

ČÁST TŘETÍ

NEJČASTĚJI UZAVÍRANÁ SMÍŠENÁ SMLOUVA

1 FRANCHISINGOVÁ SMLOUVA

1.1 Vymezení franchisingu

Pojem franchising se objevuje v České republice až po roce 1989. Pochází z francouzštiny, kde se slovo „la franchise“ používalo v souvislosti s privilegiem, která král uděloval významným osobnostem. Těmito privilegiem jim král udělil monopolní právo za odměnu produkovat výrobky ve státním zájmu nebo obchodovat s určenými výrobky na vymezeném území. V dnešním významu se s pojmem začalo operovat až na počátku 20. století, když získalo komerční význam jakožto právo, které původně náleželo jinému subjektu.²³⁸ Ke značnému rozšíření franchisingu dochází po druhé světové válce především v USA jakožto účinné metody distribuce výrobků a služeb.²³⁹ Franchising se stal speciální metodou podnikání, která umožnila začínajícím podnikatelům podnikat s minimalizací rizika souvisejícího s podnikáním a již existujícím podnikatelům pomohla v boji s konkurencí. V USA je přibližně jedna třetina maloobchodů provozována na základě franchisingu.²⁴⁰

V současnosti existuje několik definic franchisingu. Často uváděnou definicí je ta od Německého franchisingového svazu: „Franchising je vertikálně – kooperativně organizovaný odbytový systém právně samostatných podnikatelů na bázi smluvních dlouhodobých závazků.“²⁴¹ Definice Evropské franchisingové federace, kterou používá i Česká asociace franchisingu, zní následovně: „Franchising je odbytový systém, jehož prostřednictvím se uvádějí na trh výrobky, služby nebo technologie. Opírá se o úzkou a nepřetržitou spolupráci právně a finančně samostatných a nezávislých podniků franchisora a jeho franchisee. Franchisor zaručuje svým franchisee právo a zároveň jim ukládá povinnost provozovat obchodní činnost v souladu s jeho koncepcí.“²⁴² Podle doporučení Mezinárodní asociace

²³⁸ BUREŠOVÁ, J. Franchising. *Právní rozhledy*. 1997, č. 7, s. 385 a násl.

²³⁹ Synonymem franchisingu se stal řetězec restaurací rychlého občerstvení McDonald's, který vznikl v roce 1955 v USA a postupně se začal rozšiřovat po celém světě.

²⁴⁰ ŘEZNIČKOVÁ, M. *Franchising. Podnikání pod cizím jménem*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 2–3.

²⁴¹ Deutscher Franchise-Verband e.V.: Franchising. München, 1992, s. 1.

²⁴² Český institut pro franchising [online]. Dostupné z: <http://www.ifranchising.cz/franchising.php?id=definice> [cit. 14. 3. 2021].

amerických franchisorů je franchising vymezen jako „smlouva nebo dohoda, ústní nebo písemná, mezi dvěma nebo více partnery, kde: a) se franchisantovi poskytuje právo podle marketingového plánu sestaveného franchisorem, poskytovat služby a/ nebo prodávat výrobky, a b) řízení podnikání podle určitých plánů nebo systémů je spojeno s označením výrobků, služeb a obchodního jména, reklamních a obchodních symbolů, pomocí kterých jsou jednotliví franchisoři nebo smluvní podnikatelé rozeznatelní, a c) franchisant se zavazuje přímo nebo nepřímo platit konkrétní částku za poskytnutí franchisingu“.²⁴³ V českých poměrech podal definici franchisingu Vrchní soud v Praze, když vymežil, že se jedná o formu podnikání, kdy předmětem franchisingové smlouvy je poskytnutí výrobního nebo obchodního know-how a dalších průmyslových práv poskytovatelem příjemci za to, že příjemce výsledky svého podnikání uvede na trh. Obě smluvní strany se stávají partnery, jde o vertikální dlouhodobý vztah, přinášející oběma zisk a vyvážené výhody. Příjemce podniká pod jménem poskytovatele zavedeným na trhu a s jeho pomocí, získává právo užívat jeho ochrannou známku, image, zkušenosti. Poskytnutá licence příjemce opravňuje k provozování vlastního podniku na základě ověřeného podnikatelského konceptu poskytovatele, jeho know-how a pod jeho jménem. Poskytovateli pak náleží jednorázový poplatek za poskytnutí licence a průběžný franchisingový poplatek z měsíčního obrátu (nebo z čisté tržby, hrubých výnosů apod.), stanovený procentuálně.²⁴⁴ Franchising podobně jako forfajting obsahuje velmi často mezinárodní prvek. Tuto smlouvu totiž nejčastěji uzavírají velké, nadnárodní společnosti sídlící v určitém státě s menšími podnikateli ze státu jiného (např. KFC, YVES ROCHER, Potrefená husa a další).²⁴⁵ Pro účely této publikace budu však nadále pracovat s franchisingovými smlouvami toliko vnitrostátními (tj. bez mezinárodního prvku).

