

ISSN 1339-3995 | ROČNÍK 8. 2020 | 1



UNIVERZITA
P. J. ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH
Právnická fakulta

STUDIA IURIDICA *Cassoviensia*



Zodpovedný redaktor:

doc. JUDr. Radomír Jakab, PhD.

Výkonný redaktor:

Ing. Slavka Sedláková, PhD.

Redakčný výbor:

doc. JUDr. Radomír Jakab, PhD.

JUDr. Anna Vartášová, PhD.

JUDr. Diana Treščáková, PhD.

Redakčná rada:

doc. JUDr. Miroslav Štrkolec, PhD. - predseda.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
Dr. h.c., prof. JUDr. Vladimír Babčák, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
doc. JUDr. Milena Barinková, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
prof. JUDr. Michael Bogdan, PhD.

Univerzita v Lunde, Právnická fakulta, Švédske kráľovstvo
prof. JUDr. Alexander Brösl, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
prof. JUDr. Jozef Čentíš, PhD.

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Slovenská republika
doc. JUDr. Gabriela Dobrovičová, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

Univerzita Karlova v Prahe, Právnická fakulta, Česká republika
prof. JUDr. Jiří Jelínek, CSc.

Univerzita Karlova v Prahe, Právnická fakulta, Česká republika
prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.

Univerzita Karlova v Prahe, Právnická fakulta, Česká republika
prof. JUDr. Ján Kľučka, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
prof. Dr. Marijan Pavčnik

Univerzita v Lubľane, Právnická fakulta, Slovinská republika
Francesco de Santis, PhD.

Neapolská univerzita „Federico II“ v Neapole, Taliansko
dr. hab. Elżbieta Feret, prof. UR

Univerzita v Rzeszów, Fakulta práva a verejnej správy, Poľská republika
prof. JUDr. Peter Vojčík, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika

Vydavateľ:

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta,
Šrobárova 2, 041 80 Košice, Slovenská republika, IČO: 00397768

Adresa redakcie:

Redakcia SIC, Kováčska 26, P. O. Box A-45, 040 75 Košice, Slovenská republika,
e-mail: redakcia_sic@upjs.sk

Časopis vychádza periodicky dvakrát ročne. Je bezodplatne prístupný na webovej stránke <http://sic.pravo.upjs.sk>. Všetky príspevky sú posudzované dvoma recenzentmi na princípe obojstrannej anonymity vo vzťahu autor - recenzent.

Ročník 8.2020, číslo 1 / Dátum vydania: 23.3.2020

© Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika

ISSN 1339-3995

OBSAH / TABLE OF CONTENTS

Obsah / Table of Contents.....	2
 Miroslav Fico	
Ministerstvo pre zjednotenie zákonodarstva a organizácie správy a jeho úloha v procese unifikácie trestného práva medzivojnovnej československej republiky <i>Ministry for the unification of laws and the organisation of administration and its role in the process of unification of criminal law in the interwar czechoslovak republic.....</i>	<i>4</i>
 Ladislav Hrabčák – Monika Stojáková	
Digitálna ekonomika, digitálne služby a daň z digitálnych služieb – hrozba alebo výzva pre normotvorcov? <i>Digital economy, digital services and digital services tax - threat or challenge for legislators?.....</i>	<i>15</i>
 Ján Ivančík	
Niekoľko poznámok k Ulpianovej “záujmovej” teórií del’by práva a jej relevancii pre súčasný slovenský právny poriadok <i>Several remarks on Ulpian’s “interest” theory of division of law and its relevance to the recent slovak legal order</i>	<i>29</i>
 Valéria Miháliková	
Národná a ústavná identita v judikatúre ústavných súdov štátov vyšeľhadskej skupiny <i>National and constitutional identity in the case-law of constitutional courts of the visegrad group.....</i>	<i>38</i>
 Petr Osina	
Idea obecného dobra v nové teorii přirozeného práva <i>The idea of common good in new natural law theory.....</i>	<i>51</i>
 Laura Rózenfeldová	
Ochrana súkromia a osobných údajov v prípade používania súborov cookies <i>Protection of privacy and personal data as regards the use of cookies.....</i>	<i>60</i>
 Simona Rudohradská	
Geoblocking – vybrané obchodnoprávne aspekty <i>Geoblocking – selected commercial aspects.....</i>	<i>73</i>

Andrea Slezáková

Návrhy de lege ferenda vzťahujúce sa na reguláciu finančného poradenstva

*Proposals de lege ferenda relating to the regulation of financial advisory.....88***Martin Štrkolec**Procesné postavenie poškodeného v právnom poriadku Slovenskej republiky
v komparácii s Českou republikou*Procedural status of the injured person in the legal order of the Slovak republic in
comparison with its legal regulation in the Czech republic..... 99*

MINISTRY FOR THE UNIFICATION OF LAWS AND THE ORGANISATION OF ADMINISTRATION AND ITS ROLE IN THE PROCESS OF UNIFICATION OF CRIMINAL LAW IN THE INTERWAR CZECHOSLOVAK REPUBLIC¹

MINISTERSTVO PRE ZJEDNOTENIE ZÁKONODARSTVA A ORGANIZÁCIE SPRÁVY A JEHO ÚLOHA V PROCESSE UNIFIKÁCIE TRESTNÉHO PRÁVA MEDZIVOJNOVEJ ČESKOSLOVENSKEJ REPUBLIKY

Miroslav Fico

University of Pavol Jozef Šafárik in Košice, Faculty of Law

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-01>

ABSTRACT

After the formation of the Czechoslovak Republic, legal dualism in criminal law existed in our territory. It was based on the provisions of the so-called Reception Act, and therefore Austrian laws applied in the Czech part of the republic and Hungarian laws applied in Slovakia and Subcarpathian Russia. The dualism of criminal law was unsustainable in the long run. The main aim of the then ongoing processes was to unify criminal law, which was to reflect the unitary nature of the Czechoslovak Republic. The unification was to be implemented by passing criminal laws applicable in the entire territory of the newly formed republic. In the Czechoslovak Republic, the Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration was established, whose main role was to unify the laws and administration in the entire territory of the republic. In this paper, the author seeks to point out efforts to unify criminal law, with an emphasis on the activities of the Unification Ministry.

ABSTRAKT

Po vzniku Československej republiky platil na našom území v oblasti trestného práva právny dualizmus. Vychádzal z ustanovení tzv. recepčnej normy, a teda v českej časti republiky platili rakúske právne predpisy a na území Slovenska a Podkarpatskej Rusi predpisy uhorské. Dualizmus trestného práva bol z dlhodobého hľadiska neudržateľný. Hlavným cieľom prebiehajúcich procesov bolo zjednotenie trestného práva, ktoré malo reflektovať unitárny charakter Československej republiky. Unifikácia mala byť realizovaná prijatím trestných zákonov, ktoré budú platné pre celé územie novovzniknutej republiky. V Československej republike došlo k zriadeniu Ministerstva pre zjednotenie zákonodarstva a organizácie správy, ktorého hlavnou úlohou malo byť zjednotenie zákonodarstva a správy pre celé územie republiky. Autor sa v predložennom článku snaží o poukázanie na snahy o unifikáciu odvetvia trestného práva, s dôrazom na činnosť unifikačného ministerstva.

¹ The paper has been prepared within Research Project APVV-16-0362: Privatisation of criminal law – the substantive, procedural, criminological and organisational and technical aspects.

I. INTRODUCTION

After the formation of the Czechoslovak Republic on 28 October 1918, A. Rašín prepared the Act on the establishment of an independent state of Czechoslovakia, which was published under No. 11/1918. Section 2 of that so-called Reception Act stipulated that *“all existing regional and imperial laws and regulations shall continue to be in force temporarily”*. In order *“to avoid any confusion and to regulate an unobstructed transition to a new life of the State”*, the National Committee maintained the state existing at that time in the field of criminal law, as well. The provisions of the Reception Act resulted in the state of legal dualism – and even trialism in the early days – in the newly formed republic.²

A relatively short period of legal trialism stemmed from the provisions of Act No. 76/1920 of 30 January 1920 on the incorporation of the Hultschyn region. Under the provisions of the Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany of 28 June 1919, the Czechoslovak Republic extended its sovereignty to a part of Upper Silesia. According to the provisions of that Act, laws and regulations which then applied in the incorporated Hultschyn region continued to apply if they were compatible with the change of the state sovereignty and if they were not amended or repealed by the laws and regulations of the Czechoslovak Republic. Therefore, German law continued to apply here. However, the laws of the Czechoslovak Republic which were published in the Collection of Laws and Regulations from 1 May 1920 also applied in the incorporated territory, unless those laws and regulations expressly stated otherwise. Laws which applied in the republic before 1 May 1920 or which were published in the Collection of Laws and Regulations of the Czechoslovak State entered into force in the incorporated territory on the date stipulated in individual cases by the government of the Czechoslovak Republic by a regulation published in the Collection of Laws and Regulations. Individual government regulations gradually changed the scope of application of Czechoslovak laws in the Hultschyn region, too.³ For this reason, after a short period of legal trialism, there was a change and transition to legal dualism in the Czechoslovak Republic.

Thus, after the formation of the republic, Austrian laws applied in Czechia, Moravia and Silesia, in substantive criminal law especially Criminal Code No. 117/1852 on crimes, misdemeanours and delicts. In Slovakia and Subcarpathian Russia, Hungarian laws were adopted and applied, especially Act V/1878 – Criminal Act on crimes and misdemeanours and Act XL/1879 – Criminal Code on delicts.⁴

Experts criticized the state of legal dualism, in principle, immediately after the formation of the Czechoslovak Republic. The legal dualism of Czechoslovak law was unsatisfactory in the long run. After the formation of the republic and the adoption of applicable Austrian and Hungarian criminal law, it was difficult, and in many aspects almost impossible, to understand and apply particular legislation parts. This was true for the majority of the population of the republic, but also for professionals, who in most cases only focused on one of these two legislation parts. In general, it can be stated that, given the state-law development in both parts of the former monarchy, there were only few experts in the originally Hungarian criminal law in Slovakia. In one of his articles, prof. Hexner stated in this respect that *“we need to keep in mind the state of our legal system as a whole in order to reach the conviction of the enormous damage our government and our economic life suffer because of the lack of clarity*

² For more detail see, e.g.: VOJÁČEK, L.: První československý zákon (Pokus o opožděný komentář), Wolters Kluwer, Praha, 2018.

³ For more detail see, e.g.: VOJÁČEK, L. – KOLÁRIK, J. – GÁBRIŠ, T.: Československé právní dějiny (2. prepracované vydanie), EUROKÓDEX, s. r. o., Bratislava, 2013, p. 31, or STARÝ, M.: Právní trialismus československé republiky: K otázce recepcie německého práva, In: 100 rokov od vzniku ČSR (zborník príspevkov zo IV. Ročníka medzinárodnej vedeckej konferencie „Banskobystrická škola právnych dejín“), BELIANUM, Banská Bystrica, 2018.

⁴ The terminology used was replaced in the Czechoslovak Republic by Act No. 449/1919 on the legal protection of the Czechoslovak Republic of 23 July 1919. Under Section 1 of that Act, the terms *“Austrian”*, *“Hungarian”* and *“Austro-Hungarian”* were replaced in all laws and regulations by the terms *“Czechoslovak”*, and *“Czechoslovak Republic”*. That provision applied accordingly to the terms *“imperial”*, *“royal”*, *“imperial royal”*, and *“imperial and royal”*.

*in the laws. Today, the lay public, and often even an experienced lawyer, not being a specialist in a particular field of law, cannot answer the question of what legal relations apply to everyday situations. Determining the applicable law in a puzzle of diverse laws requires complicated study, the result of which is often only subjective.”*⁵ In one of his papers, prof. Karvaš stated in this respect that *“the fact that we have two large areas in our country that are divided by the inconsistency of law means that the idea of a united country not only cannot take root, but on the contrary, as a result of dual law it prevents the artificial structural merger of these areas. The awareness that it is not a single country is being maintained, and in frequent economic relations even built.”*⁶

In practice, the ignorance of the two legislation parts affected, for example, the activities of judges from Czechia who came to Slovakia after the formation of the republic, not knowing in detail the principles on which the former Hungarian criminal law was based. The concerns of judges about the ignorance of Hungarian law, with an emphasis on the liberality of law, were reflected, for example, in an article stating that *“(…) the reputation of cruelty was more likely to apply to the former interpreters and collaborators of law, but not to the law itself, which, especially as regards criminal law, surprised by its modernity and liberality. The basic principles of law and criminal proceedings are based on completely different principles than in our lands.”*⁷ Another problem arising from the adoption of the former criminal laws was also the translation of the laws into the national language, since the authentic text of the laws was written in Hungarian or German.⁸ That situation put pressure on the (re)publishing of individual criminal laws in the national language.

An important factor affecting the complexity of the then existing situation was the fact that many amendments of the above-mentioned basic substantive criminal laws were published even before the formation of the republic. Further provisions relating to criminal law were contained in the so-called secondary criminal laws.⁹ Thus, the situation existing in substantive criminal law created confusion and atomisation of legislation.

Similar processes – in terms of amendments and secondary criminal laws – extended/changed criminal law even after the formation of the Czechoslovak Republic. In the case of laws passed after the formation of the republic, it can be stated that they were already largely unifying in nature. However, even the unified laws that were passed after the formation of the Czechoslovak Republic often did not fully remove the chaotic nature of criminal law, since the former Austrian and Hungarian laws were based on different foundations in many aspects. In 1928, at the celebration of the 10th anniversary of the republic, the journal PRÁVNÍK stated in connection with the unification of legislation that *“if the entire fields of law have not been united, we cannot keep silent on the fact that partial unification has taken place in a lot of fields and issues. Depending on how strongly the adverse consequences of the existing legal dualism manifested themselves in life, a unifying act was made. Because this has been done in parts and in haste, this creates some difficulty for legal life, and we have several amendments not only for the same legal matter, for the same original law, but there*

⁵ HEXNER, E.: Zriadenie legislatívneho archívu by bolo rentabilné, In: Hospodárstvo a právo, Volume II., No. 7, Bratislava, 1935, p. 2 (quoted from the description of the article filed in the archives of the Unification Ministry, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 12, p. 2.

⁶ The paper “Unifikácia práva a s ňou súvisiace problémy” was presented by prof. Karvaš at the inaugural meeting of the First Union Congress of Czechoslovak Lawyers on 26 September 1936, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 31, p. 1.

⁷ SKÁLA, K.: Uhorské zákonodarstvo na Slovensku, In: PRÁVNÍK (Časopis venovaný viedě právní a státní), Právníká jednota v Praze (s podporou České akademie pro vědy, slovesnost a umění), Volume LVIII., Praha, 1919, p. 338.

⁸ For more detail see, e.g.: KALOUSEK, V.: O vyhlášení předpřevratových norem v jazyce státním, In: Právník, Právníká jednota v Praze, Volume LXXV., Praha, 1936, p. 297 et seq.

⁹ Secondary criminal laws were considered to be laws from other fields where certain wrongful acts constituted criminal offences falling within the jurisdiction of criminal courts (e.g., press, food, trademark, patent laws, etc.) – see, for example, MIŘICKÁ, A.: Trestní právo hmotné (část obecná i zvláštní), Nákladem spolku československých právníků „VŠEHRD“, Praha, 1934, p. 6.

*are also examples that a later amendment amends, repeals, or again amends the provisions set out in an earlier amendment. This creates confusion, which makes it difficult for a lawyer to understand and apply them and thus perform his profession.”*¹⁰ Similarly, the Supreme Court of the Czechoslovak Republic, in its opinion on the Outline of the Criminal Code in relation to the amendments and secondary criminal laws passed after the formation of the republic, stated that *“the differences between the two criminal laws still in force in the Czechoslovak Republic are so profound that even the unification efforts that have been made since the coup to date under the pressure of necessity in the most urgent issues of substantive criminal law have only met with apparent success, since both general and special criminal law foundations under which the new common laws were to be applied have remained different.”*¹¹

The main aim of the then ongoing processes was to unify criminal law, which was to reflect the unitary nature of the Czechoslovak Republic. The formation of the Czechoslovak Republic and its political unification were also to be accomplished through legal unification.¹² The unification was to be accomplished by passing criminal laws applicable in the entire territory of the newly formed republic. The unification process was primarily to result in the passing of new criminal codes. This fundamental role in criminal law was also reflected as a priority in professional literature of that period. *“Our task is to organise the legislative work of all the best heads of the Czechoslovak nation to create perfect, complete laws which will replace the Austrian and Hungarian laws and will form the basis of our republic's further development.”*¹³ The passing of new criminal codes – in the area of substantive criminal law the passing of the new Criminal Code, seemed to be accepted as a fundamental priority of the unification of criminal law. *“Since these states (Czechoslovakia, Poland and Yugoslavia – the author's note) were formed from parts formerly belonging to different states with different legal systems, the first and most important task of the new states was to unite their populations as closely as possible, to raise their awareness of belonging to the new state and the awareness that now they can only achieve all their needs in their new state. An especially important means how to accomplish this is the unification of the legal systems in each state so that every citizen in his or her state can feel fully equal.”*¹⁴ The requirement of equality was also expressed in the Constitutional Charter of the Czechoslovak Republic and the unification of the legal system in the field of criminal law was to be its (natural) result. In view of the undesirable situation of legal dualism, the Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration was established in the Czechoslovak Republic, whose main role was to unify the legislation and the administration in the whole territory of the republic. One of the main sources of knowledge on the Ministry is the National Archives of Prague (hereinafter referred to as the “NA Praha”), with a special collection devoted to the Unification Ministry in 1919-1938.¹⁵ The aim of this paper is to analyse the activities of this Ministry – in the pro-

¹⁰ 1918 – 1928, In: PRÁVNÍK (Časopis venovaný vědě právní a státní), Právnická jednota v Praze, Volume LXVII, Praha, 1928, pp. 553, 554, (no author mentioned).

¹¹ Opinion of the Supreme Court on the Outline of the Criminal Code (pres. 890/37), NA Praha, Fond ministerstvo spravedlivosti, Box 2070, p. 2.

¹² For more detail see, e.g.: Deset let Československé republiky (svazek první), Vláda republiky Československé, Praha, 1928, (no author mentioned).

¹³ RÁTH, A.: Unifikácia, In: PRÁVNÍK (Časopis venovaný vědě právní a státní), Právnická jednota v Praze (s podporou České akademie pro vědy, slovesnost a umění), Volume LIX, Praha, 1920, p. 154.

¹⁴ LAŠTOVKA, K.: Po sjezdovém rokování, In: První sjezd právníků států slovanských v Bratislavě 1933, Nákladem generálního sekretariátu sjezdu, Bratislava, 1934, p. 168.

¹⁵ This collection was processed from 1962. The problem in relation to the preserved archival records of the collection was relatively extensive internal shredding. As a result of the shredding, the proposals of laws and regulations and other documents of the comment procedure, which were not commented, were discarded. Out of the original number of 1406 boxes, 246 have been preserved. They were divided into two collections (Unification Ministry 1919-1938 and Ministry for the Unification of Laws 1946-50). Currently, there are 179 boxes in the collection. The inventory of the collection was made by J. Krejč in 1963. Fond ministerstva unifikačního, inventár, pp. 9-10.

cess of unification of substantive criminal law of the interwar Czechoslovak Republic in 1918-1938.

II. ESTABLISHMENT OF THE UNIFICATION MINISTRY AND ITS ACTIVITY

The Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration (hereinafter also referred to as the “Unification Ministry”) was established by Act No. 431/1919 (of 22 July 1919) establishing the Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration in the Czechoslovak Republic. The government’s proposal of the Act on the establishment of that Ministry was submitted to the National Assembly in July 1919 and was based on the above-mentioned need for the unification of the legal system. The establishment that Ministry was initiated by Slovakia.¹⁶ According to the report of the Constitutional Committee on the submitted proposal, *“the task of the ministry in question will be to gradually bring about the unification of law and administration in the whole territory of our republic. To this end, it will be necessary not only to instate officials who are experts in both Austrian law and Hungarian law adopted by us, but also to establish an advisory council to work on drafting the unification laws. Naturally, the intention is not to implement the former Austrian law in Slovakia, but also to take from Hungarian law such aspects that seem to be better. In any case, there will be more opportunities for all legal matters to be reworked and codified according to the results of scientific research and the needs of our times.”*¹⁷ The rapporteur of the submitted proposal was Dr. Bouček, who – after a brief presentation of the proposal and the opinion of the Constitutional Committee at the meeting held on 22 July 1919 – recommended that the National Assembly pass the proposal.¹⁸ The member of the National Assembly Dr. Stránský, the prime minister Mr. Tusa and Dr. Hodža spoke within the debate on the proposal. It was Milan Hodža (who later, in 1919-1920, held the position of the first minister of that Ministry) that pointed out the need for the establishment of that Ministry in the debate. In response to the consideration of Dr. Stránský whether it would not be better to instate Slovak officials and experts to individual ministries than to establish a new ministry, Dr. Hodža pointed out an insufficient number of Slovak experts able to *“penetrate the whole organism of central administration and all ministries.”*¹⁹

The purpose of the Ministry, defined in Section 1 of Act No. 431/1919 under which it was established, was to unify the laws and administration in the entire territory of the republic. The Ministry was established on a temporary basis and, according to the above-mentioned Act, its competence was to end when the stipulated objective was accomplished. Under Section 2, its competence and organisation were to be defined by the Ministerial Council. The implementation of that Act was imposed on the government.

On 29 December 1921, the Government of the Czechoslovak Republic passed Government Regulation No. 501/1921 implementing Act No. 431 of 22 July 1919, under which the Unification Ministry was competent to work and submit proposals for laws and regulations in order to unify laws which still applied pursuant to the Reception Act of October 1918 and were not unified (Section 1 of that Government Regulation laid down the basic competence of the Ministry). Section 2 of that Regulation identified areas not covered by the competence laid down in Section 1. Therefore, the Unification Ministry was not to deal with:

¹⁶ For more detail see, e.g.: Ministerstvo pro sjednocení zákonodárství a organizace správy, Nákladem ministerstva pro sjednocení zákonodárství a organizace správy, Tiskem státní tiskárny v Praze, Praha, 1921, p. 11 et seq., NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 136.

¹⁷ Report of the Constitutional Committee on the Government Proposal of the Act on the Establishment of the Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration, available at https://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/tisky/t1364_00.htm.

¹⁸ Protocol of the 66th Meeting of the National Assembly of 22 July 1919, available at <https://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/stenprot/066schuz/s066001.htm>.

¹⁹ <https://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/stenprot/066schuz/s066003.htm>.

- (a) cases where certain legal relations were governed by laws of only one of the two legal systems adopted (Austrian or Hungarian);
- (b) cases which involved not only a mere unification, but a reform of the existing laws;
- (c) laws and regulations governing new legal relations which arose after 28 October 1918;
- (d) regulations which were to be issued for the implementation of unified laws.

Under Section 3 of the Government Regulation, it was necessary to notify the Unification Ministry of the outlines of laws and regulations which also regulated the situation in Slovakia and Subcarpathian Russia, so that it could give its opinion on them. As needed, the Unification Ministry was also to be invited to cooperate in the preparatory work, given the importance of issues. Under Section 4 of the Government Regulation, the unification of laws was to be carried out in cooperation with other ministries, and possibly also in cooperation with other authorities and experts and, in case of accounting and audit regulations, in cooperation with the Supreme Audit Office, this everything according to an order to be drawn up by the Unification Ministry after agreement with the other ministries and after approval by the government of the republic. According to the Government Regulation, it was possible to deviate from such an approved order and also to leave the unification to a specialised ministry only in case of necessity. The first Work Regulations were approved by the government on 27 June 1924. If no agreement was reached between the ministries involved in disputed cases, the decision was made by the government. Under Section 5 of the Government Regulation, if a certain ministry had already begun work falling within the competence of the Unification Ministry, it was necessary to provide such a ministry with the widest possible support to complete it.

In connection with the establishment and activity of the Unification Ministry, it should be noted that it had “competency” disputes with other state administration authorities,²⁰ during both its establishment and its further activities. As the Ministry itself emphasised in relation to the then ongoing process of unification of laws, the government did not fully transfer the unification role to the Ministry, but made the Unification Ministry a “*supplementary element of a multi-member unification institution which had existed before the Unification Ministry was established, but had been unable to perform properly its own unification tasks because of a lack of knowledge of the Hungarian legal system*”²¹ Thus, the Unification Ministry did not primarily carry out its own unification activity by itself, but was, in the vast majority of its activities, placed in the position of some kind of cooperating body, mostly with the commenting competence.²² Efforts to reduce the number of ministries in the Czechoslovak Republic from 1922 also affected the Unification Ministry, which had to spend energy to fight for its preservation during its existence.²³ At the same time, efforts were made to reorganise the Unification Ministry throughout the existence of the interwar republic²⁴ and the Ministry had to continually struggle with a shortage of staff and funds.²⁵

²⁰ For more detail in this connection see, e.g., a comprehensive report by the Ministerial Counsellor and Head of the Administrative Department of the Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration: NERMUTH, A.: *Působnost ministerstev*, Praha, 1934, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 136.

²¹ *Zprávy z oboru činností unifikačních* (usporiadané odborovým radou J. Fritzom), NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 10, p. 2.

²² NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 10 contains several detailed reports on the activity of the Unification Ministry, prepared by its staff for individual calendar years.

²³ For more detail see, e.g.: *Resoluce, týkající se spojení agendy některých ministerstev a snížení celkového jich počtu /opis*, No. 4634/, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 11.

²⁴ Three alternative proposals of reorganisation of the Ministry, including the “remarks” of the Ministry on the proposals, have been preserved in the Ministry collection – for more detail see *Reorganizace unifikace* (No. 2046/26), NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 11. The box also contains reports, meetings and other materials on the planned reorganisation of the Ministry.

²⁵ For more detail see, e.g.: *Výklad ministra pro sjednocení Msgra Dra Šrámka o čsl. právním sjednocení a o ministerstvu pro sjednocení zákonů a organizaci správy, přednesený v ústavně-právních výborech obou sněmoven Národního shromáždění dne 20. a 21. listopadu 1935, p. 5 et seq.*, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 12.

Another important problem arising from the adoption of former criminal laws was also the translation of the laws into the national language, since the authentic text of the laws was written in Hungarian or German.²⁶ That situation thus put pressure on the (re)publishing of individual criminal laws in the national language.²⁷ For this purpose, a translation department of the Unification Ministry was set up which was also to work on the definitive development of legal terminology.²⁸ The above-mentioned area was one of the priorities of the activities of the Unification Ministry, which, however, was also limited by the amount of contributions from the state budget. During its existence, the Unification Ministry had to cope with limited budgetary resources – in all areas of its activities. This was also true in view of the fact that it was established as the last ministry at the time when other authorities were already at a much better level in terms of staff and material resources.²⁹ The Unification Ministry received funds from the state budget to cover its printing expenses in an average annual amount of CZK 30,000³⁰, which was not sufficient for the proper performance of the tasks required of it in this area. The translations of laws written in Hungarian, which were to be made primarily for the Ministry's own needs and for the needs of other authorities, were not provided by the Ministry in the required quantity and quality.³¹ This fact was repeatedly criticised by experts. The publishing activities of the Ministry were thus often entrusted to the private activities of various entities. However, despite the shortcomings and problems encountered by the Ministry, the Ministry's translation activity can also be assessed positively.

In relation to the unification of substantive criminal law in the Czechoslovak Republic – in the process of preparation of the general part of the Criminal Code the Unification Ministry sent its representative to the first consultations held in the summer months of 1920 aimed at the later publication of the Outline of the General Part of the Criminal Code in 1921. The preparation of the general part of the Criminal Code was entrusted to the so-called “select” committee for the reform of the Criminal Code. The chairman of the committee was prof. August Miřička and the Unification Ministry was represented Dr. August Ráth. Dr. Ráth only attended the first meetings as he later left for Comenius University in Bratislava. In preparing the proposals of criminal laws in the interwar republic (between 1918 and 1938, three codification proposals were prepared within the unification of criminal law, in addition to partial laws unifying criminal law: Proposal of the General Part of the Criminal Code of 1921, Preparatory Outline of the Criminal Act on Crimes and Misdemeanours and the Act on Delicts of 1926, and Outline of the Act issuing the Criminal Code of 1937), the advisory competence of the Unification Ministry was essential. The so-called “commenting” competence of the Unifica-

²⁶ For more detail see, e.g.: KALOUSEK, V.: O vyhlášení předpřevratových norem v jazyce státním, In: Právník, Právnická jednota v Praze, Volume LXXV, Praha, 1936, p. 297 et seq.

²⁷ For more detail on the overcoming of the language problem and the language of the sources of laws adopted in Slovakia in the area of civil law in the interwar republic see: GÁBRIŠ, T. – ŠORL, T.: Občianske právo na Slovensku a unifikácia právneho poriadku v období prvej Československej republiky (1918-1938), In: Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918-1938) a jejich místo ve střední Evropě (Volume 2), Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2010, p. 646 et seq.

²⁸ According to the general information of the Unification Ministry on the possibilities of the re-publishing of adopted laws, “the re-publishing of adopted laws can only fulfil its purpose in full if the existing German or Hungarian authentic texts of the adopted laws are replaced by the new authentic Czechoslovak text, if it adapts this new authentic text to later changes in the legal system while excluding the possibility for courts to review such a new decisive text in accordance with Article 102 of the Constitutional Charter, as regards both the correctness of the translation of the original authentic text and the admissibility of amendments or supplements which will be necessary because of subsequent – whether direct or indirect – changes in the legal system.” – Republikace převzatých právních předpisů (No. 2550/1936), p. 2, NA Praha, Fond ministerstvo unifikační, Box 128.

²⁹ The Ministry was established in July 1919, the first minister Milan Hodža was appointed on 6 December 1919 and the first official was allocated to the Ministry on 29 December 1919. Even at the beginning of 1920 the Ministry had only four officials and struggled with a shortage of staff – Stručný přehled působnosti unifikačního ministerstva, NA Praha, Fond ministerstvo unifikační, Box 10.

³⁰ Deset let Československé republiky (svazek první), Vláda republiky Československé, Praha, 1928, p. 522.

³¹ The Unification Ministry issued, for example, Publications of the Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration, which were published as an annex to Právní obzor.

tion Ministry meant that the proposals of all Czechoslovak laws and regulations were sent to the Ministry for consideration.³² In this context, the Unification Ministry was to ensure that the adopted Hungarian legal system, and in particular the economic, legal and political situation in Slovakia and Subcarpathian Russia, were taken into account.³³ The Unification Ministry thus commented on almost all proposals of criminal laws of the period considered. By way of example, the comments/opinion of the Unification Ministry on that proposal (Titles I and II) were sent to the Ministry of Justice in the form of a note (No. 3635/1921/4) on 27 October 1922.³⁴ Due to the relatively torsion-like archival material preserved in the collection of the Unification Ministry, it was naturally impossible to find all relevant archival records in the National Archives. The Unification Ministry also prepared comments on the proposal of the Act on Delicts. They were delivered to the Ministry of Justice on 12 January 1924 under No. 129/1924.³⁵ In relation to the above-mentioned proposals, the Ministry of Justice registers – on its lists of received opinions and articles on the prepared proposals maintained by the Ministry of Justice – opinions of the Unification Ministry under No. 60791/22 (List No. 7) and No. 5894/24 (List No. 9).³⁶ The Proposal of the General Part of the Criminal Code of 1921 was submitted, among others, to the committee of Slovak lawyers for criminal law in Bratislava through the Unification Ministry. The committee was established and held its meetings to analyse the submitted proposal and its comparison with Slovak law. The Unification Ministry later published the minutes of those meetings in a book form, as well.³⁷ An extensive expert opinion on the Preparatory Outline of the Criminal Act on Crimes and Misdemeanours and the Act on Delicts of 1926 was prepared by the Unification Ministry on 27 July 1927.³⁸

In relation to the proposal of the Criminal Code of 1937, the Unification Ministry mainly acted in the comment procedure within the discussion of the Outline and the procedural steps of the authorities involved. In an effort to simplify and speed up the final work, on 9 April 1937 the Ministry of Justice sent proposals of directives under No. 20731-37 to the government under which the proposal was to be discussed at regular oral meetings of the representatives of ministries and criminal law experts.³⁹ All ministries, irrespective of whether or not they attended the meetings, were to be subsequently informed of the outcomes in writing in the form of protocols sent to them. The protocols, together with their annexes, were also sent to the Supreme Court and the General Prosecutor's Office. Under point 5 of the directives, all ministries could send any further comments or objections within 14 days from the date of communication of the outcomes of the meetings. If they did not do so, they deemed to agree with the outcomes of the meetings.⁴⁰ Those directives were approved in the form of the government resolution of 16 April 1937 and were binding on all the ministries.⁴¹ The directives were approved as proposed by the Ministry of Justice, with the sole exception regarding the

³² For more detail see, e.g.: *Stručný přehled působnosti unifikačního ministerstva*, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 10, str. 2.

³³ For more detail see, e.g., the document “Ministerstvo pro sjednocení zákonů a organizace správy”, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 11. Another “internal” document on the Unification Ministry was prepared by the staff of the Ministry in 1925 – *O unifikačním ministerstvu*, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 167.

³⁴ NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 120.

³⁵ NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 120.

³⁶ NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 120.

³⁷ NOŽIČKA, J. (sp.): *Zatímní návrh obecné části trestného zákona (záznamy z porad slovenské komise pro obor práva trestního v Bratislavě)*, Ministerstvo pro sjednocení zákonů a organizace správy spolu s Právníckou jednotou na Slovensku v Bratislavě, Praha, 1924, (published by the Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration as “*Príloha vestníka ministerstva pre zjednotenie zákonov a organizácie správy*”).

³⁸ NA Praha, Fond Predsedníctvo ministerskej rady, Box 1772 (No. 1845/1927/5).

³⁹ Such an intention was advised by the Ministry of Justice to the Ministerial Council Presidency on as early as 26 February 1937, in its letter Ref. 11470-37, stating that the Ministry of Justice intends to propose a similar procedure as applied by the government in speeding up the process of preparation of the Civil Code.

⁴⁰ NA Praha, Fond Predsedníctvo ministerskej rady, Box 1772, No. 20731-37.

⁴¹ Extract from the Protocol on a meeting of the Ministerial Council, No. 9992-37, NA Praha, Fond Predsedníctvo ministerskej rady, Box 1772.

date of beginning of an oral interministerial meeting (point 3 of the proposal). The Ministry of Justice proposed mid-September and by that date the individual ministries were to discuss the submitted Outline internally, as well as with individual interest and sectoral institutions, corporations and organisations belonging to their sphere of interest. The purpose of the proposal was that, at the beginning of the interministerial meeting, such a procedure was to eliminate “*conflicting interests*” within the individual ministries. The Unification Ministry disagreed with the proposed procedure, and it even disagreed with any fixed deadline.⁴² At the meeting of the Ministerial Council held on that issue, it was decided that the deadline proposed by the Ministry of Justice would be extended until 15 October 1937 and, at the same time, that its further extension necessary in case of particularly serious issues was to be agreed by those two ministries.⁴³ At the same time, Dr. Nožička, as a representative of the Unification Ministry, worked in the expert committee under the patronage of the Ministry of Justice, which prepared the basic document/proposal.

III. CONCLUSION

Unification work in the Czechoslovak Republic in 1918-1938 was not only carried out (as it could appear from the very name of the established ministry) by the Unification Ministry, but by almost all the then existing ministries. The Unification Ministry was given an opportunity to adopt its opinion on the proposals of laws prepared by other ministries. As Dr. Šrámek, the then minister, stated in a report presented in the constitutional and legal affairs committees of both Houses of the National Assembly in 1935, “*the Unification Ministry was not sufficiently equipped especially in terms of its competence, the unification agenda remained fragmented across all ministries, and this situation prevented the unification work from being based on an otherwise necessary, purposefully drafted and well thought out plan for the continuation of the unification of laws.*”⁴⁴ During its existence in the interwar Czechoslovak Republic, the Unification Ministry actively participated in the unification work in the area of substantive criminal law – besides translation activities, mainly by actively commenting on the individual proposals of criminal laws.

The Ministry for the Unification of Laws and the Organisation of Administration was abolished by Government Regulation No. 269/1938 on the organisation of certain ministries of 4 November 1938. Under Section 3 of the Government Regulation, the competence of the Ministry ceased to exist.⁴⁵ Its liquidation was entrusted to the Ministry of Interior.

KEY WORDS

Criminal Code, unification of criminal law, interwar Czechoslovakia, Unification Ministry

KLÚČOVÉ SLOVÁ

trestný zákon, unifikácia trestného práva, medzivojnové Československo, unifikačné ministerstvo

⁴² NA Praha, Fond Predsedníctvo ministerskej rady, Box 1772, No. 1008/1937/D.

⁴³ Extract from the Protocol on a meeting of the Ministerial Council, No. 9992-37, NA Praha, Fond Predsedníctvo ministerskej rady, Box 1772.

⁴⁴ Výklad ministra pro sjednocení Msgra Dra Šrámka o čl. právním sjednocení a o ministerstvu pro sjednocení zákonů a organizace správy, přednesený v ústavně-právních výborech obou sněmoven Národního shromáždění dne 20. a 21. listopadu 1935, p. 3, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 12.

⁴⁵ For more detail see, e.g. document of the Unification Ministry “Likvidace ministerstva pro sjednocení zákonů a organizace správy” (No. 121 likv./1938), NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 11. In relation to the liquidation, the box contains, for example, the liquidation plan prepared in November 1938 by Dr. Fritz. In 1938, Dr. Fritz drew up a relatively expensive expert opinion on the topic, including annexes, titled Reorganizace státní správy na podzim 1938 v oboru právního sjednocení, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 12.

BIBLIOGRAPHY

1. Deset let Československé republiky (svazek první), Vláda republiky Československé, Praha, 1928, (no author mentioned).
2. GÁBRIŠ, T. – ŠORL, T.: Občianske právo na Slovensku a unifikácia právneho poriadku v období prvej Československej republiky (1918-1938), In: Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918-1938) a jejich místo ve střední Evropě (svazek 2), Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2010.
3. HEXNER, E.: Zriadenie legislatívneho archívu by bolo rentabilné, In: Hospodárstvo a právo, Volume II, No. 7, Bratislava, 1935 (quoted from the description of the article, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 12).
4. KALOUSEK, V.: O vyhlášení předpřevratových norem v jazyce státním, In: Právník, Právnická jednota v Praze, volume LXXV, Praha, 1936.
5. KARVAŠ, I.: „Unifikácia práva a s ňou súvisiace problémy“ (prednáška prednesená na slávnostnej zahajovacej schôdzi Prvého odborového zjazdu československých právnikov dňa 26. septembra 1936), NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 31.
6. LAŠTOVKA, K.: Po sjezdovém rokování, In: První sjezd právníků států slovanských v Bratislavě 1933, Nákladem generálního sekretariátu sjezdu, Bratislava, 1934.
7. Likvidace ministerstva pro sjednocení zákonů a organizace správy“ (k č. 121 likv./1938), NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 11.
8. Ministerstvo pro sjednocení zákonodarství a organizace správy, Nákladem ministerstva pro sjednocení zákonodarství a organizace správy, Tiskem státní tiskárny v Praze, Praha, 1921.
9. MIŘIČKA, A.: Trestní právo hmotné (část obecná i zvláštní), Nákladem spolku československých právníků „VŠEHRD“, Praha, 1934.
10. NERMUTH, A.: Působnost ministerstev, Praha, 1934, NA Praha (Fond ministerstvo unifikačné, Box 136).
11. NOŽIČKA, J. (sp.): Zatímní návrh obecné části trestného zákona (záznamy z porad slovenské komise pro obor práva trestního v Bratislavě), Ministerstvo pro sjednocení zákonů a organizace správy spolu s Právnickou jednotou na Slovensku v Bratislavě, Praha, 1924.
12. O unifikačním ministerstvu, Praha, 1925, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 167.
13. Posudok Najvyššieho súdu o osnove trestného zákona (pres. 890/37), NA Praha, Fond ministerstvo spravodlivosti, Box 2070.
14. RÁTH, A.: Unifikácia, In: PRÁVNÍK (Časopis venovaný vědě právní a státní), Právnická jednota v Praze (s podporou České akademie pro vědy, slovesnost a umění), Volume LIX, Praha, 1920.
15. Reorganizace státní správy na podzim 1938 v oboru právního sjednocení, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 12.
16. Reorganizace unifikace (č. 2046/26), NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 11.
17. Republikace převzatých právních předpisů (č. 2550/1936), NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 128.
18. Resoluce, týkající se spojení agendy některých ministerstev a snížení celkového jich počtu /opis, č. 4634/, NA Praha, Fond ministerstvo unifikačné, Box 11.
19. SKÁLA, K.: Uhorské zákonodárstvo na Slovensku, In: PRÁVNÍK (Časopis venovaný vědě právní a státní), Právnická jednota v Praze (s podporou České akademie pro vědy, slovesnost a umění), Volume LVIII, Praha, 1919.
20. STARÝ, M.: Právní trialismus československé republiky: K otázce recepce německého práva, In: 100 rokov od vzniku ČSR (zborník príspevkov zo IV. Ročníka medzinárodnej

- vedeckej konferencie „Banskobystrická škola právnych dejín“, BELIANUM, Banská Bystrica, 2018.
21. Stručný prehľad pôsobnosti unifikačného ministerstva, NA Praha, Fond ministerstvo unifikácie, Box 10.
 22. VOJÁČEK, L.: První československý zákon (Pokus o opožděný komentář), Wolters Kluwer, Praha, 2018.
 23. VOJÁČEK, L. – KOLÁRIK, J. – GÁBRIŠ, T.: Československé právní dejiny (2. prepracované vydanie), EUROKÓDEX, s. r. o., Bratislava, 2013.
 24. Výklad ministra pro sjednocení Msgr. Dra Šrámka o čsl. právním sjednocení a o ministerstvu pro sjednocení zákonů a organizace správy, přednesený v ústavně-právních výborech obou sněmoven Národního shromáždění dne 20. a 21. listopadu 1935, str. 5 a nasl., NA Praha, Fond ministerstvo unifikace, Box 12.
 25. Výťah z protokolu o schôdzi ministerskej rady, č. 9992-37, NA Praha, Fond Predsedníctvo ministerskej rady, Box 1772.
 26. Zprávy z oboru činností unifikačních (usporiadané odborovým radou J. Fritzom), NA Praha, Fond ministerstvo unifikace, Box 10. 1918 – 1928, In: PRÁVNÍK (Časopis venovaný vědě právní a státní), Právnická jednota v Praze, Volume LXVII, Praha, 1928, (no author mentioned).
 27. https://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/tisky/t1364_00.htm
 28. <https://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/stenprot/066schuz/s066001.htm>
 29. <https://www.psp.cz/eknih/1918ns/ps/stenprot/066schuz/s066003.htm>

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

JUDr. Miroslav Fico, PhD.

Assistant Professor

Pavol Jozef Šafárik University in Košice,

Faculty of Law, Department of History of the State and Law

Kováčska 26, 040 01 Košice

Email: miroslav.fico@upjs.sk

Tel: +421552344131

DIGITÁLNA EKONOMIKA, DIGITÁLNE SLUŽBY A DAŇ Z DIGITÁLNYCH SLUŽIEB – HROZBA ALEBO VÝZVA PRE NORMOTVORCOV?¹

DIGITAL ECONOMY, DIGITAL SERVICES AND DIGITAL SERVICES TAX - THREAT OR CHALLENGE FOR LEGISLATORS?

Ladislav Hrabčák, Monika Stojáková

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-02>

„Digitálne hospodárstvo je výzvou pre naše daňové systémy. Najdôležitejšie je, že v diskusii sa potvrdilo želanie všetkých lídrov ďalej pracovať na efektívnom a spravodlivom riešení.“

Donald Tusk, predseda Európskej rady, po stretnutí s lídrami EÚ v marci 2018

ABSTRAKT

Autori sa v predmetnom článku zaoberajú problematikou digitálnej ekonomiky a otázkami s tým súvisiacimi. Centrálne pozornosť venujú otázke digitálnych služieb, ako jedným z javov digitálnej ekonomiky, a taktiež ich zdaňovaniu. Právne poriadky viacerých štátov už regulujú určité parciálne otázky digitálnej ekonomiky ako napríklad zdaňovanie digitálnych platforiem či zdaňovanie virtuálnych mien, no v súčasnosti možno badať aj tendencie zdaňovať digitálne služby. V príspevku sú načrtnuté návrhy právnych úprav na medzinárodnej (vrátane európskej) úrovni a na úrovni národných parlamentov. Niektoré štáty už majú prvotné skúsenosti so zdaňovaním tzv. „digitálnych gigantov“, a preto je možné zhodnotiť, aké riešenie by bolo z hľadiska zdaňovania najideálnejším. Aj na túto otázku sa autori pokúsia poskytnúť odpoveď v nasledujúcom texte.

ABSTRACT

The authors deal in this article with the issue of digital economy and related issues. It pays central attention to the issue of digital services as one of the phenomena of the digital economy, as well as their taxation. The laws of several states already regulate certain partial issues of the digital economy, such as taxation of digital platforms or taxation of virtual currencies, but at present there are also tendencies to tax digital services. The paper outlines legislative proposals at international (including European) and national parliaments level. Some countries already have initial experience in taxation of “digital giants” and therefore it is possible to assess what solution would be most appropriate in terms of taxation. The authors will also try to answer this question in the following text.

¹ Tento príspevok vznikol ako čiastkový výstup riešenia projektu vvgs-2019-1068 „Blockchain technológia ako činiteľ ovplyvňujúci súčasnú podobu práva“.

I. ÚVOD

Pre dobu 21. storočia je príznačná globalizácia, ktorá preniká do všetkých oblastí ľudského života. Právo a ekonomika v tomto ohľade nie sú žiadnou výnimkou. Spolu s prudkým technologickým pokrokom, tak prinášajú viaceré otázky, s ktorými je potrebné sa vysporiadať. V súčasnosti sa možno čoraz väčšími postretnúť s **tzv. digitálnymi javmi**, ktoré prináša digitálna ekonomika.

Máme za to, že digitálne javy vo všeobecnosti patria medzi nový fenomén, s ktorým sa musí vysporiadať aj veda o daňovom práve.² Vystávajú tu z daňovo – právneho hľadiska viaceré otázky, no najmä tá, či tieto digitálne javy sa majú vôbec zdaňovať a ak áno, aké bude optimálne riešenie ich zdaňovania, aby nedochádzalo ku disproporciám na poli jednotného vnútorného trhu, pokiaľ ide o členské štáty Európskej únie (ďalej aj ako „EÚ“).

V tejto súvislosti je potrebné poukázať na ustálenú **kategorizáciu štátov**, ktorá sa využíva od obdobia studenej vojny, a to na:

1. rozvinuté krajiny – patria tu členské štáty Organizácie pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (ďalej aj ako „OECD“), vrátane tých členských štátov EÚ, ktoré nie sú zároveň aj členmi OECD a iné štáty (napr. Andora a pod.),
2. krajiny s transformujúcou sa ekonomikou – radíme sem najmä krajiny juho – východnej Európy,
3. rozvojové krajiny – sem patria tie štáty, ktoré nemožno zaradiť do žiadnej z predchádzajúcich kategórií.

Túto klasifikáciu štátov uvádzame účelovo, a to z toho dôvodu, že chceme tým poukázať, že medzi štátmi existujú priepastné rozdiely po stránkach ako sú nízke HDP na obyvateľa, vysoká úmrtnosť, nízky index ľudského rozvoja a iné, a to už po dlhé obdobie. Tieto rozdiely sa medzi štátmi úplne nestierajú, ba naopak, možno hovoriť o ich prehĺbovaní. Spomínané digitálne javy môžu k nerovnostiam prispieť. Za súčasného stavu možno konštatovať, že digitálna ekonomika prináša výhody len určitým skupinám štátov, medzinárodným korporáciám a jednotlivcom.

Digitálna ekonomika a javy, ktoré so sebou prináša, predstavujú veľké výzvy. Aj v danej oblasti možno vidieť, že zdaňovanie, resp. dane môžu slúžiť aj ako nástroj na dosahovanie iných cieľov (v tomto prípade napríklad deklarované stieranie rozdielov medzi podnikateľmi (viď nižšie)) ako len uspokojovanie fiskálnych záujmov štátu, či obcí. V prípade, ak sa štáty rozhodnú zdaňovať vybrané digitálne javy, je nutné sa zamyslieť, či bude postačovať riešenie na národnej úrovni alebo je potrebný spoločný a koordinovaný prístup na medzinárodnom fóre.

Cieľom predmetného príspevku je rozanalyzovať vybrané aspekty digitálnej ekonomiky, a to najmä zdaňovanie digitálnych služieb a načrtnúť možné ďalšie tendencie smerom do budúcnosti za súčasného overenia nastolených hypotéz.

V rámci predmetného príspevku sa pokúsime overiť hypotézu, či sa digitálne služby majú zdaňovať. Ak bude potvrdená uvedená hypotéza, budeme pokračovať overením čiastkových hypotéz:

- Na zdaňovanie digitálnych služieb postačujú existujúce nástroje zdaňovania.
- Na zdaňovanie digitálnych služieb je potrebné zaviesť nové dane.

V prípade kladného overenia druhej čiastkovej hypotézy, overíme nasledujúce parciálne hypotézy:

² Bližšie: napr. BABČÁK, V. *Daňové právo na Slovensku*. 1. vydanie. Bratislava: EPOS, 2015. s. 149 a nasl.

- Pri zavádzaní nových daní z digitálnych služieb je potrebné nájsť medzinárodný, či európsky model zdaňovania.
- Zdaňovanie digitálnych služieb je potrebné ponechať v daňovej suverenite štátov.

Za účelom naplnenia vytýčeného cieľa sme využili viaceré metódy ako analýza, syntéza, dedukcia, komparácia, metóda historická a pod., ktorých kombináciou možno dosiahnuť synergický efekt.

II. DIGITÁLNA EKONOMIKA

1. Pojem a podstata digitálnej ekonomiky

Jedným z ústredných pojmov tohto príspevku je **tzv. digitálna ekonomika**. Tá v podstate predstavuje akúsi podkategóriu ekonomiky samotnej. Digitálna ekonomika „...súvisí s rýchlym nástupom a prenikaním informačných a komunikačných technológií do všetkých oblastí ľudskej činnosti, čo vyžaduje i nové pohľady na faktory ovplyvňujúce vývoj a úspešnosť ekonomiky.“³

Rozvoj digitálnej ekonomiky je úzko spojený s nárastom objemu digitálnych dát. Podľa správy Organizácie spojených národov (ďalej aj ako „OSN“) nazvanej „*Digital Economy Report 2019*“ došlo k nárastu objemu dát zo 100 GB/deň v roku 1992 na viac ako 45 000 GB/sekunda v roku 2017. Objem dát do roku 2022 by sa mal vyšplhať až na 150 700 GB/sekunda.⁴ Na uvedených faktoch teda vidíme, že význam digitálnej ekonomiky vzrastá.

