25-C-143

Doc. Dr. FRANTIŠEK VÁŽNÝ ml.:

O PODSTATĚ A O MODIFIKACÍCH KOMISIONÁŘSKÉ A SPEDITÉRSKÉ SMLOUVY, SE ZVLÁŠTNÍM ZŘETELEM K SAMOVSTUPU KOMISIONÁŘE (SPEDITÉRA).

ZVLÁŠTNÍ OTISK
Z 1. ČÍSLA SBORNÍKU VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH.

V PRAZE 1928.
V KOMISI BURSÍKA & KOHOUTA, KNIHKUPCŮ UNIVERSITY KARLOVY A ČESKÉ AKADEMIE VĚD A UMĚNÍ.

Knihovna univ. prof.
Dra KAREL KLÁŠTOVKY

Podává autor

25-C-143

[illegible]

Doc. Dr. FRANTIŠEK VÁŽNÝ ml.:

O podstatě a o modifikacích komisionářské a speditérské smlouvy, se zvláštním zřetelem k samovstupu komisionáře (speditéra).

SEMINÁRNÍ
Judicial
[illegible]

Koupí od
Darem od [illegible]
v ... za Kčs
Inv. čís.: 36.276
ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP
STARÝ FOND
Č. inv.: 15263

I.[1])

§ 1. Pojem komisionáře a komisionářského obchodu.

Chceme-li pojednati o právní podstatě jednak normální, jednak modifikované smlouvy komisionářské, musíme, třeba stručně, předeslati výklad základního pojmu komisionáře, resp. komisionářského obchodu (či krátce komise); vylíčíme pak právní úpravu a podstatu komisionářské smlouvy normálního typu, načež vyložíme případy modifikace (a to ex lege) této smlouvy, při čemž zvláštní pozornost věnujeme případu tak zv. samovstupu komisionářovu.

Obdobný postup zachováme i v části druhé, speditérské smlouvě věnované.[2])

Vyjděmež tedy od zmíněných základních pojmů.

Náš obchodní zákon nestanoví definici komise v techn. smyslu, t. j. komise, kvalifikující se jako obchod (obchod relativní: čl. 272, odst 1., č. 3. obch. zák., § 259, č. 3. slov. obch. zák.), nýbrž stanoví definici osoby, obchod ten po živnostensku provozující (což, jak již Goldschmidt v Zeitschrift für gesammtes Handelsrecht, 3. svazek, str. 102 a násl. připomíná, je důsledným potud, ježto komise — stejně jako spedice a povoznictví — jest obchodem relativním, t. j. má karakter obchodu jen za podmínky, že ji někdo provozuje po

[1]) I. oddíl tohoto pojednání týká se komise, II. oddíl spedice.

[2]) Jedná se nám v podstatě jen o vylíčení právního poměru, vzešlého sjednáním komisní (spediční) smlouvy mezi komitentem (zasilatelem) a komisionářem (speditérem); jinak vylíčení podrobností, komise a spedice vůbec se týkajících, vyhražujeme si pro práci zvláštní.

živnostensku, anebo že ji provozuje, třeba jednotlivě, kupec u příležitosti své, obyčejně k jinakým obchodům směřující živnosti, nedůsledným však potud, ježto IV. kniha obch. zák. vychází nikoli od osob, obchody provozujících, nýbrž od obchodů); slovenský obchod. zák. vychází od pojmu příslušného obchodu (komise), jde tu však v ustanoveních §§ 368 — obdobně 384 a 393, —, korespondujících obdobným ustanovením článků 360, — 379 a 390 náš obch. zák., jen o formální rozdíl.

Komisionářem ve smyslu čl. 360 obch. zák. (§ 368 slov. obch. zák.) je, kdo po živnostensku vlastním jménem uzavírá na účet příkazce, komitenta, obchody (absolutní, nebo relativní, nebo akcesorické), po případě — dle čl. 378 obch. zák. (§ 383 slov. obch. zák.) kupec (nekomisionář), který u příležitosti své, k jinakým obchodům směřující živnosti obchodní, jednotlivý obchod na účet komitenta svým jménem uzavírá (posléz uvedené ustanovení jest toliko specielním rozvedením zásady, vyslovené v čl. 272, odst. 2. obch. zák. i sluší míti za to, že slova „v provozu jeho, obyčejně k jiným obchodům směřující živnosti" v čl. 272, odst. 2. obch. zák. patří pojmově i k ustanovení prve uvedeného článku 378.[3]) O tom, že nejde v případech těchto o obchod akcesorický ve smyslu čl. 273 obch. zák., vystižně vykládá Randa v „Handelsrecht" I. díl, str. 58, pozn. 109.).

Z uvedeného plyne, že komisionář v technickém myslu je vždy kupcem (čl. 4. obch. zák., § 3 slov. obch. zák.)[4])

Komisionářským obchodem, či krátce komisí sluší pak, hledíc k souvislosti všech v úvahu přicházejících ustanovení obchod. zák. vyrozumívati obchod (relativní), pozůstávající v tom, že kupec u provozování své živnosti přijímá příkaz k uzavření určité smlouvy (mající karakter obchodu) ve vlastním jménu na účet pří-

[3]) Téhož názoru jsou jmenovitě: *Goldschmidt*, *Eger*, *Randa* a. j.

[4]) V případě čl. 360 je podmínka „po živnostensku" verbis expressis vytčena. V případě čl. 378 sice formálně (prima facie) podmínky této není, však vnitřně tu podstatného rozdílu není, ježto v daném případě, kdo jednotlivý obchod uzavírá, činí tak u příležitosti své živnosti obchodní. Tedy subjektivně vzato, t. j. hledíc k subjektu, uzavírajícímu takový obchod, je i tato činnost spjata se živnostenským provozováním, třeba jiných obchodů (o čl. 378 v souvislosti s čl. 360 — a podobně čl. 388 v souvislosti s čl. 379 a čl. 420 v souvislosti s čl. 390 obch. zák. platí totéž, co o ust. čl. 272, posl. odst. v souvislosti s ust. odst. 1. téhož čl.)

kazatele (komitenta); srov. Herman-Otavský „O obchodech podle čtvrté knihy všeobec. zák. obchod., str. 91 (publikace „Všehrdu" čís. 32).

Aby příkaz (mandát) k uzavření určité smlouvy měl kvalifikaci komise v technickém smyslu, jest třeba těchto podmínek:

1. Musí jíti o uzavření smlouvy, *karakterisující se jako obchod* (čl. 271, 272, 273 v souvislosti s čl. 274 obch. zák., §§ 258, 259, 260 v souvislosti s § 261 slov. obch. zák.).

Otázka, s jakého hlediska sluší rozhodnouti, zda dané prováděcí jednání[5]) je obchodem, je v právní literatuře sporná. To platí jmenovitě, má-li se rozhodnouti, na čí straně (komitenta či komisionáře nebo obou) má býti toto jednání resp. tato smlouva obchodem; jedni (Goldschmidt, Grünhut, Puchelt) zastávají názor, že je třeba, aby bylo jednání, *kdyby je komitent sám sjednal*, obchodem (musí tedy prováděcí jednání míti karakter obchodu s hlediska komitenta); dle opačného názoru (Hahn, Cosack, Pollitzer, Cannstein) považuje se za rozhodující, zda jednání, *jak bylo* komisionářem uzavřeno, jest obchodem. Posléz uvedený názor považujeme za správný z toho důvodu, že nelze dobře při výkladu v úvahu přicházejícího ustanovení operovati s podmínkou, jež fakticky, má-li jíti o komisi a její provedení, ani není dána (dotyčný obchod uzavírá komisionář, nikoli komitent, pročež musí býti tato podmínkou splněna se strany komisionáře, i není důvodu sahati k fikci „kdyby komitent dotyčné jednání sám sjednal". Dovolává-li se Grünhut k obhájení svého stanoviska ustanovení 3. odst. čl. 360, kdež jedná se o obchod s hlediska komitenta, ježto tu jde o jednání, v jeho jméně učiněné, sluší proti tomuto postupu uvésti, že v naznačeném případě neběží vůbec o komisi, nýbrž jest tu obyčejný mandát k uzavření obchodu *jménem přikazatele*; v tomto případě nemusí též ani zmocněnec, ani zmocnitel býti kupcem. Naproti tomu komisionář jako takový jest vždy kupcem.)

[5]) Kupectvo také tato prováděcí jednání zahrnuje pod „komisní obchod"; i sám obch. zák. v čl. 374, odst. 2. mluvě o pohledávkách, založených „komisním obchodem", míní tímto výrazem prováděcí jednání (*Pollitzer*, Das österr. Handelsrecht, st . 575). Správné je však používati názvu „komisní obchod", pokud se týče „komisní smlouva" či „komise" jen pro smlouvu mezi komisionářem a komitentem, dle které přijímá komisionář příkaz, uzavříti obchod svým jménem na účet komitenta.

2. Musí jíti o uzavření obchodu v *příkazu komitenta*; komise je druhem mandátu (bližší o tom srov. v §u 2.).

3. Musí jíti o uzavření obchodu ve vlastním jméně (komisionářově); komise je případem mandátu k nepřímému zastoupení, čímž se liší od obchodní plné moci (bližší viz níže a v §u 2.).

4. Musí jíti o uzavření obchodu na účet přikazatele, z čehož plyne účtovací povinnost komisionářova; tím liší se komisní jednání od obchodování na vlastní vrub t. zv. „Propregeschäfte", při kterých jednající má sám jak zisk tak i ztrátu, i sjednává s přikazatelem samostatnou, pevnou cenu; naproti tomu musí komisionář komitentovi postoupiti zisk z jednání příkazního, může však i ztrátu na něho přesunouti, jedná-li jen v mezích daného mu příkazu a provedl-li tento s péčí řádného kupce (v případech pochybnosti, zda jednání, uzavřené komisionářem s třetí osobou, bylo sjednáno na účet přikazatele nebo na vlastní účet, při čemž by prve uvedený již vystupoval přímo jako smluvník přikazatelův, je hlavně směrodatným, je-li tu povinnost, skládati účty z provedeného jednání; je-li tu taková povinnost, jde o komisi. Byla-li však stanovena pevná cena [nikoli však tak zv. limit] bez účtovací povinnosti, půjde patrně o jednání na vlastní vrub. Komisní poměr, byť i jen rámcově, přece trvá, a nejde o jednání na vlastní vrub při tak zv. samovstupu komisionářově; o tom bližší v § 4. tohoto pojednání).

5. Musí jíti o uzavírání obchodů, konané po živnostensku resp. za podmínky čl. 378 obch. zák.; není komisí v techn. smyslu uzavření jednotlivého obchodu (třeba ve vlastním jméně a na účet komitenta) nekupcem; podmínka tato nevylučuje, aby jednotlivý obchod komisionářský byl sjednán bezplatně, *pokud spadá v rámec živnostenského provozování* komise, resp. jinaké živnosti. Jinak nese s sebou podmínka „živnostensky" požadavek úplaty, pročež jednotlivý příkaz uzavření obchodu, bezplatně sjednaný, *není-li tu vytčené podmínky*, není komisí.

Komisionář, uzavírající obchody svým jménem na účet komitenta, není komitentovým zástupcem v pravém smyslu, totiž zástupcem přímým, nýbrž jen tak zv. nepřímým zástupcem či náhradníkem: z obchodního jednání, uzavřeného mezi ním a třetím kontrahentem, jest zavázán i oprávněn vůči třetímu kontrahentovi sám i má jen vůči komitentovi povinnost (ve smyslu komisní

smlouvy, tudíž povinnost obligační) přenésti na komitenta hospodářské výsledky prováděcího jednání (o tom bližší viz v § 2). Tím liší se od přímého zástupce komitentova, od obchodního plnomocníka (prokuristů, obchodních plnomocníků v užším slova smyslu, již jsou generální a specielní, a dále obchodních cestujících „commis voyageurs")[6]; od těchto liší se — stejně jako od obchodních pomocníků[7]) dále i tím, že nepatří pojmově k pomocnému personálu principálovu" ježto je — stejně jako agent[8]) a dohodce — samostatným kupcem; srov. ještě níže.

Agent liší se od komisionáře (byť i v praxi leckdy oba pojmy se nerozlišovaly) tím, že (jako samostatný kupec) provozuje po živnostensku sprostředkování obchodů pro svého příkazatele, zároveň však i uzavírá obchody z příkazů různých příkazatelů *cizím jménem* (jménem svého příkazatele) za provisi (tak zv. „místní agent"; cestující agenti jsou ti, již cestujíce vyhledávají pro svoje příkazatele zákazníky i přijímají pro ně zákazky; srv. Randa, „Das österreichische Handelsrecht I. díl str. 211 a násl., Wenig Příručka obchodního práva" seš. 3, str. 138).

Rovněž *soukromý* dohodce (jest na rozdíl od veřejného dohodce či sensála kupcem), který se po živnostensku zabývá *pouhým sprostředkováním* uzavření obchodu příkazcem (sprostředkování obchodů záleží v tom, že dohodci podle uděleného jim příkazu hledají pro příkazce vhodného kontrahenta, jmenovitě kupce neb prodatele, připravují vše pro uzavření obchodu a posléze obě strany:

[6]) Obchodní cestující jsou v určité odvislosti od principála, i jsou jím zmocněni uzavírati pro něho obchody mimo jeho obch. sídlo; od nich třeba odlišovati cestující agenty, kteří jsou kupci.

[7]) Pojmy „obchodní pomocník" a „obch. plnomocník", jsou samostatné, na sobě nezávislé; arci bývají ve skutečnosti funkce obou sloučeny; srov. *Wenig*, „Příručka obchodního práva" sešit. 3. str. 144.

[8]) Také agenti, třebas bývají v trvalém vztahu k svému příkazci, jsou pojmově od něho neodvislí; srov. k tomu, pokud se týká agentů dle říšskoněm. obch. zák. pojednání *H. Titze* „Das Kaufmännische Hilfspersonal" v *Ehrenberg* „Handbuch des gesammten Handelsrechts," 2. svazek, str. 562. „Das HGB bezeichnet zwar in § 84 den Inhaber des Handelsgewerbes, für den der Agent seine Vermittlungs und Abschlusstätigkeit entfaltet, als dessen „Geschäftsherrn", will aber mit diesem Wort kein Subordinationsverhältnis zum Ausdruck bringen, sondern gebraucht es nur in dem Sinne, in dem man von jeher im Zivilrecht beim Mandat vom „dominus negotii' gesprochen hat".

příkazce a vyhlédnutého kontrahenta k sobě svolají k cíli uzavření obchodu, obyčejně před dohodcem jako svědkem o uzavřeném obchodu), se uvedenou činností pojmově liší od komisionáře.[9]) (Komisionáři — *stejně jako dohodci i agenti* — jakožto samostatní kupci nejsou, pokud se jedná toliko o jejich činnost z obchodů komisionářských, dohodčích a agentských, v nějakém poměru odvislosti od svého příkazce; naproti tomu je tak zv. nesamostatný personál, jsoucí ve službách nebo zastupující principála — t. j. obchodní pomocníci v technickém smyslu a obchodní plnomocníci a tak zv. obchodní cestující „commis voyageurs" — v odvislosti od určitého principála.)

Vzhledem k uvedenému možno též pojem komisionáře definovati jako *zvláště kvalifikovaného obchodně-právního mandatáře*, který liší se podstatně od jiných obchodně-právních mandatářů tím, že nejedná ve jménu příkazce, nýbrž vždy ve vlastním jméně. Tam, kde příkazce zmocní jiného, aby uzavřel obchod v jeho jméně, nejde o komisionáře, nýbrž o obchodně-právního mandatáře; jde tu o tak zv. příkaz zmocňovací, směřující k přímému zastoupení zmocnitelovu. V konkretním případě může zhusta vzejíti pochybnost, zda jde o mandát zmocňovací či mandát komisní; to zejména se přihází, dá-li kdo příkaz komisionáři, aby uzavřel obchod na jeho účet, aniž výslovně uvede, má-li jej uzavříti ve svém jménu. V případě, že jde o mandát k uzavření obchodu, udělený komisionáři, pokud se týče kupci jako takovému (scil. *bez výslovného uvedení, v či jméně má býti příkázaný obchod uzavřen*),

[9]) Kdežto komisionář uzavírá vlastním jménem na účet komitenta obchody, neuzavírá dohodce obchody, nýbrž uzávěrku obchodů jen připravuje, buď tím, že svého klienta upozorní na možnost uzavříti obchod, nebo tím, že vyhledá a představí svému klientovi nabízeče resp. poptavače anebo konečně tím, že snaží se uzávěrku radami, domluvami a pod. uskutečniti. Někdy je dohodci udělena zároveň i plná moc k uzavření obchodů, jím sprostředkovaných jménem příkazatele. Agenti shodují se s dohodci potud, že jako tito sprostředkují obchody. Liší se však od dohodců jmenovitě tím, že jsou v trvalejším vztahu vůči svému příkazateli, jehož zájmy vždy zastávati jsou ve smyslu příslušné smlouvy povinni (srov. *Staub-Piska*, Kommentar, I. díl str. 269); nestojí však vůči svému příkazateli ve služebním poměru, čímž se liší od obchodních pomocníků; provozujíce pak svou agentskou živnost svým jménem, jsou samostatní kupci, čímž se liší od pouhých obchodních plnomocníků.

presumuje se příkaz komisní (arg. čl. 360 obch. zák. odst. 2. slova: je-li přikazatelem *výslovně* stanoveno, že jednání má býti uzavřeno v jeho jméně"; srov. Herman-Otavský, cit. spis str. 92).[10])

Jak shora řečeno, je předmětem komisního příkazu uzavření smlouvy, jež je svou povahou *obchodem*. Nějakého obmezení v tomto směru u nás není (nesmí se arci předmět komise příčiti právní podstatě obchodu jako takového, tedy ku př. nemůže tu jít o uzavření smlouvy o věcech nemovitých; arg. čl. 275).

Naproti tomu *německý obchodní zákon* obmezil předmět komise na koupi nebo prodej zboží nebo cenných papírů (§ 383 něm. obch. zák.; kromě toho však je v § 406, odst. 2 něm. obch. zák. prohlášena za nákupní neb prodejovou komisi též komise, jejíž předmětem jest dodávka nezastupitelné věci movité, jež má býti vyrobena z látky, kterou má dodati podnikatel. Ostatně však dle 1. odst. §u 406 něm. obch. zák. platí předpisy o komisi též v tom případě, jestliže komisionář při provozování své živnosti převezme provedení nějakého jiného obchodu [nejen koupě nebo prodeje uvedených věcí] vlastním jménem a na cizí účet.

Jinak jest právní podstata komise upravena něm. obch. zákonem na podobné základně jako u nás. (o některých úchylkách pokud se týká modifikací komisní smlouvy podle něm. obch. zák. vůči našemu obch. zák. srov. níže).

Francouzský Code de commerce stanoví pojem komisionáře v čl. 94; jest jím, kdo „agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant". Dle 2. odst. cit. čl. jsou povinnosti a práva komisionáře, který jedná jménem komitenta, stanoveny ve III. knize XIII titulu Code civil (Code civil čl. 1984 a násl.).

Dle čl. 632 Code de commerce jest pak komise obchodem toliko v případě, že se jedná o komisi podnikatelsky provozovanou („d'entreprise, c'est à dire de profession; srov. Thaller, Traité de droit

[10]) Uvedené platí jmenovitě tam, kde se příkazy udílejí komisionáři, provozujícímu komisi jako svou stálou živnost (jak se vyjadřuje Grünhut „berufsmässiger Kommissionär"). I v tomto případě však mohou mnohé okolnosti vésti k tomu, že příkazce (aby ku př. naznačil důležitost jednání přímo v jeho jméně, pod jeho firmou, což je jmenovitě při jednáních o získání kreditu aktuelní) si přeje, aby byl obchod uzavřen v jeho jméně. Takový úmysl má býti *výslovně projeven*, v kterémžto případě pak jde o zmocňovací mandát.

commercial, str. 679); jednotlivě, příležitostně předsevzaté komise *nepovažují se* v právní doktrině francouzské za obchod (Lyon-Caën & Renault, Rivière, Boistel). Hledíc k doslovnému znění čl. 94 Code de Commerce třeba rozlišovati komisionáře od pouhého mandatáře dle toho, že první jedná ve jménu svém, druhý ve jménu svého mandanta (srov. k tomu: Roger, „Manuel juridique des transports str. 43; Locré, „Esprit du Code de commerce" (cit. v komentáři Cohendy-Darras „Code de commerce annoté" I. díl str. 422), který též žádá pro kvalitu mandatáře jakožto komisionáře, aby jednání, komisionářem uzavíraná, byla obchody).

Naproti tomu není dle Lyon-Caën & Renault (Manuel de droit commercial str. 428) rozlišovacím kriteriem mezi komisí a mandátem okolnost, zda komisionář jedná svým jménem nebo jménem komitenta, nýbrž povaha jednání, jež má býti zmocněncem provedeno („Il y a commission, quand l'acte à accomplir est un acte de commerce, qu'il soit fait au nom du commissionaire ou du commettant; il y a mandat, quand l'acte à faire est une opération civil, que le mandataire agisse en son nom, ou au nom du mandant").[11]) Kromě uvedeného liší francouzská doktrina komisi od obyčejného mandátu tím, že je úplatná, kdežto mandát je pravidelně bezplatný. Teorii, že komise je „úplatný mandát, směřující k provedení jednání, jež je obchodem s hlediska komitentova", modifikuje opět Thaller („Traité élémentaire de droit commercial" str. 680) takto: „Ce qui constitue la commission, par opposition au mandat ordinaire, ce n'est pas nécessairement la nature d' „acte de commerce" dans l'opération confiée au mandataire; c'est plutôt la „nature de l'objet", que le mandataire a reçu ordre de traiter. Si cet objet est un produit ou un titre circulant, notre contrat existe, quoique l'opération, prise du côté du mandant, ne soit pas un acte de commerce en vertu des art. 632 et 633". Jinak zastává Thaller, že při komisi jde o provedení uloženého jednání *jménem komisionáře*.

[11]) Na jiném místě však nalézáme v cit. spise definici, podle které jen *výjimečně* může i při komisi jíti o provedení uloženého jednání jménem komitenta (na str. 430: „la commission est un contrat par lequel un commerçant s'oblige, moyennant une remunération qu' une autre personne appellée commettant, soit en son nom, soit *exceptionnellement* au nom du commettant, une ou plusieurs opérations commerciales).

Komisionáře řadí francouzská doktrina právní pod „auxiliaires des commerçants *indépendants*“ (sem řadí též dohodce a agenty) — na rozdíl od kategorie pomocného personálu, jsoucího v určité odvislosti od svého příkazce (sem patří jmenovitě: les commis, les voyageurs de commerce, les employées des magasins, jež se řadí mezi obyčejné mandatáře).

Od komisionářů liší se dohodci (les courtiers, čl. 74 Code de commerce) tím, že toliko sprostředkují uzavření obchodního jednání (liší se: 1. les courtiers de marchandise, 2. les courtiers d'assurances maritimes, 3. les courtiers maritimes, 4. les courtiers de transport par terre et par eau). Sprostředkovatelskou činností zabývají se v podstatě též tak zv. „agents de change.“

Italská *doktrina právní* řadí komisi pod *obchodní mandát* (Vivante, Codice di commercio commentato, IV. díl, Sraffa, Del mandato commerciale e della commissione nel Comentario al Codice di commercio, Valeri, Il mandato e la commissione v důvod. zprávě k osnově nového obch. zák.), od něhož však se liší komise tím, že při ní jedná zmocněnec svým jménem, nikoli jménem svého zmocnitele, jak tomu je dle výslovného ustanovení čl. 349 Codice di commercio u obchodně právního mandátu (srov. k tomu ještě níže v §u 2, I. dílu tohoto pojednání).

Italský Codice di commercio jedná o komisionářských obchodech ve článcích 380—388. Kromě těchto ustanovení dlužno uvésti čl. 3, bod 21, dle něhož je prohlášeno za obchod — mimo jiné — též podnikání komisionářství („le imprese di commissioni“). Dle uvedeného ustanovení nebylo by lze *jednotlivé*, příležitostné předsevzetí komise považovati za obchod; přes to shledáváme se v literatuře právní s názorem, že i jednotlivě předsevzatá komise jest obchodem, předpokládajíc arci splnění podstatné náležitosti komise (v techn. smyslu), totiž uzavření jednání, jež má karakter obchodu (tohoto názoru jsou jmenovitě Vivante, Bolaffio). Komisionář ve smyslu italského práva jest kupcem, neboť jedná sice na účet jiného, avšak svým jménem. Tím, že obchody uzavírá, liší se též dle italského Codice di commercio od pouhého sprostředkovatele obchodu (srov. Vivante, Tratatto di Diritto commerciale, I. díl, str. 361).

Dosavadní italský Codice di commercio jedná však v titulu XII — kromě komise — též *samostatně* o obchodně-právním

mandátu k přímému zastoupení. Ustanovení o tomto obchodně-právním mandátu pak opět rozdělují se na ta, jež upravují právní vztah mandanta k mandatáři a vice versa, a ona, jež se vztahují na právní vztah, vyplývající ze zastoupení (scil. přímého), vůči osobám třetím.

Naproti tomu osnova nového italského obchod. zák. volí v duchu panující moderní doktriny právní jiný systém: ustanovení o obchodně-právním zastoupení (t. j. *přímém*) resp. plné moci jsou pojata do 1. knihy pod titulem, jednajícím o obchodních pomocnících; jinak nemá již osnova samostatná ustanovení o obchodně-právním mandátu, nýbrž ustanovuje toliko o „jednom z nejdůležitějších případů obchodně-právního mandátu“ totiž o komisi (čl. 385—400 osnovy) a stanoví nad to (čl. 401), že ustanovení tato platí i na ostatní případy obchodně-právního mandátu, spojeného se zastoupením, s výjimkou těch (singulérních) ustanovení, jež se *výlučně* vztahují na komisi jakožto mandát *bez zastoupení* (srov. též v § 2 tohoto oddílu).