1.2 Výhody a nevýhody uzavření franchisingové smlouvy

V uzavření franchisingové smlouvy vidím především výhody pro obě smluvní strany, tedy jak pro franchisora²⁴⁶, tak pro franchisanta.²⁴⁷ Mezi výhody pro franchisora lze řadit:

- a) rychlé uplatnění jedné myšlenky s malými náklady;²⁴⁸
- b) vytvoření vlastní struktury odbytové sítě;

²⁴³ ŠTENSOVÁ, A., GIERATOVÁ, Z. *Viete čo je franchising?* Bratislava: Vydavateľství Elita, 1991, s. 40.

²⁴⁴ Rozsudek Vrchního soudu v Praze sp. zn. 7 A 170/95-36 ze dne 28. 4. 1998.

²⁴⁵ ONDREJOVÁ, D. Smlouva o reklamě. *Právní fórum*. 2006, č. 6, s. 189 a násled.

²⁴⁶ Franchisový poskytovatel.

²⁴⁷ Franchisový příjemce.

²⁴⁸ Také se používá slovního spojení „jednou vymyšlené stokrát prodat“.

- c) získání příjmů pro vývoj know-how a jednotlivých prvků franchisingu;
- d) odbytová jistota;
- e) posílení image firmy franchisora apod.

Pro franchisanta je to výhodné z těchto důvodů:

- a) rychlý přístup na trh;
- b) větší jistota v podnikání;
- c) získání rozsáhlého know-how prostřednictvím vzdělávání, které zajišťuje franchisor, apod.

Mezi nevýhody pro franchisora můžeme zařadit:

- a) nižší míra kontroly;
- b) tlak franchisanta, který se snaží prosadit i prodej jiných výrobků než těch, které mu poskytuje franchisor;
- c) budoucí konkurence pro franchisora;
- d) riziko prozrazení know-how apod.

Nevýhodami pro franchisanta může být:

- a) omezení podnikatelské samostatnosti;
- b) neustálá kontrola franchisorem;
- c) platba franchisingových poplatků;
- d) jednotná image firmy s franchisorem apod.²⁴⁹

1.3 Franchisingová smlouva jako smlouva inominátní či smíšená

Franchisingová smlouva v rámci stávající právní úpravy není uvedena jako samostatný smluvní typ ve čtvrté části hlavě II občanského zákoníku. Můžeme tak tuto smlouvu automaticky považovat za inominátní smlouvu? Vrchní soud v Praze judikoval, že franchisingovou smlouvu je nutno mít za inominátní smlouvu, která však nesmí svými ustanoveními odporovat zákonům nebo je obcházet. Zároveň ovšem uvedl, že smlouva sama obsahuje prvky různých smluvních typů (např. licenční smlouvy, nájemní smlouvy, smlouvy o použití know-how).²⁵⁰ Burešová dodává, že může obsahovat také prvky smlouvy leasingové, případně smlouvy o obchodním zastoupení.²⁵¹ V rámci výkladů výše (část první kapitola 3: Inominátní smlouvy a smlouvy smíšené) jsem uvedl, že smíšenou smlouvu nepodřazují pod

²⁴⁹ K dalším výhodám a nevýhodám franchisingu lze odkázat na publikaci Řezníčkové, viz ŘEZNIČKOVÁ, M. *Franchising. Podnikání pod cizím jménem*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 15–22.

²⁵⁰ Rozsudek Vrchního soudu v Praze čj. 7 A 170/95-36 ze dne 28. 4. 1998.

