

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Uzavírání smluv – úplný konsensus ano či ne?

Studentská vědecká a odborná činnost

Kategorie: magisterské

2011/2011

5. ročník SVOČ

Autor/Autoři: Kateřina Šejdová

Konzultant: JUDr. Kateřina Eichlerová, Ph.D.

Vědecký seminář: Výjezdní seminář
z obchodního práva

Čestné prohlášení a souhlas s publikací práce

Prohlašuji, že jsem práci předkládanou do 5. ročníku Studentské vědecké a odborné činnosti (SVOČ) vypracoval(a) samostatně za použití literatury a zdrojů v ní uvedených. Dále prohlašuji, že práce nebyla ani jako celek, ani z podstatné části dříve publikována, obhájena jako součást bakalářské, diplomové, rigorózní nebo jiné studentské kvalifikační práce a nebyla přihlášena do předchozích ročníků SVOČ či jiné soutěže.

Souhlasím s užitím této práce rozšiřováním, rozmnožováním a sdělováním veřejnosti v neomezeném rozsahu pro účely publikace a prezentace PF UK.

V Praze dne 18. 4. 2012

.....

Kateřina Šejdová

OBSAH

A.	Úvod	4
B.	Smlouva a kontraktační proces	5
C.	Nabídka	6
1.	Lhůta k přijetí	6
2.	Odvolatelnost a neodvocatelnost nabídky	7
D.	Přijetí	8
1.	Modifikovaná akceptace, kontraoferta	8
i.	Kritéria odlišení modifikované akceptace a kontraoferty	9
ii.	Způsob a účinky přijetí	10
a.	Přijetí per facta concludentia	10
iii.	Pozdní přijetí	11
2.	Obchodní podmínky	11
i.	Kolize OP	12
ii.	Existuje platná smlouva?	12
iii.	Obsah smlouvy při aplikaci <i>knock-out rule</i>	13
iv.	Několik poznámek k použití <i>knock-out rule</i>	14
a.	Kontraktace s obchodními podmínkami – problém ovládnání	14
b.	Alternativa Best-shot rule	16
c.	Kontraktace s obchodními podmínkami – problém neurčitého obsahu	16
d.	Rámcová smlouva jako alternativa	16
E.	Změny v koncepci konsensu dle NOZ	17
F.	Závěr	20
G.	Seznam zdrojů	22
H.	Seznam zkratk	25

A. Úvod

Smlouva je elementárním instrumentem, kterým strany upravují vzájemná práva a povinnosti, volně a svobodně, prakticky jakkoliv, nekolidují-li jejich ujednání s kogentní zákonnou úpravou či zásadou dobrých mravů.

Přísná kogentní úprava kontraktační procedury občanského zákoníku a jeho požadavky na kvalitu konsensu stran nedovolovala mnohdy smlouvám vzniknout nebo je pro vady v kontraktačním procesu či nedostatky shodné vůle stran na celém obsahu smlouvy postihovala neplatností.

Nový občanský zákoník obvyklou trojsložkovou strukturou¹ smlouvy – nabídka, přijetí a konsensus – zachovává. Formální požadavky na postup uzavírání smlouvy však měkčí jednak dispozitivností úpravy, jednak důrazem na přirozenoprávní zásady smluvní svobody a autonomie vůle.² Materiálním prvkem smlouvy je konsensus, jako srovnalá vůle stran na obsahu smlouvy.³ Ve snaze o dodržení zásady *pacta sunt servanda*⁴ a principu *potius valeat actus quam pereat*,⁵ které nový občanský zákoník akcentuje, však koncepce konsensu doznává výrazných změn. Zákon jej nazírá nikoliv jako shodu stran o celém obsahu smlouvy, jejíž absence měla dosud za následek neplatnost smlouvy, ale jeho pojetí s ohledem na jmenované zásady a hladké fungování obchodníku styku mění.

Ve své práci se pokusím seznámit čtenáře s požadavky, které nový občanský zákoník klade na proceduru uzavírání smlouvy. Zvláštní pozornost budu věnovat především rozboru akceptace s ohledem na revoluční změny, které po vzoru evropských sbírek smluvních zásad zákoník do českého právního prostředí transplantuje. Právě nová úprava akceptace bude udávat ráz dynamice soukromoprávních vztahů a výrazným způsobem určovat podstatu změn koncepce úplného konsensu. Zamyšlením nad tím, jak se zákon vyrovnává s úpravou požadavků na konsens smluvních stran ve snaze vyvážit protichůdné soukromoprávní zásady smluvní autonomie a dodržování smluv, své teoreticko-popisné pojednání zakončím.

¹ Fiala, Kindl 2009, s. 264.

² § 1725 NOZ.

³ Sedláček 2010, s. 56.

⁴ § 3 odst. 2 písm. d) NOZ, § 1759 NOZ.

⁵ § 574 NOZ.

B. Smlouva a kontraktační proces

Nový občanský zákoník (dále jen „NOZ“, popř. „zákon“)⁶ vyjímá novátorsky úpravu smlouvy a kontraktace z úvodních ustanovení obecné části občanského kodexu a jako jednu z nejdůležitějších právních skutečností, v jejichž důsledku dochází ke vzniku relativních majetkových práv, jí uvozuje část čtvrtou - Relativní majetková práva. Částečně tak boří tradiční systematiku, na kterou jsme zvyklí z občanského zákoníku,⁷ zavádí jakousi dvoukolejnost úpravy právních skutečností, resp. právních jednání, a znepréhledňuje ji.⁸

Smlouvu zákon přímo nedefinuje. Její vymezení, jakožto projevu vůle stran „*zřídít mezi sebou závazek a řídit se obsahem smlouvy*“ najdeme v § 1724 NOZ. Stranám je ponechána volnost co do určení obsahu smlouvy,⁹ a to i ve vztahu k určení, které náležitosti smlouvy budou považovat za podstatné, a které nikoliv.¹⁰ To jim umožní uzavřít smlouvu platně i tehdy, nedohodly-li se o určité náležitosti vyžadované podle úpravy toho kterého smluvního typu. Dosavadní úprava požaduje pro uzavření smlouvy dohodu o podstatných náležitostech,¹¹ v případě inominátní smlouvy pak alespoň dohodu o předmětu závazku.¹²

Požadavky na kontraktační proces zákon upravuje v samostatném oddílu druhém části čtvrté v duchu dogmatické koncepce dělení kontraktace do dvou samostatných právních jednání – oferty a akceptace.¹³ Z dispozitivní povahy ustanovení však plyne, že proces uzavření smlouvy nemusí beze zbytku vyhovovat formálnímu postupu uzavření smlouvy, tak jak jej vymezují ustanovení § 1731 – 1745 NOZ.¹⁴ Za předpokladu naplnění materiálního požadavku pro vznik smlouvy, tedy dosažení shody stran na obsahu smlouvy, může být smlouva uzavřena i jiným způsobem, jak výslovně připouští § 1770 NOZ.¹⁵ Upuštění od klasického modelu kontraktace tak, jak byl zakotven v kogentních normách občanského zákoníku, je vítaným uvedením zákonné úpravy do souladu s uznávanou praxí.¹⁶

Pro účely své práce budu dále sledovat linii klasického uzavírání smlouvy a pokusím se z ní dovodit určité závěry ve vztahu k pojetí konsensu. Zdůrazňovat budu vybrané aspekty nabídky a přijetí, kterými se nová úprava odlišuje od té dosavadní.

⁶ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění.

⁷ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění.

⁸ Shodně Kramer 2007, s. 190.

⁹ § 1725 NOZ.

¹⁰ § 1726 NOZ.

