická osoba alebo blízka osoba fyzickej osoby kvalifikovanú účasť.*
- (3) *Kvalifikovanou účasťou sa na účely tohto zákona rozumie priamy alebo nepriamy podiel predstavujúci aspoň 5 % na základnom imaní právnickej osoby alebo hlasovacích právach v právnickej osobe alebo možnosť uplatňovania vplyvu na riadení právnickej osoby, ktorý je porovnateľný s vplyvom zodpovedajúcim tomuto podielu; nepriamym podielom sa na účely tohto zákona rozumie podiel držaný sprostredkovane prostredníctvom právnických osôb, v ktorých má držiteľ nepriameho podielu kvalifikovanú účasť.*
- (4) *Za možnosť uplatňovať vplyv na riadenie právnickej osoby podľa odseku 3 sa nepovažujú zmluvné dojednania alebo zákonné oprávnenia veriteľa, ktorých účelom je ochrana práv alebo oprávnených záujmov veriteľa v súvislosti s poskytnutím finančných služieb dlžníkovi vrátane ich zábezpeky.*
- (5) *Ak je dlžníkom osoba zapísaná v registri partnerov verejného sektora alebo osoba, ktorá bola v tomto registri zapísaná v posledných piatich rokoch pred vyhlásením konkurzu alebo povolením reštrukturalizácie, predpokladá sa, že veriteľ, ktorý nie je subjektom verejnej správy, bankou, pobočkou zahraničnej banky alebo zahraničnou bankou so sídlom v zmluvnom štáte Organizácie pre hospodársku spoluprácu a rozvoj, inštitúciou elektronických peňazí, poisťovňou, zaistovňou, zdravotnou poisťovňou, správcovskou spoločnosťou, obchodníkom s cennými papiermi, burzou cenných papierov alebo centrálnym*

*depozitárom cenných papierov a ktorý si prihlasuje pohľadávky v celkovej sume nad 1 000 000 eur, je osobou spriaznenou s dlžníkom, a to až do času, kým správcovi neosvedčí svoj zápis do registra partnerov verejného sektora.“*

## ZÁVEREČNÝ POHĽAD

Účelom ZKR je zabezpečiť pohľadávky oprávnených veriteľov v prípade, že sa dlžník dostane do úpadku (je platobne neschopný alebo predĺžený). Celý proces, od začatia konkurzného konania až po jeho skončenie upravuje predmetný zákon. Cieľom konkurzného konania je uspokojiť pohľadávky veriteľov voči dlžníkovi, ktorý je v úpadku. Veritelia, ktorí majú voči dlžníkovi podriadenú pohľadávku podľa Obchodného zákonníka alebo tí, ktorí sa uspokojujú rovnako ako títo veritelia, sú v mnohých smeroch znevýhodnení.<sup>13</sup> To môže mať nežiaduce efekty najmä na finančnom trhu z pohľadu poskytovania dlhového financovania.<sup>14</sup> Z rozhodnutí všeobecných súdov nevyplýva, že by sa súdy zaoberali aj širšími okolnosťami prejednávanej veci, a to napr. výškou poskytnutého úveru, hodnotou zabezpečenia úveru, rozsahom využitia dojednaných oprávnení banky alebo inými rozhodujúcimi skutočnosťami, ktoré súdy považovali za bezpredmetné. V prípade podriadených pohľadávok a pohľadávok, ktoré patrili alebo patria osobe spriaznenej s dlžníkom, právna úprava reflektovala na potrebu zvýšenia zodpovednosti spriaznených subjektov pri riadení spoločnosti dlžníka a vychádzala z predpokladu, že práve spriaznené osoby v podstatnej miere zapríčinili negatívne výsledky hospodárenia dlžníka s vyústením do jeho insolventnosti.<sup>15</sup> Všeobecné súdy predmetnú skutočnosť v prejednávanej veci vôbec neposudzovali, a teda nie je zrejmé, ako mala banka prispieť k negatívnemu hospodáreniu dlžníka (úpadcu).

Podľa v súčasnosti platnej právnej úpravy financujúce subjekty môžu byť v konkurencii kvalifikované ako spriaznené osoby úpadcu, nakoľko s ohľadom na rôzne dojednania v obligačných právnych vzťahoch s úpadcom nemožno *a priori* vylúčiť záver, že financujúci subjekt má možnosť uplatňovania vplyvu na riadenie úpadcu, ktorý je porovnateľný s vplyvom zodpovedajúcim podielu predstavujúcemu aspoň 5% na základnom imaní alebo hlasovacích právach úpadcu. Kvalifikovaný podiel najmenej 5% zodpovedá hranici tzv. minoritných akcionárov v akciovej spoločnosti (§ 181 ods. 1 Obchodného zákonníka), avšak táto skutočnosť je pre účely posudzovania spriaznenosti veriteľa irelevantná. Spodnú hranicu 5% považujeme za

---

<sup>13</sup> Kategorizácia veriteľa ako osoby spriaznenej s úpadcom má význam pri náležitostiach návrhu na vyhlásenie konkurzu (§ 12), pri odporovateľnosti právnych úkonov (§ 58 až 60, § 62), pri nájme a speňažení majetku (§ 83), pri správe a nájme majetku (§ 89), ktorý patrí do konkurznej podstaty, pri náležitostiach návrhu na povolenie reštrukturalizácie (§ 112), pri práve hlasovať na schôdzi veriteľov a byť volený do veriteľského výboru (§ 35, 126), pri náležitostiach reštrukturalizačného posudku (§ 110), pri uspokojovaní veriteľov (§ 95), pri zaraďovaní do skupín v reštrukturalizačnom pláne (§ 137), pri výške a dĺžke uspokojenia pohľadávok v pláne (§ 155), pri vylúčení pohľadávok z uspokojenia v konaní o oddžnení (166b), pri návrhu na vyhlásenie konkurzu (§ 167), pri návrhu na určenie splátkového kalendára (§ 168), pri uspokojovaní pohľadávok, ak úpadcom je banka alebo pobočka zahraničnej banky (§ 180a), ale aj pri posudzovaní zaujatosti správcu (§ 4 ZS).

<sup>14</sup> Dlhové financovanie je financovanie pomocou cudzieho kapitálu, teda formou pôžičiek, dlhopisov či úverov.

<sup>15</sup> Rozsudok Krajského súdu v Košiciach zo dňa 27.02.2019, sp. zn. 4CoKR/27/2018.



pomerne nízku, z čoho možno vyvodit', že zákonodarca *de lege lata* považuje už výkon práv minoritného akcionára/spoločníka (právo na informácie, kontrolné právomoci, iniciačné právomoci) za také oprávnenia, ktoré umožňujú ovplyvniť riadenie spoločnosti.

Nakoľko v práve obchodných spoločností je možné v rozsahu, v ktorom nevylučujú kogentné normy, dispozitívne upraviť (aj preniesť) právomoci orgánov spoločnosti, to, či určitá osoba (veriteľ) má možnosť uplatňovať vplyv na riadenie úpadcu v rozsahu kvalifikovaného podielu, je potrebné skúmať vždy s ohľadom na okolnosti individuálneho prípadu, a to:

- (i.) vymedzením obligačných práv veriteľa voči úpadcovi, ktoré mu umožňujú vykonávať buď priamy alebo nepriamy vplyv na výkon korporátnych práv osôb majúcich v spoločnosti reálny podiel a podporne aj
- (ii.) posúdením toho, či uvedené obligačné práva veriteľa boli veriteľom reálne využité, ak áno, v akom rozsahu.

Nad rámec uvedeného L. Žitňanská správne uviedla, že: „...*samotný fakt, že externe financujúci subjekt má na základe zmluvných dojednaní oprávnenie dávať súhlas na určité rozhodnutia alebo právne úkony ním financovanej spoločnosti, nemá postačovať na získanie podobného postavenia, ako má osoba s účasťou na spoločnosti s 5% podielom. Ide o obligačné oprávnenie veriteľa a súčasne záväzok (prísľub) financovanej spoločnosti, že bude konať tak, ako požaduje financujúci subjekt - veriteľ, teda tretia osoba. Z tohto obligačného oprávnenia veriteľa nevyplývajú žiadne oprávnenia porovnateľné s oprávneniami spoločníka či akcionára spoločnosti. Pri dodržaní záväzku spoločnosťou, tak bude mať veriteľ síce možnosť ovplyvniť rozhodovanie spoločnosti, ktoré je v pôsobnosti jej spoločníka pri výkone jeho korporátnych oprávnení, jeho porušenie však nemá právne účinky vo vzťahu k (ne)platnosti týchto rozhodnutí alebo právnych úkonov, či už dovnútra akciovej spoločnosti, alebo voči tretím osobám. Rovnako nie je dodržanie záväzku spoločnosti, resp. jej akcionára pri rozhodovaní ako spoločníka súdne vynútiteľné. Porušenie takéhoto záväzku zo strany spoločnosti, prípadne jej spoločníka, bude mať výlučne obligačné následky z porušenia povinnosti.*“<sup>16</sup> Rovnako K. Csach uvádza, že: „*Samotný fakt, že externe financujúci subjekt alebo iná osoba má oprávnenie dávať súhlas na právne úkony (v podstate tiež ide iba o prísľub spoločnosti, že bude konať tak, ako požaduje tretia osoba), nemá postačovať na získanie postavenia podobného spoločníkovi s 5% účasťou. Podobne, ako má spoločník, musí pri osobe s riadiacim vplyvom ísť o vplyv na akékoľvek konanie obchodnej spoločnosti, nielen na určitý výsek činnosti a malo by ísť o možnosť vplyvu, ktorá nie je spoločnosťou odvolateľná alebo jednoducho obmedziteľná.*“<sup>17</sup> V tejto súvislosti môžeme konštatovať že výkon korporátnych práv veriteľa cez obligačné práva voči spoločnosti/akcionárovi/spoločníkovi nie je možné vynútiť, nakoľko uvedené

<sup>16</sup> ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. In *Súkromné právo*, 2022, č. 2, s. 53 a nasl. ISSN 1339-8652.

<sup>17</sup> CSACH, K. Obchodná spoločnosť v kríze. In *Súkromné právo*, 2017, č. 4, s. 168. ISSN 1339-8652.

subjekty obligačnoprávne povinnosti nemusia rešpektovať a môžu uprednostniť právnu zodpovednosť za porušenie záväzkovej (zmluvnej) zodpovednosti.