To súvisí s čoraz väčším uplatňovaním podnikateľského modelu označovaného ako „data-driven business model“. Ten využívajú tzv. digitálne platformy, ktorých podstatu rozoberieme v texte nižšie. Silu tohto podnikateľského modelu možno demonštrovať na tom, že ho využívajú, resp. uplatňujú až 7 z top 8 svetových spoločností.⁵

Vo všeobecnosti platí, že digitálne dáta môžu byť využité na riešenie určitých sociálnych problémov a pre rozvoj. Z podnikateľského pohľadu je zjavnou výhodou zvyšovanie produkcie tovarov a služieb, ich vyššia kvalita a taktiež znižovanie produkčných nákladov. Je nutné taktiež dodať, že digitálna ekonomika sa dotkne aj tých subjektov (najmä podnikateľských), u ktorých sa na prvý pohľad zdá, že s ňou nemajú nič spoločné.

Okrem výhod prináša so sebou digitálna ekonomika aj nevýhody, ktoré sa môžu prejavovať v rôznej podobe. Jednou z nich je automatizácia výrobných procesov. Zo strany podnikateľa nemožno brať automatizáciu za nevýhodu, ale zo strany zamestnancov to môže znamenať prípadnú stratu zamestnania z dôvodu nadbytočnosti. Ďalšou z nevýhod sú aj vyššie nároky na kvalifikáciu zamestnancov. Tí budú musieť mať vyššiu znalosť v oblasti informačných technológií.

Na všetky tieto problémy bude potrebné nájsť aj riešenie v právnej rovine. Je preto určitou výzvou pre normotvorcov zvládnuť vzniknutú situáciu, pretože technologický pokrok preskočil stav právny o niekoľko dekád. Tie výzvy nemajú len daňovo – právny rozmer, ktorému budeme venovať centrum svojej pozornosti, ale aj rozmer pracovnoprávny, občianskoprávny a pod. V ďalšom texte obmedzíme svoj výklad na otázku zdaňovania digitálnych služieb v digitálnej ekonomike.

³ PAPULA, J. a kol. *Manažérska ekonomika*. 1. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017. s. 22.

⁴ United Nation: *Digital Economy Report 2019* z júla 2019. s. 2. [online]. [cit. 11-12-2019]. Dostupné na: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_overview_en.pdf.

⁵ Tamtiež, s. 2.

III. DIGITÁLNE SLUŽBY A ICH ZDAŇOVANIE

1. Všeobecné východiská zdaňovania digitálnych služieb

Moderné technológie v rámci digitálnej ekonomiky predstavujú veľké výzvy pre daňové správy štátov, čo sa týka zvýšenia efektivity správy daní, zjednodušenia medzinárodnej spolupráce a môžu prispieť aj k zníženiu počtu daňových únikov.⁶ Digitalizácia však predstavuje aj akýsi materiálny prameň práva, ktorý vyvoláva potrebu zmien vo formálnych prameňoch práva. Ide o jeden z javov, ktoré „...spôsobujú, že právo je také, aké je a o javy, ktoré sú späté s vývojovými etapami ponímania práva.“⁷ Existujúce daňovo – právne predpisy obsahujú v súčasnosti už nepostačujúce pravidlá, čo platí najmä o úprave zdaňovania príjmov právnických osôb.

Pojem digitálna služba a jeho vymedzenie je imanentnou súčasťou navrhovaných právnych úprav či už na úrovni medzinárodnej alebo na úrovni jednotlivých štátov, i keď je nutné konštatovať, že návrhy unilaterálnych úprav vychádzali vo veľkej miere z návrhov medzinárodných organizácií, čo sa prejavilo aj pri vymedzení využívaného pojmoslovía. Z teoretického hľadiska tak možno uvažovať o dvoch rovinách chápania pojmu digitálna služba, a to:

- v užšom slova zmysle – ide o stotožňovanie pojmu digitálna služba a digitálna reklama, a
- v širšom slova zmysle – tu je možné vychádzať z návrhu smernice Rady (EÚ), ktorou sa stanovujú pravidlá týkajúce sa zdaňovania príjmov právnických osôb, ktoré sa vyznačujú významnou digitálnou prítomnosťou {SWD(2018) 81 final} - {SWD(2018) 82 final} zo dňa 21.03.2018 (ďalej aj ako „návrh smernice DST“), podľa ktorého digitálnymi službami „...sú služby poskytované cez internet alebo elektronickú sieť, ktorých poskytovanie je z dôvodu ich povahy z veľkej časti automatizované s minimálnym ľudským zásahom, pričom je nemožné ho zabezpečiť bez informačnej technológie...“⁸, pričom obsahuje aj exemplifikačný výpočet služieb, ktoré sa radia pod predmetný pojem (napr. poskytnutie digitalizovaných produktov vo všeobecnosti vrátane softvéru a jeho modifikácií alebo inovácií, služby poskytujúcich alebo podporujúcich prítomnosť podnikov alebo jednotlivcov v elektronickej sieti, ako aj webová lokalita alebo webová stránka, služby automaticky generovaných počítačom cez internet alebo elektronickú sieť ako reakcia na špecifické údaje, ktoré zadá odberateľ a pod.).

Hlavnou snahou legislatívcom je to, aby sa zisky právnických osôb zdaňovali tam, kde sa hodnota skutočne vytvára. Podľa nášho názoru tu dochádza aj k ustáleniu nového princípu zdaňovania medzi už etablované a tradičné princípy.⁹

Pravidlá zdaňovania príjmov právnických osôb sú založené v prevažnej miere na fyzickej prítomnosti v tej – ktorej krajine. Z toho vyplýva, že sa nezohľadňuje hodnota, ktorá bola vytvorená účasťou používateľov v danej jurisdikcii.¹⁰

Ide o veľmi aktuálnu otázku, ktorá prebehla právny stav o niekoľko rokov. To si štáty uvedomujú, a preto možno badať iniciatívy danú oblasť právne regulovať, na úrovni:

1. OECD,
2. EÚ a
3. jednotlivých štátov.

⁶ Bližšie: napr. HRABČÁK, L. Výzvy pre daňové právo v podobe Blockchain technológie. In *Zborník príspevkov zo 6. ročníka Jarnej internacionalizovanej školy doktorandov UPJŠ 2019*, Košice: ŠafárikPress, 2019. s. 160.

⁷ BRÖSTL, A. a kol.: *Teória práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013. s. 45.

⁸ Návrh smernice Rady (EÚ), ktorou sa stanovujú pravidlá týkajúce sa zdaňovania príjmov právnických osôb, ktoré sa vyznačujú významnou digitálnou prítomnosťou {SWD(2018) 81 final} - {SWD(2018) 82 final} zo dňa 21.03.2018, čl. 3 ods. 5.

⁹ Bližšie: napr. BABČÁK, V. *Daňové právo na Slovensku*. 1. vydanie. Bratislava: EPOS, 2015. s. 39.

¹⁰ Bližšie: Dôvodová správa k návrhu smernice Rady (EÚ), ktorou sa stanovujú pravidlá týkajúce sa zdaňovania príjmov právnických osôb, ktoré sa vyznačujú významnou digitálnou prítomnosťou COM(2018) 147 final zo dňa 21.03.2018.

Jednotlivým úrovniam prebiehajúcich prác sa budeme venovať bližšie v ďalších častiach predostretého príspevku. Vo všeobecnosti však štáty či vybrané medzinárodné organizácie uvažujú o troch variantoch riešenia danej otázky, a síce:

1. zachovanie súčasného stavu – tento variant vychádza z toho, že digitálne služby ostatnú naďalej bez zdanenia,
2. zdaňovanie digitálnych služieb vo verzii DAT (skratka pre digitálnu reklamu) – táto „verzia“ sa zakladá na zdaňovaní len vybraných digitálnych služieb, a to konkrétne digitálnej reklamy,
3. zdaňovanie digitálnych služieb vo verzii DST (skratka pre digitálne služby všeobecne) – predmetný prístup sa v porovnaní so zdaňovaním vo verzii DAT neobmedzuje len na reklamné služby, ale príznačným preň je zdaňovanie digitálnych služieb bez obmedzení.

Jednou z najzávažnejších otázok z pohľadu vedy o daňovom práve sa stáva nepochybne miesto dane z digitálnych služieb v rámci daňových sústav. Z historického hľadiska je klasifikačné kritérium daní podľa spôsobu zdaňovania na dane priame a nepriame jedným z najstarších. Rozhodujúcimi aspektmi tohto členenia sú prenos daňového bremena, spôsob ukladania dane a technika výberu dane.

Vo vzťahu ku danej otázke nemožno zaujať jasné stanovisko. I keď je pravdou, že daň z digitálnych služieb sa môže pretaviť do ceny samotnej služby, čím ju bude znášať konečný spotrebiteľ a dôjde k presunu daňového bremena (napr. Španielsko, ako aj ďalej poukážeme, pracuje s verzou DST ako nepriamou daňou vyňatou spod pôsobnosti zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia), tak na strane druhej sa bude zdaňovať príjem zo zdaniteľných služieb. Tým nadobúda táto daň hybridný charakter. Ide o otázku na ďalšiu vedeckú diskusiu.

V texte nižšie poukážeme práve na vybraných príkladoch, aký prístup zvolili vybrané entity a v nadväznosti na to sa pokúsime zhodnotiť, aký variant by bol pre štáty, resp. zoskupenia štátov najvhodnejší so zreteľom na predpokladané či reálne výhody a nevýhody.

2. Medzinárodné a európske nástroje zdaňovania digitálnych služieb

Vzostup digitálnej ekonomiky prinútil tvorcov politiky, aby sa zaoberali základnými otázkami zdaňovania - ako najlepšie zvýšiť príjmy na financovanie vládnych výdavkov - v náročnejších súvislostiach. Niektoré vlády pochybovali o primeranosti súčasných daňových režimov, ktorými by mohli naďalej získať dostatočné príjmy. V „Rímskej deklarácii“ z marca 2017, 27 členských štátov Európskej únie, Rada Európskej únie, Európsky parlament a Európska komisia sľúbili, že sa budú usilovať o technologickú transformáciu, ktorá je nevyhnutným prvkom na zabezpečenie prosperujúcej a udržateľnej budúcnosti.¹¹ V skutočnosti technologická transformácia a digitalizácia hlboko ovplyvňujú veľké množstvo zamestnancov - pracovné miesta, priemyselné odvetvia, vzdelávanie a systémy sociálneho zabezpečenia. Zároveň však vytvárajú výzvy pre existujúce daňové systémy. Nové obchodné modely tzv. digitálnej ekonomiky sú založené na moderných informačných a komunikačných technológiách a využívaní veľkého množstva údajov, ktoré často rozmazávajú čiary medzi tovarom a službami a líšia sa ich prístupom, formou, dopadom a speňažením (napr. online maloobchodníci, platformy sociálnych médií, predplatné digitálnych služieb a platformy spolupráce).

Tvorcovia politik, vrátane tvorcov politik EÚ, sa snažia nájsť riešenia, ktoré by zabezpečili spravodlivé a efektívne zdaňovanie, z dôvodu zrýchľujúcej sa digitálnej transformácie hospodárstva. Tvrdia, že v stávke nie je nič iné ako globálna resp. hospodárska prosperita, ako aj daňová spravodlivosť a suverenita. Debaty týkajúce sa „vhodnosti“ alebo „zastaralosti“ súčasného medzinárodného daňového systému v digitálnom veku teda výrazne prekrývajú dis-

¹¹ Deklarácia vedúcich predstaviteľov 27 členských štátov a Európskej rady, Európskeho parlamentu a Európskej komisie. Viac pozri Rímska deklarácia z 27.03.2017. [cit. 12-12-2019]. Dostupné na: https://ec.europa.eu/slovakia/news/rome_declaration2017_sk.

kusie o praktikách vyhýbania sa daňovým povinnostiam a agresívnych postupov daňového plánovania známych technologických spoločností. OECD a EÚ pôsobivo načrtli rôzne nové obchodné modely, ich rast, veľkosť a vplyv na svetové hospodárstvo, ako aj rozdiely v daňovom zaťažení medzi spoločnosťami, ktoré ponúkajú klasické cezhraničné fyzické služby, a spoločnosťami, ktoré ponúkajú digitálne služby.¹² Vzhľadom na všadeprítomný charakter digitalizácie však môže byť ťažké, ak nie nemožné, odstrihnúť digitálnu ekonomiku od zvyšku ekonomiky na daňové účely. Niektorí argumentujú, že osobitné zdaňovanie založené na digitálnej prítomnosti by samo osebe nevedelo k porušeniu zásady neutrality, ďalší zastávajú opačný názor. Nové obchodné modely okrem týchto výziev v oblasti priamych a nepriamych daní vyvolávajú aj množstvo ďalších otázok súvisiacich s daňami a s ich mobilitou a dematerializáciou, medzi nimi aj potenciál na zníženie schopnosti štátov vyberať príjmy z daní zo mzdy, environmentálnych daní, daní z nehnuteľností a daní z majetku.

OECD a EÚ otvárajú “Pandorinu skrinku”, kde digitálny sektor predstavuje iba jeden z hlavných problémov, ktorý už nie je možné udržať v škatuľke. V akademickej literatúre je revízia digitálneho sektora novou príležitosťou na diskusiu o celej štruktúre medzinárodného daňového systému. Zdá sa, že akademici, niektoré štáty, EÚ a inkluzívny rámec OECD čoraz viac súhlasia so štrukturálnym nedostatkom súčasného medzinárodného daňového systému. Zdá sa však, že sa všetci na riešení nezhodujú - aspoň pokiaľ ide o dlhodobé riešenie.

2.1. OECD a DST

Digitálna transformácia hospodárstva spochybňuje, či medzinárodné daňové pravidlá, ktoré sa do značnej miery zaviedli počas posledných 100 rokov, zostávajú v modernej globálnej ekonomike zmysuplné. Aj keď sa v rámci projektu BEPS dosiahol dobrý pokrok v boji proti erózii bázy a presunu zisku (BEPS), niektoré z problémov, ktoré digitalizácia predstavuje, sa neriešili. V rámci projektu BEPS a nedávno prostredníctvom inkluzívneho rámca pre BEPS prebiehajú diskusie o tom, ako riešiť daňové problémy, ktoré vznikajú v dôsledku digitalizácie. Nedávne medzinárodné úsilie o riešenie týchto otázok poukázalo na rozdielne postoje mnohých jurisdikcií. Aj keď zavedenie jednostranných opatrení vo viacerých krajinách podčiarklo naliehavosť problému a potrebu prehodnotiť niektoré z kľúčových medzinárodných daňových zásad, tieto rozdielne stanoviská sťažili dosiahnutie riešenia založeného na konsenze.

Politická poznámka OECD z 23. januára 2019¹³ a konzultačný dokument z 13. februára až 6. marca 2019¹⁴ potvrdili, že OECD sa sústreďí na dve oblasti (ďalej len „dva, piliere“). Pilier 1 sa zameriava na pridelovanie práv na zdanenie a snaží sa o koherentné a súbežné preskúmanie pravidiel pridelovania zisku a vzájomných vzťahov. Tri návrhy, o ktorých sa uvažuje v rámci prvého piliera sa zameriavajú nad rámec existujúcich konceptov medzinárodného daňového rámca, ktoré si vyžadujú fyzickú prítomnosť na účely zdaňovania práv a pridelovania zisku resp. strát podľa zásady trhovej nezávislosti (Návrh „účasť používateľov“, Návrh „nehmotného marketingu“ a Návrh „významnej hospodárskej prítomnosti“). Pilier 2 sa zameriava na vypracovanie pravidiel proti globálnemu narúšaniu základu (skrátene označené GloBE z angl. slov *Global Anti – Base Erosion*), ktoré sa zameriava na zostávajúce problémy

¹² Pozri napr. e.g. Eur. Comm’n, Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy (Eur. Union 28 May 2014) (Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy); OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1–2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (OECD Publishing 2015) (2015 OECD BEPS Action 1 Report), and OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS (OECD Publishing 2018) (2018 OECD BEPS Interim Report).

¹³ Viac pozri: OECD: *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*. As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019.

¹⁴ Pozri: OECD. Public Consultation Document. *ADDRESSING THE TAX CHALLENGES OF THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY* 13 February – 6 March 2019.

BEPS a snaží sa vyvinúť pravidlá, ktoré by jurisdikciám poskytli právo na „vrátenie daní“, ak iné jurisdikcie nevykonali svoje primárne daňové práva alebo ak platba inak podlieha nízkej úrovni skutočného zdanenia.¹⁵

Vo významnom predstihu sa 128 členov inkluzívneho rámca nedávno dohodlo na politickej poznámke- „*Riešenie daňových výziev vyplývajúcich z digitalizácie*“ (OECD, 2019a) - ktorá identifikuje konkrétne návrhy v dvoch pilieroch, ktoré treba preskúmať a ktoré by mohli tvoriť základ globálne riešenie založené na konsenze. Tieto piliere zahŕňajú prerozdelenie daňových práv medzi jurisdikciami a potrebu riešiť zostávajúce problémy BEPS. Práca v oblasti daní a digitalizácie je kľúčovým aspektom projektu BEPS od jeho vzniku. V Akcii 1, ktorá bola uverejnená ako súčasť balíka BEPS v októbri 2015, sa zistilo, že v dôsledku všadeprítomnej povahy digitalizácie by bolo ťažké, ak nie nemožné, vyčleniť „digitálnu ekonomiku“ od zvyšku hospodárstva na daňové účely. Inými slovami, krajiny sa zhodli na tom, že nejde o „digitálnu ekonomiku“, ale o to, že samotná ekonomika sa digitalizovala a že tento trend bude pravdepodobne pokračovať.

Dôležitou súčasťou práce OECD v budúcnosti bude najmä revízia medzinárodných daňových pravidiel s ohľadom na vplyv digitalizácie, ktorá má dôležité dôsledky pre nadnárodné spoločnosti a vlády, ako aj budúcnosť našich daňových systémov. Aktualizácia práce OECD v týchto oblastiach bude súčasťou správy o daniach a digitalizácii, ktorá pripraví inkluzívny rámec, ktorý bude predložený skupine G20 v roku 2020.¹⁶

2.2. Európska únia a DST

Jednou z úrovní, na ktorej prebiehajú práce v súvislosti so zdaňovaním digitálnych služieb, je aj EÚ. Predstavitelia inštitúcií EÚ si uvedomujú tú skutočnosť, že v čoraz väčšej miere dochádza k využívaniu podnikateľských modelov na digitálnej báze, ktoré predstavujú odklon od modelov založených na fyzickej prítomnosti, vo vzťahu ku ktorým je uplatňovaná daňová suverenita členských štátov.¹⁷

Je teda faktom, že veľká časť ziskov tak v súčasnosti nepodlieha zdaneniu, resp. je zdaňovaná iba v minimálnej miere. Podľa nášho názoru však nemožno hovoriť o daňových únikoch, pretože on môže ísť iba vtedy, ak daňová povinnosť existuje. Inak povedané, ak daňové systémy členských štátov neviažu na digitálne služby aj povinnosť platiť daň, nemôže ísť o daňový únik.¹⁸

Už 29. septembra 2017 sa uskutočnil Digitálny samit v Talline, ktorý bol zorganizovaný predsedníctvom Rady v spolupráci s Európskou komisiou a taktiež predsedom Európskej rady. Pokiaľ ide o účasť, tak samitu sa zúčastnili hlavy členských štátov a predsedovia vlád členských štátov. Cieľom samitu bolo vytvoriť akúsi platformu pre budúce diskusie ohľadom digitálnych inovácií, čo má EÚ zabezpečiť konkurencieschopnosť v globálnom meradle s ostatnými svetovými mocnosťami.

Ďalšie iniciatívy EÚ v danej oblasti pokračovali v októbri roku 2017. V dokumente označenom ako „Závery Európskej rady, 19.10.2017“, ktorý bol výsledkom zasadnutia reprezentantov členských štátov, boli prijaté viaceré závery, a to konkrétne aj o otázke „Digitálna Európa“. V rámci tohto bodu určila Európska rada viaceré priority, jednou z ktorých bolo „do-

¹⁵ BHOGAL, S. et al. European Union: Taxing The Digital Economy And Digital Service Tax Proposals Impacting The United Kingdom And The European Union. 2019. [online]. [cit. 29-12-2019]. Dostupné na: <http://www.mondaq.com/uk/x/821258/withholding+tax/Taxing+The+Digital+Economy+And+Digital+Service+Tax+Proposals+Impacting+The+United+Kingdom+And+The+European+Union>.

¹⁶ OECD (2019), „*Tax and Digitalisation*“, OECD Going Digital Policy Note, OECD, Paris. [online]. [cit. 29-12-2019]. Dostupné na: <http://www.oecd.org/tax/beps/tax-and-digitalisation.pdf>.

¹⁷ Pojem „členské štáty“ na účely tohto článku používame v ponímaní členských štátov EÚ.

¹⁸ Porovnaj: Európska komisia: *Zdaňovanie digitálneho hospodárstva*. [online]. [cit. 24-12-2019]. Dostupné na: <https://www.consilium.europa.eu/sk/policies/digital-taxation/>.

*siahnutie efektívneho a spravodlivého systému zdaňovania, ktorý bude vyhovovať potrebám digitálneho veku.*¹⁹

Následne, dňa 5. decembra 2017 schválila Rada príspevok k medzinárodnej diskusii. Rada rokovala o otázke, akou je zdaňovanie ziskov v digitálnom hospodárstve a vyzvala zároveň na úzku spoluprácu s OECD a inými partnermi na medzinárodnej úrovni.

V marci roku 2018 už Európska komisia predložila 2 legislatívne návrhy:

1. návrh smernice DST a
2. návrh smernice Rady (EÚ) o spoločnom systéme zdanenia digitálnych služieb formou dane z výnosov z poskytovania určitých digitálnych služieb.

Kým v prvom rade sa ráta s tým, že ide o trvalé riešenie, tak druhá spomínaná smernica má byť len akýmsi dočasným a kompromisným riešením smerujúcim k trvalej regulácii právnych vzťahov v predmetnej oblasti.

Aj napriek tomu, že členské štáty sa zhodujú v tom, že daňové predpisy sú už zastaralé, tak do dnešného dňa nedošlo ku konsenzu. Rovnako to platí o kompromisnom návrhu zo strany Nemecka a Francúzska, ktorý sa týkal zdaňovania digitálnej reklamy (DAT).

Treba však dodať, že zdaniteľnou osobou by nebola akákoľvek právnická osoba, čím chcela Komisia zámerne „odbreمنيť“ od takejto dane malé a stredné podniky, ktoré sú označované ako hnací motor digitálnej ekonomiky. Zdaniteľnou osobou by tak boli iba digitálni giganti ako napr. Google, Apple, Facebook, príp. iné spoločnosti, ktorých ročný obrat presiahne 750 miliónov eur a dosahujú zdaniteľné príjmy nad 50 miliónov eur v rámci EÚ. Navrhovaná je daňová sadzba vo výške 3%.

V súvislosti s vyššie načrtnutými iniciatívami vyvstávajú viaceré ďalšie otázky. Jednou z nich je to, či EÚ si týmito návrhmi nechce vytvoriť lepšiu pozíciu pri harmonizácii korporátnej dane. Tieto snahy pri prenikaní harmonizačných prvkov do oblasti priameho zdaňovania bolo možné badať aj pri smernici ATAD.

3. Vnútroštátne modely zdaňovania digitálnych služieb

3.1. Perspektívy zdaňovania digitálnych služieb v Slovenskej republike

Právny poriadok Slovenskej republiky reflektuje v súčasnosti len na niektoré javy v digitálnej ekonomike. Patrí medzi ne zdaňovanie virtuálnych mien²⁰ a zdaňovanie zdieľanej ekonomiky²¹. Naša právna úprava teda za súčasného stavu nereguluje zdaňovanie digitálnych služieb.

Možno konštatovať, že i keď slovenské daňové právo reflektuje na niektoré prvky digitálnej ekonomiky (viď vyššie), tak ide len o riešenia, ktoré nemajú komplexný charakter. Nedochoďa tu k zavádzaniu nových daní, ale ide o zdaňovanie prostredníctvom už existujúcich – konkrétne daní z príjmov novelizáciami zákona č. 595/2003 Z. z. o daní z príjmov v znení neskorších predpisov. Efektivita týchto nástrojov je taktiež otázna.

Ministerstvo financií Slovenskej republiky nateraz deklaruje, že neuvažuje o zavedení národnej dane z digitálnych služieb, ale čaká na komplexné a harmonizované riešenie na úrovni EÚ, a to nielen čo sa týka dane z digitálnych služieb vo verzii DST, ale aj kompromisu vo verzii DAT (teda len digitálnej reklamy).²²

¹⁹ Európska komisia: *Európska rada, 19. – 20. októbra 2017*. [online]. [cit. 24-12-2019]. Dostupné na: <https://www.consilium.europa.eu/sk/meetings/european-council/2017/10/19-20/>.

²⁰ Bližšie: HRABČÁK, L. „Virtuálna mena“ a právo. In *Vplyv moderných technológií na právo: recenzovaný zborník príspevkov z vedeckej konferencie*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2019. s. 99 – 110.

²¹ Bližšie: BONK, F. O zdaňovaní príjmov v kontextoch zdieľanej ekonomiky. In *Justičná revue*, roč. 70, 2018, č. 12, s. 1342 – 1356.

²² Bližšie: EURACTIV. *Štáty Únie sa na digitálnej dani nedohodli, krajiny V4 plánujú konať na vlastnú päsť*. [online]. [cit. 24-12-2019]. Dostupné na: <https://euractiv.sk/section/buducnost-eu/news/staty-unie-sa-na-digitalnej-dani-nedohodli-krajiny-v4-planuju-konat-na-vlastnu-past/>.

Postoj Slovenskej republiky možno hodnotiť určite kladne, pretože s „digitálnou daňou“ (tak ako ju niektorí autori označujú skratene) sú spojené určité otázky najmä vo vzťahu ku jednotnému trhu a slobodám k nemu prislúchajúcim. Keďže niektoré členské štáty (viď nižšie) už daň z digitálnych služieb zaviedli, možno teda očakávať, že aj jej základné parametre a určité „mantinely“ toho, aby išlo o inštitút súladný s právom EÚ, judikuje Súdny dvor EÚ.

3.2. Česká republika a návrh tzv. zákona o digitálnej dani

I keď Česká republika je jedným zo susedných štátov Slovenskej republiky, situácia v oblasti zdaňovania je odlišná, čo sa prejavuje aj v otázke zdaňovania digitálnych služieb. Momentálne ani v Česku však nie je zavedená digitálna daň, avšak Ministerstvo financií Českej republiky predložilo „*Návrh zákona o dani z vybraných digitálních služeb*“. Podľa nášho názoru ide však o nesprávne označenie so zreteľom aj na to, že predkladateľ zákona v rámci dôvodovej správy sám uvádza, že sa priklonil k variante zdaňovania digitálnych služieb vo verzii DST a nie len DAT.²³ Preto by z označenia predmetného právneho predpisu malo byť vypustené slovo „vybraných“, aby to korešpondovalo legislatívnemu zámeru.

Ministerstvo financií Českej republiky pracovalo teda so všetkými variantami, ktoré prichádzali do úvahy, pričom pri hľadaní najvhodnejšieho riešenia hodnotilo ich predpokladané výhody a nevýhody. Základnými hodnotiacimi kritériami boli:

- „narovnanie“ podnikateľského prostredia,
- daňový výnos a
- administratívne náklady.

Daň z digitálnych služieb vo verzii DST sa tak podľa predkladateľa javí ako najvhodnejší spôsob, akým zdaniteľ digitálne služby so zreteľom na uvedené kritéria. Je nutné podotknúť, že návrh zákona vychádza vo veľkej miere z návrhu smernice DST, čomu zodpovedá aj daňová sadzba 3% a rovnako vymedzenie zdaniteľných osôb.

Ako primárny cieľ sa deklaruje narovnanie podnikateľského prostredia medzi spoločnosťami založenými na „tradičných modeloch“ a spoločnosťami založenými na tzv. „digitálnych modeloch“. Až ako sekundárny cieľ sa deklaruje daňový výnos z tejto navrhovanej dane. Podľa nášho názoru však predkladateľ zastiera to, že práve primárnym cieľom je daňový výnos, čo možno demonštrovať aj na tom, že i keď by došlo k narovnaniu podnikateľského prostredia v Česku, v kontexte EÚ by sa vytvorili disproporcie na jednotnom vnútornom trhu a došlo by k nerovnému postaveniu podnikateľov, ktorí využívajú, resp. sa zakladajú na digitálnych modeloch podnikania.

Daňový výnos digitálnej dane vo verzii DST sa odhaduje v rozmedzí od cca 2,4 mld. až 6,6 mld. Kč ročne. Reálne sa odhaduje výnos v polovici uvedeného intervalu, t. j. vo výške cca 5 mld. Kč. Išlo by teda o daň, ktorá má významný rozpočtovo – právny význam.

Nemenej významnou otázkou/kritériom sú aj administratívne náklady. Administratívnu záťaž je potrebné hodnotiť v dvoch smeroch, a to nielen vo vzťahu ku štátu, ale aj vo vzťahu ku daňovým subjektom. Pre štát by malo ísť o jednorazové náklady vo výške cca 23,5 mil. Kč a požiadavky na personálny substrát správcov dane. Náklady na strane daňových subjektov vzniknú taktiež. Ministerstvo financií Českej republiky uvádza, že budú minimálne, pričom argumentuje osobným rozsahom predmetnej dane – veľké konglomeráty, ktoré sú vybavené administratívnym a účtovným aparátom.

V súvislosti s navrhovanou právnou úpravou boli identifikované aj viaceré riziká. Tým azda najväčším je prenos dane do výšky cien zdaniteľných služieb. Obavy sú najmä v tom, že daňové bremeno ponesú spotrebitelia. Vo vzťahu k tomu sa žiada dodať, že daň z digitálnych

²³ Okrem realizácie cieľenej reklamnej kampane sú podľa návrhu zákona zdaniteľnými službami aj využívanie mnohostranného digitálneho rozhrania a predaj dát o užívateľoch.

služieb sa nemusí prejavíť len vo vzťahu ku cenám konečných spotrebiteľov, ale aj v rámci cien napr. voči objednávateľom cielených reklám. Z návrhu zákona a dôvodovej správy nevyplýva či ide o priamu alebo nepriamu daň, no so zreteľom na uvedené, pôjde pravdepodobne o nepriamu daň.

Česká republika sa tak rozhodla ísť cestou unilaterálneho riešenia daného problému, čo nie je určite koncepčný prístup. Ide tu však len o akési „dočasné“ opatrenie do momentu očakávaného konsenzu na úrovni EÚ či OECD.

3.3. Iné (vybrané) štáty a zdaňovanie digitálnych služieb

Už niekoľko rokov sa na medzinárodnej úrovni, na úrovni EÚ a na vnútroštátnej úrovni vyvíja úsilie o reformu zdaňovania s cieľom zabezpečiť, aby sa zisky zdaňovali tam, kde sa vytvára hospodárska hodnota. Táto práca sa v poslednom čase sústreďuje na digitálnu ekonomiku, avšak táto skutočnosť má korene v skúmaní stratégií daňového plánovania, ktoré využívajú nadnárodné spoločnosti pôsobiace vo viacerých jurisdikciách. Niekoľko štátov zoberalo zavedenie vlastných iniciatív týkajúcich sa vnútroštátnych daní pre digitálne spoločnosti „do vlastných rúk“, pričom tieto iniciatívy obsahujú „doložky o ukončení platnosti“ a ich platnosť sa skončí vtedy, ak sa dosiahne dohoda na medzinárodnej úrovni alebo na úrovni EÚ. Nedávny vývoj nastal v daňových systémoch v Rakúsku, Belgicku, Českej republike, Francúzsku, Maďarsku, Taliansku, Poľsku, Slovinsku, Španielsku a Spojenom kráľovstve. Niektoré tieto krajiny navrhli, oznámili alebo už implementovali určitú formu dane z digitálnych služieb, ktoré si v skratke rozoberieme nižšie.

FRANCÚZSKO

Francúzsko je prvým členským štátom EÚ, ktorý zaviedol daň z digitálnych služieb (DST). „Daň 21. storočia“ je platná od 1. januára 2019. DST bola nazvaná ako „daň GAFA“ (skratka hlavných amerických cieľov: Google, Apple, Facebook a Amazon). Na rozdiel od toho, čo naznačuje táto skratka, francúzska daň GAFA sa však nezameriava iba na americké skupiny, ale aj na iné medzinárodné skupiny vrátane francúzskych, čínskych, nemeckých španielskych a anglických skupín. Francúzska daňová správa odhadla, že táto daň by mohla mať vplyv na približne 30 medzinárodných skupín. Francúzska DST, podobne ako návrh EÚ DST, sa zameriava na dve kategórie služieb, v ktorých sú dominantné americké spoločnosti - internetová reklama a „digitálne rozhrania“, ktoré sa vzťahujú na online trhy s tovarom a službami a niektoré predplatné služby ako zoznamovacie webové stránky.

Francúzska DST ukladá 3% daň z príjmov vytvorených z dvoch kategórií „zdaniteľných služieb“: 1. „služby digitálneho rozhrania“ a 2. „cielené reklamné služby“. DST sa uplatňuje iba na príjmy, ktoré sa považujú za získané z poskytovania takýchto služieb „vo Francúzsku“, a zákon poskytuje usmernenie o tom, ako spoločnosti musia vypočítať podiel na svojich globálnych príjmoch pripadajúci Francúzsku. DST sa vzťahuje iba na spoločnosti, ktoré spĺňajú globálne a francúzske limity príjmov pre pokryté služby.²⁴

Dodávka digitálnej platformy sa týka umiestnenia používateľov. Ak sa jeden z používateľov platformy nachádza v príslušnom daňovom roku vo Francúzsku, služba sa bude považovať za poskytnutú vo Francúzsku. Francúzska daň GAFA sa nevzťahuje na platformy, pre ktoré zhromažďovanie údajov používateľov nie je hlavným cieľom. Ak podniky v zásade používajú digitálne rozhranie na poskytovanie nasledujúcich služieb používateľom, dodávka digitálnej platformy by nemala byť zdaniteľná:

²⁴ Office of the United States Trade Representative Ambassador Robert E. Lighthizer. *Report on France's Digital Services Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974*. [online]. [cit. 15-12-2019]. Dostupné z: https://ustr.gov/sites/default/files/Report_On_France%27s_Digital_Services_Tax.pdf.

1. digitálny obsah, ako je elektronický obchod, video služby, hudba na požiadanie,
2. komunikačné služby,
3. regulované platobné služby.²⁵

Daň GAFA na to, aby sa mohla uplatňovať musí spĺňať dve kritéria, a to: celosvetový ročný obrat 750 miliónov EUR v prípade digitálnych služieb a domáci obrat 25 miliónov EUR v oblasti digitálnych služieb lokalizovaných vo Francúzsku. Francúzsko, tak ako bolo uvedené vyššie, prijalo sadzbu navrhovanú v návrhoch EÚ a uplatnilo 3% daň z príjmov pochádzajúcich z akýchkoľvek digitálnych služieb, ktoré spĺňajú vyššie uvedené kritériá, pričom za platiteľa sa považuje spoločnosť, ktorá dostáva platbu za príslušné digitálne služby. Základ dane bude preto závisieť od toho, aká časť platieb sa týka Francúzska, ďalej od druhu služieb a od druhu platformy.

Uvalením dane z digitálnych služieb (GAFA) sa predpokladá, že štátny rozpočet Francúzska vzrastie o 600 mil. EUR ročne.

ŠPANIELSKO

Španielska vláda pripravila návrh rámcového zákona, ktorý sa líši od európskeho návrhu. Oproti Francúzsku, španielska vláda predpokladá nárast príjmov z DST až vo výške 1 200 mil. EUR ročne.

Hlavnými črtami tohto návrhu zákona sú:

1. DST sa považuje za nepriamu daň a preto sa na ňu neuplatňujú zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia,
2. subjekty musia spĺňať nasledujúce kritéria: čisté príjmy za predchádzajúci kalendárny rok musia presahovať 750 mil. EUR a zároveň celková hodnota výnosov získaných z rozvoja činností, ktoré podliehajú DST v Španielsku musia presiahnuť 3 mil. EUR.

Medzi príjmy, ktoré sú zdaňované daňou z digitálnych služieb patria:

1. online reklamné služby,
2. služby prenosu údajov,
3. sprostredkovateľské služby.

Základom dane sú celkové príjmy získané z vyššie uvedených činností, bez DPH, pričom sadzba dane sa ustanovila rovnako ako vo Francúzsku vo výške 3 %.

SPOJENÉ KRÁĽOVSTVO

V júli 2019 britská vláda uverejnila svoj finančný návrh zákona 2019-20, ktorý obsahoval návrh právnych predpisov týkajúcich sa dane z digitálnych služieb vo výške 2%, pokiaľ ide o príjmy z: vyhľadávacích nástrojov, platforiem sociálnych médií a online trhovísk (finančné a platobné služby sú oslobodené) bez ohľadu na to, ako speňajú svoje platformy. DST by sa v Spojenom kráľovstve mala uplatňovať od apríla 2020 a predpokladá sa, že sa takto zvýšia príjmy krajiny v prvom roku o 275 mil. GBP a následne o 370 mil. GBP. DST sa bude vzťahovať iba na skupiny s globálnymi príjmami nad 500 mil. GBP a príjmami Spojeného kráľovstva nad 25 mil. GBP, čo zahŕňa príspevok, takže prvých 25 mil. GBP príjmov od používateľov vo Veľkej Británii nebude podliehať DST.²⁶

POLSKO

Iniciatívy zavedenia DST prebiehali aj u nášho severného suseda, avšak zatiaľ neúspešne. Začiatkom marca 2019 kancelária predsedu vlády oznámila, že poľský rozpočet bude mať

²⁵ DORIN, S. *Digital Services Tax in France*. [online]. [cit. 15-12-2019]. Dostupné na: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/global/digital-services-tax-in-france>.

²⁶ GOUGH, S. *Digital Services Tax in the UK*. [online]. [cit. 15-12-2019]. Dostupné na: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/global/digital-services-tax-in-the-uk>.

prospech zo zavedenia digitálnej dane s predpokladanou hodnotou cca. 1 miliarda PLN ročne. V máji však ministerstvo financií odložilo ďalšie oznámenie na tento účel. V júli ministerstvo financií oznámilo, že pracuje na návrhu zákona o zdaňovaní určitých digitálnych služieb, ktorého východiskovým bodom by mal byť návrh smernice ES prijatý v marci 2019. Po schválení návrhu rozpočtu na nasledujúci kalendárny rok, v ktorom absentovala digitálna daň a jej výber sa Poľsko vyhradilo k tomu, že v budúcnosti sa DST bude uplatňovať, avšak zatiaľ sa ministerstvo bude naďalej zapájať do diskusií na fórach EÚ a OECD a bude čakať na iniciatívy z prostredia EÚ. Teraz sa však predpokladá, že DST sa v Poľsku bude uplatňovať na: príjmy z online reklamy, predaja údajov získaných z informácií poskytnutých používateľom a z iných digitálnych služieb a určí sa vo výške 3 % ako to vyplýva z návrhu EÚ.²⁷

IV. ZÁVER

V predostretom príspevku sme si vytýčili ako hlavný cieľ rozanalyzovať vybrané aspekty digitálnej ekonomiky, a to najmä zdaňovanie digitálnych služieb a načrtnúť možné ďalšie tendencie smerom do budúcnosti za súčasného overenia nastolených hypotéz.

Bez nároku na úplnosť sme sa snažili poskytnúť stručný exkurz vybraným aspektom digitálnej ekonomiky – zdaňovania digitálnych služieb, a to nielen v podmienkach Slovenskej republiky, ale aj iných štátoch, pričom neopomenuli sme ani navrhované právne úpravy na medzinárodnej úrovni (EÚ a OECD).

Nosnou hypotézou, ktorú sme si v úvode článku stanovili overiť, bolo – či digitálne služby sa majú zdaňovať. Táto hypotéza sa nám potvrdila, a preto môžeme konštatovať, že digitálne služby by sa mali zdaňovať, a to odhliadnuc od toho, že sa zastiera primárny cieľ (rozpočtovo – právny význam) navrhovanej právnej úpravy zrovnoprávnením podnikateľov podnikajúcich na tradičnej báze a podnikateľov využívajúcich digitálne modely. Z nášho uhla pohľadu je najdôležitejší rozpočtový význam, keďže Európska komisia odhaduje, že členské štáty by mohli získať príjmy až vo výške 5 miliárd eur ročne. Otáznejšie je to, ako to dosiahnuť, a preto sme pokračovali v overovaní ďalších, čiastkových hypotéz.

Taktiež musíme konštatovať, že existujúce nástroje zdaňovania nepostačujú na zdaňovanie príjmov z digitálnych služieb a je preto potrebné zaviesť novú daň, ktorá by sa zakladala na princípe zdaňovania v mieste, kde sa hodnota a zisk skutočne generujú. Ide teda o odklon od tradičného zdaňovania založeného na fyzickej prítomnosti subjektu na konkrétnom mieste.

Keďže súčasné nástroje zdaňovania nepostačujú na zdaňovanie digitálnych služieb, nastolili sme ďalšie hypotézy s tým súvisiace, a síce či je potrebné nájsť medzinárodný, či európsky model zdaňovania alebo bude vhodnejšie ponechať zdaňovanie digitálnych služieb v daňovej suverinite jednotlivých štátov. So zreteľom na to, že v rámci EÚ je vybudovaný jednotný vnútorný trh a slobody s tým súvisiace, sme toho názoru, že je potrebné hľadať aspoň európsky model zdaňovania digitálnych služieb.

Jedným dychom však treba dodať, že momentálne nie je možné dosiahnuť konsenzus na úrovni EÚ, a preto reálnejšími sa zdajú byť unilaterálne právne úpravy, čo bude zaujímavé aj z toho hľadiska, aké stanovisko k tomu zaujme Súdny dvor EÚ.

Spracovaná problematika predstavuje len úvod do diskusie, pretože len tou možno dospieť k efektívnemu riešeniu zdaňovania digitálnych služieb, ktorých význam a rozsah bude narastať vo svete digitálnej ekonomiky aj naďalej.

KEÚČOVÉ SLOVÁ

Digitálna ekonomika, digitálne služby, daň.

²⁷ SIKORA, B. *Digital Services Tax in Poland*. [online]. [cit. 15-12-2019]. Dostupné na: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/poland/digital-services-tax-in-poland>.

KEY WORDS

Digital Economy, Digital services, Tax.

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. BABČÁK, V. *Daňové právo na Slovensku*. 1. vydanie. Bratislava: EPOS, 2015. 750 s. ISBN 978-80-562-0091-9.
2. BHOGAL, S. et al. European Union: Taxing The Digital Economy And Digital Service Tax Proposals Impacting The United Kingdom And The European Union. 2019. [online]. [cit. 29-12-2019]. Dostupné na: <http://www.mondaq.com/uk/x/821258/withholding+tax/Taxing+The+Digital+Economy+And+Digital+Service+Tax+Proposals+Impacting+The+United+Kingdom+And+The+European+Union>.
3. BONK, F. O zdaňovaní príjmov v kontextoch zdieľanej ekonomiky. In *Justičná revue*, roč. 70, 2018, č. 12, s. 1342 - 1356.
4. BRÖSTL, A. a kol.: *Teória práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013. s. 45. ISBN 978-80-7380-425-1.
5. DORIN, S. *Digital Services Tax in France*. [online]. [cit. 15-12-2019]. Dostupné na: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/global/digital-services-tax-in-france>.
6. EURACTIV. *Štáty Únie sa na digitálnej dani nedohodli, krajiny V4 plánujú konať na vlastnú päsť*. [online]. [cit. 24-12-2019]. Dostupné na: <https://euractiv.sk/section/buducnost-eu/news/staty-unie-sa-na-digitálnej-dani-nedohodli-krajiny-v4-planuju-konat-na-vlastnu-past/>.
7. Európska komisia: *Zdaňovanie digitálneho hospodárstva*. [online]. [cit. 24-12-2019]. Dostupné na: <https://www.consilium.europa.eu/sk/policies/digital-taxation/>.
8. Európska komisia: *Európska rada, 19. – 20. októbra 2017*. [online]. [cit. 24-12-2019]. Dostupné na: <https://www.consilium.europa.eu/sk/meetings/european-council/2017/10/19-20/>.
9. GOUGH, S. Digital Services Tax in the UK. [online]. [cit. 15-12-2019]. Dostupné na: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/global/digital-services-tax-in-the-uk>.
10. HRABČÁK, L. Výzvy pre daňové právo v podobe Blockchain technológie. In *Zborník príspevkov zo 6. ročníka Jarnej internacionalizovanej školy doktorandov UPJŠ 2019*. Košice: ŠafárikPress, 2019. 250 s. ISBN 978-80-8152-741-8.
11. HRABČÁK, L. „Virtuálna mena“ a právo. In *Vplyv moderných technológií na právo: recenzovaný zborník príspevkov z vedeckej konferencie*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2019. 310 s. ISBN 978-80-8152-728-9.
12. OECD (2019), *“Tax and Digitalisation”*, OECD Going Digital Policy Note, OECD, Paris. [online]. [cit. 29-12-2019]. Dostupné na: <http://www.oecd.org/tax/beps/tax-and-digitalisation.pdf>.
13. Office of the United States Trade Representative Ambassador Robert E. Lighthizer. *Report on France’s Digital Services Tax Prepared in the Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974*. [online]. [cit. 15-12-2019]. Dostupné na: https://ustr.gov/sites/default/files/Report_On_France%27s_Digital_Services_Tax.pdf.
14. PAPULA, J. a kol. *Manažérska ekonomika*. 1. vydanie. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017. 258 s. ISBN 978-80-7552-808-7.

15. SIKORA, B. *Digital Services Tax in Poland*. [online]. [cit. 15-12-2019]. Dostupné na: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/poland/digital-services-tax-in-poland>.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTOROV

Mgr. Ladislav Hrabčák

Interný doktorand

UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta

Katedra finančného práva, daňového práva a ekonómie

E-mail: ladislav.hrabcak@student.upjs.sk

JUDr. Monika Stojáková

Interná doktorandka

UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta

Katedra finančného práva, daňového práva a ekonómie

E-mail: monika.stojakova@student.upjs.sk

NIEKOĽKO POZNÁMOK K ULPÍANOVEJ “ZÁUJMOVEJ” TEÓRIÍ DEĽBY PRÁVA A JEJ RELEVANCII PRE SÚČASNÝ SLOVENSKÝ PRÁVNÝ PORIADOK

SEVERAL REMARKS ON ULPIAN’S LAW DIVISION THEORY AND ITS APPLICABILITY IN RECENT SLOVAK LEGISLATION

Ján Ivančík

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-03>

ABSTRAKT

Autor v príspevku poukazuje na účel a význam dichotomickej deľby práva, ktorej autorstvo je v zmysle Digest priznávané Ulpianovi. Na niekoľkých aktuálnych prípadoch (najmä ochrana spotrebiteľa a informačný systém bezpečnosti na športových podujatiach) analyzuje relevanciu záujmovej teórie pre súčasnú slovenskú legislatívu.

ABSTRACT

The author identifies the purpose and value of the dichotomous law division (authorship of which is pursuant to Digest given to Ulpian) by applying it on several examples in recent Slovak legislation (particularly consumer protection and security remedies at sporting events).

I. ÚVOD

*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*¹ Takto znie Ulpianova syntéza toho, čo treba vnímať ako právo verejné a čo má, naopak, patriť do dispozície súkromných subjektov. V teórii práva sa pre ňu zaužívalo pomenovanie záujmová teória.

Uvedená deľba sa doposiaľ považuje za fundament kontinentálneho právneho systému a stala sa podkladom aj pre ďalšie odôvodnenia bipartície práva. V nadväznosti na meniace sa spoločensko-ekonomické pomery ale vyvstáva otázka, či jej relevancia odoláva zubu času. Aj bez hlbšieho bádania je totiž možné identifikovať viaceré prieniky medzi právom verejným a súkromným.

Tento príspevok chce poukázať na jeden zo základných princípov, ktorý slovenský právny poriadok zdedil z rímskeho práva a na niekoľkých aktuálnych príkladoch analyzuje vhodnosť jeho prelomenia pri modernej právnej regulácii. Prvá časť článku je za týmto účelom venovaná rozboru Ulpianovho výroku, ako aj spôsobu jeho aplikácie v intenciách rímskeho práva. Druhá časť sa zameriava na vybrané prelomenia skúmaného princípu v slovenskom práve, s cieľom posúdiť ich vhodnosť, nevyhnutnosť a účelnosť.

Príspevok je zároveň zamyslením sa nad východiskovým stavom a potenciálnymi výzvami pre deľbu práva v budúcnosti, ako aj nad súčasným významom jedného z mála teoretických

¹ Ulp. D.1.1.1.2: “Verejné právo (*ius publicum*) sa vzťahuje na úžitok rímskeho štátu, právo súkromné (*ius civile*) na záujem jednotlivcov: lebo niečo sa týka verejného úžitku, niečo súkromného.” (preklad BLAHO P., VAŇKOVÁ, J.: *Corpus Iuris Civilis, Digesta*; Tomus I., Bratislava: Eurokódex, 2008, str. 53).

poznatkov kazuisticky zameraného rímskeho právneho poriadku. Rozhodne si nekladie za cieľ vyčerpávajúco pokryť túto náročnú a obsiahlu otázku. Skôr chce byť vkladom do diskusie, ktorej, podľa mienky autora, doposiaľ nebol v podmienkach slovenskej právnej vedy venovaný dostatok priestoru.

II. “ZÁUJMOVÁ” TEÓRIA DEĽBY PRÁVA V RÍMSKOM PONÍMANÍ

Z notoricky známeho Ulpiánovho výroku o delení práva na súkromné a verejné vytvorili právní teoretici takzvanú záujmovú teóriu.² Jej podstatou je posúdenie konkrétnej oblasti právnych vzťahov na základe toho, či má záujem na predmetnej regulácii štát alebo súkromné osoby. Na základe takéhoto delenia potom vzniká potreba ingerencie štátnej moci alebo ponechanie plnej dispozície nad týmito vzťahmi na súkromnú sféru.