¹¹ Slovy § 269 ObchZ dohodu o podstatných částech v základních ustanoveních pro jednotlivé smluvní typy.

¹² Pelikánová 2010, s. 200.

¹³ Sokolovski 2006, s. 888.

¹⁴ Hulmák 2012, s. 27.

¹⁵ § 1725 NOZ.

¹⁶ Sokolovski 2006, s. 890.

C. Nabídka

V souvislosti s ofertou toho zákon příliš nového nepřináší. Ve velké míře se inspiruje současnou úpravou. Zdá se však, že ji v mnoha ohledech přejímá nedůsledně. Ale popořadě.

NOZ substituuje pojem „návrh na uzavření smlouvy“ termínem „nabídka“. Nabídkou je právní jednání, které (a) směřuje k uzavření smlouvy, (b) vymezuje podstatné náležitosti určitého smluvního typu, a to tak, aby (c) mohla být nabídka přijata prostým, nepodmíněným přijetím (pouhým „ano“), a (d) vyjadřuje-li v ní oferent vůli být smlouvou vázán v případě akceptace.

Pokud jsme však dříve byli zvyklí na to, že nabídka je jednáním adresovaným určité osobě, možná nás překvapí, že do budoucna bude možné adresovat nabídku i neurčitým osobám. Jako příklad zákon upravuje nabídku profesionála formou reklamy, prostřednictvím katalogu či vystavením zboží. Zákon stanovuje vyvratitelnou domněnkou, že návrhy na dodání zboží či poskytnutí služeb za určenou cenu učiněné výše jmenovanými způsoby při výkonu podnikatelské činnosti, jsou nabídkou, s výhradou vyčerpání zásob nebo (objektivní) ztráty schopnosti podnikatele plnit.

Nesplňuje-li návrh výše uvedená kritéria, nabídkou není.

1. Lhůta k přijetí

Nezávisle na formě, v jaké je učiněna, musí být nabídka mezi přítomnými osobami přijata bezodkladně, neplyne-li z jejího obsahu nebo z okolností, za nichž je učiněna, něco jiného.¹⁷ Nabídka učiněná v písemné formě mezi nepřítomnými musí být přijata v akceptační lhůtě uvedené oferentem v nabídce, jinak v době přiměřené.¹⁸

Přestože v řadě případů zákon v podstatě kopíruje současnou úpravu, na ustanovení, které by určovalo počátek běhu akceptační lhůty po vzoru § 43b odst. 3 ObčZ, zapomněl. V případě, že je konec lhůty vymezen pevným datem, nás absence pravidla tolik netrápí. Problém vyvstane ve chvíli, kdy je akceptační lhůta stanovena počtem dní. Obecně pro právní jednání mezi nepřítomnými osobami platí, že působí od okamžiku, kdy projev vůle dojde, resp. je doručen, do sféry vlivu adresáta.¹⁹ Vzhledem k tomu, že rozumnou akceptační lhůtu stanovujeme (v situaci, kdy v nabídce oferent lhůtu neuvedl) se zřetelem nejen k povaze smlouvy, ale i rychlosti prostředků, které pro odeslání nabídky oferent zvolil, tedy o dobu

¹⁷ § 1734 NOZ.

¹⁸ § 1735 NOZ.

¹⁹ § 570 NOZ.

přepravy rozumnou lhůtu přiměřeně prodlužujeme, subsidiární úprava účinků projevu vůle vůči nepřítomné osobě nám nepomůže. Možná tak právě z úpravy rozumné akceptační lhůty budeme muset složitě dovozovat, že i oferentem vymezená akceptační lhůta pro přijetí začíná běžet dnem, kdy byla nabídka předána k odeslání. Zákon by si však zasloužil explicitní úpravu této problematiky.

2. Odvolatelnost a neodvolatelnost nabídky

Jak uvádí důvodová zpráva (dále jen „DZ“), nabídka je odvolatelná. Text zákona tomu příliš nenapovídá, spíš připomíná hru se slovy.

Nabídka je neodvolatelná, není-li v ní vyjádřena odvolatelnost. Na neodvolatelnost nabídky usuzujeme z explicitního vyjádření neodvolatelnosti v nabídce či takové dohody stran. Neodvolatelnost nabídky může jinak vyplývat z předšmluvních jednání, předchozího obchodního styku stran anebo zvyklostí.²⁰ Ani „nabídku, kterou lze odvolat“, odvolat nelze v akceptační lhůtě, nevyhradí-li si oferent odvolatelnost v této nabídce.²¹ Zvláštní je, že až takovou nabídku zákon označuje za „odvolatelnou nabídku.“ Odvolatelnou nabídku odvolat lze, a to i v akceptační lhůtě.²² Pro takové odvolání stanovuje zákon pravidlo *mail box rule*, podle kterého lze nabídku odvolat jen tehdy, je-li doručena oblátovi dříve, než odeslal přijetí.²³ Z důkazního hlediska bude velmi obtížné určit, který akt předcházel kterému.

Rozlišujeme tedy dva typy kvalitativně odlišných odvolatelných nabídek. Nabídku, kterou lze odvolat, vlastně odvolat s ohledem na ochranu dobré víry obláta nelze. Jakmile oferent odešle nabídku, je jí vázán a uzavření smlouvy je docela závislé jen na vůli obláta. Jde tedy o nabídku závaznou, a jako takovou by ji měl zákon i pojmenovat. Materiálně odvolatelnou se nabídka stává, až tehdy, je-li to v ní stanoveno.²⁴ O zásadní odvolatelnosti nabídky je tak možné pochybovat.²⁵ Není důvod pro přejmutí současné úpravy²⁶ i s jejími nedostatky

²⁰ § 1736 NOZ.

²¹ Přesněji, ani nabídku, kterou lze odvolat, odvolat nelze po dobu plynutí akceptační lhůty nelze, nevyhradí-li si oferent odvolatelnost nabídky, kterou lze odvolat, v nabídce, kterou lze odvolat.

²² § 1738 NOZ.

²³ Zweigert, Katz 1998, s. 358.

²⁴ Dostát tomuto požadavku nebude nijak náročné. Patrně postačí ji jako odvolatelnou označit v textu nabídky.

²⁵ Nabídka je fakticky neodvolatelnou z dobrého důvodu. Chrání dobrou víru obláta v uzavření smlouvy a motivuje ho, aby se nabídkou vážně zabýval, obstarával si informace o reputaci smluvního partnera, povaze kontraktačního vztahu a plnění a srovnával hospodářskou výhodnost vztahu s oferentem s ostatním příležitostmi na trhu. Tyto aktivity obláta však generují náklady, které oblát vynakládá v dobré víře, že se mu budou rentovat v podobě uzavření smlouvy. Kdyby nemohl považovat kompenzaci nákladů prospěchem z uzavřené smlouvy za jistou v důsledku možnosti oferenta nabídku libovolně odvolat, pravděpodobně by nevynakládal *reliance expenditures* v takové výši, pokud vůbec. Neodvolatelnost nabídky přináší výhody též samotnému oferentovi, protože zajišťuje, že jeho nabídka bude brána oblátem vážně.

a komplikovaně uživatelsky nevstřícně vyjadřovat jednoduché zásady.²⁷ O posun k lepšímu se zákon pokouší alespoň úpravou zrušení nabídky, kde neodvolatelnou nabídku již nemusíme „odvolávat“,²⁸ ale „rušíme“ ji, je-li zrušovací projev doručen oblátovi před doručení nabídky nebo nejpozději s ním.²⁹