Legitimitu rôznych zabezpečovacích a iných inštitútov veriteľov voči dlžníkom konštatoval aj Najvyšší súd ČR,<sup>18</sup> podľa ktorého: „*Požiadavka veriteľa, ktorý sa rozhodne ekonomicky podporiť ďalšie aktivity krachujúceho dlžníka, na zmenu manažmentu, ktorý dlžníka do tejto situácie priviedol, je napokon obvyklá, predvídaná i reorganizačnými procesmi upravenými dnes v insolvenčnom zákone. Veriteľ, ktorý neverí tomu, že podpora, ktorú dlžníkovi poskytne, bude manažmentom dlžníka využitá hospodárne na účely sanácie dlžníkovho podnikania, si takú podmienku právom a logicky klásť môže a dlžník je oprávnený sa rozhodnúť, či je ochotný takú "cenu" za uvedenie podpory zaplatiť.*“

Možnú ústavnoprávnu spornosť znenia § 95 ods. 3 ZKR naznačil aj Ústavný súd SR, keď v rozhodnutí pod sp. zn. II. ÚS 273/2012 zo dňa 16.12.2015 konštatoval: „*Samozrejme, možno uvažovať nad tým, či § 95 ods. 3 ZKR je v súlade s ústavnými normami, najmä s rovnakou ústavnou ochranou vlastníctva v zmysle čl. 20 ods. 1 Ústavy SR. Citované ustanovenie totiž automaticky podriaďuje všetky pohľadávky, ktoré patria alebo patrili spriaznenej osobe, a to bez ohľadu na dôvod vzniku (bežný obchodný styk vs skrytá kapitalizácia), bez ohľadu na mieru prepojenia (spriaznenosť vzniká už pri 5 % podiele tej istej osoby na základnom imaní, pričom § 9 ods. 1 ZKR napr. vôbec nerozlišuje medzi akcionármi hľadajúcimi len investičnú príležitosť a akcionármi, ktorí sa aktívne zúčastňujú na riadení spoločnosti), ako aj bez ohľadu na čas vzniku (počas existencie prepojenosti, pred ňou či po nej).*“

Oprávnenia banky vyplývajúce zo zabezpečovacích nástrojov dojednané na účely ingerencie banky len **do vybraných úkonov dlžníka** (ktoré sú pre banku dôležité z hľadiska uspokojenia jej pohľadávok), sú dočasné na dobu trvania financovania (a teda spoločnosť je v zásade schopná kedykoľvek docieľiť ich zánik splatením príslušného financovania), **sú dojednané dlžníkom** (teda v jeho dispozícii) a **sú bez možnosti právne vymáhatelného znemožnenia alebo dosiahnutia neplatnosti úkonov dlžníka**, ktoré sú v rozpore so zabezpečovacími nástrojmi podriaďujúcimi niektoré úkony dlžníka predchádzajúcemu súhlasu banky. Ak by pritom v rámci zabezpečovacích nástrojov dlžník alebo iné osoby aj udelili banke oprávnenia na ich zastupovanie pri niektorých úkonoch dlžníka, resp. týkajúcich sa dlžníka, takéto oprávnenia by štandardne mali povahu plnomocestiev, ktoré sú v zmysle zákonnej úpravy kedykoľvek odvolateľné, a teda sú opäť kvalitatívne odlišné od oprávnení spoločníkov, resp. akcionárov, ktoré nie sú spoločnosťou zrušiteľné, resp. odvolateľné a ani obmedziteľné.<sup>19</sup>

Aj napriek tomu, že novela § 9 ZKR (podľa ktorej sa za možnosť uplatňovať vplyv na riadenie právnickej osoby nepovažujú zmluvné dojednania alebo zákonné oprávnenia veriteľa, ktorých účelom je ochrana práv alebo oprávnených záujmov veriteľa v súvislosti s poskytnutím finančných služieb dlžníkovi vrátane ich zábezpek) nadobúda účinnosť až 01.03.2024, už v súčasnosti by interpretácia § 9

<sup>18</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu ČR zo dňa 28.01.2010. sp. zn. 29 Cdo 2047/2007.

<sup>19</sup> VOLNÝ, M., JANOTOVÁ, P. Rozsudok Krajského súdu Košice sp. zn. 4 CoKR 27/2018 z 27.2.2019 (spriaznenosť bankového veriteľa). In *Súkromné právo*, 2023, č. 1, s. 21 a nasl. ISSN 1339-8652.

ZKR mala byť súladná s *ratio legis* budúcej právnej úpravy. Konkurzné súdy by mali byť pri posudzovaní spriaznenosti veriteľov (poskytujúcich finančné služby) s úpadcami podstatne obozretnejšie, reštriktívnejšie a spriaznenosť by mali posudzovať nielen s ohľadom na dojednané obligačné oprávnenia bánk, ale aj ich skutočnú realizáciu v právnych vzťahoch s úpadcom vrátane ich vplyvu na hospodársku situáciu úpadcu.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. BABELA, M. Zoznam spriaznených osôb a jeho význam podľa zákona o konkurze a reštrukturalizácii a zákona o správcoch In *EPI Odborné články / epi – 2021. Obchodné právo / Konkurz a reštrukturalizácia*. Dátum publikácie: 21.01.2021. Elektronicky dostupné na: <https://www.epi.sk/odborny-clanok/zoznam-spriaznenych-osob-a-jeho-vyznam-podla-zakona-o-konkurze-a-restrukturalizacii-a-zakona-o-spravcoch.htm> cit. [20.08.2023]
2. CSACH, K. Obchodná spoločnosť v kríze. In *Súkromné právo*, 2017, č. 4, s. 168. ISSN 1339-8652.
3. ĎURICA, M. *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár. 4. vydanie*. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 36 - 42.
4. KUBINEC, M. *Obchodná spoločnosť v kríze*. Praha : C. H. Beck, 2022, s. 87. ISBN 978-80-7400-870-2.
5. VOLNÝ, M., JANOTOVÁ, P. Rozsudok Krajského súdu Košice sp. zn. 4 CoKR 27/2018 z 27.2.2019 (spriaznenosť bankového veriteľa). In *Súkromné právo*, 2023, č. 1, s. 19-25. ISSN 1339-8652.
6. VOZÁR, J. Zneužitie bankovej záruky a úverov. In *30. Karlovarské právnické dny : 30. Karlsbader Juristentage : sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference*. Praha : Leges, 2023, s. 426 a nasl. ISBN 978-80-7502-680-4.
7. ŽITŇANSKÁ, L. Veriteľ ako spriaznená osoba v konkurze a ako spoločník pre účely financovania v kríze a zákazu vrátenia vkladu. In *Súkromné právo*, 2022, č. 2, s. 53. ISSN 1339-8652.
8. Nález Ústavného súdu SR zo dňa 16.12.2015, sp. zn. II. ÚS 273/2012.
9. Nález Ústavného súdu SR zo dňa 15.11.2018, sp. zn. IV. ÚS 101/2018.
10. Nález Ústavného súdu SR zo dňa 16.12.2015, sp. zn. II. ÚS 273/2012.
11. Uznesenie Najvyššieho súdu SR zo dňa 30.11.2021, sp. zn. 2Obdo/37/2020.
12. Rozsudok Najvyššieho súdu ČR zo dňa 28.01.2010, sp. zn. 29 Cdo 2047/2007.
13. Rozsudok Krajského súdu v Košiciach zo dňa 27.02.2019, sp. zn. 4CoKR/27/2018.
14. Rozsudok Okresného súdu Košice I zo dňa 03.07.2018, sp. zn. 26Cbi/6/2015.

### KONTAKT NA AUTORA

vozar@ak-vozar.sk, zlocha@inlegal.sk  
Ústav štátu a práva SAV, v. v. i.  
Klemensova 19  
813 64 Bratislava, Slovenská republika

*Mateusz Żaba, PhD.*

Sliezska univerzita v Katowiciach, Fakulta práva a verejnej správy

**Aktuálne mechanizmy preventívnej reštrukturalizácie v poľskom  
Zákone o reštrukturalizácii a transpozícia Smernice EP a Rady (EÚ)  
2019/1023<sup>1</sup>**

**Current preventive restructuring mechanisms in the Polish  
Restructuring Act and transposition of Directive (EU) 2019/1023**

*Abstrakt*

*Cieľom článku je predstavenie aktuálnej poľskej úpravy v oblasti takých oblastí preventívnej reštrukturalizácie, ako je ochrana pred ukončením zmlúv v prípade podania návrhu na začatie rôznych reštrukturalizačných konaní, obmedzenie ochrany dlžníka pred vymáhaním a podmienky na odmietnutie schválenia dohody o urovnaní s veriteľmi. V rámci štúdie sa poukázalo aj na nové prípady povinného rozdelenia veriteľov do skupín, ktoré sú zahrnuté v návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa Zákon o reštrukturalizácii.*

*Kľúčové slová: preventívna reštrukturalizácia, poľská úprava, dohoda o urovnaní s veriteľmi, obmedzenie protiexekučnej ochrany dlžníka, skupiny veriteľov.*

*Abstract*

*The aim of the article is to present the current Polish regulation in the field of such areas of preventive restructuring as protection against termination of contracts in the event of an application for the initiation of various restructuring proceedings, limitation of the debtor's protection against enforcement and the grounds for refusing to approve the arrangement with creditors. As part of the study, reference was also made to new cases of obligatory division of creditors into groups, which were included in the draft act amending the Restructuring Law.*

*Key words: preventive restructuring, Polish regulation, arrangement with creditors, limitation of the debtor's anti-execution protection, groups of creditors.*

**JEL Classification: K22, G33**

---

<sup>1</sup> Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0424.

## ÚVOD

Na webovej stránke poľského Vládneho legislatívneho centra (poľ. Rządowe Centrum Legislacji) bol dňa 4.7.2022 zverejnený návrh zákona, ktorým sa mení a dopĺňa Zákon o reštrukturalizácii a Zákon o konkurze<sup>2</sup>. Cieľom návrhu je implementácia Smernice Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1023 z 20.6.2019 r. o rámcoch preventívnej reštrukturalizácie, o oddlžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddlžovacích konaní a o zmene smernice (EÚ) 2017/1132<sup>3</sup>. Zámerom Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 je harmonizácia predpisov týkajúcich sa reštrukturalizačných konaní v členských štátoch s cieľom zabezpečiť riadne fungovanie vnútorného trhu<sup>4</sup>. Významnou intenciou autorov Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 však bolo čo najpresnejšie definovať predpoklady určujúce čo najrýchlejší postup na zistenie ťažkostí podnikateľa v súvislosti s finančnou likviditou a následne vykonať príslušné nápravné opatrenia. V opačnom prípade mali mechanizmy stanovené v ustanoveniach Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 odôvodniť kroky smerujúce k čo najrýchlejšej likvidácii podnikateľa pri zachovaní práv jeho doterajších veriteľov, t. j. umožniť uspokojenie ich pohľadávok spoľahlivým spôsobom a v čo najväčšej miere a rozsahu, rovnomerne a čo najskôr. Smernica EP a Rady (EÚ) 2019/1023 je bežne nazývaná „smernicou druhej šance“, pretože jedným z kľúčových prvkov, ktoré stanovuje, je otázka umorenia (odpisu) dlhov podnikateľov. Podľa čl. 20 ods. 1 Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 členské štáty zabezpečia, aby podnikatelia v platobnej neschopnosti<sup>5</sup> mali prístup aspoň k jednému konaniu, ktorý môže viesť k úplnému oddlženiu. Oproti tomu, v súlade s čl. 2 ods. 1 bod 10 Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 úplné oddlženie znamená zrušenie vymáhania od podnikateľov ich nezaplatené dlhy, ktoré môžu byť predmetom oddlženia, alebo zrušenie nezaplatených dlhov, ktoré môžu byť predmetom oddlženia, ako takých v rámci konania, ktorý môže zahŕňať speňaženie majetku alebo splátkový kalendár.

---

<sup>2</sup> Pozri: <https://legislacja.gov.pl/projekt/12361503/katalog/12891096#12891096>

<sup>3</sup> Smernica Európskeho Parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1023 z 20.6.2019 o rámcoch preventívnej reštrukturalizácie, o oddlžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddlžovacích konaní a o zmene smernice (EÚ) 2017/1132, OJ L 172, 26.6.2019, p. 18–55, ďalej ako: Smernica EP a Rady (EÚ) 2019/1023.

<sup>4</sup> Viac pozri: KRUCZALAK-JANKOWSKA, J. Rozdział 16. Ochrona wierzycieli przedsiębiorców a system wczesnego ostrzeżenia w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 dotyczącej ram prawnych restrukturyzacji zapobiegawczej, drugiej szansy i środków zwiększających skuteczność postępowań restrukturyzacyjnych, upadłościowych i w zakresie umorzenia oraz zmieniająca dyrektywę 2012/30/UE (dyrektywa o restrukturyzacji i upadłości) In Zadłużenie i niewypłacalność dłużnika. Retrospekcja, stan obecny, przyszłość., FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K., GIL, I., GÓRA-BŁASZCZYKOWSKA A., HRYCAJ, A. (Eds.), CH Beck: Sopot 2023. Prístup: Legalis PL

<sup>5</sup> Slovenská verzia Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 používa pojem „podnikateľ v úpadku“, keď poľská – „niewypłacalny przedsiębiorca“ (slov. insolventný podnikateľ). Vzhľadom na to, že článok sa zaoberá tematikou preventívnej reštrukturalizácie – pre istú harmonizáciu týchto pojmov v príspevku - podľa autora - pojem „podnikateľ/dlžník v platobnej neschopnosti“ bude zodpovedať zmyslu preventívnych konaní v reštrukturalizácii.