²⁵¹ BUREŠOVÁ, J. *Franchising. Právní rozhledy*. 1997, č. 7, s. 385 a násl.

nepojmenovanou smlouvou. Je třeba si tak určit, zda se jedná spíše o smlouvu nepojmenovanou, nebo smíšenou. Trend je takový, že se v poslední době začíná mluvit o franchisingové smlouvě čím dál více jako o smlouvě smíšené.²⁵² Může se tak dle mého soudu jednat o smlouvu smíšenou, nicméně velmi komplikovanou. Smluvní strany tak zkombinují smluvní typy, jimiž se chtějí řídit tzv. bez dalšího (např. licence, nájem prostor sloužících podnikání), dále smluvní typy, jimiž se chtějí řídit částečně, kdy vyberou toliko konkrétní ustanovení pojmenované smlouvy (např. obchodní zastoupení), a dále mohou v rámci této smlouvy kombinovat i nepojmenované smlouvy (např. smlouva o reklamě).

Pokud jde o licenční smlouvu, domnívám se, že právní úprava této smlouvy bude plně použitelná. Podle § 2358 odst. 1 obč. zák. „licenční smlouvou poskytuje poskytovatel nabyvateli oprávnění k výkonu práva duševního vlastnictví (licenci) v ujednaném omezeném nebo neomezeném rozsahu a nabyvatel se zavazuje, není-li ujednáno jinak, poskytnout poskytovateli odměnu“. Dále bylo výše uvedeno, že franchisor kontroluje činnost franchisanta. Nejedná se ovšem o kontrolu ve smyslu § 2652 a násl. obč. zák., nýbrž je možné postupovat podle právní úpravy licence. Podle § 2366 odst. 2 obč. zák. „je-li výše odměny ujednána v závislosti na výnosech z využití licence, umožní nabyvatel poskytovateli kontrolu příslušných účetních záznamů nebo jiné dokumentace ke zjištění skutečné výše odměny“. Podle § 119 obč. zák. „právní osoby vedou spolehlivé záznamy o svých majetkových poměrech, i když nejsou povinny vést účetnictví podle jiného právního předpisu“. Toto ustanovení dává franchisorům možnost lépe kontrolovat franchisanta, neboť ten musí *ex lege* vést spolehlivé záznamy o svých majetkových poměrech. Protože dle § 2358 odst. 2 obč. zák. „(licenční) smlouva vyžaduje písemnou formu“, domnívám se, že i franchisingová smlouva musí být uzavřena v písemné formě, neboť úprava licence se na tuto smlouvu vztáhne podle mě vždy. Dalším znakem franchisingu je, že franchisantovi je často poskytováno určité know-how. Opět si dle mého mínění vystačíme s úpravou licenční smlouvy v občanském zákoníku, když podle § 2368 odst. 1 obč. zák. „nabyvatel utají před třetími osobami podklady a sdělení, jichž se mu od poskytovatele dostalo, ledaže ze smlouvy nebo z povahy podkladů a sdělení vyplývá, že poskytovatel nemá na jejich utajování zájem“.

Pokud má franchisant od franchisora pronajaty obchodní prostory, užije se dále právní úprava nájmu prostoru sloužícího k podnikání (§ 2302 a násl. obč. zák.). Aplikovatelný na franchising by mohl být například § 2307 obč. zák., podle kterého „nájemce může s předchozím souhlasem pronajímatele převést nájem v souvislosti s převodem podnikatelské činnosti, již prostor slouží; souhlas pronajímatele i smlouva o převodu nájmu vyžadují písemnou formu“. Stejně tak je plně

²⁵² BAŤKA, M. Vliv rekodifikace na franchisingovou smlouvu. *Právní fórum*. 2011, č. 8, s. 362 a násl.

využitelný § 2315 obč. zák. (náhrada za převzetí zákaznické základny), podle kterého „skončí-li nájem výpovědí ze strany pronajímatele, má nájemce právo na náhradu za výhodu pronajímatele, nebo nového nájemce, kterou získali převzetím zákaznické základny vybudované vypovězeným nájemcem. Nájemce toto právo nemá, byl-li z nájmu vypovězen pro hrubé porušení svých povinností.“ Domnívám se, že hrubé porušení povinností bude muset souviset s nájemní smlouvou, nebude možné tak vypovědět franchisingovou smlouvu zahrnující v sobě nájemní smlouvu, protože například franchisant nezplatí odměnu, kterou má povinnost zaplatit podle licenční smlouvy zahrnuté rovněž do franchisingové smlouvy. Důvodem tak může být spíše například několikaměsíční neuhrazení nájemného apod. Opět platí, že tato smlouva je převzata do franchisingové smlouvy jako celek, ovšem nemusí být vůbec součástí franchisingové smlouvy, a to za předpokladu, že franchisor nepronajímá franchisantovi jeho obchodní prostory.