D. Přijetí

1. Modifikovaná akceptace, kontraoferta

Na rozdíl od současné úpravy zákon nevyžaduje ke vzniku smlouvy konsensus o celém obsahu smlouvy a připouští její uzavření navzdory tomu, že se akceptace nepatrně liší. Taková úprava není v českém právním prostředí žádným novem, neboť už prvorepubliková právní věda a judikatura připouštěly³⁰, aby akceptace obsahovala nepodstatné změny a odchylky od obsahu nabídky.³¹ Po jejím vzoru a rovněž v souladu s úpravami CISG, PECL, DCFR či UNIDROIT zákon připouští, aby odpověď na nabídku, jež obsahuje dodatky či odchylky, které podstatně nemění podmínky nabídky, byla přijetím, neodmítne-li oferent takové přijetí bez zbytečného odkladu nebo nevyloučil-li modifikované přijetí v nabídce předem.³² Ačkoliv tak NOZ výslovně nestanovuje, je možné se domnívat, že je smlouva uzavřena ve znění nabídky s inkorporovanými nepodstatnými změnami akceptace.³³ Naopak bezodkladně vznesené námitky proti modifikované akceptaci retroaktivně brání vzniku smlouvy.³⁴ Aby byla zachována možnost uzavřít smlouvu bez nutnosti absolvování martyria kontraktačního procesu od začátku, je možné konstruovat modifikace v akceptaci jako podmíněné návrhy nebo formulovat oferentovy námitky proti modifikované akceptaci jako obnovení původní nabídky.³⁵

Projev vůle, který významně podmínky nabídky mění, se nepovažuje za přijetí, nýbrž odmítnutí nabídky a protioferty,³⁶ může-li být považována za právní jednání, tedy obsahuje-li

²⁶ § 43a, §43b ObčZ.

²⁷ Kriticky rovněž Kramer 2007, s. 195.

²⁸ § 43a odst. 3 a 4 ObčZ.

²⁹ § 1737 NOZ.

³⁰ Vážný 11377/1931.

³¹ Fiala, Kindl 2009, s. 265.

³² § 1740 odst. 3 NOZ.

³³ Explicitně v II.-4:208 DCFR, 2:208 PECL, čl. 19 odst. 2 CISG.

³⁴ Kröll, Mistelis, Perales, Viscasillas 2011, s. 294.

³⁵ Schlechtriem, Schwanzler 2010, s. 346.

³⁶ § 1740 odst. 2 NOZ.

náležitosti oferty. Není-li tomu tak, předpokládá se, že protioferta do sebe inkorporuje text nabídky, který modifikuje.³⁷

i. Kritéria odlišení modifikované akceptace a kontraoferty

Pro odlišení ne/podstatných změn neposkytuje NOZ žádné vodítko. V DZ se NOZ odvolává na CISG jako na inspirační zdroj pro úpravu kontraktace, a i když výčet podstatných změn po jejím vzoru nenabízí,³⁸ domnívám se, že bude možné (s jistou výhradou) podpůrně úpravu CISG použít.³⁹ Čl. 19 odst. 3 CISG obsahuje demonstrativní výčet presumovaných podstatných změn, kterými mohou být „*dodatky nebo odchylky týkající se kupní ceny, placení, jakosti a množství zboží, místa a doby dodání, rozsahu odpovědnosti jedné strany vůči druhé straně nebo řešení sporů*“. Vyvratitelná domněnka podstatnosti však nesmí převážit autonomii vůle stran⁴⁰ a připouští tak důkaz opaku. Na ne/podstatnost změn se usuzuje z obsahu obligace, její hodnoty a ekonomických souvislostí vztahu⁴¹ a v závislosti na okolnostech, zavedené praxi, zvyklostech a předsmulvních vyjednáváních.⁴² Za podstatné změny v akceptaci označila rozhodovací praxe např. požadavek platby předem, platby určitým způsobem,⁴³ rozhodčí doložku, právo odstoupit od smlouvy, volbu rozhodného práva, výběr soudu a další ustanovení, která řeší v ofertě neupravené otázky odlišně od zákonné úpravy.⁴⁴ Naopak obsahuje-li akceptace, byť i podstatnou, změnu podmínek ve prospěch oferenta, jde o změnu nepodstatnou.⁴⁵ Za dodatky (a to ani nepodstatně měnící) pak není možné považovat ustanovení, která kopírují zákonnou úpravu, ustanovení, jež pouze artikuluji praxi zavedenou mezi stranami či obchodní zvyklosti nebo explicitně upravují záležitosti *implicite* vyjádřené v ofertě.⁴⁶

Způsob, jakým problém ne/podstatných změn nahlíží CISG, však nemůžeme bez dalšího přijmout. Je potřeba si uvědomit omezený rozsah působnosti CISG, která dopadá pouze na vztahy z kupní smlouvy, a to smlouvy o koupi zboží a smlouvy mezi podnikateli. Závěry rozhodovací praxe soudů aplikujících CISG, která je často nesourodá, mnohdy

³⁷ Kanda 1999, s. 86; Schlechtriem, Schwanzer 2010, s. 343.

³⁸ Lze jen hádat, zdali tím nedávají autoři NOZ najevo zájem odklonit se od praxe CISG a nechat české soudy vytvořit samostatnou rozhodovací praxi, nicméně se domnívám, že vzhledem k nedostatku textu zákona bude nevyhnutelné hledat inspiraci v čl. 19 odst. 3.

³⁹ Takovou možnost připouští i Hulmák 2012, s. 28.

⁴⁰ Schlechtriem, Schwanzer 2010, s. 340.

⁴¹ Kröll, Mistelis, Perales, Viscasillas 2011, s. 286.

⁴² Kröll, Mistelis, Perales, Viscasillas 2011, s. 284.

⁴³ Překvapivě DZ uvádí bez dalšího jako příklad nepodstatné odchylky, který nebrání uzavření smlouvy, akceptaci ve znění „*přijímám, platba v hotovosti*.“

⁴⁴ Chlebcová 2008, s. 304-305.

⁴⁵ Kröll, Mistelis, Perales, Viscasillas 2011, s. 285-287.

⁴⁶ Kröll, Mistelis, Perales, Viscasillas 2011, s. 282.

determinovaná národním právem té které jurisdikce, rovněž není možné nekriticky kopírovat. Byť na ně DZ v tomto směru neodkazuje, jeví se jako rozumnější pojetí PECL a DCFR, které shodně obecným způsobem definují podstatné změny jako takové změny, o nichž oblát ví nebo by rozumná osoba na jeho místě měla vědět, že by ovlivnily oferentovo rozhodování co do určení obsahu smlouvy či samotné ochoty kontrahovat.⁴⁷ V zájmu podržení platnosti smlouvy a ochrany dobré víry stran by se dané pravidlo mělo uplatňovat restriktivně, a to tak, aby zabránilo vniku potenciální nespravedlnosti způsobené oblátovi.⁴⁸

ii. Způsob a účinky přijetí

Vznik smlouvy předpokládá včasný projev vůle osoby, které byla nabídka určena, adresovaný oferentovi. Z důležité zásady, že „*mlčení ani nečinnost samy o sobě přijetím nejsou*“, kterou formuluje § 1740 odst. 1 NOZ, plyne že, projev vůle musí spočívat v aktivní činnosti. Ustanovení však nspecifikuje, o jaký způsob projevu jde a kdy působí účinkem vůči oferentovi. Až z úpravy § 1744 NOZ, která stanovuje možnost faktického přijetí nabídky, lze dovodit, že § 1740 NOZ předpokládá výslovné přijetí. Dle obecné úpravy právního jednání v § 570 NOZ nabude takový projev vůle mezi nepřítomnými osobami účinků přijetí, až bude-li seznatelným ve sféře oferenta, resp. do sféry oferenta „*dojde*“.⁴⁹

a. Přijetí *per facta concludentia*

Co se týče konkludentní akceptace, opouští NOZ docela úpravu 43c ObčZ, která ničím nepodmiňuje možnost faktického přijetí a jeho účinnost činí závislou na okamžiku, kdy se oferent o tomto přijetí dozví, a inspiruje se úpravou § 275 odst. 4 ObchZ.⁵⁰ V § 1744 NOZ váže zákon možnost konkludentní akceptace na obsah nabídky, zavedenou praxi mezi stranami nebo obvyklost.⁵¹ Svoji vůli oblát projeví tak, že se dle nabídky zachová.⁵² Příkladem se pak uvádí, že toto „zachování se“ můžeme spatřovat v poskytnutí plnění či jeho přijetí, čímž zákon nepřímou dokládá, že i nabídku je možno učinit konkludentně.⁵³

Konkludentní přijetí je účinné již v okamžiku, kdy se oblát dle nabídky zachoval (NOZ se nelogicky vrací k pojmu jednání, byť faktické chování obláta charakter jednání ve

⁴⁷ Lando, Beale 2003, s. 178; von Bar 2010, s. 324.