Jednotlivé ustanovenia smernice sa majú implementovať do právnych predpisov členských štátov v rôznych termínoch. Tým spôsobom, do 17.7.2021 by teda mali byť transponované zákonné a vykonávacie ustanovenia a správne opatrenia potrebné na dosiahnutie súladu so smernicou. Ak však ide o ustanovenia potrebné na vykonanie ustanovení čl. 28 lit. a), b) a c) sa predĺžila transpozičná lehota do 17.7.2024 a vzhľadom na implementáciu ustanovenia čl. 28 lit. d) - do 17.7.2026. Európsky zákonodarca však ponechal členským štátom značnú slobodu pri formovaní domáceho modelu systému oddlžovania podnikov. Tým istým, podľa môjho názoru Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 výrazne neznižuje rozdiely v spôsobe úpravy oddlženia v jednotlivých členských štátoch.

Ako to bolo uvedené v dôvodovej správe k návrhu zákona<sup>6</sup>, ktorým sa majú transponovať ustanovenia Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023, ustanovenia tejto Smernice sú už vo veľkej miere premietnuté do ustanovení Zákona o reštrukturalizácii z 15.5.2015<sup>7</sup>, ako aj Zákona o konkurze z 28.2.2003<sup>8</sup>. Navrhovateľ zákona si však všimol, že poľské predpisy musia predovšetkým transponovať tie ustanovenia Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023, ktoré sa predovšetkým týkajú rozsahu pozastavenia jednotlivých exekučných konaní voči dlžníkovi, schváleniu plánu reštrukturalizácie napriek námietkam skupiny veriteľov, ako aj ochrany nového financovania, dočasného financovania a iných transakcií súvisiacich s reštrukturalizáciou.

Berúc do úvahy všetky vyššie uvedené skutočnosti, tento článok poukazuje na najdôležitejšie mechanizmy Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023, ktoré už do určitej miery fungujú v poľskom práve alebo budú zavedené do poľského práva v blízkej budúcnosti. Tieto mechanizmy zahŕňajú ochranu pred ukončením zmlúv v prípade podania návrhu na začatie rôznych reštrukturalizačných konaní, obmedzenie ochrany dlžníka pred exekúciou a podmienky na odmietnutie schválenia dohody o urovnaní s veriteľmi, ako aj nové prípady povinného rozdelenia veriteľov do skupín.

## **1. PREVENTÍVNA REŠTRUKTURALIZÁCIA A SANAČNÁ REŠTRUKTURALIZÁCIA V NÁVRHU POĽSKÉHO ZÁKONA O REŠTRUKTURALIZÁCII**

Navrhované zmeny prinútili poľského zákonodarcu zmeniť čl. 2 RešZák. Toto ustanovenie v navrhovanom znení rozdelí reštrukturalizáciu do dvoch kategórií: a to do preventívnej reštrukturalizácie a sanačnej reštrukturalizácie. V zmysle čl. 2 ods. 1 RešZák preventívna reštrukturalizácia sa bude uskutočňovať vo vyrovnacom konaní, zrýchlenom vyrovnacom konaní a konaní o schválení dohody o urovnaní. Na okraj treba poznamenať, že v prípade každého z týchto konaní sa pripravuje

<sup>6</sup> Dôvodová správa k návrhu zo dňa 24.5.2022 k zákonu – „Ustawa o zmianie ustawy - Prawo restrykturyzacyjne oraz ustawy – Prawo upadłościowe”, s. 2. Prístup: <https://legislacja.gov.pl/docs//2/12361503/12891096/12891097/dokument563619.pdf>

<sup>7</sup> Zákon zo dňa 15.5.2015 – „Prawo restrykturyzacyjne” – Dz. U. z 2015 r. poz. 978 ze zm., ďalej ako: RešZák

<sup>8</sup> Zákon zo dňa 28.2.2003 – „Prawo upadłościowe” - Dz. U. z 2003, Nr 60, poz. 535 ze zm., ďalej ako: KonkZák.

súčasne dohoda o urovnaní s veriteľmi, ale v závislosti od konania je táto dohoda pripravovaná v inej etape konania (napr. v konaní o schválení dohody o urovnaní pred začatím súdneho konania). Namiesto toho sanačná reštrukturalizácia sa bude uskutočňovať v sanačnom konaní.

Navyše poľský zákonodarca vymedzil subjektívny rozsah v rámci jednotlivých kategórií reštrukturalizácie (preventívnej a sanačnej). V zmysle navrhutej zmeny čl. 6 ReštZák vyrovnacie konanie, zrýchlené vyrovnacie konanie a konanie o schválení dohody o urovnaní bude možné viesť voči dlžníkovi v platobnej neschopnosti alebo dlžníkovi ohrozeného platobnou neschopnosťou (hroziaca platobná neschopnosť). Namiesto toho sa však sanačné konanie bude vzťahovať len na platobne neschopného dlžníka. Okrajovo je potrebné uviesť, že sanačné konania sa vyznačujú možnosťou vykonávať v ich rámci špecifické nápravné činnosti. Tieto činnosti sa môžu medzi iným týkať: reštrukturalizácii zamestnanosti v podniku a reštrukturalizácii majetku dlžníka. V dôsledku toho tento typ konania v súčasnosti presahuje rámec iných reštrukturalizačných konaní v poľskom práve a približuje ho ku konkurznému konaniu. Reforma a obmedzenie subjektívnej pasívnej legitimácie dlžníka, voči ktorému možno viesť dané reštrukturalizačné konanie, má preto nepriamo za následok, že sanačné konanie nemožno považovať za preventívnu reštrukturalizáciu v zmysle čl. 1 ods. 1 písm. a) Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023. Toto ustanovenie sa vzťahuje iba na dlžníkov v ťažkej finančnej situácii, ktorí sa však dostanú do hroziacej platobnej neschopnosti.

## **2. OCHRANA DLŽNÍKA PRED UKONČENÍM ZMLÚV V PRÍPADE PODANIA NÁVRHU NA ZAČATIE RÔZNYCH REŠTRUKTURALIZAČNÝCH KONANÍ**

Európsky zákonodarca sa osobitne zaoberal otázkou konania veriteľov dlžníka v hroziacom úpadku (hroziacej platobnej neschopnosti) s účelom predčasného ukončenia zmlúv. Ako to bolo uvedené v bode 41 odôvodnenia preambuly Smernice predčasné ukončenie môže ohroziť schopnosť podniku pokračovať v prevádzke počas rokovaní o reštrukturalizácii, najmä ak ide o zmluvy týkajúce sa základných dodávok, ako je plyn, elektrina, voda, telekomunikácie a služby v oblasti platobných kariet. V zmysle ustanovenia čl. 7 ods. 4 Smernice na členských štátoch spočíva povinnosť ustanoviť pravidlá, ktoré zabraňujú veriteľom, na ktorých sa prerušenie vzťahuje, aby odložili plnenie, ukončili, urýchlili alebo akýmkoľvek iným spôsobom zmenili základné nesplnené zmluvy, ktoré sú na škodu dlžníka, kvôli dlhom, ktoré vznikli pred prerušením, a to len z dôvodu, že ich dlžník nezaplatil. Okrem toho európsky zákonodarca predvídal, že účinná úprava v danom členskom štáte môže určovať, že vyššie uvedeným veriteľom môžu byť poskytnuté primerané záruky s cieľom zabrániť, aby došlo k nespravodlivému poškodeniu týchto veriteľov. Ďalej treba tiež podotknúť, že Smernica kladie na členské štáty aj povinnosť uvedenia ustanovení, podľa ktorých by veritelia nemohli odložiť plnenie ani ukončiť, urýchlil, ani nijakým iným spôsobom spôsobujúcim škodu dlžníkovi zmeniť nesplnené zmluvy na základe zmluvnej doložky, ktorou sa stanovujú takéto ustanovenia v

zmluve, len z dôvodu napríklad podania žiadosti o začatie konania o preventívnej reštrukturalizácii (čl. 7 ods. 4 pís. a) a c) Smernice).

Vyššie uvedené podmienky týkajúce sa ich zavedenia do vnútroštátnych úprav pri obmedzeniach týkajúcich sa ukončenia zmlúv s dlžníkom, ktorý je ohrozený úpadkom v podstate fungujú v poľskom práve už od účinnosti Zákona o reštrukturalizácii a našli sa v čl. 256 ods. 1 a 2 ReštZák<sup>9</sup>, čl. 225 ods. 1 a čl. 247 ReštZák<sup>10</sup>, čl. 273 a 297 ReštZák, čl. 256 ods. 1 ReštZák. Podľa čl. 256 ods. 1 ReštZák odo dňa začatia zrýchleného vyrovnacieho konania do dňa jeho skončenia alebo do právoplatnosti rozhodnutia o zastavení zrýchleného vyrovnacieho konania, výpoveď prenajímateľa priestorov alebo nehnuteľností, v ktorej dlžník podniká, je bez súhlasu veriteľského výboru neprípustná. Toto ustanovenie na základe odkazujúcej normy z čl. 256 ods. 2 ReštZák platí aj v prípade leasingových zmlúv, zmlúv ktorých predmetom je poistenie majetku dlžníka, zmlúv o bankových účtoch, ručiteľských zmlúv, zmlúv o licenciách udelených dlžníkovi a záruk alebo akreditívov vydaných pred dátumom začatia zrýchleného vyrovnacieho konania a iných zmlúv, ktoré majú zásadný význam pre podnikanie dlžníka. Zoznam zmlúv, ktoré majú zásadný význam pre chod podniku dlžníka, musí vyhotoviť správca konkurznej podstaty a do troch týždňov odo dňa začatia konania a predložiť ho súdu. Výpoveď zmluvy zo strany veriteľa bude v takomto prípade neúčinná<sup>11</sup>. Okrem toho treba súhlasiť s názorom, že nájomná zmluva, podľa ktorej dlžník je nájomcom, nemôže byť zrušená a žaloba, napríklad o vydanie prenajatej veci, by mala byť v takom prípade zamietnutá, pretože dlžník má stále účinné právo voči prenajímateľovi vec užívať<sup>12</sup>.

V zmysle čl. 225 ods. 1 a čl. 247 ReštZák (ako aj čl. 273 a 297 ReštZák, ktoré obsahujú odkazujúce normy na čl. 247 ReštZák) ustanovenia zmlúv upravujúce zmenu alebo zánik právneho vzťahu, ktorého účastníkom je dlžník v prípade návrhu na začatie hociktorého reštrukturalizačného konania alebo jeho začatia, sú neplatné. Treba poďakovať, že poľský zákonodarca v tomto prípade *expressis verbis* odkazuje na neplatnosť ustanovenia, a nie jeho neúčinnosť<sup>13</sup>. Pravidlo ustanovené v týchto ustanoveniach má predovšetkým za cieľ pozbaviť právnej sily tieto ustanovenia zmlúv uzavretých dlžníkom pred začatím konania. To platí aj pre zmluvné ustanovenia, ktoré obsahujú tzv. doložky o ukončení, ktoré dávajú stranám právo urobiť prejav vôle, na základe ktorého bolo by možné od zmluvy odstúpiť alebo ju ukončiť v prípade začatia reštrukturalizačného konania. Na druhej strane

<sup>9</sup> Toto ustanovenie platí nie len v prípade zrýchleného vyrovnacieho konania, ale na základe odkazujúcich noriem aj v prípade vyrovnacieho konania (čl. 273 ReštZák), sanačného konania (čl. 297 ReštZák) a konania o schválení dohody o urovaní (čl. 226e ReštZák).

<sup>10</sup> Na toto ustanovenie odkazujú ustanovenia čl. 273 (v prípade vyrovnacieho konania) a 297 ReštZák (v prípade sanačného konania).

<sup>11</sup> ZIMMERMAN, P., Komentár k čl. 256a ReštZák, Rdn 6 In Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2022. Prístup: Legalis PL.