§ 2. Právní podstata komisní smlouvy.

Podstata komisionářské či komisní smlouvy je dána shora podanou již definicí podstaty komisního obchodu či komise: jest jí smlouva, kterou kupec u provozování své živnosti přijímá příkaz, uzavříti obchod ve vlastním jménu na účet příkazujícího (Herman-Otavský na shora citovaném místě). Smluvníky jsou komitent, příkazující, t. j. kdo příkaz k uzavření obchodu na svůj účet dává, a komisionář (kupec provozující komisionářskou živnost nebo vůbec nějakou jinou živnost), t. j. kdo příkaz takový t. j. uzavření obchodu svým jménem, přijímá. Podnět k sjednání komisní smlouvy může vzejíti buď nabídkou se strany komisionáře nebo poptávkou se strany komitenta. Smlouva sama pak je sjednána, jakmile oferta té neb oné strany byla protistranou akceptována, či byl-li vzájemný souhlas obou stran projeven. O ofertě k uzavření komisní smlouvy v techn. smyslu platí, ježto jde o ofertu k uzavření obchodu, ustanovení obch. zák. o ofertách, jmenovitě též stran zavazující jejich účinnosti. Zvláště aktuelním pro komisi jest ustanovení čl. 323 obch. zák. (§ 320 slov. obch. zák.), jednající o zvláštním případu nabídky ke smlouvě příkazní (k věci srov.

bližší v Grünhut, „Das Recht der Kommission", Herman-Otavský, cit. spis str. 64).

Smlouva komisní je konsensuální, neformální. Jest co do své základní podstaty druhem smlouvy zmocňovací, mandátní; jest pak případem úplatného mandátu a to mandátu k nepřímému zastoupení, lišícího se od obyčejného občansko-právního mandátu zvláštní kvalitou prováděcího příkazu (musí jíti o uzavření smluv, kvalifikujících se jako obchod) a upraveného *svérázně* a samostatně příslušnými ustanoveními obchodního zákona.

Komise jest, jak řečeno, *druhem smlouvy zmocňovací*, o níž jedná 22. hlava občanského zákoníka. Jak známo, není pojem zmocňovací smlouvy ve smyslu ustanovení 22. hlavy občan. zák. (pod kterou komise spadá) přesný; zaměňujíť se tu dva různé pojmy právní, totiž příkaz a zmocnění. Definice zmocňovací smlouvy (§ 1002 obč. zák.): „smlouva, kterou někdo přejímá k obstarání věc na něj vznesenou jménem jiného", není přesná, ježto jednak zaměňuje zmocňovací smlouvu a propůjčení plné (zástupčí) moci (vedle zastoupení přikázaného jest také zastoupení bez příkazu zastoupeného, jako zákonné zastoupení a j.[12]), jednak míří jen na mandát k zastoupení přímému, ačkoli, jak plyne z ustanovení §u 1017 obč. zák., je možný mandát k zastoupení nepřímému (srov. Krčmář „Všeobecná část práva občanského a právo obligační" — návrh subkomitétu pro revisi občan. zák., Sedláček, Obligační právo str. 50). Třeba pojem smlouvy zmocňovací stanoviti tak, že tu jde o smlouvu, kterou se kdo (za plat nebo bezplatně — § 1004 obč. zák.) zavazuje k vykonání právních jednání jako přímý nebo nepřímý zástupce zmocnitelův (jménem zmocnitelovým nebo jménem svým, ale na účet zmocnitelův); jde tu stručně o příkaz k zastoupení přímému (případ, kdy mandát je

[12]) Srov. též: *Randa*, „Příspěvek k nauce o příkazu a zastoupení" v Právníku XVI. str. 64. Jako lze uděliti pouhý příkaz bez zmocnění, tak opět existuje pouhé zmocnění, t. j. moc, nikoli povinnost zastupovati; conf. *Mayr-Dominik*, Soustava obč. práva, kniha prvá str. 176. Povinnost k zastupování může býti založena mandátem (může býti nařízeno netoliko, aby mandatář jednal jménem mandantovým nýbrž i svým jménem, na účet příkazce) nebo jinakým obligačním poměrem; sluší poznamenati, že pravidelně bývá soukromá plná moc spojena s příkazem (mandátem), zakládajícím zároveň i povinnost k zastupování. (Tilsch, Občanské právo rakouské, část všeobecná, str. 169.)

spojen s plnou mocí, uzavříti jednaní ve jménu přikazatelově) nebo o příkaz k zastoupení nepřímému (případ, kdy mandát zní na uzavření jednání ve vlastním jméně na účet přikazatelův). Obligační povinnost k zastupování, založená mandátní smlouvou, vztahuje se arci jako taková vždy jen na vnitřní poměr mezi zmocněncem a zmocnitelem. Aby zastoupení působilo i vně, t. j. vůči třetím osobám, — což je aktuelní při zastoupení přímém, zastoupení v techn, smyslu t. j. při jednání v cizím jméně — třeba udělení plné moci (plná moc je *zastoupení přímé*, působící i proti třetím osobám). Při zastoupení nepřímém čili tak zv. náhradnictví zmocněnec jedná „ve své vlastní právní sféře"; jednaje s třetími osobami jest sám stranou v právním poměru (jenž se zakládá právě tím jednáním) i není zástupcem (v techn. smyslu) zmocnitelovým (srovn. k tomu Hupka, Die Vollmacht na str. 71: „Dass derjenige, welcher eine mir gehörige Sache in meinem Auftrag als Kommissionär verkauft oder mit meiner Erlaubnis verschenkt oder für eine eigene Forderung verpfändet, in Bezug auf das Kausalgeschäft nicht als mein Stellvertreter angesehen werden kann, ist klar. Er ist es aber auch nicht hinsichtlich des dinglichen Akts. Denn der Dritte verdankt das Eigentum bezw. das Pfandrecht nicht mir, sondern dem anderen. Sein Recht ist zwar von dem meinigen abgeleitet, aber nicht ich, sondern der andere hat es ihm zugewendet und meine Zustimmung ermöglichte nur die Wirksamkeit dieser aus meinem Vermögen gemachten Zuwendung.")

Kdo jedná svým jménem, jen sebe opravňuje a zavazuje. To platí jmenovitě i když jedná kdo svým jménem na účet třetího (srov. Müller-Erzbach v Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, XXXVI „zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung" str. 231 „Es hat mithin der wichtige Umstand, dass jemand für fremde Rechnung auftritt, zum Beispiel einen Vertrag abschliesst, auf diesen Vertrag, den sogenanten Aussenvertrag, keinerlei Einfluss. Es sollen vielmehr hierdurch nur in internem Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen Rechtsbeziehungen hergestellt werden). Uvedené platí tedy i pro komisi, t. j. o jednáních, jež komisionář na základě komisní smlouvy svým jménem s třetími kontrahenty uzavírá. Nutno při komisní smlouvě rozlišovati mezi právním poměrem vzešlým v důsledku přijetí komisního příkazu mezi komitentem a komisionářem a právním poměrem

z prováděcího jednání komisního, který pozůstává toliko mezi komisionářem a třetím kontrahentem (v praksi obchodní arci se se setkáváme s tím, že se pojmu komise, resp. komisní smlouva promiskue užívá jednak pro smlouvu komisní v techn. smyslu, t. j. sjednanou mezi komitentem a komisionářem, jednak pro smlouvu, kterou komisionář jakožto provedení komisního příkazu s třetím kontrahentem uzavírá suo nomine s třetím kontrahentem, což je věcně nesprávné, ježto komisní smlouva v techn. smyslu jest pouze smlouva prvá, smlouva druhá, vůči prvé právně samostatná, je toliko prováděcím jednáním „Ausführungs-, Realisierungsgeschäft; ani obch. zák. sám není ve věci zcela důsledný (srov. Pollitzer: „Das österreichische Handelsrecht." str. 575.).

Obojí právní poměr mezi komitentem a komisionářem a mezi komisionářem a třetím kontrahentem, je na sobě *pojmově nezávislý* (srov. k tomu „Hasenöhrl, Das österreichische Obligationsrecht I. díl str. 414, kde však Hasenöhrl nedosti přesně praví, že smlouvy, jež komisionář svým jménem uzavírá, se posuzují tak, „jako by je sjednával na vlastní účet", aniž by poměr komisionáře ke komitentovi měl nějaký vliv na smlouvu, uzavíranou třetím kontrahentem. K tomu připomínáme, že není přece okolnost, zda komisionář uzavírá na vlastní účet či na cizí účet, podstatným důvodem pro neodvislost této smlouvy od poměru jeho ke komitentovi; i kdo jedná na vlastní účet, však cizím jménem, nemůže vystupovati vůči druhé straně jako smluvník; tím je toliko zastoupený. Rozhodným pro to, že komisionář vystupuje vůči třetímu kontrahentu jako smluvník, tedy neodvisle od jeho vztahu ke komitentovi, je jedině to, že svým jménem uzavírá smlouvy ve smyslu komisního příkazu). Třetí kontrahent (scil. z prováděcího jednání, komisionářem sjednaného) jest v právním poměru toliko vůči komisionářovi (k tomu poznamenává Müller-Erzbach v cit. pojednání „Zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung" s hlediska své „zájmové teorie", že komitent („interesent") jest „vlastním, materielním dlužníkem" třetího kontrahenta ze smlouvy, uzavřené na jeho účet, neboť jedině on chce uskutečniti plnění, slíbené touto smlouvou a pravidelně jedině on je tak s to učiniti. Přes to však v důsledku formalistického právního řádu není formálně dlužníkem. Formální a materielní dlužnictví se tu odděluje a každé přisuzuje jiné osobě." K tomu třeba poznamenati, že v normálním případě

nepřímého zastoupení netoliko „formálně," nýbrž i „materielně" jest dlužníkem z prováděcího jednání toliko nepřímý „zástupce". Totéž platí vice versa i o věřitelství z prováděcího jednání. I při komisi, byť i tu v některých směrech, jak níže uvedeme, byla s ohledem na potřeby obchodního života stanovena jistá úchylka, platí v podstatě uvedené.)

Jak naznačeno, zakládá se komisionářskou smlouvou nepřímé zastoupení komitenta: komisionář jest tak zv. náhradníkem, či nepřímým zástupcem komitentovým. Zastoupení nepřímé není arci právním ústavem, který je toliko komisi vlastní[13]); komise je toliko jedním z případů nepřímého zastoupení či náhradnictví („mittelbare Vertretung"), při čemž však jde tu na rozdíl od obyčejného mandátu k nepřímému zastoupení o *svérázný* případ zastoupení nepřímého, positivními normami v leckterých směrech zcela samostatně upravený; lze tu mluviti o *mandátu sui generis*. Svérázná úprava odpovídá tu potřebám obchodního života. Svérázná úprava jeví se zejména *v ustanoveních o modifikaci komisionářské smlouvy (hlavně* pokud se týká tak zv. *samovstupu komisionářova)*; jeví se však též v některých ustanoveních, normálního případu komisní smlouvy se týkajících. Sem spadá *zejména ustanovení 2. odstavce čl. 368 obch. zák.* (§ 374, odst. 2, slov. obch. zák.), dle něhož pohledávky komisionářovy z prováděcího jednání, i *když nebyly postoupeny*, platí v poměru mezi komitentem a komisionářem nebo jeho věřiteli za pohledávky komitentovy[14]).

[13]) Srov. *Schlossmann*„ Die Lehre von Stellvertretung" II. díl str. 326: „Die Verhältnisse des Kommissionshandels sind nicht die einzigen, in denen die Natur der Interessen der Beteiligten zur Anordnung mittelbaren Vertretungswirkungen durch das positive Recht geführt hat. Das gleiche nahmen wir auch bei anderen Verhältnissen, bei den Geschäften von Komittees, die für gemeinnützige Unternehmungen u. s. w. wirken und bei der stillen Gesellschaft wahr; ferner bei den Geschäften des „Impresario", der Vorstellungen, Konzerte, Vorträge von Künstlern, Gelehrten u.s.w. veranstaltet. Auch in allen diesen Fällen wird eine nähere Betrachtung der in diesen Verhältnissen obwaltenden Interessen und Tendenzen der Beteiligten, die hier indes unterbleiben darf, zeigen, dass eben diese und nicht die Art des Auftretens des Vertreters auch nicht der auf eine bestimmte Art der Rechtswirkung sich richtende Wille des Beteiligten das für diese Verältnisse geltende Recht geformt haben."

[14]) Totéž platí vůbec o všech obligačně právních nárocích, jichž komisionář na účet komitenta (z prováděcího jednání) nabyl.

Jest to singulární ustanovení, toliko na komisi se vztahující; na jinaké případy nepřímého zastoupení nelze je aplikovati[15]) (uvedený předpis znamená, že komisionář nemůže bez svolení komitentova pohledávkami z prováděcího jednání disponovati; jinak by ručil komitentovi za škodu, tím vzniklou. Aktuelní jest pak jmenovitě při konkursu komisionářovu: pohledávky nepatří v důsledku toho do konkursní podstaty komisionáře; komitent má vylučovací nárok v případě konkursu, resp. excisní žalobu v případě exekuce singulární, vedené na takové pohledávky; srov. Herman-Otavský, cit. spis str. 95. Cannstein (Handelsrecht, II. díl 153) rozšiřuje toto ustanovení i na věcná práva spec. vlatnictví, jež komisionář nabyl vůči třetímu kontrahentu: také toto právo platí dle Cannsteina v poměru komitenta ke komisionáři nebo jeho věřitelům za právo komitentovo (scil. před převedením vlastnictví na komitenta, pokud jen došlo k převodu jeho s osoby třetího kontrahenta na komisionáře); rovněž dle Krainze-Pfaffa-Ehrenzweiga nabývá dle téhož principu komitent vlastnictví i držby; peníze a jiné zastupitelné věci však přecházejí teprve tehdy do vlastnictví komitentova, jestliže došlo k oddělení jich pro komitenta nebo k zaslání[16]) komitentovi; tento výklad neodpovídá ani znění přísluš. ustanovení; výjimečné ust. cit. čl., toliko pohledávek se týkající, nelze per extenso vykládati).

Nelze upříti, že ustanovení č. 368, 2. odst. vztahuje se na všechny *nároky* obligačně právní komisionářovy z titulu provádění komisního jednání[17]); s druhé strany nutno však zastávati, že na

[15]) Pro obor *říšskoněmeckého* práva poznamenává Staub k § 392 odst. 2. něm. obch. zák. (obdobnému našemu čl. 368, odst. 2.) toto: Die Rechtsprechung hat jedoch für das Handelsrecht ganz allgemein, also nicht nur im Verhältnis des Kommissionärs zum Dritten, den Satz aufgestellt, dass der Beauftragte, der in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung abgeschlossen hat bei Bruch des Vertrags durch seinen Gegner von diesem Schadenersatz nicht nur so verlangen kann, wie er ihm persönlich, sondern so, wie er seinem Auftraggeber zusteht.

[16]) Pro obor něm. obch zák. a to ust. § 392 2. odst., jež je obdobné s naším čl. 368, 2, odst. zastává *Weidmann* (Das Kommissionsgeschäft I. díl, str. 240), že ustanovení to nelze vztahovati též na věcná práva na věcech, získaných z provedení komisního příkazu. Podobný výklad zastává *Staub* (*Staub-Pisko* k § 368 našeho obch zák. a *Staub-Könige* k § 392 něm. obch. zák.). S tímto výkladem jest souhlasiti.

[17]) Nikoli snad jen, jak se leckdy tvrdí, na pohledávky za zboží v ko-

věcná práva se nevztahuje, jmenovitě i otázka nabytí vlastnictví i držby věcí, komisním jednáním pro komitenta získaných, komitentem, nemá s tímto ustanovením ničeho společného, resp. sluší ji řešiti samostatně; právní účinek v úvahu přicházejícího ustanovení obmezuje se pak toliko na poměr komitenta ke komisionářovi nebo jeho věřitelům i neplatí též na poměr komitentův k třetím osobám (správně k tomu připomíná Staub-Könige, že tu jde toliko o osobní, nikoli věcný právní poměr; komitent nemá tu věcného práva vůči třetí osobě, jíž komisionář postoupil pohledávku z prováděcího jednání, po příp. dotyčnou věc. Toliko v konkursu komisionářově musí býti komisní zboží — a to na základě práva komitentova na vyloučení zboží — vyňato ve prospěch komitenta. Nabyl-li komisionář nároku na zcizené komisní zboží, musí správce konkursní podstaty komisionářovy tento návrh postoupiti komitentovi; pokud nedošlo k tomuto postoupení, není komitent oprávněn k žalobě proti dlužníkovi ani v konkursu komisionářově, a před tímto postoupením nemusí dlužník komitentovi platiti[18]).

Komise, jak vylíčeno, je druhem mandátu a to sui generis, s ohledem na potřeby obch. života upraveného (opačné názory, které požadují pro mandát bezplatnost, spec. pro obor práva říšskoněmeckého, z kteréhož důvodu snažily se subsumovati komisní smlouvu pod smlouvu o dílo, příp. i smlouvu služební, zůstaly u nás sporadické). Tím v podstatě dány jsou povinnosti komisionáře (jakožto zmocněnce): komisionář je jmenovitě povinen přenésti výsledky svého jednání na zmocnitele a je dále povinen komitentovi položiti počet, k věci se vztahující. Ve příčině prvé třeba uvésti, že musí komisionář vydati veškerý výtěžek z komisního jednání docílený, byť i by přesahoval komitentem zamý-

misi prodané; srov. *Staub-Picko* a *Staub-Könige* komentář k čl. 368 našeho obch. zák. resp. k § 392 něm. obch. zák. Podotknouti sluší, že výjimkou z cit. ust. čl. 368, odst. 2. má komisionář za podmínek čl. 374. odst. 2. (právo uhraditi se pro nároky z pohledávek založených prováděcím jednáním) přednostní právo před komitentem a jeho věřiteli.

[18]) Pro přechod vlastnictví cenných papírů opatřených komisionáři bankéři pro své komitenty, platí nyní ustanovení zákona z 10. října 1924, č. 241 Sb. z. a n. (o povinnostech bankéřů při úschově cenných papírů), dle jehož ustanovení § 5. odst. 2. děje se tak provedením zápisu podle ustanovení odst. 1. § 5 cit. zák. Jest to forma přechodu vlastnictví prohlášením (constitutum possessorium).

šlený nebo čekávaný výsledek (čl. 372). Ve příčině druhé sluší uvésti, že bližších ustanovení obch. zák. o povinnosti účtování nestanoví. Stran komisního zboží musí komisionář, má-li je v uschování, pečovati o ně jako řádný kupec, jinak za ně ručí (srov. níže § 3); povinnost pojistiti zboží má jen, byl-li mu dán v tom směru výslovný příkaz (čl. 367, odst. 2.) Rovněž komitentovy povinnosti jsou v podstatě své povinnostmi zmocnitelovými. Jmenovitě jde tu o povinnost nahraditi zmocněnci veškerý náklad, na obstarání věci vynaložený, byť i se zmocnitelem očekávaný výsledek nedostavil. Kromě toho však je komitent povinen komisionáři zaplatiti *provisi*, byl-li přikázaný obchod skutečně proveden; nedošlo-li k provedení příkazu *vinou komitentovou*, má komisionář rovněž nárok na provisi, tak zv. vydávací, *předpokládajíc však, že je v místě obvyklá* (čl. 371); tutéž provisi jest přiznati komisionářovi podle okolností v případě, že nedošlo vůbec *bez jeho viny* k provedení příkazu. K zabezpečení svých pohledávek má komisionář *zákonné zástavní právo*[19]) a právo zmíněné v čl. 374. odst. 2. obch, zák.; srov. pozn. 17.

Mandátní poměr, komisní mlouvou založený, řídí se v prvé řadě podle příslušných norem obch. zák., jež v jistém směru doznaly doplnění zákonem o povinnostech bankéřů při úschově cenných papírů č. 241 Sb. z. a n. 1924. Subsidierně se na komisní poměr vztahují, tam kde příslušných ustanovení obch. zák. není, podpůrné prameny obch. práva, t. j. právní obyčej (obchodní) a občanský zákon; posléz uvedený právní pramen jest jmenovitě aktuelní v otázce odvolání komisního příkazu a v otázce přijetí příkazů kolidujících.

(O jednotlivostech pokud se týká povinností a práv komisionáře i komitenta pojednáme podrobně ve zvláštním spise, o obchodech komisních a spedičních vůbec jednajícím.)

Také říšskoněmecká doktrina právní řadila před vydáním no-

[19]) Zákonné zástavní právo komisionářovo k zajištění pohledávek, jemu proti komitentovi příslušejících, upravené v čl. 374 odst. 1. obch. zák. je co do objemu svého širší než zákonné zástavní právo speditérovo (čl. 382) jakož i zástavní právo povozníkovo (čl. 409), co do trvání však (stejně jako zákonné zástavní právo speditérovo) obmezenější než zákonné zástavní právo povozníkovo (srovn. bližší v cit. spise *Hermana Otavského*) v partii o komisi spedici a povoznictví.

vého německého občan. zákona komisionářskou smlouvu pod smlouvy mandátní i vykládala ji jako mandát k nepřímému zastoupení (tím, že komionářská smlouva ve smyslu německého práva zavazuje mandatáře k uzavření obchodu svým jménem, na účet zmocnitele, liší se od smlouvy agentské i makléřské ve smyslu německého práva, jíž přejímá zmocněnec závazek, sprostředkovati uzavření obchodu, pokud se týče i — pravidelně po skončení sprostředkovatelské činnosti — uzavření obchodu však *jménem příkazatele*; srov. Staub-Könige, komentář k § 383 něm. obch. zák.).

V důsledku však toho, že něm. obč. zák. požaduje pro mandát zásadně bezplatnost, čehož u komisní smlouvy není, řadí se nyní v něm. doktrině komisní smlouva buď mezi smlouvy o dílo (tak ku př. Weidmann), nebo pod smlouvu služební (Staub-Könige).

O právní podstatě komisionářské smlouvy ve smyslu francouzského Code de commerce vyslovuje se francouzská doktrina právní v tom smyslu, že je druhem mandátu; není tu však jednotného náhledu o tom, zda je podstatnou náležitostí komisionářského mandatu, aby komisionář jednal ve svém jméně; jmenovitě Lyon Caën—Renault vytyčuje za kriterion komisního mandátu od obyčejného mandátu nikoli to, zda zmocněnec jedná ve svém či cizím jméně, nýbrž zda prokázané jednání má ráz jednání obchodního. Naproti tomu celá řada význačných spisovatelů francouzských trvá při komisním mandátu na požadavku, by šlo o uzavření přikázaného jednání *jménem komisionáře*, čímž právě se liší komisní mandát od občanskoprávního mandátu (srov. jmenovitě Locré, Esprit du Code de commerce I. díl str. 237: il y aurait mandat, lorsque celui qui agit pour le compte d'autrui traite au nom du mandant, il y aurait commission au contraire, lorsque celui qui agit pour le compte d'autrui traite en son nom propre). Tento názor nachází oporu v ust. čl. 1984 code civil. Podobného názoru jsou jmenovitě Cohendy-Darras, Roger, a j.). Jinak platí i podle francouzského práva, že komisionář, který uzavírá přikázané jednání svým jménem, jest sám věřitelem i dlužníkem z tohoto prováděcího jednání; s tím není v zásadě v odporu připuštění tak zv. „action oblique" ve smyslu čl. 1166 Code civil, jež podle okolností přísluší komitentovi (proti třetímu kontrahentovi), resp. proti komitentovi (scil. třetímu kontrahentovi), jež jinak se zastoupením nemá ničeho společného.

Jak bylo již shora v § 1 tohoto oddílu uvedeno, považuje se komise v italské doktrině právní za druh mandátu; ustanovení ital. obchodního zákona, o komisionářském příkazu jednající, nejsou v odporu s ustanoveními italského Codice civile (spec. ustanovení čl. 1137 a 1744 posléz uvedeného zákona), byť i byla komise — na rozdíl od občanskoprávního mandátu — v příslušných předpisech Codice di commercio svérázně upravena (srov. jmenovitě Vivante, Trattato di diritto comerciale str. 301—303, a Codice di Commercio commentato, I. díl. str. 387 a násl., dle něhož není mezi civilně právním mandátem, který může zníti jak na přímé, tak i na nepřímé zastoupení, a komisí podstatného rozdílu; týž uvádí na str. 389 „la Relaz. Mancini—Pasquali," n. XLVIII — Lavori prepar., vol. II., parte I. pag. 220 — . . . „Fra committente e commissionario esistono gli stessi diritti et obblighi come ira mandante e mandatario, perchè la commissione nella sua essenza è una specie del mandato".). Arci, hledíc k slovnému znění ustanovení čl. 349 ital. obch. zák., jednajícího o obchodněprávním mandátu, jež mluví toliko o jednání mandátářově *jménem mandanta* (tedy o zastoupení přímém), nebylo by lze — prima facie — řaditi komisi co druh obchodně-právního mandátu. Přes to sluší souhlasiti s názorem prof. Vivante, který má za to, že ust. čl. 349 Codice di commercio, pokud mluví o tom, že mandatář jedná jménem mandanta, není *esencielní* povahy, a že tudíž lze i pod obchodně-právní mandát řaditi nepřímé zastoupení, a tedy i komisi. Stanovisko, že zásadně není rozdílu mezi komisí a obchodně-právním mandátem, nachází opory v připraveném elaborátu osnovy nového italského obch. zák. (srov. výše uvedené v §u 1. tohoto oddílu.).