⁴⁸ Vogenauer, Klienheutsterkamp 2009, s. 281.

⁴⁹ Nepředpokládá se subjektivní vědomost oferenta o tomto dojití, nýbrž možnost se se skutečností seznámit.

⁵⁰ Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění.

⁵¹ Shodně Pelikánová 2011, s. 211; rovněž Kötz, Flessner 1997, s. 27.

⁵² Eliáš 2008, s. 283.

⁵³ Aniž by však pro to stanovoval obdobné podmínky; lze se však domnívat, že je-li konkludentní přijetí podmiňováno obvyklostí či praxí stran, pak bude těmto požadavkům *a minori at maius* podléhat i konkludentní nabídka.

smyslu NOZ mít nutně nemusí), učinil-li tak před uplynutím akceptační lhůty, a to bez ohledu na to, jestli se o tom oferent dozví či nikoliv, neboť NOZ ani DZ o povinnosti alespoň notifikovat faktické přijetí nemluví. Takové řešení dává prostor pochybnostem o včasnosti akceptace a charakteru jednání (je stále akceptací, pozdní akceptací či ofertou?), neboť například zpoždění mezi zahájením výroby produktu, jenž má být předmětem plnění, a plněním ze smlouvy, které se projeví ve sféře oferenta, může být značné.

S ohledem na § 1740 odst. 3 NOZ můžeme uvažovat rovněž o modifikovaném přijetí faktickým chováním (např. dodáním jiného množství zboží).

iii. Pozdní přijetí

Novinky zavádí NOZ i v případě pozdního přijetí. Zůstane-li bez odezvy ze strany oferenta, hledíme na něj jako na novou ofertu. Retroaktivně přiznává účinky včasného přijetí pozdnímu přijetí NOZ nejen, když oferent výslovně, alespoň ústně vyrozumí obláta⁵⁴ o tom, že přijetí považuje za včasné, ale též začne-li se chovat dle nabídky, o čemž však dle § 1743 odst. 1 NOZ oblátovi podat zprávu nemusí. Faktická akceptace pozdního přijetí vzbuzuje nejistotu dvojího druhu – jednak co do jistoty obláta ohledně uzavření smlouvy, za druhé co do obsahu smlouvy s ohledem na eventuální nesoulad nabídky a akceptace.⁵⁵

Co se týče včasného přijetí doručeného vlivem přepravních prostředku po uplynutí akceptační lhůty, je jím oferent vázán, nevyrozumí-li obláta „alespoň ústně“,⁵⁶ že nabídku považuje za zaniklou.⁵⁷

2. Obchodní podmínky

Navzdory tomu, že je řešení problematiky obchodních podmínek (dále jen „OP“) systematicky řazeno do samostatného oddílu s názvem Obsah smlouvy, a tak zdánlivě odtrženo od pravidel kontraktačního procesu, nemohu se úpravou OP nezabývat i na tomto místě s ohledem na její přesah do procesu uzavírání smlouvy co do okamžiku uzavření smlouvy, účinků nabídky a modifikované akceptace, uplatnění pravidel souboje forem a požadavků na konsenzus.

⁵⁴ Podobně jako § 43c odst. 3 ObčZ („... vyrozumí, a to ústně nebo odesláním zprávy.“)

⁵⁵ Shodně Hulmák 2008, s. 139.

⁵⁶ Srov. S § 44 odst. 3 ObčZ.

⁵⁷ § 1743 odst. 2 NOZ.

i. Kolize OP

Dle § 1751 odst. 1 NOZ je dovoleno obsah smlouvy z části určit odkazem na OP, které oferent připojí k nabídce nebo které jsou stranám známy. Jde-li o smlouvu mezi podnikateli, postačí pouhý odkaz na OP, jsou-li vypracovány odbornými nebo zájmovými organizacemi.⁵⁸

Odstavec 2 potom stanovuje: *„Odkáže-li strany v nabídce i v přijetí nabídky na obchodní podmínky, které si odporují, je smlouva přesto uzavřena s obsahem určeným v tom rozsahu, v jakém obchodní podmínky nejsou v rozporu; to platí i v případě, že to obchodní podmínky vylučují. Vyloučí-li to některá ze stran nejpozději bez zbytečného odkladu po výměně projevů vůle, smlouva uzavřena není.“*

Povaha tohoto ustanovení, zejména v souvislosti s obecnou úpravou kontraktace obsaženou v § 1740 NOZ, není příliš jasná. Úprava OP předpokládá uzavření smlouvy, i když si podmínky odporují, aniž by zkoumala intenzitu jejich odlišnosti a nahlížela je prismatem ne/podstatnosti v odpovědi na nabídku obsažených dodatků a změn.⁵⁹ Přestože odpověď na nabídku obsahuje ve OP podstatné změny, nekvalifikujeme ji jako odmítnutí nabídky a protioferty, nýbrž akceptaci. Zvažovali-li bychom ne/podstatnost navrhovaných dodatků a změn, § 1751 NOZ by se nikdy neuplatnil. Takový výklad však nelze připustit, neboť zákon není možné interpretovat způsobem, kterým by se jakékoliv jeho ustanovení stalo obsoletním. Docházím tak k závěru, že je třeba považovat úpravu OP za úpravu zvláštní.

ii. Existuje platná smlouva?

Domnívám se, že se, navzdory znění § 1751 odst. 2 NOZ, nelze smířit s konstatací vzniku smlouvy bez dalšího ve chvíli, kdy se obsah nabídky a akceptace podstatně liší, resp. kdy se v důsledku odlišností OP rozporné podmínky vyloučí. Vždyť i v případě, kdy je možné prohlásit neplatnost části smlouvy ve smyslu § 576 NOZ a smlouvu ve zbytku zachovat v platnosti, se ptáme, zdali by strana bývala byla uzavřela platnou smlouvu i bez této části. Například si lze představit, že výhodná cena je odrazem omezené odpovědnosti za vady či záruky⁶⁰ specifikované ve OP, které slouží kontrahentovi jako nástroj řízení rizika, jehož míra

⁵⁸ § 1751 odst. 3 NOZ.

⁵⁹ V současné úpravě taková možnost nepřichází do úvahy, neboť občanský zákoník stranám ukládá povinnost mezi sebou odstranit vše, co by mohlo vést v budoucnu k rozporu, a to ještě před vznikem smlouvy. NOZ pravidlo podobné tomu v § 43 ObčZ neobsahuje.

⁶⁰ Baird 2000, s. 2722; Ben-Shahar 2004, s. 10; Keating 2000, s. 2689.

opět nachází reflexi v ceně.⁶¹ OP tak mohou hrát roli strategického nástroje konkurenčního boje na trhu.