<sup>12</sup> Pozri: ZIMMERMAN, P., Komentár k čl. 256a ReštZák, Rdn 6 In Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2022. Prístup: Legalis PL

<sup>13</sup> Čiže na neplatnosť treba pozeráť cez prizmu čl. 58 § 3 Občianskeho zákonníka (poľ. Kodeks cywilny), ktorý stanovuje, že ak je neplatná len časť právneho úkonu, zostáva tento úkon v platnosti vo vzťahu k ostatným častiam, pokiaľ z okolností nevyplýva, že bez ustanovení dotknutých neplatnosťou by úkon nebol urobený.



ostatné ustanovenia zmluvy budú stále platné a záväzné aj po začatí konania<sup>14</sup>. Na tomto mieste treba poznamenať, že podobná otázka bola predmetom rozsudku Najvyššieho súdu Poľskej republiky z 9.12.2014, sp. zn. III CSK 15/14<sup>15</sup>. V rámci rozsudku sa súd zaoberal problematikou zmluvných doložiek umožňujúcich odstúpenie od zmluvy voči dlžníkovi, v prípade ak podá správny návrh na vyhlásenie konkurzu. Súd podčiarkol, že skutočnosť, že strany v doložke špecifikujúcej podmienky odstúpenia od zmluvy a vyúčtovanie zmluvných pokút odkazujú na „účinné podanie návrhu na vyhlásenie konkurzu“ znamená, že tieto otázky sú závislé od rozhodnutia súdu o návrhu na vyhlásenie konkurzu a ich uvedenie v zmluve zostáva v rozpore s účinným poľským Zákom o konkurze a čl. 83 KonkZák. Napriek tomu, že rozsudok sa vzťahoval na konkurzné konanie a konkurzné právo tieto závery súdu sú relevantné aj pre reštrukturalizačne konania.

### 3. OBMEDZENIE OCHRANY DLŽNÍKA PRED VYMÁHANÍM

Dôležitou zmenou v prípade reštrukturalizačných konaní bude zavedenie dočasného obmedzenia protiexekučnej ochrany priznanej dlžníkovi. V platnej úprave ochrany dlžníka pred vymáhaním je obmedzenie dĺžky trvania reštrukturalizačného konania: od okamihu jeho začatia až po konečné ukončenie alebo prerušenie. V rámci čl. 6 ods. 6 Smernice sa zavádza lehota na začatie prerušenia jednotlivých exekučných úkonov adresovaných dlžníkovi, v ktorých dochádza k vymáhaniu nárokov, a to maximálne na 4 mesiace. Európsky zákonodarca však umožnil členským štátom predĺžiť túto lehotu na maximálne 12 mesiacov pod podmienkou, že sa presne vymedzené okolností budú preukazovať, a predĺženie alebo nové prerušenie bude riadne odôvodnené<sup>16</sup>.

V súvislosti s nevyhnutnosťou transpozície Smernice vo vyššie uvedenom rozsahu, bol poľský zákonodarca nútený k zavedeniu nového ustanovenia do Zákona o reštrukturalizácii. Uvedené časové obmedzenie sa premietlo do návrhu zákona v rámci čl. 189a. V navrhnutom znení čl. 189a ods. 1 ReštZák exekučné konania smerujúce proti majetku dlžníka začaté pred začatím reštrukturalizačného konania sa zo zákona prerušujú dňom začatia konania na obdobie štyroch mesiacov odo dňa začatia reštrukturalizačného konania. Poľský zákonodarca však pokračuje ďalej a navrhuje, že exekúcia na majetok dlžníka a výkon rozhodnutia o zabezpečenej pohľadávke je neprípustná v lehote štyroch mesiacov odo dňa začatia reštrukturalizačného konania (čl. 189a ods. 2 ReštZák v navrhnutom znení). Okrem toho, súd má mať možnosť - na žiadosť dlžníka alebo správcu - odvolať zabavenie majetku vykonané pred dňom začatia reštrukturalizačného konania v exekučnom konaní alebo konaní o výkone zabezpečovacieho práva vedenom proti majetku

<sup>14</sup> Porov. GURGUL, S, Komentár k čl. 247 ReštZák, Rdn 1 In Prawo upadłościowe. Prawo restrykturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2022. Prístup: Legalis PL.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 9.12.2014 r., III CSK 15/14, Legalis nr 1185779.

<sup>16</sup> V čl. 6 ods. 8 Smernice bol zavedený otvorený katalóg okolností, ktoré odôvodňujú takéto predĺženie alebo prerušenie. Našli sa tam: dosiahnutie náležitého pokroku v rokovaniach o reštrukturalizačnom pláne; fakt, že počas konania nedochádza k nespravodlivému poškodzovaniu práv alebo záujmov ani jednej z dotknutých strán a nezačatie insolventného konania, ktoré by sa mohlo skončiť konkurzom dlžníka.

dlžníka, ak je to potrebné na ďalšie pokračovanie podnikania dlžníka (čl. 189a ods. 3 ReštZák v navrhnutom znení). Súčasne v poľskom reštrukturalizačnom práve platí úprava, podľa ktorej začatie niektorého reštrukturalizačného konania má za následok zákaz pokračovať v existujúcich exekúciách voči majetku dlžníka ako aj začínať nové. Toto pravidlo sa nevzťahovalo na zabezpečených veriteľov vo vyrovnacom konaní a zrýchlenom vyrovnacom konaní, ktorí za určitých podmienok mohli naďalej pokračovať v exekučnom konaní voči zabezpečenému majetku<sup>17</sup>.

Podľa návrhu zákona dlžník bude môcť podať na súd žiadosť o presunutie plynutia uvedenej 4-mesačnej lehoty týkajúcej sa prerušenia jednotlivých konaní, v ktorých dochádza k vymáhaniu nárokov. Prerušenie sa môže uskutočniť najneskôr v deň vyhlásenia rozhodnutia súdu vo veci zápisu návrhu na začatie reštrukturalizačného konania do súdneho spisu. Okrem toho, predpokladané zmeny predvídaajú, že na žiadosť dlžníka či správcu možno ochrannú lehotu predĺžiť najviac na 12 mesiacov, ak je pravdepodobné, že dôjde k uzavretiu dohody o urovaní s veriteľmi. Namiesto toho, v sanačnom konaní bude zo zákona pôvodná ochranná lehota 12 mesiacov a tá sa nebude predlžovať. Poľský zákonodarca na základe transponovania čl. 6 ods. 4 písm. b) Smernice uvádza do návrhu zákona aj podmienku vylučujúcu možnosť prerušenia exekučného konania v prípade, ak by prerušenie viedlo k poškodeniu veriteľov. V rámci poľského znenia bolo vynechané slovo „nespravodlivé“, ktoré sa uvádza v Smernici. Toto vedie k záveru, že poľský zákonodarca nerobí žiadnu gradáciu poškodenia veriteľov. Treba si avšak všimnúť, že v prípade tohto ustanovenia sa môže jednať iba o veriteľov, ktorí sa domáhajú svojich vymáhateľných pohľadávok v rámci exekučného konania.

#### **4. PODMIENKY NA ODMIETNUTIE SCHVÁLENIA DOHODY O UROVNANÍ S VERITEĽMI**

Vzhľadom na ustanovenie čl. 10 ods. 2 písm. d) Smernice poľský zákonodarca uvádza v návrhu novely Zákona o reštrukturalizácii zavedenie novej obligatórnej podmienky pre odmietnutie schválenia dohody o urovaní súdom. Podľa platného znenia čl. 165 ods. 2 ReštZák môže súd odmietnuť schválenie dohody o urovaní, ak sú jej podmienky výrazne nespravodlivé voči veriteľom, ktorí hlasovali proti urovnaniu a vzniesli námietky. Súčasne táto podmienka má fakultatívny charakter. Toto ustanovenie má totiž za účel ochranu menšinových veriteľov, ktorí hlasovali proti dohode o urovaní, ale okrem toho musia preukázať dodatočnú iniciatívu predložením námietok proti dohode o urovaní. V tomto ustanovení vzhľadom na jeho štruktúru je súčasne vyžadované splnenie dvoch formálnych podmienok (hlasovanie proti, podanie námietok v lehote) a jednej vecnej podmienky (výrazná nespravodlivosť)<sup>18</sup>. Treba však zdôrazniť, že splnenie týchto podmienok veriteľom

<sup>17</sup> Porov. WOŹNIAK, H., SIERAKOWSKI, B. Transpozycja dyrektywy o restrukturyzacji zapobiegawczej: Zmiany u podstaw restrukturyzacji In N. Ius, C.H. Beck: Warszawa 27.10.2022. Prístup: Legalis PL

<sup>18</sup> Porov. ZIMMERMAN, P., Komentarz k čl. 165 ReštZák, Rdn 9 In Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2022. Prístup: Legalis PL

však neznamená, že dohoda nebude schválená. Súd je totiž oprávnený odmietnuť námietky proti schváleniu dohody o urovaní.

Pri posudzovaní, či sú podmienky urovnania výrazne nespravodlivé pre veriteľov, ktorí hlasovali proti dohode, by sa malo vziať do úvahy, že vyrovnanie vždy svojou povahou znamená stratu pre veriteľov. Záujmy strán dohody musia byť preto obzvlášť starostlivo vyvážené. Nie je nemožné predpokladať, že podmienky dohody sú nespravodlivé pre veriteľov, ak by napríklad výhody vyplývajúce z dohody o urovaní pre veriteľov boli menšie ako výhody získané zo speňaženia majetku dlžníka uskutočneného v rámci konkurzného konania alebo odpísanie pohľadávok bolo oveľa väčšie, ako by odôvodňovali objektívne platobné schopnosti dlžníka a pod.<sup>19</sup>

V návrhu novely Zákona o reštrukturalizácii článok 165 ods. 2 RešZák sa už uvádza obligatórna podmienka pre odmietnutie schválenia dohody o urovaní namiesto súčasnej fakultatívnej. Podľa navrhnutého znenia súd odmietne schváliť dohodu o urovaní, ak by niektorý veriteľ, ktorý hlasoval proti urovaniu a vzniesol námietky, bol v dôsledku jej vykonania v horšej situácii, ako keby bolo vedené konkurzné konanie alebo ak by sa reštrukturalizačné konanie skončilo bez prijatia dohody o urovaní. Touto zmenou sa výrazne prestavujú pravidlá pre odmietnutie schválenia dohody o urovaní, pretože podľa návrhu stačí len jeden poškodený veriteľ. Okrem toho nie je potrebné preukazovať výraznú nespravodlivosť podmienok dohody o urovaní pre veriteľov, ale ekonomické argumenty, že v alternatívnom konkurznom konaní alebo reštrukturalizačnom konaní by bol veriteľ v lepšej situácii ako po prijatí a schválení dohody o urovaní.

Je potrebné podčiarknuť, že si poľský zákonodarca všimol nevyhnutnosť zmeny ďalšieho ustanovenia v rámci tohto článku. Doplnil však čl. 165 ods. 7 RešZák a zavádza v návrhu novely oprávnenie súdu na odloženie výkonu napadnutého rozhodnutia o schválení dohody o urovaní. Súd bude môcť odložiť výkon rozhodnutia o schválení dohody o urovaní, ak bola podaná sťažnosť (odvolanie) proti rozhodnutiu o schválení dohody. Sťažnosť je potrebné podať do dvoch týždňov. Odloženie výkonu rozhodnutia sa môže uskutočniť až do vyriešenia sťažnosti, ak by vykonanie dohody o urovaní v období, v ktorom súd bude rozhodovať o sťažnosti, mohlo spôsobiť poškodenie veriteľov.

Okrem toho je nevyhnutné zdôrazniť, že poľská úprava týkajúca sa možnosti odmietnutia schválenia dohody o urovaní súdom je oveľa širšia než úprava, ktorá je uvedená v Smernici. Vzhľadom na rôzne druhy konaní v rámci „preventívnej“ reštrukturalizácie (zrýchlené vyrovnacie konanie alebo konanie o schválení dohody o urovaní) je upravená v poľskom práve ďalšia obligatórna podmienka odmietnutia schválenia dohody o urovaní súdom. V zmysle čl. 165 ods. 3 RešZák súd odmietne schváliť dohodu o urovaní v zrýchlenom vyrovnacím konaní alebo v konaní o schválení dohody o urovaní, ak súčet sporných pohľadávok oprávňujúcich hlasovať o urovaní presahuje 15 % súčtu pohľadávok oprávňujúcich hlasovať o urovaní. Táto podmienka je však v zrýchlenom vyrovnacom konaní ešte dodatočne obmedzená, ak: (a) predmetná situácia sa ukáže až po prijatí dohody, (b)

---

<sup>19</sup> Pozri: GURGUL, S., Komentár k čl. 165 RešZák, Rdn 2 In Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2020. Prístup: Legalis PL

bude preukázané, že dlžník o existencii sporných pohľadávok nevedel, (c) uspokojenie týchto pohľadávok v dôsledku vykonania vyrovnania nebude nižšie, ako by to bolo v prípade vyhlásenia konkurzu dlžníka (čl. 165 ods. 4 RešZák). Tieto tri predpoklady musia sa uskutočniť kumulatívne.