Hoci je dichotómia práva v antickom Ríme často prezentovaná ako delenie právneho poriadku s jasne stanovenými hranicami, uvedená predstava nie je založená na skutočnosti.³ Rímska jurisprudencia totiž iba zadefinovala, že existuje markantný rozdiel medzi tým, čo je potrebné vnímať ako súkromné právo a čo verejné. Medzi predmetnými oblasťami však nikdy nebola stanovená jasná deliaca čiara, pretože mnohé pravidlá z jednej sféry sa prelínali do druhej a vyskytovali sa tiež právne normy, ktoré stáli na pomedzí súkromného a verejného práva.⁴ Navyše treba brať ohľad aj na skutočnosť, že vývoj skúmaných pojmov sa dovŕšil až prostredníctvom práce pandektistov v 18. a 19. storočí.⁵

V už naznačených intenciách je taktiež nevyhnutné poukázať na skutočnosť, že súkromné právo bolo v antickom Ríme ponímané diametrálne odlišne, než je to v súčasnosti. Ulpiánov výrok totiž pokračuje aj ďalej a stanovuje nasledovné: “*Súkromné právo sa rozdeľuje na tri časti, pretože sa skladá z práva prirodzeného, práva národov a práva civilného.*”⁶ Uvedený fragment opisuje tzv. tripartíciu súkromného práva a v romanistických kruhoch sa vedie živá diskusia o jeho pôvodnosti. Existuje totiž viacero relevantných dôkazov, naznačujúcich, že klasickí rímski právnici rozoznávali iba bipartíciu (Ulpián na *praecepta naturalia* alebo *praecepta civilia*, Gaius zas na *ius civile* a *ius gentium*) a tretia zložka bola do definície pridaná až v poklasickom období.⁷ Na účely tejto práce je však postačujúce načrtnúť, že samotné chápanie súkromného práva bolo v rímskoprávných črtách zásadne odlišné od súčasného slovenského.

Napriek vyššie uvedenému má rímskoprávna deľba práva doposiaľ zásadný význam a to aj s preklenutím faktu, že počas totalitného socialistického režimu bola vnímaná ako prežitok “vykorisťovateľskej triedy” na zabezpečenie svojho bohatstva.⁸ Opäť si tak našla cestu do recentnej slovenskej právnej teórie i praxe. Význam záujmovej teórie a dedičstva rímskoprávnej deľby práva dodnes podčiarkuje potrebnú mieru ingerencie štátu do súkromnoprávných vzťahov, ako aj základ vnímania súkromného práva, ktorým je rovnosť subjektov právnych vzťahov.⁹ Ako protiklad je kladené verejné právo, kde štát prejavuje svoj záujem na určitom

² FÁBRY, B. – KROŠLÁK, D. Verejné a súkromné právo – nové výzvy v systematike práva. In: Acta facultatis iuridicae Universitatis Comenianae, Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Tomus: 25, 1/2007, str. 48.

³ Pre podrobnosti ohľadom vnímania súkromného a verejného práva v Ríme pozri: SKŘEJPEK, M.: *Ius privatum – ius publicum, vzájemné vztahy a souvislosti*, In: Acta Universitatis Carolinae, Iuridica, 38/2-3, 1992, str. 35 – 164.

⁴ KINCL, J.; URFUS, V.; SKŘEJPEK, M.: *Římské právo*. 2. vydání, Praha: C.H. Beck, 1995, str. 55.

⁵ Tamtiež.

⁶ Ulp. D.1.1.1.2: “*Privatum ius tripartitum est: Collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*”

⁷ Pre viac o tripartícií, resp. bipartícií práva pozri: BRTKO, R.; ČUNDERLÍK ČERBOVÁ, V.; NEMEC, M.: *Prirodzené právo – jeho vývoj a prvky v rímskom a v kánonickom práve*. 1. vyd., Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2014, str. 20-26.

⁸ Pre viac o socialistickom vnímaní rímskeho súkromného práva pozri: GREGOR, M.: *Postavenie rímskeho práva v socialistickej spoločnosti a fenomén socialistickej právnej romanistiky*, In: Právny obzor, 1/2018, str. 27-42

⁹ Dnes je možné diferencovať medzi rovnosťou zmluvných strán v hmotnoprávnom ponímaní a rovnosťou sporových strán v procesnom aspekte. V intenciách rímskeho práva je takéto delenie, pochopiteľne, nemožné, nakoľko procesná stránka práva bola nerozlučne spätá s hmotnoprávnymi inštitútmi.

usporiadaní vzťahov a donucuje subjekty práva k plneniu. V súkromnom práve tiež možno identifikovať aplikáciu právnych princípov na základe dlhodobej tradície, zatiaľ čo vo verejnom práve dominuje aktuálny spoločensko-politický kontext.¹⁰

Práve rovnosť subjektov právnych vzťahov je zásadný princíp, ktorý je vo veľkej miere symptomatický pre vnímanie súkromného práva a v mnohom tiež vyjadruje diferenciačné momentum.¹¹ V tomto ohľade možno poukázať na procesnú stránku, najmä na klasické obdobie a formulový proces, ktorý azda najkrajšie ilustruje princíp rovnosti sporových strán a postavenie sudcu iba ako nestranného arbitra bez inkvizičnej právomoci.¹² Na rozdiel od donucovacieho charakteru verejného práva, kde štát autoritatívne presadzuje svoj záujem, vnímame rovnosť strán ako princíp, ktorý je charakteristický pre právo súkromné. Samozrejme, aj procesné chápanie synalagmy bolo v rímskom chápaní o čosi odlišnejšie, než je to v súčasnosti.¹³ Napriek tomu platí, že Ulpianovu deľbu práva v mnohom odzrkadľuje práve rovnosť, resp. nerovnosť účastníkov právnych vzťahov.

Ako už bolo naznačené, samotní Rimania si však uvedomovali, že stanoviť presné hranice medzi verejným a súkromným je prakticky nemožné. Presahy sú nevyhnutné a nevyhnutná je aj zmena spoločenských a ekonomických pomerov, ktorá misky váh v priebehu dejín zásadne vychýľuje. Potvrdzuje to napokon aj dlhovekosť rímskeho impéria a mnohopočetné zmeny v jeho štátnom zriadení. Už počas existencie Rímskej ríše preto dochádzalo k násobným zmenám v prizme na právny poriadok a potrebu adaptácie azda najlepšie ilustruje cisár Justinian vo svojej konštitúcii Tanta zo 16. decembra 533, ktorou boli publikované Digesta.¹⁴

Tento právny prameň v podstate ilustruje, že prirodzené právo (ako súčasť práva súkromného) je nemenné a absolútne, avšak adaptovateľné. Na účely nášho zamyslenia preto môžeme dôvodiť, že zmenu presahu medzi verejným a súkromným v priebehu dejín by Rimania nehodnotili ako čosi “zlé”, pokiaľ sa takéto zmeny dejú v súlade s prirodzeným právom.¹⁵

Pre úplnosť je ale potrebné poukázať aj na nedokonalosti záujmovej teórie, na ktoré právni teoretici poukazujú dlhodobejšie.¹⁶ Fábry v tomto smere cituje Hobbesa a konštatuje, že základnou námietkou proti Ulpianovmu deleniu práva je fakt, že právo vždy chráni záujmy štátu

¹⁰ SVÁK, J.: Princíp otvorenej spoločnosti a jej ústavnoprávne limity, In: Princípy v práve. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie, Bratislava: SAP, 2015, str. 38.

¹¹ Rovnosť býva často identifikovaná ako jeden z tzv. implicitných princípov, ktoré sú princípmi vysokého stupňa všeobecnosti. Pre viac pozri: BOGUSZAK, J.; ČAPEK, J.; GERLOCH, A.: Teorie práva. 2. přeprac. vyd., Praha: ASPI Publishing, 2004, str. 270.

¹² GREGOR, M.: Kontradiktórnosť v rímskom formulovom procese, In: Procesné prostriedky a inštitúty rímskeho a kánonického práva, Praha: Leges, 2017, str. 197.

¹³ LENHARTOVÁ, K.: Princíp rovnosti strán a kontraktualnej slobody, In: Míľniky práva v stredoeurópskom priestore. Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou, v dňoch 19. –21. 3. 2015 v priestoroch ÚZ NR SR Častá-Papiernička pod záštitou dekana Univerzity Komenského v Bratislave, Právnickej fakulty, doc. JUDr. Eduarda Burdu, PhD., 2015, str. 553-554.

¹⁴ Čl. 18 konštitúcie Tanta: “*Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt. humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea. quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas depererat), non desperamus quaedam postea emergi negoria, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata.*” Preklad (BLAHO, P.; VANKOVÁ, J.: Corpus Iuris Civilis, Digesta; Tomus I.) “*Ale pretože iba božské veci sú úplne dokonalé, avšak stav ľudského poriadku je taký, že sa neustále ponáhľa do neznámeho nekonečna a nie je v ňom nič také, čo by mohlo zostať nehybné – lebo príroda má naponáhlo, aby stvorila mnohé nové formy – naisto rátame s tým, že sa neskôr vynoria právne úkony, ktoré doteraz nie sú zauzlené kľúčami zákonov.*”

¹⁵ V romanistickej teórii je možné identifikovať názor, že z konštitúcie Tanta vyplýva aj skutočnosť, že rovnosť ako jeden z princípov prirodzeného práva je nemenná, avšak v reálnom živote ju nemožno vnímať iba aritmeticky, ale ako proporciu. Autori v tomto prípade, samozrejme, poukazujú na rovnosť medzi ľuďmi, nie na rovnosť medzi zmluvnými, či sporovými stranami. Analogicky však tento prípad možno použiť aj na účely zamyslenia v tomto článku. Ako sa budeme snažiť poukázať nižšie, aj rovnosť strán býva narušená z dôvodu vyrovňania faktickej nerovnosti - teda ako proporcia. Porovnaj: BRŤKO, R.; ČUNDERLÍK ČERBOVÁ, V.; NEMEC, M.: Prirodzené právo – jeho vývoj a prvky v rímskom a v kánonickom práve. 1. vyd., str. 39.

¹⁶ Pre viac pozri napr.: SINGH, M., P.: German Administrative Law In Common Law Perspective, Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, str. 4.

a spoločnosti, a to už tým, že zabraňuje vojne všetkých proti všetkým.¹⁷ Zaujímavou otázkou je v tomto prípade tiež, či verejný záujem treba chápať egoisticky ako záujem zákonodarcu alebo altruisticky ako záujem povinného subjektu.¹⁸ V neposlednom rade možno ako nedostatok vnímať aj skutočnosť, že v dnešnom ponímaní nie sú identifikovateľné ostré hranice medzi jednotlivými súčasťami práva, ktoré sa často prelínajú.¹⁹ Ako sme sa ale v tejto stati už snažili naznačiť, ani rímskoprávne ponímanie pravdepodobne nikdy nesmerovalo k akémusi jednoznačnému škatuľkovaniu. Ulpianovo delenie malo zrejme skôr smerovať k stanoveniu základného rámca pre posudzovanie toho, ktorého právneho vzťahu a stanoviť potrebu miery ingerencie štátnej regulácie do spoločenských vzťahov (inak povedané, mieru záujmu štátu).

III. PRELÍNANIE SÚKROMNÉHO A VEREJNÉHO PRÁVA V SLOVENSKOM PRÁVNOM PORIADKU

Bipolárne delenie práva je po roku 1989 opäť aj v slovenských podmienkach jedným zo základných kameňov teórie práva. Hoci bolo rímskoprávne dedičstvo v našom právnom poriadku výrazne prítomné aj v minulosti, zásadnú diskontinuitu v tradičnej dichotómii vniesla do slovenského práva už zmienená socialistická teória, ktorá principiálne odmietala deľbu na súkromné a verejné právo, nakoľko súkromné právo malo byť odsúdené na postupný zánik.²⁰

Po páde totalitného režimu sa slovenský právny poriadok opätovne vrátil k rímskoprávnym koreňom, pričom deľba práva na súkromné a verejné je v istej forme akcentovaná aj v čl. 2 Ústavy Slovenskej republiky.²¹ Zmena spoločenského zriadenia, digitalizácia a moderné spoločensko-ekonomické vzťahy ale so sebou prinášajú aj nové výzvy pre právo a rímskoprávna dichotómia práva, odôvodňovaná „záujmovou“ teóriou, preto čelí aktuálnym výzvam.

Niet pochyb o tom, že existuje množstvo príkladov, kedy nemožno stanoviť presné a zreteľné hranice medzi súkromným a verejným právom. Presahy medzi normami súkromného a verejného práva možno identifikovať v rodinnoprávnych vzťahoch, rovnako tak často splýva verejný a súkromný záujem aj v predpisoch pracovného práva. Napokon, ako sme už ilustrovali v prvej časti tohto príspevku, nepreklenuteľné bariéry a jasne stanovený právny dualizmus v plnej miere neexistovali ani v antickom Ríme. Pri častej nadprodukcii legislatívnych predpisov ale nemálo dochádza aj k nesystematickým zásahom, ktoré sa zo svojej podstaty priečia základom teórie práva. Tomu sa Rimania, najmä vďaka svojej snahe pridržať sa tradícií za každých okolností, snažili čo najviac vyhnúť.

Otázka potrebnej miery ingerencie štátnej moci do súkromných vzťahov jednotlivcov je v každom jednotlivom prípade vždy na mieste. Nakoľko však ide o rozsiahlu tému, ktorú v intenciách tohto príspevku nie je ani zďaleka možné vyčerpávajúco obsiahnuť, chce autor aspoň na selektívnych prípadoch, ktoré považuje za aktuálne, analyzovať vplyv prieniku verejného prvku do spoločenských vzťahov, ako aj mieru jeho relevancie, a to najmä v komparácii s rímskoprávnym dedičstvom, na ktoré dichotómia práva nadväzuje.

1. Spotrebiteľské právo

Najmä pod vplyvom európskeho práva sa za poslednú viac než dekádu udomácnila v slovenskom právnom poriadku potreba výraznej ochrany spotrebiteľa. Táto potreba je s pribúda-

¹⁷ FÁBRY, B.; KROŠLÁK, D.: Verejné a súkromné právo - nové výzvy v systematike práva, str. 48.

¹⁸ Tamtiež.

¹⁹ ILLYOVÁ, Z.: Právo súkromné a verejné, In: Comenius, 2017, dostupné online: <https://comenius.flaw.uniba.sk/index.php/kategorie/pravne-dejiny-filozofia/31-pravo-sukromne-a-verejne>, [navštívené: 20.12.2019].

²⁰ Tamtiež.

²¹ Podľa tejto normy sú orgány verejnej moci oprávnené vykonávať svoje kompetencie výlučne v medziach zákona, zatiaľ čo fyzické a právnické osoby môžu konať všetko, čo im zákon nezakazuje.

júcou elektronizáciou a praktickou neobmedzenou dostupnosťou poskytovaných služieb stále aktuálnejšia.

Podstatu spotrebiteľskej ochrany najlepšie ilustruje §52 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej ako „Občiansky zákonník“), ktorý v ods. 4 spotrebiteľa definuje ako fyzickú osobu, ktorá pri uzatváraní a plnení spotrebiteľskej zmluvy nekoná v rámci predmetu svojej obchodnej činnosti alebo inej podnikateľskej činnosti. V zmysle ods. 1 citovaného predpisu je spotrebiteľskou zmluvou každá zmluva, ktorú uzatvára spotrebiteľ s dodávateľom (teda osobou, ktorá koná v rámci predmetu svojej obchodnej, resp. podnikateľskej činnosti). Esenciou úmyslu zákonodarcu je preto ochrana fakticky slabšej strany, ktorá vstupuje do právneho vzťahu s osobou, ktorá ju svojim arzenálom znalostí o problematike, resp. možnosťami vlastnej právnej ochrany násobne prevyšuje. Zákonodarca tak vstupuje do rýdzo súkromnoprávneho vzťahu medzi dvoma právne rovnocennými subjektmi a za účelom odstránenia faktickej nerovnosti strán priznáva jednej strane väčšiu právnu ochranu, než druhej.

Spotrebiteľské právo je v slovenských podmienkach stále relatívne mladou oblasťou. Preto nie je udivujúce, že jeho transpozícia bola vykonávaná nesystematicky a spôsobila mnoho teoretických, ako aj aplikačných problémov. Za všetky príklady možno zmieniť aspoň jeden, ktorý dnes pôsobí pomerne bizare, a síce, že po transpozícii smernice bola samotná definícia spotrebiteľa odlišne stanovená v Občianskom zákonníku a v osobitnom predpise na ochranu spotrebiteľa.²²

Nedokonalosť právnej úpravy a komplikácie s pribúdajúcimi reguláciami zdôrazňuje aj roztrieštenosť ochrany spotrebiteľa do početných predpisov. Okrem všeobecnej úpravy, ktorá je obsiahnutá v §52 a nasl. Občianskeho zákonníka, resp. v zákone č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov nachádzame ochranu spotrebiteľa roztrúsenú aj v ďalších predpisoch.²³ Vystáva preto otázka, či by tak zásadný zásah do rovnosti subjektov súkromného práva nemal byť upravený komplexnejšie a prehľadnejšie. Pri súčasnej roztrieštenosti je totiž otázne, či môže spotrebiteľ vôbec byť informovaný o penze svojich práv.

Pri ochrane spotrebiteľa teda dochádza k úmyselnému a cielenému prelomu základov teórie práva o bipolarite práva.²⁴ Zákonodarca si je vedomý, že nabúrava zmluvnú a procesnú rovnosť. Robí to však so zámerom protežovania slabšej strany, aby právna stránka dorovnala nerovnosť v skutkovom postavení zmluvných účastníkov.²⁵ Niektorí autori spájajú tento úmysel s ideou spravodlivosti v zmluvných vzťahoch.²⁶ Takáto koncepcia je z nášho pohľadu relatívne ľahko spochybniteľná²⁷, súhlasíme však s tým, že globalizácia, elektronizácia, narasta-

²² Pre viac pozri: CSACH, K.: Dezintegrácia slovenského právneho systému právom na ochranu spotrebiteľa, In: Vplyv medzinárodného a európskeho práva na právny poriadok Slovenskej republiky. Zborník príspevkov, Košice: UPJŠ, Právnická fakulta, 2007, str. 10-26.

²³ Spomenúť treba najmä zákon č. 102/2014 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri predaji tovaru alebo poskytovaní služieb na základe zmluvy uzavretej na diaľku alebo zmluvy uzavretej mimo prevádzkových priestorov predávajúceho a o zmene a doplnení niektorých zákonov; zákon č. 391/2015 Z. z. o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov a o zmene a doplnení niektorých zákonov; zákon č. 161/2011 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri poskytovaní niektorých služieb cestovného ruchu a o zmene a doplnení niektorých zákonov; zákon č. 128/2002 Z. z. o štátnej kontrole vnútorného trhu vo veciach ochrany spotrebiteľa a o zmene a doplnení niektorých zákonov; zákon č. 147/2001 Z. z. o reklame a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

²⁴ V tomto smere je, samozrejme, prelomená nielen záujmová teória, ale aj akékoľvek iné odôvodnenie deľby na súkromné a verejné právo. Pre účely tohto príspevku je však zásadná výlučne analýza s ohľadom na rímskoprávne dedičstvo.

²⁵ Bližšie k cieľom a zamýšľanému účelu európskej legislatívy pozri: CHEREDNYCHENKO, O., O.: Rediscovering the public/private divide in EU private law, In: European Law Journal, 6/2019, New Jersey: Wiley-Blackwell, str. 6.

²⁶ Pre viac pozri: PAVLOVOVÁ, M.: Zásada rovnosti a ochrana slabšej strany v súkromnom práve, In: Visegrad Journal on Human Rights, 1/2014, Bratislava: Paneurópska vysoká škola, Fakulta práva, str. 111-116.

²⁷ Ideu spravodlivosti možno vnímať z rôznych uhlov pohľadu a vychádzať sa dá z početných teoretických koncepcií. Podľa názoru autora je spochybniteľné, či sa dá za naplnenie princípu spravodlivosti v zmluvných vzťahoch považovať prípad, kedy sa jednej strane priznáva viac práv a umelo sa znižuje potrebná miera jej ostražitosti z dôvodu, že jej protista-

júci vplyv nadnárodných korporácií a neustále sa zvyšujúci počet zmluvných vzťahov, do ktorých bežný jednotlivec vstupuje, si vyžaduje istú mieru zásahu v prospech spotrebiteľa.

Najvyšší súd Českej republiky sa pri hľadaní maximálnej miery zásahu zákonodarcu do autonómie vôle zmluvných strán stotožnil s teóriou, podľa ktorej je v demokratickom a právnom štáte sloboda jedinca štátom garantovaná, nie však poskytovaná, a preto prichádza obmedzenie autonómie vôle strán do úvahy iba vtedy, ak by jej dôsledné uplatňovanie viedlo k ohrozeniu právom uznaného verejného záujmu. To sa deje okrem iného vtedy, ak by jej aplikácia mohla smerovať k založeniu, či prehĺbeniu prirodzenej nerovnosti medzi subjektmi právnych vzťahov (napr. pri spotrebiteľských zmluvách).²⁸

Sumárne tak môžeme dôvodiť, že moderné právne vzťahy si vyžadujú istý presah verejnej ochrany v prospech spotrebiteľa a akési pokrivenie právnej rovnosti zmluvných subjektov za účelom hľadania istej kompenzácie faktického stavu.

Za každých okolností ale treba mať na pamäti cieľ a účel stanovovanej úpravy, ako aj mieru, v akej sa bude narušovať čisto súkromnoprávny vzťah dvoch zmluvných subjektov. Máme totiž za to, že prílišná angažovanosť práva v prospech spotrebiteľa môže mať za následok oslabenie prvku ostražitosti a rozvážnosti subjektov práva. Aj vyššie citované rozhodnutie českého najvyššieho súdu zdôrazňuje, že faktická nerovnosť spočíva v tom, že „profesionál” sa nachádza v lepšom postavení, pretože „*je dostatočne vybavený k tomu, aby svoje rozhodnutia vopred a dôkladne zvážil so všetkou opatrnosťou a odbornosťou.*”²⁹ Poskytnutie neprimeranej ochrany spotrebiteľovi podľa nášho názoru môže viesť k paradoxnému záveru, kedy aj spôsobilý subjekt právneho vzťahu nebude motivovaný k tomu, aby svoje rozhodnutia zvažoval, a to ani po odbornej stránke, ani dostatočne opatrne.³⁰ Ohľad tiež treba brať na skutočnosť, že faktická nerovnosť medzi subjektmi zmluvného vzťahu sa dokáže prejaviť aj tým, že dodávateľ môže inovovať svoje metódy a napriek právnej ochrane spotrebiteľove slabiny využije iným spôsobom. Ochrana spotrebiteľa sa v zmysle načrtnutého môže ľahko zmeniť na akúsi nefunkčnú barličku, ktorá síce zavedie väčšiu mieru byrokracie a popretia základného prvku súkromného práva, avšak nepovedie k želanému cieľu.³¹

De lege ferenda bude zaujímavé sledovať vývoj spotrebiteľského práva s rozvojom technológií. Je ľahko predstaviteľné, že v blízkej budúcnosti poskytnú dostupné aplikácie rýchle vyhodnotenie rizík a úskalí zmluvného vzťahu pre spotrebiteľa. V zásadnej miere sa týmto spôsobom dá predstaviť zánik faktickej nerovnosti medzi dodávateľom a spotrebiteľom. Bude v takom prípade spotrebiteľské právo obsolentné a dôjde k dôslednému návratu k rovnosti zmluvných strán v intenciách bežného súkromnoprávneho vzťahu?

na je skúsenejšia, resp. disponuje väčším kapitálom (globalizácia a elektronizácia, ktorá prináša prakticky neobmedzené možnosti získania odbornej rady v reálnom čase to *de facto* iba zvyrazňuje). Podľa autora v tomto ohľade ide skôr o snahu o ochranu spotrebiteľa, a to za účelom predchádzania nenávratným škodám, ktoré faktická nerovnosť zmluvných strán so sebou prináša a pre sociálne orientovaný štát znamenajú neprimerane zvýšenú mieru záťaže. V opačnom prípade (t.j. ak by bolo cieľom dosiahnuť spravodlivosť) by mala byť zvýšená právna ochrana poskytovaná aj fakticky „nerovnej” fyzickej osobe, ktorá vstupuje do právneho vzťahu s inou fyzickou osobou (napr. chudobnejšiemu, či menej vzdelanému).

²⁸ Pre viac pozri rozsudok NSČR zo dňa 30. mája 2007, sp. zn. 28 Cdo 1222/2007.

²⁹ Tamtiež.

³⁰ Príkladom v tomto smere môže byť narastajúca zadlženosť v Slovenskej republike, najmä v období sviatkov, kedy spotrebiteľia (pravdepodobne bez dostatočnej miery opatrnosti) prístupujú k uzatváraniu pôžičiek, či nákupov na splátky bez ohľadu na svoje finančné možnosti. Ani zvyšujúca sa miera ochrany spotrebiteľa tak nevedie k želanému výsledku, práve naopak, môže mať za následok spoliehanie sa spotrebiteľov na „spravodlivosť”, ktorá zakročí proti korporáciám. Pozri: <https://www.etrend.sk/financie/v-priemere-8-tisic-eur-pocas-vianoc-si-ludia-beru-viac-uverov.html> alebo dáta od Asociácia finančných sprostredkovateľov a finančných poradcov, vid': <https://www.finreport.sk/financie/mnohi-slovaci-sa-pred-vianocami-zadlzuju-viaceri-klienti-si-uver-vyberaju-nerozvazne/>.

³¹ Záverom tejto krátkej úvahy nemožno zabudnúť ani na subjekty, ktoré sú v zmysle zákonnej úpravy vnímané ako spotrebiteľ, no vďaka svojim odborným znalostiam a skúsenostiam môžu mať často lepšie postavenie, než „malý” podnikateľ, za ktorým nestojí aparát odborníkov, ako to prezumuje zákonná úprava. V tomto duchu je zaujímavá aj idea ochrany právnických osôb ako spotrebiteľov.

2. Verejné športové podujatia a súkromno-verejný register

Úplne odlišným príkladom, na ktorý chceme v skratke poukázať, je informačný systém bezpečnosti na športových podujatiach (ďalej len "informačný systém"), ktorý je osobitosťou slovenského právneho poriadku, zavedenou zákonom č. 1/2014 Z.z. o organizovaní verejných športových podujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Ide o *lex specialis*, ktorým zákonodarca chcel reagovať na výtržnosti divákov počas verejných športových podujatí.³² Z hľadiska dichotómie práva je pomerne svojským a netradičným riešením zavedenie informačného systému - evidencie o fyzických osobách, vykazujúcej výslovne verejnoprávny charakter, pričom správa tejto evidencie je zverená subjektom súkromného práva. V zmysle §22 ods. 2 obsahuje informačný systém okrem iného údaje o uložených sankciách v súvislosti s účasťou na verejných podujatiach, alebo pri ktorých osobách boli trestné, resp. správne/disciplinárne konania skončené iným spôsobom, než uložením sankcie. Súčasťou evidencie sú navyše aj citlivé osobné údaje, fotografia tváre, či iné charakteristiky slúžiace na identifikáciu fyzickej osoby.

Špecifikom predmetnej úpravy je teda zverenie obsahovo verejnoprávneho registra do rúk športového zväzu, ktorý je vo všetkých ostatných ohľadoch potrebné vnímať výlučne ako subjekt súkromného práva. Nie celkom identifikovateľný je aj dôvod, na základe ktorého zákonodarca vybral ako povinné osoby na prevádzku informačného systému výlučne národný športový zväz futbalu a hokeja.³³

Zmienovaný príklad možno považovať za osobitý druh prieniku, keď na subjekt súkromného práva (športový zväz) prenáša zákonodarca povinnosť prevádzky verejného registra. Bez explicitnejšej explanácie tak dochádza k prielomu v delbe práva a z nie celkom zrejmých dôvodov sú na subjekty súkromného práva prenesené kompetencie, bežne prináležiace orgánu verejnej správy. Nakoľko z nášho pohľadu neexistuje dostatočné teoretickoprávne odôvodnenie skúmaného kroku zákonodarcu a neexistujú ani presvedčivé faktické dôkazy potvrdzujúce efektívnosť legislatívnej úpravy, možno ju považovať za nesystematický zásah do klasickej delby práva.

3. Sumárne poznámky k ďalším prienikom medzi súkromným a verejným právom

Na pomedzí medzi právom súkromným a verejným možno v zmysle záujmovej teórie, samozrejme, identifikovať aj ďalšie zaujímavé prípady. Príkladmo možno poukázať na rodinné právo, ktoré je výslovne súkromnoprávnou záležitosťou, avšak záujem štátu na ochrane rodiny bol eminentný v antickom Ríme a tento stav zostáva nezmenený aj v súčasnosti.³⁴

Ďalšou ukážkou môže byť právo sociálneho zabezpečenia, ktoré je v narastajúcej komplexnosti spoločenských vzťahov čoraz aktuálnejšou otázkou. Cieľom tohto právneho odvetvia je ochrana sociálneho postavenia jednotlivca. Je teda v záujmovej sfére súkromného subjektu a zdanlivo v ňom niet miesta pre verejný prvok. Právo sociálneho zabezpečenia je však mocenským zásahom štátu do osobnej sféry konkrétneho subjektu, preto majú tieto normy verejnoprávny charakter.³⁵

³² Dôvodová správa k zákonu uvádza, že "návrh zákona bol vypracovaný v súlade s Koncepciou boja proti diváckemu násiliu na roky 2013 – 2016".

³³ Z dôvodovej správy k zákonu vyplýva, že fenomén diváckeho násillia je najsilnejší na futbalových stretnutiach (čo predkladateľ dôvodovej správy v nadväznosti na medzinárodné dohovory považuje za preukázané, v podstate bez potreby ďalšieho dokazovania). S ohľadom na hokej dôvodová správa uvádza výlučne nasledovné: "Cieľom zákona je regulovať predovšetkým tie podujatia, na ktorých dochádza k neslušnostiam či dokonca diváckemu násiliu (futbal, hokej), ako aj podujatia, kde je bezpečnostné riziko dané prítomnosťou väčšieho počtu osôb alebo naplnením kapacity hľadiska športového zariadenia."

³⁴ FÁBRY, B.; KROŠLÁK, D.: Verejné a súkromné právo - nové výzvy v systematike práva, str. 48.

³⁵ ILLYOVÁ, Z.: Právo súkromné a verejné, In: Comenius, 2017, dostupné online: <https://comenius.flaw.uniba.sk/index.php/kategorie/pravne-dejiny-filozofia/31-pravo-sukromne-a-verejne>, [navštívené: 20.12.2019].

Notoricky známym je aj opačný príklad, kedy pre súčasné chápanie výslovne verejnoprávna oblasť bola v Ríme vnímaná ako súčasť práva súkromného. Reč je o trestaní deliktov (*delictum*), ktoré Rimania chápali ako porušenie súkromného práva.³⁶ Iba *crimen* bolo považované za porušenie ustanovení práva verejného. Išlo teda o také konanie, ktoré odporovalo verejnemu právu, obsiahnutému v jednotlivých zákonoch.³⁷

III. ZÁVER

Záujmovú teóriu, ktorej autorstvo je priznávané Ulpianovi, nemožno vnímať bezvýhradne a všeobíjmajúco. Nebola tak mienená v čase jej zavedenia a početné odchýlky od nej možno identifikovať aj v súčasnom slovenskom právnom poriadku. Napriek tomu bipartipácia práva doposiaľ nestráca svoj zrejmy význam.

S meniacim sa okolitým svetom, pochopiteľne, vznikajú aj nové výzvy, na ktoré musí právny poriadok reagovať. Nadalej však platí, že dichotomická deľba práva má nesporný význam a posudzovanie vhodnej miery ingerencie medzi jej prvkami je potrebné vykonávať v každom osobitnom prípade nanajvýš citlivo. Samotní Rimania totiž očakávali veľké zmeny, ktoré každý právny poriadok musí podstúpiť a vnímali aj potrebu adaptácie. Základné princípy vyjadrené v prirodzenom práve však mali zostať zachované.

V tomto krátkom príspevku sa autor snažil načrtnúť niekoľko aktuálnych prípadov prelínania sa súkromného a verejného práva v slovenskom práve a posúdiť ich vhodnosť a nevyhnutnosť. Aj na základe vyššie obsiahnutej analýzy možno dospieť k záveru, že tieto prípady sú narušením základného princípu, pričom každá výnimka z pravidla by mala byť zúžená na nevyhnutnú mieru a jej legislatívna úprava by mala byť čo najprehľadnejšia. To sa vo viacerých, autorom analyzovaných prípadoch nepotvrdilo, a de lege ferenda môže byť pre slovenského zákonodarcu potenciálnou výzvou zamyslieť sa nad možnou nápravou vzniknutého stavu.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

deľba práva, spotrebiteľské právo, súkromné a verejné právo, zákon o organizácii verejných športových podujatí, záujmová teória

KEY WORDS

Division of law, Consumer protection, Public and private law, Act on organization of public sporting events, interests theory

POUŽITÁ LITERATÚRA

Pôvodné pramene

1. BLAHO P., VAŇKOVÁ, J.: Corpus Iuris Civilis, Digesta; Tomus I., Bratislava: Eurokódex, 2008, ISBN 9788089363070

Odborná literatúra

1. BRTKO, R.; ČUNDERLÍK ČERBOVÁ, V.; NEMEC, M.: Prirodzené právo – jeho vývoj a prvky v rímskom a v kánonickom práve. 1. vyd., Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2014, ISBN 978-80-7160-381-8.
2. BOGUSZAK, J.; ČAPEK, J.; GERLOCH, A.: Teorie práva. 2. přeprac. vyd., Praha: ASPI Publishing, 2004, ISBN: 80-7357-030-0.

³⁶ Porovnaj Macer D. 48.1.0.

³⁷ FRÝDEK, M.; SCHELLE, K.: Majetek po odsouzení, In: Dny práva. Ovlivňování sféry soukromého práva právem veřejným v minulosti, Brno: Masarykova univerzita, 2012, str. 42.

3. CSACH, K.: Dezintegrácia slovenského právneho systému právom na ochranu spotrebiteľa, In: Vplyv medzinárodného a európskeho práva na právny poriadok Slovenskej republiky. Zborník príspevkov, Košice: UPJŠ, Právnická fakulta, 2007.
4. CHEREDNYCHENKO, O., O.: Rediscovering the public/private divide in EU private law, In: European Law Journal, 6/2019, New Jersey: Wiley-Blackwell, <https://doi.org/10.1111/eulj.12351>.
5. FÁBRY, B. – KROŠLÁK, D. Verejné a súkromné právo – nové výzvy v systematike práva. In: Acta facultatis iuridicae Universitatis Comenianae, Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Tomus: 25, 1/2007.
6. FRÝDEK, M.; SCHELLE, K.: Majetek po odsouzení, In: Dny práva. Ovlivňování sféry soukromého práva právem veřejným v minulosti, Brno: Masarykova univerzita, 2012.
7. GREGOR, M.: Kontradiktórnosť v rímskom formulovom procese, In: Procesné prostriedky a inštitúty rímskeho a kánonického práva, Praha: Leges, 2017.
8. GREGOR, M.: Postavenie rímskeho práva v socialistickej spoločnosti a fenomén socialistickej právnej romanistiky, In: Právny obzor, 1/2018.
9. ILLYOVÁ, Z.: Právo súkromné a verejné, In: Comenius, 2017, dostupné online: <https://comenius.flaw.uniba.sk/index.php/kategorie/pravne-dejiny-filozofia/31-pravo-sukromne-a-verejne>, [navštívené: 20.12.2019].
10. KINCL, J.; URFUS, V.; SKŘEJPEK, M.: Římské právo. 2 vydání, Praha: C.H. Beck, 1995, ISBN: 80-7179-031-1.
11. LENHARTOVÁ, K.: Princíp rovnosti strán a kontraktualnej slobody, In: Míľniky práva v stredoeurópskom priestore. Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou, v dňoch 19. –21. 3. 2015 v priestoroch ÚZ NR SR Časť-Papiernička pod záštitou dekana Univerzity Komenského v Bratislave, Právnickej fakulty, doc. JUDr. Eduarda Burdu, PhD., 2015.
12. PAVLOVOVÁ, M.: Zásada rovnosti a ochrana slabšej strany v súkromnom práve, In: Visegrad Journal on Human Rights, 1/2014, Bratislava: Paneurópska vysoká škola, Fakulta práva.
13. SINGH, M., P.: German Administrative Law In Common Law Perspective, Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, ISBN 978-3-540-42365-2, <https://doi.org/10.1007/978-3-662-02457-7>.
14. SKŘEJPEK, M.: Ius privatum – ius publicum, vzájemné vztahy a souvislosti, In: Acta Universitatis Carolinae, Iuridica, 38/2-3, 1992.
15. SVÁK, J.: Princíp otvorenej spoločnosti a jej ústavnoprávne limity, In: Princípy v práve. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie, Bratislava: SAP, 2015.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

Mgr. Ján Ivančík

doktorand

Univerzita Komenského v Bratislave,

Právnická fakulta,

Katedra rímskeho práva, kánonického a cirkevného práva

Šafárikovo námestie č. 6, 810 00 Bratislava

Tel.: +421 2 9012 9289

E-mail: jan.ivancik@flaw.uniba.sk

NATIONAL AND CONSTITUTIONAL IDENTITY IN THE CASE-LAW OF CONSTITUTIONAL COURTS OF THE VISEGRAD GROUP

NÁRODNÁ A ÚSTAVNÁ IDENTITA V JUDIKATÚRE ÚSTAVNÝCH SÚDOV ŠTÁTOV VYŠEHRADSKÉJ SKUPINY

Valéria Miháliková

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-04>

ABSTRACT

After the inclusion of the EU's obligation to respect national identities of its Member States into the primary law of the European Union, the notion of national identity has become an object of the interest of constitutional courts of EU Member States. They have, at the same time, started to use the notion of constitutional identity with regard to the European integration in their case-law. The object of this article is to analyse the case-law of the constitutional courts of the Visegrad group regarding the notions of national identity and constitutional identity and to analyse the means of using these concepts in their case-law, in particular with regard to the use of the concept of national identity within the meaning of the Article 4 (2) of the Treaty on European Union in the case-law of the Court of Justice of the European Union.

ABSTRAKT

Po tom, čo bola v primárnom práve Európskej únie ustanovená povinnosť Únie rešpektovať národné identity jej členských štátov, sa stal pojem národná identita čoraz častejším objektom pozornosti ústavných súdov členských štátov Únie. Súčasne sa v judikatúre týchto súdov začal v súvislosti s európskou integráciou používať pojem ústavná identita, mnohokrát spájaný práve s národnou identitou. Cieľom tohto článku je priblížiť judikatúru ústavných súdov štátov Vyšehradskej skupiny zaoberajúcu sa pojmami národná identita a ústavná identita a zhodnotiť spôsob, akým sú tieto koncepty v ich judikatúre využívané, a to predovšetkým s ohľadom na využitie konceptu národnej identity v zmysle článku 4 ods. 2 Zmluvy o Európskej únii v judikatúre Súdneho dvora Európskej únie.

I. INTRODUCTION

European Union is without any doubt an extraordinary project. However, the features which make it extraordinary and also fascinating have many times become its stumbling block. EU Member States, having voluntarily conferred the exercise of their competences on the European Union while aiming to fulfil the objectives of the Union provided for in its Founding Treaties, have oftentimes been a perfect example of cooperation in Europe. However, their EU membership brings with it also obstacles arising from the very keystone of this membership – limiting their competences. Gradual extension of the membership base as well as the reforms of the Treaties have been accompanied by the endeavour to resolve the ongoing issue – the relationship between the European Union and its Member States and their respective legal orders.

One of the manifestations of this endeavour was the inclusion of the EU's obligation to respect national identities of its Member States into the primary law of the European Union, the roots of which may be found in the times of the Maastricht Treaty¹ preparation. Specific attention has been paid to this obligation during the preparatory work on the so called Constitutional Treaty and later on the Lisbon Treaty from 2009. The result of the treaty-makers' endeavour is therefore the Article 4(2) of the Treaty on the European Union (hereinafter referred to as „TEU“) according to which „[t]he Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State.“²

However, although the reference to the national identity in the EU primary law occurred already in 1993, it was its changed version within the Lisbon Treaty, which has begun to attract attention of EU Member States. And because of more frequent references to the national identity in the submissions of national courts of EU Member States, the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as „CJEU“) could – although in a limited way – clarify the possibilities of the Article 4(2) TEU's application in practice. Even though the number of the CJEU's decisions regarding the national identity has increased over time, national identity in the EU law is still a notion which is approached differently within the literature. To this situation contributes without doubt also a fact that certain – especially constitutional – courts of EU Member States approach the notion of national identity differently and in sharp contrast with the approach of the Court of Justice of the European Union.

The aim of this paper is to describe the way and circumstances in which the national and constitutional identity is approached by constitutional courts of the Visegrad group and compare their approaches with that of the Court of Justice of the European Union. Based on this comparison, it will be possible to conclude whether the national and constitutional identity as comprehended within the case-law of these constitutional courts corresponds to the concept of national identity within the Article 4(2) TEU in a way in which the CJEU interprets it.

1. NATIONAL IDENTITY AND CONSTITUTIONAL IDENTITY AND PRACTICAL ISSUES REGARDING THE APPLICATION OF THE ARTICLE 4(2) TEU

One of the matters contributing to ambiguities regarding the concept of national identity within the EU law is its replacing by the concept of constitutional identity. Although the CJEU in its judgments does not explicitly contest the link of the national and constitutional identity,³ it cannot be maintained that it uses these notions interchangeably. It is furthermore questionable whether the very notion of constitutional identity is approached in the same way by the CJEU and constitutional courts of EU Member States.

Within the scientific literature, it is possible to find the notions such as national constitutional identity⁴ as well as the cases when the authors use the notion of constitutional identity

¹ Article F(1) of the Maastricht Treaty stated: „The Union shall respect the national identities of its Member States, whose systems of government are founded on the principles of democracy.“

² Treaty on the European Union, OJ C 202, 7.6.2016, p. 13–388.

³ See, in this regard, for example the judgment of the Court of Justice of 22 December 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/08, EU:C:2010:806. Austrian government pointed out national provisions which are according to it a part of the Austrian constitutional identity. Court of Justice stated that the above-mentioned provisions which may be considered to be a part of the Austrian national identity may be taken into consideration while balancing a legitimate interest of Austria and the right to free movement provided for by the EU law.

⁴ VON BOGDANDY, A. and SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. In *Common Market Law Review*. ISSN 0165-0750, 2011, vol. 48, no. 5, p. 1417 – 1453.

and national identity without any regard to the situations within which they are used.⁵ Furthermore, in the judgment of the Constitutional Court of Hungary, there is a notion of constitutional self-identity used – without any further clarification – in connection with the notion of national identity within the Article 4(2) TEU.⁶

According to Cloots, these notions cannot be used interchangeably. She claims that the obligation to respect national identities of the Member States, as enshrined in Article 4(2) TEU, rests on different normative assumptions than the claim, made by certain constitutional courts, that European law must comply with constitutional identity for it to be applicable in the domestic legal order. Whereas the Union's obligation to pay heed to national identity is grounded in a liberal concern for the respectful treatment of the members of a multinational political community, the constitutional courts' preoccupation with constitutional identity rests on a particular conception of sovereignty. Furthermore, according to Cloots, the Treaty makers had good reasons for writing into the EU Treaty a requirement of respect for the Member States' national identities rather than the States' sovereignty or their constitutional identity.⁷

On the contrary, Bogdandy and Schill mention the obligation to respect the national constitutional identity of EU Member States, by pointing out particularly the changed wording of the previous Article 6 TEU⁸ to today's Article 4(2) TEU. According to them, the latter makes it possible to overcome the idea of absolute primacy of EU law and to permit to domestic constitutional courts to invoke, under certain limited circumstances, constitutional limits to the primacy of EU law.⁹

Rosenfeld points out in this regard that it is necessary to differentiate modern constitutional identity from national identity, however, two communities – national and constitutional – are different, although they may overlap and their base may be exactly the same or at least closely linked. Constitutional identity is therefore according to him constructed vis-à-vis national identity, it is, however, consistent with it and has to be continuously in a dynamic tension with national as well as other identities.¹⁰

The above-mentioned conceptual ambiguities regarding the concept of national identity enshrined in the Article 4(2) TEU are closely linked with its application in practice. National identity used interchangeably as a constitutional identity – as an unamendable core of a Member State's constitution – would result in applying this concept as an exception to the absolute primacy of the EU law over national law of EU Member States. Such understanding of national identity would be contrary to the EU law which – according to the established case-law of the CJEU – has primacy even over constitutional law of an EU Member State.¹¹ However, approaching the obligation to respect the national identity as a somehow protective element during EU law-making or as a possibility to justify not fulfilling obligations stemming from EU law for a certain Member State would have foreseeable and less undesirable effects and, what is more, fully consistent with the EU law.

As already mentioned, it is possible to find different opinions in the literature as regards the application of the concept of national identity. According to Bogdandy and Schill, the

⁵ BLAGOJEVIĆ, A. Procedures Regarding National Identity Clause in the National Constitutional Court's and the CJEU's Case-law. In *EU and Comparative Law Issues and Challenges*. ISSN 2459-9425, 2017, no. 1, p. 210 – 237.

⁶ Decision of the Hungarian Constitutional Court of 30 November 2016, 22/2016 (XII. 5.) AB.

⁷ CLOOTS, E. National Identity, Constitutional Identity and Sovereignty in the EU. In *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2016, vol. 45, no. 2, p. 83 – 84.

⁸ Article 6(3) TEU in the wording of the Amsterdam Treaty stated: "The Union shall respect the national identities of its Member States."

⁹ VON BOGDANDY, A. and SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty, op cit., p. 1420.

¹⁰ ROSENFELD, M. Constitutional Identity. In ROSENFELD, M. and SAJÓ, A. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 758.

¹¹ Decision of the Court of Justice of 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11-70, EU:C:1970:114.

Article 4(2) TEU may be used as a possibility to overcome the absolute primacy of EU law over national law, because it allows national constitutional courts to invoke, under certain limited circumstances, constitutional limits to the primacy of the law of the European Union.¹² On the contrary, Guastafarro maintains that the Article 4(2) TEU should be applied within ordinary functioning of the Union and its Member States, thus not only in exceptional cases.¹³

II. NATIONAL AND CONSTITUTIONAL IDENTITY IN THE CASE-LAW OF CONSTITUTIONAL COURTS OF THE VISEGRAD GROUP

2.1. Poland

Polish Constitutional Court mentions in its case-law mostly constitutional identity of Poland, which is, however, part of more widely constructed national identity alongside traditions and culture. In the case-law of Polish Constitutional Court, constitutional identity is clearly linked with the sovereignty of Poland which – together with its independence – means confirmation of the primacy of Polish nation to determine its own fate. The normative manifestation of that principle is inter alia Article 90 of Polish constitution, in the light of which the sovereignty of Poland is expressed in the inalienable competences of the organs of the state, constituting the constitutional identity of the state.

According to the Polish Constitutional Court, the competences under the prohibition of conferral manifest about a constitutional identity and thus they reflect the values the Constitution is based on. Constitutional identity is therefore „[...] a concept which determines the scope of “excluding - from the competence to confer competences – the matters which constitute [...] «the heart of the matter», i.e. are fundamental to the basis of the political system of a given state” [...], the conferral of which would not be possible pursuant to Article 90 of the Constitution.”¹⁴ The competences under the prohibition of conferral are, among others, decisions specifying the fundamental principles of the constitution and decisions concerning the rights of the individual which determine the identity of the state, including, in particular, the requirement of protection of human dignity and constitutional rights, the principle of statehood, the principle of democratic governance, the principle of a state ruled by law, the principle of social justice, the principle of subsidiarity, as well as the requirement of ensuring better implementation of constitutional values and the prohibition to confer the power to amend the Constitution and the competence to determine competences. The guarantee of preserving the constitutional identity of the Republic of Poland has been Article 90 of the Constitution and the limits of conferral of competences specified therein.¹⁵

The concept of national identity enshrined in the Article 4(2) TEU is, according to the Polish Constitutional Court, an equivalent of the concept of constitutional identity. The latter is closely related to national identity which includes also traditions and culture. In this regard, *Trybunał Konstytucyjny* pointed out to the Preamble of the Treaty on European Union, that expresses one of the objectives of the European Union, which is to satisfy the desire to deepen the solidarity between their peoples while respecting their history, their culture and their traditions. Polish Constitutional Court then noted that the idea of confirming one's national identity

¹² VON BOGDANDY, A. and SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty, op cit., p. 3. Similarly, BESSELINK, L.F.M.: National and Constitutional Identity before and after Lisbon. In *Utrecht Law Review*, ISSN 1871-515X, 2010, vol. 6, no. 3, p. 36 – 49.

¹³ GUASTAFARRO, B.: Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause. Jean Monnet Working Paper 01/12.

¹⁴ Decision of the Polish Constitutional Court of 24 November 2010, K 32/09, p. 2.1.

¹⁵ Ibid.

ty in solidarity with other nations, and not against them, constitutes the main axiological basis of the European Union, in the light of the Treaty of Lisbon.¹⁶

As regards the conferral of competences, its limit is determined also axiologically in that sense that the Republic of Poland and an organisation or an institution, onto which the competences have been conferred, must embody common system of universal values, such as the system of democratic governance, observance of human rights.¹⁷ *Trybunał Konstytucyjny* also added that the values expressed in the constitution and the Treaty of Lisbon determine the axiological identity of Poland and the European Union. At that time only the draft of economic, social and political systems contained in the Treaty, which stipulates the respect for dignity and freedom of the individual, as well as respect for the national identity of the Member States, is fully consistent with the basic values of the Polish Constitution, confirmed in its Preamble, which includes the indication of historical, traditional and cultural context that determines national identity, which is respected in the EU within the meaning of Article 4(2) of the Treaty on European Union.¹⁸

As stated by Śledzińska-Simon and Ziolkowski, the concept of constitutional identity established by the Polish Tribunal entails substantive limitations on the legislative power of granting consent for the ratification of international treaties conferring competences to an international organization or institution. It also contains a competence norm addressed to the constitutional adjudicator to ensure that the limits of conferral are not overstepped in this process.¹⁹

2.2. Hungary

In relation to the Constitutional Court of Hungary, identity – national as well as constitutional – is mentioned within the literature mostly in connection with the decision 22/2016 (XII. 5.) AB²⁰ regarding the interpretation of the Article E(2) of the Hungarian Constitution.²¹ According to the Hungarian Constitutional Court, Article E(2) imposes limitations on the transferred and jointly exercised competences. On the one hand, the joint exercising of a competence shall not violate Hungary's sovereignty and on the other hand, it shall not lead to the violation of constitutional identity.²²

Similarly, as other constitutional courts, Hungarian Constitutional Court maintains that the constitutional self-identity of Hungary is not a list of static and closed values and that it interprets it on a case-by-case basis. Nevertheless, it mentions some constitutional values as an example of what may constitute a constitutional identity – freedoms, the division of powers, republic as the form of government, respect of autonomies under public law, the freedom of religion, exercising lawful authority, parliamentarism, the equality of rights, acknowledging judicial power as well as the protection of the nationalities living in Hungary.²³ The protection of constitutional self-identity may be raised in the cases having an influence on the living conditions of the individuals, in particular their privacy protected by fundamental rights, on

¹⁶ Ibid., p. 2.1.