§ 3. Ustanovení obchodního zákona o modifikaci komisní smlouvy.

A) Obsahem komisního příkazu resp. komisní smlouvy normálně jest, aby komisionář svým jménem uzavřel s třetí osobou obchod a (hospodářské) výsledky jeho (zvláštním aktem) převedl na komitenta. To též v podstatě odpovídá právnímu postavení komisionáře jakožto mandatáře k nepřímému zastoupení (arci, jak shora uvedeno, mandatáře sui generis), i jest v souladu se základní myšlenkou komise, aby totiž komitent nemusil vždy sám uzavírati

s třetími osobami obchodní jednání, resp. nemusil k cíli uzavření obchodu zplnomocňovati jinou osobu (ať již ve formě udělení prokury nebo generální plné obchodní moci, či speciální plné obchodní moci), a tudíž nemusil uděleti plnou moc (projev učiněný k osobám třetím), nýbrž aby mohl k cíli uzavření obchodu s třetím kontrahentem použíti svého „náhradníka" resp. „nepřímého zástupce" t. j. komisionáře.

S hlediska hospodářského jest fakt, že komisionář má kontrahovati přikázaný mu obchod s třetí osobou, což jest normálním případem komise, pro komitenta příznivý potud, že není tu nijakého obmezení v osobě třetího kontrahenta, s nímž má komisionář příkazní jednání uzavříti; arcť, a to nese komise s sebou vůbec, bude záležeti na schopnostech i na poctivosti komisionáře, aby vynaložením péče řádného kupce vyhledal co nejlepší příležitost a nejpříznivější podmínky k uzavření příkazního obchodu.

Uložený mu příkaz má komisionář provésti s péčí řádného kupce v zájmu komitentově ve smyslu uděleného mu příkazu (čl. 361 obch. zák., § 369 slov. obch. zák.); jestliže komitentem zamýšlený a v příkaze vyslovený cíl uloženého příkazu nebyl komisionářem v daném případě splněn, musí, má-li býti prost závazku z nesplnění komisního příkazu, komisionář prokázati, že postupoval s péčí řádného kupce; (nese v tom směru „nebezpečí důkazu", t. j. ručí, pokud uvedený důkaz neprovede); jest to arci případ *ručení za zavinění*, však s povinností důkazní na straně žalovaného (neplatí zde tedy zásada „actori incumbit probatio"). Uvedené však není zvláštním obchodně-právním ustanovením, nýbrž toliko aplikací občanskoprávního ustanovení (§ 1298 obč. zák.), že v případě, vzešla-li škoda z porušení stávající smluvní povinnosti, musí zavázaný, chce-li se liberovati, prokázati nedostatek zavinění na své straně, resp., že náhoda mu zabránila v plnění smluvní povinnosti[20]). Jest toliko důsledkem *mandátního* základu komise, i není modifikací komisní smlouvy, že v případě, že komisionář neodůvodněně se odchýlil od uděleného mu příkazu, pokud se týče překročil

[20]) Uvedené, že totiž komisionář musí prokázati exkulpační důvod, ve smyslu zachování péče řádného kupce, nebyl-li komisní příkaz řádně splněn, souvisí, jak uvádí *Staub-Pisko*, Kommentar, II., str. 427, s povinností komisionářovou, klásti počet z provedení komise; jest to vůbec důsledek mandát. poměru, při němž je mandatář kupcem.

bez důvodu udělené mu zmocnění, ručí i za náhodně povstalou škodu (arg. § 1009 obč. zák. posled. věta, § 1010 obč. zák; uvedené platí specielně též v případě, že komisionář neodůvodněně přenese provedení uloženého mu příkazu na jinou osobu — substituta. V takovém případě ručí bez ohledu na culpam in eligendo — „za výsledek" arg. § 1010 obč. zák., věta 1.[21]); jest to stejné ručení, jaké platí podle § 1313 a obč. zák. vůbec, použije-li komisionář při plnění uloženého mu příkazu pomocníka. (Srov. Sedláček, Obligační právo II., str. 57.)

Pod modifikace komisionářské smlouvy, v následujícím pojednávané, neřadíme případy, kdy smluvní strany komisního poměru vzájemnou dohodou alterují ustanovení (rázu dispositivního), normalního případu komise se týkající.

Nás zajímají toliko případy modifikace komisní smlouvy, obchodním zákonem specielně upravené, nastupující bez ohledu na zvláštní ujednání smluvních stran o dotyčných právních účincích: modifikace v technickém smyslu (scil. ex lege). Jako takové přicházejí v úvahu tyto případy:

1. Modifikace ustanovení čl. 362, upravujícího právo komitentovo v případě komisionářova překročení příkazu komisního nedovoleným způsobem (t. j. jednak nárok komitentův na náhradu škody i na ušlý zisk, jednak tak zv. právo odmítací, totiž že nemusí považovati provedené komisionářem jednání za jednání na svůj účet[22]); sem patří ustanovení čl. 363 a 364 obch. zák. (§ 370 slov. obch. zák.) jednající o tak zv. limitu cenovém a dále ustanovení čl. 369, odst. 3. obch. zák. (§ 375, odst. 3 slov. obch. zák.) jednající o neoprávněném udělení úvěru komisionářem třetímu kontrahentu při komisi prodejové; posléz uvedený případ, který zakládá osobní závazek komisionářův z provedeného jednání, blíží se tímto případu, v následujím sub. 2) uvedenému.

2. modifikací ustanovení obch. zák. o ručení komisionářovu z komisního mandátu za splnění pohledávek, vzešlých proti třetímu kontrahentovi z prováděcího jednání (za něž ručí komisionář pouze v rámci všeobecného ustanovení čl. 361, tedy jen pokud tu ne-

[21]) Ustanovení to vykládá *Sedláček* (Obligační právo II., str. 57) tak, že ručí, jako by byl prováděl mandát sám — jen v mezích těchto může se exkulpovati.

[22]) Srov. *Herman-Otavský* cit. spis. str. 92.

postupoval s péčí řádného kupce; tudíž neručí v normálním případě komisionář jmenovitě ani za dobytnost pohledávek z prodeje komisního zboží na úvěr, byl-li oprávněn podle komisního příkazu k prodeji na úvěr i postupoval-li při prodeji s péčí řádného kupce) jest ustanovení čl. 370 obch. zák. (§ 376 slov. obch. zák.) o ručení za pohledávky z komisního příkazu, tak zv. delcredere-ručení. Jest to další případ osobního závazku komisionářova z prováděcího jednání. Toto delcredere-ručení (stare del credere), jež je akcesorní povahy, znamená v podstatě rozšíření normálního ručení komisionářova.

A posléze modifikací základního principu, na kterém komisní smlouva v techn. smyslu spočívá, totiž principu mandátu k nepřímému zastoupení, jest případ tak zv. samovstupu či samokontrahování komisionářova, normovaného v ustanoveních čl. 376 a 377 obch. slov. zák. (§§ 381, 382 slov. obch. zák.). Tato modifikace komisionářské smlouvy jde nejdále: jí se mění dosavadní právní poměr mezi komitentem a komisionářem tím, že nastupuje *vedle* tohoto poměru právního (nikoli však: na místo tohoto poměru právního) právní poměr ze smlouvy trhové (uvedená zásada, jež byla jasně vyslovena v německém obchodním zákoně — podobně i ve švýcarském obligač. právu —, platí i pro obor našeho obchodního zákona, třeba tu tak jasného positivního ustanovení nebylo,)

B) Jak řečeno, připouští obch. zák. modifikaci ustanovení článku 362; jsou to případy, vztahující se ke komisi nákupní resp. prodejové, a to:

α) případy tak zv. cenového limita (čl. 363 a 364),

β) případ neoprávněného udělení úvěru komisionářem třetímu kontrahentu při komisi prodejové.

Ad α) Tak zvané limitování ceny (obmezení ceny) či krátce „limito" bývá častým případem obmezení komise nákupní resp. prodejové; při komisi prodejové stanoví komitent nejnižší prodejní cenu, za kterou smí komisionář prodati, při komisi nákupní pak stanoví nejvyšší cenu, za kterou může nakoupiti (samozřejmě, jak z povahy věci vyplývá, má komisionář, pokud snad komitentův příkaz nezní *výlučně jen* na zachování určité částky fixní, hleděti k tomu, aby prodal dráže resp. koupil levněji, při čemž výhoda přísluší komitentovi).

1. Jestliže prodejový komisionář *prodá* pod limitem, musí nahraditi komitentovi rozdíl v ceně, ačli nedokáže, že prodej nemohl býti proveden za stanovenou cenu a že provedený prodej uchránil komitenta od škody[23]) (čl. 363 obch. zák. § 370, odst. 1. slov. obch. zák.). Komisionář, který prodal pod limitem, jedná proti uloženému mu příkazu. Vzhledem k tomu měly by (předpokládajíc, že by tu nebylo singulérního ustanovení pro tento případ) nastoupiti právní účinky čl. 362, nemusel by tedy jmenovitě komitent takové jednání považovati za jednání, sjednané na jeho účet. Je nesporno, že posléz uvedené právní účinky nastupují, jestliže komisionář ještě jinakým způsobem porušil uložený mu příkaz (ku př. neprodal zboží včas a j.). Sporno je však, zda v případě, že toliko prodejem pod limitem (aniž tu může uplatniti námitky, zmíněné v čl. 363) porušil komisionář udělený mu příkaz, nastupují kromě právních účinků uvedených v čl. 363 (nárok komitenta na náhradu příslušné diference), případně též (t. j. nepoužije-li komitent oprávnění daného mu čl. 363) právní účinky čl. 362. V tomto směru zastává jmenovitě Grünhut, že i tu platí, že komitent může příkaz, provedený proti jeho intencím, podle své vůle schváliti nebo zamítnouti. Při aplikaci tohoto názoru je dále sporno, zda pouhé mlčení jeho má v daném případě (výjimečně) týž účinek, jak to positivně stanoví obch. zák. pro nákupní komisi v 2. odst. str. 364 obch. zák. Dle Grünhuta stanovil tuto výjimku obch. zák. pouze pro nákupní komisi; pro analogické rozšiřování této výjimky též na komisi prodejovou není dle Grünhuta důvodu. Stejně soudí Staub-Pisko (cit. komentář, str. 437 a 439). S názorem tím sluší souhlasiti. Nelze však souhlasiti s uvedenou první thesí, že v daném případě platí i ust. čl. 362: modifikace komisního poměru spočívá v daném případě právě v tom, že při tomto specielním případě nedodržení komisního příkazu (a to *jedině* v tom případě) stanoví výjimečně obch. zák. pro komitenta toliko nárok na zaplacení příslušné diference (tak proti Grünhutovi jmenovitě Staub-Pisko).

2. Nákupní komisionář, který překročí cenu, stanovenou pro nákup, jedná rovněž proti uloženému příkazu; nabízí-li se však komisionář spolu se zprávou o provedení příkazu, že nahradí

[23]) Ku př. dokáže-li, že nebylo lze zboží na dlouho uschovati pro nebezpečí vnitřní zkázy.

diferenci v ceně, nemůže dle čl. 364, odst. 1 obch. zák. komitent tento nákup odmítnouti (neuznati za uzavřený na svůj účet). Jinak může sice komitent nákup ten odmítnouti, musí však dle výslovného ust. 2. odst. čl. 364 učiniti tak bez odkladu po tom, co jej došlo nákupní oznámení, ježto jinak se považuje nákup za komitentem mlčky schválený (takový případ nastane ku př., podrží-li komitent bez reklamace fakturu o zboží). Posléz uvedené ustanovení jest v daném případě především modifikací normální komise. Jest však modifikaci čl. 362 spatřovati v prve uvedeném ustanovení? Záporně odpovídá Staub-Pisko, cit. str. 438, který se o věci vyslovuje takto: „Erbietet sich der Kommissionär zur Deckung des Preisunterschiedes, so kann der Kommittent das Geschäft nich zurückweisen. Es ist das ein Einfluss eines aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebenden Prinzips, welches hier gesetzlich anerkannt ist". S týmž názorem se setkáváme v komentáři Staub-Könige k něm. obch. zák. K tomu podotýkáme, že nelze — po způsobu tohoto výkladu — generalisovati, pokud jde o obmezování odmítacího práva komitentova podle čl. 362 pouhým dodatečným splněním toho, čeho bylo k řádnému splnění komisního příkazu zanedbáno. Máme za správnější tento výklad: kdežto v případě čl. 364, odst. 1. zaniká odmítací právo, nabídne-li komisionář současně s oznámením o provedení příkazu krytí diference, sluší v jinakém případě dodatečného nabídnutí se komisionářova k odčinění nedodržení komisního příkazu rozhodnouti individuelně, hledíc ke konkretnímu případu, při čemž rozhodující je vůle komitenta, chce-li uznati, že dodatečným plněním dosaženo bylo cíle jejž (komitent) udělením příkazu sledoval. Potud jest také ustanovení 1. odst. čl. 364 obch. zák. modifikací normální komise.

Německý obch. zák. stanoví — na rozdíl od našeho obch. zák. — *stejné* důsledky nedodržení limita, ať se jedná o kupní nebo o prodejovou komisi, v §u 386, který částečně modifikuje všeobecné ustanovení §u 385 o následcích komisionářova jednání proti udělenému příkazu (komitent není povinen uznati provedení jednání za jednání učiněné na jeho účet; podotknouti sluší, že § 385, něm. obch. zák. výslovně ponechává v platnosti předpis §u 665 něm. obč. zák., jenž dovoluje zmocněnci odchýliti se od příkazu zmocnitelova, může-li předpokládati, že by zmocnitel tuto úchylku schválil a to, je-li nebezpečí v prodlení, i bez předchozího oznámení).

Výslovně však stanoví § 386, odst. 2. něm. obch. zák., že i tu komitent nemusí se spokojiti jen s náhradou pouhé diference mezi cenou limitovanou a cenou komisionářem skutečně dosaženou, nýbrž může i žádati o náhradu škody, diferenci cenovou převyšující (švýcarské právo má zvláštní ustanovení toliko o překročení limita při prodejové komisi).

Italský obch. zák. projednává tři případy porušení komisního příkazu: 1. prodej pod ustanovenou cenou, 2. koupi nad ustanovenou cenou, 3. koupi zboží, jež kvalitou neodpovídá komisnímu příkazu (čl. 383; srov. k věci: Sraffa v Scialoja: Dizionario di diritto privato, II díl, str. 144).

Ad β) Prováděje komisi, je komisionář oprávněn poskytovati zálohy na zakoupení zboží, a povolovati úvěr při prodeji zboží toliko, svolí-li k tomu komitent výslovně neb mlčky; kromě toho je oprávněn povolovati úvěr, je-li v místě, kde obchod prováděcí se uzavírá, obchodní zvyklost, že smí poskytovati zálohy, předpokládaje arci, že tu není výslovného zákazu komitentova[24]); poskytne-li komisionář zálohu nebo povolí-li úvěr přes to, že v daném případě nejsou uvedené předpoklady splněny, nastává případ neoprávněného poskytnutí zálohy nebo povolení úvěru komisionářem (srov. Weidmann, Das Kommissionsgeschäft, I. díl str. 122), čímž dochází k určité modifikaci normálního poměru komisního. Obchodní zákon tu rozeznává: jednak ustanovuje v 1. odst., že komisionář, který poskytne úvěr nebo povolí zálohy beze svolení komitentova, činí tak na své nebezpečí; jednak v 3. odst., toliko neoprávněného poskytnutí úvěru při prodeji se týkajícím stanoví, že v takovém příp. je komisionář osobně vůči komitentovi zavázán ihned zaplatiti trhovou cenu, dokáže-li však, že by tato cena byla při prodeji za hotové menší, zavázán jest platiti pouze tuto menší cenu, resp. nedosahuje-li tato ustanoveného limita, také ještě diferenci až k limitu (dle čl. 363.)

Uvedené důsledky stihají komisionáře bez ohledu na to, zda

[24]) Hledíc k znění čl. 369 nutno požadovati pro oprávnění komisionářovo k poskytnutí zálohy toliko svolení komitenta i nestačí, jak tomu je při povolení úvěru, odvolání se na obchodní obyčej; odůvodnění tohoto rozlišování (při němž nesporně jde o různost v dosahu zasažení do zájmů komitentových) nacházíme již v protokolech o kodifikaci obch. zák. (*Lutz*, Protokollen str. 1203).

při povolení úvěru nebo poskytnutí zálohy *postupoval s péčí řádného kupce* (srov. Grünhut, cit. str. 143).

V obou uvedených případech přejímá tím komisionář vůči komitentovi *osobní závazek* z prováděcího jednání; v druhém případě nad to musí podle cit. ustanovení obch. zák. (stejně dle německého obch. zák., nikoli ale dle švýcar. oblig. pr.) ihned zaplatiti trhovou cenu komitentovi.

Otázka je ,zda v případě neoprávněného poskytnutí úvěru nebo povolení zálohy může komitent odmítnouti provedené jednání (neuznati je za provedené na svůj účet). Záporně se o věci vyslovuje jmenovitě Weidmann, cit. spis. str. 125 pro ten případ, že jinak bylo komisní jednání provedeno dle příkazu, v intencích komitenta. *Záleželo-li však komitentovi hlavně na tom*, aby bylo hotově zaplaceno (scil. komisionářem) resp. ihned zaplacena kupní cena (scil. třetím kontrahentem), přísluší komitentovi odmítací právo, postupoval-li komisionář neoprávněně jinak. S výkladem tímto, který negeneralisuje, nýbrž řeší věc dle konkretního případu, sluší souhlasiti a to (opačně jak soudí Staub-Pisko) i pro případ, normovaný odst. 3. čl. 369. Něm. obch. zák. o věci obdobně ustanovuje v § 393. Také italský obch. zák. stanoví pro případ neoprávněného poskytnutí zálohy nebo kreditu komisionářem osobní ručení takto jednajícího komisionáře; při poskytnutí úvěru bez svolení komitenta je komitent oprávněn žádati *ihned* zaplacení příslušné sumy; srov. čl. 384 ital. obch.. zák.

Jak vylíčeno, znamená modifikace v tomto případě částečné převzetí *osobního závazku* komisionářova z prováděcího jednání vůči komitentovi. Dalším případem převzetí osobního závazku jest případ modifikace komisionářské smlouvy, v následujícím sub C vylíčený.

C) Komisionář ručí za placení nebo za jinaké splnění závazku svého kontrahenta, když to na se vzal nebo je tak obchodním zvykem v místě, kde je usazen.

Takový komisionář jest bezprostředně a osobně zavázán komitentovi za řádné splnění v okamžiku splatnosti potud, pokud toto ze smluvního poměru vůbec právně může býti požadováno; komisionář, který podle uvedeného stojí za svého kontrahenta, má za to právo na odměnu, tak zv. provisi del credere (čl. 370 obch.

zák.; obdobně ustanovuje § 376 slov. obch. zák.). To jest případ tak zv. delcredere-ručení komisionářova (stare del credere).

Předpokladem nastoupení právních účinků, naznačených v cit. čl. 370 jest, že komisionář stanovené tam ručení výslovně nebo mlčky převzal nebo je-li ručení to v místě závodu jeho obchodní zvyklostí (usancí); mlčky převzaté delcredereručení lze spatřovati jmenovitě v ujednání delcredere-provise (Staub-Pisko, Kommentar II, str. 451; týž uvádí, že opačně v ujednání o vyloučení delcredere-provise nelze vždy spatřovati vyloučení delcredereručení, s čímž třeba souhlasiti, ježto oba uvedené pojmy nejsou na sobě závislé); je-li v místě závodu komisionářova obchodní zvyklost delcredere-ručení, může komitent se dovolávati této usance, když ji komisionář z konkretních okolností při uzavírání komisionářské smlouvy známých neb patrných musil jako smluvní obsah předpokládati, po případě, nejsa si vědom obsahu této usance, submittoval na její obsah[25]) (posléz uvedený případ by mohl nastati ku př. při komisionářích, obchodujících na burse, pro něž by platily zvláště formulované stanovy, mezi nimiž by byla též podmínka o delcredereručení).

Otázka, jaké právní účinky, pokud se týče jakou právní povahu vykazuje tak zv. delcredereručení ve smyslu čl. 370 obch. zák., je v právní literatuře sporná.

Předem sluší uvésti, že delcredereručení (jakožto modifikace normálního komisního poměru) vztahuje se *pouze na ručení komisionáře za splnění pohledávek, vzešlých proti třetímu kontrahentovi z prováděcího obchodu*, nikoli též na jinaké ručení komisionáře z komisní smlouvy: platí i tu abstrahujíc od prve uvedeného případu, všeobecné ust. čl. 361 a 367 obch. zák., i *zůstává vůbec jinak právní poměr komisionářský nedotčen.*

V tomto směru nebylo, jmenovitě v době před kodifikací obchodního zákona, zcela jasno; delcredereručení byly přisuzovány účinky, modifikující (po způsobu samovstupu komisionářova) zcela základní právní poměr komisní (srov. Grünhutův Endemann's Handbuch des deutschen Handelsrecht, 3 svazek str. 231). Reflex těchto názorů jest jasně patrný v původních návrzích na kodifikaci v úvahu přicházejících ustanovení obchodního zákona, které

[25]) Srov. *Herman-Otavský*, cit. spis str. 12.

zastávaly názor v obchodním světě tehdy panující, že převzetí delcredereručení komisionářem rovná se předsevzetí příslušného jednání (prováděcího) na vrub komisionáře. Proti tomuto názoru, stejně jako proti náhledu, že převzetím delcredereručení se prodejní komise mění v contractus aestimatorius uváděl správně již Hiersemenzel (srov. jeho spis „Zur Lehre vom kaufmännischen Commissionsgeschäfte, str. 37), že tyto názory spočívají v neodůvodněném *zaměňování různých druhů jednání*, jež, ač ve skutečnosti jsou *jednáními na vlastní vrub*, označují se jako komise; Hiersemenzel poukazoval tu jmenovitě na případy tak zv. zastřených komisních obchodů, jimiž udánlivý komitent chce jednání na vlastní vrub propůjčiti zdání komise („weil der sog. Committent weiss, dass derjenige, den er selbst als seinen Käufer oder Lieferanten wünscht, das Geschäft mit ihm nicht eher auf eigenen Namen abschliesst, als bis derselbe sich den Rücken gedeckt, d. h. einen Dritten, der wieder von dem sog. Commissionär kauft oder an letzteren verkauft, gefunden hat. Es pflegt nun bei der dem sog. Commissionär in Form eines Auftrags gemachten Offerte zum Abschlusse eines Propregeschäftes die Absicht des sog. Committenten mit dem sog. Commissionär auf dessen eigenen Namen zu contrahieren, dadurch erkennbar gemacht zu werden, dass von dem sog. Commissionär das delcredere Stehen verlangt wird.")

O právních účincích delcredereručení komisionářově vyslovuje se Grünhut cit. v (Goldschmidtově časopise str. 229) takto: „Der delcredere stehende Kommissionär *haftet als Bürge* nicht nur dafür, dass die Hauptschuld, d. h. die von ihm für Rechnung des Kommitentten erworbene Forderung überhaupt Erfüllung finden, sondern auch dafür, dass die Erfüllung gerade zu dem bestimmten, vereinbarten Zeitpunkte erfolgen werde. Ist dieser Zeitpunkt herangekommen und erfolgt die Erfüllung nicht rechtzeitig, so ist der Kommittent nicht verpflichtet sich bevor er den delcredere stehenden Kommisionär in Anspruch nimmt, an den Schuldner zu wenden, gegen den ihm ja ein direktes Forderungs- und Klagerecht überhaupt nicht zusteht; ebensowenig, wie sonst dem kaufmännischen Bürgen, steht dem Kommisionär eine Vorausklage (exceptio excussionis) zu."

Burchard vyslovuje se o delcredereručení komisionářově (ve spise „Das Recht des Spedition str. 280) následovně: „Der Zweck

des Delcredere, dem Kommittenten eine grössere Sicherkeit zu verschaffen, führt dahin, dass des Kommittent statt des einen Schuldners deren zwei erhält(?); hierfür bezahlt er die Delcredere-Provision; es ist, wie Thöl sagt, im Zweifel eine Novation, das heisst statt vermehrter Sicherheit ein Tausch der Sicherheit nicht anzunehmen." V jiné souvislosti pak praví, že delcredere je akcesorní smlouva, na podkladě které přistupuje k ručení podle stávajícího příkazního poměru (scil. dle principu použití péče řádného kupce) ještě zvláštní ručení za solvenci třetího kontrahenta.