Na okraj je však potrebné poznamenať, že súd súčasne odmietne schváliť dohodu o urovaní, ak dohoda porušuje zákon, najmä ak stanovuje poskytnutie verejnej pomoci v rozpore s predpismi, alebo ak je zrejmé, že sa urovanie neuskutoční (čl. 165 ods. 1 RešZák). Predpokladá sa, že urovanie sa neuskutoční, ak si dlžník nesplní záväzky, ktoré mu vznikli po dňu začatia reštrukturalizačného konania. Je to však vyvrátená domnienka (*praesumptio iuris tantum*). V tomto ustanovení ide o splatné (vymáhateľné) a nesporné pohľadávky. Ustanovenie nezavádza požiadavku nesplácať všetky záväzky<sup>20</sup>. Postačí, ak dlžník nesplní iba niektoré z nich.

Berúc do úvahy všetko vyššie uvedené treba súhlasiť s názorom, že v platnej úprave iné okolnosti, ktoré nie sú predvídané v ustanoveniach čl. 165 ods. 1-4 RešZák, nemôžu byť dôvodom na odmietnutie schválenia dohody o urovaní súdom. V súvislosti s návrhom novely Zákona o reštrukturalizácii poľská úprava bude obsahovať len obligatórne podmienky, podľa ktorých bude mať súd povinnosť odmietnuť schválenie dohody o urovaní.

## 5. NAVRHOVANÉ ZMENY V ROZDELENÍ VERITEĽOV DO SKUPÍN

Účinná poľská úprava predvída v rámci reštrukturalizačných konaní, že návrhy na urovanie musia predvídať rozdelenie veriteľov do skupín, iba ak zahŕňajú vecnoprávne zabezpečených veriteľov. V ostatných prípadoch nie je takéto rozdelenie povinné. Podľa ustanovenia čl. 161 ods. 1 RešZák návrhy na urovanie môžu určovať rozdelenie veriteľov do skupín pokrývajúcich konkrétne kategórie záujmov najmä: (1) veriteľov, ktorí majú pohľadávky vyplývajúce z pracovného pomeru a ktorí súhlasili, aby sa na nich vzťahovala dohoda o urovaní, (2) poľnohospodárov, ktorí majú pohľadávky vyplývajúce zo zmlúv o dodávke produktov z vlastného poľnohospodárskeho podniku, (3) veriteľov, ktorých pohľadávky sú zabezpečené majetkom dlžníka prostredníctvom hypotéky, záložným právom, registrovaným záložným právom, štátnym záložným právom alebo námorným záložným právom alebo veriteľov, ktorých pohľadávky sú zabezpečené prevodom vlastníckeho práva k nehnuteľnosti, pohľadávky alebo iného práva na veriteľa a pritom títo veritelia súhlasili, aby sa na nich vzťahovala dohoda o urovaní, (4) veriteľov, ktorí sú spoločníkmi alebo akcionármi dlžníka, ktorým je kapitálová spoločnosť, vlastníaci obchodné podiely alebo akcie spoločnosti s najmenej 5 % hlasov na valnom zhromaždení, a to aj vtedy, ak mali nárok na pohľadávky uvedené vyššie v bodoch (1) – (3). Zoznamy zaraďujúce jednotlivých veriteľov do skupín pripravuje správca po schválení zoznamu pohľadávok, ak rozdelenie do skupín nebolo urobené v zozname veriteľov alebo uskutočnené rozdelenie nie je v súlade s aktuálnymi návrhmi na urovanie. Správca môže

<sup>20</sup> Porov. ADAMUS, R., Komentár k čl. 165 RešZák, Rdn 6 In Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2019. Prístup: Legalis PL

ostatných veriteľov ďalej rozdeliť podľa druhu ich špecifického záujmu, ktorý možno jasne rozlíšiť. Zákon neuvádza kritériá na rozdelenie, ale rozdelenie sa môže uskutočniť v závislosti od výšky pohľadávok, lehôt splatnosti a charakteru záväzkov<sup>21</sup>. Správca bude mať tú istú slobodu, ale treba súhlasiť s názorom, že rozdelenie veriteľov do skupín závisí od obsahu „návrhov na urovanie (usporiadanie)“<sup>22</sup>.

Namiesto toho, návrh novely zavádza pravidlá na rozlišovanie skupín, ktoré zahŕňajú konkrétne kategórie záujmov na základe objektívnych, jednoznačných a ekonomicky alebo právne opodstatnených kritérií týkajúcich sa právnych vzťahov, ktoré zaväzujú dlžníka k veriteľom. Dodatočne zákonodarca fakultatívne rozdelenie veriteľov podľa ustanovenia čl. 161 ods. 1 RešZák v doterajšom znení mení a zavádza povinnosť rozdelenia týchto veriteľov do oddelených skupín. Okrem toho veriteľa, ktorých pohľadávky sú zabezpečené majetkom dlžníka prostredníctvom hypotéky, záložným právom, registrovaným záložným právom, štátnym záložným právom alebo námorným záložným právom alebo veriteľa, ktorých pohľadávky sú zabezpečené prevodom vlastníckeho práva k nehnuteľnosti, pohľadávky alebo iného práva na veriteľa a pritom súhlasili, aby sa na nich vzťahovala dohoda o urovaní musia mať garantovaný stupeň uspokojenia, ktorý nie je menej výhodný ak by bolo vedené proti dlžníkovi konkurzné konanie, ibaže veriteľ súhlasí s menej výhodnými podmienkami (čl. 161a ods. 1 RešZák v navrhnutom znení). Okrem toho, so súhlasom takéhoto veriteľa môže dojednanie ustanoviť zmenu predmetu zabezpečenia pohľadávky alebo jej predaj. Je potrebné zdôrazniť, že návrh na urovanie nemôže ustanoviť iný spôsob uspokojenia veriteľa než uvedený v dohode, ibaže s novým spôsobom veriteľ súhlasil (čl. 161a ods. 2 RešZák v navrhnutom znení).

## ZÁVER

Povinnosť transponovať ustanovenia Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 prinútila poľského zákonodarcu modifikovať doterajšie ustanovenia v oblasti reštrukturalizačného práva. Napriek tomu zdá sa, že súčasná úprava už skoršie garantovala istú vysokú úroveň zabezpečenia prístupu podnikateľov vo finančných ťažkostiach k reštrukturalizačným konaniam, ktoré im zabezpečovali možnosť pokračovať v ich podnikateľskej činnosti. Cieľom doterajšej poľskej úpravy vzťahujúcej sa na reštrukturalizačné konania už skôr bolo to, čo európsky zákonodarca zdôraznil v bode (1) preambuly Smernice, čiže, aby sa poctivým platobne neschopným alebo predĺženým podnikateľom umožnilo benefitovať a po ukončení konania dostať druhú šancu.

Transpozícia ustanovení Smernice EP a Rady (EÚ) 2019/1023 spôsobila nevyhnutnosť zmeny a klasifikácie doterajších reštrukturalizačných konaní. Vzhľadom na to voči komu môže byť vedené dané konanie, poľský zákonodarca

---

<sup>21</sup> ZIMMERMAN, P., Komentár k čl. 161 RešZák, Rdn 7 In Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2022. Prístup: Legalis PL

<sup>22</sup> GURGUL, S., Komentár k čl. 161 RešZák, Rdn 1 In Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2020. Prístup: Legalis PL

musel rozdeliť doterajšie reštrukturalizačné konania do dvoch skupín: preventívnej reštrukturalizácie a sanačnej reštrukturalizácie. Preventívna reštrukturalizácia môže byť podľa poľskej úpravy vedená voči podnikateľovi v hroziacom úpadku, ako aj voči platobne neschopnému dlžníkovi. V súvislosti s tým preventívna reštrukturalizácia sa uskutočňuje v rámci jedného z troch konaní: zrýchleného vyrovnacieho konania, vyrovnacieho konania alebo konania o schválení dohody o urovnaní. Namiesto toho sanačná reštrukturalizácia môže byť vedená iba voči platobne neschopnému dlžníkovi a uskutočňuje sa iba v prípade sanačného konania.

V rámci príspevku boli predstavené najdôležitejšie mechanizmy slúžiace preventívnej reštrukturalizácii, ktoré na základe transpozície mali byť zavedené do úprav členských štátov. Časť z týchto mechanizmov v odlišnej verzii platila v poľskom práve aj predtým. Európsky zákonodarca si vynútil istú modifikáciu niektorých ustanovení. Príspevok prezentuje nielen doterajšiu poľskú úpravu takýchto mechanizmov ako: ukončenie zmlúv v prípade podania návrhu na začatie preventívnej reštrukturalizácie, obmedzenie ochrany dlžníka pred vymáhaním a podmienky na odmietnutie schválenia dohody o urovnaní s veriteľmi a obligatórne prípady rozdelenia veriteľov do skupín v prípade preventívnej reštrukturalizácie, ale aj navrhnuté poľským zákonodarcom zmeny týchto mechanizmov. Vzhľadom na to, že práce spojené so schválením novely ešte trvajú, finálna verzia návrhu zákona sa môže odlišovať od tej ktorá je predstavená v článku. V súvislosti s tým treba podotknúť, že prezentovaný návrh novely Zákona o reštrukturalizácii bol predstavený v znení platnom ku dňu 15.10.2023.

## POUŽITÉ PRAMENE

1. ADAMUS, R., Prawo upadłościowe. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2019. Prístup: Legalis PL.
2. GURGUL, S., Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2020. Prístup: Legalis PL.
3. KRUCZALAK-JANKOWSKA, J. Rozdział 16. Ochrona wierzycieli przedsiębiorców a system wczesnego ostrzegania w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1023 dotyczącej ram prawnych restrukturyzacji zapobiegawczej, drugiej szansy i środków zwiększających skuteczność postępowań restrukturyzacyjnych, upadłościowych i w zakresie umorzenia oraz zmieniająca dyrektywę 2012/30/UE (dyrektywa o restrukturyzacji i upadłości) In Zadłużenie i niewypłacalność dłużnika. Retrospekcja, stan obecny, przyszłość., FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K., GIL, I., GÓRA-BŁASZCZYKOWSKA A., HRYCAJ, A. (Eds.), CH Beck: Sopot 2023. Prístup: Legalis PL.
4. WOŹNIAK, H., SIERAKOWSKI, B. Transpozycja dyrektywy o restrukturyzacji zapobiegawczej: Zmiany u podstaw restrukturyzacji In N.Ius, C.H. Beck: Warszawa 27.10.2022. Prístup: Legalis PL.
5. ZIMMERMAN, P., Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. C.H. Beck: Warszawa 2020. Prístup: Legalis PL
6. Zákon zo dňa 23.04.1964 - „Kodeks cywilny“ - Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

7. Zákon zo dňa 28.2.2003 – „Prawo upadłościowe” - Dz. U. z 2003, Nr 60, poz. 535 ze zm.
8. Zákon zo dňa 15.5.2015 – „Prawo restrukturyzacyjne” – Dz. U. z 2015 r. poz. 978 ze zm.
9. Smernica Európskeho Parlamentu a Rady (EÚ) 2019/2023 z 20.6.2019 o rámcach preventívnej reštrukturalizácie, o oddĺžení a diskvalifikácii a o opatreniach na zvýšenie účinnosti reštrukturalizačných, konkurzných a oddľžovacích konaní a o zmene smernice (EÚ) 2017/1132, OJ L 172, 26.6.2019, p. 18–55.
10. Dôvodová správa k návrhu zo dňa 24.5.2022 k zákonu – „Ustawa o zmianie ustawy - Prawo restrukturyzacyjne oraz ustawy – Prawo upadłościowe”, s. 2. Prístup: <https://legislacja.gov.pl/docs//2/12361503/12891096/12891097/dokument563619.pdf>.
11. Rozsudok Najvyššieho súdu Poľskej republiky (Wyrok Sądu Najwyższego) z 9.12.2014 r., III CSK 15/14, Legalis nr 1185779.