Není bez zajímavosti, že ustanovení § 1751 odst. 2 NOZ dovozuje vznik smlouvy nikoliv ze souhlasného projevu vůle spočívajícího v aktivním konání, jak předpokládá § 1740 odst. 1 NOZ, ba právě naopak ze samotného mlčení, resp. absence obranných námitek, a to i tehdy, nereaguje-li adresát modifikovaného přijetí chováním v souladu s nabídkou, resp. se chová, jakoby smlouva uzavřena nebyla (nelze se tedy opřít ani o ustanovení § 1726 NOZ).⁶²

Obecně zákon vyžaduje výslovný souhlasný projev vůle s v podstatnostech modifikovanou akceptací. Možnost konkludentního přijetí dovoluje jen za stanovených podmínek. Nízký standard požadavků na projev vůle v § 1751 NOZ konstruovaný proti zásadě, že mlčení ani nečinnost neznamenají souhlas, lze vysvětlit snad jen tak, že zákonodárce počítá s tím, že to nejhorší, co může strany potkat v případě nesouladných OP, je aplikace defaultních zákonných pravidel. To však platí, pouze předpokládáme-li, že obě strany používají jednostranné OP drakonické vůči protistraně a dispozitivní normy zákona tak mohou představovat přijatelný kompromis. Ne vždy tomu tak ale musí být.

To nás přivádí k otázce, která ustanovení OP oferenta (dále jen „OP_A“) a OP obláta (dále jen „OP_B“) budou podléhat knock-out pravidlu a čím budou uprázdněná místa ve smlouvě vyplněna.

iii. Obsah smlouvy při aplikaci *knock-out rule*

Předlohu *knock-out rule* lze spatřovat v ustanoveních čl. II.-4:209 DFCR či čl. 2:209 PECL,⁶³ která omezují obsah smlouvy určený rozpornými OP na podmínky, které jsou v podstatě shodné (*common in substance*), tedy takové, které sledují totožný výsledek, resp. účel.⁶⁴ Takové řešení ukazuje na to, že výsledný obsah smlouvy bude omezen na společná ustanovení, nikoliv na všechna neodporující si ustanovení.⁶⁵ Jestliže jedny OP upravují záležitost, o které OP druhé strany mlčí, má se za to, že druhá strana mlčením implicitně inkorporovala dispozitivní zákonnou úpravu a OP_A a OP_B jsou rovněž v rozporu.⁶⁶ Český zákonodárce formuluje pravidlo odlišně, když stanoví, že obsah smlouvy je určen „v tom

⁶¹ Baird, Weisberg 1982, s. 1250.

⁶² *Clause paramount* zákon v případě kolize norem nepřiznává žádný význam.

⁶³ DZ se na úpravy DFCR ani PECL neodvolává, že však posloužily jako inspirační zdroj přiznává Hulmák 2008, s. 129.

⁶⁴ von Bar 2010, s. 330.

⁶⁵ Csach 2009, s. 100.

⁶⁶ von Bar 2010, s. 329.

rozsahu, v jakém obchodní podmínky nejsou v rozporu.“⁶⁷ Lze jen hádat, zdali je pro odchýlení se od inspiračních zdrojů důvod nebo jde jen o nemotornou snahu vyjádření téhož. Jasnější kontury použité slovní spojení získá až rozhodovací praxí soudů. Do objasnění významu zvláštního českého řešení judikaturou však bude formulace vyvolávat interpretační obtíže.

Pro vymezení obsahu v rozsahu, ve kterém OP kolidují, se nabízejí dvě, resp. tři, možnosti. Mezery ve smlouvě je možné vyplnit aplikací dispozitivních norem nebo presumovanou vůli stran, tedy tím, co by si dle názoru soudu strany bývaly byly dohodly, kdyby se dohodly,⁶⁸ anebo pravidly praxe zavedené mezi stranami a zvyklostmi obchodního styku v tom kterém odvětví.⁶⁹ Vzhledem ke své textaci § 1751 NOZ pravděpodobně směřuje k aplikaci defaultních zákonných pravidel, neboť tím, že vylučuje stanovení obsahu smlouvy s přihlédnutím ke kolidujícím ustanovením OP, patrně nepřipouští, aby soud jejich poměřováním zjišťoval, které lépe odpovídá cíli sledovanému oběma stranami. Tak stranám prakticky bude vnucena zákonná úprava, i kdyby obě, ač rozporně, upravovaly řešení určité záležitosti pro obě příznivějším způsobem, avšak se na něm přímo neujednaly.

iv. Několik poznámek k použití *knock-out rule*

Volba řešení kolize OP pravidlem *knock-out* je označována za spravedlivou, neboť nedovolí, podobně jako tomu může být v případě *last shot rule*, aby OP jedné strany plně ovládly daný smluvní vztah a určily jeho podmínky jednostranně.

a. Kontraktace s obchodními podmínkami – problém ovládnutí

Kodifikací § 1751 NOZ však zákonodárce nepředěšel možnosti ovládnout smluvní vztah svými jednostrannými podmínkami, a to ze dvou důvodů.

Zprvė, straně, která se s daným stavem věci nespokojí, zákon nabízí připuštěním možnosti konkludentní změny obsahu smlouvy příležitost modifikovat obsah smluvního vztahu ve svůj prospěch. To půjde zejména u právních jednání, pro něž zákon nestanovuje písemnou formu. Je-li tato požadována pouze ujednáním stran, lze změnit obsah právního jednání i v jiné formě, nevylučuje-li to ujednání stran.⁷⁰ I tehdy však nelze namítat neplatnost změny, bylo-li již plněno. To platí pro nedodržení formy, kterou požaduje dohoda stran či

⁶⁷ § 1751 odst. 2 NOZ.

⁶⁸ Csach 2009, s. 99.

⁶⁹ Vogenauer, Klienheutsterkamp 2009, s. 344.

⁷⁰ § 564 NOZ.

ustanovení části čtvrté NOZ.⁷¹ K návrhu na změnu smluvního obsahu, který je možné učinit i konkludentně, potom stačí připojit své OP a doufat, že si toho smluvní partner nevšimne a svým chováním v souladu s návrhem konkludentně ve smyslu *last shot rule* návrh na změnu obsahu smlouvy přijme i spolu s OP.⁷²

Zadruhé, ačkoliv ustanovení § 1751 an. NOZ vymezují obecně režim OP, úprava § 1751 odst. 2 NOZ neobsahuje obecné pravidlo pro kontraktaci s OP, ale dopadá pouze na případy, kdy OP použijí obě strany.⁷³ To je jediné logické, jinak by z podstaty věci nemohlo jít o *battle of forms*. Připojí-li ke kontraktačnímu úkonu OP pouze jedna ze stran, uzavírání smlouvy bude podléhat obecné úpravě kontraktačního procesu podle § 1740 NOZ. Ta sice poskytuje určité pojistky proti uzavření smlouvy jen na základě nečinnosti, nicméně skýtá prostor pro to, aby podmínky smluvního vztahu určovaly OP jen jednoho kontrahenta, zpravidla strany s vyšší vyjednávací silou. Ochranu slabší strany před jednostranně určenými individuálně nevyjednanými OP přiznává NOZ v úpravě tzv. smluv uzavřených adhezním způsobem.⁷⁴ OP pak budou zpravidla plnou tíží dopadat na podnikatele (profesionála), kterého zákon v tomto smyslu nechrání, který pro daný typ vztahů nemá standardizované OP, resp. pro něž by náklady na přípravu takových byly prohibitivní.