¹⁷ Ibid., p. 2.2.

¹⁸ Ibid., p. 2.2.

¹⁹ ŚLEDZIŃSKA-SIMON, A. and ZIÓLKOWSKI, M.: Constitutional Identity of Poland: Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty? [online] Available at: <https://ssrn.com/abstract=2997407>.

²⁰ Decision of the Hungarian Constitutional Court of 30 November 2016, 22/2016, (XII. 5.) AB.

²¹ Article E(2) of the Hungarian constitution states: "With a view to participating in the European Union as a Member State and on the basis of an international treaty, Hungary may, to the extent necessary to exercise the rights and fulfil the obligations deriving from the Founding Treaties, exercise some of its competences arising from the Fundamental Law jointly with other Member States, through the institutions of the European Union. Exercise of competences under this paragraph shall comply with the fundamental rights and freedoms provided for in the Fundamental Law and shall not limit the inalienable right of Hungary to determine its territorial unity, population, form of government and state structure."

²² Ibid., p. 53 and 54.

²³ Ibid., p. 64 and 65.

their personal and social security, and on their decision-making responsibility, and when Hungary's linguistic, historical and cultural traditions are affected.²⁴

Hungarian Constitutional Court also emphasizes that the constitutional self-identity of Hungary is a fundamental value not created by the Fundamental Law – it is merely acknowledged by the Constitution of Hungary. Consequently, constitutional identity cannot be waived by way of an international treaty and Hungary can only be deprived of its constitutional identity through the final termination of its sovereignty, its independent statehood. Although Hungarian Constitutional Court differentiates between sovereignty and constitutional identity, it points out that these have several common points, thus their control should be performed with due regard to each other.²⁵

In connection with the above-mentioned judgment, Kochenov and Bard state that the definition of constitutional identity provided for by the Hungarian Constitutional Court is so vague that it can be considered as an attempt of granting a *carte blanche* type of derogation to the executive and the legislative from Hungary's obligations under EU law.²⁶

While attempting to understand the notion of national as well as constitutional identity from the Hungarian Constitutional Court's point of view, it is almost impossible to overlook the context and circumstances in which the above-mentioned decision was adopted.²⁷ Halmai speaks in this regard of the abuse of constitutional identity and points out, inter alia, to the fact that the wording „the achievements of our historical constitution“ in the preamble of Hungarian constitution are utterly ambiguous, since no legal-scientific consensus exists in Hungary as to its precise nature. He also adds that the thousand years of the Hungarian historical constitution – with the exception of some brief moments – the dominant approach was an authoritarian one. Moreover, he straightforwardly links the decision 22/2016 to the unsuccessful attempt of the Hungarian government to change the constitution of Hungary in 2016 with the aim to avoid obligations stemming from the EU law regarding the so called refugee quotas.

As stated by Halmai, when the Hungarian Constitutional Court protects Hungary's constitutional identity using the pretext of protecting the rights of asylum seekers against collective expulsion, but aiming at not taking part in the joint European solution to the refugee crisis, it does so in a way that is inconsistent with the requirement of sincere cooperation under Article 4(3) TEU. It promotes national constitutional identity without accepting the constitutional discipline demanded by the European legal order. Such abuse of constitutional identity is therefore according to him nothing but national constitutional parochialism.²⁸

It should be added that the attempts of Hungarian government resulted in the change of the Hungarian constitution in 2018. In its changed wording, the protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State.²⁹

2.3. Czech Republic

Although the Czech Constitutional Court does not refer to Article 4(2) TEU in its decisions directly, neither does it use the notion of constitutional identity,³⁰ to the concept of constitu-

²⁴ Ibid., p. 66.

²⁵ Ibid., p. 67.

²⁶ KOCHENOV, D. and BÁRD, P.: Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasizing Enforcement. RECONNECT, Working Paper No. 1, 2018. [online] Available at: https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/07/RECONNECT-KochenovBard-WP_27072018b.pdf. P. 12.

²⁷ Moreover, the overall impression is completed by the rules according to which Hungarian constitutional judges are appointed.

²⁸ HALMAI, G. Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law. In *Review of Central and East European Law*. ISSN 0925-9880, 2018, vol. 43, no. 1, p. 23 – 42.

²⁹ Article R(4) of the Fundamental Law of Hungary.

tional identity corresponds in its case-law the concept of the so called material core of a constitution.³¹ It comprises of essential attributes of a democratic state governed by the rule of law the change of which is according to the Article 9(2) of the Czech Constitution impermissible.³² As regards more concrete content of these essential attributes, it is a result of the interpretation provided for by bodies applying the constitution in a concrete case. The guiding principle is undoubtedly the principle of inherent, inalienable, non-prescriptible, and non-repealable fundamental rights and freedoms of individuals, equal in dignity and rights. A system based on the principles of democracy, the sovereignty of the people, and separation of powers, respecting the cited material concept of a law-based state, is built to protect them. According to the Czech Constitutional Court, these principles cannot be touched even by an amendment to the constitution implemented formally in harmony with law, because many of them are obviously of natural law origin, and thus the state does not provide them, but may and must – as a constitutional state – only guarantee and protect them. However, a detailed list of these principles cannot be found in any constitutional provision or in the Constitutional Court's case-law. As stated by Czech Constitutional Court itself, it has no ambition to make such a list in a case or a catalogue either.³³

Kosař and Vyhnánek, besides constitutional identity in its form given by the Czech Constitutional Court, i.e. as an eternity clause, which they refer to as a legal constitutional identity in its thin version, differentiate also a so called legal constitutional identity in its thick version, comprised of additional principles of the substantive core that go beyond the eternity clause. These principles include for example a republican form of government or the nature of the Czech Republic as a unitary state that recognises territorial self-government. They also mention a so called popular constitutional identity which – in contrast to the legal constitutional identity which is based almost exclusively on the text of the Czech Constitution – goes beyond the constitutional text and is built around formative historical events in Czech as well as Czechoslovak history that are more understandable by the people than the abstract constitutional text. The popular constitutional identity comprises according to Kosař and Vyhnánek for example of the suffering of Czechs from the Germanisation and Catholicisation of politics, as well as the suppression of the autonomy of Czech lands under the Austrian Empire, the creation of an independent Czechoslovakia in 1918, the Great Depression in the late 1920s and early 1930s, the Munich Treaty of 1938 and the subsequent annexation of Czech lands by the Third Reich in 1939, the 1946 free parliamentary elections and the subsequent communist coup d'état in 1948, the Prague Spring in 1968, the Velvet Revolution of 1989 and the dissolution of Czechoslovakia in 1993.³⁴

This understanding of the constitutional identity is mentioned in relation to the decision of the Czech Constitutional Court Pl. ÚS 5/12 regarding Slovak pensions.³⁵ Although the Czech Constitutional Court ruled the CJEU's judgment in the *Landtová* case to be *ultra vires*, it mentions also the constitutional identity of the Czech Republic „[...] which it draws from the com-

³⁰ Exception could be its decision of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, however, in the *obiter dictum* of that decision the Czech Constitutional Court only pointed out an alleged deficit of a fair trial before the CJEU in the case C-399/09 *Landtová*.

³¹ As regards the connection between the Czech constitutional identity and the material core of the Czech constitution, see KOSAŘ, D. and VYHNÁNEK, L.: Constitutional Identity in the Czech Republic. In CALLIESS, CH. a VAN DER SHYFF, G.: *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. ISBN 978-1-108-48043-7, p. 85 – 113.

³² See decision of the Czech Constitutional Court of 3 May 2006, Pl. ÚS 66/04, p. 82.

³³ See decision of the Czech Constitutional Court of 26 November 2008, Pl. ÚS 19/08, p. 93.

³⁴ KOSAŘ, D. and VYHNÁNEK, L.: Constitutional Identity in the Czech Republic, op cit., p. 109.

³⁵ Decision of the Czech Constitutional Court of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12. See in that regard also KOMÁREK, J.: Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions, XVII. In *European Constitutional Law Review*. ISSN 1744-5515, 2012, vol. 8, no. 2, p. 323 – 337.

*mon constitutional tradition with the Slovak Republic, that is from the over seventy years of the common state and its peaceful dissolution, i.e. from a completely idiosyncratic and historically created situation that has no parallel in Europe.*³⁶

However, according to Kosař and Vyhnánek, the eternity clause does not pose a practical threat to the primacy of the EU law and the European integration because the Czech Constitutional Court's case-law can be considered quite euro-friendly.³⁷ As the only exception may according to them be considered the decision of the Czech Constitutional Court in the Holubec case, that, however, can be – in their regard – hardly seen as a true reflection of the Court's attitude towards EU law.³⁸

However, even if the above-mentioned decision was not considered as a reflection of the Court's attitude towards EU law, the Holubec decision as well as any other similar decision of whichever constitutional court of an EU Member State constitutes, in our view, a threat to the process of European integration. Such decisions may serve as an inspiration for some of the more resistant constitutional courts of EU Member States³⁹ which instead of a proper reasoning as regards the potential theoretical and practical issues regarding the application of the concept of national identity in a concrete case only refer to the related case-law of other constitutional courts.

Moreover, within the context of the relationship between the constitutional courts of EU Member States and the Court of Justice of the European Union, a decision considered in the literature to be a result of the frustrated constitutional court because of the situation in a given state appears to be even more inappropriate. It also seems paradoxical that a constitutional court emphasizing the necessity for the legal certainty and continuity of a constitution and its interpretation adopted a decision that – as was already mentioned – reminds of an individual excess resulting from an undesirable situation for the national constitutional court.

2.4. Slovak Republic

Constitutional Court of the Slovak Republic has not mentioned the Slovak constitutional identity in relation to the EU law yet. However, it refers to the constitutional identity in its decision Pl. ÚS 21/2014 where it cites the literature in relation to the implicit material core of the Slovak constitution.⁴⁰ According to the Slovak Constitutional Court, Slovak constitution is a value-oriented constitution with its implicit material core, which is necessary to be identified *ad hoc*. It, however, cannot be an *ad hoc* process in sense that „*a provision of the Constitution is one time considered to be a part of the implicit core of the Constitution and later, in another case, is considered to be an element beyond the scope of the implicit core of the Constitution.*“⁴¹ Such practice would be incompatible with the requirement of the legal certainty and thus with the characteristics of a state based on the rule of law which are a necessary part of an implicit material core of the constitution. „*Searching for an implicit material core of the Constitution is an ad hoc searching in a sense that in every case regarding a constitutionality of a constitutional law, it is necessary to examine whether a challenged provision of the Constitution, which is allegedly breached by a constitutional law, is really a part of an implicit material core of the Constitution.*“⁴²

Protection that is granted to the material core of the constitution serves as a protection of fundamental principles on which a modern European state is based on. According to the Slo-

³⁶ Decision of the Czech Constitutional Court of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, part VII.

³⁷ KOSAŘ, D. and VYHNÁNEK, L: Constitutional Identity in the Czech Republic, op cit., p. 101.

³⁸ Ibid., p. 105.

³⁹ As, for example, already mentioned decisions of the Polish and Hungarian constitutional courts.

⁴⁰ Decision of the Slovak Constitutional Court of 30 January 2019, Pl. ÚS 21/2014, p. 55.

⁴¹ Ibid., p. 93.

⁴² Ibid.

vak Constitutional Court, the material core of the constitution is composed of principles of a democratic state based on the rule of law within the meaning of the Article 1(1) of the Slovak constitution. These principles – according to the Slovak Constitutional Court’s case-law – are as follows: a principle of freedom, a principle of equality, a principle of human dignity, a principle of sovereignty of people – a principle of democracy respectively –, a principle of legality, supremacy of the constitution and laws, a principle of legitimacy, a principle of human rights and fundamental freedoms’ protection, a principle of legal certainty including protection of legally acquired rights and legitimate expectations as well as prohibition of direct retroactivity, a principle of protection of people’s trust in a legal order, a principle of justice known also as a principle of a state based on the rule of law, a principle of prohibition of arbitrariness – of prohibition of abuse of powers respectively, – a principle of proportionality, a principle of division of powers including a system of checks and balances and a principle of transparency or public control of the exercise of public authority.⁴³ However, Slovak Constitutional Court emphasizes that such a list of principles of a democratic state based on the rule of law is not final.⁴⁴

Such an understanding of a material core of a constitution is therefore very similar to the understanding of a constitutional core or a constitutional identity within the case-law of the Polish, Hungarian or Czech constitutional court. Its possible application is, however, still very difficult to predict. Slovak Constitutional Court is in its case-law quite euro-friendly,⁴⁵ it is however necessary to point out that similar wording may be found in the case-law of other constitutional courts of the Visegrad group. Nevertheless, it is for now reasonable to assume that Slovak Constitutional Court would object to the violation of an implicit material core of the Slovak constitution, it would however do so only in exceptional cases. In times of growing tensions though, it still remains a question where – according to Slovak Constitutional Court – a borderline of such an exception would be.

III. NATIONAL IDENTITY WITHIN THE CASE-LAW OF THE CJEU

Attention to the particular case-law of the Court of Justice of the European Union was already paid elsewhere,⁴⁶ we will, however, propose several conclusions in that regard.

Of a quite limited case-law of the CJEU regarding the national identity of EU Member States, its significant part pays attention to a linguistic or cultural aspect of this concept⁴⁷ as well as to the elements which are specific for a given Member State.⁴⁸ Court of Justice of the European Union considers the national identity to be a legitimate aim, nevertheless, in a case where a Member State refers to it, the CJEU applies a proportionality test.

However, in situations in which a Member State argues by the need of a higher fundamental rights protection,⁴⁹ the CJEU refuses non-compliance with the obligations stemming from

⁴³ See the decision of the Slovak Constitutional Court of 30 January 2019, Pl. ÚS 21/2014, p. 95 and the literature cited therein.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ See, for example, decisions of the Slovak Constitutional Court of 26 January 2011, Pl. ÚS 3/09 or of 29 April 2015, Pl. ÚS 10/2014.

⁴⁶ MIHÁLIKOVÁ, V.: Národná identita členského štátu ako dôvod poskytnutia odlišnej miery ochrany základných práv v porovnaní s Chartou základných práv EÚ. In *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. ISSN 0323-0619, 2018, vol. LXIV no. 4, p. 39-52.

⁴⁷ See, for example, judgment of the Court of Justice of 2 June 1996, *Commission v. Grand Duchy of Luxembourg*, C-473/93, EU:C:1996:263, judgment of the Court of Justice of 12 May 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291 and judgment of the Court of Justice of 16 April 2013, *Anton Las*, C-202/11, EU:C:2013:239.

⁴⁸ Judgment of the Court of Justice of 22 December 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/08, EU:C:2010:806 and judgment of the Court of Justice of 2 June 2016, *Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401.

⁴⁹ Which, as results from the above mentioned case-law of the constitutional courts of the Visegrad group, is a part of their constitutional identity. This fact was referred to by Spanish government in its comments in the proceedings before the

the EU law even when the Member State refers to its constitutional identity if it is necessary to maintain primacy, unity and effectiveness of EU law.⁵⁰ It should not be overlooked in this regard that values which are mentioned by most of the constitutional courts in this context correspond to values on which the European Union is based and which are enshrined in the Article 2 TEU.⁵¹ It is therefore – in our view – understandable that the CJEU does not accept non-compliance with the EU law obligations by a Member State based on that Member State's understanding of values which are promoted and respected by the European Union itself.

IV. CONCLUSION

As results from the above-mentioned, constitutional courts of the Visegrad group⁵² mostly use the concept of national identity understood as a material core of a constitution which cannot be affected not only by the European Union but also by the constituent power of the given state.

With the exception of the Slovak Constitutional Court, in relation to which it is only possible to speculate as regards its understanding of the national identity within the context of the Article 4(2) TEU, constitutional courts of the Visegrad group tend to be more resistant in relation to the Court of Justice of the European Union as well as the European Union in general. In the decision Pl. ÚS 5/12, the Czech Constitutional Court did not mention a violation of the constitutional identity of the Czech Republic, its approach however shows that it may come to this conclusion in the future. Moreover, it is impossible to overlook circumstances in Poland and Hungary when it comes to decisions of Polish and Hungarian constitutional courts.

We argue that the Article 4(2) TEU should not be an instrument used by constitutional courts in exceptional cases of conflict of the EU law and constitutional law of EU Member States and that it does not correspond to the concept of constitutional identity as an unchangeable core of a constitution or an eternity clause. National – or within the constitutional courts' point of view constitutional – identity would in this context be understood as a possibility of constitutional courts to rule that the EU law or an act of the European Union which only they would consider to be a part of the constitutional identity of a given state is inapplicable. The approach of constitutional courts of EU Member States is therefore in our view in contrast with the nature of the EU legal order. The concept of constitutional identity as they understand it does not correspond to the concept of national identity enshrined in the Article 4(2) TEU, in the sense of which the Member States should argue with the national identity only in proceedings before the CJEU and the EU legislator should take national identity of a Member State into consideration during the EU legislative process.

Even if we considered remarks regarding the constitutional identity in the case-law of the constitutional court isolatedly from the concept of national identity within the meaning of the Article 4(2) TEU,⁵³ it cannot be overlooked that in the case-law of these courts, the idea of protection of constitutional identity is used – in particular in comparison with constitutional courts of Germany, Italy or Spain – in an unreasonable way. References to the constitutional

Court of Justice in the case C-399/11 *Melloni* as well as Italian or German constitutional court in their decisions regarding a constitutional identity.

⁵⁰ See MIHÁLIKOVÁ, V: Národná identita členského štátu ako dôvod poskytnutia odlišnej miery ochrany základných práv v porovnaní s Chartou základných práv EÚ, op cit..

⁵¹ Article 2 TEU states: "The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail."

⁵² With the exception of the Constitutional Court of the Slovak Republic.

⁵³ Since it is not our aim to doubt the significance of the constitutional identity as such.

identity in the decision in which the constitutional court states that the act of the Union is an act *ultra vires* or in the decision adopted by the constitutional court which is referred to as political⁵⁴ constitute an undesirable occurrence in the process of European integration and are in contrast with the ideas of the openness towards the EU law declared in other decisions of the mentioned constitutional courts. The example of this may be the Czech Constitutional Court which often uses as an inspiration the case-law of the German Constitutional Court and refers to it in its decisions,⁵⁵ however, in its decision in the case Holubec, it maintained that the CJEU's judgment constitutes an act *ultra vires* without initiating proceedings before the CJEU and posing a preliminary question. It thus did not comply with the requirements of declaring an EU act to be an act *ultra vires* as drawn up by the German Constitutional Court in its case-law.⁵⁶

It is not, we believe, very presumptuous to say that even the most passionate supporters of deepening of European integration do not doubt the significance of values which generally constitute a material core of constitution. However, in the interest of common and mutually advantageous functioning of the EU Member States and the EU itself, it would be without doubt desirable if some of the constitutional courts re-evaluated their application of the concept of national or constitutional identity. National identity within the context of Article 4(2) TEU should be in our view referred to by the EU Member States and in particular by their constitutional courts mainly in proceedings before the CJEU and with the use of references which would provide for reasons to apply this concept as a legitimate aim recognized by the European Union. Values inherent in the constitutional identities of EU Member States in the sense of a material core of a constitution or a so called eternity clause should – in compliance with the principle of sincere cooperation of Union and its Member States – be also an object of an open dialogue in the preliminary question proceedings, in particular taking into account the fact that it is also in the interest of the European Union to have these values promoted and respected – especially in times when their violation is pointed out in relation to Member States the constitutional courts of which do not hesitate to claim that the constitutional identity may be violated in a given case and find a reason for not fulfilling the obligations stemming from the EU law. It thus resembles a „pot calling the kettle black“ situation. It, however, seems that in this case, the kettle stays clean.

KEY WORDS

national identity, constitutional identity, constitutional courts of the Visegrad group states, Court of Justice of the European Union

KĚÚČOVÉ SLOVÁ

národní identita, ústavní identita, ústavní soudy států Vyšehradskej skupiny, Súdny dvor Európskej únie

⁵⁴ See, for example, HALMAI, G.: The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity. *Verfassungsblog*, 2017. [online] Available at: <https://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/>

⁵⁵ Including the idea of the so called Europarechtsfreundlichkeit, i.e. the openness towards EU law.

⁵⁶ It also fulfilled that requirement and submitted a preliminary question for example in the case Gauweiler. See the decision of the German Constitutional Court of 14 January 2014, 2 BvR2728/13.

BIBLIOGRAPHY

Monographs and articles

1. BESSELINK, L.F.M.: National and Constitutional Identity before and after Lisbon. In *Utrecht Law Review*. ISSN 1871-515X, 2010, vol. 6, no. 3, <http://doi.org/10.18352/ulr.139>, p. 36 – 49;
2. BLAGOJEVIĆ, A. Procedures Regarding National Identity Clause in the National Constitutional Court's and the CJEU's Case-law. In *EU and Comparative Law Issues and Challenges*. ISSN 2459-9425, 2017, no. 1, p. 210 – 237;
3. CLOOTS, E. National Identity, Constitutional Identity and Sovereignty in the EU. In *Netherlands Journal of Legal Philosophy*. 2016, vol. 45, no. 2, <https://doi.org/10.5553/njlp.000049>, p. 83 – 84;
4. GUASTAFERRO, B.: Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause. Jean Monnet Working Paper 01/12. New York: NYU School of Law, 2012. ISSN 2161-0320;
5. HALMAI, G. Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law. In *Review of Central and East European Law*. ISSN 0925-9880, 2018, vol. 43, no. 1, <https://doi.org/10.1163/15730352-04301002>, p. 23 – 42;
6. HALMAI, G.: The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity. *Verfassungsblog*, 2017. [online] Available at: <https://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/>
7. KOCHENOV, D. and BÁRD, P.: Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasising Enforcement. RECONNECT, Working Paper No. 1, 2018. [online] Available at: https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/07/RECONNECT-KochenovBard-WP_27072018b.pdf;
8. KOMÁREK, J.: Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions, XVII. In *European Constitutional Law Review*. ISSN 1744-5515, 2012, vol. 8, no. 2, <https://doi.org/10.1017/s1574019612000193>, p. 323 – 337;
9. KOSAŘ, D. and VYHNÁNEK, L.: Constitutional Identity in the Czech Republic. In CALLIESS, CH. a VAN DER SHYFF, G.: *Constitutional Identity in a Europe of Multi-level Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. ISBN 978-1-108-48043-7, <https://doi.org/10.1017/9781108616256.005>, p. 85 – 113;
10. MIHALIKOVÁ, V.: Národná identita členského štátu ako dôvod poskytnutia odlišnej miery ochrany základných práv v porovnaní s Chartou základných práv EÚ. In *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. ISSN 0323-0619, 2018, vol. LXIV no. 4, <https://doi.org/10.14712/23366478.2018.32>, p. 39-52.
11. ROSENFELD, M. Constitutional Identity. In ROSENFELD, M. and SAJÓ, A. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. ISBN 978-0-19-957861-0, <https://doi.org/10.1093/law/9780199578610.003.0037>, p. 756 – 776;
12. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, A. and ZIÓŁKOWSKI, M.: Constitutional Identity of Poland: Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty? [online] Available at: <https://ssrn.com/abstract=2997407>;

13. VON BOGDANDY, A. and SCHILL, S. Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty. In *Common Market Law Review*. ISSN 0165-0750, 2011, vol. 48, no. 5, p. 1417 – 1453.

Decisions of constitutional courts

14. Decision of the Hungarian Constitutional Court of 30 November 2016, 22/2016 (XII. 5.) AB;
15. Decision of the Polish Constitutional Court of 24 November 2010, K 32/09;
16. Decision of the Czech Constitutional Court of 3 May 2006, Pl. ÚS 66/04;
17. Decision of the Czech Constitutional Court of 26 November 2008, Pl. ÚS 19/08;
18. Decision of the Czech Constitutional Court of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12;
19. Decision of the Slovak Constitutional Court of 30 January 2019, Pl. ÚS 21/2014;
20. Decision of the Slovak Constitutional Court of 26 January 2011, Pl. ÚS 3/09;
21. Decision of the Slovak Constitutional Court of 29 April 2015, Pl. ÚS 10/2014;
22. Decision of the German Constitutional Court of 14 January 2014, 2 BvR2728/13;

Judgments of the Court of Justice of the European Union

23. Judgment of the Court of Justice of 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11-70, EU:C:1970:114;
24. Judgment of the Court of Justice of 2 June 1996, *Commission v. Grand Duchy of Luxembourg*, C-473/93, EU:C:1996:263;
25. Judgment of the Court of Justice of 12 May 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291;
26. Judgment of the Court of Justice of 16 April 2013, *Anton Las*, C-202/11, EU:C:2013:239;
27. Judgment of the Court of Justice of 22 December 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/08, EU:C:2010:806;
28. Judgment of the Court of Justice of 2 June 2016, *Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401;

Other sources

29. Treaty on the European Union, OJ C 202, 7.6.2016, s. 13 – 388.

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

JUDr. Valéria Miháliková

PhD student

Pavol Jozef Šafárik University in Košice

Faculty of Law, Institute of International Law and European Law

Kováčska 26, 040 75 Košice

Telefón: +421 55 234 4128

E-mail: valeria.mihalikova@student.upjs.sk

THE IDEA OF COMMON GOOD IN NEW NATURAL LAW THEORY

IDEA OBECNÉHO DOBRA V NOVÉ TEORII PŘIROZENÉHO PRÁVA

Petr Osina

Palacky University in Olomouc, Law Faculty

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-05>

ABSTRACT

The article deals with the concept of common good in New Natural Law theory in the conception of its main representative John Finnis. At the beginning it concentrates on the description of common good and its importance in the context of the meaning of human existence. This has clear parallels with the description of common good in current catholic social teaching and it draws significantly from the teaching of St. Thomas Aquinas. The article continues with some critical views on Finnis's description and alternative natural law theory of common good. The importance of the concept of common good in New Natural Law theory is analyzed at the end of the article.

ABSTRAKT

Článek se věnuje analýze konceptu obecného dobra v učení Nové teorie přirozeného práva v pojetí jejího hlavního představitele Johna Finnise. Na začátku se zabývá vymezením obecného dobra a jeho významu v souvislosti se smyslem lidské existence. To má jasné paralely s popisem obecného dobra v současném katolickém sociálním učení a významně čerpá z učení Tomáše Akvinského. Na to navazuje ukázka několika kritických pohledů na Finnisovo pojetí a zároveň alternativní přirozenoprávní teorie obecného dobra. V závěru je pak pojednáno o významu konceptu obecného dobra v učení Nové teorie přirozeného práva.

I. INTRODUCTION

In the frames of thinking about the idea of the common good in the conception of New Natural Law theory we can focus on three main questions. The first explores the very content of the concept of common good in the doctrine of this legal philosophical school. It is also possible to ask whether such a concept of common good is in accordance with the doctrine of St. Thomas Aquinas. Finally, the third question seeks to justify possible deviations from the thomistic tradition. The following paragraphs should attempt to find answers to these questions.

II. FINNIS'S DEFINITION OF THE COMMON GOOD

Finnis's definition of the common good begins with an explanation of the concept of communion, which is a form of unifying relationship between human beings.¹ While Finnis represents the existence of diverse dimensions of unity in the human community, such as unity between persons, which is a function of their common physical and biological characteristics, his particular interest is focused on the relationship between persons that arises through joint action.²

¹ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 136.

² *Ibid.*, p. 137.

The community exists in this respect where there is coordination of the activities of persons over time with a view to a common objective.³ Finnis notes that there are different forms of community of varying degrees of intensity – from business associations (in which participants have private objectives, but have a common interest in the pursuit of certain conditions that facilitate the pursuit of their respective objectives) to that of friendship (in which the collaboration of each person is at least partly for the sake of the other person, and the common objective is the mutual realization of individual goals).⁴ All such forms of community are characterized by sharing some goals among the members of the community, explaining their ongoing cooperation.⁵

Finnis suggests that the common good denotes the common goal of the members of the community. He describes the common good as a set of conditions that allow members of the community to achieve a reasonable goal or to reasonably realize the values for which they have reason to cooperate (positively or negatively) within the community. Finnis notes that this term of common good is associated with two other meanings – first, that fundamental values are good for all human beings, and second, that each of the fundamental values is in itself a form of common good in that each good can be accomplished in an infinite number of ways and an unlimited number of persons.⁶

According to Finnis, the promotion of the common good of the community is a requirement of practical reason to guide individuals to pursue fundamental values. Since each of the fundamental values is equally good for all members of society, the pursuit of fundamental values by an individual cannot be done in a way that takes into account only personal gain; rather, they must be considerate of the ideal of integral human fulfillment.⁷ The demand for the promotion of the common good is a reworking of the master principle of morality (which means that all human choices should be open to integral human fulfillment) because it is human behavior in the context of social life and any aspirations for fundamental values are relevant which depends on joint cooperation.⁸

In formulating this concept of common good, Finnis draws on Aristotle's writings on the nature and purpose of the community and refers to a treatise by St. Thomas Aquinas on the common good in the *Summa Theologiae*.⁹ His definition bears clear parallels to the description of the common good found in contemporary Catholic social teaching, most notably seen in the document *Gaudium et Spes* (Pastoral Constitution on the Church in the Modern World) issued in 1965.¹⁰ Finnis's characteristic of the common good also resembles the definition of John Rawls, who describes the common good as certain general conditions that are equally advantageous for everyone in the sense.¹¹ While Rawls's definition emphasizes the generality of the benefit provided by the conditions in question, Finnis's definition differs in that the conditions representing the common good are prerequisites for fulfilling human life.

Two aspects of Finnis's description of the common good can be emphasized. First, the description is clearly instrumental – according to him, the common good facilitates the prosperity

³ Ibid., p. 152.

⁴ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 139.

⁵ Ibid., p. 153.

⁶ Ibid., p. 155.

⁷ Ibid., p. 451.

⁸ Ibid., p. 456.

⁹ Ibid., p. 160.

¹⁰ Article 26 – „Because of the increasingly close interdependence which is gradually extending to the entire world, we are today witnessing an extension of the role of the common good, which is the sum total of social conditions which allow people, either as groups or as individuals, to reach their fulfillment more fully and more easily. The resulting rights and obligations are consequently the concern of the entire human race. Every group must take into account the needs and legitimate aspirations of every other group, and even those of the human family as a whole.“ - <https://www.cctwincities.org/wp-content/uploads/2015/10/Gaudium-et-Spes-Pastoral-Constitution-on-the-Church-in-the-Modern-World.pdf>.

¹¹ RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 246.

of members of society in all possible forms. Finnis says that this understanding of the common good does not imply that all members of the community must have the same goals, only that there is a set of conditions that must exist in terms of people's ability to achieve their goals.¹² However, it should be noted that Finnis strictly resists the interpretation of the common good by strictly instrumental concepts and recognizes that the common good involves the natural prosperity of the community as a whole, and not just the specific prosperity of individuals or groups within that community.¹³

Second, Finnis's description of the common good is in itself a description of the importance of cooperation among community members. The common good is the reason for the collaboration of the people forming the community – this cooperation is necessary because of the shared goal of realizing and maintaining the conditions that enable individuals and groups within the community to pursue goals that enable the fulfillment of human life.¹⁴

There are two other terms that are important for Finnis's description of the common good. The first is complete community. This term has its origin in classical thinking, most often associated with Aristotle and the Greek polis. According to Finnis, the need for complete community arises from the inability of other forms of community (including family and friends) to ensure all aspects of human prosperity. For Finnis, the concept of a complete community is fundamentally linked to the question of the common good, as it aims to ensure a set of material and other conditions that will support the personal development of each individual.¹⁵

The second important term is the principle of subsidiarity. This principle, which was given its first formal expression in Catholic social teaching in the early twentieth century (Encyclical of pope Pius XI *Quadragesimo Anno* of 15 May 1931), means that what individuals can do on their own initiative and at their own initiative is not to be taken from their hands and transferred to society. Equally, it is against justice when it translates into larger and higher communities what they can and do well in smaller and lower communities.¹⁶

Finnis applies the principle of subsidiarity to emphasize that the common good cannot be properly achieved where opportunities for individual initiatives are fully replaced by joint actions.¹⁷ This can certainly be seen as a critique of the communist concept of society. Therefore, it is important for those who run states to keep in mind that the more perfectly this principle of subsidiarity is maintained, the better the individual groups are grouped into a hierarchical system, the stronger the social authority and the influence of the state and the better and happier state.¹⁸

Since he first defined his concept of common good, Finnis has developed a more sophisticated concept of common good within a complex society, through an analysis of those writings

¹² FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 156.

¹³ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 459.

¹⁴ DUKE, G. Finnis on the Authority of Law and the Common Good. *Legal Theory*, Vol. 19, 2013, p. 48.

¹⁵ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 148.

¹⁶ Article 79 – „As history abundantly proves, it is true that on account of changed conditions many things which were done by small associations in former times cannot be done now save by large associations. Still, that most weighty principle, which cannot be set aside or changed, remains fixed and unshaken in social philosophy: Just as it is gravely wrong to take from individuals what they can accomplish by their own initiative and industry and give it to the community, so also it is an injustice and at the same time a grave evil and disturbance of right order to assign to a greater and higher association what lesser and subordinate organizations can do. For every social activity ought of its very nature to furnish help to the members of the body social, and never destroy and absorb them.“ – http://www.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html.

¹⁷ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 168.

¹⁸ Article 80 – „The supreme authority of the State ought, therefore, to let subordinate groups handle matters and concerns of lesser importance, which would otherwise dissipate its efforts greatly. Thereby the State will more freely, powerfully, and effectively do all those things that belong to it alone because it alone can do them: directing, watching, urging, restraining, as occasion requires and necessity demands. Therefore, those in power should be sure that the more perfectly a graduated order is kept among the various associations, in observance of the principle of "subsidiary function," the stronger social authority and effectiveness will be the happier and more prosperous the condition of the State.“ – http://www.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html.

by St. Thomas Aquinas dealing with the function of state authorities and law. It assumes that, according to Aquinas, there is a common good that is specific to the political community and is called the public good.¹⁹

The special political common good differs from the private good of individuals and families in the political community and consists of interpersonal good, namely justice and peace. The importance of the public good is that it provides support for the pursuit and realization of private good.²⁰

Finnis refuses to interpret Aquinas in the sense that the political general good is confused with the general virtue (the full fulfillment of the lives of all members of the political community), suggesting that political authority and law should aim at achieving full virtue for all members of the community.²¹ Instead, Finnis argues that the public good should be understood as limited and instrumental, and the task of the government is to preserve justice and peace (conditions that individuals and families cannot adequately safeguard on their own) so that members of the community can live a virtuous life.²²

III. SUBSTANTIAL CRITICISM OF FINNIS'S CONCEPT

The new conception of the common good was the subject of a number of comments and criticisms. Finnis's concept of the common good was questioned mainly because of the way in which he describes the relationship between individuals and society. It was also criticized for its instrumental nature, the relationship between good and realization of virtue, and the role of state authority and law in connection with this realization.

American professor of theology Ernest Fortin argued that Finnis's conception of the common good rejects the idea that people are united in a shared commitment to a common goal. Fortin argues that, according to Finnis, human beings are not part of the community, but atoms that are friendly to others and often need them, yet they can freely organize their life or life plans, provided they do not interfere with the freedom of others. According to Fortin, this represents a departure from the perception of people in the concept of St. Thomas Aquinas as part of a complete community to which individual people are perceived as imperfect to perfection.²³

Finnis's description of the political common good has proven controversial, especially because he claims to accurately reflect Aquinas's own understanding of the concept. While Finnis argues that Aquinas's public welfare is instrumental towards the private good of individuals and families, some argue that for Aquinas, the political common good lies in the virtuous life of the political community and its shared happiness.²⁴

Other authors suggest that Aquinas clearly states that people have a natural inclination to live in political society and can achieve life fulfillment through participation in the political community, and in this respect the political community must be understood as a matter of course rather than as a tool for private values.²⁵ While Finnis argues that the role of political authority and law is merely to provide the justice and peace necessary for people to realize a good life themselves, other thinkers argue that for Aquinas the primary purpose of government and law is to guide people to virtue.

According to American professor of philosophy (and dean of Thomas Aquinas College) John Goyette Thomas Aquinas sees the importance of human law not only in limiting human behavior, but also in helping those who have the capacity to grow in virtue by specifying the

¹⁹ FINNIS, J. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 226.

²⁰ FINNIS, J. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 237.

²¹ *Ibid.*, p. 222.

²² *Ibid.*, p. 231.

²³ FORTIN, E. The New Rights Theory and the Natural Law. *The Review of Politics*, Vol. 44, No. 4, 1982, p. 598.

²⁴ GOYETTE, J. On the Transcendence of the Political Common Good: Aquinas versus the New Natural Law Theory. *National Catholic Bioethics Quarterly*, Vol. 13, No. 1, 2013, p. 138.

²⁵ DEWAN, L. St. Thomas, John Finnis, and the Political Good. *The Thomist*, Vol. 64, No. 3, 2000, p. 368.

requirements of natural law. The ultimate goal of the law is to guide people to a virtuous life, peacekeeping is only one intermediate step.²⁶

Finnis argues that, in addition to defining the common good as a set of conditions that facilitate the prosperity of the members of society, the common good can also be properly understood as the prosperity of the community as a whole, as a universal common good.²⁷ As long as Finnis acknowledges that there is a sense in which integral human fulfillment is truly common, and that man's full bloom occurs in part despite self-realization, it is probably wrong to say that Finnis's understanding of the common good is based on characterizing people as atoms.

However, it is true that although Finnis considers people to be part of a complete community, it does not consider that this community is a precondition for participating in the basic good. According to him, individuals and families directly participate in fundamental values. The importance of a complete community as complete refers to its ability to provide individuals and groups within the community with all the conditions and resources necessary for them to realize core values.²⁸

Finnis confirmed that individuals have a fundamental area of freedom and responsibility for realizing virtue within the fundamental values, and in this respect neither the political community nor the authorities can replace the responsibility of individuals and families for their own life fulfillment.²⁹

IV. AGGREGATIVE CONCEPTION OF THE COMMON GOOD

American natural law theorist (and Georgetown University professor) Mark Murphy, offers an aggregative conception of the common good, which he describes as that state of affairs in which all the members of a political community are fully flourishing.³⁰ The aggregative concept is based on the assumption that the state in which human life flourishes is the fundamental reason for political action in the relevant political community.

According to Murphy, the state of affairs in which more than one person prospers is an even stronger reason for political action, since it encompasses the good of all these persons and therefore involves more than good than in a situation in which only one person prospers. The ideal of an aggregative common good represents a logical extension of this argument about the common good and encompasses the good of all members of the political community.³¹

In some respects, Murphy's concept of common well-being is not radically different from Finnis's. In describing a situation in which all persons are fully prosperous, the aggregative common good mirrors the ideal of the integral fulfillment of man, which Finnis describes as the main objective of the first principle of morality. The demand for the promotion of the common good was described by Finnis as a specification of this main moral principle.³²

It should also be noted that both theoreticians do not perceive the full flourishing of persons as an achievable goal, but rather as an ideal to guide human aspiration for fundamental values. However, an important difference can be noted in Murphy's and Finnis's own characteristics of the common good. According to Finnis, the common good is the way to the integral fulfillment of man; the common good is described as a set of conditions that facilitate this ideal. Murphy characterizes Finnis's description of the common good as instrumental. To him, the aggregative common good is a state in which all members of the political community fully prosper;

²⁶ GOYETTE, J. On the Transcendence of the Political Common Good: Aquinas versus the New Natural Law Theory. *National Catholic Bioethics Quarterly*, Vol. 13, No. 1, 2013, p. 141.

²⁷ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 459.

²⁸ FINNIS, J. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 244.

²⁹ *Ibid.*, p. 236.

³⁰ MURPHY, M. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 61.

³¹ *Ibid.*, p. 63.

³² FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 451.

Murphy's conception therefore identifies the common good with the ideal of integral human fulfillment.³³

Murphy argues that the aggregative concept of the common good is superior to the instrumental concept, because in relation to the explanation of devotion to the common good, the instrumental concept ultimately depends on the aggregative concept to achieve its normative coherence. According to Murphy, explanation of why people are obliged to promote the common good of their community, as described by Finnis as a requirement of practical reason, cannot be found in the concept of common good itself, because practical rationality is not driven solely by considerations of instrumental good.³⁴

The requirement to promote the common good only makes sense if it can relate to an internal good for which the general good is instrumental. For Murphy, this means taking into account the full flowering of people in society, as described in his aggregative concept. Murphy further argues that the instrumental conception of the common good is not truly general, since the instrumental common good is evaluated by each person as a means of achieving their own goal. This implies that people are not really involved in the realization of the common goal, but are interested in the aspect of the common good that is good for an individual. Murphy argues that instrumental common good can be truly general only if it is related to the goal of fully realizing the prosperity of all persons in the society, a state described in the concept of aggregative common good.³⁵

Finnis affirmed the sense that the common good can be understood in terms of the desirable flourishing of the community; as such, his concept of general well-being is not exclusively instrumentalist. But to the extent that Finnis's description of the common good is truly instrumental in nature, the essence of Murphy's criticism remains relevant.

As we have seen, Finnis describes the common good as a common goal, a justification for the cooperation of people in society. The common goal is to create conditions that facilitate the prosperity of members of society; all these persons must have this set of conditions at their disposal as a prerequisite for further personal development. The aim is therefore common in the sense that it is shared and has a common meaning for members in relation to their individual prosperity. Therefore, it does not seem that the aggregative concept of common good adds to the authentic generality of Finnis's common good.

One can also consider Murphy's argument concerning the normative power of the common good. Murphy argues that the instrumental concept fails to explain why people are required to promote the common good. It emphasizes that practical reason is guided only by reference to the inner values against which the other values are only instrumental.³⁶ He further submits that the aggregative common good is capable of exerting normative influence in relation to practical reason, since it is itself characterized as an intrinsic value which consists of the development of all persons within all fundamental values.

However, it is not clear that recognizing the fundamental nature of intrinsic values as a guide to human behavior reduces the importance of instrumental values in the process of practical reasoning. As Finnis notes, practical reasoning is a process that responds to the directive nature of objectives in the form of fundamental values and essentially involves determining the correlation of these objectives as well as the means to implement them.³⁷ It confirms that instrumental values have a normative meaning for practical thinking. Instrumental values themselves are a reason for action, as they are a means to realize fundamental values.

³³ MURPHY, M. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 65.

³⁴ MURPHY, M. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 67.

³⁵ *Ibid.*, p. 68.

³⁶ *Ibid.*, p. 69.

³⁷ FINNIS, J. Foundations of Practical Reason Revisited. *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 50, Issue 1, 2005, p. 120.

These arguments testify to the strength of Finnis's concept of the common good and can be considered more appropriate than the aggregative concept. The characterization of the common good as a set of conditions that facilitate the attainment of fundamental values, rather than as a condition that itself indicates the full development of people, allows a better consideration of the importance of instrumental values in relation to human fulfillment and practical thinking.

This conclusion can be illustrated by the value that is present in national security. National security is not in itself a fundamental value, but has obvious implications for the ability of members of society to implement different life plans. Murphy's characteristics of the common good leave little room to emphasize the importance of national security as an instrumental good. This concept describes the situation in which all persons in society develop fully, without recognizing the conditional nature of this development and the factors necessary to realize the anticipated state of affairs.

By contrast, in the Finnis's conditional concept, protecting members of society from internal or external threats can be appreciated for their contribution to creating an environment in which people are able to realize fundamental values, and can thus easily be described as an important part of the common good promoted for human welfare.

V. THE ROLE OF THE COMMON GOOD IN NEW NATURAL LAW THEORY

John Finnis interprets the notion of authority, rights and duties in terms of their relationship to safeguarding the general good of the political community. It further characterizes justice and human rights as fundamental aspects of the content of the common good and asserts that the authority of law depends on the extent to which the law and political authority support the common good.³⁸

New Natural Law theory explains authority as the need for society as a whole to achieve the common good. According to Finnis, life in a political society is characterized by the need to coordinate the various interests of individuals and groups and to solve coordination problems that usually require the choice of concrete actions from a range of sensible options.³⁹ Finnis therefore claims that the basis of authority is the ability to support the general good of society by addressing its coordination problems. The importance of authority to the common good is essential to the ruler's ability to convince members of society of the reasons for compliance.⁴⁰

According to Finnis, the focal point of the law is the rules laid down by a certain authority for a particular society and aimed at sensible solutions to coordination problems in the interest of the common good.⁴¹ The law is therefore also characterized in terms of its purpose, namely the promotion of the common good of society. The characteristics of the legal order are also in themselves relevant to the realization of the common good. As Finnis explains, the rule of law (which states that laws should be effective in the future, clear, published and relatively stable) brings greater clarity and predictability for interpersonal relationships and protects individuals from certain forms of abuse by the authority in society. At the same time, this increases the ability of individuals to channel their lives as they see fit.⁴²

Finnis argues that the legal commitment is based on the principle that the common good requires community members to comply with the legal provisions established as authoritative solutions to society's coordination problems.⁴³ It thus combines the characteristics of a legal obligation with its explanation of authority, both terms being explained with reference to the needs of the common good. The New Natural Law theory further asserts that due to its rela-

³⁸ CROWE, J. Natural Law Theories. *Philosophy Compass*, Vol. 11, Issue 2, 2016, p. 97.

³⁹ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 232.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 246.

⁴¹ *Ibid.*, p. 276.

⁴² *Ibid.*, p. 270.

⁴³ *Ibid.*, p. 315.

tionship to the promotion of the common good, a legal obligation is essentially a moral obligation. According to Finnis, the comprehensive coordination and regulation of social life for the common good, which is enforced by law, can only be successfully achieved if community members take their legal obligations so seriously that they take precedence over any other personal goal or preference.⁴⁴

Finally, the New Natural Law theory also asserts that the authority of rulers and the rule of law depend fundamentally on whether these rulers and rules support the common good, in particular by respecting the principles of justice and human rights. Finnis describes justice as a relational concept that deals with the specification of the rights and obligations of persons and the determination of the appropriate balance in interpersonal relationships.⁴⁵

According to Finnis, the requirements of justice are the consequence of the requirement of common sense, which states that persons should support the common good of their community.⁴⁶ These requirements are principles that must be generally respected in order for community members to realize their life goals without unduly interfering with others. This can be described as the common formation of the content of the common good, which is part of conditions facilitating individual prosperity.

Furthermore, the New Natural Law theory identifies human rights as a concrete expression of the requirements of justice, as they specify more aspects of individual well-being to be respected by others in the context of social life. The protection of human rights is a fundamental dimension of the common good.⁴⁷ Since authority is premised upon the opportunity it provides for promoting the common good, it is fundamentally deficient where it is exercised in a manner contrary to the common good.

According to the New Natural Law theory, the prerequisite for authority is the opportunity it provides in promoting the common good. Social authority has a fundamental problem if it is exercised in a way that is contrary to the common good. With a focus on legal rules, Finnis states that the presumed moral authority of laws is compromised when laws are unfair – for example, if laws promote private benefits, provide for an unfair distribution of benefits and obligations between different individuals or violate individual human rights.⁴⁸

The New Natural Law theory further argues that where laws are not intended to promote the common good, this has negative consequences for the moral obligation to observe them – Finnis suggests that unjust laws do not in themselves create a moral obligation to observe them, although they may remain formally binding.⁴⁹

VI. CONCLUSION

Finnis argues that the common good allows members of society to pursue the goals that underlie their fulfilled lives. However, this characteristic of the common good was criticized for a simplistic view of the relationship between individuals and the communities to which they belong. Obviously, most of the controversy over Finnis's description of the political common good stems from a mismatch between Finnis and his critics about the correct interpretation of Thomas Aquinas's writings. Some of Aquinas's texts are prone to different interpretations and passages can be found that clearly support the arguments of both Finnis and his critics. However, Finnis's approach to describing the common good agrees with his overall understanding of the autonomy and responsibility of persons in relation to the goal of human prosperity.

⁴⁴ Ibid., p. 319.

⁴⁵ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 161.

⁴⁶ Ibid., p. 164.

⁴⁷ Ibid., p. 218.

⁴⁸ Ibid., p. 352.

⁴⁹ Ibid., p. 359.

The various criticisms of Finnis's conception of the common good do not deny the main idea that there are certain conditions that are necessary for the realization of fundamental values. This view remains convincing regardless of whether life in the political community is characterized as internal or instrumental good, or whether political authority is constructed as an entity with a partial or universal role in relation to the development of human virtues. Finnis's characteristics of the common good are important for the way in which he speaks of the unpredictability of human prosperity and the importance of community member's cooperation in ensuring conditions that enable the overall well-being of society.

KEY WORDS

Natural law, common good, instrumental concept, aggregation concept

KLÍČOVÁ SLOVA

Přirozené právo, obecné dobro, instrumentální koncepce, agregační koncepce

BIBLIOGRAPHY

1. CROWE, J. Natural law theories. *Philosophy Compass*, Vol. 11, Issue 2, 2016. Dostupné na: <https://doi.org/10.1111/phc3.12315>.
2. DEWAN, L. St. Thomas, John Finnis, and the Political Good. *The Thomist*, Vol. 64, No. 3, 2000. Dostupné na: <https://doi.org/10.1353/tho.2000.0023>.
3. DUKE, G. Finnis on the Authority of Law and the Common Good. *Legal Theory*, Vol. 19, 2013. Dostupné na: <https://doi.org/10.1017/s1352325212000237>.
4. FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980.
5. FINNIS, J. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
6. FINNIS, J. Foundations of Practical Reason Revisited. *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 50, Issue 1, 2005. Dostupné na: <https://doi.org/10.1093/ajj/50.1.109>.
7. FORTIN, E. The New Rights Theory and the Natural Law. *The Review of Politics*, Vol. 44, No. 4, 1982.
8. GOYETTE, J. On the Transcendence of the Political Common Good: Aquinas versus the New Natural Law Theory. *National Catholic Bioethics Quarterly*, Vol. 13, No. 1, 2013. Dostupné na: <https://doi.org/10.5840/ncbq201313174>.
9. MURPHY, M. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Dostupné na: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511663772.001>.
10. RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

JUDr. Petr Osina, Ph.D.