#### **KONTAKT NA AUTORA**

mateusz.zaba@us.edu.pl

Sliezska univerzita v Katowiciach, Fakulta práva a verejnej správy

Ul. Bankowa 11b

40-007 Katowice

Poľsko

## **Digital insurance distribution in German law - opportunities and challenges**

### *Abstract*

*The number of insurance contracts concluded through the Internet is constantly growing. The use of this distribution channel offers a chance for insurers to attract customers and, at the same time, gives rise to new challenges in the area of guaranteeing appropriate protection of an insurance market customer. In this context, special attention should be paid to the information model of customer protection and precontractual disclosure obligations of distributors. The purpose of this article is to examine if insurance distribution through the Internet in Germany meets the requirements of consumer protection as laid down in IDD. The considerations made have been based on the current views of German legal literature and judicial practice.*

*Key words: insurance contract, insurance distribution, IDD, disclosure obligation, InsurTech.*

**JEL Classification:** K12, K15, K20, K22

### **INTRODUCTION**

Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (hereinafter: IDD or ID Directive) sets out new terms of insurance distribution, and its principal purpose is to protect customers in the insurance market.<sup>2</sup> For this purpose, the EU legislator decided to impose on insurance distributors multiple disclosure obligations vis-a-vis their customers. However, it must be pointed out that in the era of universal access to the Internet, the online channel of distribution is becoming increasingly popular, and gains in importance not only in Germany.<sup>3</sup> The freedom of form of the insurance contract is conducive to its conclusion through the Internet. Such contract can be entered into with both direct insurers or with insurance intermediaries, which category includes

---

<sup>1</sup> PhD student at the Doctoral School of the University of Silesia in the field of legal sciences, ORCID: 0000-0002-1268-8186.

<sup>2</sup> Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast) (OJ L 26, 2.02.2016, p. 19, as amended).

<sup>3</sup> See the statistical data published by the German Insurance Association (GDV) <https://www.gdv.de/gdv/medien/medieninformationen/mehr-online-abschluesse-von-versicherungsvertraegen-85748> (accessed: 8.09.2023)



also online comparison websites.<sup>4</sup> The insurance distribution sector takes advantage also of the InsurTech technology.<sup>5</sup> Importantly, however, insurance distributors are constantly expanding their offer of insurance products whose conclusion is possible through the Internet. In the light of the above, it cannot be excluded that, in the future, insurance distribution will be exclusively transferred to the Internet channel. Such model is growing in popularity, among others, as it allows to save time and speeds up the conclusion of contracts by a customer, and reduces the operation costs incurred by insurers and insurance intermediaries, since distribution generally takes place without involvement of employees providing services to the customer on a permanent basis. Therefore, the Internet offers a chance for insurers to attract customers, yet, at the same time, the Internet gives rise to new challenges which call, among others, for guarantees of appropriate customer protection.

Introduction of disclosure obligations in insurance law is intended to protect a potential policyholder from entering into an inadequate contract, not suited to the customer's needs.<sup>6</sup> Only a well-informed customer in the insurance market is in a position to make a conscious decision regarding the choice of an appropriate insurance contract, which will be tailored to the customer's requirements and needs. Therefore, the adopted customer protection model will apply not only to the traditional distribution channel but also to situations of concluding insurance contracts through the Internet.

The presented considerations will be preceded by an analysis of the information model of customer protection and its application to Internet distribution. I will also give a short characterisation of particular types of insurance distributors in Germany. Special attention will be paid to precontractual disclosure and advisory obligations imposed on insurers and insurance intermediaries. Bearing in mind that the use of new technologies in insurance distribution, including the Internet, may be a source of new problems in the area of civil liability of insurance distributors, in the final part of the article, I will discuss the peculiarities concerning the assertion of claims for violation of the disclosure and advisory obligations.

The presented considerations will allow to formulate appropriate conclusions, including an answer to the question if the distribution of insurance through the Internet in Germany meets the requirements for customer protection as laid down in IDD. For this reason, it should be considered what obligations, especially at the precontractual stage, have been imposed on Internet portals carrying out insurance distribution activities, how insurance distributors comply with the indicated obligations in virtual reality, and whether the legislator has provided for any facilities as regards those obligations in the context of distribution through the Internet. At the same time, this article should be a stimulus to further discussion about the shape of

---

<sup>4</sup> LOOSCHELDERS, D. In *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, ed. T. Langheid, ed. M. Wandt, v. 1, iss. 3, C. H. Beck, Monachium 2022, beck-online, § 1 nb. 143a.

<sup>5</sup> For more on the use of new technologies in insurance distribution, including so called InsurTech, see: FRAS M., SZARANIEC, M. Nowe technologie w dystrybucji ubezpieczeń. Wybrane problemy prawne dotyczące wprowadzania innowacji na rynku ubezpieczeniowym. In *Prawo Asekuracyjne* 2/2019 (99), p. 90 et seq.

<sup>6</sup> TERESZKIEWICZ, P. *Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe*, Warszawa 2015, p. 295.

insurance distribution in the Internet, and about the utilisation of new technologies, in Germany and in other Member States of the European Union.

This article will use, in the first place, the legal dogmatic method, based on an analysis of the current opinions expressed in academic literature and in case-law. This will permit an assessment of efficiency of the model of distributing insurance over the Internet in Germany, and identification of the opportunities and threats possible in the discussed distribution channel.

## **1. INSURANCE DISTRIBUTION OVER THE INTERNET AND THE INFORMATION MODEL OF CUSTOMER PROTECTION**

The consumer protection model adopted in EU law, including the EU model of protecting the widely understood weaker party to a legal relationship – including a customer in the insurance market – is principally based on the use of disclosure obligations.<sup>7</sup> The starting point for such protection model, as adopted in case-law of the CJEU, is the benchmark of average, reasonably well-informed consumer.<sup>8</sup> For the above reason, disclosure obligations have become a main tool used by IDD, whose purpose is to introduce transparency in the insurance services market.

Information, as a tool of protecting the weaker party must meet the requirement of transparency and be addressed to the other contracting party so that the other party is in a position to actually familiarise him-/herself with the contents of the contract.<sup>9</sup> Also, the CJEU is of the opinion that, for the purpose of properly complying with the disclosure obligation, it is necessary to provide information in such manner that the information fulfils transparency requirements.<sup>10</sup> Disclosure obligations will play a decisive role predominantly at the precontractual stage, regardless of the distribution channel used.

The requirements provided for insurance distribution, both under national and Union law, as to the contents of disclosure obligations and the method of their performance, apply not only to the traditional methods of concluding contracts but also to the virtual reality. The purposes of IDD and the principle of customer protection should be afforded priority over the postulates of accelerating and simplifying online trading.<sup>11</sup> Moreover, provision of information and, at the same time, fulfilment of disclosure obligations over the Internet leads to the emergence of new issues and problems. In reference to the above-mentioned principle of

---

<sup>7</sup> Judgment of the CJ of 7.03.1990, C-362/88, GB-INNO-BM v. CONFÉDÉRATION DU COMMERCE LUXEMBOURGEOIS, LEX No. 126137.

<sup>8</sup> For more, see: ZGONINA, O. Disclosure obligations as instrument of protecting customers of insurance services in German Law. In *PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA XI*, ed.. J. Suchoža, J. Husár, R. Hučková, Košice 2022, p. 288-297.

<sup>9</sup> GROCHOWSKI, M. Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów a nadmierny formalizm prawa. In *Kierunki rozwoju Europejskiego Prawa Prywatnego. Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, ed. M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórowska-Domagalska, Warszawa 2012, p. 187.

<sup>10</sup> Judgment of the CJ of 10.06.2021, C-609/19, BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE SA v. VE, LEX No. 3183142.

<sup>11</sup> Judgment of LG München I of 13.07.2016, 37 O 15268/15, BeckRS 2016, 12788.

transparency, it is necessary to work out rules enabling assessment of the degree of its implementation in the Internet. In case of Internet portals, apart from the contents of the provided information, particular importance will attach also to the method of presenting information, the graphic elements used, website layout, colours used. Another important factor is the time when appropriate information (e.g. on distributor's status) appears on the website, and later accessibility of the information, or facilitations to persons with disabilities (possibility to enlarge the text, its reading aloud). In direct contacts with the distributor, the distributor's task is to provide information in an appropriate form. As far as Internet distribution is concerned, it is the customer that navigates independently through the web portal, using appropriate messages, windows, buttons. Therefore, customer protection requires not only to maintain the same standards as applicable to traditional (analogue) distribution but also calls for increased requirements as to the transparency of the provided information, adjustment of the web portal to the needs of disclosure obligations and easy navigation through the portal by the customer.

## **2. CHARACTERISATION OF INSURANCE DISTRIBUTORS IN GERMANY**

Under the German Act on the insurance contract (Versicherungsvertragsgesetz; hereinafter: VVG),<sup>12</sup> a distinction was made between an insurer (Versicherer) and insurance intermediaries (Versicherungsvermittler), which category includes an insurance agent (Versicherungsvertreter) and an insurance broker (Versicherungsmakler). An insurance company may carry out distribution activities as a part of so called direct distribution (direct insurance), in which insurance intermediaries are not engaged.

The activities of intermediation in the conclusion of insurance contracts in Germany are therefore performed by insurance agents and insurance brokers. An insurance agent (Versicherungsvertreter), in the understanding of the VVG, is every party to whom an insurer or insurance agent entrusted professional intermediation or conclusion of insurance contracts. Those activities are performed by an insurance agent under an agency agreement concluded with the insurer. On the other hand, an insurance broker (Versicherungsmakler), in the understanding of VVG, is a party professionally undertaking the activities of intermediation or conclusion of insurance contracts on behalf of the mandator without being entrusted with such duties by an insurer or an insurance agent.<sup>13</sup> Moreover, an insurance broker is also a person who gives the policyholder an impression that he/she provides services of an insurance broker (so called *Anscheinsmakler*).<sup>14</sup> As opposed to insurance agent, a broker does not have to look after the interests of the insurance company but after the interests of the broker's customer, i.e. the mandator. As pointed out in judicial practice, a

---

<sup>12</sup> Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG) of 23 November 2007.

BGBI. I S. 2631.

<sup>13</sup> Cf. § 59(3), sentence 1, VVG.

<sup>14</sup> Cf. § 59(3), sentence 2, VVG.

broker is a guardian of interests, “fiduciary” or “spokesperson” (Sachwalter) of the customer.<sup>15</sup>

Every insurance intermediary must obtain a permit to conduct intermediation activities from the respective Chamber of Commerce and Industry under the provisions of the Act on conducting business activities (*Gewerbeordnung*, hereinafter: GewO).<sup>16</sup> On first contact with the customer, an insurance agent should disclose his/her professional status.<sup>17</sup> This is particularly important in case of distribution over the Internet, which will be discussed in more detail in a further part of this article.

It must also be emphasised that the EU legislator included within the application scope of IDD both insurance intermediaries and direct insurers. Under Recital (6) IDD, one of the Directive’s purposes is that consumers benefit from the same level of protection despite the differences between distribution channels, and in particular in the area of disclosure obligations. In the light of the above, it became essential to create a level playing field between all insurance distributors and to impose on them identical requirements. The above also gives rise to the conclusion that one should not apply dissimilar terms to distributors offering their insurance products through the Internet. As a consequence, they are obliged to comply with the same requirements as provided for traditional distribution.

### 3. LEGAL STATUS OF INTERNET PORTALS

To a certain degree, the Union legislator decided to regulate in IDD matters relating to the distribution of insurance over the Internet. When defining the term ‘insurance distribution’ in Art. 2(1) item 1 IDD, it was pointed out that the concept includes also “(...) provision of information concerning one or more insurance contracts in accordance with criteria selected by customers through a website or other media and the compilation of an insurance product ranking list, including price and product comparison, or a discount on the price of an insurance contract, when the customer is able to directly or indirectly conclude an insurance contract using a website or other media.” However, it should also be remembered that, according to Recital (12), the above will not apply to Internet portals that do not serve the purpose of concluding contracts and whose mere purpose is to compare insurance products available on the market. In the same way, the Union legislator defines differently the legal situation in respect of web portals enabling the customer to conclude the contract to and in respect of such portals that are maintained for advertising or educational purposes only.<sup>18</sup> The provisions of IDD on the use of online technologies in insurance distribution are also reflected in German legislation. The provision of § 1a(2) VVG is an exact repetition of Art. 2(1) item 1 IDD. However, the provisions

---

<sup>15</sup> Judgment of the BGH of 22.05.1985, file reference IV a ZR 190/83, r + s 8/1985, p. 206 et seq.