Oba uvedené názory spočívají na vadném podkladě, či praemisi, jakoby totiž tu měl komitent pohledávku z prováděcího jednání i proti třetímu kontrahentu (arci pokud se týká názoru Grünhuta, buduje týž s poukazem na ust. čl. 368, 2 odst. obch. zák. spíše na fikci, že taková pohledávka přísluší též komitentovi). Toho však tu není. Správně akcentuje tuto skutečnost Staub-Pisko (Komentar, II. díl str. 450), jmenovitě jako argument proti názoru Grünhutovu, že delcrederekomise je druhem rukojemské smlouvy. Delcredere ručení komisionářovo není modifikací komisionářské smlouvy toho druhu, že by snad zakládalo nějaký právní vztah třetího kontrahenta ke komitentovi, nýbrž modifikuje toliko normální závazek komisionářův potud, že zvyšuje ručení komisionářovo za to, že třetí kontrahent splní svou povinnost z prováděcího jednání: kdežto v normálním případě ručí komisionář za to, že třetí kontrahent dostojí svým závazkům z prováděcího jednání, jež komisionář s ním sjednal, toliko v rámci svého závazku z komisionářské smlouvy, postupovati při provedení příkazu komisního s péčí řádného kupce, ručí v tomto případě komisionář za uvedené „osobně a bezprostředně", t. j. tak, jako ručí jemu samému třetí kontrahent dle smluvní povinnosti, prováděcím jednáním založené; *jen v těchto mezích může se exkulpovati.* Není to ručení za výsledek, totiž v tom smyslu, že by komisionář vždy zodpovídal za splnění třetím kontrahentem absolutně i bez ohledu na to, že třetí kontrahent nemohl pro náhodu splniti svůj závazek; conf. slova v 2. odst. čl. 370: „pokud splnění ze smluvních poměrů vůbec právně může býti požadováno"; takové ručení bylo by předmětem zvláštního ujednání mezi komitentem a komisionářem; v praksi k tomu dochází při tak zv. kreditní assekuraci; (v podobném smyslu pojímá delcredereručení italská doktrina právní;

o tom srov. níže); komisionáři přísluší proti případné žalobě komitentově veškeré námitky, jež by mohl vůči komisionáři uplatniti třetí kontrahent, vyjímajíc ty námitky, jež by příslušely třetímu kontrahentu *z důvodu, že nesplnění závazku třetím kontrahentem způsobil komisionář sám* (dle uvedeného nemůže v případě, že komisionář způsobil, že nedošlo ke splnění třetím kontrahentem, použíti exkulpačních námitek, jež by mohl jinak vůči komisionáři uplatniti třetí kontrahent, i ručí tedy v tomto případě absolutně; prakticky se podobá případ tento ručení za výsledek při excessu mandati; arci na rozdíl od normálního případu komise nastávají tu — a to jest právě důsledek modifikace ve smyslu delcredereručení —tyto právní účinky při působení v nejširším smyslu zejména z disposice komisionáře, tedy nikoli jen tehdy, když komisionář neprokáže, že postupoval s péčí řádného kupce. Názor, s nímž se právní literatuře často setkáváme (srov. na př. Pollitzer, cit. spis 600, Staub-Pisko, Komentar II. k cit. čl.), který v souvislosti s naznačeným případem mluví o „zavinění" komisionáře, není správným. Rovněž nesouhlasíme s názorem těchže spisovatelů, že v takovém případě přísluší komitentovi exceptio doli; není důvodu, proč by komitent v tomto případě musil uchylovati se k exceptio doli, když ručení za splnění třetím kontrahentem je pouhým důsledkem delcredere-ujednání i komisionář může se exkulpovati toliko v případě (a z týchž důvodů), že též třetí kontrahent může se ve smyslu příslušného smluvního závazku liberovati, s výjimkou, že třetí kontrahent uplatňuje námitku, že neplnění závazku bylo způsobeno komisionářem samým: tato námitka je v poměru komisionáře ke komitentovi v tomto případě právně bezúčinná, příčíc se samé podstatě tohoto právního institutu.

Za převzetí delcredereručení přísluší komisionáři zvl. provise, tak zv. delcredereprovise, či krátce delcredere. Pouhým převzetím delcredereručení nemění se právní vztah třetího kontrahenta ke komitentovi. Naprosto byl by nesprávný, jak shora uvedeno, názor, který by spatřoval v daném případě solidární ručení třetího kontrahenta. O delcredereručení komisionářově ustanovuje německý obchodní zákon v § 394 celkem shodně jako náš obch. zák.

Francouzský Code de commerce o delcredere („ducroire") v partii, jednající o komisi, positivního ustanovení nemá. V právní doktrině francouzské však uznává se ujednání o delcredereručení

komisionářově, jakožto druh zajišťovací smlouvy, spec. při komisi prodejové. Ujednání o delcredereručení může se státi výslovně, po případě mlčky, konkludentními činy (naproti tomu při komisi k obstarání přepravy platí delcredereručení za mezispeditory již ex lege — srov. čl. 99 Code de commerce). O účinnosti delcredereručení se vyslovuje Thaller („Traité élémentaire de droit commercial str. 688) takto: „Le commissionaire se porte garant envers le commettant du paiement du prix par l'acheteur, et promet de lui en faire compte à tout événement, même si l'achéteur ne le verse pas. Cette convention est une *assurance de solvabilité*, jointe au contrat de commission. Le commissionaire se charge du risque, que couvrait autrement le donneur d'ordre, de voir l'acheteur manquer à son engagement"; srov. též Cohendy-Darras, Code de commerce annoté I. díl str. 429, kde se přisuzuje ujednání o delcredere (ducroire) ten účinek právní, že komisionář stává se jím osobním a hlavním dlužníkem komitenta i ručí i za náhodu.

Italský Codice di commercio ustanovuje o delcredereručení („star del credere") komisionářově v článku 387: komisionář, který takové ručení za splnění závazků z prováděcího jednání přejímá (normálně neručí podle Codice di commercio komisionář ze splnění závazků z prováděcího jednání, leda že ručení takové výslovně na se vezme zvláštní úmluvou s komitentem anebo je-li v místě sjednání komisionářské smlouvy takové zvyklosti), je osobně komitentovi zavázán za splnění závazků, z příslušné (prováděcí) smlouvy vyplývajících V případě tomto má komisionář dle citovaného článku Codice di commercio nárok na zvláštní provisi (tak zv. delcredereprovisi).

V právním institutu „star del credere" spatřuje moderní doktrina italská druh pojištění za určitou premii (t. j. delcredereprovisi). Dle Vivante-ho (Instituzioni di diritto commerciali, str. 228) zavazuje se komisionář úmluvou o delcredere-ručení za splnění závazku třetím kontrahentem tak, jako by převzal pojištění komitenta na risiko z případného nesplnění prováděcího jednání třetím kontrahentem (a to i pro případ, že nesplnění závazku třetím kontrahentem bylo způsobeno vyšší mocí).

Sraffa (v pojednání o komisi, publikovaném v Dizionario pratico del Diritto privato II. díl str. 147) považuje delcredereručení za druh fideiusse.

Také připravená osnova nového italského obchodního zákona má ustanovení o delcredereručení komisionářově, v podstatě shodné s dosavadním obchodním zákonem.

§ 4. O samovstupu komisionářovu zvláště.

Případy modifikace komisionářské smlouvy, v předchozím § u vyličené, mají vesměs společné to, že se jimi vlastní podstata či základ v úvahu přicházejícího právního poměru komisního nemění; toliko jest — oproti normálnímu případu komise — právní úprava některých povinností, po příp. i práv komisionářových způsobem odchylným upravena.

Naproti tomu následující příklad modifikace komisní smlouvy, tak zv. samovstup či samokontrahování komisionářovo, zasahá již přímo do podstaty či základu, na němž komisní smlouva, pokud se týče komisní právní poměr, spočívá;[26]) ano dle názoru některých spisovatelů znamená vůbec provedení samovstupu *zánik komisní smlouvy*. Byť i bychom, jak níže vyložíme,[27]) s tímto názorem nemohli souhlasiti, musíme nicméně uznati, že v důsledku samovstupu nastalá modifikace komisní smlouvy znamená, že obch. zák. upustil tu od základního principu, charakterisujícího komisionářskou smlouvu (t. j. principu nepřímého zastoupení), dovoluje, aby komisionář nehledal třetího kontrahenta, s nímž by obchod na účet komitenta uzavřel, nýbrž aby prováděcí jednání — předpokládajíc splnění předepsaných podmínek — přímo „jako smluvník komitentův s tímto uzavřel" (přes to platí i tu nadále předpisy o komisionářské smlouvě, arci jen rámcově a supletorně a dále jen pozměněně; platí totiž provedení samovstupu, jenž je přípustný *jen u komise ke smlouvě trhové*, jako zvláštní způsob provedení komise, i pohybuje se tato právní instituce v rámci základního komisionářského poměru).

Již před kodifikací obch. zák. připouštěly obchodní zvyklosti, aby komisionář za určitých kautel zboží, jež má prodati, sám koupil resp. zboží, jež má nakoupiti, sám ze svého dodal; sporno však bylo, může-li tak komisionář učiniti jednostranně, resp. zda

[26]) Tímto odstupňovaným svým právním účinkem předčí co do svého významu pouhé delcredere-ručení.

[27]) Srov. jmenovitě níže uvedené teorie o samovstupu.

je dán v příkaze komitentově již předem jeho souhlas[28]). Většinou byla tato otázka řešena kladně, při tom však dle jednoho názoru bylo to podmíněno tím, že komisionář marně se před tím pokusil koupiti nebo prodati zboží za výhodnějších podmínek, dle jiného názoru však bylo toto oprávnění komisionářovo odvislé od toho, že zboží má určitý kurs, při čemž komisionář směl sám jako kupující vstoupiti v prováděcí jednání jen, započítal-li nejvyšší, limito dosahující cenu denní, resp. jako prodávající, započetl-li nejnižší, limito nepřekročující denní cenu (Hiersemenzel, Zur Lehre von kaufmännischem Commissionsgeschäfte, str. 25).

Jak z protokolů o kodifikaci obch. zák. patrno[29]), postrádal původní návrh ustanovení o samovstupu i obmezení, že zboží musí míti bursovní nebo tržní cenu (příslušný návrh zněl: „der Kommissionär darf, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, die einzukaufenden Waaren selbst liefern und die zu verkaufenden Waaren selbst kaufen; er ist auch in diesen Fällen zu der gewöhnlichen Provision berechtigt, er muss jedoch im ersteren Falle den niedrigst möglichen, im letztern den höchst möglichen Preis berechnen". Tento návrh byl odůvodňován tím, že není nutno vázati uvedené oprávnění komisionářovo na podmínku bursovní nebo tržní ceny zboží, nýbrž že je v zájmu jak komisionáře, tak i komitenta toto právo všeobecně připustiti. Proti tomu bylo však namítáno, že právě obmezení na bursovní nebo tržní cenu jest nejvhodnějším prostředkem k zamezení zneužívání tohoto oprávnění na úkor komitenta; vedle tohoto momentu, mluvícího ve prospěch komitenta byl však zdůrazňován i další moment, který mluví pro dané obmezení ve prospěch komisionáře, totiž že tržní neb bursovní cena je základnou pro kalkulaci komisionářovu, jež mu v případě sporu uspoří jinak obtížné dokazování.

[28]) Srov. *Hiersemenzel*, Zur Lehre vom kaufmännischen Commissionsgeschäfte (z r. 1859), kde autor (vzhledem k tehdy panujícím názorům, před kodifikací obch. zák.) mimo jiné praví (str. 24): „Es versteht sich von selbst, dass, wenn der Kommissionär sich selbst als Kaüfer oder Verkaüfer dem Kommittenten offerirt, und dieser hierauf eingeht, zwischen beiden ein gültiger Kaufvertrag zu Stande gekommen ist. Fraglich ist nur, ob der Commissionär einseitig sich selbst zum Kaüfer oder Verkäufer machen darf".

[29]) *Lutz*, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuches, str. 732.

Poukazováno dále na nepraktičnost i těžkou proveditelnost původně navrhovaného obmezení, že komisionář musí započítati co možná nejnižší resp. co možno nejvyšší cenu. Původní návrh na připuštění práva samovstupu bez dalšího obmezení pak zamítnut.

Právo samokontrahování či samovstupu komisionáře jest čl. 376 obch. zák. (§em 381 slov. obch. zák.) vázáno na tyto předpoklady: 1) jest přípustno pouze při *komisi ke smlouvě trhové* (a to jak při komisi nákupní, tak i při komisi prodejové), 2) jest přípustno jen u takové komise ke smlouvě trhové, *jejíž předmětem jest zboží, směnky nebo cenné papíry*, jež mají *cenu bursovní nebo tržní*, 3) jest přípustno jen tehdy, neurčil-li komitent jinak, t. j. *nevyloučil-li je komitent, výslovně nebo mlčky*.

Všeobecně sluší uvésti, že uvedenými pod. č. 2 a 3 obmezeními má býti zjednána jakási záruka, aby byly zájmy komitentovy chráněny před libovůlí, příliš egoistickými snahami komisionáře na úkor komitenta. Veškerá pak tato obmezení jsou *výjimkami*, při nichž toliko je právo samovstupu přiznáno, pročež nelze toto právo na jinaké případy rozšiřovati[30]). Není proto právo toto přípustno u jiných druhů komise, než při komisi nákupní nebo prodejové — obdobně však přiznává se toto právo u specielně upraveného druhu komise.totiž komise k dopravě, spedice, — a není rovněž přípustno i u komise ke smlouvě trhové o předmětech, jež nemají tržní cenu; není pak konečně přípustno, jestliže je komitent vyloučil, výslovně nebo mlčky. Co se posléz uvedeného způsobu vyloučení týká, třeba v případě, že povaha uloženého příkazu jest taková, že *nemohlo býti úmyslem komitentovým*, aby komisionář v daném případě vstoupil v prováděcí příkaz, spatřovati mlčky učiněné vyloučení samovstupu komitentem (Grünhut, cit. spis str. 460; týž jako příklad uvádí příkaz k uzavření differenčních obchodů, při nichž nejedná se ani komitentovi, ani třetímu kontrahentu o skutečný odbyt zboží, nýbrž jen o zaplacení kursovní difference, kde právě uzavíráním obchodů s třetími vyvolaná

[30]) Ovšem, je-li tu zvláštní dohody mezi komitentem a komisionářem, bude lze uvedená ustanovení alterovati. Něm. obch. zák. výslovně tak stanoví o ust. 1. odst. §u 400 (podmínky samovstupu). Dalším ustanovením o samovstupu neposkytuje možnost změny cestou dohody v neprospěch komitenta (§ 400).

fluktuace cen dává příležitost k docílení zisku komitentem; pokud se týká spec. této otázky dáváme přednost výkladu (Lepa, Der Selbsteintritt des Kommissionärs, str. 51 a násl., Schaps „Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, str. 15), že nelze paušálně tvrditi, že z povahy příkazu k uzavření differenčních obchodů plyne, že komitent vyloučil u nich samovstup komisionářův; pokud arci takové obchody nepředstavují skutečné trhové smlouvy, není u nich vůbec samovstup z důvodů shora uvedeného přípustný[31]). Nelze též, jak někteří spisovatelé zastávají, tvrditi, že je samovstup komisionářův tehdy vyloučen, jestliže komisionář svému komitentovi k příkazu poradil).

Není překážkou samovstupu stanovení limita; arcť toto bude míti vliv i na situaci, vytvořenou provedením samovstupu a bude v takovém případě i komisionář-samokontrahent vázán, je-li tržní cena nepříznivější, na limito. Arcť vliv ten týká se podstatně jen účtovací povinnosti, jinak však právo na samovstup jako takové neobmezuje.

Rovněž v převzetí delcredereručení nelze spatřovati zákaz samovstupu; byť i v praksi, která přihlíží jen k zdánlivě (prima facie) stejnému účinku v obou těchto případech, přehlíží však pojmový rozdíl mezi nimi, se oba tyto případy zaměňovaly, jest, jak již shora vylíčeno, obojí samostatný a zároveň od sebe neodvislý právní institut.

Komisionář není, i když jsou proto dány předpoklady, povinen vstoupiti v prováděcí příkaz jako samokontrahent; má k tomu jen právo, nikoli povinnost (ustanovení o samovstupu komisionářově je naturale komisionářské smlouvy).

Sporno je v literatuře právní, může-li komisionář při komisi ke smlouvě trhové, dána-li je podmínka, že zboží má bursovní nebo tržní cenu a není-li opačného ujednání, bez dalšího sám vstoupiti v prováděcí jednání, ačkoli mohl by dotyčné jednání s třetím kontrahentem výhodněji uzavříti, čili, jak vykládati v případě samovstupu všeobecné pravidlo čl. 361 obch. zák., že totiž má komisionář při plnění komisního příkazu postupovati

[31]) *Schaps* souhlasně s *Lepou* pouze v tom případě příkazu k uzavření *differenčních* obchodů považuje samovstup komisionářův za vyloučený, poradil-li komisionář k tomu komitentovi.

s péčí řádného kupce[32]). Tu sluší předem vytknouti, že pro samovstup komisionáře neustanovil obch. zák. výjimky z cit. čl. 361., platí tudíž toto ustanovení též pro samovstup, specielně pro podmínky, za kterých má k samovstupu dojíti (uvedené platí, jak vidno z dalších výkladů, specielně pro období před resp. při prohlášení o samovstupu, aniž však je suspendováno také pro období po provedeném samovstupu). Platí tedy (byť i s modifikací, co do průkazní povinnosti), že komisionář má i v případě samovstupu *postupovati s péčí řádného kupce*, tudíž se ho zdržeti, jestliže provedení jeho by neodpovídalo péči řádného kupce (tedy shledá-li resp. shledati může při použití péče řádného kupce, že by uzavřením obchodu s třetím kontrahentem mohl docíliti příznivějších podmínek pro komitenta, má se samovstupu zdržeti. Příliš daleko však jde podle našeho názoru Schaps — cit. spis str. 18, — tvrdí-li: „Findet der Kommissionär bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, dass der Kommittent, *wenn er selbst abschlösse* oder einen anderen Kommissionär beauftragt hätte, mit dritten Personen zu günstigeren Bedingungen contrahieren würde als die, welche er selbst zu bieten vermag, so würde er pflichtvergessen handeln, wenn er den Selbsteintritt wählte). Neboť, jak ještě níže blíže objasníme, zůstává komisionář i po provedeném samovstupu komisionářem, byť i s právy a povinnostmi *modifikovanými* současně nastalým poměrem smlouvy trhové; tak — mimo jiné — jest *modifikována jeho účtovací povinnost* potud, že musí jen prokázati dodržení bursovní nebo tržní ceny, při čemž okolnost, zda mohl docíliti příznivější ceny, kdyby postupoval s péčí řádného kupce, dokázati je věcí komitenta; v tom smyslu třeba vykládati ustanovení 2. odst. čl. 376 (komisionář nemusí dokazovati uzavření trhové smlouvy za nejpříznivější cenu, nýbrž jen za cenu tržní nebo bursovní), jež však bez dalšího neznamená, že by komisionář mohl se k cíli liberování svého závazku z komisní

[32]) Uvádíme jen hlavní zastánce dvou kontrérních názorů o této věci: *Hahna* a *Grünhuta*, kteří požadují i v případě samovstupu zachování péče řádného kupce komisionářem v tom směru, že týž má se samovstupu zdržeti, ví-li (resp. může-li při použití této péče věděti) o *příznivější* možnosti provedení komisního příkazu *uzavřením obchodu s třetím kontrahentem* (kterážto zásada však není *Hahnem* zcela do důsledků uplatněna), a *Lepu*, který *za podmínek* čl. 376 obch. zák. *bez dalšího* uznává oprávnění komisionářovo k provedení samovstupu.

smlouvy prostě odvolati na dodržení tržní nebo bursovní ceny, ačkoli při použití péče řádného kupce mohl věděti o docílení příznivější ceny (arci musí tuto věc *dokázati komitent*). Ovšem třeba též vytknouti, že skutečnost, zda v daném případě postupoval komisionář s péčí řádného kupce, již sluší *vždy posuzovati dle konkretních okolností daného případu*, bude při volném uvažování soudce posuzována liberálněji než v normálním případě komise.

V případě, že komisionář provede samovstup, ačkoli nejsou splněny uvedené zákonné předpoklady, jedná proti uloženému mu příkazu, i je dle ustanovení čl. 362 obch. zák. povinen komitentovi náhradou škody; komitent není vázán, aby uznal provedené jednání za jednání platné na jeho účet.

Právo samovstupu, jež německá doktrina počítá mezi tak zv. „práva utvářecí" („Gestaltungsrechte"; Tuhr ve „Všeobecné části občan. práva" str. 13 definuje tato práva jako „Befugnisse, durch einseitigen Willen den Rechtszustand zugestalten. Die Ausübung erfolgt durch Willenserklärung oder eine sonstige Handlung) přichází k místu buď prohlášením komisionářovým o samovstupu nebo prohlášením komitentovým, čili: 1) disposicí komisionářovou („samovstup dobrovolný"), 2) disposicí komitentovou (samovstup s hlediska komisionáře eventuelně „nedobrovolný"; srov. Herman-Otavský, cit. spis, str. 98).

Ad 1) Sem spadá ustanovení čl. 376, odst. 1. a 2. obch. zák. (v souvislosti s čl. 377 obch. zák. — §§ 381, odst. 1. a 2., 382 slov. obch. zák.). Staub-Pisko (Kommentar, II. díl str. 469) správně připomíná, že — byť i se obch zák. ve věci jasně nevyslovoval — *prohlášením* komisionářovým o samovstupu stává se komisionář oprávněným, zboží, jež má nakoupiti, sám jako prodatel dodati a naopak. Jest to prohlášení v podstatě jednostranné, jež sice nepotřebuje akceptace se strany komitenta[33]), avšak musí býti způsobilé, aby došlo komitentovi, musí býti „dochůdné"[34]) jmenovitě musí býti prohlášení to adresováno komitentovi; musí býti, jak se vyjadřuje *Weidmann*[35]), „empfangsbedürftig"). Konkludentní jednání nemůže samo nahraditi toto prohlášení.

[33]) Nepřesně se ve věci vyjadřuje *Schaps* (cit. pojednání str. 20), praví-li v uvedené souvislosti, že tu jde o vzájemný projev vůle obou stran.

[34]) Srov. *Herman-Otavský* cit. spis.

[35]) *Weidmann*, Das Kommissionsgeschäft, II díl str. 122.

Podle správného názoru (tak jmenovitě Grünhut, cit. spis str. 472 a násl.) může se komisionář rozhodnouti o tom, chce-li vstoupiti jako samokontrahent, též po *všeobecném oznámení* o provedení příkazu; dojde-li však dříve, než byla k odeslání odevzdána zpráva o provedeném příkazu, odvolání komitentovo, nemůže již komisionář řečeného práva použiti — čl. 377 obch. zák. Jakmile komisionář *přesně oznámil*, že provede příkaz uzavřením obchodu s třetím kontrahentem, nemůže již uplatniti samovstup; tím spíše pak nemůže již tak učiniti, když již fakticky obchod na účet komitentův uzavřel (nevylučuje však podle okolností samovstup, uzavřel-li komisionář k cíli provedení samovstupu „úhradní obchod" na svůj účet; ovšem bude na něm, aby v případu sporu prokázal, že nešlo v konkretním případě o uzavření prováděcího obchodu na účet komitenta.

Ad 2) Tu přichází v úvahu ustanovení čl. 376, odst. 3 obch. zák. (§ 381, odst. 3. slov. obch. zák.): neuvedl-li komisionář v oznámení někoho jiného jako kupce nebo prodavače, je komitent oprávněn potahovati se na komisionáře sama jako kupujícího nebo prodavače (opačně stanoví § 405 něm. obch. zák.; viz níže).

Za uvedených okolností má komitent volbu mezi tím, chce-li, aby byl komisionář posuzován jako samokontrahent nebo jako obyčejný komisionář. (srov. Staub-Pisko, Kommentar II., str. 476). Také tu přichází k místu samovstup prohlášením komitentovým vůči komisionáři, že posléz uvedený je komitentem považován za samokontrahenta (samozřejmě není k tomu komitent povinen, nýbrž jen oprávněn). Právo komisionářovo dle 2. odst. cit. čl. zůstává i v tomto případě — někdy nedobrovolného — samovstupu komisionářova nedotčeno.

Neuplatní-li komitent oprávnění, dané mu 3. odst. cit. článku, záleží jen na tom, jak byla komise fakticky provedena; uzavřel-li již tedy komisionář prováděcí příkaz (scil. na účet komitenta), nemůže již samovstup přijíti k místu. (Pokud se týká otázky pouhého prohlášení komisionářova o provedení příkazu, v němž není jasně projevena vůle se zřetelem k samovstupu, připomíná Fröhlich v pojednání „Soukromoprávní stránka I. části osnovy zákona na ochranu úschov a vkladů („Právník", roč. 1923), že v praksi bývá forma oznámení o provedení příkazu stereotypní, jako „koupili jsme pro Vás", „přenecháváme Vám", takže nelze

ji bez dalšího považovati za projev samovstupu. Důležité je však, že v těchto případech — běží tu o uzavírání obchodu na burse bankéři — neoznamuje bankéř osobu třetího kontrahenta: tím vzniká komitentovi podle čl. 376, odst. 3. obch. zák. právo, považovati komisionáře za prodatele[36]).

Jaké právní účinky jeví pravoplatný samovstup komisionářův? Jde tu o přeměnu poměru komisního v poměr kupní, vyvolanou jednostranným (arci „dochůdným") projevem vůle komisionáře příp. komitenta? Přes to, že prima facie zdá se, že tomu tak je, není tu přeměny úplné, totiž že by takový komisionář přestal býti provedením samovstupu komisionářem v techn. smyslu, resp. že by komisní jednáním tímto momentem pozbylo svého karakteru, zaměněno byvši jednání na vlastní vrub („Propregeschäft"). I když komisionář v případě samovstupu sám kupuje zboží, jež mu bylo svěřeno k prodeji, resp. sám dodává zboží, jež měl pro komitenta koupiti, tudíž vchází takový komisionář ke komitentovi v poměr kupní, *nepřestává zcela jeho komisní poměr vůči komitentovi.* Ovšem nebylo již při kodifikaci obch. zák. v tom směru jednotného názoru. (Jak patrno z protokolů — srov. Lutz, „Protokolle" str. 738 a násl. — panoval sice tehdy převážně názor, že komisní poměr v případě samovstupu komisionáře přestává, přecházeje v poměr smlouvy trhové; tento názor byl však částečně opuštěn již při stanovení, že i komisionáři, provedšímu samovstup, přísluší — tak jako jinému komisionáři — provise a jinaké obvyklé výdaje; bylo arci k odůvodnění tohoto ustanovení dovoláváno se místních zvyklostí, což však nemohlo ničeho měniti na faktu,

[36]) Naproti tomu vyslovuje se v rozhodnutí nejvyššího soudu ze dne 20. června 1923, Rv—I—144/23 (Sbírky *Vážný* č. 2749), že oznámil-li komisionář (v daném případě banka) komitentovi, že od něho „cenné papíry koupil", dal tím zřejmě na jevo, že vstoupil do obchodu jako samokupitel. V odůvodnění se mimo jiné praví, že „banky svým komitentům neoznamují, že koupily od nich cenné papíry, jejichž prodej jim byl přikázán, nechtějí-li samy do obchodu vstoupiti, nýbrž sdělují v takových případech buď, že prodaly za komitenty papíry na burse, nebo že od nich převzaly papíry. Oznámení, že banka kupuje od komitenta cenné papíry, nelze rozuměti jinak, než že banka sama vstupuje jako kupitelka do obchodu".