Smluvní strany si budou chtít dále vypůjčit některá ustanovení z právní úpravy obchodního zastoupení. Jedná se zejména o vymezení rozhodného území (§ 2485 obč. zák.) a ujednání konkurenční doložky (§ 2518 obč. zák.). Domnívám, že pokud si vymezí rozhodné území a ujednají konkurenční doložku tak, že pouze prohodí označení smluvních stran, tedy namísto obchodního zástupce a zastoupeného uvedou franchisor a franchisant, neznamená to, že *en bloc* přejaly právní úpravu obchodního zastoupení do smlouvy. Zároveň tímto neobcházejí kogentní ustanovení právní úpravy obchodního zastoupení (§ 2519 obč. zák.), což je patrné z povahy franchisingové smlouvy; účelem uzavření takové smlouvy není v žádném případě obějití kogentních ustanovení obchodního zastoupení.

Další smlouvou zahrnutou do franchisingové smlouvy je smlouva o reklamě a propagaci. Ta může mít dle Ondřejové různou podobu, přičemž nejčastěji se bude jednat o smlouvu o dílo nebo smlouvu inominátní.²⁵³ Franchisor zpravidla zajišťuje reklamu, propagační služby a marketing. Záleží potom na obou stranách, jak si otázku reklamy upraví. Většinou franchisor zajišťuje celostátní reklamu (celostátní masmédiá) a regionální a místní reklamu ponechá na franchisantovi.²⁵⁴ Franchisant se v takové smlouvě zpravidla zaváže, že bude činit kroky, které povedou k propagaci jeho obchodního závodu, a to v souladu s reklamou prováděnou franchisorem. Plynou z toho výhody jak franchisorovi, tak franchisantovi. Pro franchisora je výhodou zajištění své propagace na regionální úrovni, zatímco pro franchisanta je výhodou, že může těžit z celostátní reklamy franchisora. Smlouva o dílo dle § 2586 obč. zák. mi na danou smlouvu příliš nepasuje, neboť se jedná spíše o soustavou činnost a rozhodující je právě činnost, nikoliv výsledek, kterého by mělo být dosaženo právě uzavřením smlouvy o dílo. V tomto by se smlouva o reklamě

²⁵³ ONDŘEJOVÁ, D. Smlouva o reklamě. *Právní fórum*. 2006, č. 6, s. 189 a násled.

²⁵⁴ BUREŠOVÁ, J. Franchising. *Právní rozhledy*. 1997, č. 7, s. 385 a násled.

spíše přibližovala smlouvám příkazního typu, když tyto smlouvy směřují k obstarání určité záležitosti a podstatná je činnost, resp. vyvinout úsilí v záležitosti jiného (např. viz § 2438 odst. 2 věta první obč. zák.).²⁵⁵ Je možné si tak vypůjčit například některá ustanovení příkazu, nicméně nelze podle mě tvrdit, že smlouva o reklamě je příkazní smlouvou, když v případě smlouvy o reklamě se jedná o propagaci dlouhodobějšího rázu (např. i v řádu let), zatímco příkazní smlouva je uzavírána za účelem obstarání záležitosti. Proto se domnívám, že smlouva o reklamě a propagaci je inomínátní smlouvou, a není tedy ani smlouvou o dílo, ani smlouvou příkazního typu.

1.4 Vlastní vymezení franchisingové smlouvy autorem

Franchisingová smlouva je tak dle mého názoru smlouvou, která v sobě mísí několik smluvních typů – pojmenovaných i nepojmenovaných. Jedná se o smlouvu, kde vystupují na obou stranách smluvního vztahu podnikatelé – franchisor a franchisant. Z této smlouvy plynou práva a povinnosti oběma smluvním stranám, jedná se tedy o synallagmatickou smlouvu. Mísí v sobě tyto pojmenované smlouvy: licenční smlouva (obligatorně), smlouva o nájmu prostor sloužících k podnikání (fakultativně), smlouva o obchodním zastoupení (stran konkurenční doložky a rozhodného území). Dále v sobě tato smlouva mísí nepojmenované smlouvy: smlouva o reklamě a propagaci (obligatorně), další nepojmenované smlouvy, které mohou, ale také nemusí mít podstatné náležitosti zavedené praxí.

²⁵⁵ PILÍK, V. *Příkazní smlouva*. ASPI ID: MN145CZ [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 17. 3. 2021].