<sup>16</sup> *Gewerbeordnung* of 22 February 1999, BGBl. I S. 202.

<sup>17</sup> This obligation is a consequence of § 15(1) item 3 *VersVermV*.

<sup>18</sup> KUKURYK, P. Uwagi o statusie prawnym internetowych porównywarek ubezpieczeniowych. In *Dystrybucja usług ubezpieczeniowych. Wybrane zagadnienia prawne*, ed. B. Gnela, M. Szaraniec, Warszawa 2017, p. 283–297.

of German law reach further and qualify online comparison sites expressly as insurance intermediaries, whose operation requires appropriate authorisation.

At this point, the judgment should be cited of LG Heidelberg of 6.03.2020 according to which under German law there is no third category of insurance intermediary that would be neither an insurance agent nor an insurance broker.<sup>19</sup> In the same way, in all cases in which an Internet operator provides on the operator's website, first, a possibility to compare insurance offers and, then, offers an opportunity to conclude an insurance contract, from the very beginning, the operator should qualify either as insurance agent or as insurance broker. In the opinion of the Court, such conclusion follows directly from the interpretation of national legal provisions and is a result of pro-EU interpretation. At the same time, it was explained that online comparison sites enabling conclusion of an insurance contract must comply with disclosure obligations provided under IDD, which were reflected in German law in the provisions of § 60 et seq VVG. In the case examined by the court, an Internet portal was found to be an insurance broker, which required the service provider to carry out appropriate market analysis and to present a brokerage recommendation.

However, in the context of Recital (13) IDD, it should be pointed out that the Directive does not apply to mere introducing activities consisting only in the provision to potential policyholders of information about insurance products or about the distributor status. In this area, the conclusions remain valid of the BGH,<sup>20</sup> which, even before the entry into force of IDD, explained the criteria enabling to distinguish between insurance intermediation activities and activities intended merely to establish a contact between a potential policyholder and the insurance intermediary. In the opinion of BGH, the decisive factor should be an "objective picture of the conducted activities" (Erscheinungsbild). Then, it was concluded that if an entrepreneur advertises on the entrepreneur's website particular insurance products and, then, enables conclusion of an insurance contract over the Internet, on the website of an insurance intermediary, and the customer is not aware that the website's operator has changed, such entrepreneur should qualify as insurance intermediary.

Internet portals offering conclusion of an insurance contract may, therefore, assume different forms and, depending on the services offered and on the channel of distribution, may qualify as direct insurers, insurance intermediaries (agents, brokers) or operate merely as so called "tipsters" (Tipp-Geber), whose activities are limited exclusively to indicating a possibility to conclude an insurance contract or to establish contact between a potential policyholder and an insurance intermediary or insurance company.<sup>21</sup>

The legal status of each insurance distributor, including Internet portals, is of essential importance from the point of view of the precontractual disclosure

---

<sup>19</sup> Judgment of LG Heidelberg of 6.03.2020, 6 O 7/19, NJOZ 8/2021, p. 214 et seq.

<sup>20</sup> Judgment of the BGH of 28.11.2013, I ZR 7/13, GRUR 4/2014, p. 398 et seq.

<sup>21</sup> For more, see: LEHMANN, J., RETTIG, S. Versicherungsvertrieb im Internet. Zur Abgrenzung des erlaubnisfreien Tippgebers von der regulierten Vermittlertätigkeit, NJW 2017, No. 9, p. 596 et seq.

obligation. Under § 15(1) item 3 of the Regulation on insurance intermediation and advice (Verordnung über die Versicherungsvermittlung und -beratung; hereinafter: VersVermV),<sup>22</sup> the policyholder, already at the first commercial contact, must be provided with the information if the insurance intermediary acting in a given situation conducts its activities as an insurance agent or an insurance broker. This information is of fundamental importance to the customer as it allows to determine if the Internet portal is related to the activities of a specific insurer and, in consequence, if a given Internet platform offers a full overview of the market and takes into account all insurers by comparing their products. The first commercial contact in the understanding of § 15(1) item 3 VersVermV will be mere opening of the intermediary's website.<sup>23</sup> Non-disclosure of information on the status may amount to misleading of the customer. Moreover, such information should be provided during the first commercial activity, which means that its accessibility and the manner of displaying on the website is also subject to evaluation.<sup>24</sup> Violation of this obligation may give rise to a claim for damages.

#### 4. THE ADVISORY OBLIGATION IN INTERNET DISTRIBUTION

In German insurance law, there is a special type of information obligation, namely the advisory obligation (*Beratungspflicht*). Its function boils down to enabling a customer seeking insurance coverage to choose an appropriate insurance form that would meet the customer's requirements and needs.<sup>25</sup> Under § 6(1) VVG, it was specified that: "The insurer, as far as justified by the difficulties in the assessment of the offered insurance or the policyholder's figure and situation, shall be obliged to inquire the policyholder about the policyholder's wishes and needs and, having regard to an appropriate ratio between the consultancy cost and amount of the premium, to provide advice and to quote the basis for each advice given in relation to a particular insurance contract. [The insurer] shall document the above, taking into account the complexity of the offered insurance contract." The provision of § 61 VVG regulates this obligation identically with regard to insurance intermediaries.

As a part of the advisory obligation discussed above, one can distinguish between its specific elements that, altogether, make up the advisory process in the understanding of VVG. In the first place, the insurance distributor has been imposed with the obligation to inquire (*Fragepflicht*), also referred to as the obligation to determine the needs (*Bedarfsermittlungspflicht*), which tallies with the Directive's

---

<sup>22</sup> Verordnung über die Versicherungsvermittlung und-beratung (Versicherungsvermittlungsverordnung – VersVermV) of 17 December 2018, (BGBl. I S. 2483, ber. 2019 S. 411).

<sup>23</sup> NOTTHOFF, M. Der Versicherungsvertragsabschluss im Internet, r+s 2018, nr 10, p. 527.

<sup>24</sup> SCHWINTOWSKI, H-P. Versicherungsvermittlung über Internetportale, VuR 2014, nr 10, p. 371-372.

<sup>25</sup> TERESZKIEWICZ, P. Vorvertragliche Beratung als Pflicht der Versicherer nach dem deutschen Versicherungsvertragsgesetz. Eine kritische Betrachtung. In Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts, ed. K. Binder, F. Eichel, Baden-Baden 2013, p. 53 et seq.

analysis of requirements and needs.<sup>26</sup> This consultancy phase is intended to acquire information about the customer's needs and serves to prepare the next stage,<sup>27</sup> which boils down to the obligation to give advice (*Pflicht zur Erteilung eines Rates*). Provision of advice assumes the form of recommending to the customer such an insurance contract that, in the opinion of the insurance distributor, best matches the customer's needs as determined in advance.<sup>28</sup> No less important is the obligation to justify the advice given (*Begründungspflicht*). In this way, possible abuses by professionals are prevented, which might consist in exerting influence on the customer through the provided recommendations.<sup>29</sup> The advisory process is complemented by the obligation to document the activities carried out (*Dokumentationspflicht*).<sup>30</sup> Recording the course of advice enables the customer's repeated review of the information obtained in the course of the process for the purposes of verifying the decisions made. In addition, the obligation to draw up documentation has a disciplinary function, because its violation gives rise to a presumption of inadequate advice having been given to the policyholder.<sup>31</sup> Unlike in case of the obligation to provide information under § 7 VVG, the advisory obligation is definitely individualized and will always relate to a particular customer.

The cited obligations correlate to the requirements provided also under EU legislation. Under Art. 20 IDD, an obligatory requirement was imposed on insurance distributors to specify the customer's requirements and needs, which is to be based on the information obtained from the customer.<sup>32</sup> Beyond any doubt, the EU legislator expressed in IDD a principle under which an insurance distributor should carry out a test of requirements and needs in each case, and, then, provide objective information about the product offered.<sup>33</sup> As a result, there is no legal ground to dispense with the application of the above-mentioned provisions in Internet distribution although their realization otherwise than through an individual interview with the customer may, in certain situations, prove insufficient.

Under the current legislative framework, an insurance distributor, also in the event of concluding an insurance contract over the Internet, is obliged to comply with the obligations under § 6 or § 61 VVG. On such occasions, it is necessary to maintain the same standards as with regard to traditionally concluded contracts. In

---

<sup>26</sup> TEICHLER, M. Die Versicherung-Vertriebsrichtlinie (IDD) erfolgreich umsetzen, *Haufe-Lexware*, Freiburg 2018, p. 128.

<sup>27</sup> REIFF, P. In *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, ed. T. Langheid, M. Wand, C. H. Beck 2022, § 61 nb. 4, beck-online.

<sup>28</sup> RUDY, M. In *Versicherungsvertragsgesetz: VVG mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, ed. J. Prölss, A. Martin, C.H. Beck 2021, § 6 VVG 1 nb. 22, beck-online.

<sup>29</sup> STÖBENER, A. R. Informations- und Beratungspflichten des Versicherers nach der VVG-Reform, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft* 96 (2007), p. 475.

<sup>30</sup> The division into particular activities within the advisory obligation has been adopted after: REIFF, P. *Ausgewählte Rechtsfragen von Online-Versicherungen*, Wien 2022, p. 989.

<sup>31</sup> STÖBENER, A. R. *Beratungspflichten des Versicherers. Von der Anlansrechtsprechung zur IDD*, Karlsruhe 2018, p. 110; 285-286.

<sup>32</sup> Cf. Recital (44) IDD.

<sup>33</sup> BEENKEN, M., SANDKÜHLER, H. *Das neue Versicherungsvertriebsrecht. Leitfaden für die Praxis*, München 2018, p. 103.

order to carry out a process of analysing the requirements and needs as well as the entire consultancy process, the distributor can make use of many available Internet tools, such as drop-down menu, pop-ups or other functions allowing to determine the customer's requirements and needs. With regard to complex insurance contracts, it may also be helpful to apply on the website an instant-chat or video function, enabling a real-time interview with the distributor's employee.<sup>34</sup> If an Internet portal is not able to ensure full implementation of the advisory obligation, including an analysis of the customer's requirements and needs, the portal should refrain from engaging in insurance distribution. As pointed out in academic literature, the principle of equality does not permit different treatment of Internet portals as opposed to other insurance distributors.<sup>35</sup>

## 5. LIABILITY OF INSURANCE DISTRIBUTORS

The German legislator adopted a special provision, enabling to assert claims for violation of the advisory obligation under § 6 VVG. Under the provision of § 6(5) VVG: "If the insurer violates the obligation under Subparagraph (1), (2) or (4), the insurer shall be obliged to redress the resulting damage to the policyholder. This does not relate to a situation when the insurer cannot be assigned liability for a breach of the insurer's obligations." As a result, the discussed rule is based on the *culpa in contrahendo* liability regime, and its prerequisites include emergence of a so called statutory (precontractual) obligational relationship, violation of the advisory obligation that can be attributed to the insurer on the basis of fault and the causal link between the violation and the ensuing damage.

At this point, the judgment should be discussed of the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) of 11 June 2018 (IV ZR 243/17).<sup>36</sup> It is argued in the justification of the cited judgment that "damage caused by violation of the advisory obligation, under § 6(5) VVG or § 311(2), § 280(1) in conjunction with § 249 BGB, may consist in that the policyholder concludes the insurance contract, however, the contract has inherent, previously undisclosed gaps in respect of insurance coverage, which contradict the policyholder's needs. According to established case-law, in such cases, the policyholder may seek to be put in such situation, through payment of damages, as if he/she had concluded an insurance contract with adequate insurance coverage." The cited doctrine of compensation, known in judicial practice and academic literature as so called "Quasi-Deckung" (literally: quasi-coverage, i.e. quasi insurance benefit),<sup>37</sup> consists in the insurer's obligation to pay compensation in the amount the policyholder would have obtained if he/she had been given proper advice and, as a result, had concluded an insurance contract adequate to the policyholder's needs.