Sluší dáti přednost výkladu, že pouhé prohlášení o koupi zboží pro komitenta neprozrazuje ještě samovstup, aniž ho vylučuje (*Herman-Otavský*, cit. spis str. 97).

že tím prve zmíněná teorie nebyla do důsledků provedena; to pak vyniklo i při stanovení dalších podrobností, samovstupem se zabývajících).

Samovstup komisionáře (nákupního nebo prodejového) jeví se jednak jako zvláštní způsob plnění uloženého příkazu, jednak vystupuje takový komisionář jako prodatel resp. kupitel. Platí tudíž v tomto případě jednak sice příslušné normy o smlouvě trhové jednak však i platí předpisy o komisi, arci modifikované: i komisionář musí při tomto způsobu provedení komisního příkazu zachovati předepsanou péči řádného kupce, je povinen řadné provedení příkazu ihned komitentovi oznámiti a provedení uloženého příkazu vyúčtovati (arci místo obvyklého jinak podrobného účtování o provedení komise obmezuje se účtovací povinnost na průkaz, že při prodeji nebo koupi byla dodržena cena tržní nebo bursovní, platná v době, kdy bylo komitentovi zasláno komisionářem oznámení o provedení příkazu); má pak i v tomto případě komisionář nárok na provisi a náhradu obvyklých výloh (srov. Pollitzer, Das österr. Handelsrecht, str. 604 a násl). Zároveň však má takový komisionář veškerá práva i povinnosti prodatele nebo kupce (platí tu jmenovitě předpisy o povinnostech kupitele a prodatele z trhové smlouvy k zaplacení ceny trhové resp. převedení prodaného předmětu, předpisy o správě, o prodlení kontrahentů při smlouvě trhové).

Co se týká otázky, kdy platí v daném případě ty, kdy ony z uvedených norem, možno sice všeobecně stanoviti, že pro období před samovstupem jakož i pro samo provedení samovstupu směrodatny jsou normy o komisi, pro období po samovstupu pak normy, týkající se smlouvy trhové (srov. Herman-Otavský, cit. spis. str. 98). Přes to nelze v jednotlivostech s uvedeným roztříděním vystačiti, ježto, jak níže uvádíme, i po provedeném samovstupu trvá, byť jen rámcově, komisní poměr, což jeví důsledky i v tom, že samy předpisy o trhové smlouvě platí tu s určitou moditikací.

Otázka právní konstrukce samovstupu komisionáře jest v právní literatuře velmi sporna; shledáváme se tu s nejrůznějšími teoriemi. Obmezíme se jen na stručné vylíčení hlavních teorií o tomto právu, a vytýčíme pak tu teorii, jež zdá se nám býti pro vysvětlení tohoto zajímavého právního institutu věcně i prakticky nejodůvodněnější.

Z četných teorií o samovstupu komisionáře lze vybrati dvě hlavní skupiny: 1) prvá skupina buduje v podstatě na principu, že provedeným samovstupem zaniká komisní smlouva či komisní poměr i nastupuje na její místo smlouva trhová, pokud se týče příslušný poměr ze smlouvy trhové: po provedení samovstupu stává se komisionář právně kupitelem nebo prodatelem i jedná — jako komitentův spolukontrahent — toliko na vlastní vrub („als Propergeschäft"); 2) druhá skupina opět buduje v podstatě na principu, že komisní smlouva jako taková provedeným samovstupem zůstává celkem nedotčena, při čemž samovstup jest považován toliko za určitý druh provedení komisionářského příkazu; aby bylo lze udržeti thesi, že samovstup na podstatě komisní smlouvy ničeho nemění, operuje se tu jmenovitě s fikcí, že komisionář „sám s sebou uzavřel trhovou smlouvu". Kromě těchto dvou, v principu kontrérních teorií nalézáme 3) teorii, jež hledí vymeziti mezi těmito dvěma extremy střední cestu.

Ad 1) Prvá skupina teorií (v německé literatuře právní mluví se sumárně o „Theorien der Kaufgeschäfte") opětně vykazuje různé odstíny. Tak *teorie „alternativní oferty"* vykládá, že komitent tu činí komisionáři dvě alternativní oferty: k ryzí komisní smlouvě a k ryzí kupní smlouvě; tím, že komisionář přistoupí k samovstupu, odmítá první ofertu a přijímá ofertu druhou[37]) (sem patří jmenovitě Anschütz, Makower ve svých komentářích k obch. zák.). Teorie *„eventuelní kupní nebo prodejové oferty"* učí, že oferta k provedení komisního příkazu obsahuje — jsou-li tu dány zákonné podmínky pro samovstup — též eventuelní ofertu komitentovu vůči komisionářovi na uzavření trhové smlouvy přímo s komitentem; komisionář provedením samovstupu přijímá ofertu k trhové smlouvě, tudíž tímto momentem mění se poměr mandátní v poměr kupní (před tím vzniklá práva a závazky z poměru mandátního však nezanikají; sem patří jmenovitě Lepa „Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs", Gad v Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht XIV. svazek str. 234). *Teorie „obou podmíněných smluv"* t. j. komisní smlouvy s resolutivní výminkou a trhové smlouvy s výminkou suspensivní spatřuje v samovstupu výminku, jejíž nastoupení závisí od vůle komisionářovy; převzetím komise akceptuje sice komisionář současně ofertu k mandátní i trhové smlouvě, při čemž první je pod resolutivní, druhá pod suspensivní výminkou, která tu je dána *touže skutečností* (t. j. prohlášením komisionáře o samovstupu; hlavním zastáncem této teorie byl Dernburg, který však později od ní ustoupil; pak sem patří jmenovitě Abraham a Rümelin).

[37]) Poukazuje se tu (*Anschütz*) na obdobu s římskoprávním contractus aestimatorius.

Ad 2) Nejvýznačnějším zastáncem teorie, patřící do druhé skupiny (v německé literatuře právní mluví se o „Teorien des Kommissionsgeschäftes) je Grünhut („das Recht des Commissionshandels, str. 468). Dle Grünhuta má komisionář v případě, jsou-li dány podmínky pro samovstup, toliko právo „die Verbindlichkeit, das aufgetragene Geschäft mit einer dritten Person abzuschliessen als diejenige Leistung, auf welche der Kommittent allein das Recht hat, durch eine bestimmte andere Leistung, nämlich durch den Geschäftsabschluss in sich selbst, zu ersetzen" .Tato teorie, jež učí, že samovstupem ničeho se nemění na komisním poměru a že jím nevznikají mezi komitentem a komisionářem práva a závazky ze smlouvy trhové, operuje s tím, že komisionář „sám s sebou" kontrahuje: při nákupní komisi „kupuje od sebe samého", při prodejní komisi „prodává sobě samému"; slučuje tedy podle této fikce ve své osobě současně dvojí funkci, komisionáře a třetího kontrahenta (jest věc posuzovati, jak se Grünhut v cit. spise str. 484 vyjadřuje, jakoby komisionář slučoval ve své osobě dvojí vlastnost: kupitele a prodatele; k vysvětlení praví Grünhut: „Der Kommissionär [scil. samokontrahent] gilt bei der Einkaufskommission zugleich als Verkäufer für seine eigene Rechnung und als Käufer im Auftrage und für Rechnung seines Committenten";totéž platí — vice versa — při prodejové komisi. Dle Grünhuta nelze ustanovení čl. 376 vykládati, že by provedeným samovstupem nastal mezi komitentem a komisionářem „ein Proprekauf".

Jako v případě normálního provedení komisního příkazu, tak i v případě samovstupu zavazuje se komisionář v příkazu a na účet komitenta, — v případě prvém vůči třetímu kontrahentu, v případě druhém vůči sobě samému[38]).

[38]) Náš nejvyšší soud vyslovil se o právní povaze samovstupu v několika judikátech (srov. ku př. rozhodnutí nejvyššího soudu ze dne 17. října 1922, Rv-I-477-22. Sbírky *„Vážný"* č. 1927 a ze dne 20. června 1923,

Ad 3) Mezi oběma výše zmíněnými skupinami hleděla najíti jakousi střední cestu, — do jisté míry operujíc s prvky obou těchto význačnějších skupin teorií o komisionářově samovstupu, — již Hahnova teorie; týž se vyslovuje o tom výrazně jmenovitě v Goldschmidtově „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht", XXIX, str. 7: „Das Kaufgeschäft ist nicht an die Stelle der Kommission getreten, sondern erscheint als deren Ausführung; der Kommissionär ist aus der Kommission zum Nachweis verpflichtet, dass der Verkauf von ihm an den Kommittenten eine ordnungsmässige Ausführung der Kommission sei, insbesondere dass der angesetzte Kaufpreis den Marktpreis nicht übersteige". Obdobně vyslovuje se ve svém komentáři k obch. zák (k čl. 376), že komisní příkaz se samovstupem provádí. V podobném směru se vyslovuje Cannstein (Das Handelsrecht, II. díl str. 163.: „Das Commissionsgeschäft ist (scil. v případě provedení samovstupu) *zugleich* ein Kaufvertrag zwischen dem Committenten und dem Commissionär und kommen dann vom Momente des Eintritts des Commissionärs sowohl die Normen über das Commissionsgeschäft als auch jene über das Kaufgeschäft zur Anwendung").

Posléz uvedené teorie předčí teorie, zmíněné sub 1. a 2. tím, že vyhybají se příliš jednostrannému a se zněním v úvahu přicházejících norem obch. zák. těžko slučitelnému řešení této choulostivé otázky právní. Neoperují jednostranně ani s alternativou, že komisní poměr zaniká a mění se v poměr smlouvy trhové, ani s alternativou, že komisní poměr nezměněně i po provedeném samovstupu trvá, nýbrž právní podstatu a účinek samovstupu (jaksi kompromisem mezi oběma těmito extrémy) vysvětlují tak, že přistupuje k existujícímu již poměru komisnímu ještě poměr ze smlouvy trhové: poměr komisní i po provedeném samovstupu nezaniká, nýbrž jest modifikován, pokud se týče i suplován ze smlouvy trhové.

Rv-I-144-23 - Sbírky „*Vážný*" č. 2749. —), jak z doslovného znění judikátů patrno, opačně názoru *Grünhutovu* pro stanovisko, že po provedeném samovstupu komisní poměr zaniká, resp. mění se v poměr smlouvy trhové („prohlásil-li komisionář, že vstupuje sám do obchodu, zaujímá nadále vůči komitentovi postavení kupitele, resp. prodatele"). Tím přiklonil se k názoru, hájenému spisovateli, uvedenými sub 1., byti v cit. prvém judikátu dovolával se názoru *Cannsteinova*, který však přidržuje se teorie, naznačené sub 3. (srov. níže uvedené sub 3.).

Uvedený názor lze zastávati i hledíc k doslovnému znění příslušných ustanovení našeho obch. zák. (byla arci již při kodifikaci obch. zák sporna otázka právní konstrukce poměru, vzešlého provedeným samovstupem komisionářovým. Jak jsme již shora uvedli, setkala se konstrukce, že samovstupem *komisní poměr zaniká*, již tehdy s mnohými nesrovnalostmi, jmenovitě v otázce provise, jež přísluší komisionáři i po samovstupu. Jinak bylo již tehdy téměř souhlasně zastáváno, že provede-li komisionář samovstup, vzniká mezi komitentem a komisionářem také *poměr ze smlouvy trhové*; názor, že *jedině* komisní poměr trvá i po samovstupu, tehdy nebyl uplatňován; k věci srov. též Hiersemenzel „Zur Lehre vom kaufmännischen Commissionsgeschäfte, str. 22 a násl.) Ještě větší měrou lze s úspěchem naznačenou teorii zastávati pro obor německého obchodního zákona, který — ještě určitěji než-li náš obch. zák. — vyslovil se v příslušných ustanoveních v tom smyslu, že komisionář i přes provedený samovstup nepřestává býti komisionářem (viz níže).

Celkově lze o právním stavu, vytvořeném právoplatně provedeným samovstupem komisionářovým, učiniti toto resumé: provede-li komisionář v rámci zákonných podmínek samovstup, což lze označiti *jako určitý způsob provedení komisního příkazu*, vstupuje vůči komitentovi v právní poměr trhové smlouvy; takto vzniklá smlouva trhová nastupuje *vedle základní smlouvy komisionářské* (scil. uzavřené mezi komitentem a komisionářem). Trvá tudíž i na dále — jakožto základní base — komisní poměr, který je směrodatný jmenovitě: 1) pokud jde o povinnosti komisionářovy: pro posuzování otázky, byl-li proveden komisní příkaz v intencích a ve prospěchu komitenta, splnil-li komisionář povinnost oznámiti provedení příkazu a vyúčtoval-li provedení komisního příkazu; 2) pokud jde o práva komisionářova: pro posouzení otázky provise a náhrady výdajů, s provedením komisního příkazu spojených jakož i otázky zákonného zástavního práva komisionářova.

Poměr ze smlouvy trhové je pak směrodatný jmenovitě pro otázky: prodlení v plnění komisionáře (mora accipiendi nebo solvendi) a ručení za vady zboží (předpisy o správě při obchodní smlouvě trhové) jakož i pro otázky, týkající se zaplacení ceny trhové a převzetí koupeného předmětu.

Právo samovstupu zaniká, odvolá-li komitent komisní příkaz dříve než komisionář odevzdal k odeslání oznámení o provedení příkazu a dále modifikoval-li v uvedené době (pokud „res integra est") komitent původní svůj příkaz, ku př. vyloučil-li dodatečně verbis expressis samovstup (čl. 377 obch. zák.). Dle Pollitzera jest příslušným ustanovením čl. 377 prodloužena — oproti normálnímu případu odvolání příkazu komisního, jež jako každý mandát, platí jen do té míry, kdy byl příkaz fakticky proveden, — lhůta komitenta pro odvolání příkazu. K tomu třeba však uvésti následující: V normálním případě komise jest komisionář povinen k neprodlenému oznámení komitentovi o provedeném příkazu (čl. 361 obch. zák.). Příkaz může pak býti komitentem odvolán, dokud nebyl prováděcí obchod sjednán. V případě samovstupu není okamžité oznámení o „tomto způsobu uzavření příkazního obchodu" zákonem předepsáno; toliko oznámení o samovstupu vůbec se vyžaduje. Do té doby však, dokud nebylo toto oznámení odevzdáno k odeslání, může býti komisní příkaz odvolán (jest tudíž i v tomto případě urychlené oznámení o samovstupu ve vlastním zájmu komisionáře nutné). Vzhledem k tomu, že samovstup komisionářův přichází k místu jednostranným jeho prohlášením, akceptu komitenta nevyžadujícím, jinak zůstává pouhé rozhodnutí se komisionářovo k samovstupu jeho „factum internum", jest zmíněné ust. čl. 377 pouze důsledkem zvláštní povahy samovstupu, resp. je jen konsekvencí toho, že se tu považuje za „dobu uzavření prováděcího příkazu" zmíněné odeslání oznámení; nelze proto v tomto případě přesně mluviti o prodloužení lhůty k odvolání komisního příkazu.

Otázka samovstupu je v podstatě neodvislá od případu tak zv. limita (srov. výše uvedené v § 3, B, tohoto oddílu); stanovením limita jest ovšem právo samovstupu obmezeno (srov. Schaps, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, str. 21).

Rovněž je otázka samovstupu v podstatě neodvislá od delcredereručení komisionářova (srv. výše uvedené v § 3, C tohoto oddílu); arci i tu nastává jisté obmezení samovstupu. Obojí, t. j. limitování ceny i delcredere-ručení komisionářovo nevylučuje možnost provedení samovstupu, jsou-li ovšem *dány zákonné předpoklady*.

Pozn. Dle ustanovení §u 6 zákona ze dne 10. října 1924, č. 241 Sb. z. a n. (zákon o povinnostech bankéřů při úschově cenných papírů) je nákupní komisionář-bankéř povinen vynaložiti péči řádného

kupce, aby mu byly cenné papíry, podle příkazu opatřené, včas dodány, a uložiti je do 5 dnů po dodání a zapsati podle ustanovení odst. 1., §u 5. citovaného zákona. Prohlásí-li však, že je sám jako prodatel dodá (tedy uplatní-li právo samovstupu), počíná se běh této lhůty dnem, který následuje po té, kdy odeslal příkazateli sdělení o provedení příkazu (§§ 361 a 367 obch. zák., §§ 369 a 381 slov. obch. zák.).

Uvedené odpadá, vydávají-li se papíry komitentovi před uplynutím zmíněné lhůty.

Vzhledem k důležitosti otázky samovstupu komisionářova budtež uvedeny některé judikáty:

Rozhodnutím nejvyššího soudu ze dne 17. října 1922, Rv-I-477 (Sbírky „Vážný "č. 1927) vyslovena zásada, že prohlásil-li komisionář, že vstupuje sám do obchodu, zaujímá nadále vůči komitentovi postavení kupitele (prodavatele). Rozhodnutím ze dne 16. listopadu 1921, Rv-I-458/21 (cit. sbírky č. 1297) je vysloveno, že právo komitentovo dle 3. odst. čl. 376 je časově neobmezené i může příp. i v žalobě býti uplatňováno. Rozh. ze dne 28. dubna 1925, Rv.-I-18/25 vysloveno, že je v pochybnosti přiznati komisionáři právo, by vstoupil do obchodu jako smluvník. Stačí, prokáželi komisionář, že převzal zboží za cenu tržní a na komitentu jest, aby prokázal, že měl obdržeti více. Rozh. z 15. dubna 1926, Rv-I-2045/25 vysloveno, že výrazem „převzali jsme" nedal komisionář na jevo, že sám koupil cenné papíry, dané do prodeje. Rozh. z 20. června 1923, cit. Sb. č. 2749 vysloveno, že oznámil-li komisionář-bankéř komitentovi, že od něho „cenné papíry" koupil, dal tím zřejmě na jevo, že vstoupil do obchodu jako smluvník. To odůvodňuje judikát tím, že banky svým komitentům neoznamují, že koupily od nich cenné papíry, jejichž prodej byl jim přikázán, nechtějí-li samy do obchodu vstoupiti, nýbrž sdělují v takových případech buď, že prodaly za komitenta papíry na burse, nebo že od něho převzaly papíry. Oznámení, že banka kupuje od komitenta cenné papíry, nelze rozuměti jinak, než že banka sama vstupuje jako kupitelka do obchodu. K tomuto judikátu poznamenáváme, že forma oznámení bankéřů-komisionářů o provedeném příkaze bývá, jak Fröhlich v pojednání „Soukromoprávní stránka I. části osnovy zákona na ochranu úschov a vkladů („Právník, roč. 1923, str. 441a

násl.) uvádí, tak stereotypní, že nemůže — bez dalšího — býti považována za projev vůle o samovstupu.

Pouhé prohlášení „koupili jsme pro Vás" nebo „přenecháváme Vám" neprojevuje ještě samovstup, aniž ho vylučuje; srov. Herman-Otavský v cit. spise str. 97.

Říšskoněmecký obchodní zákon jedná o samovstupu komisionářovu v §§ech 400—405. Jako hlavní úchylky vůči našemu obch. zák. sluší uvésti:

1. Ohledně cenných papírů (jakožto předmětu komise s právem samovstupu) stanoví § 400 ještě další podmínku, totiž úřední zjištění jejich kursu (vyloučeno je tedy dle něm. obch. zák. právo samovstupu u tak zv. exotických papírů). 2. Přesněji než náš obch. zák. určuje 2. odst. §u 400 něm. obch. zák., co je považovati za moment provedení samovstupu. 3. Opačně ust. 3. odst. čl. 376 našeho obch. zák. ustanovuje § 405 něm. obch. zák., že — neprohlásí-li komisionář ve zprávě o provedení příkazu nebo současně s ní výslovně, že zboží sám přejímá, nebo že je sám dodá, třeba v tom spatřovati, že byl obchod uzavřen s třetím kontrahentem. 4. Na rozdíl od našeho obch. zák. stanoví něm. obch. zák. verbis expressis v § 401, že i v případě provedení samovstupu musí komisionář, mohl-li při použití péče řádného kupce docíliti příznivější ceny (ve prospěch. komitenta), tuto účtovati. A dle § 404 cit. zák. vztahují se předpisy §§ů 397 a 398 (o zástavním právu komisionáře a jeho uplatnění stran komisního zboží, byť i byl komisionář jeho vlastníkem) též na komisionáře-samokontrahenta.

Z toho vidno, že německý obchodní zákon stojí — přesněji než náš obchodní zákon — na půdě, basírující na principu, že i v případě provedení samovstupu trvá základní poměr komisní (mandátní), třeba jen rámcově a modifikovaně.

Předpisy stanovené ve prospěch zájmů komitenta při provedení samovstupu komisionářem, nemohou dle § 402 něm. obch. zák. býti smlouvou v neprospěch komitenta vyloučeny.

Francouzský Code de commerce nemá zvláštního (positivního) ustanovení o samovstupu komisionářovu; o jeho přípustnosti není v právní doktrině francouzské jednotného náhledu. Nepřípustnost tohoto práva zastává jmenovitě Thaller (Traité élémentaire de droit Commercial, str. 687), který poukazuje též na ust. čl. 1596 Code civil. Svůj názor odůvodňuje Thaller zejména tím, že by jeho

existencí mohla býti ohrožena důvěra komitenta v komisionáře, který má býti komitentův „un auxiliaire et non adversaire sur le marché. La pratique de la contre-partie fait échec à ses prévisions".

Naproti tomu zastává se většinou přípustnost samovstupu do jisté míry obdobného případu provedení přepravy komisionářem dopravy při tak zv. „les entrepreneurs de transport" (naprosto odmítavé stanovisko ve příčině samovstupu komisionáře vyslovuje španělský obch. zák. v čl. 267).

Italský obch. zák. uznává právo komisionářovo na samovstup; o tom ustanovuje čl. 386, dle jehož 1. odst. může komisionář při komisi ke koupi nebo prodeji směnek, státních papírů anebo jiných, v obchodě obíhajících úvěrních papírů nebo zboží, majících bursovní nebo tržní cenu, neustanovil-li komitent jinak, sám za běžnou cenu jako prodavatel věci, jež má koupiti, dodati, nebo jako kupitel věci, jež má prodati na účet komitenta, pro sebe za běžnou cenu ponechati, *bez újmy svého nároku na provisi*. Dle 2. odst. cit. článku má komitent v případě, že komisionář při oznámení o provedení komise za uvedených předpokladů nepojmenuje osobu, s níž obchod uzavřel, právo předpokládati, že komisionář na svůj účet koupil nebo prodal, a žádati přímo od něho splnění smlouvy. Případ delcredereručení komisionáře (čl. 387) je na samovstupu nezávislý.

Dle uvedeného ustanovení italského obch. zák. může komisionář v případech, ve kterých zákon připouští možnost samovstupu („facoltà del commissionario di entrare nel contratto come contraparte"), komisi provésti buď normálně (uzavřením obchodu s třetím kontrahentem), nebo tak, že sám vstoupí vůči komitentovi jako skutečný kupitel nebo prodatel (zpravidla předem uzavřev jednání na vlastní účet); to může se státi buď výslovným prohlášením komisionářovým, nebo mlčky, totiž neoznámí-li komisionář komitentovi třetího kontrahenta (srov. Bolaffio-Vivante v cit. komentáři II. díl., str. 43, kdež poukazuje se, pokud se týká posléze uvedeného případu, na obdobu s ustanovením čl. 376 našeho obch. zák.).

O právních účincích pravoplatně provedeného samovstupu komisionářova vyslovují se přední italští komercialisté (ku př. Sraffa v Scialoja: Dizionario di Diritto privato; srov. též jeho pojednání „Il contrato del commissionario con sè medesimo v Arch.

giur. LXI., str. 345, Bolaffio a Vivante v cit. komentáři), že po provedeném samovstupu zaniká zcela původní mandátní (komisní) poměr; nastává tu dle uvedeného názoru úplná změna základního poměru mandátního, jevící se v tom, že komisionář, který provede samovstup, i co do prováděcího jednání vystupuje přímo jako spolukontrahent komitentův (srov. v cit. komentáři k čl. 386 slova: „Il contratto (scil. prováděcí smlouva) ha luogo direttamente fra committente e commissionario . . .," což vysvětluje Vivante tím, že takový komisionář změnil původní ofertu mandátní v ofertu smlouvy trhové; komisionář nevystupuje po samovstupu *současně* jako mandatář a jako kupitel resp. prodatel komitentův; v důsledku pravoplatného provedení samovstupu přestává býti takový komisionář mandatářem i stává se *přímým kontrahentem* (příslušné trhové smlouvy) *komitentovým*. Obdobně vyslovuje se Sraffa („il contratto di vendito sorge direttamente fra committente e commissionario"). Přes to však uznávají zmínění autoři nárok takového komisionáře na provisi a náhradu výdajů, *s provedením komisního příkazu* spojených, což vzhledem k uvedené jejich základní thesi není zcela důsledné. Zajímavo je, že italská judikatura zaujímá ve věci opačné stanovisko, totiž že i po provedeném samovstupu trvá základní (mandátní) poměr (což je opačný názor než jaký zastává naše judikatura).