Senior Lecturer

Palacky University, Law Faculty

Department of Legal Theory and Legal History

tr. 17. listopadu 8

Olomouc 771 11

Czech Republic

Phone number: +420 585 637 611

Email: petr.osina@upol.cz

OCHRANA SÚKROMIA A OSOBNÝCH ÚDAJOV V PRÍPADE POUŽÍVANIA SÚBOROV COOKIES¹

PROTECTION OF PRIVACY AND PERSONAL DATA AS REGARDS THE USE OF COOKIES

Laura Rózenfeldová

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-06>

ABSTRAKT

Predmetom tohto príspevku je poukázanie na dopady novej právnej úpravy týkajúcej sa ochrany osobných údajov na používanie súborov cookies za účelom zberu a následného spracúvania osobných alebo iných údajov používateľov, a to najmä s prihliadnutím na aplikáciu základných práv na ochranu súkromia a osobných údajov používateľa. Súčasne sú v tomto príspevku bližšie analyzované dve rozhodnutia Súdného dvora, ktoré sa venujú problematike používania súborov cookies, a to vo vzťahu k identifikácii subjektu zodpovedného za ich používanie (vo veci C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein), ako aj konkrétnym požiadavkám kladeným na spôsob získania súhlasu používateľa so spracúvaním jeho osobných údajov prostredníctvom súborov cookies (vo veci C-673/17 Planet49).

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the implications of the new legislation on the personal data protection as regards the use of cookies to collect and process personal or other data of users, specifically focusing on the application of the fundamental rights to privacy and personal data protection of the user. This paper further analyses two decisions of the Court of Justice that consider issues connected with the use of cookies, particularly as regards the identification of the subject liable for their use (in the case C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein), as well as the requirements stipulated for the process of obtaining consent of users for the processing of their personal data through the use of cookies (in the case C-673/17 Planet49).

I. ÚVOD

Súčasný vývoj potvrdzuje vznik, resp. pretrvávajúce osobitných hrozieb uplatňovania základných práv jednotlivca v digitálnom prostredí, a to *inter alia* základného práva na ochranu súkromia a na ochranu osobných údajov. Predmetné práva sú často atakované pri bežnej činnosti jednotlivca na internete, a to v prevažnej väčšine prípadov bez vedomia samotných používateľov, prostredníctvom zberu a spracúvania rôznych údajov o nich (bez ohľadu na to, či ide o osobné údaje alebo nie). Osobné a iné údaje používateľa sú využívané na rôzne účely, pričom spravodlivo dochádza k ich zhodnoteniu na úkor používateľa. Príkladom takéhoto zhodnotenia je vytváranie osobitných profilov používateľov ponúkaných subjektom, ktoré vyhládávajú určitú skupinu používateľov, ktorým chcú adresovať reklamu na predávané produkty,

¹ Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy APVV č. 14-0598 „Elektronizácia v podnikaní s akcentom na právne a technické aspekty“ a grantovej úlohy APVV č. 17-0561 „Ludsko-právne a etické aspekty kybernetickej bezpečnosti.“

poskytované služby, resp. inú činnosť (napr. propagácia politických strán). Ako uvádza Mates, takýmito prostriedkami, ktoré umožňujú zber rozsiahleho množstva údajov v pomerne krátkej dobe „*nedisponuje výlučne štát a jeho orgány, kde je regulácia a kontrola ich využívania relatívne jednoduchšia, ale (...) takmer každý*.“² V tejto súvislosti je tak nevyhnutné posúdiť zákonnosť takýchto činností, a to nielen vo vzťahu k subjektom, ktoré zozbierané údaje o používateľoch využívajú, ale primárne vo vzťahu k subjektom, ktoré zber spracúvaných údajov zabezpečujú. Predmetom tohto príspevku je preto posúdenie právnych otázok, ktoré vyvstávajú v prípade používania jedného z prostriedkov, ktorý takýto zber a spracúvanie údajov o používateľoch umožňuje, a to konkrétne súborov cookies.

Tento príspevok čiastočne nadväzuje na autorom už publikovaný príspevok s názvom: „*New Initiatives and Approaches in the Law of Cookies in the EU*“,“³ ktorý sa bližšie zaoberal návrhom Komisie na komplexné prepracovanie Smernice 2002/58/ES o súkromí a elektronických komunikáciách. Vzhľadom však na to, že predmetný návrh nebol doposiaľ prijatý, nebude navrhovaná úprava v ďalšom texte bližšie zohľadnená.

II. „NOVÉ“ PROSTRIEDKY NA ZBER A SPRACÚVANIE OSOBNÝCH ÚDAJOV

Jedným z prostriedkov, ktoré umožňujú zber osobných či iných údajov o používateľoch, sú tzv. súbory cookies. Barth charakterizuje súbory cookies ako prostriedok na prenos informácií medzi pôvodným serverom a používateľom s ich uložením v koncovom zariadení používateľa.⁴ Zjednodušene povedané, súbory cookies sú malými dátovými alebo textovými súbormi používanými servermi používateľom navštívených webových stránok za účelom zberu informácií, pričom sú ukladané priamo v koncovom zariadení používateľa. Významným je v tomto prípade rozlišovanie tzv. *first-party cookies*, ktoré vo vzťahu k používateľovi aplikuje samotná webová stránka, ktorú tento používateľ navštívil, a tzv. *third-party cookies*, ktoré pochádzajú z iných, používateľom nenavštívených, webových stránok, ktorých obsah je však súčasťou obsahu stránky používateľom navštívenej. Z hľadiska účelov, na dosiahnutie ktorých sú súbory cookies používané, možno uviesť najmä:

- a) uchovávanie informácií o preferenciách používateľa vo vzťahu k navštevovanej webovej stránke (zvolený jazyk, veľkosť písma a pod.),⁵
- b) overovanie totožnosti používateľa za účelom prihlásenia sa na konkrétnu stránku alebo na uskutočnenie obchodných transakcií online (bez potreby opätovného zadávania informácií),
- c) analýza efektívnosti a využívania konkrétnej webovej stránky (návštevnosť),
- d) analýza efektívnosti zobrazovaných reklám na stránke a realizácia cielenej online reklamy a marketingu založenej na predchádzajúcom správaní používateľa.

Relevantnou právnou úpravou vo vzťahu k súborom cookies je Smernica 2002/58/ES o súkromí a elektronických komunikáciách, ktorá bližšie upravuje podmienky používania tzv.

² MATES, P. (ed.) et al. Ochrana osobnosti, soukromí a osobních údajů. Praha: Leges, 2019. s. 31. ISBN: 978-80-7502-346-9.

³ RÓZENFELDOVÁ, L. - SOKOL, P. New Initiatives and Approaches in the Law of Cookies in the EU. In: IDIMT-2018, Strategic Modeling in Management, Economy and Society, 26th Interdisciplinary Information Management Talks. S. 303 - 310. ISBN: 978-3-99062-339-8.

⁴ BARTH, A. (2011) Request for Comments 6265: HTTP State Management Mechanism. Dostupné: <https://tools.ietf.org/html/rfc6265>

⁵ V prípade tzv. funkčných súborov cookies, ktorých účelom je najmä zjednodušenie užívateľského rozhrania a zabezpečenie individuálnych funkcionalít webového sídla, možno konštatovať, že tieto nie sú spravidla z hľadiska potreby zabezpečiť dostatočnú úroveň ochrany osobných údajov dotknutých osôb primárnym zdrojom prípadných ohrození alebo porušení tohto práva. Predmetný typ súborov cookies totiž spravidla zostáva v platnosti len počas používateľovej návštevy konkrétnej internetovej stránky a nedochádza k trvalému ukladaniu súborov cookies v zariadení používateľa. Preto možno v tomto prípade predpokladať, že za účelom ich použitia nie je príslušný subjekt povinný získať súhlas dotknutej osoby. Nevyhnutným však bude poskytnúť používateľom relevantné informácie aj v prípade tohto typu súborov cookies v požadovanom rozsahu.

prevádzkových dát. V zmysle čl. 6 (3) Smernice 2002/58/ES je poskytovateľ verejne dostupnej elektronickej komunikačnej služby oprávnený spracovávať prevádzkové dáta výlučne v prípade, „ak účastník alebo užívateľ, ktorého sa údaje týkajú, dá k tomu svoj súhlas.“⁶ Nadväzujúcou podmienkou takéhoto spracúvania je skutočnosť, že účastníkom alebo užívateľom je umožnené kedykoľvek svoj súhlas na spracovanie údajov odvolať.

Predmetné ustanovenie objasňuje Preambula (25) Smernice 2002/58/ES, ktorá vo vzťahu k súborom cookies uvádza, že ich používanie sa automaticky nevylučuje, ale „malo by byť povolené pod podmienkou, že užívatelia majú jasné a presné informácie v súlade so smernicou 95/46/ES o účele cookies alebo podobných zariadení tak, aby bolo zabezpečené, že užívatelia sú si vedomí informácií, ktoré sa nachádzajú na ich koncovom zariadení, ktoré používajú.“⁷ Nadväzne je bližšie charakterizované aj právo používateľov odmietnuť uloženie súborov cookies alebo iných podobných zariadení na ich koncovom zariadení, pričom „informácie a právo odmietnuť môžu byť ponúknuté jednorazovo pre používanie rôznych zariadení inštalovaných na koncovom zariadení užívateľa počas toho istého spojenia a tiež pre každé ďalšie používanie týchto zariadení počas ďalších spojení.“⁸

Významným vo vzťahu k právnej úprave súborov cookies sú aj ustanovenia Všeobecného nariadenia o ochrane údajov,⁹ a to najmä článok 4 (1), ktorý v rámci legálnej definície pojmu osobné údaje rozlišuje ako jeden z možných spôsobov identifikácie fyzickej osoby jej identifikáciu prostredníctvom tzv. online identifikátora. Preambula (30) tohto nariadenia v tejto súvislosti vymenúva príklady online identifikátorov pridelených fyzickým osobám ich prístrojmi, aplikáciami, nástrojmi alebo protokolmi, medzi ktoré patria *inter alia* aj súbory cookies, ktoré „môžu zanechávať stopy, ktoré sa najmä v kombinácii s jedinečnými identifikátormi a inými informáciami získanými zo serverov môžu použiť na vytvorenie profilov fyzických osôb a na ich identifikáciu.“¹⁰ Podľa novej právnej úpravy sa tak priamo predpokladá možnosť identifikácie fyzickej osoby prostredníctvom údajov zozbieraných súbormi cookies. Nemožno však tvrdiť, že týmto spôsobom bude možné fyzickú osobu identifikovať v každom prípade, nakoľko nie vždy povedú takto zozbierané informácie k jednoznačnej identifikácii konkrétnej fyzickej osoby. Bude preto potrebné v praxi tieto prípady rozlišovať, a podľa toho aplikovať príslušnú právnu úpravu.

III. SÚHLAS AKO PRÁVNÝ ZÁKLAD PRE POUŽÍVANIE SÚBOROV COOKIES

Vo vzťahu k používaniu súborov cookies má z hľadiska novoprijatej právnej úpravy ochrany osobných údajov relevanciu predovšetkým posúdenie právneho základu, na základe ktorého sú tieto súbory používané. Relevantným vo vzťahu k skúmaniu prípadnej prípustnosti, resp. neprípustnosti použitia súborov cookies za účelom spracovania osobných údajov je právny základ ustanovený v § 13 ods. 1 písm. a) zákona č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov, a to *poskytnutie súhlasu dotknutej osoby so spracúvaním svojich osobných údajov aspoň na jeden konkrétny účel*.

Práve poskytnutie súhlasu ako právny základ spracovania osobných údajov poskytuje dotknutým subjektom najväčšiu mieru slobody pri nakladaní s vlastnými osobnými údajmi.

⁶ Článok 6 (3) Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002 týkajúca sa spracovávania osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách). Ú. v. ES L 201, 31.7.2002, s.37-47.

⁷ Idem Preambula (25).

⁸ Preambula (25) Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002 týkajúca sa spracovávania osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách). Ú. v. ES L 201, 31.7.2002, s.37-47.

⁹ 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. L 119, 4.5.2016, s. 1-88.

¹⁰ Idem Preambula (30).

V zmysle § 5 písm. a) zákona č. 18/2018 Z. z. sa súhlasom dotknutej osoby rozumie „*akýkoľvek vážny a slobodne daný, konkrétny, informovaný a jednoznačný prejav vôle dotknutej osoby vo forme vyhlásenia alebo jednoznačného potvrdzujúceho úkonu, ktorým dotknutá osoba vyjadruje súhlas so spracúvaním svojich osobných údajov.*“¹¹

Z hľadiska legálnej definície súhlasu je vo vzťahu k používaniu súborov cookies najvýznamnejšou *požiadavka jednoznačnosti prejavu vôle* dotknutej osoby, ktorým táto osoba vyjadruje súhlas so spracúvaním svojich osobných údajov. Predmetnú požiadavku možno vo vzťahu k súborom cookies interpretovať preferovaním tzv. *opt-in princípu* pri udeľovaní súhlasu s ich používaním, ktorého podstata spočíva v požiadavke *aktívneho konania* dotknutého subjektu pri udeľovaní súhlasu. Opak predstavuje tzv. *opt-out princíp*, podľa ktorého možno súhlas udeliť aj pasívnym, konkludentným spôsobom.

V prípade udeľovania súhlasu s použitím cookies možno poukázať najmä na doterajšiu prax, ktorá za postačujúce považovala pasívne správanie dotknutej osoby, ktoré spočívalo v *nevyjadrení nesúhlasu* so spracúvaním údajov prostredníctvom súborov cookies, z ktorého odvodzovala nepriame udelenie súhlasu s takýmto spracúvaním. Na jednotlivých stránkach sa tak dotknutý subjekt mohol stretnúť s oznámeniami typu: „*Používaním tejto stránky súhlasíte s použitím súborov cookies.*“ Oznámenia tohto typu však už nemožno v zmysle účinnej právnej úpravy považovať za dostačujúce, nakoľko nespĺňajú jednu z požiadaviek na účinné udelenie súhlasu, a to už spomínanú požiadavku jednoznačnosti. Predmetné oznámenie žiadnym spôsobom neumožňuje aktívne konanie dotknutej osoby, ktorá sa v prípade, ak si toto oznámenie neprečíta, ani nemusí dozvedieť o tom, že používanie súborov cookies je s návštevou internetovej stránky spojené.

Príkladom vhodného spôsobu získania súhlasu s používaním súborov cookies by mohlo byť oznámenie vo forme: „*Táto internetová stránka používa súbory cookies na zlepšenie funkcií prehliadania. Bližšie informácie o používaní súborov cookies sú dostupné tu. Súhlasíte s ich použitím? ÁNO/NIE.*“ Uvedené oznámenie na jednej strane spĺňa požiadavku aktívneho konania dotknutej osoby, nakoľko sa vyžaduje, aby táto prejavila svoj súhlas aktívne výberom jednej z možností a jej *odkliknutím*. Kým dotknutá osoba takýmto spôsobom svoj súhlas neposkytne, nemožno súbory cookies voči nej použiť. Na strane druhej je súčasne splnená ďalšia z požiadaviek kladených na súhlas, a to *požiadavka informovanosti*. Dotknutá osoba sa stručne dozvie o účele sledovanom použitím súborov cookies (zlepšenie funkcií prehliadania, marketingové účely a pod.), pričom má možnosť získať bližšie informácie kliknutím na odkaz uvedený priamo v oznámení. Zjednodušené vymedzenie účelu použitia by malo zohľadňovať limitované vedomosti dotknutej osoby o tom, čo súbory cookies sú a na čo slúžia, ako aj skutočnosť, že jednotlivé subjekty spravidla nepovažujú uvedené oznámenia za osobitne dôležité.

Významným vo vzťahu k používaniu súborov cookies sú aj osobitné povinnosti formulované vo forme podmienok poskytnutia súhlasu so spracovaním osobných údajov podľa § 14 zákona č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov. Relevantným v tejto súvislosti je najmä *právo dotknutej osoby kedykoľvek odvolať svoj súhlas so spracovaním osobných údajov*, o ktorom má byť dotknutá osoba informovaná predtým, ako svoj súhlas poskytne. Problematiké bude v praxi najmä dodržiavanie pravidla ustanoveného v čl. 7 ods. 3 Nariadenia (EÚ) 679/2016, podľa ktorého *má byť odvolanie súhlasu také jednoduché, ako jeho poskytnutie*. Naš zákonodarcu uvedené spresňuje v § 14 ods. 3 zákona č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov, podľa ktorého má dotknutá osoba *právo odvolať svoj súhlas, a to rovnakým spôsobom, akým ho udelila*. Prevládajúca prax získavania súhlasu s používaním súborov cookies spočíva v zobrazení oznámenia o uvedenom spravidla v spodnej časti internetovej stránky, ktoré je odlišiteľné od ostatného obsahu stránky. Po tom, ako však návštevník danej stránky

¹¹ § 5 písm. a) zákona č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

poskytne svoj súhlas s používaním súborov cookies, sa predmetné oznámenie už návštevníkovi ďalej nezobrazuje. Za účelom umožnenia odvolania súhlasu dotknutej osobe tak preto bude potrebné na danej internetovej stránke uviesť určitý odkaz, prostredníctvom ktorého bude môcť daná osoba svoj súhlas odvolať. Takýto odkaz by mal byť primerane viditeľný a dostupný, a to prinajmenšom v rozsahu, v akom bolo predtým zobrazené na stránke samotné oznámenie vyžadujúce udelenie súhlasu. Bude zaujímavé sledovať, ako sa jednotlivé internetové stránky vysporiadajú s touto požiadavkou, a v prípade jej nesplnenia, v akom rozsahu sa budú dotknuté osoby domáhať svojho práva na odvolanie súhlasu s používaním súborov cookies priamo voči týmto stránkam. Je však potrebné uviesť, že v súčasnosti existujú aplikácie, ktoré si môže dotknutá osoba nainštalovať priamo do prehliadača, a ktoré slúžia práve na odstránenie súborov cookies vo vzťahu ku konkrétnej internetovej stránke. Uvedené značne zjednodušuje situáciu dotknutej osobe, ktorá síce priamo svoj súhlas s používaním cookies neodvolá, avšak výmazom všetkých cookies, ktoré boli v jej zariadení po udelení takéhoto súhlasu uložené, efektívne zabráni ich ďalšiemu používaniu (napr. aplikácia Forget Me dostupná v internetovom obchode prehliadača Google Chrome).

IV. ROZHODNUTIE SÚDNEHO DVORA VO VECI C-210/16 WIRTSCHAFTSAKADEMIE SCHLESWIG-HOLSTEIN

Prvým z prípadov, kedy sa použitiu súborov cookies za účelom zberu a spracovania osobných údajov, venoval aj Súdny dvor, bolo v rámci jeho Rozsudku vo veci C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein. Predmetom sporu vo veci samej bolo *inter alia* riešenie (spolu)zodpovednosti správcu fanúšikovskej stránky (ďalej len „správca“) vytvorenej na platforme Facebook za zber a následné spracovanie osobných údajov osôb, ktoré predmetnú stránku navštívili. Konkrétne sa na účely zberu a spracovania osobných údajov návštevníkov stránky využívala osobitná funkcia poskytovaná spoločnosťou Facebook pod názvom „Facebook Insight“. Podstatou tejto funkcie je zber údajov o návštevníkoch stránky prostredníctvom skrytých súborov cookies, pričom každý z týchto súborov obsahuje jedinečný kód užívateľa, ktorý je aktívny po dobu dvoch rokov (tzv. *persistent cookies*), a ktorý sa ukladá na zariadenie návštevníka. Súčasne možno tento kód užívateľa priradiť k údajom o pripojení užívateľov zaregistrovaných na platforme Facebook. Takto zozbierané údaje sú následne spoločnosťou Facebook spracované a výsledky spracovania sú poskytnuté správcom formou anonymných štatistických údajov o návštevníkoch stránky. Predmetná funkcia je poskytovaná spoločnosťou Facebook bezodplatne a za nezmeniteľných podmienok používania.

V rámci prvej a druhej prejudiciálnej otázky Súdny dvor skúmal, či vtedy platná právna úprava (Smernica 95/46/ES) umožňovala založenie zodpovednosti subjektu, ktorý má postavenie správcu fanúšikovskej stránky umiestnenej na sociálnej sieti, v prípade porušenia pravidiel o ochrane osobných údajov, a to z dôvodu voľby vykonanej týmto subjektom využiť túto sociálnu sieť na šírenie svojej informačnej ponuky.

V prvom rade Súdny dvor prihliadol na účel právnej úpravy, ktorým je zabezpečenie vysokej úrovne ochrany základných práv a slobôd fyzických osôb, a to najmä ich práva na ochranu súkromia v súvislosti so spracovaním osobných údajov.

V druhom rade poskytol Súdny dvor výklad pojmu *prevádzkovateľ*, pričom zdôraznil úmyselne široko koncipovanú definíciu tohto pojmu, ktorá má prispieť k dosiahnutiu vymedzeného účelu právnej úpravy. V zmysle uvedeného Súdny dvor súčasne poukázal na skutočnosť, že pojem prevádzkovateľ „*nevyhnutne neodkazuje na jediný subjekt a môže sa týkať viacerých subjektov, ktoré sa na tomto spracovaní zúčastňujú*“, ¹² pričom každý z týchto subjektov bude

¹² Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, ECLI:EU:C:2018:388, bod 29.

povinný dodržiavať povinnosti, ktoré mu vyplývajú z príslušnej právnej úpravy ochrany osobných údajov.

V tejto súvislosti bola ako hlavný prevádzkovateľ identifikovaná spoločnosť Facebook Inc. a na území EÚ spoločnosť Facebook Ireland, nakoľko tieto spoločnosti primárne určujú účely a prostriedky spracovania osobných údajov užívateľov platformy Facebook, ako aj osôb, ktoré navštívili fanúšikovské stránky umiestnené na tejto platforme. Súdny dvor následne skúmal, či bude pod pojem prevádzkovateľa spadať aj Wirtschaftsakademie ako správca fanúšikovskej stránky vytvorenej na platforme spoločnosti Facebook, tzn. skúmal či a v akom rozsahu sa tento subjekt podieľa na určovaní účelov a prostriedkov spracovania osobných údajov.

Samotný proces vytvorenia fanúšikovskej stránky na platforme Facebook je založený na základe uzavretia osobitnej zmluvy so spoločnosťou Facebook Ireland o zriadení predmetnej stránky, v zmysle ktorej subjekt súhlasí s podmienkami používania tejto stránky, vrátane súvisiacej politiky vo vzťahu k používaným súborom cookies. Po vytvorení a sprevádzkovaní takejto stránky spoločnosť Facebook prostredníctvom súborov cookies zbiera a následne spracúva údaje o návštevníkoch tejto stránky, a to bez ich vedomia, nakoľko ani spoločnosť Facebook ani samotný správca o používaní súborov cookies návštevníkov stránky žiadnym spôsobom neinformujú. Výsledky spracovania osobných údajov slúžia na dvojaký účel:

- a) spoločnosť Facebook ich využíva za účelom zlepšenia vlastného systému reklamy, ktorú šíri v rámci svojej siete;
- b) správcovi stránky sú poskytnuté predmetné výsledky v anonymizovanej štatistickej podobe, a to na účely zlepšenia vlastnej činnosti, nakoľko správca takto môže „zistiť profil návštevníkov, ktorí kladne hodnotia jeho fanúšikovskú stránku, alebo ktorí využívajú jeho aplikácie, s cieľom ponúknuť im relevantnejší obsah a rozvinúť funkcie, o ktoré by títo návštevníci mohli mať väčší záujem.“¹³

Aj napriek skutočnosti, že samotné používanie sociálnej siete nezakladá spoluzodpovednosť užívateľa tejto siete za spracovanie osobných údajov touto sieťou, Súdny dvor dospel k záveru, že správca fanúšikovskej stránky umiestnenej na Facebooku vytvorením takejto stránky *umožňuje* spoločnosti Facebook, aby umiestňovala súbory cookies na zariadeniach akýchkoľvek osôb, ktoré predmetnú stránku navštívili, a to bez ohľadu na to, či tieto osoby majú alebo nemajú vlastný účet na tejto sociálnej sieti. V druhom uvedenom prípade možno pritom konštatovať vyššiu mieru zodpovednosti správcu za spracovanie osobných údajov návštevníka, ktorý by inak platformu nenavštívil. Z hľadiska spôsobu, akým správca prispieva k spracovaniu osobných údajov, Súdny dvor poukázal najmä na skutočnosť, že tento si pri vytvorení svojej stránky môže napr. zvoliť kritériá pre vypracovanie štatistik o návštevníkoch stránky, vymedziť kategórie osôb, ktorých osobné údaje budú spracúvané (cieľová skupina) a pod.

Skutočnosť, že výsledky spracovania sú správcovi poskytované v anonymizovanej podobe, nepovažoval Súdny dvor za relevantnú, nakoľko uvedené výsledky sú založené na predchádzajúcom zbere a spracovaní osobných údajov, pričom právna úprava „*nevyžaduje, aby v prípade, ak ide o spoluzodpovednosť viacerých subjektov za to isté spracovanie, mal každý z nich prístup k dotknutým osobným údajom.*“¹⁴ Predpokladom založenia zodpovednosti tak nie je skutočnosť, že obaja prevádzkovatelia (spoločnosť Facebook ako aj správca fanúšikovskej stránky) majú prístup k spracúvaným údajom.

V zmysle vyššie uvedeného dospel Súdny dvor k záveru, že správca fanúšikovskej siete (Wirtschaftsakademie) sa svojou činnosťou, ktorá spočíva o. i. v nastavení parametrov napr.

¹³ Idem bod 34.

¹⁴ Rozsudok Súdneho dvora vo veci C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, ECLI:EU:C:2018:388, bod 38.

podľa svojej cieľovej skupiny, ako aj cieľov riadenia alebo podpory svojich činností, *podieľa* na určení účelov a prostriedkov spracovania osobných údajov návštevníkov predmetnej stránky, a preto musí byť tento subjekt považovaný za prevádzkovateľa v zmysle platnej právnej úpravy, a to spolu so spoločnosťou Facebook Ireland. Mieru zodpovednosti, ktorú možno pripísať jednotlivým prevádzkovateľom, bude potrebné posúdiť podľa okolností konkrétneho prípadu, nakoľko „*existencia spoločnej zodpovednosti neznamená nevyhnutne rovnakú zodpovednosť rôznych subjektov, ktorých sa týka spracovanie osobných údajov.*“¹⁵

Vyššie analyzované rozhodnutie Súdneho dvora poukazuje na význam ktorý zohráva použitie súborov cookies, ktoré ako online identifikátory umožňujú zber údajov, ktoré môžu slúžiť na priamu alebo nepriamu identifikáciu fyzickej osoby, a to či už samostatne alebo v spojení s ďalšími údajmi dostupnými prevádzkovateľovi.

IV. ROZHODNUTIE SÚDNEHO DVORA VO VECI C-673/17 PLANET49

1. Skutkový stav vo veci

Najnovšie rozhodnutie Súdneho dvora vo veci C-673/17 Planet49 sa vo vzťahu k súborom cookies zaoberalo spôsobom, akým má byť v konkrétnom prípade poskytnutý súhlas používateľa s ich použitím na spracovanie osobných údajov. V predmetnej veci spoločnosť Planet49 GmbH usporiadala reklamnú výhernú hru realizovanú online na doméne www.dein-macbook.de. V prípade, ak sa používateľ chcel tejto hry zúčastniť, bol povinný uviesť vybrané osobné údaje, a to poštové smerovacie číslo, meno a svoju adresu, pričom pod formulárom na vyplnenie týchto údajov sa nachádzali dve políčka na začiatok. Prvým začiatkovým políčkom organizátor sledoval získanie súhlasu používateľa s tým, aby ho niektorí sponzori a spolupracujúci partneri organizátora mohli informovať o ponukách z príslušnej obchodnej oblasti s možnosťou odvolania tu poskytnutého súhlasu kedykoľvek a s odkazom na ďalšie informácie. Začiatok tohto políčka bolo podmienkou účasti používateľa na predmetnej hre.

Druhým začiatkovým políčkom, ktorého začiatok *nepodmieňovalo* účasť používateľa na hre (o čom však používateľ nebol informovaný), mohol tento poskytnúť súhlas s tým, aby boli u neho využité tzv. služby webovej analýzy poskytované spoločnosťou Remintrex. Uvedené malo byť dosiahnuté tým, že organizátor hry po registrácii uloží v koncovom zariadení používateľa súbory cookies, ktoré mu umožnia vyhodnotenie používateľovho správania pri prehliadaní a používaní webových stránok reklamných partnerov, a tým aj následnú realizáciu záujmovo orientovanej reklamy. V rámci textu nachádzajúceho sa pri tomto začiatkovom políčku sa nachádzal odkaz na webovú stránku s bližšími informáciami ohľadom uvedeného, a to konkrétne informáciu o možnosti používateľa kedykoľvek vymazať súbory cookies, ďalej informácie, ktoré sa týkali najmä označenia jednotlivých súborov cookies, ktoré mali byť použité, s uvedením ich stručnej charakteristiky, určením miesta ich uloženia (na pevnom disku používateľa) ako aj účelu ich použitia, ktorým bolo *umožnenie príjemnejšej a efektívnejšej reklamy*. Používateľom bolo súčasne náhodne vygenerované číslo ID naviazané na ich registračné údaje. Prostredníctvom uvedeného bolo následne možné určiť, či konkrétny používateľ navštívil webovú stránku niektorého z reklamných partnerov registrovaných u spoločnosti Remintrex, produkt, o ktorý sa tento používateľ zaujímal, ako aj skutočnosť, či došlo k uzavretiu kúpnej zmluvy. Po vyhodnotení týchto informácií tak mohol organizátor zasielať používateľom cieleňé reklamné email-y zohľadňujúce nimi prejavované záujmy vo vzťahu k jednotlivým reklamným partnerom. Používateľ bol súčasne informovaný o možnosti odstrániť použité súbory cookies, a to kedykoľvek prostredníctvom svojho prehliadača, ako aj

¹⁵ Idem bod 43.

o svojom práve kedykoľvek odvolať svoj súhlas. Významnou je v tomto prípade skutočnosť, že druhé začiarňavacie políčko bolo *vopred začiarňnuté*.

2. Spôsob udelenia súhlasu so spracovaním osobných údajov

Prvou otázkou, ktorou sa Súdny dvor zaoberal, bola otázka účinnosti súhlasu so spracovaním osobných údajov v zmysle príslušnej právnej úpravy v prípade, ak je ukladanie informácií v koncovom zariadení používateľa internetovej stránky alebo prístupovanie k informáciám, ktoré sú tam už uložené, prostredníctvom súborov cookies, povolené na základe vopred označeného začiarňavacieho políčka, ktorého označenie musí používateľ zrušiť, aby tak *odmietol dať svoj súhlas*.

Pri riešení tejto otázky Súdny dvor úvodom potvrdil, že vo veci samej *dochádza k spracúvaniu osobných údajov*, a to na základe pridelenia čísla ID používateľom, ktoré je spojené s ich registračnými údajmi (meno, adresa). Uvedené spojenie personalizuje osobné údaje uložené v súboroch cookies pri aktivitách používateľa na internete. Skutočnosť, že dochádza k spracúvaniu osobných údajov, nenamietal ani organizátor hry - spoločnosť Planet49.

Súdny dvor následne skúmal problematiku *spôsobu udelenia súhlasu* používateľom na spracovanie svojich osobných údajov. Vo vzťahu k čl. 5 (3) Smernice 2002/58/ES Súdny dvor uviedol, že predmetné ustanovenie síce priamo neupravuje spôsob, akým má byť súhlas daný, ale doslovným výkladom podmienky „dal súhlas“ možno konštatovať, že „*na vyjadrenie súhlasu je potrebné konanie používateľa*“.¹⁶ Nadväzne možno poukázať na Preambulu (17) Smernice 2002/58/ES, ktorá vo vzťahu k tejto otázke uvádza: „*súhlas môže byť daný akýmkoľvek vhodným spôsobom umožňujúcim vyjadrenie špecifického želania, ktoré nastane na základe slobodného a vecného rozhodnutia užívateľa, vrátane označenia pol'a na webovej stránke internetu*“.¹⁷

Následne Súdny dvor poukázal na možnosť aplikácie ustanovení Smernice 95/46/ES ohľadom definície súhlasu, na ktorú odkazuje aj priamo čl. 2 písm. f) Smernice 2002/58/ES, ktorý uvádza, že „*súhlas užívateľa alebo účastníka zodpovedá súhlasu dátového subjektu v súlade so Smernicou 95/46/ES*“.¹⁸ Uvedené bližšie ozrejmúje Preambula (17) Smernice 2002/58/ES, ktorá prikladá súhlasu poskytnutému v zmysle ustanovení tejto Smernice rovnaký význam, aký má súhlas dátového subjektu v zmysle príslušnej právnej úpravy.

Generálny advokát Szpunar vo svojich Návrhoch k prejednávanej veci poukázal na jednotlivé náležitosti súhlasu vyplývajúce z jeho legálnej definície,¹⁹ a to konkrétne:

- a) *požiadavka aktívneho súhlasu*, ktorá vyplýva z čl. 2 písm. h) Smernice 95/46/ES, ktorý poukazuje na potrebu *indikácie prianí* subjektu, od ktorého sa súhlas získava, ako aj z čl. 7 písm. a) tejto smernice, ktorý ustanovuje podmienku *jednoznačného udelenia* súhlasu, pričom platí, že nejednoznačnosť možno odstrániť len aktívnym, a nie pasívnym správaním. Z uvedeného generálny advokát usudzuje, že „*v tomto zmysle nepostačuje, že používateľovo vyjadrenie súhlasu je vopred naformulované a že používateľ musí aktívne namietat', ak nesúhlasí so spracovaním údajov*“,²⁰ nakoľko nie je jednoznačné, či si používateľ prečítal informácie, ktoré mu boli poskytnuté, a teda či poskytol svoj súhlas slobodne, s uvedením si skutočnosti, že jeho poskytnutie mohol odmietnuť.

¹⁶ Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 1. októbra 2019 vo veci C-673/17 Planet49, ECLI:EU:C:2019:801. Bod 49.

¹⁷ Preambula (17) Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002 týkajúca sa spracovávaní osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách) *Ú. v. ES L 201, 31.7.2002, s.37-47*.

¹⁸ Idem čl. 2 písm. f).

¹⁹ Bližšie pozri kapitolu č. 3 tohto príspevku.

²⁰ Návrhy generálneho advokáta Maciej Szpunar zo dňa 21. marca 2019 vo veci C-673/17 Planet 49, ECLI:EU:C:2019:246. Bod 61.

- b) *požiadavka samostatného súhlasu*, ktorá sa prejavuje v tom, že „činnosť, ktorej sa používateľ venuje na internete (...) a poskytnutie súhlasu nemôžu tvoriť jeden a ten istý úkon, najmä z pohľadu účastníka sa poskytnutie súhlasu nemôže javiť ako vedľajšie popri účasti na výhernej hre,²¹ ale musí ísť o dva rovnocenné úkony.
- c) *požiadavka informovať subjekt v plnom rozsahu*, ktorá umožňuje používateľom posúdiť, či je určitá činnosť na internete podmienená poskytnutím súhlasu, ako aj či sú následne ochotní za účelom realizácie tejto činnosti takýto súhlas poskytnúť.

Generálny advokát taktiež poukázal na skutočnosť, že uvedené požiadavky platia aj pre Nariadenie (EÚ) 679/2016, ktoré nahradilo dovtedy platnú Smernicu 95/46/ES. Súčasne však platí, že nové znenie definície súhlasu podľa čl. 4 (11) Nariadenia²² je užšie v porovnaní s predchádzajúcou úpravou, keďže „vyžaduje jednoznačný prejav vôle dotknutej osoby a jednoznačný potvrdzujúci úkon vyjadrujúci súhlas so spracovaním osobných údajov.“²³ Rovnako je relevantným aj ustanovenie Preambuly (32) Nariadenia (EÚ) 679/2016, podľa ktorého by poskytnutie súhlasu „mohlo zahŕňať označenie políčka pri návšteve internetového webového sídla, zvolenie technických nastavení služieb informačnej spoločnosti alebo akékoľvek iné vyhlásenie či úkon, ktorý v tomto kontexte jasne znamená, že dotknutá osoba súhlasí s navrhovaným spracúvaním jej osobných údajov. Mlčanie, vopred označené políčko alebo nečinnosť by sa preto nemali pokladať za súhlas.“²⁴ Z uvedeného je zrejmé, že Nariadenie (EÚ) 679/2016 výslovne vyžaduje poskytnutie *aktívneho súhlasu*.

Z Nariadenia (EÚ) 679/2016 možno vyčítať aj realizáciu vyššie uvedenej požiadavky samostatného súhlasu, a to konkrétne z ustanovenia Preambuly (43), podľa ktorého sa „súhlas nepovažuje za poskytnutý slobodne, ak nie je možné dať samostatný súhlas na jednotlivé spracovateľské operácie osobných údajov napriek tomu, že by to bolo v konkrétnom prípade vhodné, alebo ak sa plnenie zmluvy vrátane poskytnutia služby podmieňuje takýmto súhlasom, aj keď to na takéto plnenie nie je takýto súhlas nevyhnutný.“²⁵

Z uvedeného mal Generálny advokát za to, že v prejednávanej veci *nejde o účinný súhlas*, a to po prvé z dôvodu nesplnenia požiadavky aktívneho súhlasu, čomu nezodpovedá skutočnosť, že používateľ musí zrušiť začiatkované políčko a tak vyjadriť svoj nesúhlas s používaním súborov cookies, a po druhé z dôvodu nerozdelenia účasti na hre a poskytnutia súhlasu s používaním súborov cookies na dva rôzne navzájom rovnocenné úkony, nakoľko „v prejednávanej veci sa súhlas so súbormi cookies vskutku javí ako vedľajší v tom zmysle, že nie je vôbec jasné, že tvorí časť samostatného úkonu“²⁶ (požiadavka samostatného súhlasu).

Súdny dvor, ktorý obdobne poukázal na jednotlivé problematické aspekty spôsobu, akým bol súhlas poskytnutý v prejednávanej veci, dospel totožne k záveru, že súhlas nemožno považovať za účinne daný, ak „je ukladanie informácií v koncovom zariadení používateľa internetovej stránky alebo pristupovanie k informáciám, ktoré sú tam už uložené, na základe cookies, povolené prostredníctvom vopred označeného začiatkavacieho políčka, ktorého označenie musí používateľ zrušiť, aby tak odmietol dať svoj súhlas.“²⁷

²¹ Idem bod. 66.

²² Podľa čl. 4 (11) Nariadenia (EÚ) 679/2016 sa súhlasom dotknutej osoby rozumie „akýkoľvek slobodne daný, konkrétny, informovaný a jednoznačný prejav vôle dotknutej osoby, ktorým formou vyhlásenia alebo jednoznačného potvrdzujúceho úkonu vyjadruje súhlas so spracúvaním osobných údajov, ktoré sa jej týka.“

²³ Návrhy generálneho advokáta Maciej Szpunar zo dňa 21. marca 2019 vo veci C-673/17 Planet49, ECLI:EU:C:2019:246. Bod 70.

²⁴ Preambula (32) Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov). Ú. v. L 119, 4.5.2016, s. 1-88.

²⁵ Idem Preambula (43).

²⁶ Návrhy generálneho advokáta Maciej Szpunar zo dňa 21. marca 2019 vo veci C-673/17 Planet49, ECLI:EU:C:2019:246. bod. 89.

²⁷ Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 1. októbra 2019 vo veci C-673/17 Planet49, ECLI:EU:C:2019:801. Bod 65.

3. Úroveň ochrany poskytovanej v prípade osobných alebo iných údajov

Ďalšou otázkou, ktorú Súdny dvor v prejednávanej veci skúmal, bolo posúdenie existencie prípadných rozdielov v prípade, ak informácie uložené v koncovom zariadení používateľa alebo informácie, do ktorých sa v takom zariadení nahliada, predstavujú alebo nepredstavujú osobné údaje v zmysle príslušnej úpravy. Zjednodušene povedané, Súdny dvor skúmal, či možno rozlišovať osobitnú úroveň ochrany v prípade, ak informácie zozbierané súbormi cookies možno klasifikovať ako osobné údaje alebo nie.

Súdny dvor v tomto prípade odkázal na znenie čl. 5 (3) Smernice 2002/58/ES, ktoré „odkazuje na „ukladanie informácií“ a na „získavanie prístupu k informáciám, ktoré už boli uložené,“ bez toho, aby boli tieto informácie kvalifikované, alebo aby bolo spresnené, že tieto informácie musia byť osobnými údajmi.“²⁸ Zo samotného znenia tejto Smernice je tak zrejmé, že nesledovala poskytnutie adekvátnej ochrany výlučne vo vzťahu k informáciám, ktoré predstavujú osobné údaje, ale aj vo vzťahu k iným informáciám týkajúcich sa používateľov, a to v kontexte ochrany ich súkromia pred takýmito zásahmi. Uvedené možno odôvodniť aj v zmysle Preambuly (24) Smernice 2002/58/ES, podľa znenia ktorej akékoľvek informácie uložené v koncovom zariadení používateľa možno považovať za informácie, ktoré sú súčasťou súkromnej sféry používateľa a podliehajú ochrane podľa Európskeho dohovoru na ochranu ľudských práv a základných slobôd, nakoľko sú spôsobilé „vstúpiť do koncového zariadenia užívateľa bez ich vedomia, aby získali prístup k informáciám, ukladali tajné informácie alebo zistili aktivity užívateľa a môžu vážne narušiť súkromie užívateľa.“²⁹

V dôsledku uvedeného tak Súdny dvor dospel k záveru, že v prípade informácií zbieraných prostredníctvom súborov cookies nie je relevantným klasifikácia týchto informácií na osobné alebo iné údaje, nakoľko všetky takéto informácie sa vzťahujú na súkromie používateľa, ktorému je potrebné poskytnúť adekvátnu ochranu.

4. Obsah informačnej povinnosti poskytovateľa služieb v prípade používania súborov cookies

Predmetom druhej prejudiciálnej otázky, ktorú položil Súdnemu dvoru vnútroštátny súd, bolo posúdenie informačnej povinnosti poskytovateľa služieb, ktorý za účelom zberu a spracúvania informácií o používateli používa súbory cookies, a to konkrétne či súčasťou informácií, ktoré je poskytovateľ služieb povinný poskytnúť používateľovi, sú aj informácie o dĺžke funkčnosti súborov cookies ako aj o prípadnom prístupe tretích strán k týmto informáciám.

Zaujímavý prístup pri riešení uvedeného problému zvolil generálny advokát, ktorý v tomto prípade aplikoval vo vzťahu k používateľovi koncept priemerného európskeho spotrebiteľa, ktorý je riadne informovaný a primerane pozorný a obozretný a ktorý je schopný úplnou znalosťou veci urobiť rozhodnutie o záväzku. Uvedené odôvodnil blízkosťou pojmov používateľ a poskytovateľ s pojmami spotrebiteľ a obchodník. Aplikáciou tohto konceptu dospel generálny advokát k záveru, že „vzhľadom na technickú zložitosť súborov cookies, nesúmernosť informácií medzi poskytovateľom a používateľom a všeobecnejšie vzhľadom na relatívnu neznalosť akéhokoľvek priemerného používateľa internetu nemôže očakávať, že bude mať vysokú úroveň znalostí o funkčnosti súborov cookies.“³⁰ Kompenzáciou tohto stavu neznalosti

²⁸ Idem bod 68.

²⁹ Preambula (24) Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002 týkajúca sa spracúvania osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách)Ú. v. ES L 201, 31.7.2002, s.37-47.

³⁰ Návrhy generálneho advokáta Maciej Szpunar zo dňa 21. marca 2019 vo veci C-673/17 Planet49, ECLI:EU:C:2019:246. Bod 114.

a informačnej asymetrie, ktorá vzniká medzi poskytovateľom služieb a používateľom, by preto malo byť poskytnutie takého súboru informácií, ktorý používateľovi umožní prijať informované rozhodnutie o udelení resp. neudelení súhlasu, ktorému predchádza zohľadnenie relevantných otázok s tým spojených, a to najmä následky takéhoto udelenia resp. neudelenia.

Súdny dvor zvolil v tomto prípade odlišný prístup, keď pri výpočte informácií spadajúcich do informačnej povinnosti poskytovateľa služieb vychádzal priamo z výkladu príslušnej právnej úpravy, a to konkrétne z čl. 10 Smernice 95/46/ES, ktorý obsahuje výpočet informácií, ktoré majú byť poskytnuté používateľovi, pričom tieto informácie zahŕňajú *inter alia* akékoľvek informácie, ak sú potrebné, so zreteľom na špecifické okolnosti za ktorých sa údaje zhromažďujú, na zaručenie správneho spracovania vzhľadom na dotknutú osobu. Napriek tomu, že výpočet informácií v tomto ustanovení neobsahuje informáciu o dĺžke funkčnosti, vzhľadom na to, že uvedené ustanovenie je formulované v podobe povinnosti poskytovateľa poskytnúť *aspoň* tam vymedzené údaje, Súdny dvor konštatoval, že ide v danom prípade o demonštratívny výpočet, ktorý možno doplniť o dodatočné informácie relevantné podľa okolností konkrétneho prípadu. Uvedené potvrdzuje aj súčasné znenie čl. 13 (2) (a) Nariadenia (EÚ) 679/2016, ktoré priamo uvádza v rámci zoznamu informácií, ktoré je prevádzkovateľ povinný poskytnúť dotknutej osobe pri získavaní osobných údajov potrebných na zabezpečenie spravodlivého a transparentného spracúvania, aj informáciu o dobe uchovávania osobných údajov, alebo, ak to nie je možné, kritériá na jej určenie. Práve dĺžka funkčnosti súborov cookies bude predstavovať informáciu s vysokým významom pre používateľa, nakoľko dlhodobý zber a spracúvanie informácií o činnostiach používateľa na internete sú spôsobilé významným spôsobom zasiahnuť do súkromia a osobných údajov jednotlivca. Uvedené je možné zdôrazniť aj tým, že súbory cookies sú často ukladané v koncovom zariadení používateľa na dlhšie obdobie (spravidla viac ako rok) a počas celého tohto obdobia pôsobia na účel, na ktorý boli použité po prvý krát, pričom žiadna právna norma nijakým spôsobom neupravuje maximálnu dĺžku ich používania. Práve informácia o dĺžke funkčnosti súborov cookies tak môže významným spôsobom prispieť k informovanému rozhodnutiu používateľov povoliť alebo nepovoliť ich používanie a uloženie v koncových zariadeniach používateľov.

Vo vzťahu k poskytnutiu informácií ohľadom prístupu tretích strán k informáciám získaným použitím súborov cookies Súdny dvor priamo poukázal na čl. 10 písm. c) Smernice 95/46/ES ako aj čl. 13 (1) písm. e) Nariadenia (EÚ) 679/2016, ktoré medzi informácie, ktoré majú byť poskytnuté prevádzkovateľom používateľovi, výslovne zaraďujú aj informácie o príjemcoch alebo o kategóriách príjemcov údajov. Uvedené obdobne zvyšuje možnosť používateľa udeliť informovaný súhlas s používaním súborov cookies alebo iných podobných zariadení slúžiacich na zber údajov. Relevancia uvedeného spočíva aj v skutočnosti, že voči používateľom sú často používané nielen súbory cookies, ktoré sú naviazané na doménu webovej stránky, ktorú používateľ skutočne navštívil (tzv. *first-party cookies*), ale aj súbory cookies, ktoré pochádzajú z domén iných webových stránok, ktoré síce používateľ nenavštívil priamo, ale ich obsah bol čiastočne zobrazený na doméne stránky, ktorú používateľ navštívil (tzv. *third-party cookies*). Následne tak používateľ nemá vedomosť o tom, ktoré všetky subjekty prevádzkujúce domény webových stránok majú na jeho koncovom zariadení uložené súbory cookies. Oboznámenie používateľa aj s týmito skutočnosťami je preto nevyhnutným predpokladom pre udelenie informovaného súhlasu v konkrétnom prípade.

IV. ZÁVER

Predmetom tohto príspevku bolo posúdenie vplyvu novej právnej úpravy ochrany osobných údajov obsiahnutej v Nariadení (EÚ) 679/2016 vo vzťahu k používaniu súborov cookies za účelom zberu a následného spracovania informácií rôzneho charakteru týkajúcich sa používateľa, a to predovšetkým s prihliadnutím na problematiku udeľovania súhlasu s ich použí-

tím zo strany používateľa a podmienkami pre účinné udelenie tohto súhlasu. Bližšie boli analyzované dve rozhodnutia Súdneho dvora, a to vo veci C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, ktoré sa zaoberalo otázkou identifikácie subjektu zodpovedného za spracovanie osobných údajov prostredníctvom súborov cookies, ako aj vo veci C-673/17 Planet49, ktoré skúmalo jednotlivé náležitosti týkajúce sa súhlasu poskytovaného za účelom oprávneného spracúvania osobných údajov.

Najvýznamnejšia zmena, ktorú priniesla nová právna úprava v skúmanej veci, spočíva v zmene prístupu čo sa týka spôsobu udeľovania súhlasu. Konkrétne do účinnosti Nariadenia (EÚ) 679/2016 sa uznával ako právny základ spracovania osobných údajov prostredníctvom súborov cookies aj súhlas poskytnutý pasívnym, konkludentným spôsobom. V súčasnosti je uvedené už neprípustné a právna úprava výslovne vyžaduje aktívne konanie používateľa, ktoré mu musí byť umožnené zo strany poskytovateľa služby. Nadväzne sú kladené osobitné informačné povinnosti poskytovateľovi služby s účelom dostatočne oboznámiť používateľa s relevantnými aspektmi používania súborov cookies. Ako uvádza Fořt, „požiadavky na súhlas a jeho vyjadrenie budú podľa Nariadenia (EÚ) 679/2016 výrazne prísnejšie ako podľa doterajšej právnej úpravy a doposiaľ udelené súhlasy nebudú podľa Nariadenia spravidla použiteľné.“³¹

Významným je súčasne priblíženie informačnej povinnosti prevádzkovateľa v prípade, ak tento používa súbory cookies, a to vo vzťahu k vymedzeniu dĺžky funkčnosti súborov cookies (doba pôsobenia) ako aj informácií o príjemcoch alebo o kategóriách príjemcov údajov ako informácií obligatórne uvádzaných vo vzťahu k dotknutým subjektom.