---

<sup>34</sup> ARMBRÜSTER, CH. Der Abschluss von Versicherungsverträgen über das Internet, r+s 2017, nr 7, p. 60.

<sup>35</sup> SCHWINTOWSKI, H-P. Versicherungsvermittlung..., p. 372.

<sup>36</sup> Judgment of the BGH of 11.06.2018, IV ZR 243/17, NJW 46/2018, p. 3389 et seq.

<sup>37</sup> For more, see: SCHIMIKOWSKI, P., STÖCKMANN, Y. Anmerkung zu OLG Karlsruhe 9. Zivilsenat, Beschluss vom 22.02.2022 - 9 U 132/19, jurisPR-VersR 10/2022 Anm. 4.



The above principle of liability will apply also to distributors other than insurance company. Under § 63 VVG, if an intermediary fails to ensure to a customer insurance coverage of a particular risk in violation of the disclosure obligation, the insured party may seek to be put in such position as if he/she had obtained the necessary insurance coverage.<sup>38</sup>

Based on the German substantive law provisions cited above, it is possible to assert claims for violation of, among others, the general information obligation, including with regard to the requirement to disclose the status of a given distributor. On such occasions, it is necessary only to fulfil the indicated prerequisites of liability for *culpa in contrahendo*.

## CONCLUSION

Activities of insurance distribution through the Internet are increasingly growing in popularity. Undoubtedly, however, under the existing legislative framework they are subject to the same provisions, including requirements set by the law of the European Union, as in case of distribution organised through the traditional (analogue) channel. As a consequence, Internet portals have the same obligations as other insurance distributors, including with regard to precontractual information.

As in case of the traditional method of concluding an insurance contract, also in the Internet, essential role will be played by precontractual disclosure obligations. As far as Internet portals are concerned, additional attention must be paid to the method of providing information. Proper implementation of the transparency principle will be contingent not only on the contents but also on the method of presenting specific pieces of information, website layout, possibility of repeated review of the information. For the above reason, it should be postulated to regulate the method of complying with disclosure obligations by Internet portals in a more specific way.

The qualification of particular Internet portals as distributors will be decided, in large measure, by the objective picture of the activities conducted by such portals (objektives Erscheinungsbild). If an Internet portal offers on its website a possibility to conclude the insurance contract and the portal is not operated by the direct insurer, this means that the portal conducts the activities of insurance intermediation. If the portal is related to a particular insurer, the portal acts as an insurance agent. On the other hand, when the portal operates professionally on behalf of a potential policyholder, the portal undertakes the activities of an insurance broker. In commercial practice, there are also so called “tipsters” (Tipp-Geber), whose activities are limited exclusively to indication of a possibility to conclude an insurance contract or establish contacts between a potential policyholder and an insurance intermediary or insurance company. Such activities are generally unregulated, which may contribute to the emergence of grey area in the context of distribution activities.

On first contact with the customer, each insurance intermediary is obliged to inform the customer about his/her legal status, i.e. if the intermediary acts as

---

<sup>38</sup> Judgment of the BGH of 26.3.2014, IV ZR 422/12, NJW 28/2014, p. 2038.

insurance agent or insurance broker. The above rule applies also to insurance distribution through the Internet. Therefore, each Internet portal must, at an appropriate time and in an appropriate manner, provide such information. It should be assumed that placement of information about the status in the page footer or in another hardly accessible place on the website does not comply with the discussed obligation and may give rise to claims for damages.

Also with regard to the advisory obligation, the standards set by the legislator, under § 6 and § 61 VVG, apply to an equal extent to insurance distributors in the Internet. An Internet portal handling insurance distribution is obliged to make use of all tools enabling full analysis of requirements and needs and the entire advisory process. Non-performance or improper performance of the disclosure and advisory obligations may give rise to liability for damages to the same extent as in the event of concluding an insurance agreement through the traditional channel. The above confirms that distribution of insurance over the Internet in Germany meets the requirements set under Insurance Distribution Directive.

Because of the growing importance of online insurance distribution and new technologies, legislative reforms should be considered which, while maintaining customer protection at an appropriate level, would allow to a greater extent for the specificity of online trading, including, among others, the tools used by distributors and the methods of providing information. It is also worth discussing to introduce a new category of distributor, whose activities would be limited exclusively to the Internet.

## REFERENCES

1. ARMBRÜSTER, CH. Der Abschluss von Versicherungsverträgen über das Internet, *r+s* 2017, nr 7, p. 60.
2. BEENKEN, M., SANDKÜHLER, H. Das neue Versicherungsvertriebsrecht. Leitfaden für die Praxis, München 2018, p. 103.
3. FRAS M., SZARANIEC, M. Nowe technologie w dystrybucji ubezpieczeń. Wybrane problemy prawne dotyczące wprowadzania innowacji na rynku ubezpieczeniowym. In *Prawo Asekuracyjne* 2/2019 (99), p. 90 et seq.
4. GROCHOWSKI, M. Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów a nadmierny formalizm prawa. In *Kierunki rozwoju Europejskiego Prawa Prywatnego. Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, ed. M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórowska-Domagalska, Warszawa 2012, p. 187.
5. KUKURYK, P. Uwagi o statusie prawnym internetowych porównywarek ubezpieczeniowych. In *Dystrybucja usług ubezpieczeniowych. Wybrane zagadnienia prawne*, ed. B. Gnela, M. Szaraniec, Warszawa 2017, p. 283–297.
6. LEHMANN, J., RETTIG, S. Versicherungsvertrieb im Internet. Zur Abgrenzung des erlaubnisfreien Tipgebers von der regulierten Vermittlertätigkeit, *NJW* 2017, No. 9, p. 596 et seq.

7. LOOSCHELDERS, D. In Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, ed. T. Langheid, ed. M. Wandt, v. 1, iss. 3, C. H. Beck, Monachium 2022, beck-online, § 1 nb. 143a.
8. NOTTHOFF, M. Der Versicherungsvertragsabschluss im Internet, r+s 2018, nr 10, p. 527.
9. REIFF, P. Ausgewählte Rechtsfragen von Online-Versicherungen, Wien 2022, p. 989.
10. REIFF, P. In Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, ed. T. Langheid, M. Wand, C. H. Beck 2022, § 61 nb. 4, beck-online.
11. RUDY, M. In Versicherungsvertragsgesetz: VVG mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, ed. J. Prölls, A. Martin, C.H. Beck 2021, § 6 VVG 1 nb. 22, beck-online.
12. SCHIMIKOWSKI, P., STÖCKMANN, Y. Anmerkung zu OLG Karlsruhe 9. Zivilsenat, Beschluss vom 22.02.2022 - 9 U 132/19, jurisPR-VersR 10/2022 Anm. 4.
13. SCHWINTOWSKI, H-P. Versicherungsvermittlung über Internetportale, VuR 2014, nr 10, p. 371 – 372.
14. STÖBENER, A. R. Informations- und Beratungspflichten des Versicherers nach der VVG-Reform, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 96 (2007), p. 475.
15. STÖBENER, A. R. Beratungspflichten des Versicherers. Von der Anlassrechtsprechung zur IDD, Karlsruhe 2018, p. 110; 285-286.
16. TEICHLER, M. Die Versicherung-Vertriebsrichtlinie (IDD) erfolgreich umsetzen, Haufe-Lexware, Freiburg 2018, p. 128.
17. TERESZKIEWICZ, P. Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe, Warszawa 2015, p. 295.
18. TERESZKIEWICZ, P. Vorvertragliche Beratung als Pflicht der Versicherer nach dem deutschen Versicherungsvertragsgesetz. Eine kritische Betrachtung. In Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts, ed. K. Binder, F. Eichel, Baden-Baden 2013, p. 53 et seq.
19. ZGONINA, O. Disclosure obligations as instrument of protecting customers of insurance services in German Law. In PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA XI, ed. J. Suchoža, J. Husár, R. Hučková, Košice 2022, p. 288-297.
20. Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast) (OJ L 26, 2.02.2016, p. 19, as amended).
21. Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG) of 23 November 2007, BGBl. I S. 2631.
22. Gewerbeordnung of 22 February 1999, BGBl. I S. 202.
23. Verordnung über die Versicherungsvermittlung und -beratung (Versicherungsvermittlungsverordnung – VersVermV) of 17 December 2018, (BGBl. I S. 2483, ber. 2019 S. 411).
24. Judgment of the CJ of 7.03.1990, C-362/88, GB-INNO-BM v. CONFÉDÉRATION DU COMMERCE LUXEMBOURGEOIS, LEX No. 126137.

25. Judgment of the CJ of 10.06.2021, C-609/19, BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE SA v. VE, LEX No. 3183142.
26. Judgment of the BGH of 22.05.1985, file reference IV a ZR 190/83, r + s 8/1985, p. 206 et seq.
27. Judgment of the BGH of 28.11.2013, I ZR 7/13, GRUR 4/2014, p. 398 et seq.
28. Judgment of the BGH of 26.3.2014, IV ZR 422/12, NJW 28/2014, p. 2038.
29. Judgment of the BGH of 11.06.2018, IV ZR 243/17, NJW 46/2018, p. 3389 et seq.
30. Judgment of LG München I of 13.07.2016, 37 O 15268/15, BeckRS 2016, 12788.
31. Judgment of LG Heidelberg of 6.03.2020, 6 O 7/19, NJOZ 8/2021, p. 214 et seq.

#### **CONTACT INFORMATION**

oskarzgonina@gmail.com

University of Silesia, Faculty of Law and Administration

Bankowa 11B

40-007 Katowice

Poland

## **PRÁVO – OBCHOD – EKONOMIKA XII.**

Zborník vedeckých prác

Editori:

prof. JUDr. Jozef Suchoža, DrSc.

prof. JUDr. Ján Husár, CSc.

doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.

Vydavateľ: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Vydavateľstvo ŠafárikPress

Rok vydania: 2023

Náklad: 85 ks

Počet strán: 404

Rozsah: 32,8 AH

Vydanie: prvé

Tlač: EQUILIBRIA, s. r. o.

Účelová publikácia, nepredajná.

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

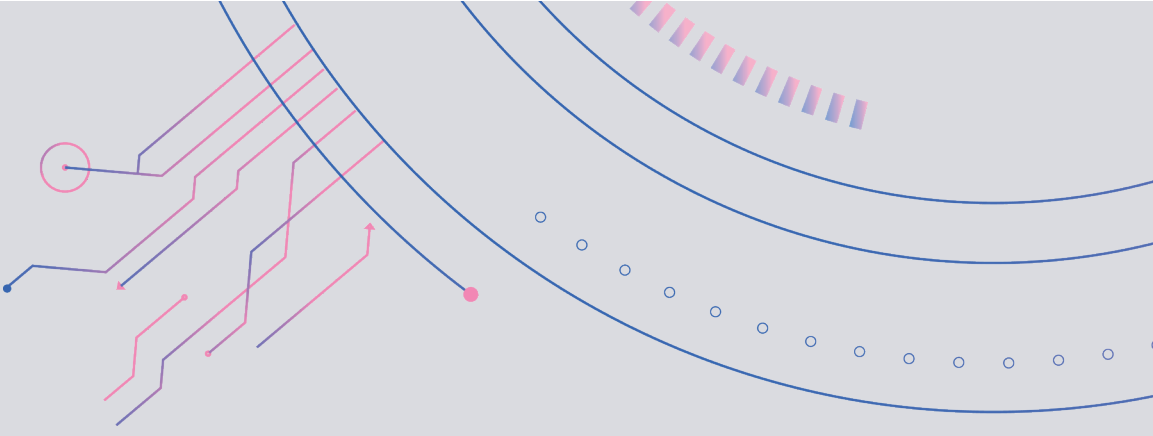
Dostupné od: 1.12.2023

<https://doi.org/10.33542/POE-0247-3>

ISSN 2453-921 X

ISBN 978-80-574-0255-8 (tlačená publikácia)

ISBN 978-80-574-0247-3 (e-publikácia)



ISSN 2453-921 X

ISBN 978-80-574-0255-8



9 788057 402558