Možnost ovládnout smluvní vztah vlastními OP v důsledku aplikace pravidla *last shot* v případě, že protistrana opomene své OP připojit či na ně odkázat, nebo je sice připojí, avšak k podstatně modifikované akceptaci, tak ukazuje na nedokonalost úpravy. Pravidlo *knock-out* nedává vzniknout incentivám, které by strany motivovaly k předkládání nejednostranných OP. Naopak může vést k absurdní situaci, kdy strany budou přikládat OP, a to třeba i ve znění zákonných ustanovení, ke kontraktačním jednáním jako obranu před ovládnutím vztahu OP druhé strany. Zatímco totiž u kontraktace s OP obou stran předpokládáme, že neřeší-li OP jedné strany otázku, pro niž mají OP druhé strany ustanovení, pak první strana implicitně vtahuje do svých OP defaultní normy, s nimiž potom srovnáváme ustanovení OP druhé strany, tentýž princip nevztahujeme na situaci, kdy s OP kontrahuje pouze jedna ze smluvních stran. Tak u strany, která nepřikládá OP, nepředpokládáme, že tím vyslovuje implicitní souhlas se zákonnou úpravou, s níž bychom měli v duchu *knock-out rule* srovnat OP druhé strany, ale tyto OP se prosadí zcela.

⁷¹ § 582 odst. 2 NOZ.

⁷² Na limity konkludentní změny obsahu smlouvy upozorňuje Kötz a Flessner 1997, s. 27.

⁷³ Shodně Lando, Beale 2003, s. 178; von Bar 2010, s. 325.

⁷⁴ § 1798 – 1801 NOZ.

b. Alternativa Best-shot rule

V tomto ohledu se jeví šťastnější pravidla *best shot rule* či *reasonable term*, která kolizi odlišných podmínek řeší podřízením vztahu OP, které jsou férovější a balancují zájmy obou kontrahentů, jimž má dát soudce přednost před aplikací dispozitivní zákonné úpravy.⁷⁵

Best shot rule motivuje strany k vytváření ohleduplnějších podmínek a snižuje tak zátěž, která dopadá na strany, prosadí-li se v důsledku *last shot rule* jednostranné OP jednoho kontrahenta. I takové pravidlo má však své limity. Nenabízí jednoduché pravidlo pro určení obsahu smlouvy dříve než rozhodnutím soudu (nebo dodatečným ujednáním stran). Vede opět k popření autonomie vůle, neboť nás nutí ke konstrukci konsensu stran na v podstatě předem neznámých podmínkách smlouvy.

c. Kontraktace s obchodními podmínkami – problém neurčitého obsahu

Pravidlo *knock-out* navíc generuje vysokou míru právní nejistoty ohledně obsahu smlouvy.⁷⁶ Jak na počátku vztahu - neboť vytváří tlak na přečtení OP⁷⁷ či neefektivní negociaci o náležitosti, pro kterou existuje neefektivní defaultní norma⁷⁸ - tak na konci v případě litigace zvyšuje transakční náklady.⁷⁹

d. Rámcová smlouva jako alternativa

Vyvázet se z režimu kontraktace podle zákona, resp. vyhnout se kontraktaci s obchodními podmínkami a nejistotě ohledně obsahu smlouvy vygenerovaného použitím *knock-out rule*, mohou strany dojednáním konkrétních přímých individuálně sjednaných podmínek v rámcové smlouvě, která vymezí i pravidla pro sjednávání jednotlivých smluv. Sjednávání rámcové smlouvy však předpokládá dlouhodobý vztah mezi obchodními partnery, který má povahu opakované hry.

Negociace rámcové smlouvy implikuje vysoké náklady a vyplatí se, jen převáží-li je prospěch ze smluvního vztahu. I tehdy však tyto náklady mají charakter utopených nákladů a jako takové nedovolují kontrahentovi např. pružně reagovat na změny na trhu ochlazením vztahu se současným smluvním partnerem, do něhož tolik investoval, a navázání styků s novým.⁸⁰

⁷⁵ Ben-Shahar 2004, s. 22-23; Goldberg 1997, s. 166; Rühl 2003, s. 221.

⁷⁶ Goldberg 1997, s. 168.

⁷⁷ Ostas, Darr 1995-1996, s. 413.

⁷⁸ Keating 2000, s. 2699.

⁷⁹ Rasmusen 2000, s. 2757.

⁸⁰ Craswell 2000, s. 2730 – 2733.

Rámcové smlouvy tak nemusí být vždy z ekonomického hlediska optimálním řešením. Rozhodně pak nenabízí řešení pro jednorázovou kontraktaci.

E. Změny v koncepci konsensu dle NOZ

Úplný konsensus chápeme jako srovnalou vůli stran o celém obsahu smlouvy. Už z tohoto vymezení je patrné, že se jedná pouze o fikci, neboť limitované kognitivní schopnosti stran stejně jako časová a finanční náročnost takového nedovolí stranám předvídat všechny okolnosti a konstruovat pravidlo jejich vzájemného vztahu pro řešení veškerých možných situací. Konsensus o celém obsahu smlouvy proto omezujeme na srovnalé projevy vůle stran o tom, co si chtěly a dle zákona měly ujednat, resp. obsahovou shodu nabídky a akceptace.

Teorie úplného konsensu ve svém dosavadním pojetí předpokládá konsensus minimálně co do shody na podstatných náležitostech tak, jak jsou určeny zákonem pro jednotlivé smluvní typy. Nedodržení ujednání o těchto pak nutně nemusí znamenat neplatnost smlouvy, ale uzavření smlouvy nepojmenované.

NOZ připouští, aby si strany vymezily podstatné náležitosti i jinak a za podstatné podmínky smlouvy označily, co samy za podstatné pro vznik smlouvy považují, anebo uzavřely smlouvu i bez ujednání zákonem stanovených podstatných náležitostí, netrvají-li na nich. Uzavření smlouvy potom nebrání absenci ujednání takové náležitosti, je-li možné rozumně předpokládat, že by strany smlouvu i tak uzavřely.⁸¹

Požadavek úplného konsensu se pak odráží i v požadavku na úplnou obsahovou shodu nabídky a akceptace. Podobné pravidlo stanovuje i občanský zákoník. Pakliže akceptace zcela nezrcadlí obsah nabídky, optikou *mirror image rule* v § 44 odst. 2 ObčZ., smlouva nevzniká. Bez ohledu na to, zdali strany smlouvu za uzavřenou považují, chovají se podle ní a vzájemně si plní, by soud při zjištění i nepodstatných nesrovnalostí měl ve snaze vyhovět zákonnému příkazu takovou smlouvu i proti vůli stran prohlásit za neplatnou a strany přimět k restituci.

Aplikací *mirror image rule*, resp. lpěním na úplném souhlasu co do obsahu smlouvy, mnohdy dochází k popření vůle stran. Do rukou se jim však zároveň svěří nástroj k napadení smlouvy ve snaze vyhnout se povinnosti plnit ve chvíli, kdy už to pro tu kterou stranu není výhodné. Pravidlo rovněž vytváří prostor pro aplikaci pravidla posledního výstřelu, neboť připouští-li zákon i možnost konkludentní akceptace nabídky, je možné modifikovou akceptaci, resp. protiofertu, konkludentně přijmout a konstatovat vznik smlouvy,

⁸¹ § 1726 NOZ

jejíž obsah je určen právě obsahem modifikované akceptace. *Last shot rule* sice nadále dovoluje dostát požadavku úplného konsensu jako předpokladu vzniku smlouvy, protože konkludentní přijetí se považuje za souhlasný projev vůle s celým obsahem modifikované akceptace (fikce), má však i své nevýhody. Dává vzniknout situacím, kdy strany, ve snaze plně ovládnout smluvní vztah a beze zbytku jednostranně určit jeho podmínky, pokračují ve výměně kontraofert tak dlouho, dokud jedna z nich nezačne plnit dle smlouvy. *Last shot rule* tedy udržuje strany v pochybnostech o vzniku smlouvy a jejím obsahu až do okamžiku plnění.⁸² Na druhou stranu v sobě nese striktní pravidlo pro jednoduchou determinaci obsahu smlouvy, avšak to až ve chvíli, kdy zjistíme, která ze stran vystřelila svůj návrh jako poslední, což může být obtížné. Z hlediska právní jistoty, co do identifikace okamžiku vzniku smlouvy, se nejvíce pravidlo jako příliš výhodné. Mimo to zvýhodňuje pouze jednu stranu, které dovoluje ovládnout obsah smlouvy a rozhodnout o rozložení nákladů a rizik mezi stranami.