Vyššie analyzované zmeny v právnej úprave sa pokúšajú reagovať na nové výzvy pre ochranu základných práv jednotlivca v digitálnom prostredí, a to najmä skúmaných práv na ochranu súkromia a na ochranu osobných údajov. Podľa Polčáka „*k strate súkromia v digitálnom veku dochádza predovšetkým preto, že väčšina spoločnosti nie je schopná oceniť reálnu hodnotu, ktorú pre nich zachovávanie ich súkromia má, a preferuje služby, ktoré namiesto priamych platieb speňazujú používateľom vytvorené dáta.*“³² Práve neuvedomovanie si hodnoty informácií, ktoré používatelia často bez hlbšej úvahy poskytujú na internete rôznym subjektom, priamo vyžaduje vynahradenie používateľovej nevedomosti resp. nezáujmu právnou úpravou, ktorá zaručí používateľom legislatívne stanovený štandard ochrany. V tomto prípade možno jednoznačne podporiť snahu zákonodarcu o výraznejšie zapojenie jednotlivca do procesu ochrany svojich dotknutých základných práv a prekonať tak častý nezáujem alebo neochotu zaoberať sa uvedeným vo vlastnej réžii. Následne zostáva už na používateľoch samotných, ako pristúpia k ochrane svojich základných práv, a či práve prijaté zmeny budú viesť k vyššej miere kontroly používateľa nad informáciami, ktoré sa ho týkajú a ktoré majú poskytovatelia záujem získať a následne zhodnotiť na internete.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

ochrana súkromia, ochrana osobných údajov, súbory cookies, zodpovednosť, súhlas

KEY WORDS

protection of privacy, protection of personal data, cookies, liability, consent

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. BARTH, A. (2011) Request for Comments 6265: HTTP State Management Mechanism. DOI: 10.17487/RFC6265.

³¹ PATTYNOVÁ, J. - SUCHÁNKOVÁ, L. - ČERNÝ, J. a kol. Obecné nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR). Data a soukromí v digitálním světě. Komentář. Praha: Leges, 2018. s. 103. ISBN: 978-80-7502-288-2.

³² POLČÁK, R. a kol. Právo informačních technologií. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018. s. 427. ISBN: 978-80-7598-0458.

2. MATES, P. (ed.) et al. Ochrana osobnosti, soukromí a osobních údajů. Praha: Leges, 2019. ISBN: 978-80-7502-346-9. S. 427.
3. 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. L 119, 4.5.2016, s. 1-88.
4. Návrhy generálneho advokáta Maciej Szpunar zo dňa 21. marca 2019 vo veci C-673/17 Planet 49, ECLI:EU:C:2019:246.
5. PATTYNOVÁ, J. - SUCHÁNKOVÁ, L. - ČERNÝ, J. a kol. Obecné nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR). Data a soukromí v digitálním světě. Komentář. Praha: Leges, 2018. ISBN: 978-80-7502-288-2. S. 488.
6. POLČÁK, R. a kol. Právo informačních technologií. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018. ISBN: 978-80-7598-045-8. S. 656.
7. RÓZENFELDOVÁ, L. - SOKOL, P. New Initiatives and Approaches in the Law of Cookies in the EU. In: IDIMT-2018, Strategic Modeling in Management, Economy and Society, 26th Interdisciplinary Information Management Talks. ISBN: 978-3-99062-339-8. s. 303 - 310.
8. Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 5. júna 2018 vo veci C-210/16 Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, ECLI:EU:C:2018:388.
9. Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 1. októbra 2019 vo veci C-673/17 Planet 49, ECLI:EU:C:2019:801.
10. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2002/58/ES z 12. júla 2002 týkajúca sa spracovávaní osobných údajov a ochrany súkromia v sektore elektronických komunikácií (Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách). Ú. v. ES L 201, 31.7.2002, s.37-47.
11. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 95/46/EHS z 24. októbra 1995 o ochrane fyzických osôb pri spracovaní osobných údajov a voľnom pohybe týchto údajov. Ú. v. ES L 281, 23.11.1995, s. 31 - 50.
12. Zákon č. 18/2018 Z. z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

JUDr. Laura Rózenfeldová

Interná doktorandka

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,

Právnická fakulta, Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva

Kováčska 26, 040 01 Košice

e-mail: laura.rozenfeldova@student.upjs.sk

GEOBLOCKING - VYBRANÉ OBCHODNOPRÁVNE ASPEKTY¹

GEOBLOCKING – SELECTED COMMERCIAL ASPECTS

Simona Rudohradská

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-07>

ABSTRAKT

Autorka sa v príspevku venuje problematike geo-blockingu – významného aspektu Digitálneho jednotného trhu, ktorému bola venovaná pozornosť v rámci Stratégie pre jednotný digitálny trh v Európe z mája 2015 rovnako ako v Stratégii jednotného trhu z októbra 2015. Oba dokumenty poukazovali na potrebu prijatia legislatívnych opatrení, ktoré by zabránili praktikám obchodníkov spôsobujúcim diskriminačné konanie voči spotrebiteľom. Neopodstatnenému geografickému blokovaní má zamedziť nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovaní a iných foriem diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti, miesta bydliska alebo sídla zákazníkov na vnútornom trhu (ďalej len „Nariadenie 2018/302“). Predmetom predkladaného článku je komparácia vybraných ustanovení Návrhu nariadenia o riešení geografického blokovaní a iných foriem diskriminácie z 25. mája 2016 COM (2016) 289 final a prijatého účinného Nariadenia 2018/302, stručná analýza všeobecných otázok a parciálnych obchodnoprávných otázok súvisiacich s geografickým blokovaním a skúmanie procesu súvisiaceho s uplatňovaním Nariadenia 2018/302 v podmienkach slovenského právneho poriadku.

ABSTRACT

The author deals in this paper with the issue of geo-blocking - an important aspect of the Digital Single Market, which has been addressed in the of the Digital Single Market Strategy in Europe of May 2015 as well as in the Single Market Strategy of October 2015. Both documents pointed to the need for legislative action, which would prevent traders' practices causing discriminatory action against consumers. Unjustified geographical blocking is to be prevented by Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within internal market (hereinafter as the „Regulation 2018/302“). The subject of the present article is a comparison of the selected provisions of Proposal for a Regulation on addressing geo-blocking and other forms of discrimination of 25 May 2016 (COM (2016) 289 final and the effective Regulation 2018/302 adopted, a brief analysis of the general issues and partial commercial issues of the Regulation 2018/302 and an examination of the process related to the application of the Regulation 2018/302 under the conditions of the Slovak legal order.

¹ Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy APVV č. 14-0598 „Elektronizácia v podnikaní s akcentom na právne a technické aspekty“ a grantovej úlohy APVV č. 17-0561 „Ľudsko-právne a etické aspekty kybernetickej bezpečnosti.“

I. ÚVOD

Znemožnenie prístupu na webovú stránku, presmerovanie na miestne webové sídlo s inými cenami alebo produktmi či stanovenie odlišných podmienok prístupu k tovaru alebo službám – takto by sa dali charakterizovať praktiky, ktorými dochádza k neopodstatnenému geografickému blokovaniu, tzv. geo-blockingu.

Takéto postupy zo strany podnikateľov ponúkajúcich svoje tovary alebo služby môžu viesť nielen k diskriminácii spotrebiteľov a následne k ich nespokojnosti, ale takýmto konaním zároveň dochádza aj k rozdeleniu trhu na základe vnútroštátnych hraníc a v dôsledku toho aj k rozdrobenosti vnútorného trhu, spôsobujúc obmedzenie možností a výberu pre spotrebiteľov, a eventuálne aj znižovanie ziskov pre samotných podnikateľov v dôsledku obmedzovania svojej spotrebiteľskej základne. Nedovolené praktiky geo-blockingu však rovnako môžu slúžiť na zvyšovanie ziskov podnikateľov, najmä v kontexte problematiky práva hospodárskej súťaže (viď kapitola VII.)

Uvádzaná fragmentácia trhu môže mať nepriaznivé dôsledky pre hospodárstvo Európskej únie, preto ju možno označiť za nežiadúci jav. Uvádzanému konaniu obchodníkov má zamedziť nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovaní a iných foriem diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti, miesta bydliska a sídla zákazníkov na vnútornom trhu (ďalej len „Nariadenie EÚ 2018/302“).² Za hlavný cieľ Nariadenia možno vymedziť poskytnutie širšieho spektra možností spotrebiteľom a podnikom v rámci vnútorného trhu a odstránenie diskriminačných postupov založených na štátnej príslušnosti, mieste bydliska či sídla zákazníkov.³

Zámerom tohto príspevku je komparovať vybrané otázky pôvodne navrhovaného znenia Nariadenia, tj. Návrh Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady z 25. mája 2016⁴ s účinným Nariadením 2018/302, analýza vybraných ustanovení Nariadenia 2018/302, ktoré súvisia najmä s obchodno-právnymi otázkami, parciálne s otázkami ochrany spotrebiteľa a uplatňovanie Nariadenia 2018/302 v podmienkach Slovenskej republiky s ohľadom na povinnosti, ktoré členskému štátu vyplývajú z textu nariadenia.

II. GEOBLOCKING VO SVETLE TERITORIALIZÁCIE

Koncepcia internetu bola stavaná na myšlienke distribuovanej siete, nezávislej na geografických hraniciach, ktorej používatelia neočakávajú žiadne hranice, ale voľný tok obsahu.⁵ Na základe uvedeného možno konštatovať, že pôvodné tendencie využívania internetu smerovali ku deteritorializovaniu tejto siete. Rovnako sa možno v odbornej spisbe venujúcej sa cyber priestoru stretnúť s ideami, že *cyberspace* je „*terra nullius*“ v ktorom sociálne vzťahy a právo nedisponujú historickou existenciou a preto musia byť znovuoobjavené.⁶ K nezávislosti internetu a kybernetického priestoru sa už v roku 1996 vyjadril John Perry Barlow vo svojej deklarácii „*A Declaration of the Independence of Cyberspace*“, v ktorej kybernetický priestor označuje za nový domov mysle.⁷ Následne náramne rapídny rozvojom technológií a vply-

² ktorým sa menia nariadenia (ES) č. 2006/2004 a (EÚ) 2017/2394 a smernica 2009/22/ES.

³ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovaní a iných foriem diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti, miesta bydliska alebo sídla zákazníkov na vnútornom trhu, ktorým sa menia nariadenia (ES) č. 2006/2004 a (EÚ) 2017/2394 a smernica 2009/22/ES, odsek 3.

⁴ Otázky a odpovede týkajúce sa nariadenia o geografickom blokovaní v kontexte elektronického obchodu, Digital Single Market, Zdroj: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers>, navštívené dňa 29.05.2019.

⁵ COM(2016)289 final.

⁶ TRIBMLE, M., LIONEL, S.S., BOYD, W.S., Geoblocking, str. 10, University of Haifa, dostupné na: <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=rscholars>, navštívené dňa 14.10.2019.

⁷ LAMBACH, D., The Territorialization of Cyberspace, International Studies review 2019, str.2, dostupné na: <https://academic.oup.com/isr/advance-article-abstract/doi/10.1093/isr/viz022/5488469>, navštívené dňa 14.10.2019, bližšie pozri Johnson and Post 1996 a Chenou 2014.

⁸ BARLOW, J.P., A Declaration of Independence of Cyberspace, 1996, dostupné na: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>, navštívené dňa 14.10.2019.

vom rôznych konkrétnych faktorov akými sú napríklad vznik systému názvu internetových domén, nárast používania geo-lokácie v súvislosti s poskytovaním obsahu založeného na fyzickej polohe používateľa, či limitovanie prístupu niektorých užívateľov ku určitému obsahu, ale aj mnohé iné činitele viedli ku teritorializácii internetu.

Prax obchodníkov označovaná ako *geo-blocking* bola Európskou komisiou v Stratégii pre jednotný digitálny trh v Európe označená ako „postupy, ktoré online predajcovia používajú z komerčných dôvodov a ktoré majú za následok znemožnenie prístupu na webové sídla zriadené v iných členských štátoch.“⁹ V totožnom dokumente uvádza Európska komisia štatistické údaje, ktoré deklarujú, že až 74% sťažností doručených sieti európskych spotrebiteľských centier sa týkalo cenových rozdielov, prípadne inej geografickej diskriminácie spotrebiteľov.

V ostatnom dokumente Európskej Komisie z októbra 2015¹⁰ je uvedené, že „Komisia a európske spotrebiteľské centrá pravidelne dostávajú sťažnosti od spotrebiteľov, ktorým nie je dovolený prístup na webové stránky s lacnejšími cenami, ponukami alebo so zľavami. Spotrebiteľia sú často konfrontovaní s vyššími cenami alebo majú problémy získať rovnakú službu ako miestni zákazníci.“ V nadväznosti na uvádzané je zrejmé, že pôvodná myšlienka internetu a jeho cezhraničnému resp. hranicami nelimitovanému využívaniu sa priebehom rokov vplyvom rozličnosti právnych úprav či ekonomických záujmov modifikovala do jeho súčasnej podoby. Vyššie konkretizované postupy mali byť preto zakázané, z dôvodu potreby efektívneho využívania plného potenciálu jednotného vnútorného trhu, či už s ohľadom na lepší možný výber alebo nižšie ceny pre spotrebiteľov, eventuálne v zabránení diskriminácie pri stanovovaní rozdielných platobných podmienok.

III. NÁVRH NARIADENIA O GEO-CLOCKINGU VO VZŤAHU K PRIJATÉMU NARIADENIU 2018/302

S časovým ohraničením do prvého polroku 2016¹¹ stanovila Európska komisia termín na vypracovanie legislatívnych návrhov zameraných na zamedzenie praktík, ktorými dochádza ku neopodstatnenému geografickému blokovaniu. Výsledkom tejto iniciatívy bol Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady zo dňa 25. mája 2016 o riešení geografického blokovaní a iných foriem diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti zákazníkov, miesta bydliska alebo sídla na vnútornom trhu (ďalej len „Návrh nariadenia o geo-blockingu“), uverejnený aj s dôvodovou správou.¹² Ako uvádza *Sein*, niektorí autori tvrdili, že pokiaľ by bol Návrh prijatý v prekladanej podobe predstavoval by „neprimerané obmedzenie súkromnej autonómie“.¹³ V tejto súvislosti je nutné konštatovať, že Návrh nariadenia o geo-blockingu v zverejnenej podobe nebol prijatý a došlo k pomerne výrazným zmenám v jeho normatívnej časti.

Prvá badateľná zmena ku ktorej došlo po predložení Návrhu pri kreovaní pozmeneného textu Nariadenia je zreteľná v ciele a rozsahu pôsobnosti Nariadenia. Pôvodný Návrh mal prechádzať priamej alebo nepriamej diskriminácii z dôvodu štátnej príslušnosti, miesta bydliska alebo sídla zákazníkov, zatiaľ čo súčasná podoba Nariadenia formuluje požiadavku nediskriminácie špecifickejšie a zreteľnejšie vo vzťahu ku geografickému blokovaniu.

V rámci kategórie uplatniteľnosti na konkrétne okruhy právnych vzťahov, znenie Návrhu nariadenia o geo-blockingu obsahovalo v čl.1 ods.2 taxatívny výpočet situácií na ktoré sa vzťahovalo. Boli to tri relatívne špecifikované situácie, v ktorých bol zvýraznený prvok cezhraničnosti. Naproti tomu súčasný čl.1 ods. 2 Nariadenia 2018/302 už neobsahuje ani jednu

⁹ Stratégia pre jednotný digitálny trh v Európe zo dňa 06.05.2015, COM (2015) 192 final, str. 6.

¹⁰ Zlepšovanie jednotného trhu: Viac príležitostí pre ľudí a podniky zo dňa 28.októbra 2015, COM (2015) 550 final, str. 12.

¹¹ Stratégia pre jednotný digitálny trh v Európe zo dňa 06.05.2015, COM (2015) 192 final, str. 6.

¹² Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady zo dňa 25.05.2016 o riešení geografického blokovaní a iných foriem diskriminácie, COM (2016) 289 final, 2016/0152 (COD).

¹³ SEIN.K., The draft Geoblocking Regulation and its possible impact on B2C contracts, Journal of European Consumer and Market Law, issue 4/2017, p.148, ISSN 2364-4710, bližšie pozri 5 odkaz.

z pôvodných troch situácií, ale stanovuje neuplatniteľnosť na čisto vnútorné situácie. Takáto formulácia je pre adresátov práva simplexnejšia a v dôsledku toho aj vhodnejšia, keďže namiesto subsumovania konkrétneho právneho vzťahu do jednej z troch kategórií, bude postačovať posúdiť či situácia vykazuje znaky vnútroštátnej transakcie alebo nie.

Výrazné zmeny nezaznamenal čl.1 ods. 3 Návrhu nariadenia o geo-blockingu, a teda činnosti ktoré sú vyňaté z jeho pôsobnosti. Tak v Návrhu nariadenia o geo-blockingu ako aj v Nariadení 2018/302, nebudú pod pôsobnosť patriť oblasti uvedené v čl.2 ods.2 smernice 2006/123/ES o službách na vnútornom trhu. Oproti pôvodnému navrhovanému zneniu v čl.1 ods.3 Nariadenia 2018/302 pribudlo, že Nariadením 2018/302 nie sú dotknuté pravidlá uplatniteľné v oblasti autorských práv a práv súvisiacich s autorskými právami, spravidla tie ktoré sú vymedzené v smernici Európskeho parlamentu a Rady 2001/29/ES. V tejto súvislosti je vhodné uviesť, že online poskytovatelia služieb (ktoré sú chránené autorskými právami), sú viazaní územnými licenciami vo vzťahu k takémuto nimi ponúkanému online obsahu a aj z tohto dôvodu je oblasť autorských práv a práv súvisiacich s autorskými právami vyňatá z pôsobnosti Nariadenia. Ďalej je potrebné zmieniť sa že v nadväznosti na prenosnosť online obsahových služieb bolo prijaté Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1128 zo 14. júna 2017 o cezhraničnej prenosnosti online obsahových služieb na vnútornom trhu.¹⁴ Táto právna úprava má slúžiť v prípadoch, keď si zákazník zakúpi online prenosnú obsahovú službu v štáte svojho pobytu a následne sa dočasne nachádza v inom členskom štáte (napr. v dôsledku pracovnej cesty, či súkromnej dovolenky). Zákazníkovi má byť aj pri prekročení hraníc zachovaný prístup k týmto službám a možnosť využívať ich. Relevantným bude v tejto súvislosti zadefinovať, resp. stanoviť kritéria pre posudzovanie pojmu „dočasnosť“, ako uvádza Rózenfeldová.¹⁵ Záväzkovú rovinu tejto problematiky harmonizuje 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.

Nediskriminácia ako jedna zo základných zásad úniijného práva je upravená v Charte základných práv Európskej únie v čl.21. Zákaz diskriminácie z dôvody štátnej príslušnosti je vyjadrený v čl. 21 ods.2 Charty základných práv Európskej únie. Nediskriminácia je upravená aj v čl. 18 a nasl. Zmluvy o fungovaní Európskej únie. S poukazom na to uvedené, je zrejmé, že zákaz diskriminácie (či už priamej alebo nepriamej) je jednou z nosných ideí Európskej únie. Už pred prijatím Nariadenia 2018/302 sme na úrovni úniijného práva disponovali ustanoveniami zakazujúcimi diskriminačné konanie voči príjemcom služieb. Táto úprava bola značne stručnejšia ako súčasné Nariadenie 2018/302. Článok 20 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2006/123/ES o službách na vnútornom trhu (ďalej len „smernica 2006/123/ES“) stanovoval zákaz uplatňovania diskriminačných požiadaviek z dôvodu štátnej príslušnosti alebo miesta bydliska¹⁶. Článok 20 v odseku 2 smernice 2006/123/ES reflektoval aj na situácie geografického blokovania z objektívnych dôvodov, pre ktoré umožňoval poskytnutie rozdielných podmienok prístupu. Regulácia nediskriminácie v smernici 2006/123/ES bola vo vzťahu k príjemcom služieb koncipovaná všeobecnejšie a to z nasledovných dôvodov. Smernica 2006/123/ES upravuje poskytovanie služieb (vo svetle dvoch zásad a to slobody poskytovateľov usadiť sa a voľného pohybu služieb), pričom hovoríme o poskytovaní služieb tak štandardným spôsobom, ako aj online spôsobom. Nariadenie má zamedziť geografickému blokovaniu pri online nákupoch tovarov a služieb, teda nie pri predaji tovarov štandardným spôsobom (napr. v kamenných predajniach). Ustanovenia

¹⁴ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1128 zo 14. júna 2017 o cezhraničnej prenosnosti online obsahových služieb na vnútornom trhu.

¹⁵ RÓZENFELDOVÁ, L., The end of Geo-Blocking ? str. 83 in: BEJČEK, J., KOUKAL, P., ŠILHÁN, J., VALDHANS, J., (eds.) Dopady digitalizace do oblasti soukromého práva, Dny práva 2018, Sborník z konference, Masarykova Univerzita 2019, ISBN 978-80-210-9328-7, dostupné na <http://www.dnyprava.cz/dokumenty/48813>, navštívené dňa 14.11.2019.

¹⁶ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/123/ES z 12.decembra 2006 o službách na vnútornom trhu.

o nediskriminácii v smernici 2006/123/ES kompetentné orgány vyhodnotili ako neúčinné v boji proti diskriminácii a dostatočne neznižujúce právnu neistotu.¹⁷

Zmena nastala aj vo vzťahu Nariadenia 2018/302 a smernice 2006/123/ES, pôvodnej úpravy nediskriminácie. V čl.1 ods. 6 Návrhu nariadenia o geo-blockingu je uvedené, že pokiaľ nastane rozpor medzi ustanoveniami Nariadenia 2018/302 a ustanoveniami čl.20 ods.2 smernice 2006/123/ES prednosť budú mať ustanovenia Nariadenia 2018/302. Súčasná formulácia stavia Nariadenie 2018/302 do pozície *lex specialis* vo vzťahu ku smernici 2006/123/ES, pričom Nariadenie pripúšťa uplatniteľnosť ustanovení smernice 2006/123/ES, avšak len v prípade pokiaľ Nariadenie 2018/302 nestanovuje špecifickejšie ustanovenia.

IV. KU VŠEOBECNÝM OTÁZKAM NARIADENIA

V úvode príspevku boli charakterizované určité praktiky, ktorých sa dopúšťajú obchodníci a ktorými spôsobujú geografické blokovanie. Geo-blocking má svoju právnu aj technickú stránku, ktoré sú neodmysliteľne späté. Ku blokovaníu dochádza prostredníctvom technologických opatrení, prípadne iným spôsobom spôsobilým blokovat' alebo obmedzovať prístup k online rozhraniu obchodníka. Definícia online rozhrania je uvedená v čl. 2 ods. 16 Nariadenia 2018/302 a vnímame ju ako „*akýkoľvek softvér vrátane webového sídla alebo jeho časti a aplikácií vrátane mobilných aplikácií, ktorý je prevádzkovaný obchodníkom alebo v jeho mene a prostredníctvom ktorého získavajú zákazníci prístup k tovaru alebo službám obchodníka s cieľom uskutočniť transakciu v súvislosti s tovarom alebo službami*“.¹⁸ Zákaz blokovania navyše musí spočívať v dôvodoch, ktoré súvisia so štátnou príslušnosťou, miestom bydliska alebo sídlom zákazníka.

Ako ukazovateľ fyzickej polohy zákazníka slúži zvyčajne IP adresa, ale aj adresa na doručenie tovaru, výber odlišného jazyka, alebo členský štát, v ktorom bol vydaný platobný prostriedok, ktorým chce za tovary alebo služby spotrebiteľ/zákazník zaplatiť. V praxi sa častokrát stáva, že spotrebiteľ/zákazník je presmerovaný na odlišnú verziu online rozhrania, ktorá sa odlišuje od pôvodnej verzie vzhľadom, jazykom, prípadne inými osobitými vlastnosťami. Takéto presmerovanie na inú verziu online rozhrania môže byť vykonané len s udelením výslovného súhlasu zákazníka, za podmienky že bude mať naďalej jednoduchý prístup k pôvodnej online verzii rozhrania. Skutočnosť, že zákazník bude mať aj naďalej prístup ku pôvodnej verzii rozhrania slúži k zvýšeniu transparentnosti, nakoľko bude môcť napr. porovnať ceny na pôvodnej stránke a na stránke na ktorú bol presmerovaný.¹⁹ Obmedziť prístup k online rozhraniu, alebo presmerovať na odlišné online rozhranie je prípustné pokiaľ existuje dôvod spočívajúci v dodržaní zákonných požiadaviek práva Únie alebo v právnych predpisoch členského štátu. O tom však musí byť zákazník/spotrebiteľ vyzoomený – jasne a konkrétne v jazyku online rozhrania ku ktorému chcel zákazník pôvodne získať prístup. Za podmienok stanovených v Nariadení 2018/302, pri presmerovaní bude musieť obchodník umiestniť na svoje webové sídlo prípadne na svojej aplikácii, ikonu (alebo zvoliť iný vhodný spôsob), prostredníctvom ktorej bude zákazník/spotrebiteľ informovaný o možnosti presmerovania, s ktorým bude musieť vyjadriť výslovný súhlas.

So zreteľom k pôsobnosti Nariadenia 2018/302 je v čl. 7 Preambuly stanovené, že: „nariadenie by sa nemalo vzťahovať na situácie, ktoré sú výhradne vnútornou záležitosťou členského štátu“. Výhradne vnútornú záležitosť členského štátu môžeme charakterizovať ako situáciu, keď sa všetky relevantné prvky transakcie nachádzajú na území jedného členského štátu.

¹⁷ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovaníu a iných foriem diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti, miesta bydliska alebo sídla zákazníkov na vnútornom trhu, ktorým sa menia nariadenia (ES) č. 2006/2004 a (EÚ) 2017/2394 a smernica 2009/22/ES, čl. 4 preambuly.

¹⁸ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovaníu, čl.2 ods. 16.

¹⁹ Seven important questions about Geo-blocking. European Consumer Centre Austria, dostupné na: <https://europakonsument.at/en/page/7-important-questions-about-geo-blocking>, navštívené dňa 14.11.2019.

Článok 1 ods. 3 Nariadenia 208/302 striktné vylučuje pôsobnosť Nariadenia na „čisto vnútorné situácie“. Pre ilustráciu možno uviesť, že pokiaľ si spotrebiteľ z Prešova objedná prostredníctvom internetu tovar z Martina, Nariadenie 208/302 na takú situáciu nebude uplatniteľné. Pokiaľ si však spotrebiteľ z Košíc online zakúpi lístok na divadelné predstavenie v pražskom divadle, Nariadenie 208/302 bude možné aplikovať. Aplikácia Nariadenia 208/302 vo vymedzenom rozsahu je celkom logická, keďže zámerom prijatej legislatívy je podporiť a napomôcť práve cezhraničnému elektronickému obchodu, pričom pri výsostne vnútroštátnych transakciách prvok cezhraničnosti absentuje.

S ohľadom na vecnú pôsobnosť Nariadenia je nutné vymedziť na aký okruh činností sa bude resp. nebude vzťahovať. Z rozsahu a cieľa Nariadenia 208/302 je zrejmé, že nebude aplikovateľné na všetky oblasti, v ktorých sú poskytované služby alebo predávané tovary. Zo znenia čl. 1 ods.2 vyplýva, že činnosti, na ktoré sa Nariadenie 208/302 nebude uplatňovať sú taxatívne vymenované v čl. 2 ods.2 smernice 2006/123/ES. Aj napriek tomu, že je vyňatý pomerne rozsiahly okruh činností, ostáva stále značné množstvo oblastí, na ktoré bude Nariadenia 208/302 aplikovateľné, s ohľadom na skutočne širokú ponuku tovarov a služieb, ponúkaných a poskytovaných prostredníctvom internetu.

Otázka, ktorej je nutné venovať pozornosť, je voči ktorým obchodníkom bude Nariadenie 208/302 uplatniteľné, resp. aká je jeho územná pôsobnosť. Zaiste je potrebné sa zamyslieť nad tým, ako sa bude pristupovať ku podnikateľským subjektom, ktoré nemajú svoje sídlo umiestnené na území členských štátov Európskej únie, ale poskytujú svoje služby alebo predávajú svoje tovary (či už online alebo offline) aj na území členských štátov Európskej únie. Táto otázka vyvstala aj v súvislosti s príspevkom *Frantíkovej*²⁰, ktorá uvádza, že : „*predaj zbraní alebo iných zakázaných produktov z USA do ČR by nebol možný, pretože predaj zbraní v Českej republike je na rozdiel od USA podrobený väčšej kontrole. V tejto situácii by geoblokovanie nebolo považované za neoprávnené*“. S uvedeným môžeme jednoznačne súhlasiť. Nariadenie sa podľa nás bude vzťahovať okrem obchodníkov so sídlom na území členského štátu EÚ aj na obchodníkov, ktorí majú sídlo v krajine mimo EÚ a vykonávajú činnosť v EÚ.²¹ Obchodníci so sídlom mimo členských štátov EÚ, tzv. tretích krajín, sa rovnako ako obchodníci so sídlom na území členských štátov môžu dopúšťať nedovoleného geoblockingu. Keďže obe uvedené kategórie obchodníkov sú účastníkmi hospodárskej súťaže, bojujú o priazeň zákazníkov, mali by podliehať rovnakým požiadavkám.²² Determinantom aplikovateľnosti preto nebude sídlo podnikateľa, ale ponuka, ktorú vytvárajú spotrebiteľom v EÚ. Zmieňovaná pôvodná právna úprava nediskriminácie vo vzťahu k službám na vnútornom trhu²³ stanovovala povinnosť výlučne členským štátom zabezpečiť to, aby príjemca nepodliehal diskriminačným požiadavkám, preto by sankcionovanie podnikateľských subjektov z tretích krajín prekračovalo rozsah pôsobnosti smernice.²⁴ Aj tento fakt mohol slúžiť ako ďalší dôvod potreby prijatia Nariadenia 208/302.

²⁰ FRANTÍKOVÁ, Z. Konec diskriminace zákazníků z důvodu státní příslušnosti, místa bydliště nebo usazení in ČAM-DŽÍČOVÁ, Sabina (ed.). Právo v globalizované společnosti. Sborník z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2018. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2018. ISBN 978-80-88266-32-7 (PDF) [Dostupné on-line na adrese: <http://odmp.upol.cz/sborniky/odmp-2017/odmp18.pdf>], str.202, naštívené dňa 19.11.2019.

²¹ Geo-blocking Regulation – Questions and Answers, European Commission, Strategy, Digital Single Market, dostupné na: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers>, str. 13, navštívené 06.11.2019.

²² Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovania, čl. 17 Preambuly.

²³ Čl. 20 smernice o službách na vnútornom trhu 2006/123/ES.

²⁴ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovania, čl. 4 Preambuly.

V. KU SMEROVANIU ČINNOSTI DO ČLENSKÉHO ŠTÁTU

Do pozornosti sa dostávajú pojmy vykonávanie činnosti a smerovanie činnosti. Význam „smerovania činnosti“, resp. výklad tohto pojmu podal Súdny dvor Európskej únie v spojených veciach C-585/08 a C-144/09 *Peter Pammer proti Reederei Karl Schluter GmbH & Co.KG a Hotel Alpenhof GesmbH proti Oliverovi Hellerovi*. Spor vo veci samej v prípade pána Petra Pammera spočíval v nasledujúcich skutkových a právnych okolnostiach – pán Pammer si rezervoval prostredníctvom spoločnosti Internationale Frachtschiffreisen Pfeiffer GmbH sídliacej v Nemecku cestu nákladnou loďou z Terstu (Taliansko) na Ďaleký východ. Uvedená sprostredkovateľská spoločnosť poskytla prostredníctvom internetovej stránky opis cesty a vybavenia, ktorým loď disponuje avšak tento podľa pána Pammera nezodpovedal podmienkam, ktoré boli reálne na lodi. V tejto súvislosti pán Pammer odmietol na loď nastúpiť a spoločnosť Reederei Karl Schlüter mu vrátila len časť uhradenej sumy vo výške 3,500€. Pán Pammer požadoval vrátenie celej sumy aj s úrokmi vo výške 5,000€ a s týmto nárokom sa obrátil na rakúsky vnútroštátny prvostupňový súd²⁵.

Žalovaná spoločnosť Reederei Karl Schlüter argumentovala nedostatok právomoci uvádzaného súdu tým, že v Rakúsku nevykonáva žiadnu obchodnú ani inú podnikateľskú činnosť.²⁶ Následne konanie prebehlo na prvej inštancii, odvolacej inštancii a po podaní dovolania pánom Pammerom sa prípad dostal na Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd). Tento vyslovil pochybnosti o kritériách definovania pojmu „balík cestovných služieb“, a zdôraznil, že v danom prípade je nastolená otázka, či sú predmetné služby porovnateľné s okružnou plavbou, čo by mohlo znamenať existenciu „balíka služieb“ a následne existenciu zmluvy o preprave. Na základe toho považoval za potrebné prerušiť vnútroštátne konanie a položiť Súdnemu dvoru dve prejudiciálne otázky, a teda či predstavuje cesta nákladnou loďou cestu za jednu cenu v zmysle článku 15 ods.3 (nariadenia č. 44/2001)²⁷ a v prípade kladnej odpovede na prvú otázku, druhú otázku či pre „smerovanie“ činnosti (do členského štátu v ktorom má spotrebiteľ bydlisko) postačuje (v zmysle článku 15 ods.1 písm. c) nariadenia 44/2011)²⁸ aby bola na internete dostupná webová stránka sprostredkovateľa.²⁹

Druhým konaním v spojenej veci bol spor hotela Alpenhof GesmbH proti pánovi Oliverovi Hellerovi. Pán Heller si prostredníctvom internetovej stránky rezervoval viacero izieb v hoteli Alpenhof (hotel prevádzkuje rovnomená spoločnosť) v Nemecku, pričom rezervácia a potvrdenie rezervácie boli uskutočnené elektronickou poštou. Po príchode do hotela pán Heller spochybnil jeho služby a opustil ho bez zaplatenia faktúry, napriek ponúknuť zľave. Spoločnosť Alpenhof sa obrátila so žalobou o zaplatenie sumy približne 5,000€ na rakúsky súd³⁰. Žalovaným bola vznesená námietka nedostatku právomoci súdu, nakoľko vtedajšia právna úprava³¹ bola koncipovaná tak, že žalovaný, vystupujúci v spore ako spotrebiteľ, môže byť žalovaný iba na súde členského štátu, na ktorého území má bydlisko (t.j. na nemeckom súde).³² Súd prvej inštancie³³, rovnako ako odvolací súd³⁴ zamietli podanú žalobu a usúdili, že rakúske súdy nemajú právomoc vo veci konať.

Následne usúdili, že pojem činnosť smerovaná do členského štátu, v ktorom má spotrebiteľ bydlisko, zahŕňa aj využívanie interaktívnej internetovej stránky, ktorá umožňuje uzavrieť

²⁵ Bezirksgericht Krems an der Donau.

²⁶ Rozsudok z 07. decembra 2010, Pammer a Hotel Alpenhof, C-585/08, EU:C:2010:740, body 14-13.

²⁷ V súčasnosti už neúčinné nariadenie Rady (ES) č. 44/2001 o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach, ku 09. januáru 2015.

²⁸ Ibid.

²⁹ Rozsudok z 07. decembra 2010, Pammer a Hotel Alpenhof C-585/08, EU:C:2010:740, bod 24.

³⁰ Bezirksgericht Sankt Johann im Pongau.

³¹ V súčasnosti už neúčinné nariadenie Rady (ES) č. 44/2001 o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach, ku 09. januáru 2015.

³² Rozsudok z 07. decembra 2010, Pammer a Hotel Alpenhof, C-585/08, EU:C:2010:740, bod 28.

³³ Bezirksgericht Sankt Johann im Pongau.

³⁴ Landesgericht Salzburg.

zmluvu s týmto spotrebiteľom online, t.j. elektronicky, či už na stránke podnikateľa, alebo aj na internetovej stránke, ktorá síce takúto možnosť neposkytuje, ale uvádza výlučne reklamu. Podľa názoru týchto súdov, reklama na internete prekračuje hranice. Takéto smerovanie do zahraničia možno vylúčiť len prostredníctvom výslovného vyhlásenia týkajúceho sa obchodných vzťahov podnikateľa so spotrebiteľmi s bydliskom v jednom alebo viacerých ostatných určených členských štátoch. Uviedli, že činnosť by bola smerovaná do členského štátu spotrebiteľa aj v tom prípade, ak by sa spotrebiteľ dozvedel o službách podnikateľa prostredníctvom internetovej stránky a následne by vykonal rezerváciu skrz adresy elektronickej pošty, geografickej adresy prípadne telefónneho čísla, ktoré by boli uvedené na stránke.³⁵

Spoločnosť Hotel Alpenhof podala dovolanie na Oberster Gerichtshof, ktorý si nebol istý či Súdny dvor odpovie na druhú prejudiciálnu otázku vo veci C-585/05, keďže táto závisela od odpovede na prvú otázku položenú Súdnemu dvoru v tejto veci. Dovolací súd považoval za nevyhnutné prerušiť konanie a položiť nasledujúcu otázku: „postačuje na to, aby bola činnosť smerovaná do štátu v zmysle čl. 15 ods. 1 písm. c) nariadenia č. 44/2001³⁶ skutočnosť, že na internete je dostupná webová stránka zmluvného partnera spotrebiteľa ?“. V súlade s ustanoveniami Rokovacieho poriadku Súdného dvora boli uvádzané konania spojené na účely rozsudku.³⁷

Súdny dvor konštatoval, že z dôvodu rozvoja komunikácie prostredníctvom internetu je sťažené určenie miesta, kde boli vykonané úkony potrebné na uzavretie zmluvy, čo s prihliadnutím na ponuky podnikateľov, zvyšuje zraniteľnosť spotrebiteľa. Potrebné bolo preskúmať či sa vyžaduje vôľa podnikateľa zamerať sa na jeden alebo viacero iných členských štátov, a ak áno, akým spôsobom musí byť vôľa prejavovaná.³⁸ Štandardné spôsoby reklamy často zahŕňajú vynakladanie významných výdavkov na strane podnikateľa na jeho zviditeľnenie v ostatných členských štátoch a táto skutočnosť sama o sebe preukazuje vôľu podnikateľa smerovať svoju činnosť do týchto štátov. Keďže internet je špecifický, posúdenie prejavu vôle bude podliehať iným kritériám ako pri klasickom spôsobe reklamy. Už zo svojej podstaty má internet celosvetový dosah, reklama je tak dostupná v podstate vo všetkých štátoch, teda v celej Európskej únii bez toho, aby bolo nevyhnutné vynakladať dodatočné výdavky a nezávisle od vôle podnikateľa zameriavať sa na spotrebiteľov mimo územia členského štátu, v ktorom má sídlo.³⁹ Samotná dostupnosť internetovej stránky pritom nepostačuje na „smerovanie činnosti“, ako to uvádza aj generálna advokátka *Verica Trstenjak*, v bode 64 svojho návrhu vo veci C- 585/08.⁴⁰

Skúmať bolo potrebné existenciu okolností preukazujúcich, že podnikateľ zamýšľal obchodovať so spotrebiteľmi s bydliskom v ostatných členských štátoch, v tom zmysle že bol pripravený uzatvárať zmluvy s týmito spotrebiteľmi. Medzi také skutočnosti nepatrí ani zmienka o adrese elektronickej pošty, ani uvedenie telefonických kontaktných údajov bez medzinárodnej predvoľby, keďže uvedenie takýchto informácií nenaznačuje, že podnikateľ smeruje svoju činnosť do jedného alebo viacerých členských štátov, lebo poskytnutie uvedených informácií je nevyhnutné na skontaktovanie sa spotrebiteľa s bydliskom na území členského štátu, v ktorom má podnikateľ sídlo, kontaktovať tohto podnikateľa.⁴¹

Medzi skutočnosti, ktoré umožňujú určiť či je tá-ktorá činnosť smerovaná do členského štátu, na ktorého území má spotrebiteľ bydlisko, patria všetky výslovné prejavy vôle oslovo-

³⁵ Ibid., bod 29.

³⁶ V súčasnosti už neúčinné nariadenie Rady (ES) č. 44/2001 o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach, ku 09. januáru 2015.

³⁷ Rozsudok z 07. decembra 2010, Pammer a Hotel Alpenhof, C-585/08, EU:C:2010:740, body 30 až 32.

³⁸ Rozsudok z 07. decembra 2010, Pammer a Hotel Alpenhof, C-585/08, EU:C:2010:740, body 62 a 64.

³⁹ Ibid., bod 68.

⁴⁰ Návrhy generálnej advokátky z 18. mája 2010, Pammer a Hotel Alpenhof, C-585/08, ECLI:EU:C:2010:273, bod 64.

⁴¹ Rozsudok z 07. decembra 2010, Pammer a Hotel Alpenhof, C-585/08, EU:C:2010:740, body 62 a 64.

⁴¹ Ibid., bod 76,77.

vať spotrebiteľov z tohto členského štátu.⁴² Pokiaľ je internetová stránka stránkou sprostredkovateľskej spoločnosti a nie podnikateľa, nie je to prekážkou toho, aby sa tento považoval za podnikateľa smerujúceho svoju činnosť do ostatných členských štátov, vrátane toho, v ktorom má bydlisko spotrebiteľ, keďže táto spoločnosť konala v mene a na účet uvedeného podnikateľa. Je úlohou vnútroštátneho súdu preveriť, či si tento podnikateľ bol, alebo musel byť vedomý medzinárodného rozmeru činnosti sprostredkovateľskej spoločnosti a aká väzba ich spája.⁴³

Následne Súdny dvor vo svojom rozsudku uviedol demonštratívnym výpočtom okolností, ktoré sú spôsobilé vystupovať ako okolnosti umožňujúce usudzovať, že činnosť podnikateľa je smerovaná do členského štátu bydliska spotrebiteľa. Takýmito činnosťami sú medzinárodná povaha činnosti, uvedenie trasy cesty z ostatných členských štátov do miesta, kde má podnikateľ sídlo, používanie iného jazyka alebo inej meny, ako je jazyk alebo mena zvyčajne používaná v členskom štáte, v ktorom má podnikateľ sídlo, s možnosťou vykonať a potvrdiť rezerváciu v tomto inom jazyku, uvedenie telefonických kontaktných údajov s medzinárodnou predvoľbou, vynaloženie výdavkov na odkazové služby na internete, aby sa spotrebiteľom s bydliskom v ostatných členských štátoch uľahčil prístup na stránku podnikateľa alebo jeho sprostredkovateľa, používanie doménového mena prvej úrovne, ktorá je iná ako prvá úroveň členského štátu v ktorom má podnikateľ sídlo, a zmienka o medzinárodnej klientele tvorenej klientmi s bydliskom v rôznych členských štátoch. Úlohou vnútroštátneho súdu zostalo preveriť, či takéto okolnosti existujú.

Ako je uvádzané vyššie, povaha internetu a jeho globálne pôsobenie sťažuje hodnotenie toho, či podnikateľ skutočne smeruje svoju činnosť na územie členských štátov, alebo nie. Dostupnosť internetovej stránky sama o sebe nezmenená, že činnosť je smerovaná do členského štátu, prípadne na územie Európskej únie. S ohľadom na predmet sporu a povahu sformulovaných kritérií možno konštatovať, že obdobné okolnosti môžu byť posudzované aj pri hodnotení toho, či je činnosť podnikateľských subjektov so sídlom v tretích krajinách smerovaná do členských štátov Európskej únie, pokiaľ sa títo dopustia geografického blokovania, ktoré je v rozpore s Nariadením 2018/302. Výpočet kritérií kreovaný Súdnym dvorom, ktoré je potrebné posudzovať pri vykladaní pojmu smerovanie činnosti, nemožno označiť za vyčerpávajúci, preto nie je vylúčené aby sa posúdili aj iné kritéria, pokiaľ by tieto boli výrazným ukazovateľom toho, či činnosť skutočne bola smerovaná na územie členských štátov Európskej únie, alebo bola len „voľne dostupnou“.

VI. OBCHODNOPRÁVNE ASPEKTY

Geografické blokovanie je jav, ktorý fakticky nastáva medzi dvoma subjektami práva - obchodníkom poskytujúcim služby alebo predávajúcim tovary a zákazníkom⁴⁴, ktorý má o tieto tovary alebo služby záujem. Už formulácia názvu Nariadenia napovedá, na ktoré právne vzťahy, v obchodnoprávnom kontexte, sa bude Nariadenie vzťahovať. Keďže má zabráňovať diskriminácii z dôvodu miesta bydliska ale aj sídla zákazníkov, bude sa týkať tzv. B2C (business to consumer) vzťahov, ale taktiež aj tzv. B2B (business to business) vzťahov. Nariadenie sa však nebude na kategóriu obchodnoprávných vzťahov business to business (obchodník s obchodníkom) uplatňovať en bloc. Aplikovateľné bude len pokiaľ podnikateľ bude konať ako zákazník, a tovar alebo službu využije ako koncový používateľ. Inými slovami, tovar alebo služby podnikateľ nezakúpi na účely ďalšieho predaja, transformácie, spracovania, prenájmu alebo zadania zákazky subdodávateľovi.⁴⁵ Tomu nasvedčuje aj rozlišovanie

⁴² Ibid. bod 80.

⁴³ Ibid., bod 89.

⁴⁴ Znenie nariadenia pracuje tak s pojmami zákazník aj spotrebiteľ, ako je uvedené v texte príspevku.

⁴⁵ Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovania, čl. 16 preambuly.

pojmov spotrebiteľ a zákazník pre účely Nariadenia (definované v čl. 2 Nariadenia). Spotrebiteľom je *fyzická osoba, konajúca na účely mimo rámca obchodnej, podnikateľskej, remeselnej alebo profesijnej činnosti*. Zákazník je označený ako *spotrebiteľ, alebo podnik ktorý prijíma službu či nakupuje tovar alebo sa o to usiluje a to výlučne na účely konečného použitia*. Výluka v rámci *business to business* vzťahov, ktorá bola definovaním zákazníka ako koncového používateľa stanovená, má svoje opodstatnenie.

Medzi základný atribút, ktorý charakterizuje geo-blocking ako negatívny jav patrí jeho objektívna neodôvodnenosť. Pokiaľ by bolo geografické blokovanie spôsobené v dôsledku dodržania určitých špecifických záväzkov zo strany predávajúceho nemohlo by sa jednať už o neodôvodnené geografické blokovanie. Takéto geografické blokovanie by bolo odôvodnené, ba dokonca teoreticky nie je vylúčené aby nastal prípad kedy by určitá osoba v postavení podnikateľa neodoprela prístup na webové sídlo spotrebiteľovi alebo zákazníkovi⁴⁶ a práve týmto svojim konaním by spôsobila porušenie vnútroštátneho ustanovenia právneho poriadku za ktoré by mohla byť následne sankcionovaná. Objektívna odôvodnenosť však nevylučuje vytváranie základu pre diskrimináciu (či už priamu alebo nepriamu) proti ktorej prijaté Nariadenie smeruje. Vnútroštátne právo členských štátov nie je plne harmonizované (čo zrejme ani nie je možné objektívne požadovať) a preto sa možno stotožniť s tým názorom, že aj napriek iniciatívam Európskej únie o harmonizovanie práva na vysokej úrovni, budú existovať určité oblasti, v ktorých bude k diskriminácii na základe štátnej príslušnosti, miesta bydliska či sídla dochádzať. Rozdielne zaobchádzanie preto musí byť založené na oprávnených dôvodoch.

V spojení s uvedeným, je preto nutné starostlivo posudzovať, či je geografické blokovanie odôvodnené alebo neodôvodnené. Okrem načrtnutej prekážky spočívajúcej napríklad v dodržiavaní určitých špecifických záväzkov, môže byť geo-blocking spôsobený aj vplyvom rozdielnosti právnych úprav členských štátov, chýbajúceho vzájomného uznávania práva či nedostatočnej harmonizácii na úrovni Európskej únie. V nadväznosti na uvedené preto možno rozlišovať verejnoprávne objektívne obmedzenia, resp. vertikálne objektívne obmedzenia – v dôsledku spomínanej rozdielnosti právnych úprav, či dodržania zákonnej požiadavky stanovenej v práve Únie - napr. členský štát má stanovené prísne podmienky na predaj (alebo vývoz) určitého druhu liečiv, preto je zrejme, že obchodník predávajúci medikamenty prostredníctvom internetu bude musieť odoprieť súhlas spotrebiteľovi z iného členského štátu prístup k svojmu online rozhraniu, keďže Nariadenie mu nestanovuje povinnosť naštudovať s príslušnú legislatívu daného členského štátu súvisiacu s reštrikciami pri predaji liečiv. Opačkom verejnoprávnym objektívnym obmedzením budú súkromnoprávne obmedzenia resp. horizontálne obmedzenia súvisiace skôr s otázkami marketingu a trhu na ktorom má predávajúci záujem pôsobiť, prípadne s problematikou súťažného práva. Nariadenie ani nestanovuje povinnosť obchodníkovi poskytovať služby alebo predávať tovary vo všetkých členských štátoch. Sporným ostáva či môže mať aj súkromnoprávne (horizontálne) obmedzenie objektívny charakter.

VII. UPLATŇOVANIE NARIADENIA V PODMIENKACH SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Predmetné Nariadenie 2018/302 nadobudlo účinnosť 23.marca 2018 a začiatok jeho uplatňovania bol stanovený na 3.december 2018 ako uvádza článok 11 ods.1. Slovenská republika ako členský štát Európskej únie bola povinná uplatňovať Nariadenie 2018/302 v stanovených lehotách a v tejto súvislosti aj upraviť podmienky potrebné na jeho riadnu aplikáciu. Dôvodová správa ku zákonu č. 299/2019 Z.z. z 11.septembra 2019 o dohľade a pomoci pri riešení neodôvodnenej geografickej diskriminácie zákazníka na vnútornom trhu a o zmene a doplnení

⁴⁶ do úvahy prichádzajú aj iné možnosti, ktoré by v konkrétnom prípade mohli evokovať činnosť neodôvodneného geografického blokovania.

zákona č. 128/2002 Z.z. o štátnej kontrole vnútorného trhu vo veciach ochrany spotrebiteľa a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o dohľade a pomoci pri riešení neodôvodnenej geografickej diskriminácie“), pracuje s pojmom implementácia Nariadenia 2018/302.⁴⁷ V týchto intenciách zároveň došlo aj ku zmene zákona č. 128/2002 Z.z. o štátnej kontrole vnútorného trhu vo veciach ochrany spotrebiteľa o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o štátnej kontrole vnútorného trhu“).

Zmeny resp. potreba zmien, ktoré povinnosť uplatňovania Nariadenia 2018/302 priniesla pre členské štáty, by sa dali subsumovať do 3 kategórií:

- ustanovenie orgánu zodpovedného za prijímanie účinných opatrení na zabezpečenie súladu s Nariadením
- stanovenie výšky sankcií za porušenie nariadenia, ktoré budú dostatočne účinné, primerané a odrádzajúce
- určenie subjektu/subjektov, ktoré budú zodpovedné za poskytovanie praktickej pomoci spotrebiteľom pre prípad sporu medzi spotrebiteľom a obchodníkom v dôsledku uplatňovania Nariadenia.

Vo vzťahu k prvej kategórii, teda zvoleniu orgánu v ktorého kompetencii bude zodpovedať za prijímanie účinných opatrení, Nariadenie 2018/302 v čl. 35 preambuly stanovuje členskému štátu povinnosť konštituovať jeden, prípadne dva subjekty⁴⁸, ktoré môžu mať buď povahu správneho orgánu alebo súdneho orgánu. Článok 7 Nariadenia 2018/302 v nadväznosti na čl. 35 preambuly ponecháva autonómiu výberu orgánu na členskom štáte, pričom determinantom vhodnosti má byť najmä kompetencia orgánu prijímať v prípade potreby dostatočne účinné, primerané a odrádzajúce opatrenia. V podmienkach Slovenskej republiky bude inštitúciou dohliadajúcou na uplatňovanie Nariadenia Slovenská obchodná inšpekcia. Pôsobnosť a oprávnenia Slovenskej obchodnej inšpekcie sú vymedzené v zákone č. 128/2002 Z.z. o štátnej kontrole vnútorného trhu v §4, predmet kontroly vnútorného trhu je stanovený v §2 uvedeného zákona. Vo všeobecnej časti dôvodovej správy sa konštatuje, že pre Slovenskú obchodnú inšpekciu je problematika súvisiaca s geografickým blokovaním novou agendou. Doposiaľ SOI neeviduje žiadne podnety a počíta sa aj s jej technickým a personálnym dobudovaním pre účely riadneho výkonu právomocí, ktoré priniesla novela zákona.

Druhá kategória – stanovenie výšky sankcií – je nemenej dôležitou, keďže na to, aby sa subjekt neuchýlil ku konaniu odporujúcemu ustanoveniam Nariadenia, musí byť sankcia dostatočne odrádzajúca. Za porušenie povinností stanovených v Nariadení 2018/302 je Slovenská obchodná inšpekcia podľa §3 zákona o dohľade a pomoci pri riešení neodôvodnenej geografickej diskriminácie oprávnená uložiť obchodníkovi pokutu od 100€ až do 25.000€. V prípade opakovaného porušenia povinností obchodníkom do jedného roka od právoplatnosti rozhodnutia o uložení pokuty, môže zvýšiť Slovenská obchodná inšpekcia pokutu až do výšky 50.000€. Zákon stanovuje aj objektívnu a subjektívnu premlčaciu dobu, v ktorej je Slovenská obchodná inšpekcia oprávnená konať. Konanie o uložení pokuty môže začať do jedného roka, odo dňa kedy SOI zistila porušenie povinností stanovených v Nariadení, avšak najneskôr do troch rokov odo dňa spáchania skutku. Okolnosti, ktoré bude brať Slovenská obchodná inšpekcia do úvahy pri stanovovaní výšky pokuty sú najmä závažnosť, spôsob, čas trvania a následky protiprávneho konania.

Poslednú kategóriu povinností uzatvára ustanovenie subjektu zodpovedného za poskytovanie praktickej pomoci spotrebiteľom pre prípad sporu medzi spotrebiteľom a obchodníkom. Je ním Ministerstvo hospodárstva Slovenskej republiky. Tak to stanovuje §4 zákona o dohľade

⁴⁷ Sme toho názoru, že Nariadenie v súlade so znením čl. 288 ZFEÚ nie je potrebné implementovať.

⁴⁸ Článok 35 preambuly Nariadenia používa pojem subjekty, pričom článok 7 nariadenia následne pracuje s pojmom orgány.

a pomoci pri riešení neodôvodnenej geografickej diskriminácie. V praxi bude realizované uplatňovanie Nariadenia dohľadom nad jeho dodržiavaním Slovenskou obchodnou inšpekciou, ktorá bude rovnako oprávnená vydávať rozhodnutia, v ktorých vyhodnotí porušenie Nariadenia a ktorým zároveň uloží pokutu v rozmedzí stanovenom zákonom. Ministerstvo hospodárstva SR bude poskytovať praktickú pomoc spotrebiteľom, avšak spôsob, prípadne metódy, ktoré pri tom použije, v zákone ani v dôvodovej správe bližšie špecifikované nie sú. Praktické vymáhanie dodržiavania Nariadenia môže byť problematické. Osoba alebo subjekt, ktorý webové sídlo či mobilnú aplikáciu kreoval(a) nemusí byť totožná a spravidla zrejme ani nebude totožná s osobou, ktorá toto online rozhranie bude používať na svoju podnikateľskú činnosť. Zodpovednosť za nesúlad s Nariadením bude s najvyššou pravdepodobnosťou niesť subjekt, ktorý si takéto internetové sídlo dal pre seba zhotoviť a prístup ku svojmu online rozhraniu prispôbiť pre svoje podnikateľské účely. Pokiaľ však nastane situácia, že slovenský spotrebiteľ nahlási konanie, ktoré nesie znaky neodôvodneného geografického blokovania SOI a tá zistí, že doménu má zaregistrovaný subjekt, ktorý nie je slovenským podnikateľom, následný postup nie je jednoznačný. Zákon totiž neuvádza, či je SOI oprávnená začať konanie aj voči zahraničným subjektom a pokiaľ by sme sa spravovali prezumpciou že SOI je na to oprávnená, otázne zostane to, pre ktoré domény bude oprávnená začať konanie SOI a či následne nenastane rozpor v tom, vnútroštátny orgán ktorého členského štátu je kompetentný vydať rozhodnutie o porušení Nariadenia a uložiť za toto konanie sankciu a následne ju vymáhať. V uvedených prípadoch bude potrebné prihliadať aj na zásadu lojálnej spolupráce, formulovanú v čl. 4 ods.3 Zmluvy o Európskej únii. Povinnosťou Únie a členských štátov je vzájomne sa rešpektovať a pomáhať pri vykonávaní úloh vyplývajúcich zo zmlúv.

VIII. PORUŠENIE NARIADENIA ? OBCHODNÁ SPOLOČNOSŤ GUESS

V nadväznosti na ukladanie pokút v kontexte geo-blockingu, je v súčasnosti asi najviac rezonujúcim prípadom odevná značka Guess, ktorú poznáme aj pod obchodnými menami Guess?, Inc., Guess? Europe, B.V. či spoločnosť Guess Europe Sagl (následne označované spolu aj ako „Guess“) sídliaca v USA, zapísaná do obchodného registra v Delaware, kótová na newyorskej burze cenných papierov.⁴⁹ Okrem navrhovania odevov a doplnkov, tieto odevy a doplnky distribuuje a poskytuje na túto značku licencie. Vyššie spomínaná spoločnosť Guess?, Inc. nepriamo vlastní spoločnosť Guess ? Europe, B.V., ktorá je od roku 1996 zapísaná v holandskom obchodnom registri. Spoločnosť Guess? Europe, B.V. má pod kontrolou aj Guess Europe Sagl, ktorá je zapísaná do obchodného registra vo Švajčiarsku. Guess? Europe, B.V. je teda materskou spoločnosťou (v pomere 100%, priamo alebo nepriamo) dcérskych spoločností Guess v rámci celého Európskeho hospodárskeho priestoru.⁵⁰

Dňa 06. júna 2017 Európska komisia iniciovala formálne protimonopolné konanie proti Guess?, Inc., Guess? Europe B.V., Guess Europe Sagl a všetkým právnym entitám, ktoré sú priamo alebo nepriamo uvádzanými spoločnosťami kontrolované. Toto vyšetrovanie sa začalo v nadväznosti na odvetvový prieskum týkajúci sa elektronického obchodu. Značka Guess bola vyšetrovaná v súvislosti so sériou vertikálnych obmedzení voči jej schváleným veľkoobchodným distribútorom a maloobchodníkom v jej selektívnom distribučnom systéme.⁵¹ Správanie, ktoré malo byť vyšetrované sa malo týkať najmä dohôd o distribúcii odevov, obuvi a doplnkov v Európskej únii, prípadne Európskom hospodárskom priestore (EÚ / EHP). Sporné dohody mali obsahovať obmedzenia cezhraničného predaja, zákaz krížového predaja medzi členmi selektívneho distribučného systému, interné limitácie predaja a reštrikcie cien pri ná-

⁴⁹ Summary of Commission Decision of 17 December 2018 (Case AT.40428 Guess), (notified under document C(2018) 8455), str. 1.

⁵⁰ Summary of Commission Decision of 17 December 2018 (Case AT.40428 Guess), (notified under document C(2018) 8455), str. 1.

⁵¹ Ibid.

slednom predaji.⁵² Tieto podozrenia smerovali najmä ku porušeniu čl. 101 ZFEÚ a čl. 53 Dohody o Európskom hospodárskom priestore. Konania boli iniciované v súlade s čl. 2 ods.1 nariadenia Komisie č. 773/2004 zo 07.apríla 2004, ktoré sa týka vedenia konania Komisiou podľa čl. 81 a 82 zmluvy o založení ES.⁵³ Intenciami Komisie bolo prešetriť, či Guess limituje alebo nelimituje schopnosť jej distribútorov predávať cezhranične v rámci Európskej únie alebo Európskeho hospodárskeho priestoru.⁵⁴

Spoločnosť Guess vyjadrila záujem spolupracovať s Komisiou pri vyšetrovaní a taktiež predložila aj dôkazy. Po vykonaní potrebných úkonov zameraných na prešetrovanie predmetnej situácie a so súhlasným stanoviskom Poradného výboru pre obmedzujúce postupy a dominantné postavenie z 10. decembra 2018, vydala Komisia dňa 17. decembra rozhodnutie, v ktorom konštatovala porušenie čl. 101 Zmluvy o fungovaní EÚ a čl. 53 Dohody o EHP tým, že sa vyšetrovaný subjekt podieľal na protisúťažných praktikách. Spoločnosti Guess?, Inc., Guess? Europe, B.V. a Guess Europe Sagl sa v trvaní od 01. januára 2014 do 31. októbra 2017 dopúšťali presmerovania online predaja výrobkov na vlastnú webovú stránku spoločnosti Guess medzi autorizovanými distribútormi. Touto stratégiou obmedzila spoločnosť autorizovaných distribútorov v jej selektívnom distribučnom systéme, v súvislosti s nasledujúcimi činnosťami: používanie obchodných značiek Guess a ochranných známk na účely inzercie v rámci online vyhľadávania, internetový predaj bez povinnosti vopred získať osobitné povolenie od spoločnosti Guess, o udelení alebo neudelení ktorého rozhodovala výlučne spoločnosť Guess, pričom neboli špecifikované žiadne kritériá kvality na prijatie takéhoto rozhodnutia, predaj konečným používateľom, ktorí sa nachádzajú mimo prideleného územia autorizovaných distribútorov, krížový predaj medzi autorizovanými veľkoobchodníkmi a maloobchodníkmi, nezávislé stanovovanie ich cien ďalšieho predaja.⁵⁵

Súčasťou rozhodnutia Komisie o porušení ustanovení čl. 101 ZFEÚ a čl. 53 Dohody o EHP spoločnosťou Guess bolo aj stanovenie výšky sankcie. Pri určení výšky sankcie sa zohľadnila najmä hodnota predaja v rozpočtovom roku 2017 (tj. od 31. januára 2016 do 28. januára 2017), teda posledným úplným rokom účasti spoločnosti Guess na porušení. Komisia prihliadala zároveň aj na fakt, že vertikálne dohody a zosúladené postupy, sú vo svojej podstate menej škodlivé pre hospodársku súťaž, ako horizontálne dohody. Dôležitú úlohu v tomto procese činila aj spolupráca samotnej spoločnosti pri procese vyšetrovania keďže Komisia pôvodne stanovila výšku sankcie na 7% z podielu hodnôt predaja, ktorý bol vzatý do úvahy. Následne táto pokuta bola v súlade s bodom 37 usmernení o pokutách znížená o 50%. Podľa čl. 23 ods. 2 písm. a) nariadenia (ES) č. 1/2003 bola spoločnosti Guess uložená pokuta vo výške 39.821.000 €.

Na základe uvedeného a s poukazom na čas vydania rozhodnutia, je zrejmé, že aj napriek faktu, že sankcionovanej spoločnosti Guess bola uložená pokuta, nebola jej uložená v súvislosti s porušením Nariadenia 2018/302, ale v súvislosti s porušením ustanovení o hospodárskej súťaži. Zároveň však treba uviesť, že konanie, teda praktiky, ktorými porušenie práva učinila, malo charakter geografického blokovania a to tak, že Guess presmerovávala online predaj výrobkov na svoju webovú stránku, čo je taktika spadajúca pod problematiku geo-blockingu.

⁵² Opening of Proceedings, Antitrust/ Cartel Cases, 40428 Guess.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Summary of Commission Decision of 17 December 2018, (Case AT.40428 Guess), (notified under document C(2018) 8455), str. 2.

V. ZÁVER

Cieľom tohto článku nebolo poskytnúť odpovede na všetky nastolené otázky, ale skôr poukázať na určité nejasnosti a sporné oblasti v kontexte problematiky geografického blokovania. Je nepochybné, že tento fenomén tvorí prekážky pri online predaji. Logickým vyústením pre účely eliminácie tohto javu, bolo prijatie legislatívneho aktu na úrovni Európskej únie a jeho následné uplatňovanie členskými štátmi. Internetový priestor je mimoriadne dynamicky sa vyvíjajúcim prostredím a vo svojej podstate oproti reálnemu svetu aj značne špecifický. Vo vzťahu k subjektom, ktoré môžu byť sankcionované za porušovanie Nariadenia 2018/302 a nesídli na území členských štátov s poukázaním na judikatúru Súdneho dvora EÚ, sme uviedli kritériá, ktoré môžu byť brané na zreteľ v prípade pochybnosti, či podnikateľská činnosť spoločnosti bola smerovaná ku spotrebiteľom členských štátov EÚ. V kontexte obchodno-právnych aspektov zohráva významnú úlohu vzťah Nariadenia 2018/302 a súťažného práva, o čom svedčí aj prípadová štúdia rozhodnutia Európskej komisie voči obchodnej spoločnosti. Diskutabilným ostáva otázka výberu vnútroštátneho orgánu toho-ktorého členského štátu, ktorý bude sankcionovať porušiteľa Nariadenia 2018/302. Nie je zrejme, či vnútroštátny orgán, ktorému je zverená kompetencia rozhodovať o porušení Nariadenia 2018/302, bude ako relevantné kritérium pre výkon svojich právomocí považovať sídlo spoločnosti, prípadne príslušnosť internetovej domény. V aplikačnej praxi môže spôsobovať problém aj to, že zákon nestanovuje povinnosť delegovať takúto sťažnosť vnútroštátnemu orgánu iného členského štátu. Na potrebnú zmenu Nariadenia s ohľadom na efektivitu Nariadenia reflektuje článok 9 Nariadenia, ktorý stanovuje, že Komisia do 23. marca 2020 (a následne každých päť rokov) predloží Európskemu parlamentu, Rade a Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru hodnotiacu správu o uplatňovaní Nariadenia, pričom táto môže byť doplnená o návrhy na zmenu Nariadenia vzhľadom na právny, technický a hospodársky vývoj, ktorý je, ako už bolo uvedené, pre túto oblasť príznačný. V tejto súvislosti do okruhu oblastí, na ktoré sa bude Nariadenia uplatňovať môže pribudnúť aj oblasť elektronicky poskytovaných služieb, ktoré sú chránené autorským právom alebo iným chráneným predmetom úpravy.

KLÚČOVÉ SLOVÁ:

geografické blokovanie, digitálny jednotný trh, obchodné právo

KEY WORDS:

geographic blocking, digital single market, commercial law

POUŽITÁ LITERATÚRA:

1. BARLOW, J.P., A Declaration of Independence of Cyberspace, 1996, dostupné na: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.
2. FRANTÍKOVÁ, Z. Konec diskriminace zákazníků z důvodu státní příslušnosti, místa bydliště nebo usazení in ČAMDŽÍČOVÁ, Sabina (ed.). Právo v globalizované společnosti. Sborník z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2018. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2018. ISBN 978-80-88266-32-7 (PDF) [Dostupné on-line na adrese: <http://odmp.upol.cz/sborniky/odmp-2017/odmp18.pdf>], str.202.
3. Charta základných práv Európskej únie.
4. HUČKOVÁ R., SOKOL P., RÓZENFELDOVÁ L., 4th industrial revolution and challenges for european law (with special attention to the concept of digital single market) In: EU and comparative law issues and challenges series : Eu law in context – adjustment to membership and challenges of the enlargement : International Scientific Conference. - Osijek : Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, 2018. - ISBN 9789538109256. - S. 201-215, online. –dostupné na: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/issue/view/313/Vol2>.

5. LAMBACH, D., The Territorialization of Cyberspace, *International Studies review* 2019, str.2, dostupné na: <https://academic.oup.com/isr/advance-article-abstract/doi/10.1093/isr/viz022/5488469>, DOI: 10.1093/isr/viz022/5488469.
6. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1128 zo 14. júna 2017 o cezhraničnej prenosnosti online obsahových služieb na vnútornom trhu.
7. Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2018/302 z 28. februára 2018 o riešení neodôvodneného geografického blokovania a iných foriem diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti, miesta bydliska alebo sídla zákazníkov na vnútornom trhu, ktorým sa menia nariadenia (ES) č. 2006/2004 a (EÚ) 2017/2394 a smernica 2009/22/ES.
8. Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady zo dňa 25.05.2016 o riešení geografického blokovania a iných foriem diskriminácie, COM (2016) 289 final, 2016/0152 (COD).
9. Návrhy generálnej advokátky z 18. mája 2010, Pammer a Hotel Alpenhof, C-585/08, ECLI:EU:C:2010:273.
10. Opening of Proceedings, Antitrust/ Cartel Cases, 40428 Guess, dostupné na: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40428.
11. Otázky a odpovede týkajúce sa nariadenia o geografickom blokovaní v kontexte elektronického obchodu, Digital Single Market, Zdroj: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers>.
12. RÓZENFELDOVÁ, L., The end of Geo-Blocking ? in: BEJČEK, J., KOUKAL, P., ŠILHÁN, J., VALDHANS, J., (eds.) Dopady digitalizace do oblasti soukromého práva, Dny práva 2018, Sborník z konference, Masarykova Univerzita 2019, ISBN 978-80-210-9328-7, dostupné na: <http://www.dnyprava.cz/dokumenty/48813>.
13. Rozsudok z 07. decembra 2010, Pammer a Hotel Aplenhof, C-585/08, EU:C:2010:740.
14. SEIN.K., The draft Geoblocking Regulation and its possible impact on B2C contracts, *Journal of European Consumer and Market Law*, issue 4/2017, p.148, ISSN 2364-4710.
15. Seven important questions about Geo-blocking. European Consumer Centre Austria, dostupné na: <https://europakonsument.at/en/page/7-important-questions-about-geo-blocking>.
16. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/123/ES z 12.decembra 2006 o službách na vnútornom trhu.
17. Stratégia pre jednotný digitálny trh v Európe zo dňa 06.05.2015, COM (2015) 192 final.
18. Summary of Commission Decision of 17 December 2018 (Case AT.40428 Guess), (notified under document C(2018) 8455).
19. TRIMBLE M., The role of geoblocking in the Internet legal lanscape, dostupné na: https://apps.webofknowledge.com/full_record.do?product=WOS&search_mode=General Search&qid=1&SID=C5uMn2fphrO2VCmYALe&page=1&doc=7, *Internet Law and Politics*, issue 23, pages: 45-58, DOI 10.7238/idp.v0i23.3076.
20. TRIBMLE, M., LIONEL, S.S., BOYD, W.S., Geoblocking, str. 10, University of Haifa, dostupné na: <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1242&context=rscholars>, DOI: <http://dx.doi.org/10.4135/9781473960367.n114>.
21. Zlepšovanie jednotného trhu: Viac príležitostí pre ľudí a podniky zo dňa 28.októbra 2015, COM (2015) 550 final.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

Mgr. Simona Rudohradská

Interná doktorandka katedry Obchodného a hospodárskeho práva
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta
Kováčska 26, 040 01 Košice
e-mail: simona.rudohradska@student.upjs.sk

NÁVRHY *DE LEGE FERENDA* VZŤAHUJÚCE SA NA REGULÁCIU FINANČNÉHO PORADENSTVA

PROPOSALS *DE LEGE FERENDA* RELATING TO THE REGULATION OF FINANCIAL ADVISORY

Andrea Slezáková¹

Ekonomická univerzita v Bratislave

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-08>

ABSTRAKT

Niektorí účastníci finančného trhu (najmä finanční spotrebitelia) nie sú schopní relevantne vyhodnotiť úroveň bezpečnosti hospodárenia subjektov finančného trhu - podnikateľov. Súvisí to s nízkou mierou informovanosti, resp. nepochopením podstaty sofistikovaných finančných produktov, ponúkaných finančnými inštitúciami. Za účelom zmiernenia disproporcií v úrovni informácií, ktorými disponujú klienti a finančné inštitúcie zakotvuje štát v právnych predpisoch ochranu spotrebiteľa na finančnom trhu, ktorá sa odzrkadľuje predovšetkým v diapazóne informačných povinností finančných inštitúcií voči klientom. V praxi majú k lepšiemu pochopeniu zmluvy o poskytnutí finančnej služby prispieť nielen informačné povinnosti, ale aj finančné poradenstvo. Príspevok je zameraný na úvahy a návrhy de lege ferenda vzťahujúce sa na reguláciu finančného poradenstva.

ABSTRACT

Some participants on the financial market (in particular financial consumers) are not able to adequately assess the level of safety of the financial market entities - entrepreneurs. This is due to the low level of information, respectively due to the misunderstanding of the nature of sophisticated financial products offered by financial institutions. In order to mitigate the disproportions in the level of information available to clients and financial institutions, the state enshrines in the legislation consumer protection on the financial market, which is primarily reflected in the diapason of financial institutions' information obligations to their clients. In practice, not only information obligations, but also financial advisory should contribute to a better understanding of the financial service contract. The paper focuses on considerations and proposals de lege ferenda relating to the regulation of financial advisory.

I. ÚVOD

Dňa 1. januára 2020 uplynulo desať rokov od nadobudnutia účinnosti zákona č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve“). Predmetný právny predpis ustanovil podmienky pre usku-
točňovanie daných druhov podnikania. Zároveň zakotvil do slovenského právneho poriadku legálne definície pojmov finančného sprostredkovania a finančného poradenstva, z ktorých vyplýva nevyhnutnosť rozlišovania predmetných činností. V tomto kontexte uvádzame, že

¹ Príspevok bol spracovaný v rámci projektu APVV-16-0553 „Premeny a inovácie konceptu kapitálových spoločností v podmienkach globalizácie“.

najpodstatnejším znakom odlišujúcim finančné poradenstvo od finančného sprostredkovania je odplata, presnejšie zdroj odplaty. Kým finančný agent pri vykonávaní finančného sprostredkovania poberá odplatu od finančnej inštitúcie alebo od iného finančného agenta², finančný poradca je *ex lege* povinný prijímať akékoľvek peňažné alebo nepeňažné plnenie výlučne od klienta.³ Finančné poradenstvo možno uskutočňovať na základe povolenia na vykonávanie činnosti finančného poradcu.⁴ Finančné poradenstvo predstavuje podnikanie poskytujúce klientovi výstup, ktorý má napĺňať jeho požiadavky.⁵ Finančné poradenstvo je nerozlučne späté s nezávislým ohodnotením klienta alebo potenciálneho klienta a jeho potrieb vychádzajúcim z jeho finančných pomerov.⁶ Výstup činnosti finančného poradcu bude na základe vykonanej trhovej analýzy predstavovať pre klienta odporúčanie najvhodnejšieho produktu.⁷ Finančný poradca je pre klienta činný na základe zmluvy o poskytnutí finančného poradenstva. Zmluva o poskytnutí finančného poradenstva predstavuje zmluvný typ zavedený zákonom, pre ktorú je ustanovená obligatórne písomná forma.⁸

II. NÁVRHY DE LEGE FERENDA VZŤAHUJÚCE SA NA REGULÁCIU FINANČNÉHO PORADENSTVA

Pojem regulácia finančného trhu obsahuje všetky tie normy, ktoré zahŕňajú úpravu správania sa aktérov finančného trhu, na základe príkazov a zákazov. Regulácia finančného trhu zabezpečuje taktiež predchádzaniu systémových rizík, vzhľadom na dôležitosť, ktorá prináleží finančnému sektoru v hospodárstve.⁹ Zároveň ňou štát plní jednu zo svojich funkcií, a to zaistenie stabilného a funkčného finančného trhu.¹⁰

Nevyhnutnosť regulácie vyplýva zo zlyhávania trhov, t. j. situácie, keď už tieto nemôžu plniť alokačnú funkciu, alebo ju neplnia efektívne.¹¹ Štátny zásah do finančného sektora možno odôvodniť existenciou externalít (externých efektov), ktoré vzniknú v prípade, ak má produkcia statkov alebo ponuka služieb vedľajší efekt na iné hospodárske subjekty a odzrkadľuje sa v trhových cenách a tieto vedľajšie efekty nie sú znášané ich pôvodcom, ale tretou osobou, čím spôsobia negatívne externé náklady inej osoby, s ktorými táto *ex ante* nekalkulovala.¹²

Ďalším dôvodom pre zlyhávanie finančného trhu je informačná asymetria. Pod tento pojem možno subsumovať všetky situácie, v ktorých jedna strana zmluvy o poskytnutí finančnej služby disponuje menším rozsahom informácií ako druhá. Spotrebiteľia ako investori majú informačný deficit v porovnaní s finančnými inštitúciami, keďže tieto disponujú presnými vedomosťami o svojej finančnej situácii.¹³ Predmet činnosti finančnej inštitúcie je natoľko

² Porovnaj § 32 ods. 1 zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve, podľa ktorého finančný agent nesmie v súvislosti s vykonávaním finančného sprostredkovania prijímať od neprofesionálneho klienta akékoľvek peňažné plnenie alebo nepeňažné plnenie.

³ Porovnaj § 32 ods. 5 zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve.

⁴ Porovnaj § 18 ods. 1 zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Zákonná úprava ustanovuje výnimky, porovnaj § 11, § 11a a § 11d zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve.

⁵ BRANDL, E., SARIA, G.: Vom Finanzdienstleistungsassistenten zum Wertpapiervermittler: Anmerkungen zum Ministerialentwurf des BMF 264/ME 24. GP. In: *Zeitschrift für Finanzmarktrecht*. roč. 6, 2006, č. 3, s. 101-105, s. 101.

⁶ HEROLD, M.: *Finanzberatung gegen Provision oder Honorar: Eine Analyse aus Kundensicht mit Hilfe des Prinzipal-Agent Ansatzes*. München, Ravensburg: GRIN Verlag, 2004, s. 3.

⁷ SIDAK, M., SLEZÁKOVÁ, A. a kol.: *Regulácia a dohľad nad činnosťou subjektov finančného trhu*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2014, s. 205.

⁸ SIDAK, M., DURACINSKÁ, M. a kol.: *Finančné právo*. 2. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2014, s. 434.

⁹ LADLER, M., P.: *Finanzmarkt und institutionelle Finanzaufsicht in der EU*. Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014, s. 124.

¹⁰ Tamže.

¹¹ BALDWIN, R., CAVE, M., LODGE, M.: *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. 2. vydanie. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 15.

¹² MARQUARDT, J., C.: *Financial Market Supervision: Some Conceptual Issues*. Basle: BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, 1989, s. 6.

¹³ DAVIES, H., GREEN, D.: *Global Financial Regulation: The Essential Guide*. Cambridge: Polity Press, 2008, s. 17.

komplexný, že bez príslušného vzdelania ho môže pochopiť málokto klient. A keďže získavanie informácií predstavuje náklady a zaberá čas, len minimum investorov sa informuje o jednotlivých finančných produktoch a finančných inštitúciách.¹⁴ A tu nastupuje úloha regulácie, ktorá stanovovaním informačných povinností redukuje informačnú asymetriu. Regulačné prostredie ovplyvňuje aj kvalitu služieb, konkurencieschopnosť pre ich poskytovanie, zabezpečuje dostatočnú súťaž a zároveň ho charakterizuje, že v príslušnom sektore finančného trhu mu „vtláča svoju pečat“ nielen národný, ale aj európsky zákonodarca.

1. Smernica IDD

Priamu novelu zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve predstavuje zákon č. 282/2017 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 39/2015 Z. z. o poisťovníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „novela“). Novelou bola transformovaná smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/97 z 20. januára 2016 o distribúcii poistenia (prepracované znenie)¹⁵ (ďalej len ako „smernica IDD“).

Smernica IDD má za účel harmonizáciu národných predpisov vzťahujúcich sa na odbyt produktov poistenia a zaistenia klientom, ktorým má poskytnúť jednotnú minimálnu úroveň ochrany nezávisle od toho aký odbytový kanál si zvolia.¹⁶ Smernica IDD nadobudla účinnosť dňa 23. februára 2016, členské štáty boli povinné ju transponovať v priebehu 24 mesiacov, t. j. do 23. februára 2018. Bola výsledkom prvej úrovne legislatívneho Lamfalussyho procesu. Smernica IDD, tak ako vyplýva z jej názvu, reguluje distribúciu, nielen v ponímaní sprostredkovania, ale aj ako priamy odbyt. Dôvod prijatia danej právnej úpravy predstavovalo rovnaké zaobchádzanie so všetkými distribútormi poistenia. Keďže ide o smernicu, ktorá nevyžaduje *full-harmonisation*, ale minimálnu harmonizáciu, bolo na členských štátoch, či za účelom ochrany spotrebiteľov prijmú prísnejšiu reguláciu, pokiaľ táto bude súladná s primárnym a sekundárnym právom EÚ.

V súlade s článkom 10 smernice IDD: „Domovské členské štáty zabezpečia, aby distribútori poistenia a zaistenia a zamestnanci poisťovní a zaistovní vykonávajúci činnosti distribúcie poistenia alebo zaistenia disponovali primeranými znalosťami a schopnosťami, aby mohli plniť svoje úlohy a povinnosti.“ Na uvedené reflektoval zákonodarca novelizáciou § 18 a § 21 zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Pozornosť zameriavame, v tomto kontexte, na reguláciu právneho inštitútu odbornej spôsobilosti, ktorého súčasťou sú požiadavky na odbornú prax fyzických osôb zastávajúcich taxatívne vymedzené funkcie u finančného poradcu a zamestnancov finančného poradcu vykonávajúcich činnosť, ktorej obsahom je finančné poradenstvo. Do 22. februára 2018, bola v právnom inštitúte odbornej spôsobilosti normovaná ako jeho nedeliteľná súčasť odborná prax v oblasti finančného trhu. Pri vymedzení pojmu „oblasť finančného trhu“, bolo predovšetkým potrebné vychádzať z dohliadacej funkcie Národnej banky Slovenska zakotvenej v § 2 ods. 3 písm. a) zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 566/1992 Zb. o Národnej banke Slovenska v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o Národnej banke Slovenska“). Rovnako jej zákonný mandát udeľuje § 36 zákona o Národnej banke Slovenska, ktorý hovorí o výkone dohľadu nad finančným trhom v súlade s predmetným zákonom, ako aj s osobitnými sektorovými zákonmi. Jedným z nich je aj zákon č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene

¹⁴ DEWATRIPONT, M., TIROLE, J.: *The Prudential Regulation of Banks*. Cambridge, MA : The MIT Press, 1995, s. 31.

¹⁵ Ú. v. EÚ L 26, 2.2.2016.

¹⁶ BERISHA, A., GISCH, E., KOBAN, K. a kol.: *Haftpflicht-, Rechtsschutzversicherung und Versicherungsvertriebsrecht*. Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2018, s. 135.

a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o dohľade nad finančným trhom“), ktorý v § 1 ods. 3 písm. a) obsahuje enumeratívny¹⁷ výpočet dohliadaných subjektov finančného trhu. Z čoho vyplývalo, že odbornú prax na finančnom trhu bolo možné získať v dohliadaných subjektoch finančného trhu. Podstatou právnej úpravy bola myšlienka, že ak osoba nadobudla odbornú prax v niektorom zo sektorov finančného trhu, napr. bola *compliance officer* u obchodníka s cennými papiermi, uvedená činnosť bola subsumovaná pod všeobecný pojem odbornej praxe na finančnom trhu a bola odborne spôsobilou aj vtedy, ak napríklad chcela začať vykonávať činnosť finančného poradcu v sektore poistenia alebo zaistenia. S účinnosťou od 23. februára 2018, zákonodarca požaduje preukázanie praxe, ktorá sa vzťahuje na sektor, v ktorom má osoba záujem vykonávať v budúcnosti finančné poradenstvo. Ide o odbornú činnosť, ktorá je spojená s niektorým so sektorov – poistenia alebo zaistenia, kapitálového trhu, prijímania vkladov, poskytovania úverov, úverov na bývanie a spotrebiteľských úverov, doplnkového dôchodkového sporenia alebo starobného dôchodkového sporenia. Vzniká povinnosť preukázať prax, ktorá je špecifická a viazaná na niektorý z hore uvedených sektorov. V novom legislatívnom prostredí platí, že fyzická osoba, ktorá nadobudla odbornú prax u obchodníka s cennými papiermi ako *compliance officer*, na základe tejto skutočnosti môže preukázať prax výlučne v sektore kapitálového trhu. V prípade, že by chcela vykonávať finančné poradenstvo v sektore poistenia alebo zaistenia, daná odborná prax by bola bezpredmetná. Uvádzame, že sprísnenie vybraných zákonných ustanovení vzťahujúcich sa na vykonávanie finančného poradenstva¹⁸ považujeme za námet pre úvahy o ďalších návrhoch *de lege ferenda*.

2. Návrh *de lege ferenda* – Predmet činnosti

Právo finančného trhu možno považovať za pododvetvie finančného práva úzko späté s obchodným právom. Pre podnikanie dohliadaných subjektov finančného trhu platí *lex specialis derogat lex generalis*. V tomto prípade všeobecnejšie obchodnoprávne normy ustupujú špeciálnejším finančnoprávnym normám. Osobitosti, ktoré vykazujú zákony regulujúce jednotlivé sektory finančného trhu sa odzrkadľujú predovšetkým v nárokoch, ktoré kladie zákonodarca na právnu formu obchodnej spoločnosti, na odbornú spôsobilosť, ako aj počty členov štatutárneho orgánu príslušnej obchodnej spoločnosti. Vo všeobecnosti môžeme konštatovať, že spravidla ide o zvýšený počet členov štatutárneho orgánu v porovnaní s obchodnoprávnou úpravou, alebo o povinnosť spoločného konania minimálne dvoch členov štatutárneho orgánu a pod. Základnou zákonnou požiadavkou pre uskutočňovanie podnikania na finančnom trhu je získanie príslušného povolenia, licencie alebo iného individuálneho správneho aktu umožňujúceho realizáciu predmetu činnosti, ktorý môže byť zákonodarcom zadaný ako výlučný a ktorého zmena je zároveň *ex lege* zakázaná.

Na webovom sídle Národnej banky Slovenska je zverejnený zoznam subjektov, ktorým bolo udelené povolenie na vykonávanie činnosti finančného poradcu. Ide o 12 obchodných spoločností. Pričom všetky majú právnu formu spoločnosti s ručením obmedzeným.¹⁹ Na základe analýzy údajov dostupných z obchodného registra, zisťujeme, že predmetom činnosti daných obchodných spoločností je okrem iného najmä aj činnosť ekonomických a organizačných poradcov, faktoring a forfaiting, finančný lízing, kúpa tovaru na účely jeho predaja

¹⁷ Vychádzame zo skutočnosti, že osobitné sektorové právne predpisy zakotvujú dohľad Národnej banky Slovenska aj nad osobami vykonávajúcimi nepovolenú činnosť, resp. nad osobami, ktorých obchody a postavenie súvisia s dohliadaným subjektom finančného trhu. Obdobne RÝDL, T., BARÁK, J., SAŇA, L., VÝBORNÝ, P.: *Zákon o České národní bance. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer, 2014, s. 149.

¹⁸ Predovšetkým išlo o reguláciu odbornej spôsobilosti.

¹⁹ Zoznam subjektov, ktorým bolo udelené povolenie na vykonávanie činnosti finančného poradcu, je dostupný na webovom sídle Národnej banky Slovenska https://subjekty.nbs.sk/?aa=select_sector&bb=6&cc=&qq= [cit. 31-12-2019].

konečnému spotrebiteľovi (maloobchod), kúpa tovaru za účelom jeho predaja iným prevádzkovateľom živnosti (veľkoobchod), prieskum trhu a verejnej mienky, počítačové služby, prenájom nehnuteľností spojený s poskytovaním iných než základných služieb spojených s prenájomom, prenájom hnutel'ných vecí, reklamné a marketingové služby, skladovanie, služby súvisiace s počítačovým spracovaním údajov, sprostredkovateľská činnosť v oblasti služieb, sprostredkovateľská činnosť v oblasti obchodu, vedenie účtovníctva.²⁰ Z čoho vyplýva, že ani u jednej z obchodných spoločností nepredstavuje vykonávanie finančného poradenstva v príslušnom sektore finančného trhu výlučný predmet činnosti. Pričom však výlučné vykonávanie regulovaného predmetu činnosti predstavuje jeden z príznačných znakov pre podnikanie dohliadaných subjektov finančného trhu. Ako príklad uvádzame dôchodkové správcovské spoločnosti a doplnkové dôchodkové spoločnosti. Podľa § 47 ods. 1 zákona č. 43/2004 Z. z. o starobnom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o starobnom dôchodkovom sporení“): „Dôchodková správcovská spoločnosť je akciová spoločnosť so sídlom na území Slovenskej republiky, ktorej predmetom činnosti je vytváranie a správa dôchodkových fondov na vykonávanie starobného dôchodkového sporenia podľa tohto zákona, a to na základe povolenia na vznik a činnosť dôchodkovej správcovskej spoločnosti udeleného Národnou bankou Slovenska podľa tohto zákona.“ Podľa § 47 ods. 5 prvej vety zákona o starobnom dôchodkovom sporení: „Dôchodková správcovská spoločnosť nesmie vykonávať inú činnosť, ako je činnosť podľa tohto zákona.“ Obdobne v súlade s § 22 ods. 1 zákona č. 650/2004 Z. z. o doplnkovom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o doplnkovom dôchodkovom sporení“): „Doplnková dôchodková spoločnosť je akciová spoločnosť so sídlom na území Slovenskej republiky, ktorej predmetom činnosti je vytváranie a správa doplnkových dôchodkových fondov na účel vykonávania doplnkového dôchodkového sporenia, a to na základe povolenia na vznik a činnosť doplnkovej dôchodkovej spoločnosti (ďalej len „povolenie“) udeleného Národnou bankou Slovenska.“ Podľa § 22 ods. 5 prvej vety zákona o doplnkovom dôchodkovom sporení: „Doplnková dôchodková spoločnosť nesmie vykonávať inú činnosť, ako je činnosť podľa tohto zákona.“

Dôvod pre predmetný návrh *de lege ferenda* predstavuje aj skutočnosť, že zákonodarca osobitne upravuje kategóriu finančných poradcov ako nezávislých odborníkov a potreba zvýšenia nárokov na ich podnikanie v porovnaní s finančnými agentmi je odôvodnená ich vysokou mierou zodpovednosti pri uskutočňovaní predmetnej činnosti. Myšlienka sprisnenia regulácie vychádza z legitímnych očakávaní klientov. Ak fyzická, alebo právnická osoba uzatvorí zmluvu o poskytnutí finančného poradenstva, má za to, že za odplatu jej budú poskytnuté služby istej úrovne. Podstata finančného poradenstva spočíva na nezávislej analýze dostatočného počtu dostupných služieb v príslušnom sektore si vyžaduje vysoký stupeň špecializácie. Vychádzajúc z danej myšlienky, máme za to, že je prípustné, aby finančné poradenstvo zákonodarca upravoval prísnejšie ako finančné sprostredkovanie a zakotvil striktnú požiadavku, že finančný poradca iný predmet činnosti ako je finančné poradenstvo uskutočňovať nesmie.

Rovnako dôvodom pre legislatívne zakotvenie predmetného návrhu *de lege ferenda* je skutočnosť, aby obchodná spoločnosť, ktorá je zároveň dohliadaným subjektom finančného trhu nevykonávala vzájomne si konkurujúce predmety činnosti, čím by dochádzalo ku konfliktu záujmov. Pri rôznorodosti predmetov činnosti na vykonávanie ktorých sú oprávnení finanční poradcovia, v praxi nemožno vylúčiť vznik konfliktu záujmov. A preto za najúčinnější spôsob jeho predchádzania považujeme uloženie zákonnej povinnosti výlučnosti predmetu činnosti - finančného poradenstva.

²⁰ Porovnaj www.orser.sk [cit. 31-12-2019].

Okrem slovenskej právnej úpravy poukazujeme aj na obdobné právne normy obsiahnuté v príslušných právnych predpisoch Českej republiky, podľa ktorých „bankový“ obchodník s cennými papiermi môže vykonávať iba činnosti uvedené v zákone č. 21/1992 Sb. o bankách v znení neskorších predpisov a činnosti vyhradené zákonom č. 256/2004 Sb. o podnikaní na kapitálovom trhu v znení neskorších predpisov v režime licencie obchodníka s cennými papiermi, pokiaľ vyplývajú z jeho povolenia.²¹

Reguláciu možno v najširšom slova zmysle definovať aj ako o súbor právnych mechanizmov, prostredníctvom ktorých realizuje regulátor svoj vplyv na finančný trh, resp. na príslušný sektor finančného trhu a je na jeho úvahe aké nástroje zvolí, aby dosiahol vytýčený cieľ. Za ostatný dôvod pre daný návrh *de lege ferenda* považujeme už zo súčasnej právnej úpravy vyplývajúci najvyšší stupeň odbornej spôsobilosti, ktorý sú povinné dosiahnuť fyzické osoby, ktoré zastávajú taxatívne definovaný okruh funkcií. V súlade s § 21 ods. 8 zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve povinnosť dosiahnuť najvyšší stupeň má finančný poradca, ktorý je fyzickou osobou, štatutárny orgán alebo aspoň jeden člen štatutárneho orgánu finančného poradcu, ktorý je zodpovedný za vykonávanie finančného poradenstva a odborný garant finančného poradcu. Najvyšší stupeň odbornej spôsobilosti okrem iného predpokladá úroveň poznatkov a vedomostí o finančnom trhu, ktorá sa má kontinuálne prehlbovať. Vzhľadom na neustále sa zvyšujúcu sofistikovanosť zmlúv o poskytnutí finančnej služby, máme za to, že štúdium a nadobúdanie informácií, si vyžaduje plnohodnotné a výlučné zameranie predmetu činnosti obchodnej spoločnosti na vykonávanie finančného poradenstva.

3. Návrh *de lege ferenda* – Predchádzajúci súhlas Národnej banky Slovenska

Podnikanie na finančnom trhu je natoľko špecifické, že si vyžaduje ingerenciu zo strany štátu, a to nielen pri začatí vykonávania činnosti, ale aj pri uskutočňovaní istých zákonnou úpravou taxatívne definovaných úkonov. Dohliadané subjekty finančného trhu sú povinné podnikat' v medziach zákonov regulujúcich ich činnosť, *ergo* prijímajú všetky opatrenia nevyhnutné na dodržiavanie povinností.

Pri realizácii dohľadu nad finančným trhom, Národná banka Slovenska okrem iného vedie povoľovacie konania. Ich účelom je udeľovanie povolení, licencií, predchádzajúcich súhlasov Národnej banky Slovenska, súhlasov Národnej banky Slovenska alebo iných rozhodnutí umožňujúcich začatie vykonávania činnosti na finančnom trhu alebo vykonanie právnych úkonov. Predchádzajúci súhlas Národnej banky Slovenska je podmienkou na vykonanie taxatívne definovaného okruhu úkonov určených osobitnými zákonmi. V povoľovacom konaní, Národná banka Slovenska na základe dôkazných prostriedkov predložených účastníkom konania porovnáva predpoklady, ktoré žiadateľ o vykonanie príslušného úkonu vytvoril, so zákonnými podmienkami zakotvenými v osobitnom právnom predpise. Či došlo k naplneniu zákonných požiadaviek vyjadrí Národná banka Slovenska rozhodnutím vo veci, ktorým udelí alebo neudelí svoj predchádzajúci súhlas na vykonanie príslušného úkonu.

Z hľadiska vedenia povoľovacích konaní vykazuje uskutočňovanie finančného poradenstva spoločný prvok s podnikaním iných dohliadaných subjektov, a to ingerenciu zo strany Národnej banky Slovenska pri začatí vykonávania činnosti. Ako už bolo uvedené, finančné poradenstvo možno uskutočňovať výlučne na základe povolenia na vykonávanie činnosti finančného poradcu udeľovaného Národnou bankou Slovenska. Ide o právnu úpravu spätú s myšlienkou, že finančné poradenstvo sú oprávnené realizovať výlučne subjekty, ktoré preukázali splnenie zákonných podmienok pre udelenie príslušného povolenia v povoľovacom

²¹ HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D.: *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu. Komentář*. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 110.

konaní. Osobitné právne predpisy vzťahujúce sa na jednotlivé sektory finančného trhu obsahujú obdobnú reguláciu (napr. podľa § 2 ods. 1 prvej vety zákona č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov: „Banka je právnická osoba so sídlom na území Slovenskej republiky založená ako akciová spoločnosť, ktorá je úverovou inštitúciou podľa osobitného predpisu a ktorá má bankové povolenie.“; v súlade

s § 54 ods. 1 zákona č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o cenných papieroch“): „Obchodníkom s cennými papiermi je akciová spoločnosť so sídlom na území Slovenskej republiky, ktorej predmetom činnosti je poskytovanie investičných služieb klientom alebo výkon investičných činností na základe povolenia na poskytovanie investičných služieb udeleného Národnou bankou Slovenska.“).

V porovnaní s osobitnými právnymi predpismi z iných sektorov finančného trhu, v zákone o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve absentuje právna úprava predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska.

Predchádzajúci súhlas Národnej banky Slovenska je individuálnym správnym aktom, ktorým Národná banka Slovenska umožňuje vykonanie úkonu, a to na základe a v rozsahu žiadosti dohliadaného subjektu finančného trhu, ktorý preukázal v konaní vo veciach dohľadu splnenie zákonne ustanovených podmienok pre jeho udelenie. Účelom udeľovania predchádzajúcich súhlasov Národnej banky Slovenska je predovšetkým monitorovanie uskutočňovania predmetu činnosti dohliadaného subjektu finančného trhu a kontinuálneho plnenia podmienok pre udelenie príslušného povolenia. Z osobitných zákonov vyplýva, že do okruhu úkonov podliehajúcich predchádzajúcemu súhlasu Národnej banky Slovenska možno predovšetkým zaradiť nadobudnutie kvalifikovanej účasti na dohliadanom subjekte finančného trhu, zníženie základného imania dohliadaného subjektu finančného trhu, zmena sídla dohliadaného subjektu finančného trhu, predaj podniku dohliadaného subjektu finančného trhu, voľbu osôb navrhovaných za členov štatutárneho alebo dozorného orgánu dohliadaného subjektu finančného trhu, zlúčenie, splynutie, rozdelenie dohliadaného subjektu finančného trhu a vrátenie príslušného povolenia. Vykonanie právneho úkonu bez predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska je spojené s absolútnou neplatnosťou²², teda neplatnosťou, ktorá nastáva *ex lege*.

Rovnako je neplatný právny úkon uskutočnený na základe predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska udeleného na základe nepravdivých údajov.²³ Máme za to, že v záujme konzistentnosti regulácie na celom finančnom trhu²⁴ sa ako potrebné javí inkorporovať právny inštitút predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska aj do zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Úkony, u ktorých máme za to, že by mali podliehať predchádzajúcemu súhlasu Národnej banky Slovenska, sú nadobudnutie kvalifikovanej účasti na finančnom poradcovi, predaj podniku finančného poradcu, voľba osôb navrhovaných za členov štatutárneho orgánu finančného poradcu, odborného garanta finančného poradcu alebo dozorného orgánu finančného poradcu a vrátenie povolenia na vykonávanie činnosti finančného poradcu. Návrh *de lege ferenda* zdôvodňujeme aj tým, že v súčasnosti je kontinuálne plnenie podmienok pre udelenie povolenia na vykonávanie činnosti finančného

²² Ibaže osobitný zákon ustanoví inak. Napr. podľa § 52 ods. 13 zákona o starobnom dôchodkovom sporení: „Neplatné sú úkony, na ktoré sa podľa tohto zákona vyžaduje predchádzajúci súhlas Národnej banky Slovenska, ak boli vykonané bez tohto predchádzajúceho súhlasu s výnimkou uvedenou v odseku 1 písm. a).“

²³ Porovnaj napr. § 159 ods. 3 druhú vetu zákona o cenných papieroch.

²⁴ Predchádzajúcemu súhlasu Národnej banky Slovenska podliehajú v zákonne ustanovenom rozsahu právne úkony bánk, poisťovní, zaistovní, obchodníkov s cennými papiermi, dôchodkových správcovkých spoločností, doplnkových dôchodkových spoločností či správcovkých spoločností.

poradcu monitorované aj na základe informačných povinností voči Národnej banke Slovenska. Idea zavedenia predchádzajúcich súhlasov Národnej banky Slovenska do právnej úpravy na finančnom trhu vychádza zo skutočnosti, že správanie v súlade s osobitnými právnymi predpismi je potrebné i vynucovať. Plnenie informačných povinností predstavuje v porovnaní s povoľovacím konaním, podľa nášho názoru, menej efektívny nástroj postavený na monitorovaní *ex post*, kým predchádzajúci súhlas Národnej banky Slovenska umožňuje orgánu dohľadu zasiahnuť *ex ante*, t. j. ešte pred vykonávaním úkonu (napr. voľbou fyzickej osoby za člena štatutárneho orgánu finančného poradcu, ktorá nie je odborne spôsobilá). Zavedenie právneho inštitútu predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska pre taxatívne určený okruh úkonov uskutočňovaných finančným poradcem je možné zdôvodniť aj skutočnosťou, že i napriek tomu, že finančný poradca nehospodári s aktívami klienta, jeho odporúčanie môže mať významný dosah na finančnú situáciu klienta, osobitne berúc na zreteľ neprofesionálneho klienta. Pri úvahe *de lege ferenda* o zavedení predchádzajúcich súhlasov Národnej banky Slovenska sme vychádzali taktiež zo skutočnosti, že zákonodarca pripúšťa rozdiely pri uskutočňovaní dohľadu nad jednotlivými kategóriami finančných agentov. Dohľad nad vykonávaním finančného sprostredkovania samostatným finančným agentom realizuje Národná banka Slovenska. Zároveň zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve ustanovuje istú formu dohľadu navrhovateľa – finančnej inštitúcie, resp. samostatného finančného agenta nad ich podriadenými subjektmi. Hovoríme o prenesenom/delegovanom dohľade Národnej banky Slovenska na navrhovateľa.²⁵ Nepôjde o dohľad Národnej banky Slovenska, ale o aktivitu podnikateľa, ktorý bude dohliadať na podnikanie iného podnikateľa a sám bude dohliadaný ako túto povinnosť plní zo strany Národnej banky Slovenska. Táto zákonná konštrukcia je nevyhnutá, pretože pri súčasnom počte podriadených a viazaných finančných agentov, je z kapacitných dôvodov nemožné, aby boli dohliadaní Národnou bankou Slovenska. Zdôrazňujeme, že ani podriadení, ani viazaní finanční agenti nepatria medzi dohliadané subjekty finančného trhu. Za zákonných podmienok im však v súlade so zákonom o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve bude udelená sankcia. Z čoho vyplýva, že je odlišný diapazón subjektov, ktoré Národná banka Slovenska dohliada a ktoré je oprávnená sankcionovať. Medzi jednotlivými kategóriami finančných agentov zákonodarca týmto vytvára rozdiely a ak je prípustné rozlišovanie medzi subjektami uskutočňujúcimi rovnaký druh podnikania, javí sa ako potenciálne možné, aby podrobil finančných poradcov ďalším zákonným povinnostiam.

4. Návrh *de lege ferenda* – Pripravenosť na vykonávanie činnosti

Zákon o dohľade nad finančným trhom v tretej časti upravuje konanie vo veciach dohľadu v rámci, ktorého Národná banka Slovenska uskutoční miestnu obhliadku, ak je to potrebné pre rozhodnutie vo veci.²⁶ Zo zákona č. 492/2009 Z. z. o platobných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o platobných službách“) vyplýva pre Národnú banku Slovenska povinnosť uskutočniť miestnu obhliadku. A to vzhľadom na skutočnosť, že v povoľovacom konaní je povinná preveriť, pred udelením povolenia na poskytovanie platobných služieb, pripravenosť žiadateľa na vykonávanie tohto druhu podnikania.²⁷ Ide teda o povinnosť uskutočniť miestnu obhliadku vyplývajúcu z hmotnoprávneho predpisu ešte pred udelením príslušného povolenia.

²⁵ ČUNDERLÍK, Ľ. a kol.: *Právo finančného trhu*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2017, s. 147. Obdobne KRAVECOVÁ, D.: *Finančné sprostredkovanie. Ako podnikat' legálne*. Bratislava : IURIS LIBRI, 2016, s. 152.

²⁶ Porovnaj § 17 ods. 5 zákona o dohľade nad finančným trhom.

²⁷ Porovnaj § 64 ods. 8 zákona o platobných službách podľa ktorého: „Žiadateľ, ktorý chce byť platobnou inštitúciou, je pred udelením povolenia podľa odseku 1 povinný preukázať Národnej banke Slovenska technickú, organizačnú a perso-

Reguláciu preverenia pripravenosti na vykonávanie predmetu činnosti povoleného Národnou bankou Slovenska obsahuje aj zákon o cenných papieroch. Odlišný je však časový okamih zisťovania pripravenosti. Kým podľa zákona o platobných službách, postupuje Národná banka Slovenska v konaní vo veciach dohľadu a ešte pred vydaním rozhodnutia zisťuje na miestnej obhliadke pripravenosť žiadateľa, zákon o cenných papieroch upravuje zisťovanie pripravenosti na výkon povolených činností *ex post*. Ide o okamih, kedy bolo žiadateľovi už udelené povolenie na poskytovanie investičných služieb, avšak faktické začatie činnosti ešte možné nie je.²⁸ V súlade s § 55 ods. 7 zákona o cenných papieroch s výkonom činností uvedených v povolení na poskytovanie investičných služieb môže obchodník s cennými papiermi začať až na základe písomného oznámenia Národnej banky Slovenska o splnení technickej, organizačnej a personálnej pripravenosti na výkon povolených činností. Máme za to, že v porovnaní so zákonom o platobných službách, už Národná banka Slovenska neuskutočňuje miestnu obhliadku podľa zákona o dohľade nad finančným trhom. Konanie vo veciach dohľadu je v čase preverovania pripravenosti obchodníka s cennými papiermi už právoplatne ukončené, a preto nemožno postupovať podľa tretej časti zákona o dohľade nad finančným trhom. Máme za to, že postupuje výlučne podľa hmotnoprávneho predpisu, ktorým je zákon o cenných papieroch.

Oba osobitné zákony spája idea preverenia pripravenosti subjektu, počas ktorého sa simuluje poskytovanie služieb v rozsahu, ktorý bol povolený. Z platnej právnej úpravy vyplýva, že u žiadateľa, ktorý zamýšľa vykonávať finančné poradenstvo, je preskúmaná personálna, technická aj organizačná pripravenosť na realizáciu daného podnikania.²⁹ A to na základe listinných dôkazov predložených účastníkom konania.³⁰ Z hľadiska zvýšenia miery ochrany klientov budúcich finančných poradcov sa ako vhodné javí preveriť ich pripravenosť na vykonávanie predmetnej činnosti.³¹ V praxi by bolo preverovanie zamerané na simulované poskytnutie služby finančného poradenstva neprofesionálnemu klientovi, v sektore, v ktorom žiadateľ o udelenie príslušného povolenia zamýšľa začať vykonávať činnosť. Z hľadiska okamihu uskutočnenia previerky pripravenosti na vykonávanie finančného poradenstva, sme názoru, že jej uskutočnenie je optimálnejšie počas povoľovacieho konania. A to z dôvodu, že v konaní vo veciach dohľadu nachádzame procesnoprávnú úpravu postupu pri uskutočňovaní miestnej obhliadky. Uvedené zvyšuje právnu istotu účastníka konania a predvídateľnosť postup orgánu verejnej správy.

III. ZÁVER

Štát vyvíja maximálnu snahu, aby poskytol subjektom finančného trhu čo najväčšiu voľnosť pri vzniku, zmene alebo zániku právnych vzťahov. Zároveň vytvára prostredie vhodné na tvorbu transparentných obchodných záväzkov. V právnom poriadku nachádzame tak verejnoprávne, ako aj súkromnoprávne prostriedky ochrany finančných spotrebiteľov, vrátane sankcií za porušenie povinností, ustanovených normatívnymi právnymi aktmi. Funkcie v oblasti ochrany finančných spotrebiteľov plní Národná banka Slovenska. Táto je rovnako orgán dohľadu nad vykonávaním finančného poradenstva finančným poradcom. Do diapazónu sankcií udeľovaných danému dohliadanému subjektu finančného trhu patrí aj odobratie povo-

nálnu pripravenosť a schopnosť poskytovať platobné služby riadne a bezpečne a existenciu funkčného, účinného a obozretne fungujúceho riadiaceho a kontrolného systému žiadateľa.“

²⁸ Porovnaj § 55 ods. 7 v spojení s § 55 ods. 6 zákona o cenných papieroch.

²⁹ Porovnaj § 18 zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve.

³⁰ Porovnaj § 18 ods. 6 a ods. 7 zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve.

³¹ Pre úplnosť informácií je nutné poznamenať, že v súčasnosti sa v praxi v ústnej časti odbornej skúšky s certifikátom preverujú vedomosti uchádzačov o dosiahnutie najvyššieho stupňa odbornej spôsobilosti aj prostredníctvom prípadovej štúdie, čo považujeme za žiaduce. Porovnaj informácie z webového sídla výlučného organizátora odbornej skúšky s certifikátom, Národnej banky Slovenska <https://regfap.nbs.sk/skusky/druhy> [cit. 31-12-2019].

lenia na vykonávanie činnosti finančného poradcu. Avšak ešte pred použitím najprísnejších sankcií, je vhodné zamyslieť sa nad návrhmi *de lege ferenda*, u ktorých sme názoru, že by zvýšili kvalitu regulátorného prostredia, zabezpečujúc vyššiu mieru ochrany klientov.

Prvý návrh *de lege ferenda* je zameraný na potenciálnu zmenu zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve vzťahujúci sa na výlučnosť predmetu činnosti, finančného poradenstva, u obchodných spoločností vykonávajúcich finančné poradenstvo. Máme za to, že by išlo o reguláciu, ktorá by zvýšila úroveň ochrany klientov. A to vzhľadom na skutočnosť, že zameranie na finančné poradenstvo by viedlo špecializácii vo väčšej miere, ako je tomu v súčasnosti, kedy sledujeme rozličnosť predmetov činnosti realizovaných obchodnými spoločnosťami popri tomto druhu podnikania. Druhý návrh *de lege ferenda* sa zameriava na zavedenie právneho inštitútu predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska ako podmienky na uskutočnenie vybraného okruhu právnych úkonov finančným poradcom. Tretí návrh *de lege ferenda* sa spája s preverovaním pripravenosti na finančné poradenstvo prostredníctvom miestnej obhliadky počas ktorej by dochádzalo k overeniu personálnej, technickej, ako aj organizačnej stránky vykonávania finančného poradenstva simulovaním poskytovania danej služby neprofesionálnemu klientovi. Obdobnú reguláciu, u ktorej zastávame názor, že zvyšuje úroveň ochrany klientov na finančnom trhu, nachádzame v osobitných právnych predpisoch, ktorými sú zákon o cenných papieroch a zákon o platobných službách.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

finančné poradenstvo, finančný poradca, Národná banka Slovenska, konanie vo veciach dohľadu, ochrana finančných spotrebiteľov.

KEY WORDS

financial advisory, financial advisor, National Bank of Slovakia, proceedings in supervisory matters, protection of financial consumers.

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. BALDWIN, R., CAVE, M., LODGE, M.: *Understanding Regulation : Theory, Strategy and Practice*. 2. vydanie. Oxford : OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2012, 568 s., ISBN 978-0199576098, DOI: 10.1093/acprof:osobl/9780199576081.001.0001.
2. BERISHA, A., GISCH, E., KOBAN, K. a kol.: *Haftpflicht-, Rechtsschutzversicherung und Versicherungsvertriebsrecht*. Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2018, 192 s., ISBN 978-3-214-09017-3.
3. BRANDL, E., SARIA, G.: Vom Finanzdienstleistungsassistenten zum Wertpapiervermittler: Anmerkungen zum Ministerialentwurf des BMF 264/ME 24. GP. In: Zeitschrift für Finanzmarktrecht. roč. 6, 2006, č. 3, s. 101- 105.
4. ČUNDERLÍK, L. a kol.: *Právo finančného trhu*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2017, 260 s., ISBN 978-80-8168-753-2.
5. DAVIES, H., GREEN, D.: *Global Financial Regulation: The Essential Guide*. Cambridge Polity Press, 2008, 326 s., ISBN 978-0745643502.
6. DEWATRIPONT, M., TIROLE, J.: *The Prudential Regulation of Banks*. Cambridge, MA The MIT Press, 1995, 262 s., ISBN 0-262-04146-4.
7. HEROLD, M.: *Finanzberatung gegen Provision oder Honorar : Eine Analyse aus Kundensicht mit Hilfe des Prinzipal-Agent Ansatzes*. München, Ravensburg : GRIN Verlag, 2004, 34 s., ISBN 978- 3638699044.

8. HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D.: *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu. Komentář*. Praha : C. H. Beck, 2012, 1029 s., ISBN 978-80-7400-433-9.
9. KRAVECOVÁ, D.: *Finančné sprostredkovanie. Ako podnikat' legálne*. Bratislava : IURIS LIBRI, 2016, 190 s., ISBN 978-80-89635-25-2.
10. LADLER, M., P.: *Finanzmarkt und insitutionelle Finanzaufsicht in der EU*. Wien : MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014, 344 s., ISBN 978-3-214-00765-2.
11. MARQUARDT, J., C.: *Financial Market Supervision : Some Conceptual Issues*. Basle : BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, 1989, 44 s., ISBN nepridelené.
12. RÝDL, T., BARÁK, J., SAŇA, L., VÝBORNÝ, P.: *Zákon o České národní bance. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer, 2014, 344 s., ISBN 978-80-7478-622-8.
13. SIDAK, M., DURAČINSKÁ, M. a kol.: *Finančné právo*. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2014, 528 s., ISBN 978-80-89603-22-0.
14. SIDAK, M., SLEZÁKOVÁ, A. a kol.: *Regulácia a dohľad nad činnosťou subjektov finančného trhu*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2014, 240 s., ISBN 978-80-8168-125-7.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA**JUDr. Andrea Slezáková, LL.M., PhD.**

odborná asistentka,

Ekonomická univerzita v Bratislave

Obchodná fakulta, Katedra obchodného práva

Dolnozemska cesta 1

852 35 Bratislava

Telefón: +421 2 6729 1191

E-mail: andrea.slezakova@euba.sk

PROCEDURAL STATUS OF THE INJURED PERSON IN THE LEGAL ORDER OF THE SLOVAK REPUBLIC IN COMPARISON WITH ITS LEGAL REGULATION IN THE CZECH REPUBLIC¹

PROCESNÉ POSTAVENIE POŠKODENÉHO V PRÁVNOM PORIADKU SLOVENSKEJ REPUBLIKY V KOMPARÁCII S ČESKOU REPUBLIKOU

Martin Štrkolec

University of Pavol Jozef Šafárik in Košice, Faculty of Law

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-09>

ABSTRACT

The author examines the procedural position of the injured person during the entire course of criminal proceedings, with respect to both the pre-trial and trial stage. In connection with the procedural status of the injured person, the author also analyses the possibilities of the participation of the injured person or his/her representative in procedural acts performed by law enforcement authorities and courts in order to fulfil their own subject of criminal proceedings, which also involves deciding on the injured person's compensation claim for damage caused to him as a result of the given crime. At the beginning of the article, the author presents the historical aspects of the procedural status of the injured person in the Czech Republic and the Slovak Republic, which form a basis for presenting a comparative perspective on the status of the injured person in the two legal systems. At the end of the article, the author formulates his own de lege ferenda proposals in the context of the Slovak Republic.

ABSTRAKT

Autor sa v článku zaoberá procesným postavením poškodeného v priebehu celého trestného konania, a to tak s ohľadom na jeho predsúdnú, ako aj súdnu časť. V súvislosti s procesným postavením poškodeného autor v článku analyzuje taktiež možnosti účasti poškodeného, respektíve jeho splnomocnenca na procesných úkonoch vykonávaných orgánmi činnými v trestnom konaní a súdmi za účelom naplnenia vlastného predmetu trestného konania, pod ktorý možno nepochybne zaradiť rozhodovanie o nároku poškodeného na náhradu škody, ktorá mu v príčinnej súvislosti s trestným činom vznikla. V úvode článku sa autor venuje taktiež historickým aspektom procesného postavenia poškodeného v Českej a Slovenskej republike, na podklade ktorých sa v priereze celého článku venuje taktiež komparatívnemu pohľadu na poškodeného v oboch právnych poriadkoch. Vo vzťahu k Slovenskej republike autor v závere článku formuluje vlastné návrhy de lege ferenda.

¹ The presented contribution was prepared with the support of and as an output of the research project APVV-16-0362 "Privatisation of criminal law – substantive, procedural, criminological, organisational and technical aspects."

I. INTRODUCTION

Act No. 301/2005 Coll. the Criminal Proceedings Code as amended by later legislation (hereinafter the “Criminal Proceedings Code”) came into effect on 1 January 2006. In its provision of Article 1, it defines the subject of the Criminal Proceedings Code as follows: *“The Criminal Proceedings Code lays down the procedure followed by law enforcement authorities and courts to ensure that crimes are adequately investigated and that their perpetrators are justly punished, while respecting the basic rights and freedoms of natural and legal persons.”* This quoted provision implies not just to the subject of the Act but also its purpose, i.e. adequate investigation of crimes and just punishment for their perpetrators with particular emphasis on respect for the fundamental rights and freedoms of natural and legal persons by law enforcement authorities and courts.

What is also apparent from the provision of Article 1 of the Criminal Proceedings Code is an important interpretation rule according to which law enforcement authorities and courts are obliged to proceed in such a way as to fulfil its purpose, i.e. adequate investigation of crimes and just punishment for their perpetrators, while respecting the fundamental rights and freedoms of natural and legal persons contained in the Constitution of the Slovak Republic, the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, and the Criminal Proceedings Code and the international agreements by which the Slovak Republic is bound, whose ultimate purpose is to ensure a just process as an inherent principle of the rule of law model.

The provision of Article 1 (1) of Act No. 141/1961 Coll. on Criminal Court Proceedings (Criminal Proceedings Code) as amended by later legislation is still valid and effective in the Czech Republic (hereinafter the “Czech Criminal Proceedings Code”), defines the purpose of the Czech Criminal Proceedings Code, i.e. to lay down the procedure followed by *“law enforcement authorities to ensure that crimes are adequately investigated and that their perpetrators are justly punished under the law. The proceedings shall at the same time contribute to reinforcing lawfulness, to preventing criminal activities, to educating the public in the spirit of thoroughly abiding by the law and the rules of civil coexistence and the conscientious fulfilment of obligations towards the state and society.”* This purpose of the Czech Criminal Proceedings Code is identical to the purpose defined in Act No. 141/1961 Coll. on Criminal Court Proceedings (Criminal Proceedings Code) as amended by later legislation, which was also valid and effective in the Slovak Republic until 31 December 2005.

Act No. 45/2013 Coll. on Victims of Criminal Offences and on the amendment to certain acts was adopted in the Czech Republic in 2013. During the legislative process, it was proposed that the words *“and that injured persons achieve the satisfaction of their claims”* be added to the provision of Article 1 (1) of the Czech Criminal Proceedings Code in order to amend the legislative wording of the Czech Criminal Proceedings Code in such a way that the purpose of criminal proceedings is not just adequate investigation of crimes and just punishment for perpetrators but also the satisfaction of the injured person’s legitimate claims for damage compensation, which is to emphasise the restorative aspect of criminal proceedings. According to P. Šámal, it is, however, necessary to respect the basic purpose of criminal proceedings mentioned above.² It is mainly for this reason that the protection of the rights of injured persons received its legislative formulation in the provision of Article 2 (15) of the Czech Criminal Proceedings Code, as part of a normative definition of the basic principles of the Czech Criminal Proceedings code.³ Unlike the purpose of criminal proceedings, which

² For more details, see: SLÁVIKOVÁ, T.: Účel trestného konania – je záujem o poškodeného sekundárny?. In: Bulletin slovenskej advokácie. 2015, vol. 21, issue 10, p. 19.

³ For more details, see: ŠÁMAL, P. et. al.: Trestní řád I. § 1 až 156. Komentář. 7th edition Prague. C. H. Beck, 2013, p. 56.

should be fulfilled in each individual proceeding, the main principle of criminal proceedings is always considered for the given particular case and assessed with respect to other basic principles of criminal proceedings on the basis of their mutual balancing.

Act No. 274/2017 Coll. on Victims of Crime as amended by later legislation was adopted in the Slovak Republic in 2017 (hereinafter the “Act on Victims”). The Act on Victims was prepared mainly on the basis of the policy statement of the Government of the Slovak Republic for the 2016-2020 period in its Crime Policy and Prisons section. The Act on Victims completed the transposition of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, into the legal system of the Slovak Republic, and its adoption was intended to comprehensively establish the rights of victims, compensation for victims of violent crime and the mechanism for supporting entities providing assistance to victims of crimes, which was intended to strengthen the status of victims of crimes in criminal proceedings.⁴

The Act on Victims also introduced a new basic principle of criminal proceedings into the Slovak Republic’s legislation by supplementing the provision of Article 2 (21) to the Criminal Proceedings Code with the following wording: *“Law enforcement authorities and the court are obliged to allow the injured person, throughout criminal proceedings, to fully exercise his/her rights, which he/she needs to be duly, appropriately and comprehensibly informed about. Criminal proceedings shall proceed with due consideration for the injured person. It is necessary to consider his/her personal situation and immediate needs, age, gender, any disability and maturity, and to fully respect his/her physical, mental and moral integrity. This is without prejudice to the provisions of the special act on the rights of victims of crimes.”*

Based on what has been said so far, it can be stated that the protection of the rights of the injured person in the Czech Republic and the Slovak Republic is not the primary purpose of their respective procedural codes defined in the provision of Article 1 of the Criminal Proceedings Code and the provision of Article 1 (1) of the Czech Criminal Proceedings Code. Despite this, what needs to be appreciated is the fact that the protection of the rights of the injured person has been incorporated into the basic principles of criminal proceedings in the Czech Republic and the Slovak Republic since 2013 and 2018 respectively, whose application and interpretation role in view of the principles of criminal law is undeniable.

1. Historical development of the legal status of the injured person in the Czech Republic and the Slovak Republic

Criminal Proceedings Code No. XXXIII/1896 applied in the Slovak Republic, including Subcarpathian Ruthenia, during the Austria-Hungary period. This law distinguished the concepts of ‘injured person’, ‘private party’, ‘main plaintiff’ and ‘substitute plaintiff’. To qualify as an injured person under this law, it was sufficient to be threatened by a crime – this was the so-called ideal injured person. A private party was an injured person who exercised his/her rights in criminal proceedings, as well as any legal representative of such a person who engaged in criminal proceedings. A substitute plaintiff was an injured person who took over the role of prosecution from the prosecutor if the prosecutor declined to file charges in a particular case. Another possible situation was when the injured person acted as the main plaintiff, where he/she could file a lawsuit as a private entity without the need for a prior request from a prosecutor for filing the lawsuit. However, this model of complete privatisation of prosecution

⁴ For more details, see: The explanatory report for the Act on Victims is available at: <https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/-/SK/dokumenty/LP-2017-551>.

was not unconditional. The prosecutor could take over prosecution at any point during proceedings initiated by a private person and represent it from the position of a public authority if this was deemed to be in the public interest.⁵

Act No. 87/1950 Coll. on Criminal Court Proceedings (Criminal Proceedings Code) (hereinafter “Act No. 87/1950 Coll.”) provides that *“A person who suffers damage due to a crime (injured person) shall be given an opportunity to exercise his/her claims arising from a crime and to make motions during the trial and appeal proceedings.”* Under the provision of Article 53 (4) of Act No. 87/1950 Coll., an injured person’s representative was *“entitled to participate in all of the acts in which the injured person may participate...”* The injured person’s right to view files was enshrined in the provision of Article 66 (1) of Act No. 87/1950 Coll. Under the provision of Article 89 (3) of Act No. 87/1950 Coll., an injured person had the right to be *“informed, if possible,”* about the discontinuance of criminal proceedings. This wording did not allow an injured person to challenge the prosecutor’s decision to discontinue criminal proceedings. Whereas under the provision of Article 151 of Act No. 87/1950 Coll., an injured person had the right to put questions during the trial to the persons being heard, the given procedural code did not include the right of an injured person to make a final speech. Relatively detailed provisions regarding court decisions on an injured person’s claims arising from a crime were included in the provision of Article 164 (1) of Act No. 87/1950 Coll., whose states that: *“If the court finds the defendant guilty, it shall make a decision on the injured person’s claims arising from the crime, provided that the injured person requested it prior to the court’s final deliberations and provided that a decision about the claim was not made during proceedings in civil legal matters.”* Under the provisions of Article 164 (2)(3) of Act No. 87/1950 Coll.: *“If the exact extent of a claim can not be determined without significant delays, the court shall grant it up to the amount which it is proven to have reached and which it deems adequate, and the court shall refer the injured person to proceedings in civil legal matters regarding the remaining part of the claim. The court shall also refer the injured person to proceedings in civil legal matters in cases where it is not possible to determine even the adequate amount of the claim without significant delays”.* The list of injured person’s entitlements in Act No. 87/1950 Coll. was in fact completed by the provision of Article 173 (1c), under which an injured person could challenge a sentence in an appeal *“on the grounds of an incorrect statement about his/her claims arising from a crime.”* Compared to the legislation from the period of Austria-Hungary, Act No. 87/1950 Coll. introduced public prosecution as the only form of criminal prosecution, without allowing the right of private or subsidiary prosecution.

Act No. 141/1961 Coll. on Criminal Court Proceedings (Criminal Proceedings Code) was then adopted in the Slovak Republic (hereinafter “Act No. 141/1961 Coll.”), which amended by later legislation is still valid and effective in the Czech Republic. Under Act No. 141/1961 Coll., an injured person was understood as a person *“who suffered bodily injury, property damage, moral or other damage as a result of a crime”*. The provision of Article 43 of Act No. 141/1961 Coll. also contained a general list of injured persons’ procedural rights, such as the right to make motions for the taking of additional evidence, the right to view files, the right to participate in the trial and public hearings regarding appeals, and the right to give a final speech before the end of the proceedings. The individual aspects of a compensation claim made by an injured person were provided for in the provisions of Article 43 (2)(3) of Act No. 141/1961 Coll., according to which: *“An injured person who is legally entitled to*

⁵ For more details, see: RŮŽIČKA, M, PŮRY, F., ZEŽULOVÁ, J.: Poškození a adhézní řízení v České republice. Prague: C.H.Beck, 2007. p. 98 et seq.

compensation in a claim against the defendant for damage caused by a crime is also entitled to submit a motion asking the court to impose, in its sentence, an obligation on the defendant to compensate this damage. This motion shall be made no later than during the trial before the taking of evidence begins (Article 206 (2)). The motion shall clearly state the reason for the claim and the amount of the damage claim. Under (2), such a motion can also be made by the prosecutor if this is required for the sake of protecting the public interest, socialist organisations or workers, particularly if the crime caused damage to property under socialist ownership.” The provision of Article 47 et seq. of Act No. 141/1961 Coll. establish the entitlement of an injured person to damage compensation and the provision of Article 50 establish the procedural status of an injured person’s representative, who could, under the provision of Article 51, participate in *“all of the acts in which the injured person can participate.”* Similarly to the individual provisions of Act No. 87/1950 Coll., Act No. 141/1961 Coll. granted injured persons the right to view files and the right to put questions to the persons being heard during the trial. Under the provision of Article 177 (3) of Act No. 141/1960 Coll. a decision to discontinue criminal proceedings had to be delivered to the injured person, but the injured person was not granted the right to use a legal remedy against such a decision. The provision of Article 216 (2) of this Act did not grant injured persons the right to make a final speech after the taking of evidence during the trial. Court decisions on claims exercised by injured persons were provided for in the provisions of Articles 228 and 229 of Act No. 141/1961 Coll. Under the provision of Article 228 of this Act, if the court convicted the defendant for a crime resulting in property damage caused to another person, the sentence typically imposed on the defendant an obligation to compensate such damage, provided that the claim was exercised in due time. The provision of Article 229 of Act No. 141/1961 Coll. provided for the possibility to refer the injured person to proceedings on civil legal matters, provided that after the taking of evidence, there were insufficient grounds for imposing an obligation to compensate, or if a decision to impose such an obligation required further taking of evidence beyond what is necessary for the purposes of criminal prosecution, causing significant delays, then the court referred the defendant to proceedings on civil legal matters or to proceedings before another competent authority. The court proceeded in the same way if it, for any reason, only granted a part of the injured person’s claim, or if it acquitted the defendant. The amendment of Act No. 141/1961 Coll. by Act No. 57/1965 Coll. granted an injured person who was also the person reporting the crime the right to file a complaint against a police officer’s decision to suspend the matter, which de iure began to expand the rights of injured persons in relation to criminal proceedings that were different from the right to compensation and decisions on claims.⁶

2. Legal definition of the injured person and his/her procedural rights with emphasis on the pre-trial stage of criminal proceedings

Under the provision of Article 46 (1) of the Criminal Proceedings Code: *“An injured person is a person who suffered bodily damage, property damage, moral or other damage as a result of a crime, or whose other legally protected rights or freedoms were infringed or threatened as a result of a crime.”* Since the Criminal Proceedings Code became effective, its individual provisions regarding the procedural status of injured persons have been amended in response to the requirements of everyday legal practice in the Slovak Republic and in response to the Slovak Republic’s obligations arising from its European Union membership. The procedural rights of injured persons during the entire course of criminal proceedings are

⁶ For more details, see: JURIŠOVÁ, K.: Poškodený v predsúdnom konaní. Prague: Leges, 2017. p. 47 et seq.

generally stated in the provision of Article 46 (1)(2) of the Criminal Proceedings Code, according to which: „*The injured person has the right, in cases specified in this Act, to state whether he/she agrees with the initiation of criminal proceedings, to submit motions for the taking of evidence or its supplementation, present evidence, view and examine files, participate in the trial and in public hearings on appeals and guilt and punishment agreements.*” Act No. 397/2015 Coll., which, for the purposes of the Criminal Code, establish the list of substances with anabolic or other hormonal effects, amending and supplementing certain acts, incorporated into the provision of Article 48 of the Criminal Proceedings Code the right of an injured person to be accompanied by a trusted person in the procedural acts of criminal proceedings. In addition to other procedural entitlements arising for the injured person from the individual provisions of the Criminal Proceedings Code, the injured person may, under the provision of Article 46 (3) of the Criminal Proceedings Code, submit a motion asking the court to impose on the defendant, in its sentence, an obligation to compensate any damage caused to him by a crime. The injured shall submit such a motion by the end of any investigation or accelerated investigation. The motion shall clearly state the reason for the claim and the amount of the damage claim.

It follows from the previous paragraph that a claim for damage caused to the injured person as a result of a crime shall be exercised in criminal proceedings duly and in a timely manner. “*If this motion was submitted after the end of the required period, it can not be considered in criminal proceedings. In such a case the court shall decide not to admit such a person to the trial as an injured person with a damage compensation claim.*”⁷ The requirement that the injured person exercise his/her damage claim within a certain period makes the *de lege lata* law problematic in some cases. The injured person’s opportunity to exercise his/her damage claim in a timely manner is significantly limited particularly in cases where the law enforcement authorities undertake, in preparatory proceedings, the so-called super fast investigation in accordance with the provision of Article 204 of the Criminal Proceedings Code. Under this provision of the Criminal Proceedings Code, if a prosecutor receives a file for a person arrested as a suspect while committing a crime punishable, under the law, by a prison sentence of up to five years, the prosecutor shall, immediately after the arrest or after any obstacle to the person’s immediate arrest ceases to exist within 24 hours of committing the offence (and the prosecutor does not release the person), hand over the person and the file to the court and bring charges within 48 hours of the arrest. The 48-hour period within which, upon the application of the provision of Article 204 of the Criminal Proceedings Code, law enforcement authorities are obliged to hand over a person arrested as a suspect while committing a crime, together with his/her file, and bring charges is simply too short for any injured persons to exercise their claim for damage resulting from the crime.

A judge who, upon the application of the provision of Article 204 of the Criminal Proceedings Code, proceeds according to a special procedure for preparatory proceedings after receiving charges typically uses the relatively common method of judgement involving a criminal order under the provision of Article 353 of the Criminal Proceedings Code, i.e. without ordering a trial and without an opportunity for the injured person to participate in court proceedings as a party. In these cases, a claim for damage compensation made by an injured person in preparatory proceedings for those objective reasons mentioned above can not be exercised in a timely manner (i.e. by the end of a super accelerated investigation under the provision of Article 204 of the Criminal Proceedings Code), so a decision on the obligation to compensate damage will not be included in such a judgement consisting of a criminal order. Injured per-

⁷ ČENTĚŠ, J.: Uplatnenie nároku na náhradu škody v adhéznom konaní. In: Justičná revue, 60, 2008, issue 12, p. 1692.

sons in such cases are not even deemed entitled to submit a statement of opposition to such a judgement.⁸ Even if the prosecutor or the defendant did submit a statement of opposition to such a criminal order, the injured person would not be able to effectively demand compensation in the sentencing judgement at the trial for damage resulting from a crime, as his/her motion was not submitted within the 48-hour period specified by the Criminal Proceedings Code for a super fast investigation.

Therefore, the provision of Article 46 (3) of the Criminal Proceedings Code needs to be amended *de lege ferenda* by drawing inspiration from the historical wording of Act No. 141/1961 Coll., i.e. the criminal procedure code effective in the Slovak Republic before the current Criminal Proceedings Code came into effect, which provided in its provision of Article 43 (2) that an injured person who is legally entitled to compensation in a claim against the defendant for damage caused by a crime is also entitled to submit a motion asking the court to impose, in its sentence, an obligation on the defendant to compensate this damage. According to the previous normative provision, the injured person was obliged to submit such a motion no later than at the trial before the taking of evidence commenced. This opinion is also supported by the current wording of Article 43 (3) of the Czech Criminal Proceedings Code, still valid and effective in the Czech Republic, according to which: *“The injured person is also entitled to submit a motion asking the court to impose, in its sentencing judgement, an obligation to financially compensate material or non-material damage caused to the injured person as a result of a crime, or to return any amount of unjustified enrichment of the defendant at the expense of the injured person. Such a motion shall be submitted no later than at the trial before the taking of evidence commences (...).”*⁹ The aforementioned need for amending the provision of Article 46 (3) of the Criminal Proceedings Code is also supported by the views of other authors in the field of criminal law.¹⁰

Another relatively problematic area of the performance of injured persons' procedural rights at the pre-trial stage of criminal proceedings is the potential possibility for injured persons to participate, in person or through a representative, in the individual investigation acts performed by law enforcement authorities within preparatory proceedings, particularly the possibility to participate in the hearing of the defendant, witnesses or experts at this stage of criminal proceedings. This is because this right of injured persons or their representatives is not explicitly enshrined in the provisions of Article 46 et seq. of the Criminal Proceedings Code. The provision of Article 53 (1) of the Criminal Proceedings Code provides for the possibility for an injured person to be represented by a representative in criminal proceedings, the provision of Article 53 (2) of the Criminal Proceedings Code specifies in more detail the procedural competence of an injured person's representative, and the provision of Article 54 of the Criminal Proceedings Code lists the individual procedural entitlements of an injured person's representative, which include the right of a representative to participate in all acts in which the injured person may participate. So the explicit wording of the Criminal Proceedings Code disqualifies the injured person and his/her representative, during the course of investigation, from participation in procedural acts other than the hearing of the the defendant in the

⁸ Under the provision of Article 355 (2) of the Criminal Proceedings Code: *“The injured person may submit a statement of opposition to a decision granting a damage claim; if the injured person submitted a statement of opposition, the criminal order is annulled in the damage claim decision. A single judge refers the injured person to a civil proceeding or to a proceeding before other competent authority. The judge shall proceed in the same manner even if other authorised person submits a statement of opposition to the damage claim decision.”* If a damage claim is not granted to the injured person in a criminal order, he/she is not entitled to submit a statement of opposition to the criminal order.

⁹ For more details, see: ŠÁMAL, P. et. al.: *Trestní řád I. § 1- 156. Komentář*. 7th edition Prague: C.H.Beck, 2013. p. 506 et seq.

¹⁰ For more details, see: IVOR, J. et. al.: *Optimalizácia prípravného konania trestného*. Prague: Leges, 2017, p. 579.

procedural position of a witness and accessing the investigation file after the end of the investigation. Moreover, the Criminal Proceedings Code does not contain a provision that would allow the injured person or his/her representative to put questions to the persons being heard in the way that the provision of Article 213 (1) of the Criminal Proceedings Code allows the defendant and his/her representative to do so. For these reasons, it is difficult, in the application practice of law enforcement authorities, to produce arguments for the participation of the injured person or his/her representative in the hearing of the defendant, witnesses or experts. Possible arguments invoke the principle of contradictoriness, equality of parties and equality of arms arising from the right to a fair trial guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and by means of the decision-making of the European Court of Human Rights.¹¹ Although the requirements of equality of arms within the right to a fair trial apply mainly to defendants, we are of the view that these guarantees should also apply to injured persons and to pursuing their legitimate interests in criminal proceedings. We are also of the view that the general guarantee of equality of arms, due to the concept of Slovakia's criminal proceedings,¹² should also be applied to their pre-trial stage.

De lege ferenda, it would be appropriate to draw inspiration from the legislation in the Czech Republic. Under the provision of Article 51 (2) of the Czech Criminal Proceedings Code: *"The representative of the injured person and the person involved is entitled, from the beginning of criminal proceedings, to participate in investigation acts aimed at revealing facts important for exercising the rights of the persons he/she represents, and their outcome may be used as evidence in court proceedings, unless his/her participation threatens the purpose of criminal proceedings or if the act can not be postponed until delivering a notification about it. He/she may put questions to the persons being heard, but only after the police authority ends the hearing and allows him/her to speak. He/she may raise objections to the performance of the acts any time during the proceedings."* This provision was incorporated into the Czech Criminal Proceedings Code by its amendment by Act. 45/2013 Coll. on Victims of Crimes as amended by later legislation, which granted equal rights to the defendant's lawyer and the injured person's representative with respect to the possibility to attend and actively participate in investigation acts in preparatory proceedings. By amending this provision of the Czech Criminal Proceedings Code, the Czech legislator clearly sought to strengthen the status of the injured person in criminal proceedings and to ensure the overall contradictoriness of criminal proceedings already at the preparatory proceedings stage.¹³ In view of this, the fact that deserves criticism at this point is that the author of the Slovak Act on Victims of Crimes did not include in the amendment of the Criminal Proceedings Code this explicit possibility considered by the Czech legislator on a similar occasion, despite the application-related prob-

¹¹ For more details, see for example: SVÁK, J.: Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv) II. rozšírené vydanie. Bratislava: EUROKÓDEX, 2006. p. 446 et seq.

¹² For more details, see for example: The provision of Article 263 (3) of the Criminal Proceedings Code, according to which: *"Statements by a co-defendant or witness may be read even when the hearing was conducted in accordance with the provisions of this act and such a person has died or is missing, or can not be reached due to being permanently resident overseas or because his/her whereabouts are unknown, or is suffering from a condition that prevents his/her hearing permanently or for a longer period, or if the person fails to attend a hearing, without an excuse, even after being repeatedly summoned by the court; in the case of a witness statement where it could be reasonably assumed, when the statement was given in preparatory proceedings, that the witness would not be able to attend the trial, such a statement can only be read if the defendant and his/her lawyer (if he/she has one) were duly informed of this act."*

¹³ For more details, see: ŠÁMAL, P. et. al.: Trestní řád I. § 1- 156. Komentář. 7th edition Prague: C.H.Beck, 2013. p. 584 et seq.

lems with the (im)possibility for the injured person and his/her representative to attend and actively participate in all investigation acts.¹⁴

3. Status of the injured person in court proceedings with a focus on his/her procedural rights in the trial

What deserves special attention in terms of application practice with respect to the trial part of criminal proceedings is the cooperation of the injured person or his/her representative in the taking of evidence in court proceedings, particularly in relation to their possibility to comment on evidence presented at the trial, the possibility to present personal evidence at the trial, as well as the length and form of final speeches made by these persons. We should first characterise the current *de lege lata* state regarding specific areas. Under the provision of Article 271 (1) of the Criminal Proceedings Code: *“After presenting each evidence, it is necessary to ask the injured person and the person involved whether they wish to comment on it, and their comments should be recorded in court records.”*; according to the provision of Article 272 (1) of the Criminal Proceedings Code: *“After the end of a hearing with questions from the prosecutor, the defendant, his/her representative or the presiding judge, the defendant’s legal representative or representative, the person involved or his/her authorised person may, with the consent of the presiding judge and within the scope of the exercised rights, put questions to the persons being heard when the senate members have no further questions”*; and, finally, according to Article 274 (2) of the Criminal Proceedings Code: *“Final speeches by the prosecutor and a representative of a civil association are followed by a speech by the injured person, the person involved, the defendant’s representative and the defendant. If the injured person or the person involved has a representative, only the representative shall speak. If necessary, the presiding judge shall determine the order of the speeches by the authorised persons. However, the defendant’s lawyer and the defendant always speak last; the representative of a civil association, the injured person and the person involved or their representative may only speak within the scope of the exercised rights.”*

As it was mentioned above, the Criminal Proceedings Code in its provision of Article 271 (1) provides for the right of the defendant, the injured person and the person involved to be asked after each presented evidence whether they wish to comment on it, and should record each comment in court records. If the defendant is not present at the trial when a certain piece of evidence is presented, and is therefore unable to immediately comment on it, the court shall allow him/her to do so upon returning to the courtroom. For this reason the presiding judge shall inform him/her about the part of the proceedings undertaken during his/her absence. The defendant’s absence from the courtroom, his/her return, the information provided about the proceedings undertaken in his/her absence and the defendant’s comments shall be recorded in the record of the trial. This provision of the Criminal Proceedings Code is an expression of the principles of contradictoriness and equality of arms implied in the more broadly formulated right of the persons involved to a fair trial, and is therefore a logical consequence of the fact that evidence is presented mainly by the parties and with their active cooperation.¹⁵

However, there are certain rare cases in the application practice of courts where the court allows the injured person, after evidence is presented at the trial, to comment on the evidence, but will deny this procedural right to his/her representative on the grounds that the literal wording of the provision of Article 271 (1) of the Criminal Proceedings Code does not grant it

¹⁴ For more details, see: The explanatory report for the Act on Victims is available at: <https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/-/SK/dokumenty/LP-2017-551>.

¹⁵ For more details, see: ČENTÉŠ, J. et. al.: Trestný poriadok. Veľký komentár. Bratislava: EUROKÓDEX. 2014, p. 551.

to him/her. We are of the view that such procedural steps by courts do not comply with the purpose of this provision, as the injured person's representative is typically a attorney who, in accordance with the provisions of Article 18 (1)(2) of Act No. 586/2003 Coll. as amended by later legislation, is obliged to protect and promote the rights and interests of the client, and to use, in the interest of the client, all available means he deems beneficial. In view of the fact that the injured person is typically a person without legal qualifications, the procedural steps being criticised here are a substantial interference with the rights and legitimate interests of the injured person, who struggles to grasp all the substantive and procedural circumstances that are important for achieving a favourable result in criminal proceedings, i.e. achieving a sentencing judgement which grants the claim for damage resulting from a crime. Moreover, the injured person's representative exercises the relevant rights arising from the Criminal Proceedings Code on behalf of the injured person.¹⁶ For this reason, it is appropriate to grant the injured person's representative, analogously to the defendant's lawyer, all the procedural rights in specific cases that are autonomously available to the defendant.

In light of what was stated in the preceding paragraphs of the article, we should also take a critical view of the *de lege lata* provisions of the Criminal Proceedings Code regarding the possibility for the injured person or his/her representative to put questions to the persons being heard at the trial and to make a final speech merely within the "scope of the exercised rights", as the explicit wording of the Criminal Proceedings Code indicates in the provisions of Articles 272 (1) and 274 (2). These provisions of the Criminal Proceedings Code create a certain degree of legal uncertainty meaning that some courts restrict the exercise of these rights by the injured person and his/her representative to questions related to the given damage claim and do not permit questions or a factual and legal assessment of the presented evidence in a final speech related to other substantial matters.

According to the general theory of criminal procedural law, the purpose of criminal proceedings includes determination of objective facts and subsequent decisions by law enforcement authorities and courts on whether the given act did take place; whether the act that took place was a criminal offence; whether it was committed by a specific criminally liable person; on imposing a punishment or a protective measure, and also decisions on the injured person's duly and timely exercised damage claim. It can now be established that a possible favourable decision on the injured person's duly and timely exercised damage claim essentially depends on those decisions related to the substance of the matter, which are of a substantive character and consist in holding specific perpetrators of crimes criminally responsible. The possibility for the injured person or his/her representative to put questions to the persons being heard at the trial and to make a final speech "within the scope of the exercised rights" should, for the reasons stated in this paragraph, be interpreted to mean that the given procedural right shall be granted to the injured person or his/her representative within the scope of any questions that may, in line with the principle of free assessment of evidence, the principle of adequate investigation of facts without reasonable doubts, and other principles of criminal proceedings, have a significant effect on the factual and legal assessment of the specific criminal matter.

De lege ferenda, it would be appropriate in this context to draw inspiration from the legislation in the Czech Republic, whose provision of Article 215 (1) of the Czech Criminal Proceedings Code provides that: "*The state representative, the defendant, his/her lawyer and guardian, the injured person and their representatives may, with the consent of the presiding judge, put questions to the persons being heard, typically when the presiding judge and the*

¹⁶ For more details, see: ČENTĚŠ, J. et. al.: *Trestný poriadok. Veľký komentár*. Bratislava: EUROKÓDEX. 2014, p. 182.

senate members have no further questions”, and, also, according to Article 216 (2) of the Czech Criminal Proceedings Code: “The state representative’s final speech shall be followed by a speech by the injured person, the person involved, the defendant’s lawyer or the defendant. If the injured person has a representative, the representative shall speak. If necessary, the presiding judge shall determine the order of the speeches by the authorised persons after the state representative’s final speech. The defendant’s lawyer or the defendant always speak last.”; as the quoted provisions of the Czech de lege lata legislation do not limit the exercise of the given procedural rights by the injured person or his/her representative to mere “within the scope of the exercised rights”⁴⁴, but instead allow them im argumentum e silentio to exercise them within the scope of the entire subject of the specific criminal matter.

II. CONCLUSION

As it follows from the body of the presented article, de lege ferenda, the Slovak legislation regarding the procedural status of the injured person and his/her representative should draw inspiration from the Czech legislation, particularly in relation to the possibility for these persons to participate in all investigation acts in preparatory proceedings, whose outcome may be used as evidence in court proceedings, then in relation to the time period for the injured person to exercise a damage claim, and in relation to the strengthening of the rights of these persons in court proceedings, particularly in the course of the trial, to ensure that the injured person’s rights correspond to the right to a fair trial guaranteed mainly by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and by means of the decision-making of the European Court of Human Rights and by the Constitution of the Slovak Republic.

In terms of the legislation applying to criminal proceedings and the procedural rights of the individual entities of criminal proceedings, the Slovak Republic and the Czech Republic share a common historical basis consisting mainly of Act No. 141/1961 Coll. on Criminal Court Proceedings (Criminal Proceedings Code), which became effective in both countries on 1 January 1962. Despite the overall recodification of the Slovak criminal procedure by means of the Criminal Proceedings Code effective from 1 January 2006, it can be stated that the Czech criminal policy related to the procedural status of the injured person and his/her representative has moved forward much faster in recent years and in a more comprehensive and efficient manner.

To give an example, both legal systems have seen the adoption of a special act on victims of crime in the past six years, amending certain provisions on the criminal procedure codes, including the procedural status of the injured person and his/her representative. Act No. 45/2013 on Victims of Crimes and on Amending Certain Acts, as well as the Slovak Act on Victims of Crimes, introduced a new basic principle of criminal proceedings, i.e. the principle of the protection of the rights of the injured person throughout the course of criminal proceedings. The Czech legislator, however, used this opportunity to strengthen the procedural rights on injured persons more convincingly, as, in addition to incorporating this basic principle of criminal proceedings into the Czech Criminal Proceedings Code, he also amended its other provisions in a way which ultimately strengthens the injured person’s rights, especially in preparatory proceedings.

However, we should not overlook the interpretation role of the newly-introduced basic principle of criminal proceedings defined in the provision of Article 2 (21) of the Criminal Proceedings Code, according to which in a country with material rule of law, which the Slovak Republic is considered to be, every provision of the Criminal Proceedings Code needs to be interpreted with respect to the purpose for which this basic principle is enshrined in the legal

order of the Slovak Republic. *“In a country with the rule of law, which represents as its integral parts, inter alia, principles such as legal certainty and justice (the principle of material rule of law), which can be reliably inferred from Article 1 of the Constitution, particular emphasis is placed on the protection of the rights that form the subject thereof. It is the duty of all state authorities to ensure that they can be exercised by entities to which they have been granted.”*¹⁷ According to the explanatory report for the act on victims, *“the basic principles of criminal proceedings are extended to include a new principle aimed at protecting the rights of the injured person and strengthening his/her status during the course of criminal proceedings. This principle shall be considered and applied in interpreting the individual provisions of this Act.”*¹⁸ It can be concluded based on this that even the legislation applying to the procedural status of the injured person in criminal proceedings needs to be interpreted in accordance with the newly-introduced basic principle of criminal proceedings establishing special protection of injured persons, so even with the unsatisfactory current state of de lege lata, it is necessary to grant these persons, throughout criminal proceedings, all rights which arise for them in a country with material rule of law directly from the Constitution of the Slovak Republic and which fully comply with the country’s current criminal policy.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

poškodený, škoda, náhrada škody, splnomocnenec, práva poškodeného, práva splnomocnenca, zásada ochrany práv poškodených.

KEY WORDS

injured person, damage, damages, representative, rights of the injured person, rights of the representative, principle of protecting the rights of injured persons.

BIBLIOGRAPHY

1. ČENTÉŠ, J. et. al.: Trestný poriadok. Veľký komentár. Bratislava: EUROKÓDEX. 2014.
2. ČENTÉŠ, J. Uplatnenie nároku na náhradu škody v adhéznom konaní. In: Justičná revue, 60, 2008, vol. 12.
3. IVOR, J., POLÁK, P., ZÁHORA, J.: Trestné právo procesné I. Bratislava: Wolters Kluwer. 2017.
4. IVOR, J. et. al.: Optimalizácia prípravného konania trestného. Prague: Leges, 2017.
5. JURISOVÁ, K.: Poškodený v predsúdnom konaní. Prague: Leges, 2017.
6. RŮŽIČKA, M., PÚRY, F., ZEZULOVÁ, J.: Poškozený a adhézní řízení v České republice. Prague: C.H.Beck, 2007.
7. SLÁVIKOVÁ, T.: Účel trestného konania – je záujem o poškodeného sekundárny?. In: Bulletin slovenskej advokácie. 2015, vol. 21, p. 10.
8. SVÁK, J.: Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv) II. rozšírené vydanie. Bratislava: EUROKÓDEX, 2006.
9. ŠÁMAL, P., MUSIL, J., KUČTA, J. et. al.: Trestní právo procesné. 4. přepracované vydání. Prague: C. H. Beck: 2013.

¹⁷ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky z 22.9.1999 vydaný pod č. k.: I. ÚS 17/1999. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 1999, p. 365.

¹⁸ The explanatory report for the Act on Victims is available at: <https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/-/SK/dokumenty/LP-2017-551>.

10. ŠÁMAL, P. et. al.: Trestní řád I. § 1 až 156. Komentář. 7th edition Prague. C. H. Beck, 2013.
11. Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky z 22.9.1999 vydaný pod č. k.: I. ÚS 17/1999. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 1999, p. 365.
12. The explanatory report for the Act on Victims is available at: <https://www.slovlex.sk/legislativne-procesy/-/SK/dokumenty/LP-2017-551>.

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR**JUDr. Martin Štrkolec, PhD.**

Assistant Professor

Pavol Jozef Šafárik University in Košice

Faculty of Law, Department of Criminal Law

Kováčska 26, 040 75 Košice

E-mail: martin.strkolec@upjs.sk

Telephone: +421 55 234 4147