II:

§ 1. Pojem speditérského obchodu (speditéra).

Jako při komisi vychází i při spedici náš obchodní zákon od pojmu speditéra[39]). Speditérem ve smyslu ustanovení čl. 379 našeho obch. zák., pokud se týče ust. čl. 388 obch. zák., je, kdo po živnostensku — pokud se týče kupec u příležitosti své živnosti, pravidelně k jinakým obchodům směřující, — přijímá příkaz obstarati na účet příkazce přepravu zboží povozníky nebo plavci.

Hledíc k doslovnému znění čl. 379 „speditér jest, kdo po živnostensku vlastním jménem na cizí účet převezme zaslání zboží povozníky nebo plavci" (v německém textu: „Spediteur ist derjenige, welcher gewerbsmässig in eigenem Namen für fremde Rechnung Güterversendungen durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen übernimmt" jest formální rozdíl od definice komisionáře ve čl. 360, kdež se stanoví, že (komisionář) „uzavírá" obchody, což však, jak správně uvádí Staub-Pisko (Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. díl str. 479), neznamená prakticky rozdíl, ježto „ten, kdo po živnostensku příkazy přejímá, je pravidelně též provádí". Vnitřně nejde tu o věcný rozdíl vůči komisi, tím spíše, že jak níže uvedeme, je spedice toliko druhem komise (podstatně totéž platí o definici speditéra v §u 384 slov. obch. zák.; také tu, stejně jako v ust. §u 368 tohoto zákona, vychází se od definice obchodu spedičního). Po stránce terminologické považujeme za účelné předeslati, že je doporučitelno i věcně odůvodněno, aby pro toho, kdo provozuje speditérské obchody, bylo používáno termínu: „speditér" či „speditor", nikoli termínu „zasilatel" (v německém rčení „Versender"); posléz uvedeného označení budiž používáno pro *komitenta spedičního poměru*. Vzhledem k tomu, že speditér, jak níže vyložím, je v poměru k povozníkovi nebo plavci, s nimiž uzavírá uložený mu spediční příkaz, *odesilatelem* (se všemi právy a povinnostmi, jaké příslušejí odesilateli podle nákladního poměru), není správným, užívá-li se označení „odesitatel" pro komitenta spedičního poměru, který — jako takový — není na přepravní smlouvě, kterou speditér s povozníkem uzavírá, či na příslušném poměru nákladním, právně nikterak súčastněn (správně věc tu vykládá Herman-Otavský ve svém spise: „O obchodech dle IV. knihy obch. zák., str. 100, kde uvádí nesrovnalosti v české terminologii, *užívající místo termínu* „speditér" „zasilatel" a uvádí nedůslednost již v něm. textu obch. zák., který užívá v čl. 384, v 1. větě slova „Absender" místo „Versender", ježto má tím býti označen komitent.

Speditér v technickém smyslu je kupec. Speditérský obchod či spedice pozůstává v tom, že kupec u provozování své živnosti přijímá příkaz, uzavříti přepravní smlouvu (přepravní obchod) ve vlastním jménu na účet příkazatele (zasilatele); je to obchod relativní (čl. 272, č. 3, §259, č. 3. slov. obch. zák.) Jest spedice samostatným typem obchodu nebo pouze druhem komise? Dle Grünberga (Das Speditionsrecht, str. 8) je spediční obchod „samostatné odvětví kupecké činnosti, na něž se ustanovení o komisních obchodech jen potud dají použíti, pokud zákon nic opačného nenařizuje, a pokud to dovoluje stejnorodost právních poměrů." Názor svůj odůvodňuje

[39]) Srov. § 1, oddílu I.

Grünberg tím, že komisionář dle čl. 360 obch. zák. uzavírá toliko jednání, jež, kdyby je sám uzavřel, byla by obchody i na straně komitenta, čehož u spedice býti nemusí; příkaz k zaslání zboží může býti udělen dle Grünberga každým, „tedy i nekupcem". Proti správnosti tohoto odůvodnění uvádíme jen to, co jsme shora v § 1 vytkli k pojmovému určení komise. Nikoli okolnost, zda jednání, jež má býti zmocněncem provedeno, jest s hlediska osoby příkazcovy obchodem, resp. jak Grünberg též míní, zda jest uloženo kupcem, dává takovému příkazu (scil. za splnění dalších podmínek v zákoně uvedených) karakter komise, nýbrž toliko okolnost, zda je prováděcí jednání (příkazní) obchodem s hlediska komisionářova. Pokud se specielně týká spedice, jde tu o příkaz k uzavření obchodu přepravního (obch. zák. ,mluvě o zaslání zboží povozníky má na mysli povozníky ve smyslu ust. čl. 390 a násl. obch. zák.). Jak z motivů k obch. zák. patrno (srov. Lutz, Protokollen str. 757), je spedice toliko „komisí pro určitý druh obchodu", t. j. komisí k uzavření smlouvy transportní (Herman-Otavský cit. spis. str. 39).[40])

Hledíc k tomuto výkladu není pak, jak z povahy věci vyplývá, (pro kvalitu přepravní smlouvy jako obchodu nerozhoduje osoba odesilatelova, t. j. v daném případě spediterova, nýbrž osoba přepravcova) při spedici ani vůbec aktuální, zda se v daném případě řídí kvalita prováděcího jednání jako obchodu s hlediska osoby zmocněncovy[41]). Speditér, živnostensky provozující obstarávání

[40]) Správně věc vykládá *Staub-Pisko* (Kommentar, II. díl str. 480 a násl.), který poukazuje při výkladu slova „povozníky" v čl. 379 na čl. 390 obch. zák. a který považuje za nesprávný názor, který pod definici speditéra zařazuje i uzavírání přepravní smlouvy s povozníky jen příležitostnými (ovšem pokud by šlo v posléz uvedeném případě sice o příležitostného povozníka, který však příležitostnou přepravu provádí v souvislosti své, k jinakým obchodům směřující živnosti, byla by tu též — vzhledem k tomu, že tu jde o povozníka ve smyslu čl. 420 obch. zák. — spedice v technickém smyslu).

[41]) *Pollitzer* (Das österr. Handelsrecht, str. 609) kromě toho dedukuje, že tu jde o analogii s pojmem komise i v tom směru, že je splněn i předpoklad, aby bylo prováděcí jednání obchodem na straně komisionáře, tedy v daném případě speditéra, z toho, že „přepravní smlouva uzavřená speditérem, zabývajícím se tím po živnostensku nebo jinakým kupcem u provozování jeho obchodní živnosti, je na jeho straně vždy obchodem (čl. 273, odst. 1. 272, odst. 2. obch. zák.); cit spis. str. 609, pozn. 3.: „Da aber der von einem gewerbsmässigen Spediteur oder einem sonstigen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossene Frachtvertrag auf seiner Seite immer ein Handelsgeschäft ist (Art. 273, Abs. 1, 272, Abs. 2), so liegt eine Ungleichmässigkeit der Begriffsbestimmung dann nicht vor, wenn man es für den Begriff der Commission für massgebend ansieht, dass das aufgetragene Geschäft auf Seite des Commissionärs Handelsgeschäft sei und wird die Spedition völlig correct als Unterart der Commission bezeichnet." Dedukce tato však není dle našeho soudu přesná, i nerozeznává jmenovitě odchylné případy článku 272 odst. 2 a 273 odst. 1 (srov. k posléz uvedenému výklad v § 1, I. odd.).

zaslání zboží je arci (stejně jako komisionář) kupcem (čl. 272, č. 3, obch. zák., § 259, č. 3 slov. obch. zák.)

Stejně jako při komisi jde i při spedici o uzavření příkazního jednání *ve vlastním jméně, na cizí účet*, t. j. na účet *zasilatele* (nepřesně se vyjadřuje Staub-Pisko slovy „auch für Rechnung des Empfängers kann der Spediteur auftreten" (cit. kommentář, II. díl str. 481); na účet „příjemce" může býti spediční příkaz obstarán, je-li zasilatel zároveň příjemcem nebo zástupcem příjemcovým, o kterémžto případě se též nepřesně, arci v jiném směru (sr. níže), vyjadřuje Pollitzer, že „fungiert der Spediteur lediglich als Mandatar des Destinatars".[42])

Hledíc k uvedenému liší se speditér (obdobně jako komisionář) od pouhého zástupce k uzavření přepravní smlouvy jménem zmocnitelovým, a liší se rovněž od pouhého sprostředkovatele uzavření přepravní smlouvy, t. j. od dopravního dohodce (obchodní zákon výslovně v čl. 389 stanoví, že předpisy 4. titulu, jednajícího o speditérech, nevztahují se na osoby, které se zabývají toliko sprostředkováním přepravních smluv mezi odesilatelem a povozníkem nebo plavcem; předpis ten jest ostatně, jak Staub-Pisko v komentáři k citovanému ustanovení připomíná, samozřejmý; slovenský obch. zák. podobného ustanovení nemá; nesprávně se v tom směru dovolává Pollitzer v cit. spise str. 610. pozn. 5. ustanovení § 392 tohoto zákona, který jedná o příležitostném speditéru a kupci).

Stejně jako o komisionářovi platí i o speditérovi, že jest jím nejen kdo po živnostensku provozuje speditérské obchody, nýbrž i kupec (v techn. smyslu), který jen příležitostně (jednotlivě) v rámci své, normálně k jinakým obchodům směřující živnosti, předsevezme obstarání jednotlivé spedice.

[42]) *Pollitzer*, Das österreichische Handelsrecht, str. 619 a násl.

Spedice jest, jak z předeslaného vyplývá, v podstatě své toliko druhem komise. Konsekventně proto ustanovuje obchod. zák. v článku 387, že, pokud není v titulu, o spedici jednajícím, ustanovení o právech a povinnostech speditérových, jest použití norem, obsažených v titulu, o komisi jednajícím; odkazuje-li pak v další větě „zejména" na ustanovení čl. 365—367, dává tímto příkladným poukazem na jevo, že není vyloučeno, aby bylo na spediční poměr in concreto použito i jiných ustanovení, na komisi se vztahujících, pokud arci nejde, jak z povahy věci plyne, o *singulerní*, toliko komise se týkající ustanovení, při kterých analogické použití vzhledem k této jejich povaze je nepřípustno (slovenský obchodní zákon v § 391 prostě stanoví, že o právech a závazcích speditérových platí, pokud o nich 4. titul, o speditérství jednající, žádných ustanovení neobsahuje, ustanovení 3. titulu o komisionářství jednajícího).

Německý obchodní zákon definuje pojem speditéra ve čl. 407, odst. 1. obdobně jako náš obchod. zák. („Spediteur ist, wer es gewerbsmässig übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen); přesněji, než náš obch. zák. vysvětluje v této definici slova „na účet jiného" připojením slova „zasilatele".

Vzhledem k tomu, že německý obchodní zákon obmezil pojem komise na obstarání koupi nebo prodeje zboží nebo cenných papírů, jest v říšskoněmecké doktrině právní spedice považována za samostatný typ obchodu (srov. Grünberg, Das Speditionsrecht str. 7, Staub-Könige, Kommentar k § 407 něm. obch. zák.); avšak i tu hledíc k ust. § 406 konstruuje se (ku př. Makower) spedice jako druh komise. Má však i tu společný právní základ s komisí (totiž nepřímé zastoupení) a platí i tu, jak ustanovuje § 407, 2. odst. něm. obch. zák., že předpisů o komisi, *zvláště* ustanovení §§ 388—390 (o přijetí, opatrování a pojištění zboží) lze obdobně použíti i na spedici.

Speditér ve smyslu ustanovení §§ 407 a násl. něm. obch. zák., který pouze obstarává zaslání zboží, nikoli též (bez dalšího) provádí vlastní dopravu zboží, liší se pojmově od povozníka (§§425 a násl. něm. obch. zák.), který dopravu zboží provádí.

Podobně jako dle našeho obch. zák. jest i ve smyslu ust. něm. obch. zák. speditéra považovati v poměru k povozníkovi za odesilatele se všemi příslušnými právy a povinnostmi (v podrobnostech srov. jmenovitě spis Senckpiehl, Das Speditionsgeschäft).

Také v oboru *francouzského práva* obchodního třeba rozlišovati mezi tím, kdo přepravu zboží provádí, t. j. povozníkem (voiturier — čl. 103—108 Code commerce) a mezitím, kdo pouze se zavazuje (smlouvou uzavřenou s komitentem), že obstará dopravu zboží tím, že tuto sice sám neprovede, nýbrž uzavře ohledně ní smlouvu (dopravní) s povozníkem; čl. 96 a násl. Code de commerce. Byť i nebylo v *právní úpravě* obou těchto obchodů ve Francii rozlišení valné, jmenovitě ručení za zboží bylo v obou případech upraveno obdobně, třeba přece mezi oběma pojmy právně rozlišovati (srov. Roger, Manuel juridique des transports str. 49).

Ve francouzské jurisprudenci setkáváme se však s tím, že pojmů: 1) commissionaire de transport" 2) „l'entrepreneur de transport" (jsou to v podstatě povozníci, kteří mnohdy obstarávají i speditérské obchody) užívá se promiscue[43]). K nerozeznávání mezi těmito dvěma pojmy vede to, že fakticky speditéři (hlavně při tak zv. kombinovaných dopravách) ve Francii zabývají se též — alespoň v určitých dopravních trasách — faktickým prováděním dopravy v souvislosti s provozem své speditérské živnosti; tu pak prima vista obojí činnost: speditérská a povoznická, splývá v jediném podniku dopravním. Přes to však třeba mezi obojí činností, pokud se týče mezi oběma obchody právně přesně rozlišovati

[43]) Ve věci srov. též moje pojednání „O právní úpravě přepravní smlouvy podle francouzského práva obchodního a otázek, s ní souvisejících" ve „Vědecké ročence právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně" (VI. roč.), jmenovitě uvedené rozdíly v pojmové definici povozníka („le voiturier") a komisionáře přepravy, čili speditéra („commissionaire de transport"). K nerozeznávání mezi oběma uvedenými pojmy vede jmenovitě to, že závazky spec. ručení speditéra dle Code de commerce (čl. 97—99) jsou upraveny téměř stejně jako závazky povozníka (čl. 103—105); jmenovitě ručení speditéra za mezispeditéry dle Code de commerce je vždy „delcredere-ručení" (pokud se týká ručení za ztrátu a poškození zboží nemůže býti přísné ručení povozníkovo zvláštní úmluvou vyloučeno; uvedené platí, pokud jde o speditéra, toliko stran jeho ručení za mezispeditéry, nikoli stran ručení za zboží).

(ohledně nutnosti přesného rozlišování mezi pojmy „commissionaire de transport" a „l'entrepreneur de transport" srov. Roger, Manuel juridique de transport, str. 45).

Jako komise jest i spedice dle francouzského Code de commerce (čl. 632) obchodem, jde-li o podnik.

Na rozdíl od uvedených obchod. zákonů nemá dosavadní *italský* Codice di commercio zvláštních (samostatných) ustanovení o spedici. Pouze o tak zv. podnikateli (scil. dopravy), který označuje se v právní doktrině též jako „commissionario-assuntore del trasporto", činí se zmínka (aniž by byl blíže pojem ten stanoven) v čl. 388, jednajícím o přepravní smlouvě (citovaný článek zní: „Il contratto di trasporto ha luogo tra lo speditore o mittente, che dà l'incarico del trasporto e l'imprenditore, che assume di farlo eseguire, in nome proprio e per conto altrui oppure tra uno di essi ed il vetturalle che assume di eseguirlo.

Si designa col nome di „vettore" chiunque assume in qualcunque modo di eseguire o di fare eseguire trasporti").

Pojem speditéra i speditérského obchodu dle ital. práva není přesný (srov. Pipia, Diritto ferroviario, str. 225). V italské doktrině právní považuje se speditérský obchod za druh komisionářského obchodu; vyžaduje se arci — stejně jako při komisi —, aby spedităr uzavíral přepravní smlouvu *svým jménem* (jednal-li by tak jménem svého příkazce, byl by pouhým mandatářem; srov. Vivante, Trattato di diritto commerciale, IV. díl, str. 619). Kriteriem pro pojem speditéra ve smyslu panující italské doktriny právní je to, že spedităr uzavírá smlouvu. Naproti tomu kdo provádí přepravu, je povozníkem; italský obch. zák. arci, jak uvedeno v cit. článku, jedná jak o povozníkovi, tak i o „podnikateli dopravy" („imprenditore di trasporti"), jejž někteří spisovatelé řadí pod pojem komisionáře; pojem ten není však zcela identický s pojmem „commissionaire de transporte" vé smyslu francouzského Code de commerce, i není v italské literatuře právní o dosahu tohoto pojmu zcela jednotného názoru. To, že italský obchod. zákon užívá obou pojmů: „povozník, podnikatel dopravy", je, jak uvádí důvodová zpráva k osnově nového obch. zák. v partii, o přepravě jednající, spíše významu historického (reminiscence na „commissionario di trasporti", arci částečně *v jiném smyslu*).

Osnova nového italského obch. zák. důvodně upustila od dualismu těchto dvou pojmů, i mluví v čl. 410., jednajícím o sjednání přepravní smlouvy, toliko o povozníkovi (il vettore). Jinak nebylo ještě v přípravných komisích o kodifikaci nového obchod. zák. italského zcela jednotného názoru o tom, má-li býti speditérský obchod po způsobu našeho a německého obch. zák. upraven *samostatně*, či má-li býti zahrnut pod předpisy, o komisi jednající. Posléz uvedený náhled zastával, jak z důvodové zprávy k původní osnově patrno, jmenovitě prof. Alberto Asquini. Názor tento nebyl však v poslední redakci osnovy nového obch. zák. akceptován. Osnova pojednává o spedici jakožto samostatném typu obchodu v titulu X, 2, knihy, nadepsaném „O smlouvě spediční". Navrhovaná úprava spedičního obchodu, pokud se týče smouvy spediční, liší se v mnohých směrech od příslušných norem našeho obchodního zákona; ve věci srov. též v § 2 tohoto oddílu.

§ 2. Právní podstata spediční smlouvy.

Speditérskou či krátce spediční smlouvou jest vyrozumívati smlouvu mezi zasilatelem (komitentem) a speditérem, kterou tento (jako kupec u provozování své speditérské živnosti, po případě jako kupec u provozování své, obyčejně k jinakým obchodům směřující živnosti) přijímá od zasilatele příkaz, aby svým jménem na účet zasilatelův uzavřel přepravní smlouvu (přepravní obchod ve smyslu ustanovení článků 390 a násl. obch. zák.) s povozníkem (nebo povozníky) anebo s plavcem (plavci); s povozníkem uzavírá speditor smlouvu při přepravě nákladu po souši, řekách a vodách vnitrozemských, s plavcem pak při přepravě nákladu po moři (pro přepravu zboží po moři, jež je podle čl. 271, č. 4 obch. zák. obchodem absolutním, platí v nedostatku příslušných norem — abstrahujíc od zák. z 15. dubna 1920, č. 316 Sb. z. a n. — ve smyslu zák. z 28. října 1918, č. 11 Sb. z. a n. normy, platící v té příčině v předpřevratovém Rakousku, tedy specielně 2. kniha francouzského code de commerce; srov. k věci pojednání Hermana-Otavského „Abandon v čs. právu námořním" ve Sborníku věd právních a státních, XXII, kdež se též poukazuje na ust. § 38 cit. zák., v němž je dle autora spatřovati obecnou disposici o práv.

pramenech čs. práva námořního, odstraňující co do přejatého práva dualism mezi normami býv. rak. a býv. uher., jež v jednotlivostech se vzájemně liší).

Spediční smlouva sjednává se tak jako smlouva komisní, dohodou mezi speditorem a zasilatelem i jest rovněž smlouvou neformální (může býti sjednána ústně, písemně, telegraficky a j.; naproti tomu je formální (podmiňujíc uzavření smlouvy vystavením železničního listu nákladního) přepravní smlouva o dopravě zboží po železnici, kterou speditor, prováděje spediční příkaz, se železnicí uzavírá; neformální je však opět přepravní smlouva, již speditor uzavírá s obyčejným povozníkem). Pro nabídku ke smlouvě spediční aktuelní je, stejně jako při komisi, ust. čl. 323 obch. zák. Spediční smlouva je v podstatě své, stejně jako smlouva komisní, druhem smlouvy zmocňovací; je pak druhem mandátu k nepřímému zastoupení: speditor na základě spedičního příkazu uzavírá uložené mu jednání svým jménem (jakožto kontrahent, t. j. odesilatel) s povozníkem, práva i závazky z prováděcího (dopravního) obchodu vznikají toliko v osobě speditorově, zasilatel není ze spediční smlouvy jako takový v nijakém právním poměru s povozníkem i nabývá práv i závazků z přepravní smlouvy, teprve zvláštním, samostatným aktem postupním se strany speditora (cessí, převzetím dluhu). Obdobně však jako při poměru, vzešlém z komisní smlouvy, platí i pro právní poměr, vzešlý uzavřením spediční smlouvy, že v poměru mezi zasilatelem a speditorem nebo jeho věřiteli platí pohledávky z přepravní smlouvy, kterou speditor uzavřel s povozníkem, za pohledávky zasilatelovy oproti povozníkovi; analog. čl. 368 obch. zák. (tedy ku př. pohledávky speditérovy oproti povozníkovi z titulu náhrady škody, ještě dříve než byly postoupeny zasilateli, platí v poměru mezi zasilatelem a speditorem, nebo jeho věřiteli ze zasilatelovy pohledávky vůči povozníkovi z titulu náhrady škody, což má jmenovitě význam v případě ručení za zboží v době po odevzdání spedičního zboží povozníkovi, jež lze vymáhati jen oproti povozníkovi, nikoli však proti speditorovi, který při obstarání zaslání zboží postupoval s péčí řádného kupce a proti němuž tudíž, předpokládajíc provedení tohoto důkazu speditorem, zasilateli nepřísluší nijaký nárok na náhradu spedičního zboží). Jinak zasilatel, jak ještě níže uvedeme, nemůže (s výjimkou, jde-li o zasilatele — destinatáře a dále v případě, že speditér sám přepravu — jakožto samokontrahent — provede) proti povozníkovi bez dalšího ničeho pohledávati.

Tak jako při komisionářské smlouvě zakládá se totiž *spediční smlouvou* právní poměr *toliko mezi zasilatelem a speditérem*; tento právní poměr pak toliko určuje vzájemná práva i povinnosti zasilatele i speditéra (jmenovitě má zasilatel - obdobně jako komitent — oproti speditérovi právní nárok na řádné, t. j. s použitím péče řádného kupce, provedení spedičního příkazu; v případě, že speditor neprovede spediční příkaz s předepsanou péčí, má zasilatel vůči němu právní nárok na náhradu škody; opačně opět má speditér oproti zasilateli, obdobně, jak tomu je při komisní smlouvě, jmenovitě nárok na náhradu nutných výdajů, nárok na provisi a k zajištění těchto nároků má zákonné zástavní právo; srov. k tomu poznámku č. 19).

Nutno pak od spedičního poměru (vzešlého v důsledku uzavření spediční smlouvy mezi speditérem a povozníkem) odlišovati *poměr nákladní*, který vzchází při uzavření přepravní smlouvy[44]) (jakožto prováděcího obchodu spedičního) toliko mezi speditérem a povozníkem (v praksi arci se často mluví o spedici v širším smyslu, obsahující oba řečené právní poměry, což však vede k nerozlišování mezi spediterskými a dopravními obchody).

Právní postavení speditéra v nákladním poměru dáno je tím, že *speditér uzavírá s povozníkem přepravní smlouvu*. Speditér je kontrahentem přepravní smlouvy, t. j. odesilatelem, — druhým smluvníkem je povozník. Zasilatel (komitent spedičního příkazu) stojí bez dalšího mimo nákladní poměr (může jen v případě, že

[44]) Přepravní smlouva je druhem smlouvy o dílo. Ti, kteří vidí rozdíl mezi smlouvou o dílo a smlouvou zmocňovací (jakou je smlouva spediční) v tom, že při prvé smlouvě běží o činnost faktickou, při druhé o juristickou, zanášejí toto rozlišování i co do poměru mezi smlouvou přepravní a smlouvou speditérskou (sem patří jmenovitě *Grünberg*). Že rozlišování to není přesné, vyložil z našich civilistů na četných místech jmenovitě *Krčmář*, který jinak se však neztotožňuje se *Scheyovým* zavržením rozlišování mezi činností faktickou a činností juristickou; srov. jmenovitě výstižný spis *Krčmářův* „O smlouvě námezdní dle práva rakouského". O rozdílné povaze smlouvy přepravní a smlouvy spediční podle francouzského práva srov. jmenovitě výstižný spis *Rogera*, „Manuel juridique de transports"; pokud jde o právo italské, poukazujeme zejména na instruktivní spis prof. Asquiniho „Il contratto di trasporto terrestre di cose" a prof. *Umberto Pipia* „Diritto ferroviario".

speditér mu postoupí svoje oprávnění z přepravní smlouvy — k čemuž tento arci na základě spediční smlouvy povinen je, — jako právní zástupce speditérův oproti povozníkovi nastupovati). Je-li arci zasilatel *zároveň adresátem*, jemuž má býti spediční zboží na místě určení odevzdáno, platí uvedené, pokud nenabyl ještě sám oprávnění (jako příjemce) z přepravní smlouvy, totiž před příchodem zboží na místo určení; po příchodu zboží na místo určení bude moci takový zasilatel-adresát samostatně uplatňovati práva z přepravní smlouvy — arci před odevzdáním nákladního listu nebo před doručením jeho žaloby proti povozníkovi na vydání zboží a nákladního listu *vedle* odesilatele, t. j. v daném případě vedle speditéra a teprve po nastoupení uvedených momentů samojediný — oproti povozníkovi (nikoli též z uvedeného titulu proti speditérovi, vůči němuž může nastupovati jedině z titulu spediční smlouvy, s jedinou výjimkou čl. 385 obch. zák., kdy též oproti speditérovi, který nastoupil v přepravní smlouvu jako samokontrahent, má přímý nárok na vydání zboží, při čemž ovšem příslušejí mu i oprávnění ze spedičního poměru; srov. o tom blíže v § 4. Vzhledem k uvedenému nelze naprosto souhlasiti s paušálním tvrzením Pollitzera (cit. spis str. 610, souhlasně s Grünhutem), že „je-li zasilatel zároveň destinatářem nebo zástupcem destinatářovým, funguje speditér toliko jako mandatář destinatářův"; nutno v zásadě rozlišovati i v tomto případě mezi právním poměrem speditéra k zasilateli jako takovému, což posuzuje se toliko dle příslušné spediční smlouvy, a právním poměrem speditéra k zasilateli ve funkci destinatáře; v posléz uvedeném případě je speditér, není-li tu nějaký jiný jeho právní závazek oproti takovému destinatáři, prost vůči tomuto destinatáři všech dalších závazků, jakmile podle uloženého mu příkazu s použitím péče řádného kupce uzavřel přepravní smlouvu, pokud se týče příslušná práva z ní postoupil tomuto zasilateli-destinatáři, čímž též končí jeho právní povinnost ze spedičního příkazu vůči tomuto speditéru-destinatáři. Vzhledem k tomu sluší shora uvedenou thesi korigovati takto: I když je zasilatel zároveň destinatářem nebo zástupcem destinatářovým, pozůstává funkce speditéra (scil. ze spedičního příkazu) toliko co mandatáře *zasilatele*).