Zákonodárce v NOZ pokouší nalézt řešení, které by konvenovalo obchodní praxi, odpovídalo dynamice soukromoprávních vztahů a bralo více na zřetel skutečnou vůli stran, obzvláště s ohledem na jejich postsmuvní jednání, a to tak, aby bránilo oportunismu stran a nezatěžovalo smluvní praxi způsobem, kdy by nesplnění technicistních požadavků na konsens bránilo vzniku platné smlouvy.

Na tuto snahu lze usuzovat především z úpravy kontraktace v části o přijetí, která ustupuje požadavku absolutní shody nabídky a akceptace. Podstatné odchylky a změny v akceptaci stále znamenají odmítnutí nabídky a novou nabídku. Vytváří se tak prostor pro aplikaci *last shot rule*. Nová úprava však připouští vznik smlouvy, liší-li se kontraktační jednání jen nepodstatným způsobem. Nevznes-li proti modifikované akceptaci oferent námítky, smlouva je uzavřena. Strany se tak nemohou dovolávat její neplatnosti jen pro nesoulad kontraktačních jednání v detailech a jsou povinny plnit.

Jednají-li strany po výměně kontraktačních jednání, jakoby smlouva existovala, je rozlišení podstatných a nepodstatných odchylek těchto jednání z hlediska existence smlouvy irelevantní. Smlouva existuje, ať už vznikla v důsledku modifikované akceptace či konkludentního přijetí protioferty, a nelze se dovolávat její neplatnosti pro nedostatek shody na obsahu. V závislosti na vymezení podstatných a nepodstatných podmínek se bude dovozovat okamžik vzniku smlouvy a určovat její obsah.

⁸² Nelze si nevšimnout, že smlouva je pak konstruována jako smlouva reálná.

Z hlediska kontraktačního procesu zákon volí zvláštní řešení ve vztahu k úpravě OP, avšak pouze tehdy, přistoupí-li k použití OP jak oferent, tak oblát. Ustanovení § 1951 NOZ nedovoluje kvalifikovat odlišná ustanovení OP obláta prismaticem jejich ne/podstatnosti. Vznik smlouvy váže na mlčení, resp. nečinnost oferenta, i v případě že změny navrhované OP v akceptaci materiálně naplňují znaky podstatnosti. Tak v rozporu s pravidly, která jsme popsala výše, smlouva vzniká, aniž by bylo možné dovozovat konsensus na jejím uzavření z následného jednání. Přestože akceptace obsahuje ve OP podstatné změny, nevyžaduje se souhlasný projev vůle původního oferenta, který by manifestoval jeho srozumění s tím, že druhá kontrahuje za odlišných OP, tedy že se smluvní vztah nebude řídit oferentovými OP zcela, ale nejlíp jen částí jeho OP souladných s OP obláta a ve zbytku za podmínek, možná rovněž velmi odlišných, stanovených zákonem. Jinými slovy, jsou-li za takových okolností vyměněny nabídka a akceptace rozdílného obsahu a dále se nic neděje, žádná strana nejedná (proč taky, když obecně platí zásada, že mlčení neznamena souhlas), smlouva přesto vznikla. I přes absenci následního jednání, které by svědčilo o tom, že strany považují smlouvu za uzavřenou, tady zákon finguje konsensus stran na vzniku smlouvy.

Zákon rovněž zakládá fikci konsensu na obsahu smlouvy, i přes jeho jasnou absenci. Smlouva vzniká, aniž byl znám její obsah. Je však pravda, že se prosadí jen ta ustanovení smlouvy, na nichž konsensus stran panuje reálně (přímo ujednané podstatné náležitosti) a náhodně (shodných ustanovení OP).

Pro stanovení obsahu zákon volí na první pohled elegantní řešení *knock-out rule*, které má rozdílná ustanovení v OP stran vyloučit z aplikace. Pakliže by byl obsah smlouvy určován takovými ustanoveními, která jsou OP oferenta a OP obláta společná, resp. stejná co do podstaty, dalo by se říct, že je tak posilována společná vůle stran a respektovány zásady konsensu. Podle § 1751 by však o obsahu smlouvy mohla být všechna ustanovení, která nejsou v rozporu, což však není totéž. Respekt vůči konsensu by tak byl oslaben. Rozlišení, která ustanovení jsou která, tak bude obtížné a časově náročné. S ohledem na skutečnost, že nejčastěji o tom bude rozhodovat v konečné instanci až soud, nebudou mít do té doby strany jistotu o obsahu svého vztahu.

Řešení konfliktu OP stanovené zákonem tak nutí strany k mnohdy neefektivní negociaci o všech podmínkách smlouvy (v případě že si přejí odchýlit se od zákona) v zájmu zachování úplného konsensu na jejím obsahu. Jednání o smlouvě jsou však finančně a časově náročná a mohou generovat náklady přesahující prospěch ze samotné smlouvy. Transakční

náklady, s nimiž se snaží vyrovnat právě OP, mohou prohibitivně vysoké a odrazovat strany od kontraktace.

Jestliže mělo pravidlo odstranit překážky uzavření platné smlouvy při střetu dvojích OP, pak (za cenu prolomení konceptu úplného konsensu) vytčeného cíle možná dosahuje. Bylo-li smyslem *knock-out rule* přispět k hladkému fungování smluvního styku, tento zůstává nenaplněn.

Standard požadavků na konsensus stran se tak směrem k ustanovení zakotvujícímu řešení konfliktu OP prostřednictvím *knock out rule* snižuje. Imperativ úplného konsensu byl tak upuštěn v zájmu prosazení zásad *potius valeat actus quam pereat a pacta sunt servanda*.⁸³

F. Závěr

Změny kontraktačního procesu co do požadavků vzájemné shody nabídky a akceptace v novém občanském zákoníku ovlivňují výrazně koncept konsensu.

Dle účinného občanského zákoníku smlouvy vznikla pouze tehdy, byla-li akceptace obsahem totožná s obsahem nabídky. V opačném případě se jednalo o protiofertu. Ta mohla být přijata jednáním na základě fikce úplného konsensu na celém obsahu smlouvy ve znění modifikované akceptace. Pravidlo *last shot rule* s týmiž důsledky pro konstrukci fikce konsensu platilo i pro kontraktaci s obchodními podmínkami.

Nový občanský zákoník naopak klade na konsens stran mírnější požadavky a konstruuje ve větší míře fikce konsensu kvalitativně odlišné. V zájmu zachování smluv v platnosti ustupuje z požadavku na úplnou shodu o celém obsahu smlouvy.

Připouští, že i odpověď na nabídku, která se liší nepodstatným způsobem, je akceptací, na základě které může vzniknout smlouva. V případě, že se kontraktační jednání liší podstatně, např. i v důsledku toho, že jedna ze stran připojí své obchodní podmínky, i nový občanský zákoník vychází z možnosti konkludentního přijetí a pravidla *last shot rule* a z nich vyvozuje fikci opět úplnou shodu na obsahu celé smlouvy, který je snadno identifikovatelný.