Z uvedeného nákladního poměru mezi speditérem a povozníkem podává se i vztah speditérův k příjemci (destinatáři): není-li

tu nějakého zvláštního poměru právního mezi posléz uvedenými, nevznikají speditérovi sjednáním přepravní smlouvy vůči příjemci nijaké povinnosti a práva, s výjimkou případu, že by speditér, ku př. neoprávněnou kontreordre, porušil práva, příslušející v tom směru příjemci (nemůže tedy jmenovitě příjemce bez dalšího požadovati na speditérovi vydání spedičního zboží; totéž v podstatě platí jak shora uvedeno i o zasilateli-adresátovi, jakmile speditér ve smyslu spedičního příkazu uzavřel přepravní smlouvu s povozníkem a tomuto zboží odevzdal).

Rozlišování mezi právním poměrem *spedičním* a právním poměrem *nákladním* nutno přesně si uvědomiti. Bohužel setkáváme se v praksi příliš často s nerozeznáváním obou právních poměrů, ba docela i s tím, že se obou užívá promiscue. A přece jak důležité jsou právní rozdíly v obou těchto případech.

Poukázati bylo by stručně jen ku př. na zásadní rozdíl mezi ručením za zboží zavázaného z titulu právního poměru spedičního a z titulu právního poměru nákladního.

V prvém případě ručí speditor stran spedičního zboží, převzatého od zasilatele (k cíli opatření jeho přepravy) za škodu, která vzejde zasilateli tím, že speditor opomenul péči řádného kupce při přijetí a uschování zboží, při volbě povozníků, plavců, nebo mezispeditérů, a vůbec při výkonu předsevzatého zaslání zboží; při tom *arci jest věcí speditérovou*, aby *dokázal*, chce-li se exkulpovati, že s péčí takovou postupoval (arg. čl. 380 obch. zák., odst. I. §u 385 slov. obch. zák.; od ručení speditéra za mezispeditéry — Zwischenspediteure — t. j. další speditéry, na něž je zásilka k cíli dalšího zaslání nebo odevzdání adresována, je odlišné jeho ručení za tak zv. podspeditéry — Unterspediteure — t. j. speditéry, na které vlastní speditér z původního spedičního příkazu přenáší — buď zcela nebo z části — obstarání spedičního příkazu, jemu od zasilatele uloženého; tu jde o substituci v plnění speditérově, i rozhodují tu v nedostatku příslušných ustanovení obch. zák. předpisy občan. zák., jmenovitě jeho §§ů 1009 a 1010. O ručení speditéra za jeho zaměstnance resp. pomocníky není rovněž v obch. zák. výslovného ustanovení, pročež nutno na případ ten použíti korespondujících ustanovení občan. zák., pokud se týká ručení za zástupce a pomocníky při plnění spedičního závazku, jmenovitě ust. §u 1313 a občan. zák.)

Naproti tomu ručí (v druhém případě) povozník stran zboží, k dopravě mu odevzdaného, za ztrátu a poškození jeho dle přísných zásad ručení za výsledek, při čemž liberovati se může toliko, dokáže-li nastoupení skutečností, v čl. 395 obch. zák. taxativně uvedených; ručí dále povozník za „svoje lidi" za všech okolností, a za jiné osoby, jichž použil *při provedení konkrétní přepravy*, a ručí posléze bezpodmínečně za podpovozníky (při podpovoznících s tak zv. průběžným nákladním listem jest tu koreální ručení všech těchto povozníků; srov. bližší k věci v mém pojednání „Poměr spedice k přepravnímu obchodu", publikovaném v „Časopise pro železniční právo a politiku", roč. 1928, sešit 1.—3.)

Spediční smlouva dle německého obchodního zákona jest případem zastoupení nepřímého; arci vykazuje tu — na rozdíl od našeho obch. zák. — vzhledem k přesněji vyhraněnému obsahu komisní smlouvy ve smyslu německého práva vůči této smlouvě větší samostatnost. Pokud vyžaduje se pro mandát v německé doktríně právní *bezplatnost*, subsumuje se též spediční smlouva (jako smlouva komisní) v něm. literatuře právní pod smlouvu o dílo.

Francouzská doktrina právní řadí spediční smlouvu jakožto komisionářskou smlouvu o přepravě pod mandát (na rozdíl od smlouvy přepravní, již řadí francouzská doktrina právní *pod typ smlouvy o dílo*; bližší srov. v citovaném spise: Roger, Manuel juridique de transports).

O právní povaze spediční smlouvy dle italského práva obchodního vyslovuje se prof. Vivante (ve spise „Trattato di diritto commerciale, IV. díl str. 619 a násl.) v tom smyslu, že je mandátem resp. komisí podle toho, jedná-li touto smlouvou zavázaný ve jménu svého přikazatele nebo ve svém jménu. O rozdílu této smlouvy od smlouvy přepravní, kterou řadí italská doktrina právní mezi smlouvy o dílo, příp. s kombinací smlouvy ve prospěch osoby třetí (t. j. v daném případě destinatáře), pojednává obšírněji jmenovitě prof. Asquini ve spise „Il contratto di trasporto terrestre di cose." Arci dosavadní obch. zák. nemá, jak shora uvedeno, zvláštních ustanovení o spedici, pokud se týče spediční smlouvě. Naproti tomu osnova nového ital. obch. zák. zařazuje pod X. titul 2 knihy samostatná ustanovení o spediční smlouvě, kterou definuje

ve čl. 402 takto: „Nel contratto di spedizione lo spedizioniere si obbliga verso il mittente a provvedere in proprio nome, per conto del mittente, alla stipulazione del contratto di trasporto col vettore e al compimento delle prestazioni accessorie alla spedizione." Přepravní smlouvu definuje pak tato osnova v čl. 410 takto: „Nel contratto di trasporto di cose il vettore asume di trasportare da un luogo ad un altro merci o altre cose materiali, sotto la propria custodia, mediante corrispetivo."

§ 3. Modifikace spediční smlouvy.

A) Spediční smlouva provádí se normálně tak, že speditor uzavře přepravní smlouvu scil. o přepravě spedičního zboží s povozníkem nebo plavcem; jest to normální případ spedičního mandátu, při němž speditor vystupuje jen jako zmocněnec zasilatelův potud, že vlastním jménem uzavírá smlouvy s povozníky, plavci nebo mezispeditory ohledně zaslání spedičního zboží i není, pokud nelze mu přičísti nedostatek péče při uzavření těchto smluv, pokud se týče vůbec při provedení spedičního příkazu (tedy ku př. i nedostatek péče v tom, že včas neuzavřel dopravní smlouvu, v důsledku čehož spediční zboží se poškodilo, za což pak takový speditor ručí), na výsledku spediční smlouvy již interesován, vyjímajíc svého nároku na provisi a na úhradu jinakých výdajů, s provedením spedičního příkazu spojených (srov. Burchard, Das Recht der Spedition, str. 323). Za provedení spedičního příkazu ručí pouze v mezích, vytčených v čl. 380 obch. zák., pokud se týče § 385, odst. 1. slov. obch. zák.[45]) Posléz uvedený zákon stanoví v § 386, že odchýlí-li se speditér bez závažného důvodu od způsobu anebo druhu dopravy zasilatelem určeného, ručí též za nezaviněnou nehodu; výjimečně neručí v tomto rozsahu tehdy, může-li prokázati, že nehoda byla by nastala i při přesném plnění příkazu. Toto ustanovení slov. obch zák., byť i výslovně nebylo naším obch. zákonem stanoveno, neznamená však v podstatě pro naše právo nijaké novum (dá se dovoditi z všeobecných ustanovení našeho obč. zák. o mandátu, jehož pouze druhem spedice — stejně jako komise — jest) i nelze jmenovitě spatřovati v něm modifikaci

[45]) Srov. k tomu moje pojednání „O ručení speditéra za spediční zboží", uveřejněné v časopise „Česká advokacie" roč. 1928, sešit 1. a 2.

spediční smlouvy, ježto jest jen přirozeným důsledkem nedodržení spedičního příkazu (mandátu)[46]).

Modifikaci spediční smlouvy nelze též spatřovati v případě, převezme-li speditér *provedení přepravy* spedičního zboží na základě zvláštního ujednání se zasilatelem, t. j. uzavření přepravní smlouvy se zasilatelem: tu přistupuje nová (samostatná) smlouva přepravní, na základě které pak řídí se povinnosti i práva speditéra *jakožto povozníka* (případ ten je pojmově zcela odlišný od případu, kdy speditér na se vezme přepravu spedičního zboží na základě provedení samovstupu).

Posléze neřadíme pod pojem modifikace spediční smlouvy (ve smyslu technickém) případ, kdy smluvní strany spedičního poměru vzájemnou dohodou, pokud jde o ustanovení o spediční smlouvě rázu dispositivního, upraví vzájemné povinnosti i práva odchylně než jak tomu je v případě normálním.

Modifikací spediční smlouvy vyrozumíváme (stejně jako v oddílu I.) případy, kdy, bez ohledu na event. předchozí zvláštní ujednání smluvních stran o dotyčných právních účincích, odchylných od normální spediční smlouvy, nastoupením skutečností, v zákoně stanovených, dochází k odchylnému utváření se příslušného spedičního poměru vůči normálnímu případu tohoto poměru právního. Běží tu tedy o modifikaci spediční smlouvy „ex lege".

Modifikace (ve smyslu ustanovení obchod. zák.) normální smlouvy spediční, pokud se týče normálního poměru spedičního, to jest modifikace ex lege, nastává v případech, normovaných v čl. 383, 384 a 385 obchod. zák. (O posléz uved. případě pojednáno zvláště v § 4. odd. II).

B) V případě, že speditor obstará zaslání[47]) zboží povozníky nebo plavci, však dopravními prostředky, jež najal na vlastní účet, může účtovati obyčejné dovozné s provisí a ostatními útratami (čl. 383 obch. zák.; sloven. obch. zák. podobného ustanovení

[46]) Sem spadá jmenovitě i případ, použije-li speditér *neoprávněně* k provedení spedičního příkazu substituta; za něho ručí speditér bez ohledu na culpam in eligendo, tak jako by příkaz sám prováděl (srov. oddíl I. § 3).

[47]) Pravíme: obstará zaslání, tedy nikoli: provede dopravu zboží. Posléz uvedený případ, který předpokládá uzavření samostatné smlouvy povoznické mezi zasilatelem a spediterem, pod ust. čl. 383, jak níže uvádíme, nespadá.

nemá). Uvedený případ, který Staub-Pisko (Kommentar, II. díl, str. 495) označuje jako „Sammelladungsspedition"[48]), charakterisuje se tím, že speditor sám zajistí dopravní prostředky k provedení přepravy potřebné tím, že najme je na vlastní účet[49]), jinak však samo provedení přepravy jest věcí povozníka nebo plavce. Tedy, pokud se posléz uvedeného týká, není tu nijaké úchylky od normální spedice; modifikace nastává tu pouze v důsledku předem uvedené skutečnosti i nedotýká se tudíž podstatné části spedičního poměru (speditor neprovádí tu přepravu), ani neznamená změnu v normálních povinnostech speditora ze spediční smlouvy; úchylka nastává tu toliko, pokud se týká nároku speditora na náhradu toho, co na dopravném dle smlouvy s povozníky nebo plavci zapravil. (Čl. 381, odst. 2., se srovnáním s čl. 372 obch. zák.); kdežto v normálním případě speditor, jemuž se podařilo uzavříti nákladní smlouvu levněji, než jak tomu obvykle je, nemůže účtovati tuto obyčejnou dopravní částku a diferenci (mezi tím co zaplatil a co činí obvyklá sazba dopravní) ponechati si pro sebe,[50]) není takového obmezení v případě článku 383, což jest odůvodněno tím, že tu speditor s druhé strany má risiko, že nebude míti při nedostatečném využití dopravních prostředků, jím najatých, krytu ani nájemní částku, kterou musí za pronajatí dopravních prostředků zaplatiti. V daném případě může speditor zasilateli účtovati obyčejné dovozné; jest pak ve své účtovací povinnosti obmezen toliko na důkaz, že účtovaná sazba dopravní jest obyčejná, t. j. v místě a v době uzavření spediční smlouvy obvyklá a přiměřená, bez ohledu na to, co fakticky na dovozném zaplatil resp. co vydělal v důsledku zaplacení nižších dopravních sazeb (než obvyklých) z důvodu, že přeprava děje se dopravními prostředky, jím najatými. Vedle obyčejného dovozného jest oprávněn i požadovati provisi (bez dalšího — jinak v případě článku 384; srov. o tom sub C))

[48]) Nutno lišiti od „Sammelladung" ve smyslu ustanovení §u 413, 2. odst. německého obchod. zák.; O tom viz ku konci tohoto odstavce.

[49]) Obch. zák. mluví verbis expressis jen o najatých „dopravních" prostředcích, což však nelze vykládati tak, jako by nemohlo jíti o jiný způsob zjednání těchto prostředků" (viz níže.)

[50]) Dle §u 387 slov. obch. zák. nesmí speditér počítati vyšší povozné než jaké sjednal; dle čl. 385, odst 2. tohoto zák. mohou býti povozné útraty mezi zasilatelem a speditérem určitou sumou ujednány, což má za následek že ručí za povozníky a mezispeditory (o tom viz v odstavci C).

i zapravení jinakých útrat, s prováděním spedičního příkazu pravidelně spojených (čl. 383 obch. zák., poslední věta).

Otázka, jak posuzovati případ spedice, kde speditor již před tím, než obdržel spediční příkaz, si zajistil dopravní prostředky tím, že je na vlastní účet najal, nebyla u příležitosti prací s kodifikací obchod. zák. jednotně řešena. V této věci byl — při *současném* řešení otázky, jak posuzovati případ, kde speditor k provedení spedičního příkazu použije svých vlastních dopravních prostředků — zastáván s jedné strany názor (srov. Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches str. 774 a násl. a 1919 a násl.), aby byl k návrhu: „Benutzt der Spediteur zum Transporte sein eigenes Geschirr oder Schiff, oder ein von ihm für eigene Rechnung gemiethetes, so ist er zu der gewöhnlichen Fracht und zu der ortsüblichen Provision nebst Auslagen und Kosten berechtigt" který byl odůvodňován tím, že případ, kdy speditor provede spediční příkaz svými dopravními prostředky nebo k tomu cíli najatými, je prý obdobný případu samovstupu komisionářovu — přičiněn ještě dodatek: „In diesem Falle hat er zugleich Rechte und Pflichten des Frachtführers." Názor ten nedošel uplatnění[51]); bylo však v druhém čtení[52]) poukázáno na nutnost rozlišování obou uvedených eventualit, totiž: jednak že speditor použije svých vlastních dopravních prostředků, jednak že použije k tomu cíli najatých dopravních prostředků, s tím, že toliko v prvém případě nutno takového speditéra považovati za *povozníka* se všemi s tím spojenými konsekvencemi, jmenovitě pokud se týká ručení za výsledek, že však speditorovi

[51]) Srov. *Lutz* „Protokolle" str. 774. „Der Spediteur, welcher voraussehen könne, dass ihm zu einer gewissen Zeit von seinen Geschäftsfreunden viele Aufträge zukommen würden, sorge eben so sehr für deren Interesse, wenn er zur rechten Zeit geeigneter Transportgelegenheiten durch Miethe von Schiffen etz. sich versichere, als der Kommissionär, der in der Aussicht auf solche Aufträge Waaren vorrätig halte." Bylo pak analogicky jako při samovstupu komisionářovu požadováno, aby uvedený případ byl obmezen na předpoklad, že dovozné za dotyčné zboží má tržní cenu. Uvedené návrhy, stejně jako shora uvedený dodatečný návrh, nerozeznávaly ještě přesně mezi speditérskou a povoznickou smlouvou, zahrnujíce již pod tuto pouhé zjednání dopravních prostředků speditorem na jeho účet; kromě toho uplatňovaly se tu i směry, hledící zavésti instituci francouzského „entrepreneur de transport".

[52]) Srov. *Lutz*, Protokollen str. 1219 a násl.

v druhém případě nelze upírati totéž oprávnění na dovozné, jaké přísluší povozníkovi; tanul tu, jmenovitě pokud se prvého případu týká, navrhovatelům na mysli „entrepreneur de roulage", resp. „de voiture" ve smyslu francouzského práva. Hledíc k znění v úvahu přicházejících ustanovení obchod. zák., nutno zastávati, že čl. 383 se nevztahuje na případ *provedení* dopravy speditorem[53]); třeba pak řešiti oba uvedené případy s jednotného hlediska: ať použije speditor k provedení spedičního příkazu svých dopravních prostředků, nebo dopravních prostředků, k tomu cíli najatých, *zůstává speditorem*, jestliže o provedení příslušné dopravy sjedná s povozníkem dopravní smlouvu[54]) na účet zasilatele. Arci dle slovného výkladu čl. 383 obch. zák. jen v případě, že „najal" na vlastní účet dopravní prostředky, může účtovati obyčejné dovozné. K tomu třeba však — souhlasně se Staubem (Staub-Pisko, Kommentar II. str. 496) podotknouti, že vlastní základ v úvahu přicházejícího ustanovení spočívá na předpokladu, že *provedení dopravy* spedičního zboží zůstává věcí povozníka (nikoli speditéra), a že je speditorovi toliko ponechána volnost ohledně opatření dopravního prostředku; zda-li se tak stane právě na základě nájemní smlouvy, není, přes slovné znění dotyčného ustanovení, rozhodující, rovněž tak stane-li se tak bez úplaty (scil. se strany speditéra), tedy jmenovitě použije-li speditér svých vlastních dopravních prostředků. Dle uvedeného sluší pod ustanovení čl. 383 obch. zák. subsumovati netoliko případ, že speditér provede spediční příkaz s použitím dopravních prostředků k tomu cíli jím najatých (což děje se pravidelně tím způsobem, že speditér uzavře s povozníky nebo plavci generální přepravní smlouvu netoliko ve vlastním jménu, nýbrž i *na vlastní účet* bez ohledu na konkretní spediční příkazy, v dů-

[53]) Důvodně připomíná *Pollitzer* (Das österr. Handelsrecht str. 620, pozn. 25), že, jak patrno již ze slov čl. 383, „zasílání povozníky nebo plavci" nevztahuje se ustanovení tohoto článku na případ, že speditér najme dopravní prostředky a jimi dopravu provede, nýbrž, že speditér skutečné dopravní smlouvy uzavírá, jež však se nevztahují na dopravu určitého zboží, nýbrž na dopravu onoho množství zboží, jež může býti řádně dopraveno pomocí dotyčných dopravních prostředků. Srov. k tomu rozhodnutí nejvyššího soudu ze dne 23. ledna 1923, Rv-I-584-22 (Sbírka „*Vážný*", č. 2192).

[54]) Pro dopravní smlouvu ve smyslu ust. čl. 390 a násl. obch. zák. je irrelevantní otázka, používá-li povozník při provedení přepravy svých nebo cizích dopravních prostředků.

sledku které má k disposici najaté dopravní prostředky; když pak shromáždí spediční zásilky různých zasilatelů, dá provésti přepravu ve smyslu této generální smlouvy pomocí najatých dopravních prostředků), nýbrž i že spediční příkaz provede, t. j. uzavře smlouvu o dopravě spedičního zboží prostřednictvím svých vlastních dopravních prostředků; v obou případech může vedle provise a jiných výdajů požadovati *obyčejné* dovozné. (Srov. Cannstein, Das Handelsrecht, II. díl, 174 a násl.); větší než obyčejné dovozné požadovati nemůže.

Uvedeným liší se případ, normovaný článkem 383 našeho obch. zák., od tak zv. „Sammelladung" resp. „Versendung in Sammelladung" ve smyslu ust. § 413, odst. 2. německého obch. zák. (ustanovení to zní: „Bewirkt der Spediteur die Versendung des Gutes zusammen mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines für seine Rechnung über eine Sammelladung geschlossenen Frachtvertrags, so finden die Vorschriften des Abs. 1 Anwendung, auch wenn eine Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten nicht stattgefunden hat. Der Spediteur kann in diesem Falle eine den Umständen nach angemessene Fracht, höchstens aber die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht verlangen"; v cit. 1. odst. tohoto §, k němuž blíže přihlédneme v odst. C tohoto §u, se praví, že má takový speditér „výlučně práva a povinnosti povozníkovy"), kterýžto případ není již, jak Senckpiehl („Das Speditionsgeschäft nach deutschen Recht, str. 309) důvodně připomíná, úchylkou či modifikací speditérské smlouvy (scil. ve smyslu něm. obch. zák.), nýbrž znamená, že takový spediter přestává býti speditérem ve smyslu obch. zák., a stává se právně povozníkem.

Naproti tomu nenastává v případě čl. 383 našeho obch. zák. změny v právním postavení speditora; specielně normální ručení speditora není (na rozdíl od případu sub C uvedeného) jím nijak tangováno.

Naznačené případy generálních smluv o sumárních přepravách a sumárních zasíláních zboží jsou časté i ve Francii a v Italii, byť i tu dosud postrádaly positivního ustanovení obch. zák. (arci ve Francii není uvedených ustanovení celkem zapotřebí vzhledem k právnímu postavení komisionáře dopravy, odlišnému od práva našeho i německého i vzhledem k tamní instituci tak zv. „entrepreneurs de transport"; osnova ital. obch. zák. vypliňuje z části tuto mezeru v tamním právním řádu ustanovením čl. 407; o právní povaze tak zv. generálních speditérských smluv pojednává jmenovitě Vivante ve spise „Trattato di diritto com., IV. díl, str. 627.

C) Dohodl-li se speditér se zasílatelem (zákon mluví nesprávně „s odesilatelem") nebo příjemcem na určitých sazbách dopravních útrat, ručí za přijaté jím mezizasilatele a povozníky, není-li jinak ujednáno; v tomto případě má jen tehdy právo na provisi, bylo-li ujednáno, že takovouto lze žádati vedle určených sazeb útrat dopravních (čl. 384 obch. zák.; obdobně ustanovuje § 385, 2. odst. a § 387, 3. odst. slov. obch. zák). Také v tomto případě neběží — oproti normálnímu poměru spedičnímu — o změnu ve vlastní podstatě spedice: i tu zůstává speditor jen obstaravatelem přepravy, kterou, jako v případě sub D uvedeném, vykonává povozník resp. plavec.

Na rozdíl však od prvého případu nastává tu důležitá úchylka vůči normální povinnosti speditora, resultující ze spedičního poměru: speditor tu ručí totiž, není-li jinak ujednáno (scil. mezi zasilatelem a speditorem), za přijaté jím mezispeditory a povozníky *naprosto, nikoli pouze, dá-li se mu přečísti culpa in eligendo.*

Jest to případ speditorova „delcredere-ručení", obdobný do jisté míry případu komisionářova delcredere-ručení. Kromě toho nastává tu úchylka (rázu oproti prvé podřadnějšího) v tom směru, že tu speditor může bez ohledu na výši skutečných výloh, s provedením spedice spojených, požadovati smluvený obnos, ve kterém je v pochybnosti zahrnuta také provise; tuto může totiž dle výslov. ustanovení poslední věty čl. 384 obch. zák. požadovati jen tehdy, bylo-li smluveno, že provise může býti kromě zvláštních pevných sazeb dopravních požadována (srov. Herman-Otavský, cit., str. 100).

Z historie vzniku dotyčného ustanovení obch. zák. vysvítá, že nebylo — před kodifikací obch. zák. — jednotného názoru o tom, jak posuzovati případ obstarání přepravy zboží speditorem, který přijal příkaz k obstarání dopravy zboží za pevnou sazbu, jmenovitě *stanovením aversionální sumy.* Jak patrno z protokolů komise, pověřené vypracováním obchodního zákona (srov. Lutz, Protokolle der Komission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, str. 777 a následující, a dále str. 1923 a

násl.), navrhovalo se s jedné strany, aby speditor v případě obstarání dopravy za pevně stanovenou sazbu dopravní byl posuzován dle obdoby tak zv. „entrepreneur de roulage" ve smyslu francouzského práva, resp. jako povozník; dotyčný návrh zněl: „Wenn ein Spediteur gegen einen bestimmten Frachtsatz die Beschaffung des Transportes (für eigene Rechnung) übernimmt (entrepreniert), so ist das Geschäft in dieser Beziehung als Frachtgeschäft zu beurtheilen und nach den Bestimmungen des folgenden Titels zu bemessen". Proti tomuto návrhu bylo poukazováno na nutnost rozlišování mezi spedicí a povoznickým obchodem, při čemž však bylo uznáváno, že jsou případy, které nelze zařaditi pod ryzí spediční nebo povoznický obchod; bylo pak navrhováno, aby bylo podle daných okolností rozhodováno, zda jde v případech v úvahu přicházejících, o spedici nebo o obchod dopravní (což dle jednoho názoru měl v pochybnosti rozhodnouti soudce). Tyto návrhy nebyly pro jejich neurčitost i nevhodnost pro zákonnou formulaci akceptovány, a rovněž nebyl přijat názor, že speditor pouhým sjednáním určité sazby dopravních výloh ztrácí tuto svou vlastnost (scil. jako speditor); bylo však přijato, že v takovém případě speditor ručí za mezispeditory a povozníky a že v pevné sazbě obsažena je, není-li jinak stanoveno, i provise.

Aby nastaly právní účinky, stanovené v čl. 384 obchod. zák. (v § 385, odst. 2., resp. v § 387, odst. 3. slov. obch. zák.), třeba těchto předpokladů: 1. musí tu býti zvláštní ujednání mezi speditérem a zasilatelem (obch. zák. nesprávně se vyjadřuje „s odesilatelem"; odesilatelem totiž je, jak již shora vylíčeno, toliko speditér, který přepravní smlouvu s povozníkem uzavírá) „nebo příjemcem"; posléz uvedené zavdává podnět k různým výkladům. Staub-Pisko (Kommentar, II. str. 497) zastává názor, že „příjemce" tu přichází v úvahu jen tehdy, je-li zároveň zasilatelem (komitentem); není-li příjemce zasilatelem, nemá ujednání s ním účinku ve smyslu čl. 384 obch. zák. Mělo-li by míti uvedený účinek též ujednání s příjemcem, který není zasilatelem (komitentem), znamenalo by to, že posice zasilatelova bez jeho vědomí by se sice též zlepšila, pokud jde o zvýšené ručení speditorova, však též event. zhoršila stanoveným nepříznivějších sazeb dopravních, což by právně těžko se dalo odůvodniti. Uvedený důvod arci nepřichází v úvahu v případě, že podle obsahu spediční smlouvy má speditér provisi a veškeré dopravní útraty vybrati od příjemce, kde tedy jde o spediční zásilky nevyplacené. Tento případ uvádí právě Burchard („Das Recht der Spedition", str. 332) k vysvětlení svého názoru (opačného vůči prvému), že je podle zákona přípustna i dohoda, jakou má na mysli čl. 384, s příjemcem, který není zároveň komitentem ve spedičním poměru. Přes toto odůvodnění třeba uznati za správnější stanovisko prvé, a to z toho důvodu, že příjemce, pokud není zároveň zasilatelem, stojí mimo spediční poměr i nemůže tedy — bez dalšího — svým ujednáním se speditorem modifikovati spediční poměr (původně bylo, jak z protokolů patrno, navrhováno: „ujednání s komitentem", redakční komise však místo toho stanovila: „ujednání s odesilatelem nebo příjemcem"). Arci, stojíme-li na tomto stanovisku, musíme uznati, že slova zmíň. ustanovení „nebo příjemcem" jsou při nejmenším zbytečná. Podotknouti sluší, že německý obch. zák. v § 413, odst. 1., jednajícím rovněž *o ujednání o určité sazbě dopravních útrat* (arci, jak níže uvádíme, majícím jiný účinek právní než jak tomu je dle našeho obch. zák.), mluví v téže souvislosti pouze o ujednání mezi *speditérem a zasilatelem*.

2. Musí jíti o ujednání „o určitých sazbách dopravních útrat". Také toto znění cit. článku není zcela jasné. Souhlasiti třeba s výkladem (Staub-Pisko, Grünberg), že přes slovné znění zákona, jež mluví o určitých sazbách dopravních útrat, je tu míněna vůbec paušální (aversionální) sazba, ve které jsou zahrnuty netoliko výdeje na dovozné, nýbrž i jinaké náklady (ku př. na odnesení, zabalení zboží a j.) a dále i, jak vysvítá z konce ustanovení tohoto článku, provise, není-li výslovně jinak stanoveno. V praksi obchodní mluví se tu o tak zv. přejímacích cenách, jež bývají za jednotlivé druhy zboží ve zvláštních seznamech udávány; srov. Herman-Otavský, cit. spis, str. 101.

Těžiště zmíněného předpisu leží v ustanovení o ručení speditorově za zvolené mezispeditery a povozníky (srov. k tomu rozhodnutí nejvyšš. soudu ve sbírce „Vážný" č. 1930); ustanovení další, že totiž speditor kromě stanovené sazby nemůže požadovati (scil. bez dalšího) žádné provise, je vlastně jen důsledkem toho, že v řečené sazbě je obsažena náhrada výdajů za obstarání zaslání zboží vůbec a spolu i odměna za tento výkon; zisk spočívá v diferenci mezi tím, co speditor skutečně na dopravních výlohách zaplatil a mezi smluvenou sazbou.

Právě však z důvodu, že speditor ve snaze, docíliti co největšího zisku, by mohl býti sváděn k tomu, aby měl dopravní výlohy co nejmenší, byť i to šlo na úkor bezpečnosti a spolehlivosti dopravy, bylo stanoveno přísnější ručení speditorovo, než jak tomu je u normální spedice. Dlužno arci míti na paměti, že toto „delcredere-ručení" speditorovo vztahuje se toliko na ručení speditéra za mezispeditéry a povozníky, nikoli též na jinaké ručební povinnosti speditérovy ze spediční smlouvy; platí i tu jinak (mimo uvedenou výjimku) všeobecné ustanovení čl. 380 obch. zák.

Kdežto v normálním případě ručí speditér za mezispeditéry a za povozníky, pokud se týče plavce toliko v tom případě, nepostupoval-li při jejich výběru s péčí řádného kupce (výraz „s péčí řádného kupce" je totožný s týmž výrazem, jehož obchodní zákon užívá na četných jiných místech, specielně též ve všeobecném ustanovení čl. 282: „kdo z jednání, jež na jeho straně jest obchodem, jinému jest zavázán péčí, musí zachovati péči řádného kupce", což je posuzovati s hlediska průměrného, normálního typu, odpovídajícího daným poměrům a okolnostem; srov. k tomu též § 1297 obč. zák.), ručí speditér v případě čl. 384 za mezipovozníky a speditéry bez ohledu, stihá-li ho při jejich výběru culpa in eligendo v naznačeném smyslu: ručí v tomto případě za tyto osoby tak, jako by spediční příkaz prováděl sám; jen v těchto mezích může se exkulpovati (prakticky případ tento splývá s ručením za pomocníky v plnění povinného závazku ve smyslu § 1313 a občan. zák.; ručení toto není zcela identické s ručením povozníka „za své lidi" ve smyslu ustanovení 1. věty článku 400 obch. zák., jež je bezpodmínečným ručením).

Na rozdíl od našeho obch. zák. ustanovuje německý obch. zák. v čl. 413, odst. 1., že dohodl-li se speditér se zasilatelem o určité sazbě dopravních nákladů, má *výlučně práva a povinnosti povozníkovy* (tedy neručí pouze za přijaté jím mezizasilatele a povozníky); může v takovém případě požadovati provisi jen, bylo-li to zvlášť ujednáno. Ustanovení toto není již, jak Senckpiehl na cit. shora místě připomíná, modifikací spediční smlouvy, nýbrž znamená, že spediční smlouva se ruší a vzniká smlouva přepravní. Jinak může býti — podle obdoby ust. §. 394 něm. obch. zák. — založeno speditérovo delcredere-ručení zvláštní umluvou, již je mlčky předpokládati, je-li v místě podobný obch. obyčej.

Ustanovení našeho i německého obch. zák. o delcredere-ručení speditérově nejsou aktuelní pro obor francouzského Code de commerce, dle něhož je ručení komisionáře přepravy „vždy delcredere-ručení" (srov. Lyon-Caen-Renault, Thaller v cit. spisech); přichází tu v úvahu specielně ustanovení čl. 99 code de commerce, dle něhož ručí speditér ve smyslu franc. obch. zák. za jednání mezizasilatele (což sluší podle francouzské doktriny právní vztahovati i na další povozníky), na něhož zboží zašle; ustanovení to je povahy kogentní (arg. a contr. čl. 98 cit. zák.).

Jak patrno z důvodové zprávy osnovy nového italského obch. zák., bude lze aplikovati ustanovení čl. 396, jednajícího o delcredere-ručení komisionářově („clausola dello star del credere"), též na speditora, jemuž přísluší za zvýšenou garancii specielní provise.

§ 4. O samovstupu speditérovu zvláště.

Článek 385 obchod. zák., který ustanovuje v odst. 1., že speditor je oprávněn (scil. k cíli provedení spedičního příkazu) provésti dopravu zboží sám, tudíž dle obdoby ust. čl. 376 vstoupiti (jako samokontrahent) v přepravní smlouvu (obdobně § 389 slov. obch. zák.), neobsahuje jinakého obmezení tohoto speditorova práva na samovstup, než-li to, že *není příkazem* (scil. zasilatelovým) *jinak ustanoveno*; není tu tedy všech obmezujících předpokladů, jaké jsme uvedli při vylíčení samovstupu komisionářova. Jeden z nich, totiž že musí jíti o komisi ke smlouvě trhové, arci u spedice vůbec v úvahu nepřichází. Stran druhého (obmezení na tržní nebo bursovní cenu) vyvozují někteří spisovatelé (ku př. Staub-Pisko, Cosack proti opačnému náhledu Hahnovu), že, hledíc k ust. 2 odst. cit. článku, mluvícímu o „obyčejném dopravném", přece jen i speditorův samovstup je přípustný toliko za předpokladu všeobecně platných obvyklých sazeb dopravních („obecně obvyklé dopravní sazby" byly by jakési analogon „tržní neb bursovní ceny" zboží ve smyslu komisionářova samovstupu).

S názorem tímto sluší souhlasiti, neboť dána je tím obdoba i co do účele dotyčného obmezení (hájení zájmů komitenta před vykořisťováním zmocněncovým); ustanovení obch. zák. o spedi-

torově samovstupu jsou totiž obdobna ustanovením téhož zák. o komisionářovu samovstupu.

Na samovstup speditérův sluší použíti též norem, platných pro samovstup komisionářův, s výjimkou norem singulérních, toliko komise se týkajících (podobného názoru jsou jmenovitě: Dernburg, Cosack, Staub; opačného názoru jsou jmenovitě: Lehmann, Makower, Düringer-Hackenburg, Senckpiehl.) Již při projednávání v úvahu přicházejících ustanovení osnovy obchodního zákona bylo navrhovateli poukázáno na obdobu mezi ustanoveními o samovstupu komisionářově a ustanoveními o samovstupu speditérově (arci byl tehdy již faktu, že speditér použije k provedení zaslání zboží svých vlastních dopravních prostředků nebo dopravních prostředků, jež k tomu cíli najal, připisován účinek samovstupu; viz shora uvedené. Při tom bylo dále též poukazováno na to, že speditér — samokontrahent — má jakožto *povozník* větší povinnosti než obyčejný speditér, naproti tomu však že komisionář-samokontrahent má jako kupitel nebo prodatel menší povinnosti než obyčejný komisionář. Z toho důvodu bylo požadováno, aby speditérovi-samokontrahentovi byla s druhé strany přiznána i větší oprávnění povozníkova.)

Použije-li speditor oprávnění, daného mu uvedeným čl. 385 obch. zák. (§ 389 slov. obch. zák.) — v praksi shledáváme se s takovým případem zhusta u speditorů, obstarávajících tak zv. valníkovou dopravu, „Rollfuhrunternehmer" — má zároveň práva i povinnosti povozníkovy a může jmenovitě účtovati obyčejné dopravné, provisi a útraty, jaké se jinak pravidelně při spedičních jednáních vyskytují (srov. Senckpiehl, Das Speditionsrecht, str. 309: „Beim Selbsteintritt spielt der Spediteur eine Doppelrolle; er ist sowohl Spediteur als auch Frachtführer"). Dle uvedeného má speditor, vstoupivší v přepravní smlouvu jako samokontrahent, jednak postavení jako povozník, a to jak Grünberg, v cit. spise str. 20 správně vykládá, vzhledem *k přepravě zboží* („in Bezug auf den Gütertransport"), jednak zůstává v ostatním směru speditorem (o tom vyjadřuje se Grünberg na cit. místě: „für seine sonstige, namentlich für „*die juristische Arbeit*" gilt das gleiche, wie im Falle des Art. 384 H. G. B.: er haftet für dieselbe aus Art. 380 H. G. B."; k tomu třeba podotknouti, že rčení „für die juristische Arbeit", jež není tu zcela případné, má svůj původ v tom, že Grünberg liší spedici, jakožto druh smlouvy zmocňovací, od povoznické smlouvy, jakožto druhu smlouvy o dílo, dle toho, že při prvé smlouvě běží o „juristickou" činnost, při druhé o „faktickou" činnost. O nepřesnosti tohoto rozlišování srov. v uvedené v poznámce 44 §2 tohoto oddílu).

Praktickým důsledkem toho, že speditor-sanmokotrahent má po provedeném samovstupu vzhledem k přepravě zboží postavení povozníka, jest jmenovitě to, že takový speditér, který sám vstoupil v přepravní smlouvu, ručí za spediční zásilku podle přísných zásad ručení za výsledek i může býti ručení tohoto zproštěn toliko, prokáže-li některý z důvodů, taxativně uvedených v čl. 395 obch. zák. (tedy neplatí tu již, že osvobozuje jej důkaz, že postupoval s péčí řádného kupce; uvedené vztahuje se arci toliko na případ ručení za škodu, povstalou v důsledku ztráty nebo poškození zásilky, nikoliv na ručení za škodu v důsledku překročení lhůty, kde platí ustanovení čl. 397 obch. zák., t. j. ručení za zavinění, arci s břemenem důkazním na straně žalovaného). Ručí rovněž jako povozník za „svoje lidi" za všech okolností, za jiné osoby pak ručí, pokud jich při konkrétní dopravě použil; ručí dále za podpovozníky (při podpovoznících s tak zv. průběžným nákladním listem je tu koreální ručení všech v úvahu přicházejících podpovozníků. Uvedené platí bez ohledu na to, zda takový speditor-samokontrahent provádí přepravu dopravními prostředky svými, nebo k tomu cíli najatými; srov. Cannstein, Handelsrecht II. díl, str. 176). Hledíc k naznačenému zdá se, že — ježto právní posice speditéra-samokontrahenta jest daleko horší než jak tomu je v případě samovstupu komisionářova — je právní podstata speditérova samovstupu jiná, než právní podstata samovstupu komisionářova. Na to klade důraz Grünhut, který poukazuje na to, že — kdežto spec. u nákupního komisionáře nenastává v případě samovstupu, (abstrahujíc od případu delcredere-ručení, což však je samostatné, na samovstupu neodvislé) zhoršení v ručení za komisní zboží, — ručí speditér v tomto případě dle přísných zásad ručení povozníka (Grünhut, cit. spis, str. 567, pozn. 3.; týž pak připomíná, že ekvivalentem za toto zhoršení právní posice speditérovy jest to, že jsou přiznána takovému speditérovi oproti zasilateli také oprávnění, jež jinak příslušejí povozníkovi). Tento výklad, který by mohl vésti k rozlišování (co do *právní podstaty*)

mezi samovstupem komisionářovým a samovstupem speditérovým, třeba posuzovati s hlediska teorie Grünhutovy o právní povaze samovstupu komisionáře. Podle našeho soudu nastává i po provedeném samovstupu komisionáře modifikace ručení jeho za zboží komisní, jakož vůbec modifikace jeho práv a závazků ve smyslu norem o trhové smlouvě, stejně jako nastává modifikace ručení speditéra a vůbec jeho práv a závazků po jeho samovstupu ve smyslu norem o povoznické smlouvě.

Fakticky arci podléhá ručení speditéra za spediční zboží v případě jeho samovstupu přísnějším normám než ručení komisionáře-samokontrahenta za zboží komisní, což je však jen důsledkem toho, že příslušný právní poměr je tu modifikován normami o smlouvě povoznické, jež upravují otázku ručení za zboží dle přísných zásad ručení za výsledek (v tom směru nenastává při modifikaci komisní smlouvy normami o trhové smlouvě v otázce ručení za komisní zboží celkem změny).

Není tudíž v uvedeném směru *rozdílu v právní podstatě samovstupu komisionářova a speditérova;* nelze jmenovitě spatřovati v naznačeném, *toliko odlišné povaze prováděcího obchodu odpovídajícím* rozdílu co do rozsahu povinností komisionáře-samokontrahenta s jedné strany a speditéra-samokontrahenta s druhé strany pojmový rozdíl mezi samovstupem komisionářovým a samovstupem speditérovým. V tom směru není zcela důsledným Burchard (cit. spis str. 347); týž jinak správně uznává analogii mezi ustanoveními čl. 376 a 385 obch. zák. i přiznává jmenovitě speditérusamokontrahentovi po způsobu ust. čl. 376, odst. 2. i oprávnění průkazu, že účtované dovozné je obvyklé, t. j. nepřevyšuje normálně to, co se za dopravu stejného transportu normálně platí — na místo jinak povinného průkazu dovozného, s povozníkem fakticky sjednaného, — a vytyčuje i právo takového speditéra — dle obdoby práva komisionáře-samokontrahenta — kromě dovozného — i na provisi a náhradu jinakých výdajů. Naproti tomu však spatřuje rozdíl mezi těmito dvěma případy v různosti povinností po provedeném samovstupu. Avšak ani tyto, ani další, jím uváděné rozdíly mezi samovstupem komisionářovým a speditérovým, buď vůbec nelze zastávati, resp., jsou-li fakticky, nelze v nich spatřovati překážku v analogii uvedených předpisů; *singulérní*, toliko komise se týkající předpisy nelze ovšem na spedici vztahovati.

V případě samovstupu má, jak jsme shora uvedli, speditér dvojí právní postavení: jako speditér a jako povozník; srov. Senckpiehl, Das Speditionsgeschäft, str. 309.[55]) Před tím, než vstoupí v přepravní smlouvu (o perfekci samovstupu disposicí speditéra platí obdobně totéž co bylo uvedeno při komisi), jest vůči zasilateli toliko v právním poměru spedičním; ručí jmenovitě za spediční zboží, jehož přepravu má obstarati, toliko v případě, že nepostupoval s péčí řádného kupce; má se pak vůbec postarati o všechna opatření, jež obstarati je povinen vzhledem k zajištění přepravy spedičního zboží ve smyslu spedičního příkazu.

Platí tu tedy zcela obdobně totéž, co jsme uvedli o stadiu komisního poměru před tím, než došlo k pravoplatnému provedení komisionářova samovstupu.

Právní poměr spediční však obdobně, jak tomu jest v případě komisionářova samovstupu, nezaniká provedením samovstupu, nýbrž trvá i po provedeném samovstupu, arci již jen rámcově, resp. supletorně (srov. Burchard, cit. spis, str. 349: „Soweit nicht die Transportführung, als die eigentliche Tätigkeit des Frachtführers in Frage kommt, haftet der Spediteur bei Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes"; velmi výstižně se o věci vyjadřuje Senckpiehl v cit. spise str. 313).

Po tom, co speditér jako samokontrahent v přepravní smlouvu vstoupí, má arci práva a povinnosti povozníkovy (jmenovitě sluší uvésti, že takový speditér neztrácí své zástavní právo na zboží již momentem jeho odevzdání, nýbrž teprve po uplynutí tří dnů po jeho odevzdání, předpokládajíc, že se zboží ještě nachází v držení příjemce nebo třetí osoby, jež je drží pro příjemce, a bylo-li zástavní právo během řečené lhůty soudně uplatněno; speditér-samokontrahent ručí dále, jak již uvedeno, jako povozník za ztrátu a poškození zboží, rovněž ručí za své lidi a za podpovozníky — při průběžném nákladním listu ručí všichni povozníci, tedy i event.

[55]) Na uvedeném místě praví *Senckpiel*: „Während dieses Stadiums (scil. po provedeném samovstupu) besteht aber das speditionsrechtliche Verhältniss fort. Das zeigt sich darin, dass er etwa auf Grund seiner Stellung als Frachtführer nicht diejenigen Leistungen verlangen darf, die er als Spediteur übernommen hat, z. B. die Beschaffung des Frachtbriefes und der übrigen Begleitpapiere". Uvedené vztahuje se sice na říšskoněmecký obch. zák., ale je vzhledem k obdobě příslušných ust. s ust. našeho obch. zák. pro naše tvrzení aktuelní.

speditéři-samokontrahenti, na takové přepravě súčastnění, solidárně — bez ohledu na to, zda přepravu provádějí dopravními prostředky svými nebo k tomu cíli najatými).

Proti speditérovi-samokontrahentovi může destinatář uplatňovati — tak jako proti jinakému povozníkovi — práva z přepravní smlouvy, spec. může žádati na něm vydání zásilky (jinak, jak výše uvedeno, nemůže destinatář bez dalšího vůči speditérovi z *titulu nákladního poměru* ničeho pohledávati).

Jak shora uvedeno, jest speditérovo právo na samovstup obdobné s komisionářovým právem na samovstup i platí ohledně něho obdobně ustanovení samovstupu komisionářova se týkající, pokud nejde o *singulérní, toliko komise se týkající normy*. To platí jmenovitě i v otázce vzniku a zániku tohoto práva (platí i tu, že speditérův samovstup přichází k místu prohlášením speditérovým; souhlasiti proto třeba se Staubem — srov. cit. Kommentar II. díl, str. 500, — který za nesprávný považuje výklad Burcharda („Das Recht der Spedition, str. 348), jakoby speditér až do provedení samovstupu nebyl na svoje prohlášení vázán; singulérní ustanovení článku 377 obch. zák. a dále 3 odst. čl. 376 toliko na komisi se vztahující, nelze arci bez dalšího na spedici, recte na samovstup speditérův vztahovati i jest v tom směru opět s Burchardem souhlasiti; opačně soudí Cannstein, však nedůsledně, ježto jinak singulérní, toliko komise se týkající ust. 3. odst. čl. 376 pro obor spedičních obchodů vylučuje, ba vůbec tvrdí — cit. spis, II. díl, str. 176 — že čl. 376 je, pokud jde o spedici, nahrazen ustanovením čl. 385).

Od případu samovstupu speditérova třeba odlišovati případ, kdy speditér na základě zvláštní (samostatné) smlouvy převezme dopravu spedičního zboží za pevnou sazbu; tu jde o smlouvu povoznickou, nikoli spediční (Senckpiehl označuje ji v cit. spise, str. 314 jako „Übernahmevertrag").

Podle našeho obch. zák. není právo samovstupu speditérova převzetím delcrede-ručení vyloučeno; není překážek proti kombinaci případů, normovaných v čl. 384 a 385 obch. zák.

Obdobně jako náš obchod. zákon upravuje i německý obch. zák. v § 412 samovstup speditérův: speditér je ve smyslu tohoto

ustanovení oprávněn, není-li jinak ustanoveno, přepravu zboží sám provésti. V tom případě má práva i povinnosti povozníkovy, může však též požadovati kromě speditérské provise a úhrady spedičních výdajů i obyčejné dovozné (na rozdíl od našeho obch. zák. ručí dle něm. obch. zák. povozník, jen když nepostupoval s péčí řádného povozníka; nenastává tudíž vzhledem k tomuto ustanovení zhoršení právní posice speditéra ve smyslu něm. obch zák. po provedeném samovstupu v tom rozsahu jako tomu je dle našeho obch. zák.).

Francouzský Code de commerce nemá o samovstupu komisionáře přepravy positivního ustanovení. Fakticky ovšem dochází k provedení přepravy komisionáři přepravy, tedy speditéry, u tak zv. entrepreneurs de transport, kteří pak vstupují v práva a povinnosti povozníkovy.

Dosavadní italský obch. zák. postrádá zvláštních ustanovení o spedici vůbec a tedy i o samovstupu speditérově; arci v doktrině právní, jež spedici posuzuje jako případ komise, není proti samovstupu speditérovu podle obdoby samovstupu komisionářova námitek.

Osnova nového italského obch. zák. má ustanovení o speditérově samovstupu v čl. 407, jenž zní: „Salvo convenzione contraria, lo spedizioniere è autorizzato ad assumere in proprio nome, con mezzi propri o altrui il trasporto convenuto, perchè ne renda edotto il mittente senza ritardo. In questo caso egli assume la responsabilità di vettore ed ha diritto, oltre alla provvigione, al prezzo di trasporto computato secondo le tariffe legali od usucali in vigore per il mezzo di trasporto impiegato o, in mancanza di queste, secondo la determinazione che ne verrà fatta dall' autorità giudiziaria." Jak uvádí příslušná důvodová zpráva, je toto ustanovení obdobné ustanovení čl. 389 osnovy, jednajícímu o samovstupu komisionáře. Obdoba se samovstupem komisionářovým dána je zde i tím, že speditér-samokontrahent může účtovati povozné jen dle zákonného tarifu nebo obvyklé povozné.