Dál pak jde zákon v případě kontraktace s obchodními podmínkami připojené jak k nabídce, tak k akceptaci. Zde zákon stanoví fikci konsensu na uzavření smlouvy, přestože kontraktační jednání obsahuje podstatné změny. Dále konstruuje fikci souhlasu stran

⁸³ Uvedenému závěru svědčí i § 577 NOZ, který soudy dovoluje nahrazovat vůli stran i v případě podstatných náležitostí stran.

na obsahu smlouvy i přes jeho úplnou absenci a navzdory tomu, že obsah smlouvy je v důsledku aplikace *knock-out rule* neurčitý a nepředvídatelný.

Používání obchodních podmínek pod *knock-out rule* se tak jeví značně nevýhodné a motivuje strany k negociaci všech podmínek smlouvy jako přímých individuálních ujednání, čímž významně zatěžuje smluvní a obchodní styk a zvyšuje náklady vyjednávání. Obchodním podmínkám tak upírá jejich tradiční úlohu jako standardizovaných katalogů podmínek vymezených pro neurčitý okruh případů, které snižují náklady, protože je činí neuplatnitelnými.

Naopak pozitivem nové koncepce konsensu je možnost ponechat smlouvu v platnosti i přes nesoulad projevů vůle stran.

G. Seznam zdrojů

Seznam monografií a učebnic:

von Bar, Ch. *Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)*. Vol. I. Oxford : Oxford University Press, 2010. ISBN 978-0-19-957385-1.

Csach, Ch. *Štandardné zmluvy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009. ISBN 978-80-7380-199-1.

Eliáš, K. *Občanský zákoník : velký akademický komentář: úplný text zákona s komentářem, judikaturou a literaturou podle stavu k 1.4. 2008*. Praha: Linde, 2008. ISBN 978-80-7201-687-7.

Fiala, J., Kindl, M. *Občanský zákoník: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2009. ISBN 978-80-7357-395-9.

Kanda, A. *Kupní smlouva v mezinárodním obchodním styku: úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží*. Praha: Linde, 1999. ISBN 80-7201-183-9.

Kötz, H., Flessner, A. *European contract law. Vol. 1, Formation, validity, and content of contracts; contract and third parties*. Oxford: Clarendon Press, 1997. ISBN 0-19-826498-4.

Kramer, E. A. K pojetí právního úkonu a smlouvy. In Švestka, J., Dvořák, J., Tichý, L. *Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva: konaných 20. října 2006, 24. listopadu 2006, 9. února 2007 a 30. března 2007 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy*. Praha: ASPI, 2007. ISBN 978-80-7357-294-5.

Kröll, S., Mistelis, L., Viscasillas, P.P. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary*. München: C.H. Beck; Oxford: Hart Publishing, 2011. ISBN 978-1-84113-170-2.

Lando, O., Beale, H. *Principles of European contract law. Parts I and II, Combined and revised*. Hague: Kluwer Law International, 2003. ISBN 90-411-1305-3.

Pelikánová, I. *Obchodní právo. 4, Obligační právo - komparativní rozbor*. Praha : ASPI-Wolters Kluwer, 2009. ISBN 978-80-7357-428-4.

Schlechtriem, P., Schwenzler, I. *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2010. ISBN 978-0-19-956897-0.

Sedláček, J. *Obligační právo. 1. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2010. ISBN 987-80-7357-519-9.

Vogenauer, S., Klienheutsterkamp, J. *Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC)*. Oxford: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-0-19-929175-5.

Zweigert, K., Katz, H. *Introduction to Comparative Law*. Oxford : Clarendon Press, 1998. ISBN 0-19-826859-9.

Seznam časopiseckých článků:

Baird, D.G. Commercial Norms and the Fine Art of the Small Con: Comments on Daniel Keating's 'Exploring the Battle of the Forms in Action'. [online] *Michigan Law Review* , Vol. 98, No. 8, Symposium: Empirical Research in Commercial Transactions (Aug., 2000), pp. 2716-2726. [cit. dne 2012-04-11] Dostupné z WWW: <http://www.jstor.org/stable/1290362>.

Baird, D.G., Weisberg, R. Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207. [online] *Virginia Law Review* , Vol. 68, No. 6 (Sep., 1982), pp. 1217-1262. [cit. dne 2012-04-11] Dostupné z WWW: <http://www.jstor.org/stable/1072802>.

Ben-Shahr, O. An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms. [online] University of Michigan Law School: *The John M. Olin Centre for Law & Economics Working Paper Series*, 2004, paper 32. [cit. dne 2012-04-11] Dostupné z WWW: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=umichlwps>.

Craswell, R. The Sound of One Form Battling: Comments on Daniel Keating's 'Exploring the Battle of the Forms in Action'. [online] *Michigan Law Review* , Vol. 98, No. 8, Symposium: Empirical Research in Commercial Transactions (Aug., 2000), pp. 2727-2737. [cit. dne 2012-04-11] Dostupné z WWW: <http://www.jstor.org/stable/1290363>.

Hulmák, M. Uzavírání smluv podle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*, Praha: C.H. Beck, 2012, č. 1., s. 25-30. ISSN 1210-8410.

Chlebcová, R. Uzavření smlouvy dle čl. 19 Vídeňské úmluvy. *Právní Fórum*, Praha: Aspi, a.s., 2008, č.7, s. 302-315. ISSN 1214-7966.

Keating, D. Exploring the Battle of the Forms in Action. [online] *Michigan Law Review*, Vol. 98, No. 8, Symposium: Empirical Research in Commercial Transactions (Aug., 2000), pp. 2678-2715. [cit. dne 2012-04-11] Dostupné z www. <http://www.jstor.org/stable/1290361>.

Goldberg, Victor P., The 'Battle of the Forms': Fairness, Efficiency, and the Best Shot Rule. [online] 76 Or. L. Rev. (1997). [cit. dne 2012-04-11] Dostupné z WWW: <http://ssrn.com/abstract=10366>.

Ostas, D. T., Darr, F. P. Redrafting U.C.C. Section 2-207: An Economic Prescription for the Battle for the Forms. [online] 73 Denv. U. L. Rev. 403 (1995-1996). [cit. dne 2012-04-11]

Dostupné z WWW: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srqid=3B15&doctype=cite&docid=73+Denv.+U.L.+Rev.+403&key=d7cbfbfd5c54f86f2d9e51cedc021d9>.

Rasmussen, R. K. Lawyers, Law, and Contract Formation: Comments on Daniel Keating's 'Exploring the Battle of the Forms in Action'. [online] *Michigan Law Review*, Vol. 98, No. 8, Symposium: Empirical Research in Commercial Transactions (Aug., 2000), pp. 2748-2759. [cit. dne 2012-04-11] Dostupné z WWW: <http://www.jstor.org/stable/1290365>.

Rühl, G. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. [online] 24 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 189, 218 n. 104 (2003). [cit. dne 2012-04-11] Dostupné z WWW: [http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume24/issue1/Ruhl24U.Pa.J.Int'lEcon.L.189\(2003\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume24/issue1/Ruhl24U.Pa.J.Int'lEcon.L.189(2003).pdf).

Sokolovski, I. Analýza klasického paradigmatu uzavírání smlouvy. *Právní rozhledy*, 2006, č. 24, s. 887 – 892. ISSN 1210-8410.

H. Seznam zkratk

CISG	Úmluva OSN o mezinárodní koupi zboží
DFCR	Společný referenční rámec
OP	Obchodní podmínky
PECL	Zásady evropského smluvní práva
UNIDROIT	Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT