

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE  
PRÁVNICKÁ FAKULTA

ROZHODNÉ PRÁVO V ZÁVAZKOVÝCH VZTAZÍCH  
Z MEZINÁRODNÍHO OBCHODU

DISERTAČNÍ PRÁCE

JUDR. PETER RADOŠOVSKÝ

Knihovna UK PF



3125070648

DISERTAČNÍ PRÁCE

JUDR. PETER RADOŠOVSKÝ

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE  
PRÁVNICKÁ FAKULTA  
Katedra obchodního práva

Specializace: Soukromé právo I  
Školitel: Prof. JUDr. Zdeněk Kučera, DrSc.

Datum odevzdání práce: 15.6.2006  
Datum obhajoby: \_\_\_\_\_

Praha 2006

Prohlášení:

Já, níže podepsaný JUDr. Peter Radošovský, M.I.L.E., prohlašuji na svou čest, že jsem tuto disertační práci vypracoval samostatně, s využitím studijního materiálu, jehož zdroje jsou obsaženy v seznamu použité literatury.

V Praze dne 10.6. 2006

Ud. 10.6.06

---

JUDr. Peter Radošovský

# Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu

## Obsah:

1. Úvod	8
2. Smluvní autonomie a volba práva	11
2.1. Historie autonomie	11
2.2. Zdroj autonomie	14
2.3. Podmínky a omezení výkonu autonomie	15
2.4. Volba práva, resp. volba právního řádu, vyloučení renvoi	20
2.5. Časová charakteristika zvoleného právního řádu	20
2.6. Dobrá víra a legálnost volby práva	22
2.7. Volba práva a platnost, resp. existence smlouvy	22
2.8. Právo na učinění volby práva, existence, formulace a interpretace klauzule o volbě práva	23
2.9. Vztah volby práva k volbě místa řešení sporu	25
2.10. Dodatečná volba práva, změna (volby) práva	25
2.11. Odvozená (implikovaná) volba práva, volba práva mlčky, problém tichého souhlasu	27
2.12. Volba několika právních řádů	29
2.13. Autonomie v českém právním řádu	31
3. Pravidla určení rozhodného práva	32
3.1. Úvod	32
3.2. Hmotné normy v oblasti závazkových vztahů	32
3.2.1. Přímě použitelné normy podle mezinárodních úmluv obecně	32
3.2.1.1. Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží	33
3.2.1.2. Úmluva OSN o promlčení při mezinárodní koupi zboží	36
3.2.1.3. Úmluva o zastoupení při mezinárodním prodeji zboží	38
3.2.1.4. Úmluva o faktoringu	39
3.2.1.5. Úmluva o finančním leasingu	40
3.2.1.6. Úmluvy o dopravě	42
3.2.1.7. Úmluva o přepravní smlouvě v mezinárodní cestní nákladní dopravě-CMR	43
3.2.1.8. Úmluva o mezinárodní železniční dopravě - CIM/COTIF	44
3.2.1.9. Varšavská úmluva	45
3.2.1.10. Námořní a říční přeprava	46
3.3. Kolizní normy obecně	47
3.3.1. Římská úmluva o právu použitelném na smluvní vztahy	47
3.3.1.1. Úvod	47
3.3.1.2. Výklad a rozsah Římské úmluvy	48
3.3.1.3. Volba práva obecně, dépeçage	53

3.3.1.4. Možnosti změny a dodatečného určení rozhodného práva, kogentní normy	55
3.3.1.5. Rozhodné právo při neučinění volby	56
3.3.1.6. Smlouvy o dispozicích s předměty duševního vlastnictví	60
3.3.1.7. Nutně použitelné normy podle článku 7	63
3.3.1.8. Materiální a formální platnost smlouvy	64
3.3.1.9. Rozsah použitelného práva	67
3.3.1.10. Výhrada veřejného pořádku	73
3.3.1.11. Další vývoj	73
3.3.2. Haagská úmluva o právu použitelném na zastoupení	79
3.3.3. Principy určování rozhodného práva podle národních právních úprav v případě neučinění volby práva	80
3.4. Nutně použitelné normy, výhrada veřejného pořádku	83
3.4.1. Označení, charakteristika a obsah nutně použitelných norem	83
3.4.2. Identifikace, definice a kritéria použití nutně použitelných norem	86
3.4.3. Nutně použitelné normy lex cause	88
3.4.4. Nutně použitelné normy třetího státu obecně	89
3.4.4.1. Kritéria použití nutně použitelných norem třetího státu	90
3.4.4.2. Nutně použitelné normy třetího státu a arbitráž	95
3.4.5. Výhrada veřejného pořádku, vztah nutně použitelných norem k výhradě veřejného pořádku	95
3.4.6. Závěr	97
4. Lex mercatoria	98
4.1. Úvod	98
4.2. Definice lex mercatoria	99
4.3. Charakteristika a nároky kladené na obsah	100
4.4. Uznání lex mercatoria ze strany národních právních řádů	101
4.4.1. Uznání ze strany soudu	101
4.4.2. Uznání ze strany arbitrážních orgánů	103
4.5. Tradiční náhled a kritika lex mercatoria	107
4.6. Limity kolizních a hmotných norem národního (mezinárodního) práva	115
4.7. Snahy o formulování nenárodních pravidel mezinárodního obchodu	117
4.7.1. Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT (PICC)	117
4.7.1.1. Obsah PICC	119
4.7.1.2. Možnosti použití PICC, forma odkazu	121
4.7.2. Zásady Evropského smluvního práva Landovy komise	123
4.8. Další možnosti vývoje - kodifikace lex mercatoria	124
5. Závěr	126
Seznam použité literatury	131

ROZHODNÉ PRÁVO  
V ZÁVAZKOVÝCH VZTAZÍCH  
Z MEZINÁRODNÍHO OBCHODU

## 1. Úvod

Tématem této disertační práce jsou vybrané otázky rozhodného práva v závazkových vztazích mezinárodního obchodu. Problematika pravidel určování a používání právního řádu rozhodného pro smluvní vztahy s mezinárodním prvkem patří k nejdůležitějším otázkám mezinárodního práva soukromého.

Rozvoj mezinárodní obchodní výměny s sebou přinášel a přináší základní problém určení právního řádu použitelného pro ten který smluvní vztah. V rámci smlouvy jsou konfrontovány nejenom zájmy subjektů usilujících o vymezení pravidel vzájemného chování, ale i zájmy suverénních států, kterým jsou dané subjekty podřízeny. Proto se v případě norem upravujících otázky rozhodného práva nemůže jednat pouze o určení práva bez dalšího, nýbrž o funkční systém a vztah k jiným potencionálně konkurenčním právním systémům. Závazkové vztahy s mezinárodním prvkem tedy nastolují obecný problém sladění zájmů, kde je otázka vztahu norem národních právních řádů spojena s potřebou nalezení řešení s ohledem na zájmy a postavení smluvních stran.

Smluvní strany vstupují při provádění své podnikatelské činnosti do vztahů, kde dochází k překonávání principu teritoriality a de facto i personální výlučné moci státních suverénů. Na tuto situaci se národní právní řády snaží reagovat úpravou, jejímž základním účelem by mělo být předcházení vzájemným konfliktům národních právních řádů při určování rozhodného práva. Hlavním problémem však zůstává koordinace daných pravidel, nerozpornost principů, sladění výsledků působení jednotlivých norem a tím zajištění právní jistoty při naplňování principu spravedlnosti. Národní právní řády musí počítat s potencionálně konfliktní úpravou v rámci jiných národních právních režimů. To by obecně mělo vést k potřebě určité reflexe zájmu cizího státu ve své vlastní normotvorbě.

V rámci určitých okruhů vztahů přitom státy dosáhly koordinace ve formě jednotných (unifikovaných) pravidel o určování rozhodného práva v podobě metody kolizní, nebo dokonce přímo ve formě dohody o obsahu rozhodného práva v podobě metody přímé. Dosažení dané úrovně bylo a je podmíněno mírou nutnosti dohody o daném souboru otázek s ohledem na ekonomickou potřebu racionalizace právní úpravy a určitou minimální mírou blízkosti konceptů jednotlivých zúčastněných právních kultur.

Výše uvedená úroveň harmonizace či dokonce unifikace norem určujících či dokonce obsahujících rozhodné právo však není ani zdaleka úplná. Svrchované státy našly „společnou řeč“ pouze v rámci vybraných otázek mezinárodní obchodní výměny za podpory mezinárodních organizací, v rámci jejichž činnosti proběhly a probíhají přípravné práce na textech mezinárodních instrumentů. Jinak v oblastech neupravených mezinárodními úmluvami vycházejí národní právní řády především ze základního postulátu svrchované moci, kdy tvorba norem slouží primárně zájmům státu, mimo jiné

vzhledem k existenci stejného zájmu ze strany kteréhokoli jiného suveréna.

Odstředivé tendence tedy přetrvávají navzdory faktu, že především v posledním období je možno i v rámci národních právních řádů pozorovat tendence k zohlednění potřeby právní úpravy, která je v souladu s právními úpravami jiných států. Tyto tendence jsou základem výše uvedeného žádoucího souladu, jehož podstatou je komplexnost pravidel schopných regulovat dané vztahy a nerozpornost těchto pravidel. To nevyhnutelně předpokládá přinejmenším obdobnou úpravu základních principů v oblasti mezinárodního práva soukromého v rámci jednotlivých národních právních řádů.

Tato práce se zaměřuje na analýzu současného stavu v oblasti rozhodného práva v závazkových vztazích mezinárodního obchodu, především na okruh otázek, které patří podle autora mezi nejzávažnější. Práce vychází ze základní hypotézy, že mezinárodní regulace, jakož i obsah národních úprav v oblasti smluvního práva s mezinárodním prvkem, je nedostatečná jak z pohledu výsledků metody přímé, tak i metody kolizní, a to i z toho důvodu, že možnosti tradiční kodifikace přímých či kolizních norem jsou omezené. Přitom disertační práce není komplexní analýzou všech důležitých otázek rozhodného práva v závazkových vztazích mezinárodního obchodu, což vzhledem k rozsahu práce ani není možné. Analyzovaná témata byla zvolena především s ohledem na ověření výše uvedené hypotézy.

Práce se úvodem zabývá principiální otázkou smluvní autonomie a možností v rámci volby práva, neboť tato otázka v podstatné míře určuje prostor, který je smluvním stranám obecně dán k určování vzájemných pravidel. Analýza otázek autonomie má však rovněž význam pro úvahu nad otázkou *lex mercatoria* (viz níže). V rámci rozboru problému smluvní autonomie a volby práva jsou pojednány nejtypičtější otázky jako zdroj a podstata autonomie a různé varianty volby práva (dodatečná volba práva, změna (volby) práva, odvozená volba práva atd.).

V další kapitole o pravidlech určení rozhodného práva jsou analyzovány výsledky unifikačních snah jak v oblasti metody přímé, tak i v oblasti metody kolizní. V prvním případě se jedná o mezinárodní úmluvy, které vesměs přímo upravují kupní smlouvu či s ní souvisí, a o úmluvy z oblasti mezinárodní přepravy. Předmětem zájmu zde nicméně nejsou normy přímo upravující práva a povinnosti smluvních stran, nýbrž otázky záběru a rozsahu úmluv, včetně smluvního statutu, jakož i takové otázky jako počet států vázaných tou kterou úmluvou, problematika výhrad apod.

V rámci metody kolizní je největší pozornost věnována nejvýznamnějšímu výsledku současných unifikačních snah v evropském kontextu, Římské úmluvě o právu použitelném na smluvní vztahy. Podrobný rozbor Římské úmluvy je dán skutečností, že se jedná o unifikaci v rámci regionu, který prochází obdobím výrazné hospodářské a



politické integrace, kde jsou předpoklady pro úspěšnou unifikaci relativně vysoké. Druhým důvodem je skutečnost, že sjednocení kolizních norem pro celý komplex smluvních vztahů je v evropském kontextu nahlíženo jako daleko reálnější cíl než je unifikace přímo použitelných hmotných norem. V rámci analýzy Římské úmluvy je specifická pozornost věnována dílčím otázkám, jako jsou např. smlouvy o dispozicích s předměty duševního vlastnictví. Právě s ohledem na Římskou úmluvu je na problematiku principů určení rozhodného práva v případě neučinění volby práva podle národních právních úprav kladen menší důraz.

Značná pozornost je naopak věnována nutně použitelným normám, včetně otázky nutně použitelných norem třetího státu, neboť tyto patří podle názoru autora mezi nejaktuálnější. Spolu s výhradou veřejného pořádku je problematika nutně použitelných norem pojednána samostatně, i když patří *stricto sensu* do oblasti hmotných norem v rámci podkapitoly 3.2. Významnou oblastí je konečně charakteristika, obsah a místo *lex mercatoria* v současných vztazích mezinárodního obchodu, jeho uznání a legitimita, a především jeho perspektivy do budoucna. Důležitost těchto otázek je podložena druhou hypotézou, ze které tato práce vychází - *lex mercatoria* nabízí možnosti překonávání limitů kolizní i přímé metody národního či mezinárodního práva.

Tato disertační práce byla koncipována jako diskuse o výše uvedených problémech z pokud možno globálního pohledu. Nicméně největší pozornost je věnována úpravě v rámci evropského, resp. amerického kontinentu, i s ohledem na dostupnou literaturu. To je rovněž jeden z důvodů pro relativně významné místo věnované právní úpravě v rámci oblasti *common law*, především co se týče norem anglického práva. Za druhé, anglické právo jako právní řád spadající do oblasti *common law* vykazuje určité odlišnosti od kontinentálních právních řádů Evropy. Integrační úsilí je tedy nutně doprovázeno konvergencí systémů *civil law* a *common law*.

Jednotlivé tematické okruhy této práce není možno s ohledem na jejich propojenost striktně oddělit. Proto se dílčí otázky té které kapitoly objevují i v kapitole jiné. To se týká Římské úmluvy o právu použitelném na smluvní vztahy, která je zmiňována také v úvodní kapitole o smluvní autonomii a volbě práva i jinde, dále *lex mercatoria*, národních úprav v rámci metody kolizní apod.

## 2. Smluvní autonomie a volba práva

### 2.1. Historie autonomie

Jedním z prvních představitelů právní vědy zabývajících se otázkou volby práva a autonomie byl statutista Bartolus (1314 - 1347), který prosazoval jako prvé pravidlo pro určení rozhodného práva *locus regit actum* v závislosti na tom, zda se jednalo - podle tradičního římského dělení právního řádu - na oblast týkající se osob. V tom případě zavazoval národní právní řád všechny obyvatele bez ohledu na to, kde se nacházejí. Pokud šlo o věci, v tom případě se právo státu vztahovalo na věci na jeho území a pokud o jednání, na všechny, kdo dané jednání na jeho území učinili.

Za původce konceptu smluvní autonomie je považován francouzský právní vědec Dumoulin (1501 - 1566), který spíše než k principu *locus contractus* inklinoval k subjektivnímu, předpokládanému úmyslu stran. Huber, stejně jako statisté, vycházel z principu *lex contractus*, ale činil již i určitou kvalifikaci, když rozvinul jejich pravidlo, že „místo uzavření smlouvy nemá být uvažováno absolutně, neboť pokud měly strany na mysli právo jiného místa v době uzavření smlouvy, tak má toto právo přednost“.

*Obiter dictum* soudce Lorda Mansfielda ve věci *Robinson v. Bland* je považováno za zdroj autonomie v anglickém právním řádu. V daném případě se soudce zabýval teoretickou otázkou rozhodného práva v případě konfliktu anglického a francouzského práva a zohlednil přitom úmysl stran (k volbě práva anglického). Ve skutečnosti se však jednalo o implikovaný fiktivní úmysl stran, který v daném případě odpovídal zobjektivizovanému pojmu „the most real connection“. Jedná se tedy o objektivní test, ne subjektivní autonomii. Tento objektivní přístup se snažil lokalizovat smlouvu, přičemž úmysl a vůle stran je pro něj pouze jedním z faktorů pro určení rozhodného práva. Dokonce i v kontinentální Evropě se autonomie ve smyslu vědomé volby práva prosadila až na konci devatenáctého století.

V učení Huberově pokračoval i Story, podle něhož se stupeň autonomie nacházel na úrovni předpokládané volby práva místa uzavření smlouvy (*lex loci contractus*). Story i Savigny vnímali autonomii stran jako možnost určení místa plnění i jako klíč pro otázku řešení sporů a určení rozhodného práva. Na druhé straně se ale Nejvyšší soud Spojených Států již v roce 1882 ve věci *Pritchard v. Norton* přiklání více k možnosti přímé volby práva, přinejmenším v tom smyslu, že právo místa uzavření smlouvy může být vyloučeno volbou práva místa plnění a naopak, a to výslovným projevem vůle stran.

Prosazování se autonomie práva úzce souvisí s myšlenkami liberalismu, politické svobody a tržního hospodářství. Na druhé straně se autonomie těžko uplatňovala v době a ve společensko-politickém kontextu, kdy se více prosazovaly myšlenky teritoriální

suverenity. Jádrem moderních teorií autonomie a liberálního pohledu na možnosti smluvních stran je nová koncepce pohledu na smluvní vztah.

Zatímco dřívější koncepty vycházely z teze, že smlouvou strany vytvořily závazek, jehož obsah je dán především zákonem, moderní pohled vychází z představy smluvních stran jako legislátorů. Důsledkem tohoto pojetí je větší zaměření na subjektivní úmysl stran, než na důsledky jejich jednání.<sup>1</sup> Je to tedy vůle stran, která primárně tvoří smlouvu, je normotvorná a měla by být také „právoručující“. V tržním hospodářství je jenom logické, že strany tvoří smlouvu podle své vůle, a že by samy měly chránit své zájmy a znát všechna rizika. To je koneckonců v souladu s římskou zásadou *vigilantibus iura scripta sunt*.

Prvním, kdo obhajoval pozitivní a výslovnou volbu práva, byl Mancini (1817 - 1888), a to svým odmítnutím principu teritoriality. Mancini vycházel z principu, že tam, kde má stát zájem na blahu dané osoby, např. v otázce způsobilosti k právům a v jiných otázkách osobnostního charakteru, musí být rozhodným právem *lex patriae*, jinak ale mají strany právo zvolit si rozhodný právní řád. Teritorialita se prosazuje pouze v oblasti veřejného pořádku (*ordre public*). Doktrína politického a ekonomického liberalismu však našla větší odezvu až v první polovině dvacátého století. S ohledem na výše uvedenou souvislost autonomie a politické svobody s tržním hospodářstvím (resp. i s teritoriální suverenitou) není překvapující konstatování, že například v Jižní Americe byla po špatných historických zkušenostech jihoamerických států z dob minulých myšlenka autonomie po určité období zcela zavržena.

Nicméně téměř to samé je možno konstatovat v případě Německa a původně pozitivní postoj byl změněn rovněž ve Francii a ve Spojených Státech. Proto první *Restatement of the Conflict of Laws* neuznal právo stran mezinárodní smlouvy odklonit se od principu, že rozhodným právem je právo místa uzavření smlouvy. Povoleno bylo jenom inkorporovat ustanovení cizího práva do smluvních podmínek v míře, v jaké je to dovoleno právem místa uzavření smlouvy.<sup>2</sup> P. Nygh v otázce autonomie stran v polovině dvacátého století přirovnává vztah smluvních stran a zákonodárce ke vztahu provincie či oblasti k modernímu státu; smluvní strany mají určité možnosti tvořit smlouvu odkazem na jiné právo, ale suverénní moc tuto svobodu limituje a omezuje. Odmítání autonomie přetrvává v USA jako menšinový názor doposud.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 7, s odkazem na P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, str. 141

<sup>2</sup> Stanovisko soudce v případě *Louis Dreyfus v. Peterson Steamships Ltd*, 1930

<sup>3</sup> V rámci těchto názorů existují dvě skupiny: první, podepřena tzv. metodologií analýzy vládního zájmu, připouští nanejvýš volbu právního řádu pro interpretaci smlouvy, avšak s tím, že strany se rozhodnému právu nemohou vyhnout; druhá, ovlivněna lokalizačním přístupem, která vnímá možnost volby práva jenom jako faktor, který má být brán v úvahu při určení vhodného práva

Vzepětí skutečné autonomie práva bylo určeno známým rozhodnutím Privy Council ve věci *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, kde soudce Lord Wright potvrdil volnost stran zvolit si rozhodné právo v nejširším měřítku. Za podmínky bona fide a při omezení ze strany *ordre public* je dána stranám možnost zvolit si rozhodné právo. Byla tak odmítnuta lokalizace a nutná aplikovatelnost práva místa uzavření smlouvy a jeho kogentních pravidel. Obdobný přístup je patrný z rozhodnutí amerického Nejvyššího soudu ve věci *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, i když se rozhodnutí týkalo platnosti výběru jurisdikční klauzule. Od té doby se princip autonomie stran prosazuje v americkém právním řádu jako jeho součást a je vyjádřen ve druhém Restatementu, v *Uniform Commercial Code* atd.<sup>4</sup>

Rovněž Haagská úmluva o právu použitelném na mezinárodní prodej zboží z roku 1955 vychází z autonomie vůle stran a sloužila jako model pro články 3 a 4 Úmluvy o právu použitelném na smluvní vztahy z roku 1980 (Římské úmluvy). Haagská úmluva z roku 1955 je v platnosti pro Itálii, Belgii, Nigérii, Švýcarsko a severské státy. Na ní navazuje Úmluva o právu použitelném na smlouvy o mezinárodním prodeji zboží z roku 1986, která je propracovanější a obsažnější, nicméně doposud nevstoupila v platnost. V této souvislosti je jí vytýkáno „totéž, co výše uvedené úmluvě z roku 1955: příliš rigidní kolizní normy pro stanovení rozhodného práva mimo volbu.“<sup>5</sup> Z hlediska českého práva by přijetí této úmluvy znemožnilo aplikaci § 10 zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním v platném znění (ZMPS).

V dnešní době je tedy princip autonomie vůle (a to jak v podobě volby práva, tak volby místa řešení sporu) obecně uznáván.<sup>6</sup> Jak se uvádí v oficiální zprávě k Římské úmluvě, tento princip byl přijat všemi státy Evropského hospodářského společenství. Ještě průkaznější je v tomto smyslu čl. 2.1 rezoluce Institutu mezinárodního práva v Basileji z roku 1992. Tato rezoluce byla podpořena nejenom evropskými státy, ale i např. Japonskem, Izraelem, Egyptem a několika jihoamerickými státy. V obdobném smyslu je možno se zmínit o Meziamerické úmluvě o právu použitelném na mezinárodní smlouvy.<sup>7</sup> Vývoj dokládá pozitivní korelaci mezi liberalizmem a tržní ekonomikou a autonomií vůle stran.

Omezení smluvní autonomie po druhé světové válce je dáno nahrazením určité části smluvní regulace regulací správní. I proto se Atiyah<sup>8</sup> domnívá, že velkou část práv a

<sup>4</sup> The Restatement, (Second) of the Conflict of Laws, § 187, the Louisiana Civil Code, čl. 3540; kromě nich také v the American Law Institute's Final Draft of the Complex Litigation Project, 1993, § 5.02

<sup>5</sup> V. Týč, N. Rozehnalová, R. Záleský, Vybrané problémy mezinárodního práva soukromého v justiční praxi, Masarykova univerzita Brno, 1997, str. 48

<sup>6</sup> Jednou z výjimek je právní řád Jihoafrické republiky, kde je věc považována za otevřenou, viz P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 13, s odkazem na C. F. Forsyth, *Private International Law*, 3<sup>rd</sup> ed., 1996, str. 278 - 282

<sup>7</sup> *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts*, Mexico City, 1994

<sup>8</sup> P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1971

povinností smluvních stran tvoří nezamýšlená práva a povinnosti daná právním řádem, ne stranami smlouvy. Kruh se tak zdánlivě v určité míře uzavírá. Do popředí se v důsledku toho dostává ochrana vyváženého postavení obou stran jako smysl smluvního vztahu a ne ochrana získaných pozic. Smlouva je podle tohoto názorového proudu výtvorem společnosti, která má mít právo ji limitovat a určovat její obsah. Ale právě v době, kdy Atiyah psal svou monografii, nastal opětovný nástup autonomie, spojený nejenom s ústupem veřejného sektoru v západní Evropě a Austrálii, ale i pádem komunizmu v Evropě a vývojem v Číně.

## 2.2. Zdroj autonomie

Základní otázkou autonomie stran je, stručně řečeno, následující: co dovoluje vůbec stranám učinit volbu práva? Pokud je vůle *skutečně autonomní*, tedy strany smlouvy mohou podříditi svůj vztah jakémukoli právnímu řádu nebo mezinárodním nestátním pravidlům soukromého práva (*lex mercatoria*), neměly by být, alespoň podle určitých názorů, vázány změnami zvoleného právního řádu, a dokonce případně ani jeho kogentními normami. Potom by tedy platil názor prosazovaný F. A. Mannem, že strany mohou vyloučit aplikaci Římské úmluvy určením, že se má na smluvní vztah použít národní právo (anglické právo s vyloučením Zákona o právu použitelném na smlouvy z roku 1990,<sup>9</sup> který implementoval Římskou úmluvu pro Spojené království). V takovém případě by se použil anglický právní řád ve znění z období před přijetím Římské úmluvy.

Tento přístup, tj. myšlenka „volně kroužící“ autonomie stran je menšinový; jak píše Ehrenzweig, autonomie stran není nezávislým zdrojem kolizních pravidel, ale je platná jenom do té míry, do jaké je takovými pravidly uznána. To znamená, že podmínky, omezení a rozsah autonomie reálně vymezuje sám právní řád, který volbu práva umožňuje. Výchozím bodem a zdrojem autonomie je tedy reálně *lex fori*.

Národní soudy ne vždy respektují volbu práva učiněného stranami. Okolnosti, za kterých je možno odmítnout volbu práva, nejsou obecně stanoveny stejně. To opět závisí především na *lex fori*, tedy na tom, kde podá žalobce žalobu, neboť do té doby může mít smlouva několik potencionálně použitelných řádů. Jak tvrdí Lando, „žádné pravidlo nepůsobí, dokud jej soud nepoužije ve sporu.“ Určovatelem rozhodného práva je tedy v určitém smyslu žalobce (především pokud se strany nedohodnou na výlučném místě řešení sporu anebo je možnost žalovat v několika zemích).

Jiný názorový proud vychází ze zdroje autonomie mimo národní právní řád, ať již je to *lex mercatoria*, nebo např. *ius gentium*. Na základě čl. 1134 francouzského Občanského

---

<sup>9</sup> The Contracts (Applicable Law) Act

zákoníku bylo ve věcech Antwerpia v. Město Antverpy v Belgii a American Trading Co. v. Quebec Steamship Co. ve Francii v podstatě konstatováno, že „volba cizího práva stranami nepodřizuje nutně jejich smlouvu jakýmkoli následným změnám práva.“<sup>10</sup> Z těchto pozic ale později především francouzský Kasační soud ustoupil směrem k lokalizační doktríně.

Mezinárodní či nadnárodní základ autonomie podporuje i Institut pro mezinárodní právo. Jak se uvádí ve správě k rezoluci Institutu, základem autonomie je Všeobecná deklarace lidských práv z roku 1948, která se má vztahovat i na ekonomickou sféru osobností. Z tohoto pohledu je autonomie volby práva nejenom spojující faktor; jsou to smluvní strany, které vkládají svou dohodu do právního systému, který si *svobodně* zvolily.<sup>11</sup> Problémem, jenž musí tento přístup řešit, je odpověď na tyto otázky: když vycházíme z obecně přijímaného předpokladu, že strany „vnitrostátního“ kontraktu jsou vázány kogentními předpisy národního právního řádu, kde potom začíná svoboda stran, resp. kdo určuje, kde končí národní právní řád (kde tedy již nepůsobí)?

Pokud odpověď zní podle *lex fori*, potom není rozdíl v úvaze o národním nebo nadnárodním zdroji autonomie stran. Ještě závažnějším problémem je ale fakt, že nadnárodní přístup nutně předpokládá možnost odmítnutí změn v právním řádu, nastalých po provedené volbě práva, resp. jinak nutnost souhlasu stran s těmito změnami. Stejně platí i o vztahu ke kogentním předpisům práva státu. Ale pokud strany učiní volbu práva podle *lex fori*, potom právě *lex fori* určuje podmínky i důsledky této volby.

### 2.3. Podmínky a omezení výkonu autonomie

Zdrojem autonomie je, kromě jiného, právo stran na určitost a právní jistotu v rámci vztahu, vzhledem k relativní neurčitosti pravidel o rozhodném právu podle norem mezinárodního práva soukromého v případě neučinění volby. Hovoří se o *perspektivním* náhledu stran na smluvní závazky; Kahn a Freund hovoří o „profylaktické“ funkci norem kolizního práva.<sup>12</sup> Dále, pokud strany mají možnost vybrat si lokalizační prvky, které zakládají nejvýznamnější vztah, proč by měly být omezeny ve výběru práva?<sup>13</sup>

P. North uvádí jako základní otázku ne existenci autonomie volby hmotného práva, nýbrž existenci autonomie volby kolizních norem, které mají teprve určit hmotné

<sup>10</sup> „Parties choice of foreign law did not necessarily subject their contract to any subsequent changes in that law“ - viz výše uvedená rozhodnutí

<sup>11</sup> Viz P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, str. 7, s odkazem na P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, str. 36, s odkazem na Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, str. 147 - 148

<sup>12</sup> P. North, *Essays in Private International Law*, 1993, str. 183

<sup>13</sup> P. North, *Essays in Private International Law*, 1993, str. 183

normy. V této souvislosti konfrontuje svůj názor s termínem použitým F. A. Mannem, který ve své kritice Římské úmluvy o právu použitelném na smluvní vztahy prosazoval výše uvedený názor, že negativním důsledkům je možno se vyhnout cestou „contractual choice of law provisions“, tedy např. volbou anglického práva s vyloučením Zákona o právu použitelném na smlouvy (výslovně nebo datem 31.3.1991<sup>14</sup>). Tuto tezi či možnost zdůvodňuje analogií s možností vyhnout se dispozitivním normám určitého rozhodného práva.

Je ale nutné uvést, že možnost volby kolizněprávních norem je odlišného charakteru od autonomie ve vztahu k dispozitivním normám daného práva, resp. autonomie volby hmotného práva. S ohledem na celkový charakter Římské úmluvy, včetně čl. 15 o odmítnutí zpětného odkazu, je danou možnost vyhnout se použití Římské úmluvy nutno odmítnout; Úmluva má kogentní charakter. To je zdůrazněno rovněž v základním účelu Úmluvy, tj. ve vytvoření jednotných pravidel v dané oblasti, v návaznosti na obdobný charakter Bruselské úmluvy pro oblast procesního práva, kde o kogentnosti jejich pravidel není sporu. To potvrzuje také závěr, že v současnosti, zrovna tak jako před přijetím Římské úmluvy, určuje kolizněprávní normy forum, ne strany smlouvy.

Co se týče podmínek autonomie, někdy se vyžaduje, aby jako podmínka možnosti výběru práva existoval určitý objektivní vztah či spojení („objective connection“). Tak např. pravidla pro volbu práva podle Meziamerické úmluvy se podle čl. 1.2 použijí, pokud strany mají svoje obvyklé místo pobytu nebo firmu (hlavní sídlo, závod, resp. provozovnu) v různých státech, nebo pokud má smlouva objektivní vztah s více než jedním členským státem Úmluvy. Takto formulovaná podmínka znamená odklon od subjektivního faktoru, resp. vylučuje subjektivní stránku, tedy úmysl stran, a do popředí se dostává objektivní faktor.

Daný objektivní vztah je současně prvkem, který určuje mezinárodnost smlouvy. Zde přichází obecně v úvahu: (i) místo podnikání v různých státech (např. čl. 1.1 Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží, čl. 1(a) Protokolu Mercosur o jurisdikci nad mezinárodními smlouvami; (ii) rozdílná státní příslušnost - nemá význam a její použití by bylo absurdní, proto se při určování rozhodného práva neuplatňuje; (iii) rozdílné bydliště nebo obvyklé místo pobytu („domicile or habitual residence“) - tento faktor může mít v obchodních smlouvách nespornou váhu, i když k tomu, aby tato okolnost měla jednoznačný význam, se výrazněji pojí subjektivní stránka, tedy úmysl stran vztahující se k této okolnosti; (iv) místo uzavření smlouvy v zahraničí - pokud se však strany nedohodnou jinak, nemá samo o sobě praktický význam; (v) místo plnění v zahraničí - je důležitým faktorem. Pokud kupř. dva Francouzi uzavřou smlouvu ve Francii s tím, že místem plnění je Itálie, je argumentováno, že smlouva by měla mít

---

<sup>14</sup> Římská úmluva se použije na smlouvy uzavřené po tomto datu

mezinárodní charakter; (vi) platba v zahraniční měně - tady je možno konstatovat to samé jako u (iv); (vii) majetek jako předmět smlouvy je v zahraničí - zde by opět mělo záviset na vůli stran, jaký význam této skutečnosti přidělí; v zásadě ale je významným prvkem.

Co se týče doby, ve které mají být faktory zohledněny, na tuto otázku se názory různí, v zásadě by se ale v zájmu právní jistoty mělo vycházet z okamžiku uzavření smlouvy a na pozdější nabytí nebo ztrátu mezinárodního charakteru by neměl být brán ohled.<sup>15</sup>

Nejdál v tomto směru jde názor, že samotný výběr cizího práva činí s jinak vnitrostátní smlouvy smlouvu se zahraničním prvkem. Tento přístup byl odmítnut Haagskou úmluvou z roku 1955. Poněkud jiný přístup má Římská úmluva, která v čl. 3.3 stanoví princip, že strany čistě vnitrostátního smluvního vztahu mohou zvolit jiné, cizí rozhodné právo. To znamená, že pouhá volba práva nahrazuje mezinárodní charakter. Tato volba ale za situace, kdy jsou všechny prvky smlouvy jako relevantní faktory spojeny jenom s jedním státem, nemůže vyloučit použití kogentních pravidel národního právního řádu tohoto státu.

Jedním z mála příkladů rozhodnutí v této otázce je případ *Scotmotors (Plant Hire) v. Dundee Petrosea Ltd*, který ovšem předcházela přijetí Římské úmluvy Velkou Británií a není zcela jednoznačně ilustrativní, resp. nedává jednoznačný závěr. Tento přístup byl nicméně následován i mimo Evropskou unii, a to např. v Občanském zákoníku provincie Quebec.<sup>16</sup> Liberálnost čl. 3.3 Římské úmluvy je ale podle některých názorů více zdánlivá než skutečná, resp. význam čl. 3.3 je poněkud relativizován. Podle některých výkladů zvolený právní řád reguluje výklad smlouvy, ne však její platnost;<sup>17</sup> podle jiných dokonce čl. 3.3 neznamena nic víc než inkorporaci ustanovení zvoleného právního řádu v podobě podmínek smlouvy („terms of contract“). Tyto názory jsou ale extrémní, faktickým rozhodným právním řádem je zvolený právní řád.

Pokud jde o samotný princip, že si strany „čistě vnitrostátního“ smluvního (obchodního) vztahu mohou zvolit cizí rozhodné právo, je otázkou, zda takovou volbu umožňuje současný právní řád ČR. Na jedné straně české právo v rámci vnitrostátních vztahů určitou volbu právního režimu umožňuje - zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník v platném znění (OBZ) poskytuje možnost v § 262 odst. 1 zvolit si právě režim OBZ. Avšak volba jiného národního právního řádu představuje kvalitativně zcela odlišný krok.

<sup>15</sup> Viz P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 48 - 51. Tento princip byl přijat i v čl. 3.3 Římské úmluvy, kde je pro určení relevantního vztahu rozhodujícím doba učinění výběru - „the time of choice“

<sup>16</sup> Art. 3111, par. 1, kniha 10

<sup>17</sup> D. Lasok, *Conflict of Laws in the European Community*, 1987, str. 348



Český právní řád samozřejmě explicitně umožňuje volbu práva, tj. volbu práva jiného státu, avšak pouze pro vztahy s mezinárodním prvkem. Pouze tyto vztahy (a s nimi spojenou možnost volby práva jiného státu) totiž upravuje ve svém § 1 ZMPS.<sup>18</sup> Přitom český právní řád obecnou definici mezinárodního prvku neobsahuje.

Nicméně české právo v rámci obchodních závazkových vztahů v režimu základního obchodního kodexu vychází při vymezení mezinárodního prvku ze subjektivního kritéria, kdy se podle kogentního § 729 OBZ ustanovení hlavy třetí části třetí OBZ se speciální úpravou pro závazkové vztahy v mezinárodním obchodu použijí, jestliže se na jejich vzniku podílí alespoň jeden účastník se sídlem nebo místem podnikání, popř. bydlištěm na území jiného státu, než ostatní účastníci.

Na vymezení podle ZMPS logicky navazuje i zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (ZRR), který v § 37 odst. 1 stanoví, že „jde-li v rozhodčím řízení o vztah s mezinárodním prvkem, rozhodci rozhodují spor podle práva, které strany zvolily“. Rovněž ZRR tedy spojuje možnost volby práva s existencí mezinárodního prvku.

Pokud by se tedy jednalo o čistě vnitrostátní vztah podle kritérií daných kogentním § 729 OBZ, volba jiného práva by podle českého právního řádu s ohledem na výše uvedené (tj. § 1 ZMPS a § 37 odst. 1 ZRR) nebyla možná.<sup>19</sup> V tomto směru M. Pauknerová rovněž nabízí argument o provázanosti OBZ a ZMPS; OBZ nahradil co do úpravy mezinárodních smluv zákoník mezinárodního obchodu z roku 1964, který byl přijat současně se ZMPS a byl s ním úzce provázán.<sup>20</sup>

Nicméně podle komentáře k ZMPS je „mezinárodní prvek dán určitým poměrem k zahraničí, a to buď u *subjektu* právního vztahu, právně významné *skutečnosti, předmětu* tohoto vztahu nebo právně *souvisejícího nebo právně závislého vztahu*.“<sup>21</sup> I pokud by měl být jediným kritériem „zahraniční subjekt“, M. Pauknerová upozorňuje na ne zcela identické definice tohoto subjektu v různých předpisech. Jako řešení nabízí posuzování subjektu vždy podle konkrétního předpisu, o který se jedná.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> „Účelem tohoto zákona je stanovit, kterým právním řádem se řídí občanskoprávní, rodinné, pracovní a jiné podobné vztahy s mezinárodním prvkem, ...“

<sup>19</sup> „Přitom ustanovení § 729 obch. zák. nevylučuje, aby některá ustanovení hlavy třetí části třetí OBZ byla aplikována na základě zvláštního smluvního ujednání ve vztazích, které nemají povahu závazkového vztahu v mezinárodním obchodě“ - J. Vích, Právní úprava závazkových vztahů v mezinárodním obchodu, Ek. 96, 43 : 73

<sup>20</sup> M. Pauknerová, K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, Právní praxe v podnikání, 11/94, str. 7

<sup>21</sup> Z. Kučera, L. Tichý: Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním, Komentář, Praha 1989, str. 24 - 25, jak také na něj upozorňuje M. Pauknerová v článku K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, Právní praxe v podnikání, 11/94, str. 5

<sup>22</sup> M. Pauknerová, K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, Právní praxe v podnikání, 11/94, str. 5

Obdobně jako v případě komentáře k ZMPS, také Nejvyšší soud ČR ve svém stanovisku<sup>23</sup> uznal existenci mezinárodního prvku i v případě jiných skutečností, jako je nepřímý *předmět* vztahu nacházející se v zahraničí, resp. *vznik, změna či zánik* vztahu v zahraničí. Na druhé straně, jak komentář k ZMPS, tak i rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR byly publikovány před přijetím OBZ, podle kterého se dá vyvozovat zúžená interpretace mezinárodního prvku pouze v závislosti na sídle (místě podnikání) subjektu(ů).

Při zohlednění uvedeného je možno učinit závěr, že volba práva u ryze vnitrostátního vztahu možná není. Pokud jde o obchodní vztahy, tam je třeba především vycházet z definice podle § 729 OBZ, avšak to by se mělo týkat pouze vztahů upravených v OBZ. Pokud jde o vztahy upravené jinou normou, je třeba posoudit, zda tyto právní poměry nevykazují žádný vztah k zahraničí (jak co se týče subjektu, tak i ohledně předmětu vztahu, vzniku, změny, resp. zániku vztahu nebo právně souvisejícího či právně závislého vztahu) a hlavně zohlednit specifika daného případu.

Pokud jde o otázku nutnosti určitého (logického, faktického, nebo jinak pojatého) vztahu či spojení zvoleného právního řádu se smlouvou, resp. stranami smlouvy, v současné době je již v převážné míře odmítán jakýkoli požadavek na faktický vztah a smluvní strany nejsou v této otázce nijak omezovány. Nejlepším racionálním zdůvodněním volby neutrálního, se smlouvou a stranami nijak nesouvisejícího práva je jeho samotná neutralita vůči stranám a smlouvě. Tento moderní přístup je obsažen jak v rámci Římské úmluvy, tak i v národních právních řádech.

V případě nesprávné volby práva vedoucí k neplatnosti smluvního vztahu podle zvoleného práva je prosazován paternalistický validační princip ochrany stran, když je taková volba pokládána za neúčinnou, zjevně za účelem existence platného smluvního vztahu. Podobný princip prosazují i někteří američtí autoři, např. Weintraub. Validací princip se však podle jiných názorů neslučuje s autonomním postavením smluvních stran, neboť v kontextu principu *vigilantibus iura scripta sunt* nemá taková ochrana zdůvodnění a autonomii *de facto* nabourává.

Tato otázka rovněž souvisí s již zmíněnou problematikou základního principu autonomie subjektů jako tvůrců pravidel, jejíž protiváhou by měl být princip odpovědnosti za autonomní postavení včetně důsledků tohoto „nebezpečí svobody“. Jinak obecný konsensus existuje v tom, že jenom v případě, kdy volbu nepřipouští kogentní pravidla nebo je učiněna při porušení rovnováhy stran, resp. je nefunkční, se může vycházet z toho, že volba práva nebyla vůbec učiněna.

<sup>23</sup> Rc 26/87, Stanovisko CpfJ 28/86, Sb. Ns. 87, 9 - 10: 482

## 2.4. Volba práva, resp. volba právního řádu, vyloučení renvoi

Především čl. 3.1 Římské úmluvy a čl. 7.1 Haagské úmluvy hovoří o právu zvoleném stranami („law chosen by the parties“). Ale obě Úmluvy vymezují termín „law“ jako právo jiné, než kolizní pravidla mezinárodního práva soukromého, tedy jako „normy platné ve státě“. Účelem této formulace bylo vyloučení renvoi, ale význam tohoto ustanovení je poněkud zamlžující a nejasný. Naproti tomu Meziamerická úmluva jasně stanoví v čl. 10 možnost odkazu na „guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices.“ Někteří komentátoři argumentují, že se zde jedná o možnost v případě *neučinění* volby práva, resp. tradičně poukazují na nejasnost ohledně obsahu a rozsahu *lex mercatoria*.<sup>24</sup>

Osobitou otázkou je volba práva dosud neuznaného státu. Státy oblasti Commonwealth v této otázce např. postupují tak, že uznávají právní řád takového útvaru, pokud je „civilizovanou a organizovanou společností“.<sup>25</sup> Jinak otázka terminologických rozdílů mezi pojmy „právo“, „právní řád“, resp. „právní pravidla“ a důsledků s tím spojených je podrobněji rozebrána níže, hlavně v kap. věnované *lex mercatoria* (kap. 4.4.4.2. Uznání ze strany arbitrážních orgánů).

Pokud jde o vyloučení zpětného odkazu, to je pro oblast závazkových vztahů převažujícím principem, akceptovaným jak národními právními řády (např. čl. 14.1 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém), tak i např. čl. 15 Římské úmluvy nebo čl. 17 Meziamerické úmluvy.

## 2.5. Časová charakteristika zvoleného právního řádu

Jak již bylo zmíněno i v základní otázce míry a pojetí autonomie, tato v úplné nebo spíše absolutní podobě, zahrnuje i možnost zvolit si právní řád v daném čase, bez ohledu na jeho pozdější změny. Toto „zmrazení“ (stabilizace) je převážně odmítáno s argumentem, že smluvní strany, pokud si zvolí právní řád, musí počítat s možností jeho změn jako s jedním z důsledků této volby. Jiný náhled na tuto otázku však dává rozhodnutí ve věci *New Brunswick Ry. v. British and French Trust Corp.* před soudem House of Lords, který odmítl účinnost kanadského předpisu z roku 1937 obsahujícího ustanovení s retroaktivním účinkem (zrušení zlaté doložky).<sup>26</sup>

U smluv mezi státem a soukromou osobou je tento princip připouštěn, alespoň podle Aténské rezoluce Institutu mezinárodního práva z roku 1979. Jinak se smluvní strany

<sup>24</sup> Z podobných důvodů je odmítána i volba personálně založených či působících pravidel, např. volba islámu na právní vztah, bez dalšího odkazu na národní právní řád.

<sup>25</sup> Lord Wilberforce v případě *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keller Ltd.*

<sup>26</sup> Podobně v případě *Adams v. National Bank of Greece and Athens* z roku 1961

snaží tuto otázku řešit tzv. stabilizačními klauzulemi, které se objevují především v investičních smlouvách mezi státem a soukromým subjektem. Co se týče podob klauzule, ta typicky obsahuje (i) vázanost k určitému datu, (ii) závazek státu neměnit podmínky smlouvy a (iii) závazek státu splnit podmínky bez ohledu na pozdější změny právního řádu.

Tento případ je důkazem, že k podstatným změnám právního postavení smluvních stran může dojít kdykoli, bez jakéhokoli vlivu stran a hlavně bez možnosti předpokládat budoucí vývoj. Situace zde zjevně přesahuje dosah principu *vigilantibus iura scripta sunt*. V rámci těchto úvah je však zapotřebí přinejmenším odlišovat tři situace: (i) k volbě práva nedojde (a logicky je v tomto případě třeba počítat se změnami práva), ale především (ii) strany učiní volbu práva bez dalšího anebo (iii) dojde k volbě práva s výslovným odkazem na podobu, v jaké se právní řád v době učinění volby nachází.

Jsou uváděny i jiné možnosti jak naplnit účel „zmrazení“ právních pravidel, především cestou inkorporace všech žádoucích ustanovení přímo do obsahu smlouvy. Bez ohledu na míru pracnosti takového řešení je třeba upozornit na nebezpečí kogentních změn právního řádu. Jinak řečeno, mezi „zmrazením“ a začleněním daných norem do smluvních podmínek, tedy hmotněprávním odkazem, je podstatný rozdíl - *všechny* kogentní normy národního právního řádu se totiž při hmotněprávním odkazu nadále prosadí, kdežto myšlenka kolizního odkazu na „právo v čase“ se tomuto efektu vyhýbá.

V každém případě se však v návaznosti na to nabízí otázka, jaký je smysl výše uvedeného omezení volby práva, když se stejné dá dosáhnout jinak. Pokud je možná dodatečná volba práva i volba několika právních řádů na jednotlivé části smlouvy (viz níže), proč není možné provést stabilizaci? Pokud platí obecný princip, že nutně použitelné normy práva fora a za určitých okolností i nutně použitelné normy třetího státu mají přednost před výběrem stran, a dále pokud vycházíme z rovného a skutečně autonomního postavení stran smlouvy, pragmatický důvod pro odmítnutí shora uvedené možnosti dán není. I když totiž přechodná ustanovení moderních právních řádů obsahují pravidla vycházející z ústavních principů zákazů retroaktivity, ke zhoršení právního postavení účastníka smlouvy může i v těchto případech v důsledku změn zákonů dojít, nemluvě o jiných právních řádech.

Jinak, s ohledem na výše uvedené úvahy, se jednoznačně nepřipouští volba minulého práva, resp. práva zaniklého státu, ani práva vytvořeného již zaniklou mezinárodní smlouvou.<sup>27</sup> Tomuto principu je třeba rozumět tak, že není možná *kolizní* volba práva zpětně.

---

<sup>27</sup> Dále v J. Hrivnák, *Právo použitelné pro zmluvy v mezinárodním obchode - kolizní pravidla*, *Podnikatel a právo*, 7/2000, str. 7

## 2.6. Dobrá víra a legálnost volby práva

V rámci některých právních kultur se obecně také uznává zásada dobré víry a legálnosti učiněného výběru práva. Common law vyžaduje, aby volba práva byla „bona fide a legální“ (což vede k nejistotě o tom, co tento termín znamená a jak silný má být vztah se zemí zvoleného práva)<sup>28</sup> a nemá být „evasive“, tedy vedena snahou o vyhnutí se určitému právu s nepříznivými důsledky.<sup>29</sup> Tento přístup se musí logicky vztahovat jak na původní volbu, tak i na variace použitelného práva, a to s ohledem na výše uvedenou potencionální výhradu o vyhýbání se určitým dopadům volby práva.<sup>30</sup>

Legálnost se posuzuje podle lex fori; co se týče principu bona fide, ten je jedním ze základních principů práva jako takového, nejenom mezinárodního práva soukromého, resp. práva mezinárodního obchodu. Příkladem absence dobré víry může být právě volba právního řádu za účelem vyhnutí se dopadům jiného v úvahu přicházejícího práva.<sup>31</sup> S touto otázkou souvisí i posouzení, zda k volbě práva došlo svobodně a vážně, především s ohledem na smlouvy uzavírané mezi ekonomicky značně rozdílně silnými subjekty, včetně tzv. adhezních smluv.

Jak uvádí autoři American Conflicts Law, výběr práva má vyjadřovat skutečný úmysl stran a nemá být vkládán do smlouvy předem za účelem ochrany výlučně jednoho ze subjektů. V případě uskutečnění bona fide a legální volby práva je podle Lorda Wrighta „ztěží najít nějaká omezení“ pro volbu práva. Dokonce v této souvislosti projevil názor, že „vztah s anglickým právem není principiálně podstatný“<sup>32</sup> (coby podmínka jinak omezující autonomii vůle).

## 2.7. Volba práva a platnost, resp. existence smlouvy

Jednou ze základních otázek volby práva je, zda zvolené právo musí rozhodovat nejenom o platnosti, ale i o existenci smlouvy. Pokud ano, má doložka existenci nezávislou na smlouvě, pokud ne, doložka zůstává integrální součástí smlouvy. V případě Mackender v. Feldia AG z roku 1967 si strany zvolily jako rozhodné belgické právo. Anglický soud rozhodl o zamítnutí žaloby na neplatnost smlouvy s tím, že tuto

<sup>28</sup> P. North, *Essays in Private International Law*, 1993, str. 14

<sup>29</sup> Unfair Contract Terms Act 1977, § 27(2)(a)

<sup>30</sup> Z procesního hlediska, jak bylo naznačeno, anglické soudy vycházejí z domněnky, že i při výslovné volbě cizího práva toto cizí právo je identické s anglickým právem, pokud nedojde k důkazu o opaku. V systému kontinentálního práva soud zkoumá použitelnost zahraničního práva ex officio do momentu, kdy strany odkáží na lex fori (nemusí tedy dokazovat jeho obsah)

<sup>31</sup> Posuzováno v *Golden Acres Ltd. v. Queensland Estates Pty Ltd*, 1969. Toto vyhnutí se jinak aplikovatelnému právnímu řádu je velmi dobře postiženo např. ve francouzském právním řádu v rámci konceptu „fraude a la loi“

<sup>32</sup> J. Morris, D. McLean, *The Conflict of Laws*, 1993, s odkazem na *Lord Wright v. Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.*, str. 290 - 291

otázku má jednoznačně posuzovat belgické právo. Co se ale týče existence samotné smlouvy, tu má podle rozhodnutí posoudit soud fora podle jeho právního řádu.

Z nezávislosti doložky o volbě práva a smlouvy, tj. samostatné existence doložky, vychází česká právní věda. Proto se může stát, že ujednání o volbě práva bude platné a smlouva nikoliv, a naopak.<sup>33</sup> Obdobně článek 8.1. Římské úmluvy stanoví pravidlo interpretované jako pravidlo práva Anglo-Commonwealth: existence a platnost smlouvy nebo jakéhokoli jejího ustanovení, jsou určeny právem, které by bylo rozhodným podle této Úmluvy, pokud by smlouva nebo ustanovení byla platná. V národních právních řádech není věc tak zcela jasná. Právě v případě *Mackender v. Feldia AG* je příklon k názoru, že právo fora určuje existenci smlouvy v celku, a že doložka stojí a padá s ní. Celkově jde ale vývoj dosti jasně směrem k uznání samostatné existence doložky o volbě práva.

## **2.8. Právo na učinění volby práva, existence, formulace a interpretace klauzule o volbě práva**

Právo učinit volbu práva je určeno kolizními normami fora. Tento princip je možno vyvodit z ustanovení Římské úmluvy, ale je přítomen i v národních právních řádech.<sup>34</sup> Podle těchto norem se rovněž posuzuje, zda strany měly vůbec v úmyslu učinit volbu práva a pokud ano, jaký právní řád si zvolily.<sup>35</sup> Například americký Jednotný obchodní zákoník dovoluje stranám zvolit si rozhodné právo za podmínky, že transakce má rozumný vztah k jurisdikci daného rozhodného práva.<sup>36</sup> Dále soudy mohou odmítnout klauzuli o volbě práva, která je v rozporu s veřejným pořádkem. Silná přítomnost veřejného pořádku může být vyjádřena i tak, že soud neodmítne použití zvoleného právního řádu, nicméně není zabráněno ani použití příslušných norem práva fora.

V otázce formy klauzule o volbě práva v zásadě nevznikají problémy, i s ohledem na to, že národní právní řády často využívají podpůrnou aplikaci buď zvoleného práva nebo místa uzavření smlouvy, resp. tzv. vhodného práva („proper law“). Obdobně určuje Římská úmluva v čl. 9 ve spojení s čl. 3.4 použití buď práva místa uzavření smlouvy, místa pobytu stran (nebo kterékoli z nich) nebo zvoleného práva. Samozřejmě,

<sup>33</sup> Z. Kučera, *Mezinárodní právo soukromé*, str. 120

<sup>34</sup> Kromě jiného z něj vyšly i rozhodčí nálezy č. Rsp 5/ 57 a Rsp 1/ 60 RS ČSOPK. K použití zvoleného právního řádu dojde tedy až následně, nicméně i tak musí tento právní řád v první řadě řešit otázku platnosti samotné smlouvy

<sup>35</sup> Princip podle rozhodnutí House of Lords ve věci *Cie. d' Armement Maritime SA v. Cie. Tunisienne de Navigation SA*

<sup>36</sup> „Reasonable relation to the jurisdiction providing the governing law“, *Uniform Commercial Code*, § 105. K tomu J. Hrivnák uvádí, že podle judikatury je rozumný vztah dán tehdy, kdy se jedná o právo státu, kde se má uskutečnit či uskutečňuje „významná část uzavření anebo plnění smlouvy“, dále viz J. Hrivnák, *Právo použitelné pro zmluvy v mezinárodním obchode - kolizní pravidla*, Podnikatel a právo, 7/2000, str. 12

specifickou je otázka smluv o nemovitostech, kde se jedná především o písemnou formu smlouvy a proces intabulace.

Pokud jde o otázku existence samotné doložky a otázky práva, podle něhož se má tato skutečnost dokládat, zde je opět na místě položit si otázku, zda je klauzule o volbě práva součástí smlouvy nebo ne: v závislosti na různých pohledech na tuto otázku se pak nabízí několik variant řešení: (i) právo fora, (ii) analýza problému jako autonomní otázka, či (iii) domnělé vhodné právo, které při neexistenci speciální klauzule bude téměř vždy identické se zvoleným právem. Je argumentována kombinace posledních dvou možností, totiž předběžné faktické zjištění klauzule a následné použití vhodného práva.

Opačné stanovisko<sup>37</sup> prosazuje řešení podle práva fora, protože dovoluje stranám dohodnout se na zvoleném právním řádu. Obdobně je tento princip uplatňován i v národních právních řádech s ohledem na fakt, že lex fori je soudcům známo a převážně jej používají. Jiný přístup znamená posuzovat problém jako čistě faktickou otázku. Potom domněnka o dohodě o volbě práva znamená předpokládat s rozumnou určitostí, že došlo k formulaci a akceptování dané volby, případně posoudit problém rovněž podle zvyklostí v tom kterém obchodním odvětví, ne ale podle národního právního řádu.

Podle jiného názoru stačí pouhé zdání, předpoklad souhlasu („mere appearance of consent“) o určitém právu; např. anglické soudy považují za rozhodující dobře zdůvodnitelný argument („good arguable case“), že došlo k volbě anglického práva. Přitom mají význam i zkušenosti smluvních stran z předchozích obchodních jednání, resp. adekvátnost kroků, které byly učiněny při upozornění druhé strany na tuto klauzuli, vše při použití standardu poctivého jednání („standards of fairness“). Jakmile bylo fakticky zjištěno „appearance of consent“, domnělé vhodné právo má rozhodnout o reálnosti a platnosti klauzule o volbě práva.

Jak bylo uvedeno, podle Římské úmluvy (čl. 3.4) je nutné otázku existence a platnosti souhlasu posuzovat podle práva určeného článkem 8.1, tedy právem, které by bylo rozhodným právem pro klauzuli v případě její platnosti (obdobně čl. 12.1 Meziamerické úmluvy). Logika tohoto řešení je v tom, že existence souhlasu s klauzulí je posuzována stejně jako samotná smlouva podle zvoleného práva v souladu s čl. 3.1 Římské úmluvy.

Při posuzování, zda došlo vůbec k volbě práva, je nutné rozlišovat pouhé *materiálněprávní* začlenění předpisu jako součásti nějakého právního řádu do smlouvy (např. zmínkou o začlenění určitého zákona jako součásti souboru práv a povinností smluvních stran) od odkazu na danou normu coby *kolizněprávní* volby práva. (V

<sup>37</sup> Zdůvodnění Lorda Diplocka v případě Mackender v. Feldia AG, resp. ve věci Brennan v. Oceanic Sun Line Special Shipping Co.

každém případě je rozdíl, zda strany odkazují na celou normu nebo pouze na její jednotlivá ustanovení - více v kap. 3.2.1.1.). Římská úmluva stanoví, že volba „...musí být výslovná nebo vyjádřena s rozumnou určitostí ustanoveními smlouvy nebo okolnostmi případu“.<sup>38</sup> Do obsahu pojmu okolnosti případu nepochybně spadá i možnost posuzovat chování stran po uzavření smlouvy.

Mezinárodní instrumenty přenechávají rovněž otázku interpretace smlouvy, jakož i doložky o volbě práva zvolenému právnímu řádu. Jistá logická absurdita nicméně plyne z toho, že dochází k použití domnělého práva za účelem interpretace klauzule o jeho volbě. Tomu se snaží předejít Lord Diplock identifikací, resp. klasifikací, která zahrnuje řešení těchto otázek: zda určité ustanovení je možno vykládat jako klauzuli o volbě práva, resp. zda je to možno odvodit ze smlouvy a průvodních okolností, že se strany dohodly na volbě práva. Následně dochází k určení zvoleného právního řádu. Přitom předběžná identifikace je nutně určena podle *lex fori*; dále se uplatní *lex causae*.

## 2.9. Vztah volby práva k volbě místa řešení sporu

I když procesní otázky stojí mimo záběr této práce, vztah zvoleného práva a místa řešení sporu je důležitý s ohledem na význam místa řešení sporu pro otázku rozhodného práva. Většina národních právních řádů je nakloněna odvozovat (při neexistenci volby, tedy jiné volby práva) od místa řešení sporu i rozhodné právo, uplatnění tohoto principu není nicméně absolutní.<sup>39</sup> Rovněž Z. Kučera uvádí některá ojedinělá rozhodnutí RS ČSOPK v Praze judikující, že sjednání institucionálního místa řešení sporu je možno považovat za volbu práva, avšak autor zmiňuje také rozhodnutí dokazující převažující trend v opačném směru.<sup>40</sup>

V každém případě by volba místa řešení sporu měla být pouze jedním z faktorů indikujících volbu práva. S ohledem na jiné významné indikátory by však volba místa řešení sporu neměla mít, bez posouzení významu dalších elementů, povahu vyvratitelné domněnky o volbě práva podle volby místa (pravidel) řešení sporu, což zohledňuje např. čl. 7.2 Meziamerické úmluvy.

## 2.10. Dodatečná volba práva, změna (volby) práva

Dodatečná volba práva i změna (volby) práva patří, podobně jako princip odmítnutí zpětného odkazu, v převážné míře do rámce akceptovaného rozsahu autonomie stran. Dodatečná volba práva je možná podle anglického práva a práva Commonwealthu;

<sup>38</sup> Čl. 3.1 Římské úmluvy

<sup>39</sup> Viz *Bertrams v. van der Velden*, resp. čl. 7 Meziamerické úmluvy

<sup>40</sup> Rozhodnutí RS ČSOPK Rsp 13/ 60, 6/ 61 v. Rsp 4/ 53, 22/ 53, 29/ 54, 7/ 59, 6/ 60, 14/ 60, 15/ 66, Z. Kučera, *Mezinárodní právo soukromé*, str. 123



obdobně ji umožňuje i např. švýcarský Zákoník o mezinárodním právu soukromém, právo německé a nizozemské, jakož i Basilejské rezoluce Institutu mezinárodního práva.

Článek 3.2 Římské úmluvy připouští možnost změny zvoleného práva či práva určeného pravidly Úmluvy v případě neučinění volby. S ohledem na formulaci čl. 3.1 je možno vyslovit předpoklad, že je rovněž možná i dodatečná volba práva. V každém případě, vzhledem k retroaktivitě dodatečné volby by tato měla podléhat výhradě jakéhokoli práva (nároku) nabytého podle předchozího rozhodného práva i zachování formální platnosti smlouvy. Práva třetích osob by měla rovněž zůstat nedotčena. S touto výhradou podporuje možnost dodatečné volby práva v rámci českého práva i Z. Kučera s tím, že sami strany mají určit, zda má dodatečná volba působit *ex nunc* nebo *ex tunc*.<sup>41</sup>

Pokud jde o změnu (volby) práva, tu je možno učinit i mlčky, a to v systému common law nedovoláváním se zvoleného práva v rámci řízení.<sup>42</sup> V jiných oblastech práva, např. ve Švýcarsku, musí být, na rozdíl od systému common law, použití domácího práva podmíněno vědomým rozhodnutím stran. Obdobně jako dodatečná volba je změna (volby) práva obecně podmíněna ochranou nabytých práv a práv třetích osob, jakož i původní platnosti smlouvy co se týče její formy,<sup>43</sup> a to bez ohledu na otázku retroaktivity.

Změna (učiněné volby) práva může mít i validační účinky. Na druhé straně připuštění zneplatňujících účinků by bylo nesmyslné. Je sice pravda, že strany nesou odpovědnost za svoje právní postavení podle zásady *vigilantibus iura scripta sunt*, avšak zásada zachování platnosti smlouvy by neměla být z tohoto důvodu popřena. Nemluvě o situaci, kdy by dodatečná volba práva zneplatňující smlouvu mohla zasáhnout do právního postavení třetích osob; nebyla by tedy splněna jedna ze základních podmínek připuštění změny (volby) práva obecně.

V zásadě platí, že pokud má mít změna rozhodného práva validační účinky, ve skutečnosti dochází jenom k tomu, že validace znamená novou, předtím neexistující smlouvu, která na základě vůle stran časově zasahuje zpětně do doby neexistujícího kontraktu. Jinak je tomu v případě, pokud by naopak nové právo mělo způsobit neplatnost původně platné smlouvy. V tom případě, v souladu s principem podle čl. 3.2 Římské úmluvy, by platilo, že „pokud účinky volby nového použitelného práva mají být

<sup>41</sup> Z. Kučera, Mezinárodní právo soukromé, str. 124 - 125

<sup>42</sup> R. Fentiman, *Foreign Law in English Courts*, 1998, str. 142. Ale i v zemích, kde se uplatňuje princip, že soud má používat cizí právo, může být nedovolání se původně zvoleného práva vykládáno jako dodatečná volba *lex fori*; viz v poslední době rozhodnutí Cour de cassation ve věci *Soc. Anglo Belgian Corp. NV v. Baranger*, 1997

<sup>43</sup> Principy obsaženy v čl. 3.2 Římské úmluvy, § 116.3 švýcarského Zákona o mezinárodním právu soukromém, Basilejských rezolucích z roku 1992, čl. 8 Meziamerické úmluvy

posuzovány podle samotného nového zvoleného práva, k žádné platné volbě nedochází, rovněž ani ke změně použitelného práva, resp. k zániku platnosti smlouvy.<sup>44</sup>

V každém případě by měla být zajištěna práva třetích osob a při dopadu změny volby práva na jejich postavení by nemělo být dovoleno použití *lex causae*. Je však rovněž argumentováno alternativní řešení - právní řád rozhodný pro smlouvu s třetí osobou by rozhodl o tom, zda je možné rozšíření (ale i zúžení) práv smluvní strany vůči třetí osobě.

Není jednoznačné, zda má mít změna (volby) práva - při absenci určení stranami - retroaktivní účinky. Římská úmluva to v čl. 3.2 nevyklučuje, i když existují názory, které retroaktivitu odmítají. Hlavním problémem je zde opět právní postavení třetích osob. P. North uvádí argument, že retroaktivita je vhodná s ohledem na to, že pokud dojde ke zneplatnění smlouvy na základě režimu nového práva (autor tedy zneplatnění připouští), byla by smlouva do doby variace práva platná, bez možnosti regulovat postavení stran k momentu změny.<sup>45</sup> Může dojít i k tomu, že strana např. poskytne plnění podle původního práva, ne ale podle nového.

Nabízí se rovněž další argument pro připuštění možnosti retroaktivity; často je totiž motivací tohoto kroku odstranění nejasností, které by ale přetrvávaly, pokud by tato možnost neexistovala. Pokud jde o pozici třetích stran, rovněž zde by neměla být nijak dotčena, což uznává i Římská úmluva. Konceptním zdůvodněním tohoto principu je fakt, že zájmy třetí osoby mají být regulovány právem rozhodným pro její vztah ke straně či stranám smlouvy.

### **2.11. Odvozená (implikovaná) volba práva, volba práva mlčky, problém tichého souhlasu**

Mnohé evropské státy, jako např. Anglie, Německo, či Francie,<sup>46</sup> jakož i mezinárodní úmluvy opouštějí princip odvozené volby práva jako vedoucího principu při určování rozhodného práva. Předně však je hledání předpokládaného úmyslu („presumed intention“) stran relevantní jenom v případě neexistence výslovného nebo odvoditelného úmyslu. Jak dokládá rozhodnutí ve věci *R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders AG*, úmysl stran o zvoleném právním řádu je nutné zjistit z obsahu smlouvy; pokud není úmysl takto vyjádřen, je nutné odvodit jej z ustanovení smlouvy a relevantních průvodních okolností.

Předpokládaný úmysl je tak postupně nahlížen jako neudržitelný mýtus a nespokojenost s tímto principem postupně vede k uplatňování jiných principů pro hraniční určovatele,

<sup>44</sup> Úvaha v P. North, *Essays in Private International Law*, str. 59

<sup>45</sup> P. North, *Essays in Private International Law*, 1993, str. 65

<sup>46</sup> Anglie od roku 1939, Německo od roku 1986, Francie od roku 1991

jako je „nejúžší a nejreálnější vztah“ („closest and most real connection“), nebo těžiště („centre of gravity“) smlouvy podle práva USA. V angloamerickém právu jej např. použil lord Simonds v případě *Bonython v. Commonwealth of Australia*, když užívá pojmu „nejúžší a nejreálnější vztah“ a současně také hovoří o „odkazu na právo učiněné stranami“. V této souvislosti je nutné se zmínit o třístupňovém testu („three-tiered test“), který vychází z pořadí: (i) výslovná volba práva, (ii) odvození úmyslu, (iii) nejúžší a nejreálnější (tj. nejvýznamnější) vztah.

Právě postup podle (ii) je sporný; především je daleko širší než je předpokládáný úmysl, jak ostatně dokládá i praxe v případě *Amin Rasheed Corp. v. Kuwait Insurance Co.* Při široce pojatém výkladu postupu podle bodu (ii) totiž hrozí vytlačování podle bodu (iii), tedy dohledávání úmyslu stran podle ne zcela relevantních a spolehlivých indikací. To může vést k volbě jiného práva než při postupu podle bodu (iii), který eventuálně již má být použit. Kritika postupu podle bodu (ii) vede k úvaze, že při jeho opuštění se situace podle (ii) mají podřadit pod (iii) (toto stanovisko prosazuje např. P. North). Avšak v některých případech může jít *de facto* o situace, které mají být posuzovány jako volba práva učiněná mlčky, jako subkategorie učiněné volby práva.

Nadále se tedy prosazuje princip hledání skutečného úmyslu, ať již vyjádřeného nebo učiněného mlčky, resp. *dovozovaného* (ve smyslu interpretace), ne však úmyslu *předpokládaného*. Ten se totiž může velmi vzdálit od vůle stran a není vlastně hledáním úmyslu, nýbrž prostým hledáním uspokojivého řešení za pomoci hypotézy. Pokud má ale fungovat tato dvoustupňová klasifikace, musí soud dospět k závěru o reálné vůli stran, ne vůli předpokládané, resp. hypotetické.

Co se týče mezinárodních úmluv, princip mlčky provedené volby práva obsahují Římská úmluva, Haagská úmluva z roku 1955 i Meziamerická úmluva. Nicméně podmínky pro závěr o učiněné volbě se značně liší. Haagská úmluva v čl. 2 vyžaduje volbu „mimo pochybnost“ („beyond doubt“, „indubitablement“), k čemuž se má dospět z obsahu smlouvy a z průvodních okolností. Římská úmluva v čl. 3.1 požaduje „rozumnou určitost“ podle podmínek smlouvy nebo okolností případu,<sup>47</sup> což je v německém jazyce přeloženo jako „hinreichende Sicherheit“; tato německá formulace může být ale zpětně do angličtiny přeložena jako „sufficient certainty“, což je určitý významový posun. Francouzská verze používá pojem „de facon certaine“, což naznačuje poněkud vyšší stupeň určitosti než verze anglická nebo německá.

Meziamerická úmluva v čl. 7.1 požaduje, aby úmysl stran byl „zjevný z chování stran a ze smluvních ustanovení posuzovaných v celku“.<sup>48</sup> K tomu ale čl. 7.2 stanoví, že volba určitého místa řešení sporu neznamená nutně výběr práva státu místa řešení sporu, což

<sup>47</sup> „...reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case.“

<sup>48</sup> „...evident from the parties' behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole.“

zvyšuje nároky na identifikaci skutečného úmyslu stran a blíží se pojetí francouzské verze Římské úmluvy. Jak je vidět, mezinárodní úmluvy vesměs prosazují dvoustupňový princip a hledání skutečného, ne domnělého, úmyslu stran. Samozřejmě, požadavek vyjádřený v anglické verzi Římské úmluvy znamená, že postačí, když je soud více nakloněn verzi úmyslu použít dané právo; zde tedy může za jistých okolností postačovat i takový indikátor jakým je volba místa řešení sporu. Co se týče termínu „průvodní okolnosti“, anglické soudy tradičně nebraly v úvahu následné chování stran. Americké a evropské kontinentální právo jsou v tomto směru liberálnější (dále k této otázce viz kapitola věnovaná Římské úmluvě).

Možnost výběru práva mlčky nutně znamená i možnost výběru práva na část smlouvy mlčky. Pokud jde o dodatečnou volbu práva, je rovněž možná mlčky (totiž z následného chování odvozená), jak dokládá rozhodnutí ve věci *Whitworth Street Estates Ltd v. James Miller and Partners*. Německé soudy dokonce připouštějí následné (dodatečné) spoléhání se na právo fora navzdory předchozí výslovné volbě jiného práva. Švýcarské soudy naproti tomu požadují výslovnou změnu zvoleného právního řádu.

V otázce tichého souhlasu je možno konstatovat, že od Haagské úmluvy z roku 1955 se uplatňuje pravidlo, podle kterého zvolené právo určuje materiální platnost souhlasu s volbou práva. Čl. 8.2 Římské úmluvy přitom např. dovoluje straně, která se dovolává *nedostatku* svého souhlasu, spoléhat se na právo svého obvyklého pobytu („habitual residence“), pokud za daných okolností není rozumné použít zvolené právo. Ale primární by mělo být řešení faktické, tedy zjištění obsahu vůle a vědomí dané strany.

## 2.12. Volba několika právních řádů

U *contract splitting* (*dépeçage*), tedy možnosti rozdělit smlouvu na části řídicí se odlišným použitelným právem, je třeba rozlišovat situaci, kdy si strany zvolí právní řád jenom na jistou část smlouvy bez dalšího, od situace, kdy si strany přímo zvolí dva nebo více právních řádů. V prvním případě je částečná volba běžně akceptována a výběr doplňuje soud. Např. formulace Římské úmluvy v čl. 3.1 explicitně tuto možnost připouští. Švýcarské právo mlčí, ale věc je opět nesporná. Rovněž v systému anglosaského práva je částečná volba práva připuštěna.<sup>49</sup>

Co se týče volby několika právních řádů, ustanovení Římské úmluvy (čl. 3.1), resp. Meziamerické úmluvy (čl. 7.1) nepřipouští tuto možnost výslovně. Jenom Basilejské rezoluce se v čl. 7 zmiňují o „...jednom nebo několika právních rádech...“. Podle oficiální zprávy Giuliana a Lagardea k Římské úmluvě to možné je, a to na základě toho, že tato možnost volby několika právních řádů přímo souvisí s autonomií práva.

<sup>49</sup> *Tomkinson v. First Pennsylvania Banking and Trust Co*, 1961, AC 1007, the Restatement (Second) of the Conflict of Laws, 1971

Možnost volby několika řádů stranami rozhodně patří do rozsahu smluvní autonomie, neboť pokud má možnost takto rozdělit („split“) smlouvu soud, proč by tuto možnost nemohly mít strany? Praxe je velmi chudá na soudní nebo arbitrážní rozhodnutí v této otázce. Faktem je, že takto vnímaná autonomie má své odpůrce<sup>50</sup> s poukazem na požadavek jednotnosti právního režimu. Takové stanovisko bylo (neúspěšně ovšem) prosazováno i v pracovní komisi při přípravě Římské úmluvy.

Další související otázkou je problém vymezení té části, na níž se volba či určení rozhodného práva vztahuje. Standardem je požadavek, aby daná část smlouvy byla oddělitelná od zbytku smlouvy, jak to požaduje Římská úmluva v čl. 4.1. P. Nygh uvádí jako příklad zlatou doložku nebo určité aspekty plnění.<sup>51</sup> Jiní autoři, jako např. Cheshire a North, jsou zastánci volnějšího přístupu a tvrdí, že i do jedné vybrané „podskupiny“ mohou patřit i otázky dotýkající se různých, příp. i všech částí smlouvy, jako je otázka interpretace.

P. Nygh však pochybuje o možnosti praktické aplikace tohoto principu s poukazem na problém oddělení otázky interpretace od jakékoli jiné otázky v rámci smlouvy, resp. s tím, že interpretace je podstatnou částí smlouvy. Nygh dochází k závěru, že pokud interpretace („construction“) znamená jenom pouhý výklad („interpretation“ coby „construction“ v užším smyslu), pak taková volba nemá smysl a je vlastně zbytečná (v opačném případě není podle něj možno otázku interpretace oddělit od ostatních částí smlouvy).<sup>52</sup> Giuliano a Lagard ve své zprávě požadují, jako podmínku použití různých právních řádů na části smlouvy, jenom logickou konzistentnost a nerozpornost při jejich aplikaci. Rozdíl mezi termíny „oddělitelnost“ a „konzistentnost a nerozpornost“ nemusí být z praktického hlediska vůbec důležitý, neboť požadavek oddělitelnosti může často splývat s požadavkem na konzistentnost a nerozpornost.

V systému anglosaského práva se silně prosazuje princip rozhodného práva ve smyslu dominantního právního řádu, který, ať již je objektivně určen nebo zvolen stranami, se vztahuje na *všeobecné* povinnosti stran, přičemž nemůže dojít k aplikaci různých právních řádů na tyto povinnosti. Tento právní řád se uplatní, i když jsou některé aspekty smlouvy upraveny jiným právním řádem. Někdy se hovoří o tzv. „residual law“ (např. Boggiano) jako o právním řádu, který zůstává vhodným právem pro tu část smlouvy, která není oddělena a podřízena jinému právnímu řádu.

Daný princip<sup>53</sup> vychází z myšlenky jednoho „správného, nejvhodnějšího“ práva. Tato myšlenka není akceptovatelná, neboť není logicky konsistentní ani odůvodněná. Není

<sup>50</sup> Jako např. C. McLachlan ve svém díle „Splitting the Proper Law in Private International Law, 1990, Vol. 61, str. 317

<sup>51</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 132

<sup>52</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 132

<sup>53</sup> Vyjádřen v rozhodnutí *Wanganui-Rangitikei Electric Board v. Australian Mutual Provident Society*, 1933

správný ani Boggianův názor, že by toto rozhodné vhodné právo mělo jakkoli zasahovat (ať již ve smyslu korekce nebo v jiném smyslu) do části smlouvy podřízených jinému právu na základě volby práva stranami. S touto teorií souvisí i výše uvedený názor McLachlanův; ten vidí řešení v případě volby několika právních řádů v tom, že „odkaz na jiné právo než je vhodné právo“ by mělo být přijímáno jako inkorporace ve smyslu anglického práva, t.j. vtělení příslušných ustanovení zahraničního právního řádu jako smluvních podmínek do obsahu smlouvy.

Při posuzování míry autonomie v této oblasti jde např. Boggiano tak dalece, že volba několika právních řádů by měla stranám umožnit i validaci jinak neplatné smlouvy, a to i v případě, že by podle nutně použitelných norem práva fora měla být smlouva neplatná. Dokonce i když výslovná volba práva není učiněna, měla by být dána možnost dovolávat se principu validace smlouvy, aby tak za strany učinil soud. Tato otázka byla řešena např. ve věci *Kahler v. Midland Bank* v roce 1950,<sup>54</sup> kde šlo o rozdělení použitelného práva na závazek jedné ze stran, banky (místo plnění) a na zbylou část smlouvy podle československého právního řádu.

Výše uvedené pojetí se značně blíží myšlence „contract sans loi“, i když Boggiano trvá na termínu „residual proper law“. Co se týče práva použitelného na otázku přípustnosti rozdělení při volbě práva, tato by měla být posuzována podle práva fora, pokud vycházíme z výše uvedeného závěru o obecném principu autonomie výběru práva připuštěného právě ze strany lex fori. Volba několika právních řádů je součástí tohoto problému.

### **2.13. Autonomie v českém právním řádu**

V českém právním řádu je, s ohledem na znění § 9 ZMPS a 37 ZRŘ, volba práva koncipována jako neomezená, s možností dodatečného určení (prakticky až do okamžiku projednávání věci ve sporu), dodatečné změny, jakož i s možností štěpení obligačního statutu. Přitom mnohé v praxi uplatňované principy autonomie nejsou zákonem stanoveny výslovně; např. dodatečnou volbu práva zákon neupravuje, ale rozhodovací praxe ji akceptuje a potvrzuje - např. rozhodčí nález Rsp 86/ 58.

Základní princip stanoví ZMPS v § 9 odst. 1, podle kterého je přípustná neformální volba práva, kterou je možno, pokud není o projevené vůli pochyb, provést mlčky. Renvoi je vyloučeno, pokud z vůle stran nevyplývá něco jiného. Naopak tzv. hypotetickou volbu práva český ZMPS neumožňuje.

---

<sup>54</sup> Stanovisko soudce Lorda McDermotta k této možnosti bylo však negativní

V praxi je přijímána i problematická volba více právních řádů.<sup>55</sup> Pokud se však skutečně jedná o volbu právních řádů *současně*, někdy v závislosti na místě řešení sporu, jde o velmi nebezpečný trend, neboť taková volba nesplňuje základní požadavky srozumitelnosti a určitosti, nemluvě o potřebě právní jistoty. Volbu pravidel nestátního původu koncepce § 9 ZMPS, a podle převažujícího názoru ani § 37 ZRŘ, neumožňuje (více v kap. 4.4.4.2.).

### **3. Pravidla určení rozhodného práva**

#### **3.1. Úvod**

V oblasti závazkového práva je patrný mnohem menší zájem státu na ingerenci než v jiných oblastech práva (např. v právu rodinném). V případě absence volby rozhodného práva se především aplikují přímo použitelné hmotněprávní ustanovení mezinárodních úmluv, které mají přednost před mezinárodními unifikovanými kolizními normami, jako je níže pojednaná Římská nebo Meziamerická úmluva. Jinak se, jako třetí v pořadí, použije právo určené normami mezinárodního práva soukromého národního právního řádu.

#### **3.2. Hmotné normy v oblasti závazkových vztahů**

##### **3.2.1. Přímo použitelné normy podle mezinárodních úmluv obecně**

Přímé unifikované normy jsou z hlediska pořadí použitelnosti primární oblastí regulace smluvních vztahů v mezinárodním obchodě. Jako takové mají v případě neučinění volby práva přednost před unifikovanými kolizními normami podle mezinárodních úmluv i před kolizními normami mezinárodního práva soukromého jednotlivých států. Následující část proto obsahuje především rozbor některých důležitých mezinárodních úmluv v této oblasti, vypracovaných především Komisí OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) a Organizací Spojených národů pro sjednocení mezinárodního práva soukromého (UNIDROIT). Analýza se zaměřuje na rozsah a limity použití úmluv, včetně otázek jako je interpretace, možnosti výhrad nebo i míra úspěšnosti, pokud jde o počet států vázaných tou kterou úmluvou. V rámci obou organizací se přitom v současnosti připravují další instrumenty; v případě UNIDROIT se např. jedná o mezinárodní instrument o franchisingu.

---

<sup>55</sup> Uvedeno v N. Rozehnalová, Doložky o právním režimu a o řešení sporů v případě smluv v mezinárodním obchodním styku, Právní rádce v podnikání 1/1998, str. 8 - 9

### 3.2.1.1. Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží

Úmluvu OSN o mezinárodní koupi zboží z roku 1980 (Vídeňská úmluva; Úmluva) je možno považovat za instrument s globální účastí (ke dnešnímu dni je Úmluvou vázáno šedesát sedm států). Vídeňská úmluva sjednocuje úpravu obsahu mezinárodní kupní smlouvy s režimem jejího uzavírání. Úmluvy se podle čl. 1.1 použije na kupní smlouvy uzavřené mezi subjekty s místem podnikání v různých státech v těchto případech: (i) pokud jsou tyto státy smluvními státy Vídeňské úmluvy (zde je nutná ratifikace nebo přistoupení k Úmluvě); (ii) pokud podle ustanovení mezinárodního práva soukromého se má použít právní řád některého smluvního státu.

Co se týče odst. 1.1a, ustanovení Vídeňské úmluvy, tedy její přímé normy, se použijí na základě této svou povahou jednostranné kolizní normy určující rozsah použitelnosti Úmluvy. Nepoužijí se tedy kolizní normy národního právního řádu. U odst. 1.1b se naopak zohledňuje národní právní řád, když umožňuje aplikaci ustanovení Úmluvy na základě odkazu kolizních norem národního mezinárodního práva soukromého. Pro použitelnost Úmluvy tak v tomto případě není rozhodující, zda některá ze stran má místo podnikání ve smluvním státě, postačí odkaz kolizních norem daného práva na právní řád smluvního státu.

Ustanovení odst. 1.1b se stalo předmětem námitek a mnohé státy, včetně bývalého Československa, učinily výhradu podle čl. 95 Úmluvy vylučující použití Úmluvy podle odst. 1.1b. Pro akceptaci možnosti výhrad hovoří argument, že jinak dochází k použití úmluvy, která pro soudce (rozhodce) není známá nebo přinejmenším není závaznou normou práva fora.<sup>56</sup>

Nicméně skutečná univerzálnost Úmluvy je touto možností výhrady narušena, s ohledem na skutečnost, že vymezení rozsahu použití je pravidlem principiálního významu; režim v této otázce by tedy měl být jednotný. Princip výhrad vůči odst. 1.1b nemá smysl, neboť pokud má smlouva kolizně silný vztah k jednomu ze smluvních států, pak je aplikace mezinárodního „jednotného“ práva opodstatněnější než použití národního práva. Argumentem zde není ani odmítnutí odst. 1.1b na základě principu vzájemnosti podle mezinárodního práva veřejného, neboť zde se jedná o soukromoprávní vztahy, bez účasti států.

Úmluva je vesměs dispozitivního charakteru - strany mohou podle čl. 6 vyloučit použití Úmluvy jako celku nebo jejích jednotlivých částí, a to s výjimkou čl. 12. Vyloučení Úmluvy mlčky je s ohledem na historii vzniku čl. 6 pochybné, i když výslovné určení v tomto smyslu Úmluva neobsahuje. Ovšem ani hypotetická volba Úmluvy jako

<sup>56</sup> A. Kanda, *Mezinárodní kupní smlouva*, Praha: Academia, 1988, str. 86



rozhodného práva možná není, s ohledem na to, že se zde jedná o objektivní navázání. Na druhé straně, pokud si strany zvolí národní právní řád členského státu Úmluvy bez dalšího, odkaz na tento právní řád zahrnuje i Vídeňskou úmluvu, která je součástí daného právního řádu.

Za vyloučení se tedy nepovažuje pouhá volba práva státu vázaného Úmluvou. Jiná situace by ovšem podle N. Rozehnalové nastala při volbě právní normy konkrétně přímo uvedené, např. OBZ. Tyto případy lze podle autorky pokládat za vyloučení Úmluvy a její nahrazení touto výslovně uvedenou normou.<sup>57</sup> Takový výklad ovšem platí pouze tehdy, pokud je možno dané smluvní ustanovení vykládat jako kolizní volbu práva (právního režimu), ne jako hmotněprávní určení obsahu právního vztahu. Rozhodně se je však třeba takovou kolizní volbu odlišit od ujednání o použití *některých konkrétních jednotlivých ustanovení* určitého právního řádu. Zde se pouze *může* jednat o mlčky provedenou volbu práva,<sup>58</sup> resp. o *jednu z* indicíí ukazujících na rozhodné právo.

Co se týče čl. 12, podle něj jakékoli ustanovení čl. 11, 29 nebo části druhé Úmluvy o uzavírání kupní smlouvy umožňující *ústní* uzavírání, změnu nebo zánik smlouvy, se nepoužije, pokud má účastník smlouvy místo podnikání ve státě, který učinil výhradu podle čl. 96 Úmluvy. Tato výhrada umožňuje, aby se výše uvedené možnosti neformálních úkonů dané čl. 11, 29 a druhé části Úmluvy na daný stát nepoužily, pokud se ovšem jedná o stát, jehož zákony skutečně písemnou formu v těchto případech vyžadují. Ustanovení čl. 12 je, jak již bylo řečeno, kogentního charakteru.

Ještě závažnější dopad však má možnost výhrady podle čl. 92 o vyloučení použití celé části druhé (uzavírání smlouvy), nebo části třetí (obsah smlouvy). Státy jako Velká Británie, pro jejichž právní řády je např. návrh na uzavření smlouvy dostatečně určitý i bez určení kupní ceny, tak mohou vyloučit použití čl. 14.1 části druhé (návrh na uzavření smlouvy) obsahující zde požadavek určení kupní ceny (viz níže). Zatímco totiž evropské kontinentální právo uplatňuje princip požadavku určitosti kupní ceny, z pohledu anglosaského práva smlouva vzniká i bez dohody o ceně. V této souvislosti podle čl. 55 Úmluvy v případě, kdy smlouva výslovně ani nepřímou neurčuje kupní cenu a ani neumožňuje její určení jakýmkoli ustanovením, kupní cena odpovídá ceně obecně účtované v době uzavírání smlouvy za takové zboží za srovnatelných okolností v příslušném obchodním odvětví.

Toto ustanovení čl. 55 je ovšem v rozporu s výše uvedeným článkem 14 obecných ustanovení Úmluvy, který podmiňuje, a to bezvýhradně, řádný návrh na uzavření smlouvy dostatečnou určitostí. Přitom za dostatečně určitý se považuje návrh obsahující

<sup>57</sup> N. Rozehnalová, Doložky o právním režimu a o řešení sporů v případě smluv v mezinárodním obchodním styku, *Právní rádce v podnikání* 1/ 1998, str. 7

<sup>58</sup> Z. Kučera, *Mezinárodní právo soukromé*, str. 123

také kupní cenu, resp. způsob jejího určení. S ohledem na čl. 14, 55 a 92 Úmluvy je tedy možno konstatovat, že čl. 55 se uplatní pouze v případě, že stát místa podnikání dané smluvní strany ratifikoval nebo přistoupil ke třetí části Úmluvy, avšak ne k části druhé. Rozsah Vídeňské úmluvy je tak opět zúžen a způsob použití komplikován.

Pokud jde o rozsah Úmluvy obecně, tato se nepoužije na otázku (i) platnosti smlouvy, jakéhokoli jejího ustanovení nebo zvyklosti, (ii) účinků na vlastnické právo k věci, resp. (iii) odpovědnosti prodávajícího za smrt nebo ublížení na zdraví způsobené zbožím.<sup>59</sup> U vymezení nepřímého předmětu úpravy je zajímavé, že Úmluva neobsahuje definici kupní smlouvy. Byl přijat přístup, že určité zboží je ze záběru Úmluvy vyloučeno, jako je zboží vyrobeno až po uzavření smlouvy, resp. kde podstatnou část věci k výrobě dodává objednatel (rozlišení kupní smlouvy od smlouvy o dílo).<sup>60</sup> Ustanovení Úmluvy se rovněž nepoužijí v případě koupě cenných papírů, lodí, letadel, elektrické energie, v případě koupě na dražbě a při výkonu rozhodnutí, resp. koupě ze zákona.

Článek 7 Úmluvy obsahuje obecná pravidla výkladu, jakož i významnou úpravu mezer právní úpravy. Pravidlo interpretace Úmluvy podle čl. 7.1 obsahuje formulaci, která inspirovala i jiné mezinárodní instrumenty, včetně unifikované kolizní úpravy podle Římské úmluvy,<sup>61</sup> s cílem eliminovat výkladová pravidla národních právních řádů. Ustanovení zdůrazňuje mezinárodní povahu Úmluvy, potřebu podporovat jednotnost při jejím použití a dodržování dobré vůle v mezinárodním obchodě (které např. neobsahuje Úmluva OSN o promlčení při mezinárodní koupi zboží). Podle čl. 7.2 otázky Úmluvou výslovně neupravené mají být řešeny v souladu s principy, na kterých Úmluva stojí; v případě absence takových principů se potom uplatní normy mezinárodního práva soukromého. Přímá norma (Úmluva) tak dále vymezuje hranice svého použití ve vztahu ke kolizním normám.

Nakonec je třeba se zmínit o úpravě zvyklostí a praxe podle čl. 9 Úmluvy. Strany jsou jednak vázány jakoukoli zvyklostí, na které se dohodly, resp. praxí mezi nimi zavedenou. Na druhé straně čl. 9.2 stanoví, že s výhradou jiné dohody se předpokládá tacitní volba zvyklostí, které jednak mají být známé stranám, jednak jsou obecně známé v rámci mezinárodního obchodu a v daném odvětví pravidelně dodržované.<sup>62</sup> Zdá se, že pokud se jedná o obecně známá a dodržovaná pravidla, která se mají uplatnit, je zbytečné podřizovat tuto otázku ještě požadavkem vědomosti (či předpokladu

---

<sup>59</sup> Čl. 4,5

<sup>60</sup> Čl. 3.1

<sup>61</sup> „In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade“

<sup>62</sup> „The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned“

vědomosti) o těchto pravidlech ze strany účastníků smlouvy. Nemluvě o vágnosti termínu „zpravidla dodržovaný“.

Obecně je možno říct, že Vídeňská úmluva je směsicí principů evropského kontinentálního a anglosaského práva. Jelikož v otázkách jí upravených není tak určitá, jak vyžaduje např. anglické právo, v standardních formulářích vytvořených obchodními asociacemi je její použití často vylučováno. Římská úmluva je širší ve svém záběru, proto v mnoha případech bude soud aplikovat Vídeňskou úmluvu doplněnou ustanoveními použitelného práva určeného Římskou úmluvou. Nakonec je třeba uvést, že ani Vídeňská úmluva, stejně jako jiné instrumenty, není uchráněna rozporného výkladu jejích ustanovení, např. ohledně možnosti výslovného, resp. tacitního vyloučení Úmluvy. Dále se různě uplatňuje výklad termínu „přiměřená lhůta“ pro vytknutí vad zboží při zboží nepodléhajícího zkáze apod.

### **3.2.1.2. Úmluva OSN o promlčení při mezinárodní koupi zboží**

Úmluva OSN o promlčení při mezinárodní koupi zboží (Úmluva o promlčení; Úmluva) byla stejně jako Vídeňská úmluva připravena v rámci aktivit UNCITRAL a přijata v roce 1974. V souvislosti s přijetím Vídeňské úmluvy bylo třeba uvést znění Úmluvy o promlčení do souladu se zněním Vídeňské úmluvy, především pokud jde o vymezení kupních smluv, kterých se týká. To bylo provedeno v roce 1980, kdy byla Úmluva změněna a doplněna Dodatkovým protokolem. Úmluva, kterou ratifikovalo i bývalé Československo, určuje promlčení vzájemných práv a povinností kupujícího a prodávajícího vyplývající ze smlouvy, z jejího porušení, ukončení její platnosti anebo neplatnosti.

Úmluva o promlčení v zásadě nepřipouští subsidiární použití vnitrostátních předpisů upravujících promlčení. Úmluva má však dispozitivní charakter, neboť čl. 3.2 umožňuje její vyloučení stranami smlouvy. Ustanovení však nehovoří o tom, zda je myšlena pouze Úmluva jako celek nebo i její jednotlivé části. Vyloučení Úmluvy musí být podle čl. 3.2 výslovné. Úmluva se podle čl. 37 nedotýká jakékoli jiné dohody obsahující ustanovení, které se týkájí věci, upravených Úmluvou, pokud strany kupní smlouvy mají místo podnikání na území členských států takovéto dohody.

Subsidiární platnost Úmluvy není jediným faktorem relativizujícím její význam. K Úmluvě totiž navíc přistoupil zanedbatelný počet států a ne všechny se zavázaly k Dodatkovému protokolu k Úmluvě. Dále čl. 34 nabízí možnosti výhrady o nepoužití Úmluvy v případě stejných nebo velmi podobných právních systémů členských států ve vztazích mezi těmito státy, resp. i ve vztahu členského a nečlenského státu. Úmluva však umožňuje i další výhrady (např. čl. 36 o možnosti nepoužití čl. 24 o nutnosti dovolání se promlčení v řízení; další výhrada viz níže).

Podobně jako Vídeňská úmluva, také Úmluva o promlčení obsahuje pravidlo o jejím výkladu a použití,<sup>63</sup> kde má být zohledněn mezinárodní charakter a podpora jednotnosti použití. Úmluva tedy nehovoří o bona fide. Dále, podobně jako Vídeňská úmluva, rovněž Úmluva o promlčení stanoví použitelnost jak v případě, kdy strany mají místo podnikání v různých členských státech Úmluvy, tak i v případě, kdy normy mezinárodního práva soukromého odkazují na právní řád smluvního státu. (Rovněž, v případě vícera míst podnikání v různých státech, se uplatní místo podnikání s nejvýznamnějším vztahem ke smlouvě a jejímu plnění). Rozšíření aplikace Úmluvy o druhou možnost nabídl právě Dodatkový protokol; tento však v čl. XII současně nabídl pro členské státy možnost výhrady v tom smyslu, že stát je Úmluvou vázán, jenom pokud se jedná o promlčení z kupní smlouvy, kterou uzavřely strany s místem podnikání v různých státech Úmluvy.

Tuto možnost, zužující okruh států, které mají být Úmluvou o promlčení vázány, využilo např. bývalé Československo. To znamená, že použití Úmluvy podle obou kritérií platí jenom pro státy, které bezvýhradně přijaly jak původní Úmluvu, tak i Dodatkový protokol. Tím je rovněž do jisté míry zpochybněn účel přijetí Protokolu, tedy uvedení Úmluvy o promlčení do souladu s Vídeňskou úmluvou.

Co se týče věcného rozsahu Úmluvy o promlčení, je především nutné uvést, že Úmluva se nedotýká vnitrostátních předpisů o lhůtách, podle kterých může být právo získané nebo vykonané jenom tehdy, kdy jedna ze stran vůči druhé straně uskuteční oznámení nebo právní úkon jiný než zahájení soudního, rozhodčího nebo správního řízení. Při věcném vymezení rozsahu Úmluvy o promlčení má tedy význam především povaha právního úkonu; v případě, že je tímto úkonem zahájeno uvedené řízení, jedná se o situaci, na kterou se Úmluva použije.

Jak již bylo uvedeno, Úmluva v zásadě nepřipouští použití vnitrostátních předpisů o promlčení. Pokud však před uplynutím promlčecí lhůty uskuteční věřitel na území státu sídla dlužníka jiný právní úkon než zahájení řízení nebo uplatnění práva v zahájeném řízení, přičemž podle práva tohoto státu má tento úkon za následek, že promlčecí lhůta běží znovu, potom platí, že promlčecí lhůta běží znovu od doby určené tímto právem. Tímto pravidlem byly zohledněny rozdíly v jednotlivých právních úpravách ohledně jednání, která způsobují nový běh promlčecích lhůt.

Z hlediska praktického významu Úmluvy o promlčení je třeba konstatovat, že původní verze Úmluvy, tedy bez změn daných Protokolem, je vázáno dvacet šest států, kdežto Úmluvou v aktuálním znění pouze devatenáct. Nicméně podle čl. XI Protokolu<sup>64</sup> ty

<sup>63</sup> Čl. 7

<sup>64</sup> Čl. 44bis

členské státy Úmluvy, které jsou vázány Úmluvou v jejím znění změněném Protokolem, jsou pokládány vůči těm členským státům, které přistoupily k Úmluvě, avšak ne k Protokolu, rovněž za členské státy původní Úmluvy (pokud neučiní oznámení vylučující povinnost být takto Úmluvou vázán).

I když byla patrná snaha o maximální použitelnost ustanovení Úmluvy a zachování jejího globálního charakteru, především použitelnost na základě odkazu na normy mezinárodního práva soukromého podle Protokolu způsobila zmenšení počtu států vázaných Úmluvou v aktuálním znění. Výsledkem je poněkud komplikovaný systém pravidel o určení souboru použitelných norem ve vztazích mezi jednotlivými zeměmi, což celkově význam Úmluvy snižuje.

### 3.2.1.3. Úmluva o zastoupení při mezinárodním prodeji zboží

Úmluva o zastoupení při mezinárodním prodeji zboží z roku 1983 (Úmluva o zastoupení; Úmluva) je jedním z mezinárodních instrumentů připravených v rámci aktivit UNIDROIT. Úmluva o zastoupení má dispozitivní charakter, když umožňuje vyloučení jejího použití jako celku nebo kteréhokoli jejího ustanovení. Podmínkou takové derogace je však, pokud se vyloučení týká vztahu zástupce - třetí strana, výslovné pokyny zastoupeného v tomto smyslu, nebo alespoň to, že se takové pokyny dají odvodit.<sup>65</sup> Úmluva rovněž v čl. 23 určuje svou subsidiaritu vůči minulým i budoucím Úmluvám. Podobně jako v případě Úmluvy o promlčení při mezinárodní kupi zboží, Úmluva umožňuje výhradu v případě členských (resp. i nečlenských) států s identickými nebo velmi podobnými pravidly o zastoupení, resp. další výhrady (viz níže).

Při výkladu Úmluvy má, podobně jako u Vídeňské úmluvy, být zohledněn její mezinárodní charakter, jednotnost použití a dodržování dobré víry v mezinárodním obchodě. Úmluva výslovně odkazuje na použití norem mezinárodního práva soukromého (národního práva) ve věcech jí neupravených. Rovněž formulace pravidel o použití mezinárodních zvyklostí a praxe je identická s příslušnými ustanoveními Vídeňské úmluvy. Princip místa podnikání s *nejvýznamnějším (nejbližším) vztahem ke kupní smlouvě* (ne tedy ke smlouvě o zastoupení jako takové) je opět určující pro použitelnost Úmluvy.

Úmluva se podle čl. 1 použije na uzavírání kupní smlouvy s třetí stranou a jakékoli související i následné jednání zástupce, přičemž se, podobně jako Úmluva o právu použitelném na zastoupení, vztahuje jenom na právní vztah mezi zastoupeným a třetí stranou, resp. zástupcem a třetí stranou. Jako v předešlých případech, i zde je

---

<sup>65</sup> Čl. 5

použitelnost Úmluvy založena buď na místě podnikání v členském státě nebo na odkazu norem mezinárodního práva soukromého na právo členského státu Úmluvy (opět možnost výhrady, a to podle čl. 28).<sup>66</sup> Stejně tak je národnost (ale i obchodní charakter!) stran při určení použitelnosti ustanovení Úmluvy irelevantní.

Úmluvy o zastoupení se na druhé straně nepoužije pro zastoupení u smluv na burze a dražbě, v souvislosti se zákonným či soudním (arbitrážním) oprávněním nebo rozhodnutím, resp. v případě smluv o zastoupení se statutárními orgány společností při výkonu jejich oprávnění.<sup>67</sup> Nicméně Úmluva nabízí v čl. 30 zajímavou možnost rozšíření jejího použití na základě jednostranného prohlášení členského státu i na jiné smlouvy než smlouvy kupní, resp. jiná místa podnikání než v členském státě.

Nejpodstatnějším rysem Úmluvy o zastoupení je však bohužel skutečnost, že ji podepsalo jenom šest států (jeden z nich dokonce Svatá stolice), ratifikovaly ji jenom Francie a Itálie a přistoupily k ní Jihoafrická republika, Mexiko a Nizozemí.

#### 3.2.1.4. Úmluva o faktoringu

Úmluva o faktoringu z roku 1988 je další z mezinárodních instrumentů připravených v rámci prací UNIDROIT. Úmluvou je vázáno jenom šest států (Evropy a Nigérie), i když jí podepsalo celkem čtrnáct států včetně bývalého Československa. Praktický význam Úmluvy tedy není velký.

Rovněž Úmluva o faktoringu zahrnuje možnosti prohlášení a výhrad,<sup>68</sup> a to standardních, jako prohlášení ohledně použití ustanovení Úmluvy pro různé územní jednotky členského státu, dále výhradu v případě členských (resp. i nečlenských) států s podobnými či stejnými právními systémy, resp. výhradu o vyloučení čl. 6.1 o účincích postoupení pohledávek na faktora. Tuto možnost výhrady využila Francie. Co se týče mezer právní úpravy, Úmluva o faktoringu se netýká otázky plurality věřitelů jedné pohledávky, finančního vyrovnání vzájemného plnění, nesolventnosti zúčastněné strany atd. Otázky neupravené Úmluvou podle čl. 4.2 mají být řešeny podle obecných principů, na kterých Úmluva stojí (význam preambule), a v případě absence takových principů podle práva určeného normami mezinárodního práva soukromého.

Úmluva o faktoringu definuje faktoringovou smlouvu s alternativním určením předmětu smlouvy (alespoň dvou ze čtyř předmětů závazku uvedených v čl. 1.2) jako podmínky použitelnosti ustanovení Úmluvy na smlouvu. Úmluvy se použije, pokud pohledávky postoupené podle faktoringové smlouvy vznikají z kupní smlouvy mezi dodavatelem a

---

<sup>66</sup> Čl. 2.1

<sup>67</sup> Čl. 4

<sup>68</sup> Čl. 15 - 20

dlužníkem, jejichž místa podnikání jsou v různých státech, přičemž buď (i) tyto státy a stát místa podnikání faktora jsou členskými státy Úmluvy nebo (ii) jak kupní smlouva, tak i smlouva faktoringová se řídí právem členského státu.<sup>69</sup>

Aby se tedy mohlo Úmluvy použít, musí buď všichni zúčastnění, tj. debitor census, dodavatel a faktor, mít místo podnikání ve smluvních státech (čl. 2 odst.1 písm.a) anebo jak faktoringová smlouva, tak i základní smlouva, musí být podřízeny právu smluvního státu (čl. 2 odst. 1 písm.b). Mezinárodnost vztahu tak závisí na tom, zda je pohledávka mezinárodní, tj. závisí na místě podnikání dlužníka a dodavatele. Mezinárodnost faktoringové smlouvy samotné je tedy bez významu.

Úmluva je opět (retrospektivně i perspektivně) subsidiárního a dispozitivního charakteru, a to jak ve vztahu mezi stranami faktoringové smlouvy, tak i mezi stranami kupní smlouvy, pokud jde o pohledávky vznikající v době nebo po oznámení faktorovi o vyloučení použití Úmluvy. Vyloučení je však možné jenom vcelku. Úmluva se dále opět řídí principem nejvyššího či nejvýznamnějšího vztahu při určení relevantního místa podnikání a výkladovými pravidly standardními pro Úmluvy v mezinárodním obchodě obsahující přímo použitelné normy. Nicméně je zajímavé, že tomto případě je zdůrazňován i význam preambule Úmluvy.<sup>70</sup>

Úmluva o faktoringu je rozhodně ocenitelným pokusem unifikovat určité vztahy v rámci smluv souvisejících s kupními smlouvami coby nejběžnějším smluvním typem. Nicméně, s ohledem na malý počet států vázaných Úmluvou o faktoringu, je třeba považovat Úmluvu za pokus, který spíše dokládá problémy než úspěšnost mezinárodní unifikace hmotných norem smluvního práva.

### 3.2.1.5. Úmluva o finančním leasingu

Úmluva o finančním leasingu z roku 1988 byla opět připravena v rámci aktivit UNIDROIT. Úmluvu podepsalo čtrnáct států, ratifikovalo ji však pouze devět (více méně ty samé státy jako v případě Úmluvy o faktoringu). K Úmluvě přistoupilo pět států, s výjimkou Uzbekistánu států evropských. Úmluvy se použije jak na situace, kde pronajímatel i nájemce mají místo podnikání v různých státech a (i) tyto státy a stát místa podnikání dodavatele jsou členskými státy nebo (ii) dodavatelská i nájemní smlouva se řídí právním řádem členského státu.

Pokud jde o vymezení tzv. zahraničního prvku, obecně jsou uváděny možnosti: (i) výrobce (dodavatel) je z jiné země než leasingová společnost a leasingový nájemce; (ii) leasingová společnost má sídlo (místo podnikání) v jiné zemi než leasingový nájemce;

<sup>69</sup> Čl. 2.1

<sup>70</sup> Dispozitivnost v čl. 3, výkladová pravidla v čl. 4

nebo (iii) leasingový nájemce, který je ze stejné země jako je země sídla (místa podnikání) leasingové společnosti, užije věc v jiné zemi. Úmluva o finančním leasingu tedy vychází z vymezení uvedeného jako druhé v pořadí.<sup>71</sup> Úmluva se opět řídí principem nejvýznamnějšího vztahu v případě vícera míst podnikání.

Při tvorbě Úmluvy se vycházelo z omezení jejího předmětu na tzv. nepřímý leasing, tj. na třístranný vztah mezi leasingovou společností, leasingovým nájemcem a dodavatelem. Dále je Úmluva koncipována s účelem zachování vysoké míry autonomie a rozsáhlého smluvního prostoru, mimo jiné s cílem vyjasnit pro transakci typické a z pohledu teorie práva někdy sporné otázky, a přispět tak ke zvýšení šancí na přijetí Úmluvy. O výsledku byly nicméně vzneseny pochybnosti.<sup>72</sup>

Rovněž proto Úmluva vykazuje rysy typické i pro jiné v práci pojednané instrumenty. Dispozitivnost Úmluvy o finančním leasingu je určena v čl. 5, a to za podmínky vůle každé ze stran dodavatelské smlouvy a každé ze stran nájemní smlouvy v tomto smyslu. V tom případě je možno se od ustanovení Úmluvy odchýlit, s výjimkou čl. 8.3 (záruky pronajímatele vůči nájemci), 13.3(b) a 13.4 (smluvní pravidla výpočtu škod při ukončení smlouvy ze strany pronajímatele v důsledku prodloužení nájemce). Mezinárodní charakter, podpora jednotnosti při výkladu a dodržování dobré víry (s odkazem na předmět a účel Úmluvy podle preambule) platí rovněž pro výkladová pravidla Úmluvy o finančním leasingu, stejně jako i odkaz na všeobecné zásady, resp. normy mezinárodního práva soukromého v případě mezer právní úpravy.

Úmluva stejně tak určuje svou subsidiaritu vůči minulým a budoucím úmluvám, obzvlášť pokud jde o otázku odpovědnosti, dále obsahuje obecná pravidla o rozšíření její použitelnosti v případě států s vícero územními jednotkami a možnost výhrady v případě členských, resp. i nečlenských států s velmi podobnými či stejnými právními systémy. Co se týče dalších výhrad, čl. 20 umožňuje nahradit ustanovení čl. 8.3 (tedy jednoho z jinak kogentních ustanovení Úmluvy) národním právem, pokud národní právo nedovoluje vyloučení odpovědnosti pronajímatele způsobené prodloužením nebo nedbalostí.<sup>73</sup>

Z hlediska předmětu použitelnosti, Úmluva o finančním leasingu upravuje transakce, kde pronajímatel (i) na základě specifikace nájemce uzavře dodavatelskou smlouvu s třetí stranou, podle které pronajímatel získá závod, investiční majetek nebo jiné zařízení za podmínek schválených nájemcem ohledně úroků a (ii) uzavře leasingovou smlouvu

<sup>71</sup> N. Rozehnalová, Leasingová smlouva z pohledu mezinárodního práva obchodního, Právník, 1992, str. 133

<sup>72</sup> Hlavně pokud jde o rysy samotné finančně leasingové transakce, jak jsou odvoditelné ze znění čl. 1, podrobněji viz N. Rozehnalová, Leasingová smlouva z pohledu mezinárodního práva obchodního, Právník, 1992, str. 140

<sup>73</sup> Závěrečná ustanovení, čl. 15 - 24



s nájemcem, na základě které má nájemce právo na užívání zařízení za úplatu (nájemné).<sup>74</sup> Smlouvy musí navíc obsahovat specifické charakteristiky podle čl. 2 typické pro finanční leasing. Na druhé straně se Úmluva týká jak smluv s právem odkoupení předmětu leasingu nebo bez tohoto práva, a rovněž bez ohledu na to, zda smlouva určuje nominální cenu nebo nájemné. Použije se rovněž na řetězce leasingových smluv.

Vzhledem k absenci vykrystalizované představy o charakteristických rysech leasingové smlouvy je značně důležité řešení kvalifikační otázky, tj. podle kterého právního řádu bude smlouva kvalifikována: zda podle lex fori, lex causae nebo podle jiného kritéria. Úmluva o finančním leasingu totiž kvalifikuje finančně leasingovou operaci, ne však leasingovou smlouvu jako takovou.<sup>75</sup> V této souvislosti, pokud jde o právo použitelné na leasingovou smlouvu, Úmluva neobsahuje jednotné kolizní kritérium pro určení právního režimu za účelem vyplnění mezer.<sup>76</sup>

Kromě některých problematických ustanovení týkajících se obsahu leasingového vztahu zůstává právě existence mezer právní úpravy další otevřenou otázkou. Pozitivem je, že Úmluva řeší některé základní problémy jako je vytvoření společného rámce pro účastníky vztahu, kvalifikace leasingové transakce, propojení obou smluv a vyjasnění vztahu dodavatele s nájemcem apod. Samozřejmě, faktickým problémem je malý počet států Úmluvou o finančním leasingu vázaných.

### 3.2.1.6. Úmluvy o dopravě

Smlouvy o přepravě mají úzkou souvislost s jinými smlouvami mezinárodního obchodu, nicméně jejich strany nejsou totožné se smluvními stranami těchto jiných smluv. Charakteristickým rysem mezinárodních úmluv o dopravě je kogentní systém odpovědnosti. Dopravu zboží přitom upravují nejenom přímo použitelné normy, ale i unifikovaná kolizní norma, totiž Římská úmluva v čl. 4.4 (blíže viz v kapitole o Římské úmluvě). Co se týče obsahu úmluv, členské státy se zaměřily na dohodu o formálních náležitostech a podmínkách použití přepravních dokumentů pro jednotlivé druhy přepravy zboží.

Smyslem mezinárodních úmluv, které byly doposud v mezinárodní přepravě přijaty, je ulehčit a zjednodušit proces uzavírání smluv o přepravě. Tím, že si státy dohodly přepravné dokumenty pro jednotlivé druhy přepravy zboží, není nutné, aby odesílatel

<sup>74</sup> Čl. 1

<sup>75</sup> Dále viz N. Rozehnalová, Leasingová smlouva z pohledu mezinárodního práva obchodního, Právník, 1992, str. 133

<sup>76</sup> ČL. 6.2 obsahuje pouze odkaz na národní mezinárodní právo soukromé; v rámci ZMPS by se s ohledem na znění § 10, obsah transakce a roli leasingového pronajímatele, mělo uvažovat o právu sídla leasingové společnosti

koncepce celý text smlouvy o přepravě, nýbrž postačí vyplnit příslušný tiskopis a předat zboží k přepravě. Technický charakter úmluv o přepravě pozitivně ovlivnil rozsah států, které jednotlivé úmluvy přijaly, jakož i jejich vázanost těmito úmluvami.

Bylo upozorňováno, že jednotlivé úmluvy se při úpravě určitých občanskoprávních institutů vzájemně odlišují v otázkách, kde specifičnost toho kterého druhu dopravy nemůže být pro takový stav důvodem.<sup>77</sup> Především se to týká principu odpovědnosti, kde u tzv. Haagských (i v pozdější podobě tzv. Hamburských) pravidel upravujících námořní přepravu, jakož i v případě Varšavské letecké úmluvy, je odpovědnost dopravce založena na principu presumovaného zavinění. Na objektivním odpovědnostním principu naproti tomu spočívají úmluvy CIM, CMR a Montrealský protokol z roku 1975, který představuje revizi Varšavské úmluvy.<sup>78</sup>

### 3.2.1.7. Úmluva o přepravní smlouvě v mezinárodní cestní nákladní dopravě - CMR

Doprava zboží je upravena úmluvou CMR z roku 1956, která vstoupila v platnost v roce 1961. Byla přijata státy Evropy, Asie a Afriky. Obecně je u mezinárodních úmluv o dopravě, podobně jako v případě jiných mezinárodních úmluv v oblasti smluvního práva, významným prvkem mezinárodnost smlouvy a současně vztah mezi smlouvou, stranami nebo místy, které jsou určitým způsobem pro smlouvu relevantní (jako např. místo převzetí nebo odevzdání). Rovněž v případě CMR je podmínkou její použitelnosti mezinárodní charakter přepravní smlouvy a současně vztah ke smluvnímu státu. Místo podnikání smluvních stran je však v tomto případě bezvýznamné.

CMR se přitom použije na každou smlouvu o úplatné přepravě zboží na cestě prostřednictvím vozidel, kdy místo převzetí zboží a předpokládané místo odevzdání podle smlouvy se nachází na území dvou států, z nichž alespoň jeden je smluvním státem. CMR tedy vyžaduje určitý vztah k místu odeslání *anebo* odevzdání s tím, že *buď* stát místa odevzdání *nebo* stát místa převzetí musí být smluvním státem CMR. V souladu s jinými mezinárodními úmluvami v oblasti závazkových vztahů, bydliště stran ani jejich státní příslušnost není relevantní. Zajímavým prvkem je fakt, že se CMR použije i v případě, že *buď* stát odeslání, *nebo* stát odevzdání, není (!) státem Úmluvy.

CMR se tedy použije na přepravní smlouvy v mezinárodní cestní nákladní dopravě, přičemž podle ustanovení CMR je dokladem uzavření takové přepravní smlouvy

<sup>77</sup> Podrobně M. Pauknerová, *Koncepce odpovědnosti dopravce v mezinárodních úmluvách o přepravě zboží*, Právník, 1981, str. 188 *et seq.*

<sup>78</sup> M. Pauknerová, *Koncepce odpovědnosti dopravce v mezinárodních úmluvách o přepravě zboží*, Právník, 1981, str. 197 - 198

nákladní list. Nicméně pokud nákladní list chybí nebo pokud má nedostatky či je ztracen, není tím existence nebo platnost přepravní smlouvy dotčena a vztahují se na ní i nadále ustanovení CMR. Platí sice předpoklad, že nákladní list je věrohodným dokladem o uzavření smlouvy, jakož i o převzetí zásilky dopravcem, a to za podmínky, že nebude prokázán opak; na druhé straně k použití CMR není nákladní list bezpodmínečně vyžadován.

Nákladní list je tak důkazem o uzavření a obsahu přepravní smlouvy. Tento postup umožňuje, aby každý dopravce, který přebírá zboží, byl zodpovědný za uskutečnění přepravy od momentu převzetí zboží do momentu jeho odevzdání dalšímu dopravci, čímž je současně místně a časově ohraničeno použití CMR v otázce odpovědnosti každého dopravce. Dopravce tak zodpovídá za škodu způsobenou ztrátou nebo poškozením zboží v době od přijetí zboží na přepravu až do jeho dodání, ale i za škodu způsobenou překročením lhůty dodávky.

Základním principem při použití CMR je tedy postupný „přechod“ Úmluvy na jednotlivé smluvní vztahy mezi dopravci za předpokladu, že je přeprava (na základě jediné přepravní smlouvy) uskutečňována postupně několika dopravci. V případě jediné přepravní smlouvy se převzetím zásilky druhý a každý další dopravce stávají smluvní stranou ve smyslu CMR podle nákladního listu. Na druhé straně, CMR se netýká uzavírání smlouvy, její materiální platnosti, nároku na plnění nebo náhrady škody z titulu neposkytnutí plnění.

CMR má, stejně jako jiné mezinárodní úmluvy o přepravě, kogentní charakter. Nicméně tento charakter CMR není přijímán bezvýhradně. Význam čl. 41 CMR o neplatnosti každého ujednání, které se přímo nebo nepřímo od CMR odchyluje, je například v italské judikatuře vykládán tak, že CMR se uplatní jenom pokud na něj strany výslovně odkážou v nákladním listě.

### **3.2.1.8. Úmluva o mezinárodní železniční dopravě - CIM/COTIF**

CIM/COTIF představuje v mnoha ohledech analogii CMR s tím, že upravuje mezinárodní přepravu po železnici, tedy přepravu zboží nebo osob, pokud se přeprava uskutečňuje po území dvou nebo vícero zemí na základě jediné smlouvy o přepravě a jediného přepravního dokumentu. Na Úmluvu CIM z roku 1970 o přepravě zboží po železnicích navázala s účinností od roku 1985 Úmluva COTIF, jejíž přípojka B - jednotné právní předpisy pro smlouvu o mezinárodní železniční přepravě zboží (CIM) předchozí mezinárodní úmluvu CIM nahrazuje. Úmluva byla přijata evropskými a některými asijskými a africkými státy, nicméně Protokol z roku 1990 nebyl přijat všemi z nich. Úmluvy se použije v případě mezinárodní dopravy v rámci alespoň dvou členských států Úmluvy při současném použití nákladního listu. Nutnost vystavení

nákladního listu je rozdílem oproti CMR, kde k použití CMR není nákladní list bezpodmínečně vyžadován.

Specifickým znakem CIM/COTIF je fakt, že železnice se automaticky stává stranou smlouvy. Přepravní smlouva je tedy uzavřena, jakmile odesílající železnice přijala na přepravu zboží spolu s nákladním listem. Po označení přijetí jsou na nákladním listu vyznačena příslušná data.<sup>79</sup> Stejně jako v případě CMR i v případě CIM/COTIF je nákladní list, který odesílatel předkládá řádně vyplněný a opatřený datovým razítkem nebo strojovým účtovacím označením, důkazem o uzavření a obsahu přepravní smlouvy.

I v případě CIM/COTIF se tak uplatňuje princip místního a časového ohraničení použití Úmluvy, včetně otázky odpovědnosti každé železnice (v případě ztráty nebo poškození zásilky odpovídá železnice stejně jako v případě CMR), tedy postupného „přechodu“ Úmluvy na jednotlivé smluvní vztahy mezi dopravci.

Je kladně hodnoceno, že Úmluvou COTIF byly sloučeny stávající železniční úmluvy do jednoho instrumentu, jakož i to, že ustanovení CIM byla precizována a podstatně zjednodušena. Při tomto zjednodušení, poskytujícím v rámci přepravní smlouvy kontrahentům větší smluvní autonomii, se zohledňovaly jiné mezinárodní instrumenty v oblasti dopravy.<sup>80</sup>

### 3.2.1.9. Varšavská úmluva

Varšavská úmluva upravuje otázky analogické předmětu CMR a CIM/COTIF, avšak v oblasti mezinárodní letecké dopravy. I v tomto případě se vydává nákladní list, a to letecký nákladní list, který je důkazem o existenci smlouvy, přijetí zboží a podmínkách přepravy (specifikem je omezení odpovědnosti dopravce v určitých situacích). Varšavská úmluva má kogentní charakter a použije se v případě, kdy jak místo odeslání, tak místo určení jsou situovány ve státech Úmluvy.

Praktickým problémem při použití Varšavské úmluvy jsou její pozdější změny a dodatky - Haagský protokol z roku 1955, Guatemalský z roku 1971 a Montrealský protokol z roku 1975, resp. Guadalajarská úmluva z roku 1961. Kupříkladu Haagský protokol ratifikovalo asi 100 států, mezi nimi téměř všechny západní státy a státy bývalého sovětského bloku, avšak ne USA. Guadalajarskou úmluvu ratifikovalo 60 států, opět bez účasti USA. Při existujícím stavu „soutěže“ jednotlivých úmluv je třeba

<sup>79</sup> Datové razítko odesílajícího nádraží nebo strojové označení účtování a datum přijetí k přepravě

<sup>80</sup> A. Petrovský, Nový dohovor o mezinárodní železniční přepravě, Právní obzor, 1986, str. 838, 839

při určení rozhodného pramene vždy použít tu verzi úmluvy či protokolu, jimiž je příslušný stát vázán.

### **3.2.1.10. Námořní a říční přeprava**

V oblasti námořní přepravy je třeba zmínit především Bruselskou úmluvu o náložných listech (Brussel Convention on Bills of Lading z roku 1924), známou jako Haagská pravidla, která byla pozměňována a doplňována. V roce 1968 byl přijat tzv. Visbyjský protokol; takto pozměněná Bruselská úmluva se stala známá pod názvem Haagsko - Visbyjská pravidla (Haag-Visby Rules, s účinností od roku 1977), která byla přijata dvaceti státy, opět ale ne ze strany USA. Následně byla Pravidla pozměněna v roce 1979 tzv. Protokolem SDR, ratifikovaným patnácti státy (předtím v roce 1978 Hamburskými pravidly, která jsou závazná pro jednatřicet států).

Změny a úpravy norem v oblasti námořní přepravy tak přinášejí podobný problém jako v případě letecké dopravy. Při určování rozhodného práva je opět nutné si vyjasnit otázku, kterými z norem je příslušný stát účastníka smlouvy vázán, resp. mít na zřeteli pořadí jednotlivých pramenů. Dále, jak plyne z protokolu o jejich podpisu, Haagská pravidla se na rozdíl od jiných úmluv v oblasti dopravy (i na rozdíl od jejich dodatků, resp. jejich podoby ve znění dodatků) nepoužijí přímo. Haagská pravidla v původním znění (tedy ne ve znění Haagsko-Visbyjských pravidel, ani Hamburských pravidel) musí být zákonodárcem inkorporována do vnitrostátního právního řádu, resp. musí jim být propůjčena síla zákona.

Haagská pravidla se použijí při smlouvách o námořní dopravě, kdy je vydán náložný list („bill of lading“), a to v jednom ze smluvních států Úmluvy. To znamená, že pro plavbu s použitím námořních listů („sea way-bills“) nebo dodacích příkazů („delivery orders“) se Haagská pravidla nepoužijí.

V oblasti vnitrozemské plavby žádná mezinárodní úmluva pro oblast smluvních vztahů nebyla přijata. Proto se příslušné smlouvy řídí národním právním řádem určeným podle kolizních norem mezinárodního práva soukromého, v evropském kontextu potom především podle čl. 3 a 4.4 Římské úmluvy. U plavby po některých větších evropských řekách se vyvinula standardní pravidla, která mohou být stranami do smlouvy inkorporována (např. německé Verlade- und Transportbedingungen na Rýně nebo Bratislavská dohoda).

### 3.3. Kolizní normy obecně

Použití kolizních norem přichází v úvahu v případě, že danou otázku neupravují unifikované hmotněprávní normy podle mezinárodní úmluvy. V rámci kolizních norem má však před kolizními normami národního práva rovněž přednost mezinárodní kolizní unifikace. Výsledky v této oblasti nicméně nedosahují ani úspěšnosti hmotněprávní unifikace. Z pohledu evropského práva je nejdůležitějším výsledkem unifikačních snah tzv. Římská úmluva.

#### 3.3.1. Římská úmluva o právu použitelném na smluvní vztahy

##### 3.3.1.1. Úvod

Práce na Římské úmluvě o právu použitelném na smluvní vztahy (Římská úmluva; Úmluva) byly iniciovány již v roce 1967. Byl zdůrazňován ekonomický význam unifikace kolizních norem a v této souvislosti také paralela mezi ekonomickou integrací a právní harmonizací. Tato iniciativa souvisí také se snahou o vytvoření jedné unijní právní úpravy v oblasti procesního práva, tedy v oblasti jurisdikce a uznání cizích rozhodnutí, což kulminovalo v 1968 Bruselskou úmluvou o pravomoci a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Římská úmluva má mimo jiné také přímý význam pro Bruselskou úmluvu, neboť unifikace má předcházet tzv. „forum shopping“.

Myšlenka harmonizace kolizních norem je dána i neúspěchem snah o unifikaci či alespoň harmonizaci hmotněprávních norem. Je ovšem třeba říci, že Římská úmluva nemá takový právní základ jako Bruselská úmluva podle čl. 220 Římské smlouvy Evropské unie. Římská úmluva tedy není *stricto sensu* úmluvou v rámci práva Evropské unie (i když *de facto* byla Římská úmluva připravována pod záštitou Evropské komise). To mimo jiné znamená, že Evropský soudní dvůr nemá pravomoc interpretovat Úmluvu, ledaže by tato byla speciálně udělena smluvními státy v rozsahu příslušného protokolu. Článek 18 o jednotném výkladu Úmluvy na věci nic nemění. Dále platí, že samotný vstup do Evropské unie neznamená automaticky přistoupení k Římské úmluvě, i když je to žádoucí podle společného prohlášení připojeného k Římské úmluvě.

Římská úmluva v zásadě reprezentuje kontinentálně-evropský přístup k určení rozhodného práva, na rozdíl od amerického, resp. předtím anglického přístupu. Německo a Dánsko inkorporovaly Úmluvu do svých vnitrostátních právních řádů před její účinností 1. dubna 1991. V Německu byla Úmluva uzákoněna v národním právu ve formě Uvozovacího zákona k Občanskému zákoníku.<sup>81</sup> Itálie Úmluvu inkorporovala

<sup>81</sup> Einführungsgesetz zum Bürgerliches Gesetzbuch - EGBGB, čl. 27 - 37

Zákonem č. 218 o reformě mezinárodního práva soukromého, který na Římskou úmluvu přímo odkazuje. Úmluva je přímo použitelná i v dalších státech; ve Velké Británii byla uzákoněna Zákonem o právu použitelném na smlouvy z roku 1990. Zákon stanoví, že Úmluvě a jejímu prvnímu protokolu o výkladu je propůjčena síla zákona.

Švýcarsko je naopak příkladem toho, že i když Úmluva není otevřena k přistoupení státům mimo Evropskou unii, je možné se mnohými jejími ustanoveními inspirovat, což Švýcarsko učinilo v roce 1987 svým Zákonem o mezinárodním právu soukromém. Jiná je otázka jednotné interpretace Římské úmluvy, kde protokoly z roku 1988 o jednotném výkladu, resp. o přenesení pravomocí ve věci výkladu Úmluvy Evropským soudním dvorem, doposud nenabýly účinnosti a obsáhlejší srovnávací systém judikatury doposud nebyl vytvořen.

Často je argumentováno, že unifikace kolizních norem je praktičtější než unifikace hmotných norem, neboť jenom kolizní normy nevyhnutelně obsahují mezinárodní prvek. Navíc harmonizace či dokonce unifikace hmotných norem „nestačí držet krok s odbouráváním hranic v mezinárodním obchodě“.<sup>82</sup> Význam přijetí Úmluvy byl dán i faktem, že v době přijetí Úmluvy neměly smluvní státy s výjimkou Itálie pro oblast smluvních vztahů kodifikovanou úpravu kolizních norem.

V této souvislosti je třeba se zmínit o kritice Úmluvy z pohledu systému anglosaského práva. Jedním z předních kritiků je F. A. Mann, který říká, že „dobře zavedená a osvědčená, flexibilní pravidla určená soudy byla nahrazena údajně jasným, pevným, psaným zákonem stanoveným základem, ve skutečnosti hazardem zákonné interpretace.“<sup>83</sup> V rámci oblastí common law bývalo určování vztahu smlouvy k právnímu řádu hierarchicky a neformálně stanoveno tak, že např. místo arbitráže bylo pokládáno za silné spojení, domicil stran za slabé a ostatní kritéria se nacházela v tomto pořadí důležitosti mezi nimi.

Common law se stalo novým výrazným prvkem v rámci přípravy Římské úmluvy v roce 1973, kdy k původním šesti státům přibyly další tři. Na druhé straně spojovacím elementem Úmluvy byla nesporně autonomie vůle stran, pokud jde o volbu práva, a princip nejvýznamnějšího vztahu v případě nečinění volby práva.

### 3.3.1.2. Výklad a rozsah Římské úmluvy

Jednotný výklad a použití Římské úmluvy má být docíleno zohledňováním jejího mezinárodního charakteru ve smyslu čl. 18 vycházejícího z formule uplatněné v rámci instrumentů UNCITRAL. Guilianova a Lagardova zpráva (Zpráva) coby oficiální

<sup>82</sup> Giuliano and Lagarde Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 2

<sup>83</sup> F. A. Mann v International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), 1983, str. 265, 266

dokument připojený k Úmluvě a pomocný nástroj jejího výkladu zdůrazňuje, že čl. 18 Úmluvy by mohl umožnit stranám spoléhat se na rozhodnutí soudů jiných smluvních států co se týče výkladu. Při pochybnostech o výkladu by se mělo vycházet z vícejazyčného textu Úmluvy a Zprávy a zohlednit shodnou, resp. převažující judikaturu a literaturu v jiných smluvních státech. K tomu např. anglické právo v Zákoně o smlouvách (Contracts (Applicable Law) Act) určuje, že Římská úmluva má být vykládána v souladu s jakýmkoli relevantním rozhodnutím nebo principem určeným Evropským soudem; vyžaduje, aby bylo bráno v úvahu jakékoli rozhodnutí nebo právní názor Evropského soudu.<sup>84</sup> Podle Zprávy si čl. 18 ponechá význam i v případě, že bude přijat protokol podřizující výklad Římské úmluvy Evropskému soudu.

Podle čl. 1 se Úmluva vztahuje na mezinárodní smluvní vztahy, přičemž za mezinárodní charakter je standardně považováno místo podnikání nebo pohyb zboží mezi státy, ne ale státní příslušnost účastníků smlouvy. Problémem může být obsah termínu „smluvní“. Pokud definice smluvního závazku bude sledovat definici použitou pro speciální jurisdikci podle Nařízení Rady (EC) 44/2201, potom je rozhodující charakteristika, že smluvní závazek vzniká jako „freely entered into with regard to another“. Problém potom může vzniknout ohledně vztahů, které jsou podle národního práva mimo oblast smluvní úpravy, např. v případě bezúplatného závazku jako slib poskytnout referenci, dobrovolné převzetí závazku atd. Kupříkladu anglické kolizní normy mezinárodního práva soukromého přiznávají účinek kontraktu i slibu nepodpořenému úplatou. Za druhé, výše uvedená charakteristika naznačuje rovněž určení osob, k nimž návrh směřuje; podle dané definice, pokud není dána představa adresáta, není smlouva. Nicméně soudce v případě *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* byl opačného stanoviska.

Z hlediska časového a věcného rozsahu Úmluvy se tato vztahuje na smluvní vztahy, tedy smlouvy uzavřené po 1. dubnu 1991 (čl. 17 přitom výslovně vylučuje retrospektivní použití Úmluvy ve vztahu ke smluvním státům přistupujícím k Úmluvě po datu její účinnosti). Přitom každá územní jednotka, pokud má vlastní pravidla ohledně smluvních závazků (čl. 19.1), je pro účely použití Úmluvy pokládána za zemi, takže Úmluva se uplatní i např. na konflikty mezi skotským a anglickým právem. Úmluva se vztahuje na smluvní závazky v jakékoli situaci zahrnující volbu mezi zákony různých území, tedy nejenom na tzv. mezinárodní, ale i na čistě „domácí“ případy. Článek 19 určující pravidlo pro státy s vícero právními systémy je založen na podobných ustanoveních Haagských úmluv (např. čl. 19 a 20 o právu použitelném na zastoupení). Podle odstavce 2 pak v situaci, kdy se jedná o čistě vnitrostátní vztah

---

<sup>84</sup> Samotný Bruselský protokol rovněž odkazuje na jurisdikci Evropského soudu, jeho rozhodnutí a přijaté principy, ale navíc i rozhodnutí soudů států Úmluvy, pokud jedná jako odvolací, i když protokol v tomto případě stanoví jenom *možnost* odkazu



spojený s několika oblastmi a ne s jiným státem, stát není vázán pravidly Římské úmluvy.

Na druhé straně je Římská úmluva instrumentem s globálním dopadem, neboť rozhodné právo není omezeno na členské státy Úmluvy nebo členské státy Evropské unie. Nejdůležitějším principem je tak její univerzálnost - použitelné právo nemusí být právem některého z členských států. Úmluva je ve smyslu čl. 2 (explicitně umožňujícího použití jiného právního řádu než práva členského státu) univerzálním a jednotným instrumentem nahrazující mezinárodní právo soukromé v jednotlivých smluvních státech. Z pohledu mezinárodního obchodu se Římská úmluva vztahuje na všechny smlouvy obecně, s určitými speciálními pravidly v podobě vyvratitelných domněnek pro nemovitosti a dopravu zboží. Dále je kladně hodnocen dopad čl. 1(1) v tom smyslu, že Úmluva se vztahuje na daný smluvní vztah bez ohledu na to, zda je případ spojen s členským státem. Opačné tendence by vedly k nutnému použití dvou různých souborů kolizněprávních norem v závislosti na výše uvedeném ukazateli.

Některé názory zpochybňují kogentnost Úmluvy. Kupříkladu z pohledu anglického práva to, že má Úmluva typicky sílu zákona, ještě o ničem nevyovídá. Soudce Clarke J. ve věci *Caltex Singapore Pte. Ltd. v. BP Shipping Ltd.* (1996) vyjádřil názor, že síla zákona znamená, že Úmluva má přímý účinek, ale není nutně kogentní. Na druhé straně bylo ve věci *Hollandia* konstatováno, že v zájmu harmonizace a unifikace pouhá skutečnost, že smyslem Úmluvy je mezinárodní jednotnost, je argumentem pro její kogentnost. V každém případě formulace jednotlivých ustanovení a kogentní jazyk Římské úmluvy, spolu s jejím účelem (jednotnost kolizních norem) a podobou, rovněž nepochybně vede k závěru o jejím kogentním charakteru.

Zde je vhodné zmínit se také o vztahu Úmluvy k jiným normám mezinárodního práva. Článek 20 stanoví přednost komunitárního práva, tedy aktů institucí Evropské unie, včetně aktů přijatých po vstoupení Úmluvy v platnost. Nařízení a směrnice Evropské unie mají tedy přednost před Římskou úmluvou. Ve společném prohlášení nicméně vlády členských států vyjádřily přání souladu nařízení a směrnic, jakož i národních norem harmonizovaných v rámci provádění směrnic, s ustanoveními Úmluvy. Článek 21 (ekvivalent je možno nalézt např. v čl. 21 Úmluvy o právu použitelném na zastoupení) stanoví přednost jiných mezinárodních úmluv před Římskou úmluvou.

Pokud taková jiná mezinárodní úmluva neobsahuje obdobné pravidlo, měla by mít tato úmluva před Římskou úmluvou přednost. Problém může podle Zprávy vzniknout, pokud obdobné pravidlo o přednosti jiné úmluvy (potencionálně třeba Římské úmluvy) obsahuje rovněž daná úmluva jiná než Římská úmluva. Otázkou je v každém případě např. vztah mezi Haagskou úmluvou o zastoupení a Římskou úmluvou; zde by se spíš mělo uplatnit *lex specialis derogat lex generalis*. Samozřejmě, výše uvedené se netýká

vztahů mezi Římskou úmluvou a přímo použitelnými normami podle mezinárodních úmluv - ty mají, z důvodu svého charakteru, přednost před kolizní unifikací obsaženou v Římské úmluvě. V případech, kde není ta která úmluva použitelná nebo kde neposkytuje řešení, použijí se ustanovení Římské úmluvy.

Co se týče vztahu Římské úmluvy na jedné straně a úmluv obsahujících především přímo použitelné normy hmotného práva, ale rovněž některé unifikované kolizní normy, jako je Vídeňská úmluva, resp. smlouvy z oblasti dopravy na straně druhé, vzhledem k rozdílnému charakteru obou skupin úmluv má přednost úmluva obsahující přímo použitelné normy, jejíž unifikované kolizní normy jenom vymezují sféru použitelnosti úmluvy. Přednost má tedy vždy úmluva obsahující přímo použitelné normy před úmluvou obsahující unifikované kolizní normy.

Nicméně čl. 21 je nutné posuzovat ve spojitosti s čl. 24 a 25. První určuje podmínky, za kterých se může smluvní země stát členským státem mnohostranné úmluvy po vstoupení Římské úmluvy v platnost. Druhý se zabývá situací, kdy by uzavření mezinárodních úmluv jiných než úmluv ve smyslu čl. 24 ohrozilo unifikaci dosaženou Římskou úmluvou. V obou případech se uplatňuje konzultace podle čl. 23 Úmluvy. Čl. 23 přitom umožňuje jednostrannou derogaci ustanovení Římské úmluvy. Vzhledem k příliš širokému záběru Úmluvy ve spojení s jejími velmi obecnými formulacemi je tato konstrukce podle Zprávy odůvodnitelná a nevyhnutelná pro otázku samotného přijetí Úmluvy.

Nicméně tato možnost se především vztahuje k určité kategorii smluv podle Úmluvy, nevztahuje se např. na její obecné principy. Za druhé, jak již bylo řečeno, Úmluva v tomto případě stanovuje procedurální podmínky podporující konzultaci. Podle pracovní skupiny připravující Římskou úmluvu se povinná procedura nemá týkat pravidel o nutně použitelných normách podle čl. 7. Zpráva přitom zdůrazňuje, že uvedené se týká skutečně jenom nutně použitelných norem.

Co se týká dalších otázek, především negativního vymezení rozsahu, Úmluvy se nepoužije v případě nepodnikatelských subjektů. Úmluva se dále nevztahuje na otázky způsobilosti fyzických osob („status and legal personality of natural persons“). Anglosaské právo pokládá tuto otázku za součást oblasti smluvní, která vyvolává smluvní kolizněprávní problémy (i když v otázce použitelného práva není jednotnost), stejně jako arbitrážní či soudní doložky, které jsou ze záběru Úmluvy rovněž vyňaty. Evropské kontinentální právo řadí tyto otázky do statusové, resp. procedurální oblasti.

V této souvislosti bylo argumentováno, že přes určitou stabilitu navazování evropského kontinentálního práva v oblasti způsobilosti na státní občanství nelze upřít určitou oprávněnost námitkám anglo-amerických autorů. Ti poukazovali již v období

před přijetím Úmluvy na to, že zmíněné navazování nijak nechrání kontrahenta osoby, o jejíž způsobilost v konkrétním případě jde. Argumentovali tím, že tato druhá smluvní strana nemůže znát předpisy cizího práva vztahující se ke způsobilosti. Na druhé straně bylo výše uvedené kritérium navazování již v minulosti např. v Německu, Švýcarsku, Itálii i Francii prolamováno v zájmu ochrany této druhé strany a ve prospěch platnosti smlouvy.<sup>85</sup> Obdobně je způsobilost cizince k právním úkonům podle § 3 ZMPS konstruována v odst. 2 v zájmu platnosti smlouvy subsidiárně podle práva českého. Tyto skutečnosti argumentaci pro začlenění této oblasti do rozsahu Úmluvy poněkud oslabují.

Pokud jde o arbitrážní doložku, tu upravují Newyorská úmluva z roku 1958 či Evropská úmluva o mezinárodní arbitráži z roku 1961. Protiargumenty ze strany anglosaského práva zdůrazňovaly, že tyto úmluvy se nezabývají otázkou důsledně a přistupování k nim v rámci Evropské unie není uniformní, mají tedy malý harmonizační efekt. Arbitrážní doložka byla nakonec vyňata, i když např. Velká Británie trvala na jejím začlenění do textu Úmluvy.

Z rozsahu Úmluvy jsou, jak již bylo řečeno, rovněž vyloučeny dohody o výběru místa řešení sporu, dále právo korporací, otázky způsobilosti zástupce zavazovat zastoupeného ve vztahu ke třetí straně, otázky důkazů a procesní otázky obecně s výjimkou důkazního břemene. V některých právních systémech je dohoda o výběru soudu smlouvou podléhající běžným kolizním normám použitelným na smlouvy. V otázce způsobilosti zástupce zavazovat zastoupeného Zpráva argumentuje, že tuto otázku není možno ponechat smluvní svobodě stran. Vyloučení oprávnění zástupce zavazovat zastoupeného z dosahu Římské úmluvy bylo pravděpodobně dáno komplikovaností věci a nesmiřitelnými rozdíly mezi analýzou vztahů v otázce zastoupení podle systémů evropského kontinentálního a anglosaského práva.<sup>86</sup> Obecně se ale dá situace řešit např. implementací Římské úmluvy domácím právním řádem i u otázek z Úmluvy vyloučených.

Ustanovení Římské úmluvy se dále nevztahují na dědické věci, závazky ze směnek, šeků a jiných převoditelných instrumentů; to ale neplatí pro převoditelné závazky, ale jenom pro převoditelné dokumenty jako takové. Navíc se omezení vztahuje jenom na závazky vznikající z jejich převoditelného charakteru; smlouvy o vydání, ani smlouvy o prodeji těchto instrumentů nejsou z rozsahu Úmluvy vyloučeny. Jinak o převoditelnosti instrumentu rozhoduje lex fori, včetně jeho kolizních norem. Obecně je vyloučení u

<sup>85</sup> P. Kalenský, Ke kolizní problematice vzniku obligačních smluv, SMP 1961, sv. VI., str. 204 - 206; nicméně stejný autor upozorňoval v případě této tendence v rámci USA na to, že je dána rozdílnost právních řádů členských států USA a převahou mezioblastních vnitřních kolizí nad kolizemi mezistátními - viz str. 206

<sup>86</sup> A. Briggs, The Conflict of Laws, 2002, str. 157

převoditelných instrumentů zdůvodnitelné složitou úpravou v národních právních řádech, existencí Ženevských konvencí upravujících danou otázku a faktem, že podle některých právních řádů se daná problematika nachází mimo oblast smluvního práva.

Úmluva se také nevztahuje na pojišťovací smlouvy (ale platí pro smlouvy přepojišťovací), pokud pokrývají rizika situovaná na území členských států Evropské unie. Rozhodnutí o tom přináleží soudci podle jeho domácího práva, to znamená, že se uplatní pravidla podle místa soudu s výjimkou kolizních norem v souladu s principem podle čl. 15 Římské úmluvy o vyloučení zpětného odkazu. Smlouvy vyloučené z rozsahu Úmluvy mělo řešit nařízení Evropské rady o poskytování pojišťovacích služeb; jeho přijetí je ale s ohledem na rozpory v otázce autonomie vůle stran a jiných problematických bodů v nedohlednu.

Pokud jde o otázku výhrad, čl. 22 umožňuje učinění výhrady k čl. 7.1 o použití nutně použitelných norem zemí, jejichž právo není ani použitelným právem, ani právem fora. Možnost výhrady využilo vícero států (viz níže). Dále je možné vyloučit použití čl. 10.1(e) o dosahu použitelného práva na důsledky neplatnosti smlouvy - zde učinila výhradu Velká Británie a Itálie. Důvodem učinění výhrady byla opět skutečnost, že tato otázka není některými národními právními řády považována za otázku smluvní.

### **3.3.1.3. Volba práva obecně, dépeçage**

Základní pravidlo stanoví Úmluva v čl. 3.1, podle kterého se smlouva řídí právem zvoleným stranami, explicitně vyjádřeným nebo projeveným s dostatečnou určitostí podmínkami smlouvy nebo okolností případu. Na rozdíl od situace ve Francii a Německu, v Itálii byl princip autonomie smluvní vůle výslovně vyjádřen již v roce 1865 v uvozovacích ustanoveních Občanského zákoníku. Rovněž státy Beneluxu již v minulosti přistupovaly k možnosti plné autonomie volby práva, sankcionované soudní praxí a potvrzované soudobými autory.

Stejně tak anglické právo uznává autonomii s tím, že podle rozhodnutí v případech *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd* volba musí být bona fide a legální a může být omezena na základě „public policy“ (v určitých případech může být volba omezena zákonem). Obdobný postoj zaujímá skotské a irské právo. V případě Dánska, které rovněž akceptuje autonomii, tento názor inspiroval několik rozhodnutí Nejvyššího soudu.<sup>87</sup> Princip autonomie je také podpořen rozhodnutími a mezinárodními úmluvami unifikujícími kolizní normy.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Rozhodnutí z roku 1957 v *Baltica v. M. J. Vermaas Scheepvaart Bedrijf*, podpořeno rovněž právními autoritami

<sup>88</sup> Rozhodnutí Stálého soudního dvora (Permanent Court of International Justice) z roku 1929 ve věci *Brazilské půjčky*, z roku 1958 ve věci *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)*, 1963

Článek 3 tak umožňuje neomezenou volbu kteréhokoli právního řádu bez dalšího, s podmínkou rozumné určitosti („reasonable certainty“ podle odst. 1), a dále částečnou volbu práva (o problémech s formulacemi jednotlivých jazykových verzí Úmluvy viz výše v kap. 2.11). Výběr *lex mercatoria* jako rozhodného práva není výslovně připuštěn, ale ani výslovně vyloučen. Jak však později konstatuje jeden z autorů Úmluvy, Lagarde, volba práva ve smyslu čl. 3 znamená pouze volbu národního právního řádu, ne nestátních pravidel.<sup>89</sup>

Zpráva uvádí některé příklady, které mohou implikovat volbu práva. Samozřejmě s upozorněním, že žádný z nich není *a priori* a obecně jediným a jednoznačným pro určení úmyslu stran. Jinak bychom se dostali opět do roviny hypotetické volby práva. I s ohledem na to je nutné posuzovat tyto možnosti ve všech souvislostech, včetně průvodních okolností. Mezi indikátory volby práva patří podle Zprávy: použití standardních formulářů, předchozí jednání mezi stranami, výběr určitého místa soudního řešení sporu, arbitrážní doložka,<sup>90</sup> k čemuž např. P. Nygh<sup>91</sup> přidává dále odkazy na ustanovení určitého právního řádu, společné sídlo (bydliště) nebo státní příslušnost stran, validační princip, místo plnění a faktor spoléhání se na určitý právní řád v následném řízení.<sup>92</sup>

Tato pravidla se uplatní, pokud není možno odvozovat jasný úmysl volby nebo když okolnosti případu nenaznačují jiný úmysl nebo Římská úmluva přímo neřeší otázku relevance následných okolností, ale podle Zprávy<sup>93</sup> je s ohledem na princip podle čl. 4.1 dovozována i možnost následné okolnosti zohlednit. V pozdějším komentáři je ale jeden z autorů zprávy, Lagarde, opatrnější. Další vývoj souvisí s principy přijatými podle národních právních řádů členských států Římské úmluvy; tam kde převažuje praxe, resp. zákony zohledňují následné chování, tam se dá předpokládat i tendence prosadit tento princip do (resp. při aplikaci existujících) mezinárodních úmluv.<sup>94</sup>

---

ve věci *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company*, 1977 ve věci *Libyan Arab Republic v. California Asiatic Oil Company a Texaco Overseas Petroleum Company*; dále pak čl. 2 Haagské úmluvy o právu použitelném na mezinárodní prodej zboží z roku 1955, čl. VII Úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži, čl. 42 Washingtonské úmluvy, čl. 5 Haagské úmluvy o právu použitelném na zastoupení atd.

<sup>89</sup> Zmíněno v Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation, 14.1.2003, COM (2002) 654, Bulletin /2003/1/-2, str. 22, s odkazem na P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats apres l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du juin*, RCDIP, 1980.287

<sup>90</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282, 1980, str.17

<sup>91</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 114

<sup>92</sup> Tento prvek nemá v systému anglosaského práva takový význam, a to proto, že anglické soudy takový důkaz nepřijímají, jakož i proto, že se bude předpokládat, že cizí právo je stejné jako právo fora, ledaže by se tohoto cizího práva strana dovolávala nebo bylo prokázáno („pleaded or proved“)

<sup>93</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 20

<sup>94</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 112

Co se týče možnosti *dépeçage*, podle Zprávy to s poukazem na autonomii volby práva za podmínky logické konzistentnosti smlouvy, možné je. Zpráva podmiňuje aplikovatelnost více právních řádů dvěma podmínkami, a to oddělitelností částí smlouvy a konzistentností volby (příkladem opaku mohou být rozdílné úpravy pro prodávajícího a kupujícího u zániku smlouvy při neposkytnutí plnění). Navíc není možno, s ohledem na dopad čl. 7, vyhnout se cestou *dépeçage* aplikaci nutně použitelných norem.<sup>95</sup>

#### 3.3.1.4. Možnosti změny a dodatečného určení rozhodného práva, kogentní normy

Článek 3.2 umožňuje *následně* měnit použitelné právo, tedy nahradit ho jiným. V každém případě tento princip znamená, že dodatečná změna je vždy umožněna bez ohledu na to, zda původně rozhodné právo bylo určeno podle čl. 3 nebo čl. 4 (viz níže), tedy s volbou práva nebo bez jejího učinění. Úmluva rovněž - s ohledem na formulaci článku 3.1. - pravděpodobně připouští také dodatečnou volbu práva. Změna rozhodného práva je možná s podmínkou, že taková volba nesmí zasahovat do práv třetích osob či dotýkat se formální platnosti smlouvy podle čl. 9. Zneplatňující účinky změny rozhodného práva tak nejsou připuštěny.

Podle čl. 3.3 se výběr rozhodného práva nemůže dotýkat použití norem, od kterých není možno se odklonit, pokud jsou všechny ostatní prvky relevantní situaci v době učinění výběru práva spojeny pouze s jednou zemí. Základní otázkou je obsah termínu „relevantní“. Ustanovení je kompromisem mezi snahou omezit autonomii určitým korigujícím faktorem v tom smyslu, že volba cizího práva není možná, pokud daný vztah nezahrnuje jiný zahraniční prvek, a opačným názorem (prosazovaným ze strany Velké Británie) v tom smyslu, že se jedná o příliš omezující princip v situaci, kdy je volba oprávněná, v dobré víře a sloužící zájmům hodným ochrany.<sup>96</sup> Článek 3.3 v každém případě obsahuje jednoznačnou definici kogentních norem.

Podle některých názorů je článek 3.3. Římské úmluvy zvláště nepřátelský autonomii stran, neboť určuje, že smluvní volba práva je omezena použitím kogentních pravidel daného právního řádu, který vykazuje v jakémkoli ohledu významnější vztah k situaci. Smyslem čl. 3.3 je použití kogentních norem fora v situaci, kdy je jejich použití ohroženo volbou práva, jejíž cílem je vyhnout se použití práva fora. Článek 3.3 je v každém případě problematický; princip ochrany slabší strany, což bylo úmyslem tohoto článku, nemá snad s výjimkou spotřebitelských a zaměstnaneckých smluv

<sup>95</sup> Giuliano and Lagarde Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 17 – „In the opinion of these experts the danger that the argument of severability might be used to avoid certain mandatory provisions is eliminated by the operation of Article 7. The experts concerned also emphasized that severability should not be limited to cases of express choice of law.“

<sup>96</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str 12

logiku. Ve smluvní oblasti v rámci mezinárodního obchodu by se i v tomto ohledu měla uplatnit zásada *vigilantibus iura scripta sunt*. A pokud byla volba provedena úmyslným opomenutím volby jiného právního řádu a tedy (slabší) strana svým opomenutím dává najevo, jakým právním řádem se chce řídit, nemá smysl vázat ji normami jiného právního řádu.

V každém případě, čl. 3.3 upravuje všechny kogentní normy, kdežto čl. 7.2. tzv. nutně použitelné normy. Jinak řečeno, ne všechny normy podle čl. 3.3 jsou současně normami podle čl. 7.2.

### 3.3.1.5. Rozhodné právo při neučinění volby

Použitelné právo v případě absence volby upravuje čl. 4. Římská úmluva přijala princip nejužšího (nejvýznamnějšího, nejbližšího) vztahu („closest connection“ - čl.4.1. Úmluvy). Lokalizace je někdy nahlížena jako objektivní, tedy podle země, se kterou je transakce nejvíc spojena, někdy subjektivně podle pravděpodobné vůle stran. Objektivní koncept však obecně převažuje. Pravidlo podle čl. 4.1 je obecné a v praxi těžko určitelné, proto je toto kritérium (podle švýcarské inspirace) upřesněno v odst. 2 tak, že za „most closely connected“ se pokládá místo obvyklého bydliště („habitual residence“), nebo hlavní správy („central administration“), případně hlavní místo podnikání („principal place of business“) strany poskytující pro smlouvu charakteristické, příznačné plnění. V zásadě se tedy jedná o upřesnění principem charakteristického plnění. Speciální kritéria platí u některých smluv, jako je doprava zboží, resp. v případě smluv o nemovitostech.

Objektivní přístup zaujímal např. německé právo, neboť při hledání tzv. „hypothetischer Parteiwille“ se uplatňoval prvek objektivního zhodnocení zájmů stran, rozumně a spravedlivě; v případě neúspěchu platil princip místa plnění konkrétního závazku v rámci smlouvy. Jak již bylo řečeno, v anglickém právu se prosazovalo tzv. „closest and most real connection“, kde se ale *de facto* nehledal skutečný úmysl stran, nýbrž vhodné („proper“) právo. Obdobný přístup uznávalo i právo skotské a irské.

V italském právu se v zásadě prosazovalo místo uzavření smlouvy, s výjimkou použití národního právního řádu společného oběma stranám smlouvy. V rámci států Beneluxu bylo v případě neučinění volby právo rozhodné právo určeno podle nejužšího vztahu, a pokud to nebylo možné, bylo rozhodným právo místa uzavření smlouvy. Jinak např. holandské právo mělo již v minulosti tendenci formulovat speciální pravidla pro určité druhy smluv. S výjimkou Itálie se tak v evropských právních řádech prosazují flexibilní pravidla počítající s výraznou rolí soudce.

Podle Zprávy je při určení nejužšího vztahu třeba zohlednit faktory, které se objevily po uzavření smlouvy. Dále je možné, aby se i při učinění volby práva *oddělitelná* část smlouvy řídila jiným právem, pokud je zde dán užší vztah se zemí tohoto práva. Text však užívá termínu „by way of exception“ a naznačuje tak, že této možnosti má být využito jenom velmi zřídka.

Římská úmluva jde dál než pozice common law, a to tím, že v čl. 4.2 blíže specifikuje termín „closest connection“. Nejužší vztah je definován podle příznačného plnění, konkrétně podle místa obvyklého pobytu nebo centrální administrativy (správy) dané strany poskytující plnění. V případě, že k uzavření smlouvy došlo v souvislosti s obchodní činností dané strany nebo její profese, je rozhodující hlavní místo podnikání nebo jiné místo podnikání, pokud má být plnění poskytnuto prostřednictvím tohoto jiného místa podnikání. Princip příznačného, charakteristického plnění, je inspirován švýcarským právem.<sup>97</sup> Za takové plnění se podle Zprávy Giuliana a Lagardea považuje to plnění, za které se poskytuje plnění peněžité. Zde je nutno odlišit zemi s nejužším vztahem od nejužšího práva; v každém případě komplikace mohou vzniknout v případě komplexů smluv (např. v oblasti investiční výstavby nebo souborů smluv zahrnujících náložný list, akreditiv, resp. smluv na předměty průmyslového vlastnictví apod.).

Obecnou výjimkou z principu charakteristického plnění podle Římské úmluvy jsou smlouvy o právech k nemovitostem podle odst. 3 (ne však smlouvy o výstavbě nebo opravě; navíc domněnka je vyvratitelná)<sup>98</sup> a doprava zboží podle odst. 4 (zohledňující hlavní místo podnikání dopravce v kombinaci s místem podnikání odesílatele nebo místem naložení či vyložení zboží, jakož i arbitrážní klauzuli).<sup>99</sup>

Bezvýhradné stanovisko, že rozhodným právem u smluv o nemovitostech je *lex situs*, bylo podrobováno kritice, neboť nezohledňovalo specifické situace, které mohou nastat. Článek 9.6 Římské úmluvy určuje, že smlouva, jejíž přímým předmětem je právo k nemovitosti nebo užívací právo k ní, podléhá kogentním formálním požadavkům *lex situs*, pokud jsou podle tohoto práva tyto požadavky kladeny bez ohledu na zemi uzavření smlouvy a rozhodné právo. Na druhé straně je např. podle anglického práva (v zájmu jednotné rozhodovací praxe podle *lex situs*) téměř bezvýhradně přijímán princip, že ve zřídka případech, kdy se soud zabývá právním titulem k nemovitosti v cizí zemi, by měl použít jakýkoli systém domácího práva, který by použil *lex situs*. V této situaci se uznává *renvoi*, a to za výše uvedeným účelem.

U dopravních smluv proběhla rozporuplná diskuse, zda je vhodné, aby speciální kritérium platilo také pro dopravu osob. Bez ohledu na to mají v každém případě

<sup>97</sup> Švýcarský zákon o mezinárodním právu soukromém, 1987, čl. 117

<sup>98</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 21

<sup>99</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 21 - 22



přednost před kolizní unifikací hmotněprávní ustanovení mnohostranných mezinárodních úmluv. Navíc kolizní normy obsažené v jiných mezinárodních úmluvách o přepravě mají podle čl. 21 rovněž před Římskou úmluvou přednost. Kromě toho se, pokud jde o námořní dopravu, Úmluva neuplatní pro severské státy.

Jinak čl. 4.4 stanoví, že v případě, že má dopravce hlavní místo podnikání ve stejném státě, v jakém má proběhnout naložení, resp. vyložení, nebo ve stejném státě jako je stát hlavního místa podnikání odesilatele, pak se předpokládá nejužší vztah s tímto státem, jelikož je zde koncentrováno několik spojovacích faktorů. Pokud nejsou splněny podmínky čl. 4.4, má se soud vrátit k aplikaci pravidla podle čl. 4.1 (a ne podle čl. 4.2). Pokud se jedná o smlouvu s převoditelným náložním listem („bill of lading“), záleží na kolizních normách práva fora, zda se Římská úmluva uplatní (čl. 1.2 o vyloučení převoditelných instrumentů).

Koncept příznačného, charakteristického plnění tak spojuje smlouvu se sociálním a ekonomickým prostředím, jehož je součástí. Pojmu „nejužší vztah“ je tak podle Zprávy dán relativně konkrétní obsah, navíc problém s určením práva podle jiných kritérií (např. místa uzavření smlouvy, či místa plnění) odpadá. Princip je navíc časově stabilizován k době uzavření smlouvy. Problémem však zůstává aplikace principu u složitějšího komplexu souvisejících smluv, kde se spíše nabízí podřízený režimem práva rozhodného pro hlavní smlouvu. Případným řešením by v tomto případě mohlo být použití jinak sporného čl. 4.5 (viz níže).

Předpoklad podle čl. 4.2 se nepoužije, pokud z celkových okolností vyplývá, že smluvní vztah je spojený s jiným právním řádem; použije se tedy tento jiný řád (čl.4.5). Jak bylo řečeno, koncept charakteristického plnění pochází z kontinentálního právního prostředí a pro common law je novinkou. Pravidlo podle čl. 4.2 je nicméně v důsledku pravidla podle čl. 4.5 jenom vyvratitelnou domněnkou. Celá konstrukce je kompromisem mezi požadavkem určitosti a předvídatelnosti podle čl. 4.2 na straně jedné a flexibility vyžadované ze strany anglosaského práva na straně druhé. Tato flexibilita je z pohledu anglosaského práva dána vyvratitelností domněnek, když samotným domněnkám jako nástroji určitosti nevěří. Ustanovení čl. 4.5 však mohou svádět k interpretaci minimalizující dopad Římské úmluvy na předchozí mezinárodní právo soukromé. Důvodem této modifikace podle čl. 4.5 je rovněž různorodost smluv, na které se Úmluva vztahuje. Cenou za tuto flexibilitu je určitá nepředvídatelnost důsledků použití Úmluvy.

Nicméně čl. 4.5 také určuje, že kritérium nejužšího vztahu se neuplatní, pokud charakteristické plnění *není možno* určit. Tedy rozhodující je opravdu „closest connection“ a charakteristické plnění je jenom prostředkem k použití principu, jenž je

v podstatě současným kolizněprávním pravidlem anglosaského práva. Římská úmluva proto *de facto* možná nepřinese podstatnou změnu pro common law.<sup>100</sup>

Nicméně při určení země s nejužším vztahem mají podle Zprávy hrát roli i okolnosti, které vyšly najevo po uzavření smlouvy; to je rozdíl oproti převažujícímu anglickému stanovisku, podle kterého se pro účely výkladu původní smlouvy nesmí jako pomůcka použít následné chování stran. Připuštění tohoto pravidla by podle anglosaského práva znamenalo buď akceptaci principu, že smlouva existovala po určitou dobu bez rozhodného práva, nebo toho, že právo bylo změněno (případně jako důsledek jednostranného právního aktu). Alternativní přístup je za přípustnost důkazu použitelného práva následným chováním. Zde se ale jedná ne o výklad, nýbrž o procesní pravidla, místo má tedy *lex fori*.

I kdyby tomu tak nebylo (Zpráva prosazuje tento názor), problémem je určení použitelného práva. Plender zastává názor, že otázka má být podřízena oběma nebo všem domnělým použitelným právům, „pokud dojde k dohodě o přípustnosti těchto faktorů“.<sup>101</sup> Podle Northa ale žádné efektivní řešení není nabízeno v případě, že k dohodě nedojde; v této souvislosti odmítá postoj Zprávy v tomto bodě.<sup>102</sup>

Obecně se dá říct, že koncepce čl. 4 není vhodná. Odstavec 5 je totiž zařazen zbytečně na jeho konci; nicméně principiálně významná identifikace nejužšího vztahu má vyvratitelným domněnkám předcházet a ne být zařazena až za ně. Předně ale, daná kombinace příznačného plnění na straně jedné a nejužšího vztahu na straně druhé s únikovou klauzulí podle odst. 5 vznáší určité pochyby ohledně funkčnosti systému.

V této souvislosti Haagská úmluva o právu použitelném na mezinárodní prodej zboží z roku 1955 obsahuje v zásadě pravidlo stejné jako podle čl. 4.2 Římské úmluvy (právo místa prodávajícího), avšak s výjimkou určující jako rozhodný právní řád právo státu kupujícího v případě, kdy prodávající přijme objednávku v době pobytu na území státu kupujícího. Samozřejmě je tento rozdíl relativizován pravidlem podle čl. 4.5 Římské úmluvy, nicméně formulace v Haagské úmluvě z roku 1955 nepřipouští podle Rozehnalové, Týče a Záleského uplatnění zásady nejužšího vztahu, což je nepřijatelné z hlediska platné české právní úpravy.<sup>103</sup>

Spíš by se však dalo říct, že Haagská úmluva neumožňuje uplatnění hraničního určovatele místa podnikání strany poskytující příznačné, charakteristické plnění

<sup>100</sup> P. North, *Essays in Private International Law*, 1993, str. 18

<sup>101</sup> R. Plender, *The European Contracts Convention*, 2001, para 6.04

<sup>102</sup> P. North, *Essays in Private International Laws*, 1993, str. 52

<sup>103</sup> V. Týč, N. Rozehnalová, R. Záleský, *Vybrané problémy mezinárodního práva soukromého v justiční praxi*, Masarykova univerzita Brno, 1997, str. 48

(obdobně jak to neumožňuje verze úmluvy z roku 1986). ZMPS totiž v § 10 odst. 2 vychází především z principu příznačného plnění jako principu odpovídajícího rozumnému uspořádání daného vztahu<sup>104</sup> s tím, že daný princip je (i) výjimečně prolomen pouze u smluv o obchodním zastoupení a smluv o zprostředkování, (ii) uplatňován *zpravidla*, s ohledem na požadavek rozumného uspořádání vztahu. Odst. 3 upravující jiné než v odst. 2 uvedené smlouvy se z praktického hlediska nedá považovat za výrazný korektiv principu podle odst. 2. Naopak praxe by mohla spíše potvrzovat výjimečnost odklonu od hraničních určovateli podle odst. 2.<sup>105</sup>

I když je možno pozorovat určitou podobnost v konstrukci Římské úmluvy a ZMPS (od nejužšího vztahu k příznačnému plnění, resp. od rozumného uspořádání vztahu k příznačnému plnění), s ohledem na znění a dopad únikové klauzule podle čl. 4. 5 Úmluvy se jedná o dost odlišné systémy. Právě úniková klauzule způsobuje, alespoň co se týče formulace základních principů určení rozhodného práva, že konstrukce podle čl. 4 Úmluvy představuje méně určité a co do právní jistoty kvalitativně horší systém než § 10 ZMPS.

### 3.3.1.6. Smlouvy o dispozicích s předměty duševního vlastnictví

V rámci smluv o dispozicích s předměty duševního vlastnictví je nutné odlišit nesmluvní otázky převoditelnosti, věcného práva zahrnujícího rovněž otázku obsahu převáděného práva, dále otázky exkluzivity práva, existence nároků v případě porušení práva, resp. účinnosti smluv vůči třetím osobám. Tato práva a povinnosti jsou řešeny jako věcně právní vztahy podle *lex protectionis*. Zbylá práva a povinnosti jsou řešeny článkem 3 Římské úmluvy. Na tyto vztahy, jakož i na jiné smluvní vztahy, se tedy použije Úmluva. Význam těchto práv je především v oblasti průmyslových práv v rámci převodu technologií obecně, a to prostřednictvím licenčních smluv.

U licenčních smluv o využití průmyslových práv je však nutno zohlednit fakt, že nejužší vztah je často těžko identifikovatelný. Otázkou je, zda má být základem pro určení nejužšího vztahu skutečně právo místa podnikání strany poskytující nepeněžitě plnění a ne např. právo místa poskytnutí tohoto plnění. Druhou otázkou je určení rozhodného práva v případě, že se nabízí víc než jedno právo na základě vícera charakteristických plnění (což je u průmyslových práv typické). Při identifikaci rozhodného práva tak může dojít k nemožnosti určit právo jinak, než cestou tzv. okliky k použitelnému právu („roundabout route to the applicable law“) vedoucí k aplikaci čl. 4.5 Římské úmluvy a

<sup>104</sup> K vývoji pojmu „rozumné uspořádání vztahu(ů)“, resp. „rozumné uspořádání právního poměru“ či „rozumné uspořádání právního styku“ a jeho začlenění do ZMPS viz Z. Kučera, *Mezinárodní právo soukromé*, str. 293

<sup>105</sup> Rozhodčí nález RS ČSOPK Rsp. 77/ 62 a 27/ 81, kde se použilo práva platného ve státě zhotovitele díla, i když se dílo provádělo mimo území tohoto státu

odkazem „zpátky“ ke kritériu nejužšího vztahu, tedy techniky téměř identické s určením tzv. proper law podle principů anglosaského práva.

Obecně se jedná o to, že základní princip vedoucí k určení rozhodného práva je dobře použitelný jenom u jednoduchých smluv o využití průmyslových práv. Jinak se u licenčních smluv jako nejtýpějších ujednání v této oblasti nabízí několik charakteristických plnění, tedy několik právních řádů. Součástí (a poznávacím znakem) licenčních smluv je dohoda o platbě poplatků za využití práva a o souvisejících právech a povinnostech po dobu existence smlouvy (na rozdíl od pouhé jednorázové částky za převod práva). Složitým typem smlouvy jsou např. smlouvy o společném výzkumu a rozvoji, typicky zahrnující tzv. „cross-licensing“.

Jako možné varianty principu místa podnikání mohou sloužit tyto hraniční určovatele:

(i) obvyklý pobyt poskytovatele licence. Argumentem pro je místo vzniku práva (to neplatí u sub-licencí nebo pokud vynálezce či tvůrce není totožný s osobou poskytovatele licence) a závislost smlouvy na existenci výlučného práva poskytovatele. Tento princip byl podpořen také předřímským přístupem švýcarských soudů, dokonce ještě před přijetím švýcarského Zákona o mezinárodním právu soukromém. Co se týče argumentů proti, není jasné, o jaké právo se jedná - právo místa plnění nebo sídla poskytovatele licence? Navíc je problematické takto určit právo v případě smluv nadnárodních korporací, které často soustředí globální řízení svých průmyslových práv do míst nijak nesouvisejících s danou činností, např. daňové ráje.<sup>106</sup> Hlavně u složitějších smluv tak obecné *a priori* řešení není možné;

(ii) obvyklý pobyt nabyvatele licence. Argumenty pro již byly nastíněny s tím, že právo nabyvatele licence je některými autory pojímáno jako obecný princip, s výjimkou, kdy nabyvatel nemá žádnou povinnost kromě platby jednorázové sumy poskytovateli licence. Další náhled je prezentován rozhodnutím rakouského Zákona o mezinárodním právu soukromém,<sup>107</sup> kde se uplatnilo právo nabyvatele licence v případě, kdy se licenční smlouva vztahuje k několika zemím. Obecně platí, že nabyvatel licence často poskytuje kapitál a lidské kapacity, kdežto činnost poskytovatele se kromě pobírání poplatků omezuje na technickou pomoc, kontrolu kvality, resp. zásah v případě porušení práv třetí osobou, což však nemůže znamenat, že těžiště smlouvy je na straně poskytovatele licence.

(iii) právo místa ochrany licence. Toto kritérium opravdu může být v tom kterém případě nejvhodnějším, protože místo využití je místem ochrany práva. Jedná se zde o

<sup>106</sup> Viz rozhodnutí rakouského Nejvyššího soudu ve věci Stefanel, 1987, který odmítl sídlo poskytovatele licence na Panenských ostrovech

<sup>107</sup> Čl. 43 (1)

těžiště smlouvy, spojené se základním účelem smlouvy, na němž závisí ostatní prvky vztahu. Dalším argumentem ve prospěch tohoto určovatele je jednota právního řádu, neboť právo, které se uplatní kogentně na určité aspekty smlouvy, je právě právním řádem země ochrany.<sup>108</sup> Často se také uvádí argument, že právo ochrany je identické s právem sídla nabyvatele licence. Může se ale také stát, že obě smluvní strany mají sídlo v jedné zemi a naopak, právo má být využito v jiné. Nejužší vztah tak existuje s místem sídla obou stran smlouvy.

Pokud jde o argumenty proti, je možno uvést situaci, kdy je licence poskytnuta pro několik zemí. V takovém případě se nabízí možnost rozlišovat obsah práv a povinností pro jednotlivé země, tedy zda jsou pro tu kterou zemi zahrnuty práva a povinnosti, které přesouvají těžiště do jiného místa, především sídla a činnosti nabyvatele licence nebo ne.<sup>109</sup> V rámci těchto úvah se nabízí i obecné výjimky, např. situace, kdy obě smluvní strany mají místo podnikání v jedné zemi nebo kdy je těžiště smlouvy soustředěno do země poskytovatele (např. smlouva zahrnuje soustavní rozvoj technologií a další příliv know-how) apod.

Jinak je ale v praxi charakteristické, že smlouvy týkající se průmyslových práv jsou uzavírány na národní či regionální úrovni, s jedním nabyvatelem licence, kdežto transnacionální situace jsou spíše výjimkou.

Obecně je třeba najít správnou rovnováhu zájmů stran se zaměřením na ekonomickou stránku věci, tedy na otázku využití práva. Je možno se zmínit o Pfaffově teorii (i když kritizované jako příliš složité), kde u jednoduchých licenčních smluv se uplatní buď právo poskytovatele nebo ochrany. U exklusivních smluv platí potom právo nabyvatele, pokud se má dodat ekonomicky významné plnění a pokud je licence poskytována pro několik zemí, resp. pokud je poskytována pro jednu zemi a právo nabyvatele je rovněž právem ochrany; ve zbylých případech právo poskytovatele. Římská úmluva staví na právu ochrany, avšak u smluv pro vícero zemí s účinným využitím ve všech zemích se těžiště přesouvá do země nabyvatele.

---

<sup>108</sup> J. J. Fawcett, P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 1998, str. 568, s odkazem na Beiera (1982), *International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)*, str. 176 - 177

<sup>109</sup> Navíc je ale důležité posoudit všechny další výchozí okolnosti, mimo jiné v jakém rozsahu (počtu zemí) jsou stanoveny povinnosti přesouvající těžiště do práva sídla nabyvatele a v jakém se naopak jedná o ujednání s převahou povinností poskytovatele

### 3.3.1.7. Nutně použitelné normy podle článku 7

Pravidla o nutně použitelných normách (čl. 7) vyjadřují principy známé evropským národním právním řádům i mezinárodním konvencím.<sup>110</sup> I když princip nutně použitelných norem nebyl např. anglickému právu v období před přijetím Římské úmluvy známý<sup>111</sup> (anglické právo nezná dělení práva na veřejné a soukromé), podobný efekt byl dosahován cestou,<sup>112</sup> resp. uplatňoval se princip tzv. „Overriding English Statute“, tedy vlastně princip kogentních norem fora.

Normy podle čl. 7 je třeba je identifikovat s ohledem na jejich společenský cíl (podle De Winterovy teorie). U některých norem je „mezinárodní kogentní“ účel vyjádřen přímo, jinde nepřímo určením teritoriálního vymezení předpisu. Jejich hlavním rysem je podle některých názorů jednoznačná absence prostoru pro soudní uvážení, normy se tedy uplatní bez ohledu na jejich dopad. Jiný názor si ovšem klade otázku, zda je v daném případě sledován účel normy; k aplikaci normy má dojít, jenom pokud je v daném případě dosahován její účel. Absence prostoru pro soudní uvážení se však v režimu Římské úmluvy v zásadě může týkat pouze domácích nutně použitelných norem podle čl. 7.2, kdežto možnost soudního uvážení je jednoznačně zachována u čl. 7.1 o použití cizích nutně použitelných norem.

Důležité je, že nutně použitelné normy mohou nejenom „zasahovat“ do obsahu smlouvy, ale ve svém důsledku i zabránit použití zvoleného právního řádu, podobně jako v případě odmítnutí použití rozhodného práva na základě výhrady veřejného pořádku podle čl. 16 Úmluvy (při všech rozdílech mezi charakterem výhrady ordre public a nutně použitelných norem).

Článek 7 upravuje použití nutně použitelných norem ve dvou různých režimech. Podmínkou aplikace nutně použitelných norem ve smyslu čl. 7.1 je (i) blízký vztah („close connection“, „lien étroit“) situace a země, (ii) zohlednění charakteru a účelu norem a důsledků jejich použití nebo nepoužití („regard shall be had ... nature and purpose and to the consequences of their application and non-application“). Při splnění těchto podmínek tyto normy *mohou* být použity („effect may be given“). Znění druhé věty tohoto odstavce je v souladu s americkým tvz. „Impairment Rule“.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> Např. čl. 13 Úmluvy Benelux z roku 1969, čl. 16 Haagské úmluvy (1978) o právu použitelném na mezinárodní zastoupení obsahující formulaci: „effect may be given...“ v případě „significant connection“ je identickou s formulací podle Římské úmluvy. Na druhé straně, anglické právo daný princip nevyprofilovalo (viz v Ralli Bros v. Sota y Aznar; Regazzoni v. KC Sethia; Rossano v. Manufacturers Life Insurance Co.)

<sup>111</sup> J. J. Fawcett, P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 1998, str. 578

<sup>112</sup> Foster v. Driscoll (1929), Regazzoni v. KC Sethia (1944)

<sup>113</sup> Lousianský zákoník mezinárodního obchodu z roku 1991, čl. 3537: „An issue of conventional obligation is governed by the law of the state (*tím je myšlena i jiná země*) whose policies would be most impaired if its law were not applied to that issue“

Článek 7.1 Úmluvy byl předmětem sporu z důvodu ohrožení právní jistoty, resp. z důvodu porušení principu, že smlouva se má řídit jediným právem. Namítána byla rovněž vágnost navrhované formulace. Výhradu vůči ustanovení proto učinily Německo, Irsko, Lucembursko, Portugalsko a Velká Británie. Přitom anglické právo daný princip rovněž obsahuje, dokonce ještě volněji formulovaný, neboť není vyžadováno „close connection“. Podobné ustanovení obsahuje čl. 16 Haagské úmluvy o právu použitelném na zastoupení z roku 1978, čl. 11 Meziamerické úmluvy, nebo čl. 19 švýcarského Zákona o mezinárodním právu soukromém a čl. 3079 Občanského zákoníku provincie Quebec.

Jinak delegace Velké Británie se obávala zmatku, který by mohl být způsoben aplikací třech právních řádů podle čl. 3.3, 7.1 a 7.2 (i když podobný princip je zakotven i v Haagské úmluvě o právu použitelném na zastoupení). Termín „close connection“ určitě není ideální, nicméně je nejlepším řešením, ke kterému diskuse dospěla. Vztah má být podle Zprávy dán mezi smlouvou jako celkem a danou zemí. Nicméně v textu je užito termínu „situaace“, ne „smlouva“. Faktem také je, že návrh na použití termínu „právo“ místo termínu „země“ byl zamítnut.<sup>114</sup> Ustanovení „účinky jejich použití nebo nepoužití“ umožňuje soudci potřebnou míru uvážení, především v případě vzájemně rozporných kogentních norem dvou zemí, které se nabízejí.

Článek 7.2 naproti tomu upravuje použití nutně použitelných norem fora. Podle Římské úmluvy není použití těchto norem omezeno. Rozdíl mezi výše uvedenými normami podle čl. 3.3 a čl. 7 je ten, že u druhých nestačí jenom splnění podmínky podle čl. 3.3, ale i ta jejich vlastnost, že jsou nutně použitelné bez ohledu na aplikovatelný právní řád. Jedná se o užší záběr, na což odkazuje i Zpráva, když se zmiňuje např. o „pravidlech o kartelech, soutěžních a omezujících praktikách...a určitých pravidlech týkajících se dopravy.“ Uvádí se, že pro anglosaské právníky je zdůvodněním jejich použití „public policy“.<sup>115</sup>

V této souvislosti se podle čl. 9.6 kogentní požadavky práva polohy nemovitosti uplatní v případě, kdy se jedná o formální platnost práva k nemovitosti nebo práva užívání nemovitosti. Případy, kdy by došlo k určení jiného „hlavního“ použitelného práva než lex situs, budou v každém případě velmi řídké.

### **3.3.1.8. Materiální a formální platnost smlouvy**

Materiální platnost, upravená v čl. 8 Úmluvy, se týká uzavření smlouvy, tedy náležitostí návrhu na uzavření a přijetí. Článek 8.1 určuje v této otázce jako rozhodné právo jinak použitelné právo a řeší tak otázku v „kruhu“ v tom smyslu, že žádné právo není

<sup>114</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str.14

<sup>115</sup> P. North, Essays in Private International Laws, 1993, str. 45

použitelné, pokud není smlouva platná. Avšak co se týče existence, ne platnosti souhlasu, čl. 8.2 stanoví, že smluvní strana se v otázce nesouhlasu (s uzavřením smlouvy) může spoléhat na místo svého obvyklého pobytu, pokud z okolností plyne, že by bylo nerozumné určit účinky jejího jednání („conduct“; myslí se tím jak konání tak opomenutí) podle čl. 8.1. Zpráva zdůrazňuje, že platí jenom možnost výjimky z odst. 1 cestou aplikace odstavce 2, ne opačně.<sup>116</sup> Co se týče termínu „okolností“, Zpráva uvádí jako příklad předchozí praxi nebo zvyklosti zavedené ve vztazích mezi stranami smlouvy. Pravidlo podle čl. 8 se uplatní i ve vztahu k formální platnosti podle čl. 9.4 cestou analogie.<sup>117</sup>

Proti zásadě posuzování rozhodného práva pro uzavírání smlouvy podle *lex causae* byl již v minulosti namítán nepřiměřeně tvrdý dopad pravidla v určitých, byť hraničních případech - např. by se mohlo stát, že by podle tohoto hlediska mohla být považována za smluvně vázanou strana, která vázána být nechtěla (v případě mlčení na učiněnou ofertu, při různých možnostech a lhůtách pro odpověď, při odvolání oferty či při projevu obsahujícího přijetí). Bylo doporučováno posuzovat tuto otázku kumulativně (či spíše alternativně) i podle domovského práva osob, které příslušný projev učinily, resp. podle práva místa, kde byl projev učiněn.<sup>118</sup>

Jedním z aspektů materiální platnosti je i otázka rozporu se zákonem („illegality“); např. smlouva bude v rozporu s některými nutně použitelnými normami anglického práva nebo bude smlouva alespoň nevynutitelná bez ohledu na použitelné právo. V období před přijetím Římské úmluvy také, podle lorda Reida, anglické soudy nežádaly od strany učinit něco, co je v rozporu se zákonem podle práva místa plnění.<sup>119</sup> Podle Římské úmluvy je situace jednoznačná - v tomto ohledu žádný odkaz na právo místa plnění není stanoven.

Článek 9, odst. 1 - 4 a 6 Úmluvy stanoví pravidla pro formální platnost smlouvy. U formální platnosti je obecně akceptován princip, že postačujícím je vyhovění formálním požadavkům práva použitelného na smlouvu. Římská úmluva přitom vychází z principů prosazovaných např. ve Francii, Itálii, resp. podobně i v Rakousku. Článek 9 stanoví princip *favor negotii* - za účelem rozšíření možností posuzovat smlouvu jako platnou se nabízí tato kritéria: *lex causae*, *lex loci actus* nebo právo kteréhokoli ze států, ze kterých jsou smluvní strany. Čl. 9.3. určuje dále speciální pravidlo pro případ podpisu smlouvy zástupcem (zvláštní pravidlo o právu použitelném na otázku způsobilosti k právním úkonům obsahuje čl. 11).

<sup>116</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 28

<sup>117</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 29

<sup>118</sup> P. Kalenský, Ke kolizní problematice vzniku obligačních smluv, SMP 1961, sv. VI., str. 210

<sup>119</sup> Živnostenská banka v. Frankman (1950), nicméně opačný názor zaujat Lordem Reidem ve věci Kahler v. Midland Bank (1950)



Rozdílná úprava pro materiální a formální platnost smlouvy je dána tím, že požadavky „pokud jde o kolizněprávní řešení otázek formy a ostatního materiálněprávního účinku smlouvy jsou poněkud rozdílné a tato rozdílnost se musela projevit i na poli kolizního práva.“<sup>120</sup> Účelem těchto pravidel je posuzovat formální platnost primárně podle jinak použitelného práva, resp. subsidiárně podle práva místa uzavření smlouvy. Pokud jsou strany v různých zemích, postačí splnění požadavků kladených právem kterékoli z nich; v tomto případě by samotné *lex loci conclusionis contractus* nestačilo, neboť určení místa uzavření smlouvy může záviset právě na platnosti smlouvy. Obecným problémem je v této souvislosti určení místa uzavření smlouvy mezi nepřítomnými, resp. práva, podle kterého má být tato otázka posouzena.<sup>121</sup>

Podle čl. 9.4 o právních úkonech souvisejících se smlouvou se tento článek vztahuje pouze na jednání se smlouvou spojené (jako např. výpověď smlouvy, ne třeba prominutí dluhu, které se smlouvou nesouvisí), přičemž se samozřejmě musí jednat o smlouvu spadající do rozsahu Římské úmluvy. Zpráva se zamýšlí nad situací, kdy je smlouva oddělitelná a zastává názor, že v takovém případě má o otázce rozhodovat právo použitelné na tu část smlouvy, která je nejtěsněji spojena se spornou podmínkou, na které závisí formální platnost.<sup>122</sup>

Podobně jako u čl. 8.1, i v režimu čl. 9 by rozhodným právem mělo být právo použitelné v případě platnosti smlouvy. Pokud jde o princip *locus regit actum*, je v této otázce obecně uznáváno státy Úmluvy jako pravidlo subsidiárně se uplatňující, nicméně principiální. Celkově převládá jednotné hledisko, tedy význam jinak použitelného práva pro platnost smlouvy jako celku a liberální stanovisko alternativně nabízející různé právní řády. Konstrukce znamená opuštění nevhodné obligatorní platnosti pravidla *locus regit actum*, tj. určení podle práva místa uzavření smlouvy, jak se kdysi uplatňovalo v Anglii, Nizozemsku, Španělsku či Portugalsku.<sup>123</sup>

Jinak se formální platnost nedotýká otázek, jako např. co je možno požadovat, aby určité ustanovení mohlo být závazné pro třetí osobu. Co se týče obecné tendence anglického práva posuzovat některé otázky, které evropské kontinentální právo zahrnuje do problematiky formy, jako otázky procesní, s ohledem na znění čl. 14.2<sup>124</sup> je tento

<sup>120</sup> P. Kalenský, Ke kolizní problematice vzniku obligačních smluv, SMP 1961, sv. VI., str. 195

<sup>121</sup> Jak na to upozornil např. již P. Kalenský, Ke kolizní problematice vzniku obligačních smluv, SMP 1961, sv. VI., str. 198 - 199

<sup>122</sup> Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 30. Pozici zástupce Zpráva zdůrazňuje, i s ohledem na znění odst. 3, s poukazem na situaci, kdy by smlouva byla uzavřena mezi zástupci v různých zemích, přičemž zastoupení by se nacházeli v době podpisu smlouvy ve stejné zemi. I v tomto případě by podle Zprávy mělo být rozhodným právem právo určené podle odst. 3, tedy rozhodné je místo pobytu zástupce, ne zastoupeného

<sup>123</sup> P. Kalenský, Ke kolizní problematice vzniku obligačních smluv, SMP 1961, sv. VI., str. 196 - 197

<sup>124</sup> Čl. 14. 2 totiž stanoví: „A contract or an act intended to have legal effect may be proved by any mode of proof recognized by the law of the forum or by any of the laws referred to in Article 9 under which that contract or act is formally valid, provided that such mode of proof can be administered by the forum.“

přístup zřejmě neudržitelný. Ohledně otázek, které patří do smluvního statutu, by tak mělo dojít ke shodě. Požadavek formální platnosti může být zpřísněn na základě použití čl. 7, a to s ohledem na možnou aplikaci přísných formálních požadavků práva odlišného od jinak použitelného práva podle čl. 9.

V režimu § 4 ZMPS se platnost právního úkonu, jakož i následky jeho neplatnosti, řídí tímž právním řádem jako účinky právního úkonu; pokud však jde o formu, postačí, bylo-li učiněno zadost právu místa, kde došlo k projevu vůle, vyjma, že by rozhodné právo předepisovalo písemnou formu úkonu jako podmínku jeho platnosti. I když tedy ZMPS neupravuje možnost dovolání se svého nesouhlasu ve smyslu čl. 8. 2 Římské úmluvy, u formálních požadavků zohledňuje postoj cizího práva k věci, což je s ohledem na princip vzájemnosti žádoucí.

K tomu je nutno dodat, že tato pravidla platí s výhradou, že není stanoveno nebo k rozumnému uspořádání vztahů nezbytno něco jiného. Opět se zde objevuje pojem „rozumné uspořádání vztahu(ů)“, který je přítomen rovněž ve stěžejním § 10 ZMPS o určení rozhodného práva v případě neučinění volby. Z titulu rozumného uspořádání vztahu se tak např. závaznost projevů stran při uzavírání smlouvy může řídit jiným právem než *lex causae*. Celkově je nicméně možno konstatovat, že úprava formální platnosti smlouvy podle Římské úmluvy je propracovanější než úprava této otázky v ZMPS.

### **3.3.1.9. Rozsah použitelného práva**

Rozsah použitelného práva je upraven v čl. 10 Úmluvy. Ustanovení vymezuje tento rozsah smluvního statutu: výklad, různé způsoby zániku závazků, resp. promlčení a důsledky neplatnosti („nullity“) smlouvy, jakož i plnění a důsledky porušení, včetně pravidel určení náhrady škody („assessment of damages“) v rámci omezení daných procedurálními normami. Těmto principům v zásadě odpovídá s ohledem na znění výše uvedeného § 4, 11 a 13 také úprava podle ZMPS.

U promlčení je zajímavá zkušenost z období před přijetím Úmluvy, kde se předpisy o promlčení podle rozhodného práva aplikovaly, i když tyto předpisy spadaly podle daného právního řádu do oblasti procesní. Stejně tak byly za normy procesní pokládány i pravidla o následcích nedostatku formy.<sup>125</sup> Římská úmluva je nástrojem reformy v tom smyslu, že vyžaduje opuštění klasifikace prekluze (v rámci „extinguishing obligations“) a promlčení („prescription and limitation of action“) jako otázek procedurálních, neboť je zahrnuje do oblasti hmotného práva. Otázky prekluze a promlčení se řídí i v režimu ZMPS podle *lex causae*.

<sup>125</sup> P. Kalenský, Ke kolizní problematice vzniku obligačních smluv, SMP 1961, sv. VI., str. 195, str. 202, s odkazem na Uniform Sales Act, čl. 4

Národní právní řády stanoví různé lhůty promlčení, nicméně hlavní otázkou je, s ohledem na záběr Římské úmluvy, zda jsou tyto normy posuzovány právními řády jako normy hmotného nebo procesního práva. Např. anglický the Foreign Limitation Periods Act (1984) určuje v zásadě použitelnost cizího rozhodného práva (s omezením principem výhrady veřejného pořádku; některé normy cizího práva, jako např. zahraniční mezinárodní právo soukromé, jsou rovněž vyloučeny z použití). Podobně rozhodnutí cizího soudu o promlčení je považováno za věc spadající do hmotného práva („decision on the merits“).

Pokud jde o neplatnost smlouvy, z pohledu anglosaského práva je neplatnost věci kvasismluvní, která neměla být do Úmluvy zahrnuta. Kromě toho je výsledek použití zvoleného práva na důsledky neplatnosti pro právníka z oblasti common law nevhodný.<sup>126</sup> Např. právo na vrácení peněz není podle anglického práva klasifikováno jako smluvní závazek, ale vztahuje se ke kvasikontraktu nebo právu restituce. Je sice víceméně jasné, že i tak dojde k určení stejného práva podle anglického mezinárodního práva soukromého, ale to platí jenom při absenci volby práva; zvoleným právem však může být právo zcela jiné. Odmítavý postoj k zahrnutí neplatnosti smlouvy do rozsahu Římské úmluvy nebyl prosazen, nicméně text Úmluvy nabídl možnost výhrady v této věci.

U termínu „plnění“ („performance“) toto zahrnuje podle Zprávy všechno nezbytné pro plnění.<sup>127</sup> Pokud jde o způsob plnění („manner of performance“), podle čl. 10.2 Římské úmluvy je třeba zohlednit („have regard to“) právo místa poskytnutí plnění. To je dosti volná formulace poskytující právu fora značné možnosti ingerence do obsahu smlouvy. V Meziamerické úmluvě tento princip není obsažen. V každém případě je v současnosti patrná tendence podřídít závazek a jeho zánik jednotnému režimu. I když je logicky odůvodnitelné brát ohled na právo místa poskytnutí plnění jako na fakt, který může do jisté míry ovlivnit tuto otázku, právo fora by v zásadě mělo mít okrajový význam (jinou otázkou jsou kogentní a hlavně nutně použitelné normy práva fora).

Jinak je ale, i podle Zprávy, pro posouzení otázky, co spadá pod termín způsob plnění („manner of performance“) podle čl. 10.2 určující právo fora. Tuto otázku je tedy nutno posuzovat jinak než otázku právního režimu plnění („performance“) podle odstavce 1. Dále má být i vzhledem ke krokům, které mají být učiněny v případě vadného plnění, rovněž zohledněno právo země poskytnutí plnění, zčásti nebo i zcela. Ustanovení je svou flexibilitou neobvyklé a má sloužit spravedlnosti.

<sup>126</sup> P. North, *Essays in Private International Law*, 1993, str. 16

<sup>127</sup> Zpráva Guliana a Lagardea (str. 32) vyjmenovává *inter alia* obezřetnost, se kterou má být plnění poskytnuto, podmínky času a místa plnění, možnosti plnit prostřednictvím jiné osoby, podmínky týkající se splnění dluhu dlužníkem atd.

Důležité je odlišit způsob plnění, kde má být zohledněno *lex solutionis*, od podstaty závazku, které se řídí rozhodným právem. Takže např. doktrína *force majeure* patří do oblasti *lex causae*, kdežto detaily nezasahující do podstaty závazku (podle Zprávy např. čas plnění specifikovaný do „obvyklých úředních hodin“, ale i způsob prohlídky zboží či postup při jeho odmítnutí) patří do způsobu plnění. Pod termín „performance“ bude spadat např. obezřetnost či péče při plnění závazku, podmínky vztahující se k místu a času plnění, možnosti plnění třetí osobou, společné a nerozdílné, resp. alternativní závazky atd. Obecně se tedy v těchto otázkách nabízí prostor pro soudní uvážení. Rozsah uplatnění *lex solutionis* bude do budoucna záležet na rozhodovací praxi.

Pokud jde o důsledky porušení smlouvy, platí jak pro otázku odpovědnosti strany porušující povinnosti, tak i co se týče možných kroků oprávněné strany. Dále u „assessment of damages“ je rozhodné právo relevantní jenom u právních otázek; faktické otázky řeší právo *fora*. To znamená, že aktuální kvantifikace náhrady škody má být stanovena podle soudu *fora* (např. přiměřenost náhrady škody), kdežto předchozí určení právní stránky stanovení náhrady škody patří rozhodnému právu (např. limitace náhrady škody do určité pevně určené sumy).

Zdá se, že rozhodné právo určí takové otázky jako právní titul náhrady škody a ušlého zisku, tzv. škodu vzdálenou a peněžní limity náhrady škody, účinek a platnost doložek (klauzulí) o smluvních pokutách a specifická pravidla pro náhradu škody, ale čistě faktické otázky kvantitativních ukazatelů přenechá rozhodné právo právu *fora*. Kromě toho je ale rozhodné právo podrobena *de facto* kontrole ze strany soudu, který nenařídí něco, co je právnímu řádu *fora* neznámé nebo z hlediska procesních principů nepřiměřené.<sup>128</sup> Obecně je tato konstrukce výrazem kompromisu mezi názory odmítající začlenění náhrady škody do Římské úmluvy a zastánci jejího úplného zahrnutí do textu.

Dále, v rámci obligačního statutu se v případě kupních smluv bude posuzovat otázka, zda prodávající odpovídá v případě právních vad zboží a jaké jsou důsledky této odpovědnosti. V samotné otázce existence právních vad se nicméně uplatní právní řád, který se s obligačním statutem nemusí shodovat.<sup>129</sup>

Otázky právní způsobilosti stojí rovněž mimo Římské úmluvy. Čl. 11 pouze upravuje právo fyzické osoby dovolávat se *vlastní nezpůsobilosti*. Jinak pokud např. druhá smluvní strana vznese vůči tomu námitku, uplatní se pravidla mimo Římskou úmluvu. Úmluva tedy v zásadě přenechává otázku právní způsobilosti národním právním řádům. Běžný přístup evropského kontinentálního práva je pojímat způsobilost k právním úkonům jako zvláštní otázku upravovanou osobním právem dané strany, ať již se jedná

<sup>128</sup> J. Morris, D. McLean, *The Conflict of Laws*, 1993, str. 265

<sup>129</sup> Podrobněji Z. Kučera, *Kolizní otázky právních vad zboží*, ČMP, 1968 str. 345 - 348

o právo trvalého pobytu (*domicilu*),<sup>130</sup> nebo státní příslušnosti.<sup>131</sup>

V rozporu s výše uvedeným, v systému anglosaského práva je tato otázka v zásadě podřazena pod tzv. vhodné právo („*proper law*“), přinejmenším tam, kde je ho možné zjistit. Toto vhodné právo by podle názoru některých renomovaných autorů (Dicey, Morris, Cheshire, North) nemělo být subjektivně zvoleno, ale objektivně zjištěno. Jinak je tomu ovšem v USA, kde se prosazuje opačný přístup. Za právo použitelné na otázku právní způsobilosti je považováno právo místa uzavření smlouvy,<sup>132</sup> ale je rovněž prosazováno vhodné právo s tím, že právo místa uzavření smlouvy se uplatňuje jako subsidiární validační pravidlo.<sup>133</sup>

Římská úmluva nicméně podmiňuje možnost dovolávat se vlastní nezpůsobilosti tím, že (za situace, kdy smlouva byla uzavřena osobami v jedné zemi) druhé smluvní straně byl nebo měl být znám nedostatek způsobilosti smluvního partnera podle práva jiné země. Podmínky pro dovolávání se vlastní nezpůsobilosti jsou tedy přísné: (i) uzavření smlouvy mezi osobami v jedné zemi, (ii) plná způsobilost podle práva místa uzavření smlouvy a naopak nezpůsobilost podle jiného práva a nakonec (iii) skutečnost, že druhá strana o této okolnosti věděla nebo nevěděla z důvodu své nedbalosti. Podle Zprávy poslední podmínka implikuje, že důkazní břemeno je na straně dovolávající se nezpůsobilosti. Jinak podle národních kolizních norem obecně, pokud nedostatek způsobilosti nebyl nebo nemohl být druhé smluvní straně znám a současně smlouva byla uzavřena v jiném státě než je stát, který určuje nedostatek způsobilosti, se často druhá smluvní strana může dovolávat subsidiárně práva místa uzavření smlouvy.<sup>134</sup>

Článek 11 chrání dobrou víru a s tím související platnost smlouvy. Princip obsažený v tomto článku je podle Zprávy jasně přítomen v zemích, které podřizují otázku způsobilosti právu státní příslušnosti. Pravidlo je však podle Zprávy nutné i pro země s principem „*domicilu*“. Jenom v případě těch zemí, které otázku řeší podle práva místa uzavření smlouvy nebo práva rozhodného pro podstatu („*substance*“) smlouvy, se mohou bez principu obejít. ZMPS neobsahuje ustanovení obdobné pravidlu podle čl. 11, naopak je kromě obecné úpravy způsobilosti k právům a právním úkonům v § 3 odst. 2 ZMPS konstruována možnost posuzovat subsidiárně způsobilost cizince k právním úkonům podle práva českého.

Co se týče právnických osob, je zjevná tendence posuzovat právní způsobilost spíše podle práva místa inkorporace (přijato nejenom v kontinentální Evropě, ale i ve Velké

<sup>130</sup> § 35 švýcarského Zákona o mezinárodním právu soukromém

<sup>131</sup> Článek 7.1 německého EGBGB, čl. 23.1 italského Zákona o mezinárodním právu soukromém

<sup>132</sup> R. Lefflar, R. F. McDougall III a R. Felix, *American Conflicts Law*, 2001, str. 410

<sup>133</sup> *Restatement (Second) of the Conflict of Laws*, str. 198, také podle C. F. Forsyth, *Private International Law*, 3. ed., 1996, str. 292 - 296

<sup>134</sup> § 35 švýcarského Zákona o mezinárodním právu soukromém

Británii a Austrálii), než podle předchozího vhodného práva. Někteří z výše uvedených autorů požadují kromě toho i splnění podmínek právní způsobilosti podle práva použitelného na smlouvu.

Článek 12.1 Římské úmluvy upravuje dobrovolné (smluvní) postoupení, kde se vzájemné závazky postupitele a postupníka řídí právem smlouvy mezi postupitelem a postupníkem (sem spadá i formální a materiální platnost postoupení). Podle odst. 2 potom právní řád rozhodný pro právo (nárok), ke kterému se postoupení vztahuje, upravuje otázky postupitelnosti, vzájemných závazků postupníka a dlužníka, možnosti dovolání se postoupení vůči dlužníkovi, jakož i jakoukoli otázku týkající se splnění závazků dlužníka.

Důvodem, proč nebyla přijata jednodušší formulace článku 12, např. ve formě „postoupení se ve vztazích mezi postupitelem a postupníkem řídí právem použitelným na dohodu o postoupení“, je to, že z pohledu německého práva termín „postoupení“ zahrnuje účinky, které má pro dlužníka. Přijatá formulace má tak za cíl vyhnout se výkladu, že v právním systému, který pokládá dohodu o postoupení za „Kausalgeschäft“, dané právo rovněž určuje podmínky platnosti postoupení ve vztahu k dlužníkovi. Podmínky dovolávání se postoupení zahrnují přitom jak postupitelnost, tak i požadavky na postoupení z hlediska jejich účinků vůči dlužníkovi.

Článek 13 Římské úmluvy upravuje otázku rozhodného práva v případě subrogace. Ta může být obecně důsledkem jak smluvního převodu a souvisejícího ustanovení zákona, tak i přechodu pouze na základě ustanovení zákona, v obou případech v souvislosti s poskytnutím plnění třetí osobou. Podle jiných názorů se o subrogaci jedná pouze mimo případ smluvního ujednání, tj. přímo ze zákona. V každém případě, dané ustanovení upravuje jenom subrogaci *smluvních* závazků.

Právo, které určuje povinnost třetí strany uspokojit věřitele, je rozhodným právem pro určení oprávněnosti třetí strany vykonávat vůči dlužníkovi původní práva věřitele podle práva rozhodného pro smluvní vztah věřitel-dlužník, jakož i případně pro rozsah těchto práv. Formulace článku 13 („where ...a third person has a *duty* to satisfy the creditor, *or has in fact satisfied* the creditor in discharge of that duty - tedy „nebo ve skutečnosti uspokojila věřitele“) měla podle Zprávy znamenat, že se pravidlo se vztahuje i na situace, kdy daná smluvní povinnost v okamžiku poskytnutí plnění neexistuje.<sup>135</sup>

<sup>135</sup> Zpráva ve skutečnosti odkazuje na závěry v rámci pracovní skupiny při přípravě textu Úmluvy; tyto závěry však z finálního textu nevyplývají, Giuliano and Lagarde, Report on the Rome Convention, OJ C282 31, 1980, str. 35

Pravidla podle čl. 13 se v každém případě nedotýkají případného smluvního závazku mezi třetí osobou a dlužníkem. Jinak stejné pravidlo platí podle odst. 2 pro případ vícera spoludlužníků; rovněž na částečnou subrogaci by se daná pravidla měla uplatnit.

Pokud jde o ZMPS, při absenci výslovné úpravy by se postoupení mělo řídit *lex causae* a v případě subrogace je nutné vycházet z konkrétních okolností případu. Subrogace by měla sledovat statut práva, nároku či ekonomického důvodu, které stojí za změnou v subjektu závazku.

Římská úmluva (ani ZMPS) výslovně neupravuje otázku rozhodného práva v případě převzetí dluhu. S ohledem na pravidla při postoupení pohledávky platí právo platné pro převzatý dluh, včetně otázky předpokladů a účinků převzetí dluhu. Kauzální dohody mezi novým a starým dlužníkem nebo věřitelem budou sledovat vlastní smluvní statut.

V této souvislosti je možno se zmínit se o započtení. Tato otázka by měla spadat do rozsahu smluvního statutu, přičemž v případě rozdílných práv u jednotlivých pohledávek by mělo platit právo rozhodné pro pohledávku, která zaniká započtením, a to z logického důvodu ochrany příslušné strany. Některé právní řády upravují započtení jako procesní otázku a aplikují tedy *lex fori*. Naproti tomu podle § 13 odst. 2 ZMPS se započtení řídí tímž právním řádem jako pohledávka proti níž směřuje započtení, pokud z požadavku rozumného uspořádání právního poměru nevyplývá něco jiného

Jak bylo řečeno, procesní otázky, včetně otázek důkazů, jsou podle čl. 1.2(h) z dosahu Římské úmluvy vyloučeny. Otázky důkazů náleží podle národních práv států Úmluvy právu fora, avšak s určitými výjimkami, které nejsou v rámci jednotlivých právních řádů stejné. Čl. 14 nicméně stanoví, že důkazní břemeno spadá do použitelného práva, včetně všech domněnek („presumptions“) nebo pravidel týkajících se jej za podmínky, že tyto domněnky nebo pravidla jsou součástí *smluvního* práva použitelného právního řádu. V opačném případě se tedy daná pravidla či domněnky nepoužijí.<sup>136</sup>

Domněnky a důkazní břemeno mohou mít charakter pravidla hmotného práva a neměly by být v tom případě odděleny od smlouvy. Nicméně důkazní břemeno je podřízeno *lex causae* jenom v míře, v jaké ho *lex causae* určuje s ohledem na smluvní závazky, tedy jenom pokud se skutečně jedná o hmotněprávní ustanovení. V případě, že se podle práva fora jedná o procesní pravidlo, není Římskou úmluvou upraveno. Odstavec 2 pak upravuje přípuštění způsobů důkazů (forem důkazních prostředků). Podle tohoto ustanovení se u otázky formální platnosti smlouvy může použít jakýkoli způsob důkazu, pokud je proveditelný právem fora. Alternativní možnost použití práva fora a *jakéhokoli* práva rozhodného pro formální platnost byla již před přijetím Římské úmluvy uznána

<sup>136</sup> Zpráva Guliana a Lagardea uvádí např. mlčení jedné ze stran v odpovědi na vznesený nárok, považované za přípuštění nároku

ve Francii a v zemích Beneluxu. Jedná se o kompromis mezi logickou aplikací fora a očekáváním stran (ve smyslu práva rozhodného pro formální platnost), vyjádřeným v podmínce, že procesní právo fora provedení důkazů umožňuje.

Pokud jde o hodnocení důkazů, v původním návrhu byly dvě otázky, které v kontinentálních zemích Evropy běžně spadají do této oblasti, a to: míra, v jaké písemné dokumenty poskytují dostatečný důkaz o povinnostech a způsob důkazu potvrzujícího nebo vyvracejícího obsah dokumentu.

Jak již bylo uvedeno, Římská úmluva vylučuje v čl. 15 zpětný odkaz (renvoi). Podle Zprávy je renvoi nepřipustné jak při volbě práva, tak při jiném určení. V případě volby si podle Zprávy strany vybraly dané hmotné právo. Při absenci volby je s ohledem na spojující faktor renvoi rovněž vyloučeno, neboť by teoreticky umožňovalo určení podle nepatřičného faktoru. Připuštění renvoi by jinak bylo i v rozporu se smyslem mezinárodních úmluv obsahujících unifikované kolizní normy a odporovalo by snaze lokalizovat právní situaci. Je rovněž možno uvést jednoduchý argument, že pokud si „strany daly tu námahu s určením rozhodného práva, bylo by určitě téměř nesmyslné, aby si zvolily jiný právní řád, než dané právo zvolené země. Pokud si právo nezvolily, mohou být zcela spokojeny s alternativním určením podle práva“ (myšleno ne podle kolizních norem).<sup>137</sup>

### 3.3.1.10. Výhrada veřejného pořádku

Výhrada veřejného pořádku („ordre public“) je upravena v čl. 16 Úmluvy. Ordre Public zahrnuje podle Zprávy i veřejný pořádek v rámci právního režimu Evropské unie, který se stal integrální součástí veřejného pořádku členských států Unie. Článek 16 umožňuje nepoužít jinak rozhodné právo, pokud je toto v zjevném nesouladu s veřejným pořádkem práva fora. Jak je obvyklé i pro jiné instrumenty, veřejný pořádek není v Úmluvě definován; je možno jenom vyvozovat obecné jeho znaky a podmínky použití, tj. ochrana veřejného zájmu a vztah k dané zemi určité intenzity. Jinak přístup Římské úmluvy vykazuje podobnost s výjimkou veřejného pořádku, která existovala podle tradičních pravidel např. anglického práva.<sup>138</sup>

### 3.3.1.11. Další vývoj

Kritika Římské úmluvy zdůrazňuje, že členské státy Evropské unie se snaží nahradit agendu Haagské konference. Skutečně se zdá, že tento vývoj zužuje okruh států (Haagská konference má třikrát víc členů než je stávající počet členů Evropské unie) a

<sup>137</sup> A. Briggs, *The Conflict of Laws*, 2002, str. 163

<sup>138</sup> Rozhodnutí ve věci *Apple Corps Ltd v. Another Apple Computer Inc and Others*, 1992



vytlačuje např. USA (je uváděno, že rozhodnutí konference z roku 1976 nepřijmout návrh USA z roku 1972 započít práce na unifikaci kolizních norem v oblasti smluvního práva s tím souvisí). Na druhé straně jsou Haagské úmluvy primárně evropskou záležitostí. Římská úmluva vytváří v každém případě předpoklady pro sblížení systémů anglosaského a evropského kontinentálního práva na straně jedné a pro divergenci mezi právními řády Velké Británie a USA, resp. Kanady.

Římská úmluva dává přednost jiným instrumentům evropského práva obsahujícím kolizněprávní normy, navíc podle čl. 21 se Úmluva nedotýká použití jakékoli jiné mezinárodní úmluvy, např. Úmluvy o právu použitelném na mezinárodní prodej zboží závazné pro Belgie, Dánsko, Francii a Itálii. Otázkou je nicméně harmonizační efekt Úmluvy např. v případě kupní smlouvy, kde je místo podnikání prodávajícího Anglie a naopak kupujícího Francie. Dalším problémem může být čl. 20 o přednosti právních norem Evropské unie a rovněž ustanovení o pravomoci Evropského soudu k výkladu Římské úmluvy. Řešení pro státy - členy Evropské unie a současně nečleny Římské úmluvy, by obecně bylo možno nalézt v prostém přijetí norem Úmluvy bez formálního přistoupení.

V současnosti nicméně probíhá jak proces přistoupení k Úmluvě ze strany nových členských států EU, tak i k transformování Římské úmluvy do podoby nařízení, nicméně s podstatným pozměněním jejího textu. Přistoupení k Úmluvě se samozřejmě dotýká ZMPS. Ještě v roce 1994 konstatováno,<sup>139</sup> že ZMPS představuje slušný standard a snese srovnání s úpravami mezinárodního práva soukromého ve vyspělých zemích. V posledních letech byly provedeny následující novelizace s významem pro oblast záběru této práce:

- zákonem č. 125/ 2002 Sb. byl § 11 rozšířen o § 11a kogentně určující rozhodné právo ve vztazích (i) z účasti osob, které jsou v konkurzu či splňují jeho podmínky, v rámci platebního systému a (ii) ze zajištění práv účastníka platebního systému pomocí investičních instrumentů;
- zákonem č. 37/ 2004 a 257/ 2004 Sb. (i) byl jednak rozšířen §11a ve vztahu k vypořádacímu systému, (ii) byly vloženy dispozitivní § 10a a 10b o rozhodném právu v oblasti smluv o pojištění (s hraničním určovatelem umístění pojistného rizika v případě neživotního pojištění a bydliště či sídla pojistníka pro oblast životního pojištění, a (iii) byl vložen § 11b kogentně určující rozhodné právo pro vztahy osob, které jsou v konkurzu či splňují jeho podmínky, z jejich účasti ve vypořádacím systému;
- zákonem č. 377/ 2005 Sb. byla doplněna rozsáhlá úprava úpadku peněžní instituce podle § 11c a úpadku pojišťovny nebo zajišťovny podle § 11d. Změny vesměs plynou z komunitárního práva a členství ČR v Evropské unii.

<sup>139</sup> M. Pauknerová, K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, 11/94, str. 5

Dne 8. 7. 2005 zveřejnila Rada Evropské unie znění Úmluvy o přistoupení nových členských států Evropské unie k Římské úmluvě.<sup>140</sup> Úmluva o přistoupení samozřejmě předpokládá přistoupení k Římské úmluvě včetně (i) úmluv o přistoupení k ní ze strany států, které se staly členy Evropské unie (předtím Evropského společenství - ES) po podpisu Úmluvy v roce 1980<sup>141</sup> a včetně (ii) protokolů o výkladu Římské úmluvy.

Za Českou republiku Úmluvu o přistoupení k Římské úmluvě podepsal dne 14. 4. 2005 mimořádný a zplnomocněný velvyslanec a vedoucí Stálé mise České republiky při Evropské unii J. Kohout, s výhradou ratifikace. Ratifikační proces v rámci České republiky v současné době probíhá (po schválení parlamentem byl počátkem roku 2006 dokument předložen k podpisu prezidentovi ČR).

Podpis a ratifikace Úmluvy o přistoupení a Římské úmluvy si nevyžádá bezprostředně provedení změn v českém právním řádu. Podle čl. 10 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, v platném znění, se vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, stávají součástí právní řádu a jejich úprava má přednost před dosud platnou vnitrostátní úpravou. Úmluva bude tedy přímo aplikována jako pramen práva. Po vstupu Úmluvy o přistoupení k Římské úmluvě v platnost pro ČR nahradí plně dosavadní kolizní normy a další pravidla vnitrostátního právního řádu v okruhu svého předmětu působnosti, tj. především u závazkových práv.

V dohledné době má být Římská úmluva převedena do formy nařízení pod názvem „Římské nařízení I“, resp. „Řím I“ (podobně jako byla Bruselská úmluva přetvořena v „Bruselské nařízení I“, resp. „Brusel I“), a stát se tak přímo účinným aktem sekundárního práva ES.

V rámci realizace konverze má „Římské nařízení“ rovněž vyjasnit některé z problematických oblastí dosavadní úpravy. Ve vztahu k rozhodnému právu v oblasti závazkových vztahů mezinárodního obchodu je nutno uvažovat především o (i) sjednocení odpovědi na otázku, zda je možné si za rozhodné právo zvolit pouze právní řád státu nebo nestátní kodifikace, jakož i o (ii) koncepci, příp. terminologickém rozlišení kogentních norem, a to i s ohledem na různé jazykové verze Úmluvy.

V rámci legislativního procesu a diskuse o nové formě a obsahu Římské úmluvy vydala Evropská komise Zelenou knihu o převedení Římské úmluvy o právu použitelném na

<sup>140</sup> Úmluva o přistoupení nových členských států EU, Rada, Úřední věstník Evropské unie C 169/1 (2005/C 169/01)

<sup>141</sup> Řecko, Španělsko, Portugalsko, Rakousko, Švédsko a Finsko

smluvní vztahy na komunitární instrument a o její modernizaci (Zelená kniha),<sup>142</sup> se záměrem podnítit v tomto směru diskusi. Zelená kniha obsahuje řadu otázek a námětů na zlepšení ve vztahu k jednotlivým i obecným tématům Úmluvy.

V dokumentu je zdůrazněna návaznost na projekt evropského smluvního práva, s nímž by se měla konverze Úmluvy doplňovat. Úmluva je na úrovni komunitárního práva jediným instrumentem mezinárodního práva soukromého, který má podobu mezinárodní úmluvy. Proto převedení Úmluvy do formy nařízení, jež bude interpretováno Evropským soudním dvorem jakožto komunitární norma, prospěje konzistentnosti komunitárního práva a umožní použití norem obsažených v Úmluvě i ve vztahu k novým členským státům EU (pro případ jejich nepřistoupení k Úmluvě).

To bude podle Zelené knihy v souladu s trendem spolupráce v oblasti občanskoprávních vztahů, kdy jsou přijímána nařízení v oblasti „volného pohybu“ rozsudků (Brusel I a II), konkurzního práva apod.,<sup>143</sup> podobně jako je tomu v oblasti jednotné kolizní úpravy pro mimosmluvní závazky (tzv. „Římské nařízení II“, „Řím II“). Nařízení by tak v obecné rovině především odstranilo problémy plynoucí z (i) možností výhrad podle čl. 22 vůči čl. 7.1 a 10.1 e), (ii) práva států přijímat nová kolizní pravidla podle čl. 23, (iii) práva států přistupovat k jiným mezinárodním úmluvám kolizního práva, jakož i plynoucí z (iv) omezeného trvání Úmluvy podle čl. 30.<sup>144</sup>

Vše zde uvedené by mělo přispět ke zvýšení konzistentnosti a transparentnosti pravidel v dané oblasti. Dále by Nařízení vyřešilo problémy plynoucí z prodlení v procesu ratifikace u států k Úmluvě přistupujících. V této souvislosti je v dokumentu argumentováno, že nařízení je vhodnější formou předpisu než směrnice.<sup>145</sup> V oblasti výkladu by Nařízení jasně a bez pochyb delegovalo pravomoc Evropského soudního dvora vykládat Úmluvu jako soubor norem *acquis communautaire*. To by vedlo ke sjednocení výkladu např. pojmů jako tichý souhlas, definice smlouvy apod. V této souvislosti si nicméně podrží význam oba protokoly o výkladu Úmluvy, a to s ohledem na smlouvy uzavřené před vstupem v platnost uvažovaného Nařízení.

Zelená kniha mimo jiné upozorňuje na sekundární předpisy již obsahující izolované kolizní normy, resp. normy mající dopad na použitelné právo, a to ve vztahu k čl. 20 o přednosti práva ES před ustanoveními Římské úmluvy. Dokument se zamýšlí nad řešeními dané otázky.<sup>146</sup> Pokud jde o rozsah Úmluvy, Zelená kniha zmiňuje možnost

<sup>142</sup> Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation (Green Paper), 14.1.2003, COM (2002) 654, Bulletin /2003/1/-2

<sup>143</sup> Nařízení Rady (EC) 1346/2000, 1347/2000, 1348/2000, 1206/2000

<sup>144</sup> Čl. 2.2, str. 14

<sup>145</sup> Čl. 2.5, str. 16

<sup>146</sup> Čl. 3.1.1.2, str. 18

zahrnutí doložky o volbě místa řešení sporu. V oblasti pojišťovacích smluv je kladena otázka, zda je současný stav dostačující, při vědomí negativního postoje většiny států k začlenění dané problematiky do Úmluvy či jí nahrazujícího instrumentu.

Co se týče jednotlivých ustanovení, Zelená kniha konstatuje, že podle autorů Úmluvy volba práva ve smyslu čl. 3 znamená pouze volbu národního právního řádu, ne nestátních pravidel.<sup>147</sup> Podle dokumentu je však třeba o věci vést diskusi. Je rovněž upozorňováno na problémy různých jazykových verzí Úmluvy ve vztahu k čl. 3.2 a jeho pojmu „rozumná určitost“. Problém je nastolen v souvislosti s otázkou jasnějšího vymezení tichého souhlasu. U čl. 4 dokument upozorňuje na nebezpečí používání klausule o výjimce podle čl. 4.5 *ab initio*, zjevně v rozporu s účelem čl. 4 jako celku. Za účelem zachování významu čl. 4.2 a s ním spojeného kritéria příznačného plnění je uvažována buď změna znění čl. 4.5 (podle vzoru Řím II), nebo vypuštění čl. 4.1.<sup>148</sup>

V oblasti kogentních norem je významný náhled o potřebě „Community minimum standard“ ve vztahu k čl. 3.3 a 7. Je navrhováno, v případě volby práva státu mimo EU, určit použitelnost „kogentních norem Společenství“ v případě spojení s jedním nebo vícero členskými státy. Stejně tak je nutné řešit na úrovni nařízení otázku dalšího „osudu“ čl. 7.1 o použití nutně použitelných norem třetího státu.<sup>149</sup> Zelená kniha nicméně otevírá i další otázky (i) pravidel formální platnosti podle čl. 9, (ii) rozšíření pravidel o postoupení podle čl. 12 na podmínky, za kterých je možno se dovolávat postoupení vůči třetím stranám, a (iii) ujasnění záběru a terminologie čl. 13 ve vztahu k čl. 12, resp. také rozhodného práva pro započtení.

Zelená kniha Evropské komise se stala základem kodifikačního procesu; na dokument navazuje Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru (Výbor).<sup>150</sup> Ve stanovisku Výbor podpořil myšlenku nařízení a vyjádřil se k některým otázkám. Vyslovil se pro (i) rozšíření rozsahu Úmluvy (právo společnosti, činnost zástupce atd.),<sup>151</sup> (ii) změnu struktury jejích ustanovení<sup>152</sup> a pro (iii) vymezení (zachování) možnosti volby pouze práva státu, resp. volbu pravidel obsažených v mezinárodní úmluvě, pokud tato úmluva pro své použití určuje podmínku ujednání stran v tomto smyslu.<sup>153</sup> Výbor rovněž zdůraznil potřebu zachování existující komunitární legislativy a mezinárodních úmluv.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> Čl. 3.2.3, str. 22, s odkazem na P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats apres l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du juin, RCDIP*, 1980.287

<sup>148</sup> Str. 23 - 26

<sup>149</sup> Myšlenka je uváděna do souvislosti s rozhodnutím Evropského soudního dvora ve věci *Ingmar GB Ltd v Eato Loïard Technologies Inc* (2000), 381/98, ECR 263; *Green Paper...*, str. 18 - 19 a 33 - 34

<sup>150</sup> *Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Green Paper'...*, 28.1.2004, COM (2002) 654, *Official Journal of the European Union C/2004/108/1*

<sup>151</sup> Čl. IV.4.3

<sup>152</sup> Čl. IV.4.2

<sup>153</sup> Čl. IV.4.5.2

<sup>154</sup> Čl. IV.4.5.3.1

Pokud jde o dílčí otázky, řešení problému tichého souhlasu Výbor doporučuje přenechat v rovině procesní.<sup>155</sup> Naopak je pro deklarování možnosti dodatečné volby práva s účinky *ex tunc*.<sup>156</sup> Výbor dále shledal lepší možností vypuštění čl. 4.1 než změnu znění čl. 4.5., a to v kombinaci s výslovným umožněním *dépeçage*.<sup>157</sup>

Výbor se dále v čl. IV.4.6.2 pokouší vyjasnit koncept příznačného, charakteristického plnění, a to cestou návrhu seznamu nejméně „kontroverzních“ případů příznačného plnění. Co se týče čl. 3.3, Výbor je názoru, že na ustanovení se má hledět jako na hmotněprávní odkaz, jako takové jej zrušit a nahradit konceptem „intrakomunitární smlouvy“ s nutným použitím kogentních ustanovení komunitárního práva.<sup>158</sup>

U nutně použitelných norem podle čl. 7 se Výbor vyslovil pro zdůraznění formální kolizněprávní stránky konceptu a potlačení do pozadí hmotněprávního posouzení případného (ne)použití těchto pravidel. V každém případě má konstrukce zohledňovat principy volného pohybu.<sup>159</sup> Výbor také zdůrazňuje potřebu vyjasnění rozsahu čl. 13. Nicméně zdá se, že ohledně této otázky existují závažné terminologické nejasnosti: Výbor<sup>160</sup> upozorňuje na Zprávu Giuliana a Lagardea, podle které nebylo úmyslem vyloučit ze záběru článku 13 subrogaci *nesmluvní*. Naproti tomu Zelená kniha zmiňuje názory, že čl. 13 se vztahuje *pouze* na subrogaci *zákonnou*.<sup>161</sup>

Návrhy na změny Úmluvy byly shrnuty rovněž v rámci práce Evropské skupiny pro mezinárodní právo soukromé,<sup>162</sup> na kterou Výbor odkazuje. V rámci dalšího postupu přijal Evropský parlament dne 12. 2. 2004 usnesení o perspektivách aproximace občanskoprávních procesních předpisů v Evropské unii.<sup>163</sup> Evropský parlament deklaroval podporu konsolidaci a zpřehlednění právní úpravy a vyzval komisi k posouzení otázky kodifikace Brusel I, Římské úmluvy a Řím II.

Evropský parlament ve své výzvě Komisi zdůraznil (i) ideu komunitárních předpisů kogentního charakteru, (ii) potřebu subsidiarity budoucího instrumentu vůči stávajícím a budoucím mezinárodním úmluvám, (iii) potřebu navázání především na principu příznačného plnění a v případě nemožnosti určení podle tohoto kritéria na principu nejužšího vztahu, a (iv) vyjasnění konceptu kogentních norem obecně.<sup>164</sup>

<sup>155</sup> Čl. IV.4.5.4

<sup>156</sup> Čl. IV.4.5.5

<sup>157</sup> Čl. IV.4.6.1.2

<sup>158</sup> Čl. 4.10.2.1-3

<sup>159</sup> Čl. 4.10.2.4 a čl. 4.10.2.6.

<sup>160</sup> V čl. IV.4.13.4

<sup>161</sup> Čl. 3.2.14.2, str. 42

<sup>162</sup> European Group for Private International Law (GEDIP)

<sup>163</sup> European Parliament Resolution on the Prospects for Approximating Civil Procedural Law in the European Union (COM (2002) 654, COM (2002) 746 - C5-0201/2003 - 2003/2087(INI)), Bulletin/2004/1/2

<sup>164</sup> Str. 6-7

Dále se Evropský parlament vyjádřil, u smluv uzavíraných elektronicky, pokud není možno určit místo projevu vůle stran, pro navázání podle hraničního určovatele - místa obvyklého pobytu kupujícího, resp. příjemce služby. Co se týče účinků postoupení pohledávky, určovatelem má být podle usnesení místo pobytu („domicile“) postupitele. Rozhodným právem pro započtení má být právo pohledávky, vůči které započtení směřuje.<sup>165</sup>

### 3.3.2. Haagská úmluva o právu použitelném na zastoupení

V oblasti smluv o zastoupení se pro některé státy (Argentina, Francie, Nizozemí a Portugalsko) použije Haagská úmluva o právu použitelném na zastoupení (Úmluva o zastoupení; Úmluva), která po podpisu v roce 1978 vstoupila v platnost v roce 1992. Úmluva o zastoupení upravuje jak použitelné právo na vztah mezi zástupcem a zastoupeným (kapitola II), tak i na vztah mezi zástupcem a třetí stranou (kapitola III). Zvláštním rysem Úmluvy o zastoupení je skutečnost, že Úmluva přenechává soudům k posouzení, zda se v tom kterém případě jedná o mezinárodní vztah coby podmínku použití Úmluvy. Úmluva se na druhé straně použije bez ohledu na to, zda je použitelné právo právem členského státu Úmluvy. V tomto ohledu platí tedy obdobný princip potencionálního dopadu jako v případě Římské úmluvy. Úmluva o zastoupení rovněž určuje svoje subsidiární postavení vůči jakémukoli jinému instrumentu obsahujícímu ustanovení o věcech upravených Úmluvou.<sup>166</sup>

Stejně tak obsahuje Úmluva možnosti učinění výhrad. Podle čl. 18 si může kterýkoli stát vyhradit právo nepoužít Úmluvu na (i) zastoupení banky či bankovní skupiny v rámci bankovních transakcí, (ii) zastoupení v záležitostech pojištění či (iii) jednání veřejných činitelů zastupujících soukromé osoby. Podobně jako u Římské úmluvy, pro účely určení rozhodného práva podle Úmluvy o zastoupení se jednotlivé územní jednotky členského státu s vlastními normami o zastoupení pokládají za stát.<sup>167</sup> Na druhé straně, v případě státu s vícero územními jednotkami s vlastními pravidly o zastoupení tento stát není Úmluvou vázán, pokud jiný členský stát s jednotným právním systémem není povinen použít na základě Úmluvy o zastoupení právo jiného státu.

V rámci obecných ustanovení Úmluvy se podle čl. 16 mohou použít normy kogentního charakteru státu s významným vztahem k situaci včetně norem třetího státu. V okruhu států Evropské unie tato možnost, s ohledem na Směrnici Evropské komise o koordinaci zákonů členských států vztahujících se k obchodním zástupcům, nemá zřejmě podstatný význam. Co se týče práva rozhodného na vztah mezi zastoupeným a zástupcem, podle čl. 5 Úmluvy má samozřejmě přednost volba práva, a to výslovná nebo z rozumnou

<sup>165</sup> Str. 7 - 8

<sup>166</sup> Čl. 22

<sup>167</sup> Čl. 19

určitostí odvoditelná z ustanovení smlouvy a okolností případu; jinak je rozhodným právem právo státu, kde má zástupce v době uzavření smlouvy místo podnikání („business establishment“), resp. obvyklý pobyt. Pokud je zástupce činný ve státě zastoupeného, pak má přednost právní řád sídla zastoupeného. U vícera míst podnikání má, podobně jako o jiných úmluv, přednost to, které vykazuje nejužší vztah k zastoupení.

Rozhodné právo se vztahuje na uzavírání a platnost smlouvy o zastoupení, závazky stran, podmínky plnění, důsledky neplnění a zánik daných závazků. V rámci toho se Úmluva použije především na existenci a rozsah oprávnění zástupce, změny a zánik oprávnění, důsledky překročení nebo zneužití oprávnění zástupce, resp. konkurenční doložky (další příklady jsou uvedeny v čl. 8).

Pokud jde o vztah zástupce a třetí strany, existence a rozsah oprávnění zástupce a účinky výkonu nebo domnělého výkonu zástupcova oprávnění se budou řídit právem státu zástupcova místa podnikání v době učinění příslušného jednání. Právo státu místa učiněného jednání nicméně bude mít před shora uvedeným přednost, pokud zástupce nemá místo podnikání, resp. pokud tento stát je také státem: (i) místa podnikání zastoupeného a zástupce jednal jeho jménem; (ii) kde třetí strana má svoji pobočku, resp. obvyklé místo bydliště; (iii) kde zástupce jednal na dražbě nebo burze. Výše uvedená pravidla platí rovněž pro vztah mezi zastoupeným a třetí stranou pro otázky výkonu, resp. překročení oprávnění zástupce či jeho jednání bez oprávnění. Úmluva zohledňuje rovněž moderní komunikační prostředky; v případě použití dálkového přenosu informací při uzavírání smlouvy bude mít přednost právo místa pobočky zástupce.<sup>168</sup>

### **3.3.3. Principy určování rozhodného práva podle národních právních úprav v případě neučinění volby práva**

Především, z hlediska vývoje se uplatňovaly či uplatňují různá kolizní kritéria pro navázání, tj. posouzení spojení situace či vztahu s tím kterým právním řádem v případě neučinění volby práva. Jako potencionální rozhodné právo se obecně nabízejí:

(i) *Lex loci conclusionis contractus* - jeho pozitivem je jistota a předvídatelnost, negativem pak možnost účelového výběru práva proto, aby smlouva byla považována za platnou. Navíc může nastat situace, kdy není dán žádný vztah mezi místem uzavření smlouvy a smlouvou, resp. je někdy těžké určit místo kontraktace;

---

<sup>168</sup> Čl. 13

(ii) Lex loci solutionis - kladným rysem je to, že tento ukazatel je založen na vnitřním a podstatném spojení mezi smlouvou a rozhodným právem. Problém nastává u synalagmatických smluv s rozdílným místem plnění (resp. pokud existuje právo opce ohledně místa plnění);

(iii) Tzv. „proper law“ (viz také výše např. v kap. 3.3.1.5.) - z pohledu anglického práva se až do roku 1991 uplatňoval tento princip založený na přidělení vůle, resp. určení vhodného práva podle ustanovení smlouvy, situace stran a všech průvodních okolností.<sup>169</sup> Tento přístup se uplatní i dnes tam, kde se nepoužijí ustanovení Římské úmluvy.

Pojem „proper law“ byl poprvé použit Westlakem<sup>170</sup> v roce 1880, kde se již také výslovně uvádí princip nereálnějšího vztahu. Termín byl poté převzat Morrisem a Cheshirem,<sup>171</sup> kterým je připisována zásluha na rozvoji konceptu. Základem proper law je imputace vůle, tj. objektivně založené přidělení či vložení úmyslu stranám smlouvy, pokud jde o volbu vhodného práva. Vychází se z toho, že tímto vhodným právem je právo, které by si strany měly v úmyslu zvolit jako právo rozhodné, pokud by na volbu práva myslely.

K tomuto určení práva dochází tehdy, pokud (i) není učiněna výslovná volba práva ani (ii) není možno úmysl stran o volbě práva odvodit. Nastupuje tak třetí možnost, tj. určení hypotetické vůle a nalezení práva podle specifických kritérií. Přitom základní kritérium pro určení je stanoveno obecně jako *nejuzší a nejreálnější vztah či spojení* („closest and most real connection“). Vhodným právem, na které by strany myslely, je tak ten právní řád, který má k případu věcně nejbližší.

Pokud tedy nedojde k volbě ani mlčky a není možno vyvodit úmysl z ustanovení a účelu smlouvy ani ze všeobecných okolností případu, uplatní se tzv. „closest and most real connection“ vedoucí k proper law, tedy k právu, kterému by strany, při zvážení všech okolností, zamýšlely svůj vztah podříditi. Skutečný úmysl stran není prioritou určení. Přitom je ale rozhodující zvážení všech spojujících faktorů, což má vést k nalezení nevýznamnějšího vztahu. V kontextu smlouvy je tak třeba zvážit vše relevantní, jako např. místo podnikání stran, místo uzavření smlouvy, místo plnění, předchozí jednání stran, arbitrážní doložku, jazyk a terminologii smlouvy, podobu smluvní dokumentace, měnu peněžitého plnění, případně další okolnosti, které ukazují na příslušný právní řád.

<sup>169</sup> J. Morris, D. McLean, *The Conflict of Laws*, 1993, s odkazem na Lord Wright ve věci *Mount Albert Borough Council v. Australian Temperance and General Assurance Society*, 1938

<sup>170</sup> *Treatise on Private International Law*, 2. vydání, 1880, odst. 201, str. 237

<sup>171</sup> J. Morris, *Cheshire, The Proper Law of a Contract in the Conflict of Laws*, 1940, 56 L. Q. R. 320; Morris, *Torts in the Conflict of Laws*, 1949, 12 *Modern L. Rev.* 248 a *The Proper Law of a Tort*, 1951, 64 *Harv. L. Rev.* 881



(iv) Specifické určení na základě hmotného práva; ve Spojených státech se na rozdíl od evropského systematického přístupu uplatňuje přístup případ od případu („case by case“); case law hrá tedy rozhodující roli. První Restatement je ale v tomto ohledu jenom pokus o výtah soudních rozhodnutí v dané oblasti, ne platným právem. Neúspěch tohoto instrumentu vedl k odmítnutí obecných pravidel navázání a k určování rozhodného práva podle obsahu hmotného práva.

Uplatňuje se kromě jiného teorie „analýzy vládního zájmu“. Při „skutečném konfliktu zájmů“ dvou nebo vícero států ohledně rozhodnosti jejich práv, který není odstranitelný ani restriktivním výkladem právně politického „naléhání“ státu fora, se použije právo fora. Tento přístup má sice v daných poměrech konfliktů mezi právními řádami amerických států svůj význam (identifikace právně politického účelu jednotlivých úprav je dost dobře možná), nicméně je kritizován, neboť kolizní normy mají obecně sloužit spíše vyvážení soukromých zájmů než určitému zájmu politickému či hospodářskému.

Dalším přístupem je „better law approach“, tedy výběr „lepšího práva“ podle hmotněprávních kritérií. Uplatňuje se typicky při snaze o vyhnutí se zastaralým ustanovením určitého práva.<sup>172</sup> Námitky proti takovému přístupu jsou nasnadě - jedná se o prostý výběr hmotných norem podle jejich obsahu, který vlastně s kolizní metodou nemá moc společného. Kvalita výsledků tohoto výběru navíc není zaručena. Snad pro všechny americké přístupy je společné to, že jsou výrazně ovlivněny či přímo určeny hmotněprávními úvahami, které kolizní metodu zatlačují do pozadí.<sup>173</sup> Druhý Restatement přináší v § 6 výsledek kompromisu, když přenechává prostor určovat právo ne podle specifických pravidel, nýbrž podle rozličných specifických metod.

Zde není předmětem kritiky přílišná strohost a nepružnost jako u prvního Restatementu, ale nepřítomnost jasných kontur. Soudy se druhého Restatementu většinou dovolávají, nicméně za touto obecnou formulací se skrývají vícere metodologické přístupy. Převládá „eklektizmus orientovaný na výsledek“,<sup>174</sup> s malou předvídatelností výsledků.

Výše uvedené přístupy nejsou v souladu s principy a strukturou evropského kontinentálního mezinárodního práva soukromého, které pokládá tento systém za neudržitelný, nejistý, s absencí koncepce, a nezohledňující především u analýzy vládního zájmu předvídatelnost výsledků a stabilitu. Evropské pojetí zdůrazňuje právní jistotu a rozhodovací harmonii. Hledání lepšího práva vede naproti tomu vždy k subjektivnímu příklonu k lex fori již z důvodu menší znalosti cizího práva, nemluvě o tom, že posouzení, které právo je lepší, je někdy velmi obtížné. Tento přístup je navíc nákladný.

<sup>172</sup> Soudce Kenison ve věci Clark v. Clark, 1966

<sup>173</sup> Podrobněji v Z. Kučera, Mezinárodní právo soukromé, str. 84 - 86

<sup>174</sup> J. Kropholler, Internationales Privatrecht, 1997, §10, kap. IV

Kolizní metoda v rámci evropského kontinentálního práva se naproti tomu zajímá pouze o hlediska a spravedlnost *kolizní*, tj. „nezajímá se a ani se nesmí zajímat o výsledek, k němuž se aplikací určeného práva dojde.“<sup>175</sup> Obecně se dá říct, že to, co evropské kontinentální právo *po* určení rozhodného práva jenom zohledňuje, americký přístup používá jako rozhodující kritérium.

Nicméně je třeba zohlednit jiná východiska amerického přístupu, tj. existenci federálního státu se zvláštními právními předpisy jednotlivých států federace a jejich společného základu v podobě common law. Navíc americký vliv vedl přece jenom k příklonu k pružnějšímu posuzování kolizněprávních otázek v novějších kodifikacích, takže je dán větší prostor pro soudní uvážení. Obecně není bez významu přinejmenším to, že tento přístup, zcela odlišný od kontinentálně evropského systému, je více méně funkční a existuje, bez ohledu na specifické podmínky jeho fungování (o těchto metodách rovněž v kapitole o *lex mercatoria*).

F) Místo podnikání strany poskytující charakteristické plnění (pojednáno především v kapitole věnované Římské úmluvě); tento princip se uplatňuje především v evropských právních rádech. Charakteristické, pro smlouvu příznačné plnění je to, co činí smlouvu specifickou, jedná se tedy o plnění určující typ smlouvy. Materiálněprávní hledisko v tomto případě určuje *perspektivně a obecně* kolizní normu. Co se týče lokalizace charakterického plnění, ta obecně vychází z místa (sídla) podnikání, resp. obvyklého pobytu, nebo hlavní pobočky či jiné složky (pokud má blíž k plnění) strany toto plnění poskytující. Na rozdíl od Savignyho teorie, místo plnění jako takové není rozhodující. Pokud jde o termín „země“ či „stát“ (místa, sídla podnikání), je nutné zohlednit, že termín má v oblasti rozhodného práva význam zahrnující i jednotlivé státy federativní územní jednotky. V této souvislosti je proto důležité rozlišit co tvoří „zemi“ pro účely rozhodného práva.<sup>176</sup>

### 3.4. Nutně použitelné normy, výhrada veřejného pořádku

#### 3.4.1. Označení, charakteristika a obsah nutně použitelných norem

Označení těchto norem se vyznačuje terminologickou nejednoznačností. Friedrich Karl von Savigny je popsal jako „*zákony přísně pozitivního, imperativního charakteru, mající užší obsah než ius cogens*“, nebo také jako „*absolutní zákony*“. Podle Savignyho mají tyto „*výjimečné zákony*“ odrážet spíše veřejný zájem než zájem soukromý. Někdy

<sup>175</sup> Z. Kučera, *Mezinárodní právo soukromé*, str. 106

<sup>176</sup> Z pohledu kolizního práva je tak např. důležité odlišit tyto pojmy: „Anglie“ zahrnuje Wales; „Velká Británie“ znamená Anglii a Skotsko; „Spojené Království“ zase znamená Anglii, Skotsko a Severní Irsko; „Britské ostrovy“ k tomu zahrnují i ostrov Man

se o nich mluví jako o „*kogentních pravidlech v mezinárodním smyslu*“. Kelly je nazval „*localising rules*“ (ještě předtím než se začal převážně používat pojem „*mandatory rules*“), i když toto pojmenování je vzhledem k jejich charakteru poněkud zavádějící.

Další pojmy s těmito normami spojované byly nebo jsou „*priority rules*“, „*overriding statutes*“ atd. Ve francouzské verzi Římské úmluvy, která použití těchto norem upravuje v čl. 7, jsou tyto normy označeny jako „*lois de police*“. Dalším možným termínem je „*lois d'application immédiate*“, což je podle některých názorů synonymem předchozího pojmu. Někteří autoři (Mayer) se však domnívají, že „*lois de police*“ jsou normy k ochraně komunity a státního zájmu, kdežto „*lois d'application immédiate*“ zahrnují i „narcistická“ pravidla, která stát chce používat univerzálně, a rovněž pravidla chování pro občany mimo území daného státu. Bez ohledu na tyto rozdíly se prosazuje více pojem „*lois de police*“. Německým pojmem jsou „*Eingriffsnormen*“.

Někdy se také používá pojem „*zákony veřejného pořádku*“ („*lois d'ordre public*“), což nicméně není nejšťastnější termín, neboť může dojít k záměně s pojmem „*veřejný pořádek*“ (dále níže). Dalším možným termínem je „*ordre public international*“.

Pokud jde o charakter a účel nutně použitelných norem, dá se říct, že jdou za, resp. mimo volbu práva, nebo dokonce, že volbu práva v rámci svého rozsahu vylučují. Použijí se na rozdíl od výhrady veřejného pořádku perspektivně s tím, že zabrání použití norem jinak rozhodného práva, které je s nimi v rozporu. Ve vztahu norem rozhodného práva a nutně použitelných norem je určitá interakce a simultánní aplikace. Vzhledem ke svému charakteru totiž nutně použitelné normy neupravují celý právní vztah, jenom dílčí otázku, takže nemůžeme hovořit o úplném nahrazování kolizních norem. Dále tyto normy neovlivňují fungování kolizních norem jako takových, tedy určení použitelného práva.

Je nepochybné, že tyto normy vyjadřují hlavně veřejný zájem. To je ale účelem všech právních norem, proto vlastnost veřejného zájmu je třeba vnímat především s ohledem na přímý předmět těchto norem. V tomto smyslu je třeba k jejich identifikaci provést dvě roviny jejich klasifikace: nejenom podle *předmětu*, ale i podle *adresáta*.

Co se týče adresátů, obecně se dají tyto normy rozdělit do dvou oblastí: oblast zájmu veřejného a zájmu soukromého. Do první oblasti zařazuje Vischer regulaci a kontrolu trhu a národní ekonomiky (zákony z oblasti soutěže, předpisy o dovozních a vývozních omezeních), ochranu národního zájmu u nemovitého majetku (zákaz nabytí nemovitosti cizinci, ochrana zemědělské půdy), ochranu peněžních zdrojů (zajištění rovnováhy platební bilance), dozor nad trhem s cennými papíry (regulace podmínek převzetí, povinnost sdělovat skutečnosti o nabytí kontrolní účasti), ochranu

životního prostředí nebo pracovní síly (omezení pracovní doby) atd.<sup>177</sup>

Do druhé skupiny by měly být podle Vischera zařazeny normy, které splňují určité požadavky, jako je dominantní zájem na použití s ohledem na všechny okolnosti případu, které zahrnují význam zájmu, blízkost transakce a státu fora a oprávněné očekávání strany, která potřebuje ochranu. Jedná se tedy o normy, které (i) vyjadřují potřebu ochrany určitého zájmu, (ii) mezi tímto zájmem a daným státem je dostatečně blízký vztah, jako je prvek teritoriality, občanství nebo sídla (místa pobytu atd.) a (iii) jsou použity při potřebě ochrany právního postavení strany. Do této skupiny se však řadí spíše smlouvy spotřebitelské a pracovní.

Kroppholler charakterizuje nutně použitelné normy jako normy, (i) jejichž použitím je přinejmenším silně sledována ochrana veřejného zájmu, ne tedy ochrana smluvního partnera, a (ii) které mají vztah k dané zemi určité intenzity. Obě podmínky musí být splněny. Podle Kropphollera<sup>178</sup> je třeba uvažovat o specifikaci dalších předpokladů pro použití těchto norem v jednotlivých oblastech jako o žádoucím kroku. Tyto normy platí třeba pro oblast práva zahraničního obchodu (Kroppholler uvádí jako příklad schválení půjčky od banky v jiné zemi německou Bundesbankou).

Jako nutně použitelné normy se tedy uplatní hlavně normy veřejného práva, a to normy soutěžního, daňového a devizového práva. Jsou rovněž časté v oblasti smluv s předměty duševního vlastnictví, s ohledem na propojenost mezi právem duševního vlastnictví a soutěžním právem. Jedná se přitom o ty normy práva duševního vlastnictví, které přímo regulují soutěž. Dále je možno zdůvodnění pro použití těchto norem nalézt v jejich principu teritoriality ohledně majetkových aspektů duševního vlastnictví.<sup>179</sup> Žádné ze zdůvodnění však neznamená klasifikaci všech norem práva duševního vlastnictví jako nutně použitelných norem. Především se, slovy Francescakis, jedná o normy, které zajišťují ekonomické struktury země.

Jinak plní nutně použitelné normy na mezinárodní úrovni funkci obdobnou kogentním normám v rámci národního práva. V evropském kontextu mají strany větší autonomii než podle čl. 187 amerického Restatementu, který stanoví, že volba práva je povolena, ledaže „(i) zvolený stát nemá podstatný vztah k stranám nebo transakci a není žádný jiný rozumný základ pro volbu stran nebo (ii) použití zvoleného práva státu by bylo v rozporu se základními politickými principy státu, který má při určení jednotlivé otázky větší materiální zájem než stát, jehož právo bylo zvoleno, a který by byl podle pravidla podle čl. 188 státem použitelného práva při absenci efektivní volby práva stranami.“

<sup>177</sup> F. Vischer, *General Course on Private International Law*, 1992, str. 157

<sup>178</sup> J. Kroppholler, *Internationales Privatrecht*, 1997, str. 440 - 442

<sup>179</sup> J. J. Fawcett, P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 1998, str. 583

Naproti tomu čl. 3.3 Římské úmluvy omezuje autonomii, jenom když je situace plně spojena jenom s jednou zemí. Omezení sub (i) tedy evropský kontext nezná. Kromě toho Římská úmluva nevyžaduje „bona fide“ volbu (což např. anglické právo v období před Římskou úmluvou vyžadovalo), bez možnosti prohlášení smlouvy za neplatnou z titulu podvodu. Na druhé straně je tento názor vzhledem k mlčení Římské úmluvy v této otázce někdy zpochybňován. V každém případě nejde jenom o omezení autonomie, ale o korekci výsledků volby práva v případě rozporu se základními politickými principy státu.

### 3.4.2. Identifikace, definice a kritéria použití nutně použitelných norem

Základním problémem těchto norem jsou nepochybně kritéria použití. Častěji totiž nejsou kritéria jako taková formulována (není výslovně určeno použití těchto norem bez ohledu na kolizní normy). Je tedy nutné, s ohledem na základní princip účelu nutně použitelných norem v rámci kolizního práva, provést jejich identifikaci výkladem; jedná se tedy o funkční přístup určení. Jak již bylo uvedeno, nutně použitelné normy plní na mezinárodní úrovni funkci obdobnou kogentním normám v rámci národního práva.

Při absenci úpravy v ZMPS je podle M. Pauknerové otázka identifikace těchto norem v podstatě také otázkou rozlišení těchto „kogentních norem veřejnoprávních“ od „kogentních norem soukromoprávních“.<sup>180</sup> Nicméně taková terminologie není zdá se vhodná, neboť, jak autorka sama správně poznamenává,<sup>181</sup> diferenciaci norem na veřejnoprávní a soukromoprávní se nekryje s rozlišením „relativně kogentních“ a „absolutně kogentních“ (imperativních, tj. nutně použitelných) norem. Podle Z. Kučery je identifikačním kritériem těchto norem zvláštní teritoriální nebo personální vymezení předmětu úpravy. Z tohoto vymezení má plynout povinnost bezpodmínečného použití těchto norem v mezích jejich předmětu, tj. ve zvláštním užším rámci, který nemají obvyklé soukromoprávní normy.<sup>182</sup> Nicméně někdy není ono vymezení předmětu úpravy výslovně uvedeno.

Kritéria použití nutně použitelných norem by mohla teoreticky dát definice. Co se týče provedených pokusů v tomto směru, je zmiňováno „zajištění politické, ekonomické nebo sociální organizace země“, funkce „sociálního garanta“ ze strany těchto norem nebo „podpora ekonomických či sociálních cílů státu“. Tyto definice mohou nicméně vylučovat normy, které kupříkladu chrání slabší strany, jako např. investory, nájemce, obchodní zástupce atd. Funkční přístup si vyžaduje posouzení případ od případu, ne

<sup>180</sup> Jak tyto pojmy použila M. Pauknerová, K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, Právní praxe v podnikání, 12/94, str. 26

<sup>181</sup> M. Pauknerová, K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, Právní praxe v podnikání, 12/94, str. 28

<sup>182</sup> Z. Kučera, Mezinárodní právo soukromé, str. 225 - 226

definice.<sup>183</sup>

Při identifikaci těchto norem se nabízí příklad rozhodovací praxe Evropského soudního dvora a vytvoření tzv. „rule of reason“, resp. principu proporcionality, kdy je podmínkou použití domácího pravidla nejenom to, že je *nevyhnutelné*, ale rovněž *nejefektivnější* při sledování daného *podstatného zájmu*. Jinak platí *lex causae*. Nicméně ani tento přístup nedává dostatečně určitý návod k identifikaci nutně použitelných norem, a to z důvodu možností zneužití termínů „nevyhnutelné“ a „nejefektivnější“. Není tedy zcela jasné, v čem je tento přístup výrazně komplexnější (lepší) než výše uvedené definice.

Jinak se pokouší o vymezení nutně použitelných norem analýza vládního zájmu. Použití nutně použitelných norem souvisí, alespoň v oblasti *common law*, s teorií analýzy vládního zájmu moderních amerických doktrín. Jedná se o to, že soud určuje záběr nutně použitelných norem, tedy jinak řečeno zájem státu; poté vymezuje rozsah, v němž se má daný právní řád k ochraně zájmu použít. Čistě teritoriální vymezení či přístup zde není dostačující. V některých případech (např. u nemovitostí) bude stačit, nicméně teorie analýzy vládního zájmu se spíše zaměřuje na osoby - občany státu, kde regulace chování není teritoriálně omezena.

V každém případě, pokud není příslušný charakter právních norem jako nutně použitelných norem vyjádřen přímo zákonodárcem, může dojít k uznání tohoto charakteru ze strany soudu. Podle P. Nygha<sup>184</sup> je ale třeba dodržet tyto negativní podmínky jejich použití: (i) nesmí být chráněny osoby, jejichž zájmy stojí mimo přirozený rámec, resp. záběr ochrany, (ii) ochrana se netýká transakcí nemajících vztah k právu fora, (iii) nesmí být chráněny osoby, které to nepožadují (autor má na mysli smlouvy sjednané mezi stranami s přibližně stejnými vyjednávacími pozicemi) a (iv) nemá dojít k zániku nebo změně transakce v rozporu s očekáváním stran v době uzavření smlouvy.

Výše uvedené přístupy by mohly dát určitý návod pro posouzení, zda různé normy např. v rámci OBZ splňují dané předpoklady. Na problematičnost řešení v dané oblasti z pohledu českého práva upozornila v této souvislosti M. Pauknerová, i s poukazem na skutečnost, že v některých právních řádech je obvyklý přísně donucující charakter norem k ochraně slabšího smluvního partnera.<sup>185</sup> Podobně jako Z. Kučera, autorka uvádí i normy z jiných oblastí než z oblasti veřejného práva. Může se jednat o normy obchodního či občanského práva, přičemž tato skutečnost souvisí s výše uvedenou tezí,

<sup>183</sup> A. Bonomi, *Mandatory Rules in Private International Law*, 1999, str. 230

<sup>184</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 210

<sup>185</sup> M. Pauknerová, K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, *Právní praxe v podnikání*, 12/94, str. 28 - 29; rovněž Z. Kučera, *Mezinárodní právo soukromé*, str. 224

že odlišení nutně použitelných norem od tzv. kogentních norem neodpovídá v plné míře dělení na právo soukromé a veřejné.

### 3.4.3. Nutně použitelné normy *lex causae*

Kromě nutně použitelných norem obecně, většinou vnímaných jako nutně použitelné normy *fora*, je nutné zmínit se také o nutně použitelných normách *lex causae*. Režim a podmínky použití těchto norem nejsou ani v ZMPS, ani ve většině národních předpisů upraveny. Z dostupných zdrojů v rámci české právní vědy převládá názor o vhodnosti či možnosti jejich použití, i s argumentem o mezinárodně jednotném řešení jakožto výhodou tohoto přístupu.<sup>186</sup>

Tradiční přístup rozlišuje mezi „kogentními normami v mezinárodním smyslu“ a „jinými kogentními normami“ *lex causae*. Např. ve věci *Kahler v. Midland Bank Ltd* bylo konstatováno, že československé právo týkající se nakládání s devizami a obchody s cennými papíry patří do první skupiny. Jedinou otázkou bylo nalezení rozhodného práva, kterým se ukázalo být právě československé právo. Použití daných nutně použitelných norem nezabránilo ani to, že nepřímý předmět sporu - akcie, se nacházely v Londýně, a účastník sporu, fyzická osoba (*Kahler*), pobývala v době sporu na území USA. Podobný přístup volily i francouzské soudy.

Jinak byla tato otázka posuzována především v Německu, kdy bylo odmítnuto použití nutně použitelných norem bývalé NDR mimo její území. V současné době se tento přístup teritoriálního omezení projevuje i v oblasti *common law*, s výjimkou ztělesněnou ve výše uvedeném případě. Uvádí se omezení nutně použitelných norem *lex causae* na jejich použití podle principu „*public policy*“, avšak tam, kde se jedná o ochranu soukromého zájmu, ztrácí podle P. Nygha<sup>187</sup> tento argument jakoukoli váhu. Jiný názor, prosazovaný Kropphollerem, zní, že nutně použitelné normy *lex causae* by měly být posuzovány stejně jako nutně použitelné normy třetích států. V režimu Římské úmluvy by to znamenalo pro nutně použitelné normy *lex causae* použití podle čl. 7.1. (se zvýšenou možností jejich nepoužití).

V této souvislosti je třeba se zmínit o Boggianově teorii hmotné autonomie,<sup>188</sup> tj. vyloučení domácích nutně použitelných norem jejich podřízením vhodnému právu (*proper law*). Pokud strany mohou tímto způsobem omezit domácí nutně použitelné normy, měly by mít možnost rovněž vyloučit použití „mezinárodních“ nutně

<sup>186</sup> N. Rozehnalová, *Rozhodčí řízení v obchodním styku*, ASPI Publishing, 2002; M. Pauknerová, K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, *Právní praxe v podnikání*, 12/94, str. 28 - 29

<sup>187</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 214

<sup>188</sup> A. Boggiano, *International Standard Contracts: The Price of Fairness*, 1991, kapitola III

použitelných norem. V takovém případě by, pokud tento přístup aplikujeme na konkrétní výše uvedený případ, došlo k vyloučení československého právního řádu a použití anglického práva. Československé právo by bývalo muselo být posuzováno jakožto nutně použitelné normy práva třetího státu.

Krajním postojem ve směru, jímž se ve jménu maximalizace smluvní svobody vydávají Kroppholler a Boggiano, je názor, že strany by neměly být vázány jinými nutně použitelnými normami než těmito normami fora. Tehdy by byly strany, v případě, že by jinak měly být zohledněny nutně použitelné normy práva třetího státu, ovlivněny jenom nutně použitelnými normami fora.

#### 3.4.4. Nutně použitelné normy třetího státu obecně

U těchto norem se nejedná o jejich bezprostřední prosazení se, nýbrž o *zohlednění* jejich soukromoprávních účinků při prověřování nároků.<sup>189</sup> Teorie smluvního statutu je pokládá za normy, na které se vztahuje smluvněprávní odkaz (jedná se o tzv. jednotné navázání - „Einheitsanknüpfung“). Pokud nejsou v rozporu s domácím veřejným pořádkem, mají se použít v souladu s použitím daného práva na smlouvu. Tato teorie nečiní rozdíl mezi různými možnými důvody použití těchto norem, tedy zda jako rozhodné právo nebo jako nutně použitelné normy.

Smysl však má takový rozdíl v tom, že pokud u nutně použitelných norem fora dochází k vyloučení daných norem rozhodného práva podle kolizněprávních hledisek, mělo by stejné platit pro zahraniční nutně použitelné normy.<sup>190</sup> Materiálněprávní zohlednění těchto norem většinou sledují německé soudy, když v rámci smluvního statutu podle německého práva zohledňují zahraniční normy. Otázkou je, zda by tak činily i v případě, že bude smluvním statutem zahraniční právo.

Často se jedná o nutné uplatnění těchto norem k ochraně dobrých mravů v obchodních vztazích, při respektování např. kulturní hodnoty jiného státu (byly použity hlavně v případě amerického embarga a nigerijských kulturních hodnot. V tomto případě se *de facto* jedná o ochranu kulturního dědictví lidstva, nejenom tedy o národní zájem). Dále sem patří případy obcházení embarga, s podobnou charakteristikou jako v předchozím případě. V širším smyslu spadá tato otázka do oblasti tzv. zdvořilosti v mezinárodních vztazích. Často se jedná o pravidla chráněna mezinárodními úmluvami, i když v konkrétním případě nejsou pro daný stát závazná.

<sup>189</sup> J. Kroppholler, Internationales Privatrecht, 1997, str. 444

<sup>190</sup> J. Kroppholler, Internationales Privatrecht, 1997, str. 444



Česká právní věda připouští použití těchto norem formou zohlednění. Zajímavá je analýza N. Rozehnalové, podle které bývá při posuzování těchto norem činěn rozdíl v zacházení s právem veřejným a soukromým: v prvním případě s ním bývá zacházeno jako se skutečností namítnutou a dokazovanou stranou, ve druhém případě není činěn rozdíl mezi tuzemským a cizím právem.<sup>191</sup> Daný přístup k cizím veřejnoprávním normám jako k *factum* připomíná postoj anglických soudů k cizímu právu obecně. Jinak česká doktrína podle autorky nerozlišuje mezi rozhodování před arbitry a před obecnými soudy a k daným normám „international ordre public“ přihlíží.

Bez ohledu na to, o jaký typ normy se jedná, převažuje názor, že by měly být vždy jenom *zohledněny*. Totéž platí u porušení zákonného zákazu třetího státu nebo v případě překážek v poskytnutí plnění, které by případně podle cizího práva vedly až k zániku smlouvy nebo odpadnutí účelu smlouvy. Kogentní normy třetího státu obecně mají být zohledněny, když právo místa poskytnutí plnění zcela nebo částečně toto plnění zakazuje a rozhodné právo nenabízí náhradní plnění jinde. Právo zde chrání rozumná očekávání plnit podle smlouvy, když právo fora pokládá porušování práva cizího státu za nemorální, což může být případně zdůrazněno prvkem mezinárodního konsensu.

#### 3.4.4.1. Kriteria použití nutně použitelných norem třetího státu

Minimalistický přístup zohledňuje nutně použitelné normy podle hmotného *lex causae* (např. zákaz dovozu podle cizího nutně použitelného práva) jako *factum*; jejich efekt je tedy plně závislý na stanovisku *lex causae*. Dál pokročily mezinárodní konvence a některé právní řády, které dospěly za rámec tradiční dichotomie mezi *lex causae* a *lex fori*. Základem jejich použití je nejenom zájem cizího státu, ale také zájem fora s ohledem na reciprocitu, spolupráci, ale také zdvořilost vycházející ze sdílených hodnot.

Poslední z důvodů použití těchto norem A. Bonomi popírá s argumentem, že se jedná jenom o soudní aplikaci zásady *comity*.<sup>192</sup> Nicméně pokud je mezinárodní zdvořilost vyjádřena v zákonech, tak má stejnou relevanci jako jiné důvody. Jedná se o zdvořilost v kontinentálním právu v rovině zákonodárné, ne soudní, navíc „*comity*“ v anglo-americké literatuře je založena právě soudními rozhodnutími,<sup>193</sup> jejichž role při tvorbě práva znamená zdůraznění právního, ne politického rozměru mezinárodní zdvořilosti.

Především s ohledem na otázku reciprocit je tedy základem *jednotnost rozhodování* jako ideál, ke kterému uznání cizího práva směřuje. Jeho podstatnou črtou je pozitivní očekávání uznání svého práva v případě řešení sporu na území cizího státu. Tato idea je

<sup>191</sup> N. Rozehnalová, *Rozhodčí řízení v obchodním styku*, ASPI Publishing, 2002

<sup>192</sup> A. Bonomi, *Mandatory Rules in Private International Law*, 1999, str. 232

<sup>193</sup> Jako příklad je uváděn *Regazzoni v. KC Sethia* (1957)

kromě jiného vyjádřena i v mezinárodních normách procesních o uznání a výkonu cizích rozhodnutí (např. Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů z roku 1958) coby výraz uznání relevance cizího hmotného práva. V evropském kontextu, při neexistenci jednotného hmotného práva, nýbrž unifikovaných kolizních norem, je dosažení harmonie v rozhodování nevyhnutelné pro naplnění ideje jednotného trhu (a povinnosti spolupráce podle čl. 5 základního instrumentu komunitárního práva, tj. Římské smlouvy).

Idea rozhodovací harmonie má význam i v kontextu celosvětovém (např. čl. 1.4 Principů mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT).<sup>194</sup> Koexistence globalizace a regionalizace dále podporuje mezinárodní instrumenty uznávání cizích rozhodnutí a unifikaci kolizních norem (s ohledem na skutečnost, že úplná unifikace hmotných norem není reálná). Tento princip je také jistým kompromisem mezi existencí národní regulační autority a potřebou efektivnosti mezinárodní ekonomické spolupráce.

Při otázce kritérií použití těchto norem A. Bonomi argumentuje hierarchií zájmů stanovených zákonodárcem a vyslovuje se pro *zohlednění* nutně použitelných norem tam, kde je kolizní norma inspirována ideou „blízkosti“ jako výsledek kompromisu a vyvážení různých zájmů. Obdobné platí, pokud je použitelné právo určeno stranami. Dále se autor přimlouvá za to, aby použití příslušné normy mimo území daného cizího státu nebylo přemrštěné či nadbytečné, a to tak, že nabízí při neexistenci uspokojivého řešení ze strany mezinárodního práva hledání obdobné normy nutně použitelného práva fora se stejným spojujícím faktorem. Pokud není domácí ekvivalent nebo stejný spojující faktor nalezen, druhým krokem je posouzení podle kritérií komparativního práva - pokud domnělý prostorový dosah cizího nutně použitelného práva odpovídá široce uznanému komparativnímu standardu, nejde o nadměrně zasahující pravidlo.

Při absenci úpravy v ZMPS připouští česká doktrína použití těchto norem formou *zohlednění*, především s ohledem na možnosti vynutitelnosti, při posouzení míry blízkosti vztahu a za podmínky souladu s veřejným pořádkem. *Zohlednění* daných norem je nicméně vhodné právě s ohledem na potřebu recipročního postoje vyjádřeného v cizích rozhodnutích a legitimní očekávání v tomto smyslu. Rozhodující je tedy vzájemnost (pojem obsažený v ZMPS) a potřeba praktického uznání rozhodnutí.

Jako podmínky použití (ne tedy speciálně „*zohlednění*“) Z. Kučera specifikuje (i) soulad s veřejným pořádkem; (ii) bezrozpornost s tuzemskou normou téže povahy; (iii) a) pokud se jedná o normu *lex causae*, použije se, b) pokud jde o normu třetího státu, závisí na stanovisku *lex causae*, které však pro účely *použití* normy třetího státu může

---

<sup>194</sup> „Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law “

být překonáno dostatečně významným, intenzivním vztahem třetího státu.<sup>195</sup> Dá se říct, že základní zásady přístupu české vědy plně odpovídají požadavkům rozvoje mezinárodní obchodní výměny a spolupráce.

Konečné stanovisko nicméně vždy zaujímá soud. Soudní uvážení by v návaznosti na výše uvedené přístupy mělo být založeno na posouzení hodnot různých zájmů a jejich vyvážení. V evropském kontextu může výjimečně zájem fora, zájem evropské integrace (např. volný pohyb zboží) nebo zájem na spravedlivém rozhodnutí použití cizí normy vyloučit. Ve vztahu ke státům mimo Evropskou unii, kde je uniformita rozhodnutí méně významná, je její potřeba relativizována pravděpodobností, s jakou může dojít k reálnému konfliktu mezi rozhodnutím fora a cizí normou. Může také záležet na objektivním a subjektivním postoji strany k příslušné cizí normě s ohledem na (ne)spravedlnost případného rozhodnutí zohledňujícího danou cizí normu. V každém případě i zde hrají podstatnou roli sdílené hodnoty a zájmy.<sup>196</sup>

Pokud jde o reálnou akceptaci cizích nutně použitelných norem, navzdory výhradě, kterou Německo učinilo vůči čl. 7.1 Římské úmluvy, je myšlenka použití těchto norem některými autory připouštěna. V Itálii je dokonce argumentováno pro možnost aplikace čl. 7.1 cestou analogie na věci Římskou úmluvou neupravené. Obecně se v evropském kontextu prosazuje kolizněprávní navázání. Jádrem navázání je kritérium úzkého vztahu ke skutkové podstatě věci. Odpověď na to, zda je dán úzký vztah, mohou dát předpisy o použití v odpovídajících nutně použitelných normách a již zmiňované sdílené zájmy a hodnoty.

Římská úmluva upravuje režim daných nutně použitelných norem v čl. 7.1, kde jsou stanoveny podmínky použití těchto norem, a to úzký vztah situace a země, charakter a účel norem, a důsledky jejich použití nebo nepoužití. K tomu je možno dodat, že úzký vztah nemusí být nejužším vztahem, může tedy existovat několik použitelných právních řádů a ani jeden z nich nemusí být tzv. vhodným právem. Obdobný princip obsahuje čl. 16 Haagské úmluvy o právu použitelném na zastoupení z roku 1978. Meziamerická úmluva stanoví v čl. 11.2, že „...je na lex fori rozhodnout, kdy použije kogentní ustanovení práva jiného státu, se kterým má smlouva úzký vztah.“

Dále je třeba upozornit na Brettonwoodskou dohodu o založení MMF ve vztahu k právním předpisům členských států Dohody o devizové kontrole, resp. její dopad na smlouvy porušující tyto předpisy. Pokud dojde k uzavření devizové smlouvy („exchange contract“ ve smyslu peněžní dohody v různých měnách) zahrnující měnu dané země, přičemž dochází k porušení příslušných devizových předpisů této země,

<sup>195</sup> Z. Kučera, Mezinárodní právo soukromé, str. 230 - 231

<sup>196</sup> Podle A. Bonomi, Mandatory Rules in Private International Law, 1999, str. 234

jsou tyto smlouvy podle čl. VIII, § 2 (b) Brettonwoodské dohody nevynutitelné na území kteréhokoli jiného členského státu.

V rámci českého právního prostředí upozorňuje např. M. Pauknerová na případ rozhodovaný RS ČSOPK v Praze. Jednalo se o řešení otázky zohlednění nutně použitelných norem maďarského práva, které v daném případě nebylo *lex causae* (samozřejmě ani *lex fori*).<sup>197</sup> Bylo zde konstatováno, že rozhodci *a priori* neodmítají přihlížet k takovým imperativním předpisům cizího státu, jehož právo není pro daný vztah použitelné. Zajímavé je, že při absenci řešení ze strany českého práva vycházeli rozhodci při posuzování otázky přípustnosti těchto norem z komparace jiných právních úprav, přičemž byla velmi kladně hodnocena právě úprava podle Římské úmluvy.

Z hlediska hmotněprávního je možno shrnout, že dané rozhodnutí se staví k otázce zohlednění těchto norem kladně, přičemž je velmi pozitivní, že soud inklinoval k vymezení těchto norem podle Římské úmluvy. Na druhé straně soud hleděl na tyto normy jako na *factum*, jehož obsah musí doložit strana, která se zohlednění těchto norem domáhá. Tyto normy totiž nejsou podle rozhodnutí soudu, ani podle M. Pauknerové, rozhodným právem, u kterého jinak platí povinnost soudu zjistit obsah cizího práva podle § 53 odst. 1 ZMPS. Soud tak konstatoval, že není povinností arbitrá znát cizí nutně použitelné normy; z hlediska procesního bylo tedy (nesplněnou) povinností procesní strany předložit znění daných předpisů.

Co se týče jiných národních právních řádů, čl. 9.1 švýcarského Zákona o mezinárodním právu soukromém stanoví dvě podmínky: legitimní a jasně převažující zájmy a úzký vztah, přičemž čl. 19.2 dává švýcarským soudům instrukci ke správnému posouzení situace. V Basilejských rezolucích Institutu mezinárodního práva je kromě požadavku těsného spojení („close link“) uvedena i podmínka, že ustanovení práva třetího státu sledují „cíl všeobecně přijímán mezinárodním společenstvím.“

Pokud jde o americké stanovisko, Druhý Restatement v čl. 187 (2)(b) stanoví poněkud jiný princip než Římská úmluva, když podmiňuje použití cizího norem vyjadřujících „fundamental policy of a state“ (tedy nutně použitelných norem) materiálně větším zájmem než zájem státu zvoleného práva, přičemž však současně platí, že právo tohoto třetího státu by bylo použitelným právem v případě neučinění volby práva stranami. Úzký vztah se nevyžaduje. Formulace druhé podmínky Restatementu obsahuje ve svém

---

<sup>197</sup> M. Pauknerová, Tzv. nutně použitelné normy před Rozhodčím soudem při HK ČR a AK ČR, Právní praxe v podnikání, 7 - 8, 1996

důsledku princip v mnohém podobný „comparative impairment rule“ přítomnému v právu Louisiany.<sup>198</sup>

Avšak kupříkladu australské soudy mají tendenci i za těchto okolností použití práva třetího státu odmítat. Anglické soudy neodmítají zcela *zohlednění* práva třetího státu, ale toto zohlednění má pouze podobu zneplatnění části nebo celé smlouvy a hlavně, o takovémto použití práva třetího státu rozhoduje hmotněprávní ustanovení anglického práva, ne kolizní norma.<sup>199</sup> Anglické právo tak stojí na stanovisku, že v těchto situacích aplikuje svoje právo a zohledňuje přitom právní řád třetího státu. Jinak anglické soudy uznávají i předpisy států, které nejsou členskými státy výše uvedené Brettonwoodské dohody v tom smyslu, že nedojde k vynucení smlouvy úmyslně zaměřené na porušení daných předpisů. Tento princip tedy umožňuje použití nutně použitelných norem jiného státu bez ohledu na rozhodné právo.

Při použití cizích nutně použitelných norem mají svůj význam rovněž normy o vyvlastnění soukromého majetku (na základě nacionalizace, konfiskace anebo zabavení v situaci nouze), s ohledem na následné smluvní vztahy, jejichž nepřímým předmětem je právě vyvlastněný majetek. Např. anglické právo uznává cizí vládní dekrety, pokud se týkají majetku na území daného státu. To znamená, že platnost následních smluv o prodeji zabaveného majetku třetí osobě je uznána, resp. právní režim těchto smluv není dotčen.<sup>200</sup> Pochybnosti mohou vzniknout, pokud dojde k vyvlastnění zahraničního investora, resp. investice. Nabízí se argument, že se může jednat o porušení mezinárodního práva (tedy smluv o ochraně a podpoře investic) a platnost smlouvy může být odepřena.<sup>201</sup>

Výjimkou je v každém případě situace extraterritoriálních efektů dekretů nebo jejich diskriminačního charakteru (je uznávána relevance mezinárodního práva) či v případě, že se jedná o dekrety v souvislosti s použitím norem trestního práva („penal law“). Nicméně doktrína o popření uznání smlouvy vycházející z dekretu, který nerespektoval pravidla mezinárodního práva veřejného o vyvlastnění a kompenzaci (např. neadekvátní kompenzace), zdá se neexistuje. Např. ve věci *Luther v. Sagor* nedošlo k žádné kompenzaci, přesto byl dekret *de facto* uznán.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> Lousianský zákoník mezinárodního obchodu z roku 1991, čl. 3537: „an issue of conventional obligation is governed by the law of the state (*tím je myšlena i jiná země*) whose policies would be most impaired if its law were not applied to that issue“

<sup>199</sup> *Ralli Bros v. Cia Naviera Sota y Aznar*, 1920, nebo *Regazzoni v. KC Sethia*, 1958, resp. případ *Nigerian Artifacts* před německým Spolkovým soudem, 1972

<sup>200</sup> Případ *Luther v. Sagor*, 1921; obdobně se k otázce staví např. Z. Kučera, viz *Mezinárodní právo soukromé*, str. 235 *et seq.*

<sup>201</sup> Prosazováno *Campbell v. J. ve věci The Rose Mary*, 1953, popřeno *Upjohn v. J. ve věci Helbert Wagg and Co. v. Ltd's Claim*, 1956

<sup>202</sup> J. Morris, D. McLean, *The Conflict of Laws*, 1993, str. 338-339

Z výše uvedeného celkově plyne, že obecná jednota o podmínkách a principech použití práva třetího státu neexistuje, navzdory podpoře tímto směrem.

#### **3.4.4.2. Nutně použitelné normy třetího státu a arbitráž**

V zásadě platí, že právo sídla arbitráže určuje rozsah svobody stran zvolit si použitelné právo. Kogentní normy pak určují postavení arbitrážního tribunálu a kolizní normy práva sídla arbitráže určují i rozsah případné použitelnosti nutně použitelných norem třetích států. Na druhé straně ale rostoucí míra uznání principu nenárodní (či nadnárodní) arbitráže (v zásadě pod záštitou mezinárodní organizace), která za výchozí bod nepokládá národní právní řád, ovlivňuje i moderní zákony v oblasti arbitrážního řízení. V těchto pravidlech je uznáván princip naznačený již ve Vzorovém zákoně UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži z roku 1985 a v arbitrážních pravidlech Mezinárodní obchodní komory.<sup>203</sup> Tato ustanovení určují, že výchozím bodem v tomto smyslu není právo místa konání arbitráže, ale volba stran, resp. určení ze strany rozhodčího tribunálu.<sup>204</sup>

Vliv tohoto principu odpoutání se od národního právního řádu se projevuje porůznu; třeba podle švýcarského Zákona o mezinárodním právu soukromém „strany, které nemají žádné spojení bydliště, obvyklého pobytu nebo provozu podnikatelské činnosti se Švýcarskem, mohou výslovnou dohodou vyloučit jakýkoli odkaz ('recourse') na soudní orgán.“ Podobný princip obsahuje také belgické právo.<sup>205</sup> V případě nutně použitelných norem těsně spojených se smlouvou je (podle Landa) dosahován princip mezinárodní solidarity obsažený v čl. 7.1 Římské úmluvy. Tento princip má implikovat myšlenku „mezinárodního kolizního pravidla, které může za určitých okolností nařídít, aby byly aplikovány nutně použitelné normy státu s blízkým vztahem.“<sup>206</sup>

#### **3.4.5. Výhrada veřejného pořádku, vztah nutně použitelných norem k výhradě veřejného pořádku**

Veřejný pořádek má podle Vischera primárně negativní charakter v tom smyslu, že „forum odmítá použít jinak použitelné právo, protože je v rozporu základními sociálními nebo právními koncepty fora.“<sup>207</sup> Hlavním rozdílem mezi výhradou veřejného pořádku a nutně použitelnými normami je retrospektivní charakter výhrady

<sup>203</sup> Čl. 13.3

<sup>204</sup> „...conflict of laws rules which it considers applicable“ - čl. 28.2 Vzorového zákona, ale obdobné ustanovení obsahuje např. i § 46(3) anglického Arbitration Act z roku 1966

<sup>205</sup> Čl. 192 švýcarského předpisu: „parties who have no connection of domicile, habitual residence or business establishment with Switzerland may by express agreement exclude any recourse to a judicial tribunal, resp. čl. 1717.4 belgického Judicial Law

<sup>206</sup> O. Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 1985, str. 747 - 767

<sup>207</sup> F. Vischer, *General Course on Private International Law*, 1992, str. 165

veřejného pořádku na rozdíl od perspektivního charakteru použití nutně použitelných norem. Výhrada veřejného pořádku je jenom obranným opatřením proti určitým efektům (důsledkům) použití daného rozhodného práva, je tedy v určitém smyslu uplatňována *a posteriori*, po určení práva.

Podle A. Bonomiho je skutečným rozdílem mezi výhradou veřejného pořádku a nutně použitelnými normami jejich přímá použitelnost, která u výhrady veřejného pořádku není typická či dokonce vždy nevyhnutná.<sup>208</sup> Spíše je však pro výhradu veřejného pořádku typická *výjimečnost* ve spojení s *bezvýhradností jejího použití* v daném případě, obojí podloženo hodnotícím rozsahem výhrady veřejného pořádku omezeným pouze na *účinky* cizího práva. Tento přístup tedy určuje použitelnost výhrady pro *konkrétní* případ. Není tím narušen princip, že výhrada veřejného pořádku je logicky obecnějšího rázu, zatímco nutně použitelné normy se typicky vztahují k více konkrétním otázkám. Pro použití výhrady podle § 36 ZMPS Z. Kučera zdůrazňuje roli intenzity vztahu k tuzemsku.<sup>209</sup>

Výhrada veřejného pořádku nemá v rámci závazkových právních vztahů založených na autonomii postavení stran příliš velký význam. Je však možno se zmínit o některých názorech, že v rámci veřejného pořádku existují jednak normy absolutně použitelné, jednak normy použitelné v daném případě.<sup>210</sup> Podstatou použití výhrady veřejného pořádku je v každém případě posouzení výsledků působení cizího práva v *konkrétním* případě, ne jako *abstraktního* celku. Na druhé straně, předpokladem je posouzení cizího práva jako celku, ve všech souvislostech. Základním kritériem by měl být požadavek spravedlnosti z pohledu práva fora.

Uplatnění výhrady předpokládá (i) nespornost případu, u něhož není pochyb o hrozícím zásahu do veřejného pořádku, nezávisle na libovůli soudců, (ii) kde jsou ohroženy základní principy dobrých mravů a pevně zakořeněné tradice veřejného blaha.<sup>211</sup> Efektem je potom odmítnutí použití práva; proto hovoříme o *výhradě* veřejného pořádku, o retrospektivním použití dané normy, na rozdíl od použití nutně použitelných norem, které mají perspektivní charakter. Odmítány tak mohou být *účinky* některých právních úkonů, jako např. smlouvy uzavřené pod nátlakem nebo v tísní, resp. smlouvy o obchodech s nepřátelským státem či naopak smlouvy porušující zákony spřátelené země.

Ze zkušenosti v oblasti devizového práva plyne, že cizí právo může být uznáno, ovšem

<sup>208</sup> A. Bonomi, *Mandatory Rules in Private International Law*, 1999, str. 229

<sup>209</sup> Z. Kučera, *Mezinárodní právo soukromé*, str. 186. Autor rovněž specifikuje podmínky použití cizího veřejného pořádku, a to jako součásti cizího práva, tj. použitého tak, jak by se jej použilo v daném cizím státě. Rozhodně ale nemůže být s poukazem na cizí veřejný pořádek odmítnuto použití vlastního práva x

<sup>210</sup> A. Briggs, *The Conflict of Laws*, 2002, str. 44 - 47

<sup>211</sup> Podle Loucks v. Standard Oil Co., 1998,

ne pokud se tyto předpisy stanou nástrojem diskriminace či útlaču.<sup>212</sup> Samotná retroaktivita zákona není jednoznačně důvodem pro odmítnutí. Anglické soudy rovněž nebudou vynucovat smlouvy vyžadující porušení cizích tzv. „revenue laws“, tedy zákonů z oblasti finančního práva vyžadujících nesmluvní platby peněz státu nebo jeho orgánům, jako daň z příjmu, cla, místní poplatky, povinné pojištění apod. Totéž platí pro normy v oblasti trestního práva. Dále podle Zákona o ochraně obchodních zájmů (The Protection of Trading Interest Act z roku 1980) se určitá ustanovení rozhodného práva nepoužijí z titulu ochrany suverenity, bezpečnosti Velké Británie, ale i z důvodu ochrany obchodních zájmů. Zákon tak může způsobit nepoužití cizích norem, které by mohly poškodit obchodní zájmy Velké Británie.

Pokud jde o termín „mezinárodní veřejný pořádek“ („international public policy“), ten se někdy uvádí jako důvod pro nepřipuštění výkonu rozhodnutí, pokud je s ním smlouva v rozporu. Jako případy se uvádí otroctví, rasová či církevní diskriminace a diskriminace pohlaví, vražda, únos, pirátství nebo terorismus. V zásadě je veřejný pořádek dáván do souladu s obsahem deklarace lidských práv, základních zásad slušnosti a bona fides, a potvrzuje tak určitá pravidla a praktiky obsažené v důležitých a široce akceptovaných unifikovaných normách a mezinárodních zvyklostech.<sup>213</sup> I s ohledem na napětí v mezinárodních vztazích, především ve vztazích sever-jih, má i pro oblast mezinárodní obchodní výměny mezinárodní veřejný pořádek určitý význam.

#### 3.4.6. Závěr

Použití nutně použitelných norem by mělo vždy respektovat autonomii stran a veřejný pořádek fora. Existuje konsensus o použití mezinárodních kogentních norem fora, méně již o normách lex causae, které hájí zájem státu, jehož právním řádem se smlouva řídí. Pokud jde o nutně použitelné normy třetího státu, zde není žádný konsensus (viz výhrady vůči čl. 7.1 Římské úmluvy), i když existuje rostoucí podpora pro jejich zohlednění při použití rozhodného práva nebo veřejného pořádku fora. V případě arbitráže nadnárodního charakteru nejsou v podstatě dány žádné nutně použitelné normy, kterými by byly arbitrážní soudy vázány, měly by ale rozhodovat v rámci všeobecných principů veřejného pořádku a rovněž zohlednit nutně použitelné normy státu, kde je nebo bude požadován výkon rozhodnutí.

<sup>212</sup> J. Morris, D. McLean, *The Conflict of Laws*, 1993, s odvoláním se na *Helbert Wagg and Co. Ltd.'s Claim*, 1956

<sup>213</sup> J. D. M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978, str. 535



## 4. Lex mercatoria

### 4.1. Úvod

V současné době vzrůstá míra uznání myšlenky, že národní právní řád (resp. mezinárodní smlouvy) nemusí nutně regulovat všechny aspekty smluvního vztahu. Otázkou je ale vztah mezi nevyhnutelnou účastí národních právních řádů a možností stran vyhnout se jim. Francouzská doktrína inkorporace, resp. začlenění vychází z předpokladu, že vůle stran stojí nad národními zákonodárstvími. Pokud si strany zvolí právo některého státu, podle doktríny to neznámá, že se podřizují jeho suverénní moci. Spíše se jedná o začlenění ustanovení do podmínek smlouvy. S tím souvisí již zmiňovaný náhled, že v tomto kontextu strany mohou odmítnout nejenom kogentní ustanovení daného právního řádu, ale i jeho pozdější změny.

Tato doktrína se projevila ve věci *American Trading Co. v. Quebec Steamship Co.* v roce 1910, kde soud, i když se o začlenění (inkorporaci) přímo nezmínil, podpořil svým rozhodnutím postup stran spočívající ve výjimce z kogentních ustanovení zvoleného právního řádu. Ve zdůvodnění se však uvádí, že „pokud ustanovení práva státu New York (*zvoleného práva*) není nadřazeno smluvním ujednáním, ustanovení smlouvy musí mít přednost.“ Nejenom tedy že právo státu New York není skutečným rozhodným právem; mimo vůli stran není žádné rozhodné právo. Tato doktrína byla v roce 1950 tím samým soudem odmítnuta,<sup>214</sup> avšak ne zcela, alespoň v tom ohledu, že se propojenost s právním řádem netýkala některých pozdějších změn zákona (konkrétně se jednalo o hodnotu závazku, resp. plnění). Avšak již v období před přijetím Římské úmluvy se francouzská právní věda a praxe jasně přesunula směrem k teorii lokalizace, tedy k přilnutí k národnímu právnímu řádu.

Zdálo by se tedy, že teorie inkorporace vycházející z myšlenky volně kroužící smluvní autonomie („freely orbiting party autonomy“) je definitivně pohřbena. Již možnost a posléze podmínky a platnost volby práva jsou odvozeny od národního právního řádu, a to od práva fora. I oprávnění či možnost stran odklonit se od kogentních ustanovení národního právního řádu, jak bylo uvedeno ve výše uvedeném rozhodnutí z roku 1950, je dána národním právním řádem, neodvíjí se tedy od vůle stran. Stejně jako existence *lex mercatoria* je odmítána také myšlenka smlouvy, která se spravuje sama sebou a existuje mimo určitý právní řád - tzv. *self regulating contract*.<sup>215</sup>

Bez ohledu na výše uvedené, zůstává skutečností, že smluvní strany mají v každém případě značnou volnost v tom, že se mohou na základě volby několika právních řádů vyhnout kogentním ustanovením národního právního řádu. Tento princip se uplatnil

<sup>214</sup> Ve věci *French State v. The Amsterdam Stock Exchange*

<sup>215</sup> Podrobněji argumentováno v Z. Kučera, *Mezinárodní právo soukromé*, str. 208

právě v rozhodnutí *American Trading Co. v. Quebec Steamship Co.* Předpokladem použití *dépeçage* je samozřejmě skutečnost, že ji dovoluje právo fora. Důležité je, že z praktického hlediska se efekty obou přístupů neliší. V tom případě je ale třeba položit si otázku: pokud je tak jednoduché zbavit se omezení národního právního řádu, musí být autonomie vůle stran skutečně na něm závislá?

#### 4.2. Definice *lex mercatoria*

Odkazy na soubor nenárodních právních principů a norem je možno nalézt v mezinárodních smlouvách. Jsou užívány různé termíny jako „*všeobecné právní zásady*“ (které však tvoří jenom část *lex mercatoria* - viz níže), „*zásady mezinárodního práva*“ (termín užíván jenom v omezené míře), „*zvyklosti mezinárodního obchodu*“ (opět jenom část *lex mercatoria*) apod. Podle autorů *Craiga, Parka a Paulssona*<sup>216</sup> je možné rozdělit pokusy o definici *lex mercatoria* v zásadě do tří skupin: podle první je *lex mercatoria* autonomní právní řád vytvořený spontánně stranami zúčastněnými na mezinárodních obchodních vztazích a existující nezávisle od národních právních řádů.

Podle druhé je *lex mercatoria* souborem pravidel postačujících k rozhodnutí sporu a působících jako alternativa jinak použitelného práva. Podle třetí skupiny definic se nejedná o nic víc než doplněk jinak použitelného práva nahlížený jako pouhá postupná konsolidace zvyklostí a ustálených očekávání v mezinárodním obchodě.

Jeden z nejznámějších protagonistů *lex mercatoria*, *Goldman*, definuje *lex mercatoria* jako soubor všeobecných principů a obvyklých pravidel spontánně vytvořených (nebo na které je spontánně odkazováno) v rámci mezinárodního obchodu, bez odkazu na národní právní řád.<sup>217</sup> Toto pojetí je v souladu s první definicí. Druhá skupina vyjadřuje pragmatické stanovisko tím, že respektuje národní právní řád. Jak říká *Lowenfeld*,<sup>218</sup> takto pojaté *lex mercatoria* představuje jeho prezentaci jako systému, který má ve vztahu k jinak použitelnému právu pozici alternativy. Tato alternativa, obecně řečeno, zohledňuje na rozdíl od národního právního řádu potřeby a zvyklosti jako důležité aspekty smluvního vztahu s mezinárodním prvkem. V rámci třetí názorové skupiny není samozřejmě odmítána existence a oprávněnost použití zvyklostí, ale podmiňuje jejich použití národním právním řádem, jehož jsou podle této teorie tyto zvyklosti součástí.

Rozdíly mezi definicemi druhé a třetí názorové skupiny jsou malé. Obě uznávají nutnou použitelnost národních norem kogentních v mezinárodním smyslu. Třetí skupina nicméně stupeň podřízenosti národnímu právnímu řádu klade do té polohy, že jakékoli pravidlo z oblasti mezinárodních zvyklostí je začleněno do smlouvy s výhradou

<sup>216</sup> W. L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce*, 1990, para 35.1

<sup>217</sup> B. Goldman, *The Applicable Law: General Principles of Law - The Lex Mercatoria*, 1987, str. 116

<sup>218</sup> A. F. Lowenfeld, *Lex Mercatoria: an Arbitrator's view, Lex Mercatoria and Arbitration*, 1990, str. 50

kteréhokoli jiného určení jinak použitelného práva,<sup>219</sup> které tak má přednost.

V rámci české právní vědy rozlišuje N. Rozehnalová<sup>220</sup> z pohledu možností aplikace rovněž tři přístupy: (i) přednostní aplikace lex mercatoria bez jakékoli opory v pozitivním státním právu; (ii) aplikaci rovnocennou s aplikací národního práva; tato možnost má dvě subvarianty, a to 1) volbu stran či určení ze strany rozhodců v případě neučinění volby nebo 2) pouze volbou stran; a konečně (iii) subsidiární aplikaci, tj. použití v mezích daných kogentními normami práva určeného kolizní normou nebo jinak.

### 4.3. Charakteristika a nároky kladené na obsah

Obecně panuje shoda o vlastnostech, které by lex mercatoria, pokud má být uznáno jako ucelený a funkční soubor použitelných pravidel, mělo mít. Jedná se o tyto znaky:

(i) Autonomie - zde se uvádí oddělenost od historických a doktrinárních zvláštností národního práva<sup>221</sup> a normativní síla nezávislá na národním právu.<sup>222</sup> To samozřejmě, i s ohledem na výše uvedenou druhou a třetí definici, neznamená popření nutně použitelných norem ani kogentních norem fora. Lex mercatoria by mělo být použito za stejných podmínek jako cizí právní řád. Systém není vnímán jako nadnárodní, ale nenárodní právní řád, obsahující mimochodem i principy, které se etablovaly v mezinárodním měřítku logicky na bázi široké míry uznání národními právními řády vycházejí ze srovnání národních práv (element funkční komparace).

(ii) Dostatečný obsah k rozhodnutí sporu - lex mercatoria tedy musí mít vlastnosti systému, který zodpoví na otázky nezodpovězené smlouvou, kromě jiného tedy vyplňuje mezery právní úpravy (je „gap-filling“ systémem). Je ale třeba zohlednit, že to neznamená kladení stejných nároků jako na kompletní právní systém. V případě některých otázek (věcná práva a jiné incidenční otázky) se ani neočekává, že budou zodpovězeny. Navíc z hlediska úplnosti a určitosti obsahu lex mercatoria nemusí být systémem univerzálně přijatým ani univerzálně působícím ve smyslu jeho bezvýjimečného používání subjekty *všech* států.

(iii) Systém souboru norem - tento soubor norem musí vykazovat normativní a regulační znaky systému, jinak by se jednalo jenom o rozhodování podle amiable

<sup>219</sup> W. L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, International Chamber of Commerce, 1990, str. 618

<sup>220</sup> N. Rozehnalová, Rozhodčí řízení v obchodním styku, ASPI Publishing, 2002. Jinak příkladem subvarianty 1) možnosti (ii) je úprava ve Francii, Švýcarsku a Nizozemí; příkladem subvarianty 2) je úprava v Německu a Itálii

<sup>221</sup> C. M. Schmitthof, The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation, 1964, str. 148

<sup>222</sup> M. Mustill, The New Lex Mercatoria: The First twenty-five Years, 1987, str. 149 - 151

compositeur.

#### 4.4. Uznání lex mercatoria ze strany národních právních řádů

Uznání ze strany národního práva je rozhodující otázkou existence a legitimacy lex mercatoria. Je možno posuzovat uznání jednak ze strany soudů, jednak ze strany arbitrážních orgánů. V oblasti soudní je odkaz na lex mercatoria poměrně vzácný.

##### 4.4.1. Uznání ze strany soudu

V této oblasti je možno uvažovat především o volbě lex mercatoria obecně. V Římské úmluvě není v čl. 3.1 jednoznačně stanoveno, že se musí jednat o výběr národního právního řádu. Pravdou je, že pokud k volbě práva nedojde, uplatní se podle čl. 4 některý národní právní řád. Vysvětlení nedává ani zpráva Giuliana a Lagardea, i když odkazuje na francouzské rozhodnutí *American Trading v. Quebec Steamship Co.* a belgické rozhodnutí v případě *SA Antwerpian v. Město Antverpy*, které je možno považovat za rozhodnutí podporující myšlenku smlouvy řídicí se nenárodním právním řádem. Ovšem o pozdějším negativním stanovisku Lagardea k této věci již byla řeč.

Známý kritik lex mercatoria Lagarde se jednoznačně vyjádřil v tom smyslu, že čl. 3.1 zakazuje volbu nenárodního („non-national“) práva. Toto stanovisko je podpořeno i jinými autoritami. I oponenti lex mercatoria nicméně uznávají možnost zvolit si zvyklosti mezinárodního obchodu jako pravidla použitelná na smlouvu. Nicméně nepovažují taková pravidla za součást non-national law, nýbrž za soubor pravidel, který se uznáním ze strany soudů stal součástí použitelného národního práva.

Do jisté míry obdobný přístup jako Římská úmluva zaujímá i Meziamerická úmluva, přičemž v čl. 9 stanoví, že v případě nečinění volby práva je rozhodným právem právní řád *statu* s nejužším spojením („tie“). Přitom podle čl. 9.2 při určování rozhodného práva „...soud zohlední všeobecné principy práva mezinárodního obchodu uznaného mezinárodními organizacemi.“<sup>223</sup> Článek 10 potom v zájmu požadavků na spravedlnost a ekvitu odkazuje na tradiční zdroje (prameny) lex mercatoria jako na dodatečný zdroj použitelného práva. P. Nygh považuje čl. 9.2 za matoucí a ptá se, jak může podle tohoto ustanovení národní právní řád najít vhodný hmotný soubor norem.<sup>224</sup> Je rovněž významné, že dané ustanovení užívá termín „zohlednit“, ne „použít“.

V každém případě čl. 10 umožňuje určitý způsob aplikace lex mercatoria, i když si jej strany nezvolily. Bylo by zvláštní, kdyby se tato ustanovení vykládala tak, že strany si nemohou zvolit lex mercatoria, kdežto soud je za jistých okolností může použít. Na

<sup>223</sup> Čl. 9.2, věta druhá

<sup>224</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str. 188

druhé straně je právě takový postoj prosazován v rámci názoru, že pokud je v případě neučinění volby práva použití *lex mercatoria* umožněno tím kterým pravidlem, znamená to *pouze tuto* možnost.

Použití *lex mercatoria* na základě učiněné volby se potom (pokud dané normy tuto možnost explicitně nepopírají ani nepřiznávají) vylučuje. Obecně existuje větší odpor vůči možnosti přímé volby *lex mercatoria* než vůči jeho použití na základě norem toho kterého instrumentu v případě neučinění volby. Jinak s ohledem na čl. 11 Meziamerické úmluvy musí být jakékoli řešení, včetně volby nenárodního práva, podřízeno omezením tohoto článku o použití nutně použitelných norem fora a případně norem státu s nejužším spojením. Úmluva tedy *úplně* vyloučení národního právního řádu neumožňuje.

Jinak možnost svobodné volby práva s alternativou odkazu na právní řád *státu* v případě neučinění volby práva je možno pozorovat v některých právních řádech, jako např. v rakouském a švýcarském Zákonu o mezinárodním právu soukromém<sup>225</sup> nebo v Občanském zákoníku provincie Quebec.<sup>226</sup>

Pokud jde o volbu specifických mezinárodních pravidel, tzv. „transnational rules“, je nutné se zmínit především o Vídeňské úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží z roku 1980. Pokud dojde k volbě Vídeňské úmluvy jako rozhodného souboru pravidel, které nemají žádnou vazbu na členský stát Úmluvy, jsou všechny důvody přiznat takové volbě práva vzhledem k charakteru a obsahu Úmluvy platnost.

V případě Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT („UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“ - PICC) platí, že PICC jako takové nejsou součástí žádné mezinárodní úmluvy. Autoři komentáře k nim zaujímají velmi opatrný postoj, když upozorňují na to, že pouhý odkaz na ně je možno vnímat jen jako začlenění těchto pravidel do obsahu smlouvy, přičemž rozhodné právo je určeno normami mezinárodního práva soukromého. V této souvislosti je obdobný rovněž názor Strikwerdy, že v režimu podle čl. 3 Římské úmluvy je možno odkaz na soubor jednotných pravidel (jako jsou PICC), která nebyla přijata žádným národním právním řádem, pokládat rovněž pouze za začlenění těchto pravidel do obsahu smlouvy.<sup>227</sup>

Soudy převážně odmítají přirozenou snahu kolizního práva transnacionalizovat právní vztah. Rozhodnutí soudu v Grenoblu o použití PICC je v tomto směru výjimečné.<sup>228</sup> V

<sup>225</sup> Čl. 35 - 37 rakouského, resp. čl. 117 švýcarského předpisu

<sup>226</sup> Čl. 3111 a 3112

<sup>227</sup> Strikwerda, *De Overeenkomst in het IPR*, 1995; nicméně rozhodnutí nizozemského Nejvyššího soudu z doby před platností Římské úmluvy podporuje opačné tvrzení o možnosti volby, ne inkorporace do smlouvy - citováno Strikwerdou na str. 84

<sup>228</sup> Pojednáno v M. J. Bonell, *The UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose?*, 14/ 1996, str. 30, 37

každém případě je uznání ze strany soudů mnohem méně pravděpodobné než v případě arbitrážních orgánů, tím víc, pokud se má jednat o možnost použití *lex mercatoria* na základě volby tohoto souboru norem stranami smlouvy. Na druhé straně jsou uváděna i stanoviska uznávající *lex mercatoria* a rozhodnutí, kde došlo k uznání rozhodčího nálezů postaveného na *lex mercatoria*, jako např. *Pabalk Ticare v. Norsolor* (Rakousko), *August Topfer and Co. GmbH v. Fratelli Damiano* (Itálie).<sup>229</sup>

#### 4.4.2. Uznání ze strany arbitrážních orgánů

Jak uvádí N. Rozehnalová, při rozhodování před mezinárodním rozhodčím soudem či arbitry se projevují dva základní přístupy: (i) teritoriální pojetí kopírující situaci řešení sporu před soudem státním plně aplikuje zásadu užívání tuzemských norem mezinárodního práva soukromého a (ii) smluvní přístup s řadou variant a různých přístupů - od ustoupení od výlučné determinace kolizních norem místem rozhodování přes „tvorbu“ navázání samotnými arbitry až k přednostní aplikaci mezinárodních obyčejů. V těchto řešeních se projevují myšlenky o dominanci autonomie vůle stran umocněny typem řízení a mezinárodním prvkem.<sup>230</sup> V každém případě především v rámci činnosti denacionalizovaných rozhodčích soudů je použití *lex mercatoria*, někde dokonce na základě *kolizní* volby, respektováno či přímo garantováno.

J. Hrivnák naproti tomu rozlišuje celkem 5 přístupů rozhodování: (i) podle tuzemských kolizních předpisů, (ii) podle kritéria nejužšího spojení, (iii) podle kolizních pravidel v daném případě (nejvíce) přiměřených, (iv) podle kolizních pravidel v daném případě aplikovatelných, (v) určení hmotného práva přímo, bez použití kolizní normy, naopak někdy s přítomností pravidel *lex mercatoria*.<sup>231</sup> Zde jsou uváděny procesní pravidla (příslušných institucí) v Portugalsku, Nizozemí, Velké Británii, Indii a Švédsku. K tomu autor rovněž uvádí případ, kdy v arbitrážních předpisech kolizní normy chybí - zákon č. 218/ 1996 Sb. o rozhodčím řízení a § 4 řádu RS SOPK v Bratislavě.<sup>232</sup>

Moderní arbitrážní soudy nebo i Vzorový zákon o mezinárodní obchodní arbitráži UNCITRAL<sup>233</sup> (vtělený do německého zákona) umožňují aplikaci „právních pravidel“ místo „práva“, tedy místo národního právního řádu nebo přímo použitelných norem

<sup>229</sup> Podrobněji v N. Rozehnalová, *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*, str. 183 - 186

<sup>230</sup> N. Rozehnalová, *K ustanovením zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů dotýkajících se řešení mezinárodních obchodních sporů*, *Právník* 1995 (ASPI); o uznání *lex mercatoria* v praxi pojednává autorka hlavně v *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*, str. 60 *et seq.*

<sup>231</sup> J. Hrivnák, *Právo použitelné pro smlouvy v mezinárodním obchode - kolizní pravidla*, *Podnikatel a právo*, 7/ 2000, str. 15 - 20

<sup>232</sup> Str. 21 - 22; v dané situaci je podle autora rozhodující znění slovenského ZMPS. Autor uzavírá, že pozice slovenských arbitrů je v daném ohledu stejná jako rozhodců RS při HK ČR a AK ČR s tím, že v českém právním řádu (zák.č. 216/ 1994 Sb. a řád RS při HK ČR a AK ČR) je použití kolizních norem místa arbitráže výslovně uvedeno

<sup>233</sup> Model Law on International Commercial Arbitration, čl. 28 (1) - v případě, že si strany *lex mercatoria* zvolí jako *lex causae*

mezinárodního práva. V případě Vzorového zákona UNCITRAL inspirovaného Evropskou úmluvou o mezinárodní obchodní arbitráži byl přípravný tým zajedno v tom, že termín „rules of law“ podle čl. 28 má být vykládán v širokém smyslu, při zohlednění moderních trendů v mezinárodní arbitráži.<sup>234</sup> Proto někteří autoři aplikaci lex mercatoria skrze toto ustanovení nevykládají.<sup>235</sup> Rovněž v této otázce jde především o to, odlišit možnosti použití „rules of law“, tedy lex mercatoria, v případě (i) učinění volby lex mercatoria ve srovnání s (ii) neučiněním volby. Jak již bylo řečeno, v praxi i teorii je striktněji odmítáno použití lex mercatoria na základě první možnosti, tedy při volbě lex mercatoria, navzdory opačnému přístupu v čl. 28 (1) Vzorového zákona UNCITRAL.

Pokud jde o Evropskou úmluvu o mezinárodní obchodní arbitráži (vyhl. MZV č. 176/1964 Sb.), „strany mají na vůli určit *právo*, kterého mají rozhodci použít pro rozhodování ve věci samé. Neoznačí-li strany použitelné právo, rozhodci použijí práva určeného podle kolizního pravidla, které budou považovat za přiměřené v daném případě. V obou případech budou rozhodci přihlížet k ustanovením smlouvy a k obchodním zvyklostem.“<sup>236</sup>

Toto ustanovení vzbudilo pozornost, neboť možný výklad je ten, že rozhodci sami vyberou kolizní systém, který považují za přiměřený, což je významný prvek odpoutávání se od práva státu, přinejmenším od konkrétního lex fori. V rámci názorů české právní vědy je nicméně uváděno tomuto výkladu odporující rozhodnutí RS ČSOPK, jakož i teoretické názory, podle kterých taková možnost platí jenom tam, kde soukromoprávní vztah nemá žádný poměr k tuzemskému právu, ale jen k zahraničním právním řádům.<sup>237</sup> V mezinárodním srovnání se prosazuje volnější pojetí (např. Lando), i s poukazem na inspiraci daného ustanovení pro jiné instrumenty, jako je Vzorový zákon UNCITRAL.<sup>238</sup>

Významnou oblastí jsou rovněž smlouvy mezi státem a soukromými subjekty. V této souvislosti je nutné upozornit především na Washingtonskou úmluvu o řešení sporů mezi státy a příslušníky jiných států („The International Convention on the Settlement of Investment Disputes“ - ICSID, sděl. FMZV č. 420/1992 Sb.). Tato úmluva (kromě jiných specifik) odkazuje v případě volby práva podle čl. 42.1 na „rules of law“. To sice např. Mustill odmítá pokládat za možnost volby a-national law, ale zdá se být jednoznačné, že odpověď je opačná a úmysl autorů ICSID je s díky („rules of law“

<sup>234</sup> UN Dok. A/CN.9/SR.326, Para. 33

<sup>235</sup> Dále, včetně argumentace ve prospěch tohoto postoje v N. Rozehnalová, Transnacionální právo mezinárodního obchodu, MU Brno, 1994, str. 166

<sup>236</sup> Čl. VII. 1

<sup>237</sup> Rozhodnutí RS ČSOPK ve věci I. proti K., č. 3/ 75, uvedeno v Z. Kučera, Mezinárodní právo soukromé, Brno, 1994, str. 161 *et seq.*

<sup>238</sup> N. Rozehnalová, Transnacionální právo mezinárodního obchodu, MU Brno, 1994, str. 163 - 165

versus „law“) zcela zřejmý.<sup>239</sup> Rozdíl ve formulaci oproti některým jiným instrumentům není možno pokládat za náhodu a je mimo jiné dán specifickými rysy vztahů státních suverénů a investorů.

Pokud jde o rozhodné právo v případě neučinění volby práva, Washingtonská úmluva určuje aplikaci práva státu, včetně jeho kolizních norem, jakož i mezinárodního práva. Přitom podle zprávy doprovázející Úmluvu je třeba termín „mezinárodní právo“ interpretovat všestranně ve smyslu čl. 38 (1)(c) Statutu Mezinárodního soudního dvora. „Aplikace norem mezinárodního práva může zabránit aplikaci takového národního práva, které by s nimi bylo v kolizi. Mezinárodní právo zde působí jako element korigující účinky národního práva.“<sup>240</sup>

Pokud jde spory mezi soukromými subjekty práva, tady byl postoj např. anglického nebo německého práva poměrně negativní. Naproti tomu nový francouzský Občanský zákoník se v čl. 1496(1) pro případ neučinění volby práva zmiňuje o „*regles de droit*“, na rozdíl od „*regles de loi*“. (Některé jiné národní úpravy byly zmíněny v předchozí kap. 4.4.1.) Jak bylo uvedeno, podobně je ve Vzorovém zákonu UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži použit termín „rules of law“.<sup>241</sup>

Neštěstí opět spočívá v anglickém překladu výše uvedeného francouzského textu, který je v obou případech (tedy jak „*droit*“, tak „*loi*“) stejný. Goldman<sup>242</sup> vykládá výše uvedený článek 1496(1) jednoznačně ve prospěch použití *lex mercatoria*. Obdobnou podobu má francouzské znění švýcarského Zákona o mezinárodním právu soukromém.<sup>243</sup> Anglický Zákon o arbitráži z roku 1996 se zmiňuje o „other considerations“,<sup>244</sup> i když je použití daných norem podmíněno dohodou stran (jedná se tedy o volbu souboru norem, ne o možnost soudu použít tento soubor i při neučinění volby).

Nejdál ve směru Washingtonské úmluvy jdou pravidla rozhodčího soudu při WIPO,<sup>245</sup> které hovoří nejenom o právu, ale i o právních pravidlech, což platí jak v případě volby, tak i u určení práva rozhodci, a to s navázáním případně i bez kolizních úvah.<sup>246</sup> Dále je třeba upozornit na Řád Rozhodčího soudu při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži,

<sup>239</sup> Co se týče rozhodnutí podporující toto stanovisko, jsou uváděny: *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh Abu Dhabi*, 1952, ICLQ, str. 247 - 250 - názor soudce lorda Asquitha, dále *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Co.*, 1964, nebo *British Petroleum (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, 1979, *International Law Review* 53, str. 297

<sup>240</sup> N. Rozehnalová, *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*, MU Brno, 1994, str. 180

<sup>241</sup> Čl. 28

<sup>242</sup> B. Goldman, *The applicable Law: General Principles of Law - The Lex Mercatoria*, 1987

<sup>243</sup> Čl. 187.1 Zákona o mezinárodním právu soukromém

<sup>244</sup> Čl. 46(1) (b) Zákona

<sup>245</sup> World Intellectual Property Office

<sup>246</sup> Čl. 59a



kde je odpoutávání se od národních právních úprav zdůrazněno, obdobně jako u předchozích instrumentů, rolí smlouvy a obchodních zvyklostí. Kromě toho, rozhodce opět není vázán kolizními normami fora, ale je podle čl. 13. 3 na něm, jaký *vhodný* systém kolizních norem kterého státu použije.

Jak již bylo řečeno, převažuje názor, že koncepce § 37 ZRR volbu pravidel nestátního původu neumožňuje. V každém případě však srovnání formulace § 37 odst. 1 ZRR: „... rozhodci rozhodují spor podle *práva*, které strany zvolily. Zvoleným *právem* nebo *právním řádem*...“ s odst. 2: „Nezvolí-li si strany hmotné právo podle odstavce 1, užijí rozhodci *právo státu* určené podle tuzemských kolizněprávních předpisů“ vzbuzuje otázky o důvodu rozdílné formulace v těchto ustanoveních.

Znění § 37 vychází ze znění a konstrukce čl. 28 (1) Vzorového zákona UNCITRAL s tím rozdílem, že Vzorový zákon používá pojmy (i) volba „*právních pravidel*“ („rules of law“); (ii) resp. volba „*práva* nebo *právního řádu*“ („law or legal system“); (iii) v případě neučinění volby bude aplikované „*právo*“ („law“ - tím se rozumí právo státu) určené podle použitelných (vhodných) kolizních norem. Již bylo řečeno, že v případě Vzorového zákona se jedná o možnost volby souboru norem nestátního původu.

N. Rozehnalová upozorňuje na jiné srovnání, a to příslušných ustanovení v ZMPS a ZRR, a dovozuje z nich následující: (i) § 9 ZMPS hovoří o „volbě *práva*“ a v případě vyloučení zpětného a dalšího odkazu v odstavci 2 o „*právním řádu*“; ZMPS tedy podle N. Rozehnalové považuje oba termíny za rovnocenné; (ii) § 37 ZRR sice u volby užívá pojem „*právo*“, ale ve druhé větě prvního odstavce je použit termín „*zvolené právo* nebo *právní řád*“; podle autorky toto vyjádření zjevně nedává žádný zvláštní smysl (s pozdější její výhradou viz zde níže) a rozdíl mezi termíny „*právo*“ a „*právní řád*“ z tohoto pohledu není.<sup>247</sup>

I při zohlednění konstrukce Vzorového zákona, resp. srovnání konstrukcí § 9 ZMPS a § 37 ZRR nicméně zůstává otevřená otázka důvodu rozdílů v terminologii odst. 1 a odst. 2 § 37 ZRR. S použitím *argumentatio a contraria* by mohlo být dovozováno, že důvodem použití pojmu „*právo státu*“ ve druhém odstavci je možnost volby pravidel nestátního původu podle odstavce prvního. Především však, a to připouští i N. Rozehnalová,<sup>248</sup> je možný nejenom ten výklad, že rozdíl mezi termíny „*právo*“ a „*právní řád*“ v odst. 1 znamená použití nikoli pouze právního řádu státu jako celku, ale i jednotlivých ustanovení (např. jen OBZ bez vazby na OZ); možný je podle autorky i výklad směrem k volbě *lex mercatoria*.

<sup>247</sup> N. Rozehnalová, K ustanovením zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů dotýkajících se řešení mezinárodních obchodních sporů, Právník 1995 (ASPI)

<sup>248</sup> N. Rozehnalová, Rozhodčí řízení v obchodním styku, ASPI Publishing, 2002

V této souvislosti je zajímavý postřeh J. Hrivnáka, který při objasňování pojmů „právo“ a „právní pravidla“ specifikuje, že „za právní pravidla se považují také pravidla nadnárodního systému právních pravidel vytvořených na mezinárodní úrovni ... lex mercatoria ...“<sup>249</sup> Upozorňuje tak na zřejmou skutečnost, že nelze bez dalšího, především bez ohledu na další souvislosti, ztotožňovat rozsah pojmu „právní pravidla“ pouze s nestátními pravidly.

Významným je v každém případě ustanovení § 25 odstavec 3 ZRŘ umožňující rozhodování podle zásad spravedlnosti, a to i v případě tuzemského rozhodčího řízení a v případě volby českého práva. Přitom proti takovému řešení, které je nezanedbatelným prvkem odpoutání se od národního právního řádu a platformou pro případné uplatnění lex mercatoria,<sup>250</sup> se do doby přijetí zákona stavěla dosavadní teorie i praxe. Rozhodci mohou nicméně podle § 25 odst. 3 ZRŘ spor rozhodnout podle zásad spravedlnosti jen tehdy, jestliže je k tomu strany výslovně pověřily.

Faktickým předpokladem úspěšné „realizace“ volby lex mercatoria jsou znalosti a zkušenosti rozhodců, kteří mají určit jeho obsah. Co se týče použití lex mercatoria v případě, že strany neprovedly žádnou volbu, Mertens zastává názor, že k použití lex mercatoria je nutný mandát stran, jehož základem je národní právní řád.<sup>251</sup> To však nic nemění na obecně větší míře odmítání lex mercatoria v případě učinění volby, než přímo na základě odkazu norem.

#### 4.5. Tradiční náhled a kritika lex mercatoria

Tradiční náhled posuzuje lex mercatoria jako soubor, který je v neustálém vývoji a jehož obsah není vždy určitý. Není pokládán za nadnárodní právní systém, tj. může být vyloučen (potlačen) nutně použitelnými normami fora nebo jiného státu. Dále je v zásadě podmíněn volbou stran, ať již výslovnou nebo mlčky, resp. nepřímou, a to odkazem na pravidla toho kterého arbitrážního soudu a současným neučiněním volby práva. Jinak se použije jenom v případě, že se bezprostředně zjevně nenabízí žádné objektivně zjištěné právo. Přitom podmínky volby lex mercatoria jsou stejné jako u volby národního právního řádu; role práva fora je tedy obdobná.

A) Základní námitka vůči lex mercatoria se dá shrnout do formulace, že se nejedná o právo, neboť není vytvořeno státem. Jedním ze základních problémů lex mercatoria je

<sup>249</sup> J. Hrivnák, Právo použitelné pre zmluvy v medzinárodnom obchode - kolízne pravidlá, Podnikateľ a právo, 7/2000, str. 7

<sup>250</sup> Podle J. Salače je však taková možnost dána jenom v případě neučinění volby práva, tedy při určení rozhodného práva soudem či rozhodcem - J. Salač, K aktuálním otázkám volby práva ve smlouvách v mezinárodním obchodním styku, Právní rozhledy, příloha Evropské právo, 5/2003, str. 4. Autor jinak přímou volbu lex mercatoria hodnotí jako krok do právní nejistoty

<sup>251</sup> H. J. Mertens, Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law? 1990, str. 38

fakt, že z hlediska dělení práva na právo mezinárodní a národní se *lex mercatoria* nedá zařadit ani do jedné z těchto skupin norem. To pro pozitivisty znamená zásadní námitku právně teoretické koncepce *lex mercatoria* - nedostatek subjektu legitimovaného ke tvorbě norem a k sankcionování v případě jejich porušení. V každém případě, tato základní námitka znamená nutnost diskuse o tom, zda sociologický pohled na právo může v dané věci překlenout pozitivistický postoj (diskuse nemá být omezena jenom na problém tzv. normativní síly faktu).

Pro ty, podle kterých právo musí být *vytvořeno státem*, opravdu *lex mercatoria* není právem. P. Nygh ale poukazuje na to, že spíše než takto položená otázka by nás měl zajímat postoj soudu v této věci,<sup>252</sup> který by tuto otázku měl řešit s konečnou platností. I když přijmeme výhradu, že se autor nezmiňuje o národní legislativě (to je dáno systémem anglosaského práva, ze kterého autor pochází), jádro myšlenky, tedy princip uznání ze strany národního práva prostřednictvím soudní moci, se jeví být správným přístupem.

Významnou analogii v této otázce nabízí princip uznání nových států mezinárodním společenstvím (s plným vědomím všech rozdílů mezi mezinárodním právem soukromým a veřejným, včetně rozdílu v předmětu aktu uznání) alespoň v tom smyslu, že v obou případech stát *přiznává určité skutečnosti právní kvalitu*. Postoj soudu, rovněž jako postoj jiných státních orgánů, je možno pokládat za uznání práva v právně sociologickém smyslu, což je synonymem tvorby práva státem. V tomto ohledu je významné, že i v případě práva státu soudy právo skutečně tvoří (uznávají), a to i v systému evropského kontinentálního práva, i když jenom marginálně (především ústavní soudy jako negativní legislátoři).

Výše uvedené přiznávání právní kvality určité skutečnosti souvisí s obecnou právně sociologickou tezí, že *stát pouze právo uznává (formuluje), není však jeho tvůrcem*. Dále (i) je rovněž jeho adresátem, a kromě toho, (ii) právo bylo historicky před státem. Právo obecně slouží mimo jiné k tvorbě vědomí o tom, co je dobré a co ne, zaručuje tak spravedlivé rozhodnutí v jednotlivých sporech a předchází použití síly. Zvláštnosti státního práva jsou redukovány na speciální organizované procedury výkonu. I v současných právních řádech se uplatňuje rovněž normotvorba nestátních subjektů (profesní komory), i když zmocnění je dáno normami státního orgánu (zákonodárný sbor). Právem tak mohou být i normy, které nebyly *státem přímo vytvořeny, resp. jejichž tvorba není státem konkrétně delegována*. Důležitější je, zda-li stát tyto normy uznává nebo bude uznávat, a to prostřednictvím soudní moci.

B) Další námitka směřuje k neurčitosti a vágnosti tohoto souboru norem. Jak píše J.

---

<sup>252</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, 1999, str.182 - 183

Salač, „základním a stěžejním problémem lex mercatoria je jeho obtížná uchopitelnost. Není totiž vůbec jasné, co má být vlastně jeho obsahem. Není také zjevné, zda existuje pouze jeden soubor norem tohoto typu nebo zda existuje vícero 'leges mercatoria'“. <sup>253</sup>

Lord Mustill identifikoval v roce 1987 dvacet principů, o nichž je obecně možno tvrdit, že patří do systému lex mercatoria. Dá se namítat, že počet je daleko větší. <sup>254</sup> V každém případě nejde ani tak o seznam a jeho úplnost; podstatná je *míra určitosti* souboru. Především však strany odkazem na lex mercatoria vybírají systém pravidel, který může být z pohledu stran lepším než ten, který vybral soud. Na této úrovni, jak uvádí P. Nygh, <sup>255</sup> lex mercatoria a moderní americká metoda volby práva známá jako „lepší právo“ („better law“) splývají v jedno. Otázka by tedy měla znít, zda je v tomto ohledu lex mercatoria víc neurčitým systémem, skrývajícím větší nebezpečí a pravděpodobnost nepředvídaných důsledků než „klasický“ systém práva.

C) Je namítáno, že lex mercatoria bylo vytvořeno účelově jenom pro potřeby západních nadnárodních společností, aby unikly dosahu nepříznivého domácího práva. Jedním z vrcholů transnacionalizačního pohybu je skutečně podřízení smluv mezi státem a investorem všeobecným právním zásadám. <sup>256</sup> Čl. 42.1 ICSID odráží „obecnou praxi použití domácích zákonů na smlouvu, jenom pokud potvrzují všeobecné právní zásady.“ <sup>257</sup> Podobně v Úmluvě o výstavbě a provozu kanálu La Manche se strany

<sup>253</sup> J. Salač, K aktuálním otázkám volby práva ve smlouvách v mezinárodním obchodním styku, Právní rozhledy, příloha Evropské právo, 5/2003, str. 4

<sup>254</sup> K. P. Berger v „Internationale Wirtschaftsgerichtsbarkeit“, v roce 1992, mezi zásady mezinárodního závazkového práva (lex mercatoria generalis - Berger rozeznává i lex mercatoria specialis) řadí tyto zásady: bona fides, pacta sunt servanda, culpa in contrahendo, neplatnost smlouvy porušující dobré mravy, zákaz neoprávněného obohacování, force majeure, hardship, volenti non fit iniuria, qui tacet consentire videtur, nullus commodum capere potest de iniuria sua propria, stát nemůže negovat svoje smluvní povinnosti s odvoláním na svou suverenitu nebo vnitrostátní právo, návazání na právo, se kterým má smlouva nejužší vztah, favor negotii v mezinárodním právu soukromém, stabilitnost smluvního statutu, clausula rebus sic standibus (korektiv principu pacta sunt servanda), exceptio non adimpleti contractus, právo odstoupení při podstatném porušení smlouvy, právo na započtení vzájemných pohledávek, zákaz venire contra factum proprium, povinnost nových jednání, povinnost informovat druhou stranu o těžkostech při plnění, reklamace v průběhu dvou let od odevzdání, dělení devizových rizik v souladu s čl. VIII odsek 2b) Úmluvy o MMF, povinnost zmírnění škod, interpretace smlouvy podle ut res magis valeat quam pereat a contra proferentem, lex specialis derogat legis generali, falsa demonstratio non nocet, actori incumbit probatio, povinnost k placení úroků za opožděné platby ve výši obvyklých úvěrových úroků v místě sídla věřitele, ohraničení nároků na náhradu škody na předvídatelnou škodu, platnost obyčejů obvyklých v určité oblasti, povinnost k odškodnění při vyvlastnění a přípustnost nepřímých důkazů

<sup>255</sup> Viz sub 1, str. 185

<sup>256</sup> Čl. 46 koncesní smlouvy mezi vládou Íránu a National Iranian Oil Company „...it shall be governed by ...the principles of law common to Iran and the several nations in which the other parties to this agreement are incorporated, and, in the absence of such principles, by...the principles of law recognized by civilized nations in general, including such of those principles as may have been applied by international tribunal“ – uváděno v K. P. Berger, The Creeping Codification of Lex Mercatoria, str. 34

<sup>257</sup> K. P. Berger, The Creeping Codification of Lex Mercatoria, str. 35, s odkazem na rozhodnutí, *inter alia*, v SSP (Middle East) Ltd. et al. v. Arab Republic of Egypt et al., podle International Legal Materials (ILM), 1983, str. 752, 771 (případ, kdy nedošlo k volbě práva), nebo Lecto v. Liberia, ILM 1987, str. 647, 658

dohodly na „principech společných jak pro anglické, tak i pro francouzské právo, a v případě absence takových principů, na společných principech mezinárodního obchodního práva, které mohou být použity národními a mezinárodními tribunály.“<sup>258</sup> Volba je podmíněna či omezena veřejným pořádkem obou států.

Tyto výsledky jsou však výrazem snahy nacházet pragmatická a praktická řešení a z hlediska vývoje a procesů formulování lex mercatoria není výše uvedená kritika ničím podložena. Tam, kde se dá pozorovat koordinovaná tvorba norem (UNIDROIT, UNCITRAL), je současně možno konstatovat globální účast, rozhodně bez dominance nadnárodních korporací.

D) Lex mercatoria údajně nemá metodologický základ. Pokud hovoříme o problematice uznání lex mercatoria, jedná se o pojem ve významu potencionálního nadnárodního (či mimonárodního) právního systému. Je tedy uvažována legitimita takto formulovaných pravidel, přičemž námitka zde směřuje k údajné absenci metodologického základu tohoto souboru norem. Jak však argumentuje Berger, tento základ je dán, a to v podobě funkčního právního srovnávání, coby základního výchozího bodu lex mercatoria. Tento přístup byl úspěšně použit při formulaci Zásad mezinárodních obchodních smluv vypracovaných UNIDROIT (PICC) nebo např. také při vnitrostátních kodifikacích vycházejí při tom ze vzorů úspěšných zahraničních úprav.

Tento analytický a syntetický přístup směřující ke konsolidaci a někdy až ke kodifikaci se reálně aplikuje jako metodologický nástroj, často ve spojení s hledáním společného jmenovatele, což je typicky žádoucím prvkem obsahu lex mercatoria. Tento postup jde za struktury a formálně technické kvality jednotlivých úprav a snaží se hledat účel a sociálně-ekonomické koncepty pravidel a principů. Funkční komparace, která se reálně uplatňuje, má podle stoupců lex mercatoria velký a nezastupitelný význam, hlavně při implantování abstraktních všeobecných právních zásad do jednotlivých pravidel mezinárodního obchodu. Na konci procesu funkční komparace musí být samozřejmě uznání ze strany mezinárodní praxe, jinak je výsledek komparace neúspěchem a musí se hledat jiné pravidlo. Toto hledání „lepšího“ práva připomíná a také vede k autonomii arbitrá při nalézání práva.

E) Dále je namítáno, že použití lex mercatoria vede k pouhému rozhodnutí podle ekvity. Je upozorňováno na omezení vynutitelnosti rozhodnutí učiněných podle aequo et bono bez autorizace stranami, resp. jsou prezentovány teoretické výhrady vůči rozhodnutím podle všeobecných právních zásad atd. To souvisí s problémem zjištění a určení obsahu

---

<sup>258</sup> „Principles common to both English and French law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals,“ Treaty Concerning the Construction and Operation by Private Concessioners of a Channel Fixed Link, 1986

lex mercatoria a doktrinní otázkou rozlišování rozhodnutí podle práva a podle ekvity. Je však nutné rozlišovat rozhodování podle lex mercatoria, coby určitého souboru norem, a rozhodování na základě zmocnění rozhodovat ex aequo et bono. Jinak řečeno, hledání spravedlivého řešení při použití lex mercatoria má být podloženo stejnými zásadami (a omezeními) jako při aplikaci národního práva.

V každém případě například zásada dobré víry jako jeden ze základních principů lex mercatoria je obecně přítomna v národních právních řádech. A naopak, pro arbitra je rozhodování podle ekvity často podloženo komparativní analýzou dotčených právních řádů, ne neomezeným hledáním „ekvity podle svého“ (z praktického hlediska může výsledek takové analýzy zvýšit šance na vykonatelnost rozhodnutí).<sup>259</sup>

F) Dále je namítáno, že lex mercatoria postrádá potřebnou publicitu. Jedná se samozřejmě o naprosto nevyhnutelnou podmínku pro právo jako takové. I proto je současná praxe mezinárodních arbitráží pro další vývoj lex mercatoria do budoucna nepřijatelná. Na druhé straně jsou např. rozhodnutí v rámci Mezinárodní obchodní komory (ICC) publikována ve sbírkách nálezů ICC a v Journal du Droit International. Dále jsou arbitrážní rozhodnutí publikována v Yearbook Commercial Arbitration, jakož i v americkém International Arbitration Report. Obdobnou praxi mají i Zúrišská obchodní komora a Nizozemská arbitrážní instituce. (Veřejně přístupná jsou i rozhodnutí v rámci íránsko-amerického tribunálu, zejména s ohledem na význam všeobecných právních zásad).

G) Další námitka se vztahuje k údajně nedostatečné procesní legitimaci lex mercatoria (obdobě jako u mezinárodního práva veřejného). Chybí tedy údajně procesní garance obdobná procesní garanci podle národního právního řádu. V případě lex mercatoria se však legitimita odvíjí od institucí požívajících přirozenou mezinárodní autoritu (UNCITRAL, UNIDROIT, ale také třeba MIGA nebo MMF atd.; do této oblasti spadají třeba i Investiční návody Světové banky coby nezávazná pravidla, jejichž frekvence používání je dána právě autoritou zdroje).

Legitimita zde vytvářených norem lex mercatoria je zpochybňována hlavně s poukazem na zastoupení států a jejich reálné vnitřní vztahy či mechanismy přijímání rozhodnutí. Tato výtky se dá ale vznést ve vztahu ke všem mezinárodním institucím, například v oblasti mezinárodního práva veřejného v rámci Světové obchodní organizace (WTO), ale i v rámci národních kodifikací. Stejně tak se dá říct, že v žádném z těchto případů v zásadě není tato námitka opodstatněná. Naopak je argumentováno, že např. Jednotné zvyklosti a praxe pro dokumentární akreditivy Mezinárodní obchodní komory (ICC

<sup>259</sup> Rozhodnutí aequo et bono je jinak silněji přítomno v rozhodnutích mezinárodních tribunálů podle mezinárodního práva, kde mezinárodní smlouvy jsou méně specifické, soudci mají větší pole pro uvážení, a jsou podle některých názorů důvodem pro úspěšné nalézání spravedlivého řešení

Uniform Customs and Practices for Documentary Credits - UCPDC) byly vytvořeny při vyváženém zastoupení právníků z praxe a akademiků. Obdobnou diskusí prošel i návrh PICC. Nakonec je ale stejně v dané otázce rozhodujícím faktorem mezinárodní praxe. V každém případě legitimitu aktů těchto institucí je třeba oddělit od procesní legitimace *lex mercatoria* jako takového.

Pokud jde o procesní legitimaci *lex mercatoria*, ta vychází z praxí arbitrážních institucí, jejichž role je obecně uznávána a je s mezinárodním obchodem pevně spjata. Výběr rozhodců a praxe se obecně osvědčují, a i když pochybnosti ohledně rozhodnutí v jednotlivých případech mohou snížit autoritu dané instituce, pozitivní trend převažuje. Pokud jde o námitku neexistence odvolací instance potřebné pro jednotnou aplikaci práva, resp. pro přehlednost a právní jistotu jeho adresátů, zde platí, že soudní kontrola se uskutečňuje v rovině horizontální. Dále, tato kontrola se uplatňuje ve spojení se zvýšenou mírou publicity rozhodčích nálezů a odkazem na rozhodnutí jiných rozhodčích institucí. To zakládá, ve spojení s kontinuitou rozhodování a se sjednocováním rozhodovací praxe, precedenční charakter činnosti arbitrážních institucí.

Kontrola přispívá i výběr arbitrážních institucí, kteří nesouce velkou odpovědnost spojují svou reputaci v obchodním světě s daným rozhodnutím a s jeho zdůvodněním. Zde se s ohledem na odbornou erudici arbitrážních institucí může výrazně projevit funkční komparace a tvorba pravidel, neboť je dán prostor nejenom pro zohlednění zájmů stran a ekonomických faktorů sporu, ale i pro pružné nacházení pravidel.

H) *Lex mercatoria* je rovněž odmítáno s poukazem na nebezpečí obcházení norem veřejného pořádku. Co se týče kolizních norem, je pravdou, že např. Římská úmluva o právu použitelném na smluvní vztahy omezuje možnost vyhnout se normám veřejného pořádku.<sup>260</sup> Na druhé straně i *lex mercatoria* nutně vychází z určitých morálních základů odrážejících sociálně-ekonomické standardy moderní společnosti. Rozpor mezi normami veřejného pořádku a rozhodnutím arbitrážního orgánu není příliš pravděpodobný i s ohledem na význam Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, kde je rozpor s veřejným pořádkem jedním z důvodů pro neuznání nálezu. Dále, pokud vycházíme z toho, že *lex mercatoria* se má použít jako domácí právní řád, pak bude arbitr nutně respektovat normy *ordre public*, především s ohledem na možnost výkonu nálezu. Obecné podmínky pro ingerenci norem *ordre public* platí tedy i v případě použití *lex mercatoria*. V každém případě význam norem veřejného pořádku je v mezinárodních obchodních vztazích relativně nízký.

I) Je rovněž namítána neadekvátní praxe arbitrážních institucí a odmítání uznání jejich

---

<sup>260</sup> Article 16, *Ordre Public*: „The application of a rule of the law of any country specified by this Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum“

rozhodnutí v praxi (k tomu rovněž viz výše). Podle některých názorů se arbitři skutečně někdy uchylují k transnacionálnímu právu předčasně, jenom na základě neučinění volby práva. Nicméně kupříkladu v kontextu smluv mezi státem a investorem element státní suverenity a stabilizační klauzule internacionalizaci smluvního vztahu opravňují.<sup>261</sup> Jinak přístup srovnávající neučinění volby práva s volbou *lex mercatoria* je např. podle Bergera nebezpečný a ohrožující legitimitu *lex mercatoria*.<sup>262</sup> Pokud vycházíme z předpokladu, že *lex mercatoria* má být postaveno naroveň národním právním řádům, potom je tato námitka oprávněná. Nicméně s ohledem na to, že *lex mercatoria* svoje uznání prosazuje v rámci dlouhodobé diskuse a *praxe*, je výše uvedený přístup výrazem snah o hledání postupného uznání *lex mercatoria* a má proto význam.

Podle Bergera důvody pro neučinění volby práva mohou být různé a není možné automaticky hovořit o *lex mercatoria*. Je tedy nutné hledat objektivní i subjektivní indicie a nebýt vázán jakýmkoli národním právním řádem.<sup>263</sup> Tím se autor přimlouvá za možnost použití *lex mercatoria* i bez učinění volby, pokud tuto variantu okolností a projev stran indikují.

Složitější otázkou je uznání *lex mercatoria* soudy (viz výše). Zajímavé ustanovení obsahuje již uvedený čl. 9.1 Meziamerické úmluvy spojující poprvé v historii všeobecné principy mezinárodního obchodního práva uznaného mezinárodními organizacemi<sup>264</sup> s určením nejbližšího spojení právního vztahu. To podle Bergera představuje vrchol při přibližování klasické doktríny kolizního práva a transnacionálního práva mezinárodního obchodu. Toto pravidlo zahrnuje PICC a podle autora, i Římská úmluva by měla být revidována tak, aby umožnila volbu nenárodních právních pravidel, přesněji řečeno PICC a Landových Zásad. Hlavním problémem možnosti a rozsahu aplikace *lex mercatoria* před domácími soudy je překonání klasického dogmatu státu jako jediného legitimního zdroje práva. To souvisí s další námitkou vůči *lex mercatoria*, která se vztahuje k údajné neexistenci autonomního, skutečného právního systému.

J) Podstatou námitky je, že *lex mercatoria* netvoří úplný a systematický řád, doktrinální a teoretický rámec, kde jsou soudy schopny odvozovat koherentní a konsistentní rozhodnutí. Otázkou je předně vymezení pojmu „systém“. Pokud jej vnímáme jako teleologickou kvalitu, potom právní systém „slouží jako řád pro použití práva a jako prostředek k implementaci jednotných struktur spojujících množství rozhodnutí jednotlivých případů učiněných domácími soudy a arbitrážními tribunály.“<sup>265</sup> Kromě toho tento systém umožňuje vývoj a vytříbení práva jako „law in action“. Podle Bergera

<sup>261</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 81 - 82

<sup>262</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 82

<sup>263</sup> ICC náleží č. 8365 o volbě „international law“

<sup>264</sup> „...general principles of international commercial law recognized by international organizations“

<sup>265</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria* str. 90



tak právo tvoří „nepsaný rámec hodnot a přesvědčení poskytujících mu nezbytnou logickou konsistenci a vnitřní jednotou.“<sup>266</sup>

Jedná se opět o překonávání pozitivistického náhledu na právo přístupem sociologickým, kde je právní řád legislativními orgány jenom formulován, ne tvořen. Význam systému jako uzavřeného celku je tak relativizován. Transnacionální právo není uzavřené do té míry jako národní právní řád, je „law in action“ odpovídající zvláštní povaze mezinárodních transakcí. Navíc metodologie *lex mercatoria*, stejně jako národní právo, vytváří všeobecné právní zásady jako první krok k systematické konsolidaci *systému*. Obecně tam, kde je metodologie, je rovněž splněn požadavek existence systému.

Námítka neúplnosti *lex mercatoria* je spojena s pozitivistickým mýtem o právu jako úplném systému („self-contained system“). Každá kodifikace či novelizace práva se však po čase ukáže nedostatečnou, neboť začne nejpozději již od své účinnosti zaostávat za realitou. Systém se tak stává neúplným. Kromě toho ustanovení obecného charakteru odvolávající se na dobrou víru, spravedlnost apod. nalezneme obecně jak v právních řádech, které kromě toho někdy odkazují na (obecné) zásady, tak i v mezinárodních úmlouvách.

K tomu je třeba říct, že i v systému evropského kontinentálního práva se soudci podílejí na cizelování a vlastně tvorbě práva (výrazný prvek v tvorbě *lex mercatoria*), i když v daleko menší míře než v oblasti *common law*. Podle některých názorů se tak role soudců v obou právních systémech přibližuje. Toto tvrzení je příliš kategorické a ne zcela odpovídající realitě. V každém případě, pokud národní právní řád zaostává za realitou a navíc je jako systém spoluvytvářen soudy, potom za stejně (ne)úplný systém může být pokládáno i *lex mercatoria*.

Jak u národních právních systémů, tak i u *lex mercatoria* je přítomna otevřenost a flexibilita, rozdíl je pouze v míře obou kvalit. *Lex mercatoria* je flexibilnějším souborem, opak platí v případě kompletnosti systému. Otázka má tedy spíš znít, zda je *lex mercatoria* schopno řešit každodenní případy a odpovídat na požadavky praxe než co na to říká teorie práva (viz názor P. Nygha výše). To souvisí se zvláštním charakterem mezinárodních obchodních vztahů. Dalším argumentem je tvrzení, že mezinárodní smlouvy jsou vesměs velmi obsáhlé a dovolují řešení sporů přímo na základě smluvních ustanovení. Tento poslední argument však není správný, neboť i v případě obsáhlých kontraktů (které nejsou ani zdaleka pravidlem) se např. uplatní všeobecné zásady.

K) Je rovněž namítáno, že obchodní společenství není homogenní skupinou, která se

<sup>266</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 92, s odkazem na Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, str. 155

pro tvorbu práva vyžaduje. Tato námitka ale jako taková není relevantní, podstatný je obsah norem a jejich uznání, tedy praktická akceptace v mezinárodních transakcích. Ani argument, že obchodníkům, kterým se jedná o zisk, není možno „svěřit“ tvorbu norem, není dostačující. „Platnost a závaznost norem neznamená nic jiného než být motivován prostřednictvím existence právních principů a pravidel.“<sup>267</sup> I v obchodním světě existuje konsensus o základních hodnotách a principech. Sankce za porušení mohou být také velmi citelné - ztráta reputace, vyškrcnutí z členství atd. a souvisí se zvýšenou odpovědností a s požadavkem profesní zdatnosti. „V moderních právních vztazích je to smlouva, která přejímá skutečnou roli pramene práva.“<sup>268</sup>

Ve svobodném světě obchodu vzrůstá autonomie stran. Za tímto vývojem stojí jednak to, že ekonomika se globalizuje (na rozdíl od teritoriálního omezení národního práva), a také to, že se neustále mění (v rozporu s rigiditou práva jako takového). Smlouva přitom stojí i za jmenováním a výkonem funkce arbitrů. I v rovině řešení sporů je tak v širším smyslu podporována teze o „vyhnutí se sporu“. Konsensuální regulace mezinárodního obchodu je především patrná z investičních (koncesních, pokud obsahují obligační vztahy) smluv mezi státem a zahraničním investorem.

Smlouva sice stanoví pravidla pouze pro její účastníky, ale opakováním principů se spěje ke konsolidaci. Analogii je možno nalézt i v mezinárodním právu veřejném, konkrétně u tvorby obyčejových norem, např. těch, které jsou založeny obecně přijímanými pravidly podle dvoustranných smluv o ochraně investic. U *lex mercatoria* se jedná o obecné přesvědčení obchodníků, že předchozí praxe má mít v budoucnu kvalitu právních norem. Pokud ze strany obecného soudu dochází k uznání rozhodnutí arbitrážního orgánu, které vzešlo z práva stran na tvorbu norem, jakož i z použití transnacionálních principů obchodního práva, argument o údajné nehomogenosti obchodního společenství neplatí. Hybnou silou *lex mercatoria* se stává jak mezinárodní právo veřejné, tak i národní právo a „uniform commercial law“ jako „hospodářské právo konsensu coby omezená kontrola norem nad skutečností a konečná normativní síla faktu, tvorba práva skrze obchodní praxi.“<sup>269</sup>

#### 4.6. Limity kolizních a hmotných norem národního (mezinárodního) práva

Význam *lex mercatoria* souvisí s nevýhodami použití kolizních norem mezinárodního práva soukromého, resp. hmotného práva. Pokud jde o nejvýznamnější výhrady vůči kolizním normám, je možno uvést především to, že nejsou schopny zohlednit kvalitu

<sup>267</sup> Rühl, *Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft*, 1931, str. 9

<sup>268</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria* str. 108

<sup>269</sup> „Economic consensual law... a limited control of the norms over the facts and the ultimate normative force of the facts, law-making through commercial practice“; Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, str. 113 a dále

hmotných norem, na které odkazují. U principu neužšího vztahu, zejména v rámci složitých kontraktů (například u smluv investičního charakteru), dochází k narušování ekonomické jednoty a podřizování jednotlivých smluv různým právním řádům, eventuálně je snaha o podřizování všech smluv režimu smlouvy hlavní. Ani toto řešení přitom nemusí být ve svých důsledcích ideální, neboť jak bylo uvedeno, těžiště souboru kontraktů se může nalézat jinde než ve smlouvě „hlavní“ (příkladem jsou například investiční smlouvy stavebního charakteru, kde těžiště může být v sub-kontraktech, ale i např. tzv. koncesní smlouvy).

Co se týče samotného hmotného práva, na které kolizní norma odkazuje, národní právní řády se mohou jevit nedostatečné při regulaci smluv transnacionálního charakteru. Kromě toho, když má být např. použití cizího práva provedeno soudem fora, tento často není schopen jej použít v celku jako *lex causae* tak, jak by jej použil soud *lex causae*, se všemi principy a zásadami, které nejsou explicitně do rozhodného práva vtěleny (nicméně se uplatňují). Naopak, soud fora je ovlivňován právním klimatem vlastního právního prostředí.

Ani jiné, moderní postupy neposkytují zásadní řešení - výše uvedený tzv. „better-law approach“ v rámci kolizního práva, hledající nejlepší právo podle hmotně právních principů (tedy podle obsahu samotného práva) je příliš vágní a neurčitý, vedoucí až k rozhodování *ex aequo et bono* (stejný nedostatek vykazují tzv. *Ausweichklauseln*) a hlavně směřuje proti principům kolizního práva, které je v zásadě vůči kvalitě hmotných norem indiferentní. Dále je možno uvést tzv. doktrínu *comity*, založenou na přátelském akceptování cizího práva. I tato koncepce je příliš široce pojata a ne dost dobře aplikovatelná na jednotlivé případy, navíc je podmíněna existencí skutečného zájmu na použití daného práva („genuine interest“), jehož podmínky a obsah jsou těžko definovatelné.

Rovněž jiná alternativní řešení, jakési „obohacování“ kolizních pravidel hmotnými normami, které vede k nepřijatelné roli soudce jako „policy makera“ a k aplikaci pouhé ekvity, resp. k příklonu k všeobecným právním zásadám, nejsou dostačující. Tyto principy jsou totiž pouze částí souboru zásad autonomního transnacionálního obchodního práva. Opět se zde objevuje základní rozpor vztahu hmotného práva a mezinárodního práva soukromého, kde nedostatky či limity jednoho jsou doplňovány normami druhého, avšak s rozporuplnými výsledky. Ani speciální hmotněprávní úprava pro mezinárodní obchod neřeší problémy spjaté s kolizním právem - nacionalizace, aplikace *lex causae* soudem fora a celkově ne zcela dostatečná schopnost národního právního řádu mezinárodně kooperovat mohou naopak situaci ještě více komplikovat. Navíc tyto normy zůstanou spojeny s reputací daného právního řádu, větší či naopak menší kvalitou práva a jeho (někdy nedostatečné) reflexi moderních trendů v mezinárodním obchodě.

Pokud jde o přímo použitelné normy mezinárodních úmluv, tyto instrumenty trpí jak mezerami právní úpravy, tak i omezeným počtem států ochotných být úmluvou vázán, což je ještě zdůrazněno systémem výhrad coby výsledkem kompromisu různých postojů. Výhrady, spolu s různými verzemi některých úmluv (a různými státy vázanými tou kterou verzí), ještě více ztěžují přehlednost právní úpravy. Ve svém důsledku tyto nedostatky komplikují celou situaci, která jednoznačně nespěje k univerzálnímu a dostatečně obsáhlému systému přímo použitelných norem v oblasti smluvního práva.

Decentralizace a privatizace tvorby práva je patrná ve snahách, jejichž výrazem jsou např. Zásady mezinárodních obchodních smluv vypracovaných UNIDROIT, tedy PICC, pracích Komise Spojených národů pro mezinárodní obchodní právo - UNCITRAL, či ICC. Jedná se o formulování obecných podmínek, standardizovaných smluv, zvyklostí a praxe apod.

#### **4.7. Snahy o formulování nenárodních pravidel mezinárodního obchodu**

##### **4.7.1. Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT (PICC)**

Systematickým modelem pro zkoncipování Zásad mezinárodních obchodních smluv (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - PICC) byl americký Restatement of the Law of Contracts z roku 1932 (Restatement). Mezi identické elementy obou instrumentů patří fakt, že se v obou případech jedná o psané právo, dále existence komentářů, jakož i příkladů z praxe. Restatement vyšel z myšlenky shrnout právo tak, jak je, ne tak, jak má být, a vlastně tím reprodukovat common law. Praktická uplatnitelnost záležela na autoritě orgánu, který ho vytvořil, tedy Amerického právního institutu (American Law Institute) - americké soudy se odkloňují od Restatementu jenom ve dvou procentech případů. Ve výjimečných případech však Restatement zahrnuje i právo *de lege ferenda*, a to podle principu analogie, stanoviskem ke vzájemně sporným rozhodnutím apod.

Kromě Restatementu je možno se rovněž zmínit o plánu Rady vzájemné hospodářské pomoci k vytvoření všeobecného práva mezinárodních obchodních smluv, které by bývalo zahrnovalo otázky jako uzavírání, obsah a plnění smluv, změny v obsahu a subjektech, promlčení, započtení, neoprávněné obohacení atd. Úvahy na toto téma přerušily společenské změny v bývalých socialistických státech na konci minulého století.

PICC spadá do rámce snah o zkoncipování jednotného Evropského občanského zákoníku (European Civil Code) a vytvoření pracovní skupiny Evropské akademie právníků z oblasti soukromého práva, a to na základě rezoluce Evropského Parlamentu

z roku 1989. Jako legislativní model pro základní schéma coby výchozího bodu jednotného Evropského občanského zákoníku sloužila část italského Občanského zákoníku (stojící mezi evropským kontinentálním a anglosaským právem) a Smluvní zákoník (Contract Code) podle McGregora pro Anglickou právní komisi.

Co se týče dalších pokusů v této oblasti, v celosvětovém měřítku je možno dále uvést projekt pod názvem Společné jádro právních systémů (Common Core of Legal Systems) vypracovaný v americké Cornell Law School. Projekt vychází ze „společného jádra“ s odkazem na čl. 38 (1)(c) Statutu Mezinárodního soudního dvora, které je údajně identifikovatelné v rámci národního právního řádu. Centrem zájmu v rámci projektu byla oferta a akceptace. Jednalo se o komparativní práci, jejíž výsledek má pro formulaci *lex mercatoria* velký význam, avšak má i závažné nedostatky. Nevychází z psaného práva, nemá skutečně globální charakter (nezahrnuje např. islámské právo, právo Afriky, Latinské Ameriky a Asie). Problémem je zde výklad čl. 38 (1)(c) Statutu Mezinárodního soudního dvora ve vztahu k otázce, zda mají být do projektu zahrnuty všechny právní systémy, tj. každý z nich, nebo nikoliv.

Rovněž je kritizováno nezohlednění sociální podmíněnosti práva a vyloučení od počátku vzájemné podmíněnosti práva a sociální reality, což vede k absenci poznatků z praxe mezinárodního obchodu. Dále je namítáno přílišné omezení se na technickou stránku smluvního práva, na uzavírání smluv, především však výtka směřuje k zanedbání interakce mezi všeobecnými právními zásadami a konkrétními normami - projekt volil pouze přísně induktivní přístup od jednotlivostí k obecným principům. Naopak obousměrnost pohybu zohlednil právě UNIDROIT při přípravě PICC, když do komparativní práce zahrnul kontext zásad a souvztažnost pravidel a zásad. Jako příklad může posloužit princip *force majeure*, který je možno posoudit jenom v kontextu jiného principu - *pacta sunt servanda*.

Inherentním cílem UNIDROIT bylo vytvořit základ pro „zákon o mezinárodním světovém obchodním právu“. U zdroje PICC stál René David s myšlenkou přijetí PICC mezinárodní organizací, za účasti národních zákonodárců pouze v rámci uplatňování výjimek a výhrad, s automatickou inkorporací do národního práva a se závazným charakterem norem. Další návrhy následně předpokládaly vytvoření tzv. Unii pro *ius commune* (Union for *Ius Commune*).<sup>270</sup> Později závazný charakter ustoupil do pozadí a výše uvedené návrhy s nimi. Oživila myšlenka *Restatementu* uznávající jeho význam pro vývoj a evoluci všeobecných zásad pro celosvětové „*ius gentium*“.

Při pracích na PICC bylo zastoupeno padesát států. Pracovní skupina započala činnost v roce 1980 a výsledek své činnosti předložila v roce 1994. Práce vycházela z

<sup>270</sup> Měly se zde uplatnit principy jako kvalifikovaná většina pro přijetí, vstup rozhodnutí v platnost do 3 let atd.

metodologie funkční komparace, jejímž výsledkem je konsolidace a kodifikace, včetně modifikace některých pravidel Úmluvy OSN o mezinárodní koupi zboží (Vídeňská úmluva). Do komparativního procesu byly zahrnuty i zákony bývalých socialistických států omezující autonomii smluvních stran, avšak s moderní úpravou pro zahraniční obchod zohledňující „právní soutěživost“ na mezinárodních trzích.<sup>271</sup>

Práce UNIDROT byly dále ovlivněny instrumenty jako INCOTERMS, Všeobecné podmínky pro dodávku a montáž pro dovoz a vývoz strojů a zařízení (General Delivery and Assembly Conditions for the Import and Export of Machines and Plants), Podmínky pro smlouvy (mezinárodní) pro stavební práce organizace FIDIC (FIDIC Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering) a podmínky pro smlouvy v zahraničním obchodě v rámci RVHP. Pro UNIDROIT byly relevantní rovněž práce Landovi komise v oblasti evropského smluvního práva (Landovy zásady).

#### 4.7.1.1. Obsah PICC

Princip Restatementu, tedy postupného, opatrného pohybu („gently push“) byl přijat i zde, tj. byl zohledněn budoucí možný vývoj. Obdobný přístup je znatelný např. i v Návodech Světové banky o zacházení s přímými zahraničními investicemi (World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment). Nicméně Restatement je ryze americkou záležitostí, navíc metodologie Restatementu je založena na stare decisis doktríně, autoritativní síla Restatementu je proto vyšší. Navíc PICC ani - a to zcela záměrně - neznají tzv. „notes“, kdežto 2. Restatement a rovněž Landovy zásady ano.

Po zkušenostech s Vídeňskou úmluvou, Haagským Jednotným zákonem a Vzorovým zákonem UNCITRAL PICC neznají definici termínu „mezinárodní smlouva“. To souvisí s významem principu autonomie volby práva, jakož i se snahou vyhnout se kogentním pravidlům národního práva, která by byla s definicí v rozporu. Pracovní skupina UNIDROIT ale uznala, že je třeba dát konceptu „mezinárodní smlouvy“ co nejširší interpretaci. Dále PICC neobsahují definici pojmu „obchodní smlouva“, pouze vylučují ze svého záběru spotřebitelské smlouvy.<sup>272</sup> Široké pojetí obchodních smluv dále zamlžilo rozlišování klasických obchodních smluv od „equity investments“.

<sup>271</sup> Zákon o mezinárodních obchodních smlouvách bývalé NDR z roku 1976 byl relativně liberální a v souladu s Vídeňskou úmluvou či Jednotným zákonem UNIDROIT o mezinárodním prodeji zboží. Rovněž Zákoník mezinárodního obchodu bývalého Československa odrážel moderní tendence. Byl založen na komparaci zahrnující „kapitalistické právní myšlení“ zohledňující Haagský Jednotný zákon o prodeji zboží, švýcarský Zákon o závazcích, italský a řecký zákoník; rovněž např. Zákon o zahraničních obchodních smlouvách Čínské lidové republiky byl ovlivněn západním právním myšlením

<sup>272</sup> „The UNIDROIT Principles are applicable to all contracts which are concluded with a view towards the direct or indirect making of profits and which are related to the cross-border movement of goods, currencies, services, technologies or other financial or economic assets, provided that no ‘typical element of consumer transactions can be ascertained‘“, PICC čl. ....

Obdobný problém je možno pozorovat u definování pojmu „investice“ v rámci bilaterálních investičních instrumentů, tedy rozlišení tzv. běžných obchodních smluv od smluvních vztahů spadajících pod režim investiční ochrany.<sup>273</sup>

Jedním z nejdůležitějších principů PICC jsou principy *in favorem validitatis* a *favor contractus*. Význam zásad je podtržen tím, že mnohé z nich mají přednost před specifickými ustanoveními kapitol PICC 2 - 7. Mají samozřejmě i funkci vyplňování mezer, a to podle čl. 1.6 (2). Některé zásady však nejsou explicitně vyjádřeny a je třeba je interpretovat, a to bez příklonu k domácímu právu. Oficiální komentář UNIDROIT k této otázce je analogický znění článku 7.2 Vídeňské úmluvy.<sup>274</sup>

Nejdůležitějšími zásadami PICC jsou: zdůraznění významu PICC jako Magna Charta mezinárodního smluvního práva (čl. 1.1), *pacta sunt servanda* (čl. 1.3) a dobrá víra a poctivé jednání (čl. 1.7). Jedná se o spojení zásady dobré víry s poctivým jednáním v mezinárodním obchodě, tedy o standardy a principy platné pro danou komunitu, v tomto případě v prostředí mezinárodního obchodu bez odkazu na národní právní řády. Článek 1.7 pak souvisí s pravidlem dodržováním zvyklostí podle čl. 1.8 (v souladu s čl. 9 Vídeňské úmluvy s tím rozdílem, že subjektivní test „rozumnosti“ („reasonableness“) je nahrazen objektivním kritériem). Na druhé straně, na rozdíl od Landových zásad, blanketní ustanovení typu definice termínu „rozumnost“ zde není.<sup>275</sup>

Rozumnost je třeba vnímat relativně k principům dobré víry, poctivého jednání a důvěry jako základních stavebních kamenů *lex mercatoria*. Tyto zásady se navíc musí uplatnit v rámci pravidel výkladu faktických a právních úkonů podle čl. 4 PICC. Co se týče principu *pacta sunt servanda*, ten má přednost před zohledněním ekonomických těžkostí druhé strany při plnění. PICC pouze uznávají relevanci principu „hardship“ (čl. 6.2.1 PICC). Tento přístup je v souladu s Návodem Mezinárodní obchodní komory o „force majeure“ a „hardship“.<sup>276</sup> Pro výklad pravidel ve světle zásad má také velký význam oficiální komentář PICC a samozřejmě především rozhodování arbitrů.

PICC jsou dispozitivního charakteru. Článek 1.5 dovoluje vyloučit použití PICC nebo jednoho či více jeho pravidel, a to i implicitně, s výjimkou některých ustanovení, kde to lze očekávat (odstoupení od smlouvy v případě podvodu podle čl. 3.8 a 3.19 atd.). Jedná

<sup>273</sup> Podle K. P. Bergera, *Creeping Codification of Lex mercatoria*, 1999, str. 159, se mohl použít termín „international economic contracts“ jako výraz překračování hranic mezi veřejným a soukromým právem; tento termín mimo jiné silně zohledňuje postavení mezinárodních korporací jako kvasisubjektů mezinárodního práva a je blízký Jesupově ideji „Transnational Law“

<sup>274</sup> UNIDROIT PICC, str. 15 „Gaps should be filled ‘whenever possible, within the system of principles before resorting to domestic laws‘“

<sup>275</sup> Podle Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited*, 1995, str. 145 *et seq.*, *reasonableness* znamená, že „...it is irrelevant whether or not a party has acted upon what it honestly believed to be reasonable; rather, it is decisive that one has to put forth his best efforts, exercised due diligence in performing one’s contractual obligations, upheld the common contractual goals, avoided abuse of rights required under the contract and facilitated the other party’s performance.“

<sup>276</sup> ICC Guide on Force Majeure and Hardship, ICC Publication No. 421, str. 22

se o situace narušení rovnosti stran a autonomie, jejichž ochrana je součástí transnacionálního veřejného pořádku. Národní i transnacionální ordre public má přitom podle čl. 1.4 PICC vždy přednost před všemi ustanoveními PICC.

#### 4.7.1.2. Možnosti použití PICC, forma odkazu

Pokud jde o rozsah a formy použití PICC, např. Evropská federace stavebního průmyslu (FIEC) připravuje tzv. „reference memorandum“ odkazující na PICC, které má být použito k přípravě smluv o výstavbě. To dokládá možnosti samoregulace a harmonizace mezinárodního obchodního práva, jelikož PICC mohou sloužit mimo jiné jako návody. Další formou použití PICC je odkaz na PICC; preambule PICC přitom umožňuje i odkaz na všeobecné principy práva, *lex mercatoria* a podobně.<sup>277</sup> Nicméně, např. pro německou právní doktrínu tento odkaz neznamená odkaz na *lex mercatoria*, resp. znamená odkaz na ekvitu. Jinak tento přístup byl přijat při výše uvedené Channel Tunnel Arbitration a jinde.

Základním problémem při odkazu na *lex mercatoria* (nebo příbuzný termín) je posouzení, zda se jedná o kolizní nebo materiální volbu. Berger uvádí v této souvislosti zajímavou interpretaci Římské úmluvy, totiž že termín „law“ nemusí nutně znamenat volbu práva, ale i možnost volby *lex mercatoria* (což je ale odpůrci *lex mercatoria* vnímáno jako „rules of law“) s tím, že při neučinění volby platí jenom kolizně určené národní právo.<sup>278</sup> U otázky volby *lex mercatoria* je nutné uvést, že PICC jsou možným pramenem *lex mercatoria*, nicméně nejsou *lex mercatoria* jako takovým. Pravidlo podle *lex mercatoria* se tedy použije jako součást *lex causae*, avšak ne automaticky jako pravidlo pouze podle PICC. V každém případě, jak již bylo naznačeno, podle určitých interpretací je *lex mercatoria* autonomní právní systém.<sup>279</sup>

PICC jako zdroj *lex mercatoria* se dále mohou uplatnit v případě tzv. „documentary gap“, kdy relevantní pravidlo rozhodného práva není možno zjistit. Zde je výhoda oproti všeobecným právním zásadám, neboť PICC existují v písemné podobě. PICC se rovněž mohou uplatnit při interpretaci a doplnění mezinárodních hmotných unifikací, které jinak obecně podléhají nebezpečí tzv. „Heimwärtsstreben“, tedy snaze přizpůsobit interpretaci norem národnímu právnímu řádu. Odkaz tohoto druhu je možno nalézt v čl. 7.1 Vídeňské úmluvy zdůrazňující mezinárodnost úmluvy a potřebu podporovat jednotnost použití Vídeňské úmluvy při jejím výkladu. Příkladem může sloužit ustanovení o úrocích v čl. 7.4.9 PICC, ze kterého vycházel nálezn Mezinárodní obchodní

<sup>277</sup> „General principles of law, *lex mercatoria* or the like“, podle Preambule PICC

<sup>278</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 179

<sup>279</sup> Např. O. Lando, *Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations*, *The Kings College Law Journal*, 1996 - 1997, str. 55, 60 a dále



komory,<sup>280</sup> i když tribunál jej použil jenom jako inspiraci, ne doslovně. Tento princip stojí i za zásadou podle čl. 7.2 Vídeňské úmluvy.<sup>281</sup> Zde se nabízí paralela mezi vztahem PICC jako pramenem *lex mercatoria* a mezinárodní úmluvou na straně jedné, a tzv. soft law (jako jsou výše uvedené Návoody Světové banky) a závaznými investičními instrumenty, např. dvoustrannými smlouvami o ochraně investic, na straně druhé.

Dále je podle některých názorů možno použít PICC jako prostředek pro mezinárodně užitečnou interpretaci národních zákonů<sup>282</sup> (což není v preambuli uvedeno), a to s ohledem na údajnou neschopnost domácího práva plně reflektovat specifika mezinárodních transakcí. Metodologickým základem by zde měla být komparativní a v omezené míře i anticipační metoda výkladu. Tento přístup je však obhájitelný jenom pokud by se jednalo o využití *lex mercatoria* v rámci použití jinak rozhodného práva, kterým by bylo *cizí* národní právo, kdy se zohledňuje mezinárodní charakter případu a soud má očekávatelnou snahu dojít ke spravedlivému rozhodnutí zohledňující sociálně-ekonomický rozměr případu.<sup>283</sup> V tomto kontextu by využití *lex mercatoria* mělo nepochybně význam pro jeho další rozvoj.

Tento přístup je do určité míry podporován např. nizozemskou právní doktrínou. PICC zde sehrávají významnou roli nejenom při tvorbě, ale i při interpretaci nového nizozemského práva. Podporu tímto směrem je možno pozorovat i v rámci německé právní doktríny s ohledem na vnímání všeobecných zásad ve vztahu k obecným smluvním podmínkám, jakož i s ohledem na uznání role arbitrážních rozhodnutí.<sup>284</sup> PICC samozřejmě mohou sloužit i jako modelový zákon, podobně jako Návoody Světové banky.

Podle názoru J. Hrivnáka na PICC, „tyto zásady poskytují stranám větší jistotu ve srovnání s neurčitými principy či pojmy *lex mercatoria*.“<sup>285</sup> Na jedné straně je možno hodnotit tento názor pozitivně, na straně druhé je zvláštní, že autor PICC a *lex mercatoria* odlišuje; PICC je přitom možno vnímat jako jeden z možných základních stavebních kamenů *lex mercatoria*.

Co se týče dalšího vývoje PICC, bylo rozhodnuto o provedení revize ustanovení PICC,

<sup>280</sup> ICC Award No. 8128

<sup>281</sup> Obdobný přístup viz rozhodnutí rakouského arbitrážního tribunálu (Arbitration Court of the Austrian Economic Chamber of Vienna) z roku 1994, vydán v *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1995, str. 590 a dále

<sup>282</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, str. 183

<sup>283</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 184 k tomu prosazuje názor, že tam, kde *lex mercatoria* zatím neposkytuje řešení, je nutné se obrátit na použitelný národní právní řád

<sup>284</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 191 shrnuje, že myšlenka mezinárodně užitečné interpretace domácího práva rovněž plní důležitou funkci při překonání mezer mezi domácím právním pozitivizmem a *lex mercatoria*

<sup>285</sup> J. Hrivnák, *Právo použitelné pre zmluvy v medzinárodnom obchode - kolízne pravidlá*, *Podnikateľ a právo*, 7/ 2000, str. 14

včetně rozšíření ustanovení o normy o zastoupení, postoupení práv a převzetí dluhů, cenové redukci, promlčení žaloby, smlouvy ve prospěch třetího, započtení a vzdání se práv.<sup>286</sup>

#### 4.7.2. Zásady Evropského smluvního práva Landovy komise

V evropském kontextu sleduje smluvní právo mezinárodního obchodu tendence obdobné jiným oblastem.<sup>287</sup> Roste síla názoru, že harmonizační dilema není řešeno ani cestou Římské úmluvy ani směrnicemi k přiblížení hmotného práva, neboť obojí vede k fragmentaci právních norem. Obecně je namítáno, že evropská politika v tomto smyslu nemá koncept.<sup>288</sup> První rezoluce o nevyhnutelnosti jednotného Evropského zákoníku byla přitom Evropským parlamentem přijata již v roce 1989 a poté v roce 1994.

Funkce Zásad Evropského smluvního práva (Principles of the European Contract Law of the Lando-Commission - Landovy zásady) je především ta, že se jedná o neformální alternativu k ideji Evropského zákoníku o závazcích (European Code of Obligations), dále slouží jako výchozí bod směrem k harmonizaci, návod k interpretaci harmonizovaného práva a konečně jako příspěvek ke tvorbě evropského *lex mercatoria*. Landovy zásady obecně hlavně slouží jako první krok ke konsolidaci souboru principů společného evropského soukromého práva.

Základem práce Landovy komise byla funkční komparace zahrnující i americký Jednotný obchodní zákoník, Restatement, Vídeňskou úmluvu apod. Syntéza práce první a druhé Landovy komise vyústila v roce 1999 do plné verze Landových zásad. Ty obsahují, na rozdíl od PICC, ustanovení o oprávnění zástupce. Některá ustanovení obou instrumentů vykazují velkou podobnost či jsou dokonce identická (např. pravidla *hardship* a *force majeure*,<sup>289</sup> vznik smlouvy,<sup>290</sup> nebo porušení důvěry<sup>291</sup>).

Na druhé straně, třeba čl. 6.1.14. *et seq.* PICC o veřejných povoleních nemá v Landových zásadách ekvivalent. Z hlediska interpretace stávajících norem, ale i pro nově vytvářená pravidla má význam to, že Landovy zásady obsahují komentáře, příklady a poznámky („notes“), což v PICC nenalezneme (viz čl. 1.106(1)). V této

<sup>286</sup> Podle údajů z prvního zasedání Pracovní skupiny pro přípravu druhého rozšířeného vydání PICC

<sup>287</sup> Evropská komise vyjádřila názor, že nepokládá čl. 3h a 100, 100a EU smlouvy za dostatečný základ pro vytvoření a implementaci obsažného evropského smluvního práva. Ani implementace primární komunitární legislativy nemůže sloužit jako prostředek pro obsažnou unifikaci soukromého práva

<sup>288</sup> Doslovně „this approach covers highlands of contract law which is lit by the sun of topicality while the depressionis of its general notions and concepts are left untouched.“ Kotz, *Festschrift Zweigert*, str. 481, 485

<sup>289</sup> Čl. 6.111, 8.108 Landových zásad v. čl. 6.2.1., 7.1.7. PICC

<sup>290</sup> Čl. 2.101 *et seq.* Landových zásad v. čl. 2.1. *et seq.* PICC

<sup>291</sup> Čl. 2.302 Landových zásad v. čl. 2.16 PICC

souvislosti čl. 1.106(1) určuje, že nejenom výklad, ale i *další rozvoj* Landových zásad má být veden jejich základním účelem. Naopak svoboda formy podle čl. 1.2 PICC nemá v Landových zásadách ekvivalent.

Preambule Landových zásad, stejně jako u PICC, stanoví vícero možností použití, a to odkazem *nebo* volbou práva.<sup>292</sup> Zásady je možno použít i v případě odkazu na „všeobecné právní zásady“, „lex mercatoria nebo podobně“. Jako v případě PICC, i zásady mají stejně autonomní postavení ohledně možností odklonu od nich. Na rozdíl od PICC je možné použití Landových zásad i v případě neučinění volby práva (což je podle Bergera nebezpečné). Další oblast použití spočívá v anticipační metodě interpretace - čl.1.101(4) je výrazněji explicitní, neboť dovoluje hledání nových řešení, pokud tak nečiní použitelné právo, a umožňuje tak rozvoj komparativní metody výkladu národního práva. Dále podle čl. 107 je možno použít Landovy zásady s vhodnými modifikacemi ke změně nebo ukončení platnosti smlouvy, k jednostranným slibům a jiným prohlášením atd.

Co se týče výhledů dalšího vývoje, výzkum má být zaměřen na započtení, postoupení pohledávky a převzetí dluhů, promlčení, úroky, neplatnost smlouvy z titulu rozporu s dobrými mravy, nedostatek způsobilosti a jiné důvody neplatnosti, dopravní smlouvy, všeobecné smlouvy o poskytování služeb, finančních služeb atd.

### **3.8. Další možnosti vývoje - kodifikace lex mercatoria**

Základem tzv. plíživé kodifikace transnacionálního práva mezinárodního obchodu je spojení psaného práva s potřebnou mírou otevřeností a pružností, což není vlastní kodifikaci cestou unifikace hmotněprávní úmluvy. V této souvislosti je třeba říct, že vyhnout se jednoznačnému stanovisku k (ne)existenci lex mercatoria jako autonomního práva mezinárodního obchodu je nedostatkem Restatementu. Především je však Restatement inherentně statický, neodpovídající potřebě flexibility. Tradiční kodifikační techniky pro potřeby lex mercatoria nestačí. Pokud jde o PICC, ty samy o sobě nemohou dokazovat existenci a obsah lex mercatoria.

Inspirací pro další vývoj může být práce Komise pro mezinárodní právo, jejíž úkolem je kodifikace a rozvoj mezinárodního práva. Nová kodifikační metoda má být založena na otevřenosti a silnému příklonu ke case law, které má kvalitu potvrzující relevanci toho kterého pravidla. Plíživá kodifikace lex mercatoria podle Bergera<sup>293</sup> zahrnuje všeobecné zásady práva, kodifikační práce institucí, case law mezinárodních tribunálů, modelové instrumenty a všeobecné obchodní podmínky, a konečně i funkční komparativní analýzu autorů, kteří často vystupují jako arbitři (pro práci na PICC nebyly nálezy

<sup>292</sup> Čl. 1.102(2) Landových zásad

<sup>293</sup> K. P.Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 211

tribunálů výrazně zohledněny). Tento otevřený systém tak dokáže odpovídat na potřeby „práva v akci“. Bergerův seznam principů *lex mercatoria* je podle něj použitelný i v případě potřeby vytvoření nového pravidla. Otázkou zůstává, který seznam a proč má být určující pro daná pravidla. Podle autora je jeho seznam vhodný především proto, že obsahuje možnost práce s komparativním odkazy, které mají vést ke stejnému pravidlu.

V každém případě nejsou výše uvedené instrumenty prvými pokusy v dané oblasti: Ripertova kolekce všeobecných principů soukromého práva použitelná v oblasti veřejného práva se datuje do roku 1933.<sup>294</sup> V roce 1953 Bin Cheng a v roce 1956 Josef Esser<sup>295</sup> shrnuli zásady všeobecného mezinárodního práva zahrnující pravidla odvozená jak ze soukromého, tak i z veřejného práva. Tyto pokusy však byly limitovány rámcem čl. 38 (1)(c) Statutu Mezinárodního soudního dvora, tedy oblastí všeobecných právních zásad nezohledňující *case law* nebo zvyklosti.<sup>296</sup> Z novějšího období je třeba se zmínit o publikaci v rámci Regionálního centra pro mezinárodní obchodní arbitráž z roku 1997 (Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration), která obsahuje 26 principů velmi podobných Bergerově seznamu. Jedná se o první shrnutí těchto principů v rámci renomované mezinárodní arbitrážní instituce. Konečně, nálezev ICC č. 8365 z roku 1966 obsahoval osm principů, které podle tribunálu jsou součástí *lex mercatoria*.<sup>297</sup>

Efektům vytváření seznamů principů je autonomizace, resp. konsolidace systému, a v neposlední řadě vyvracení argumentů o *heterogenním* souboru *lex mercatoria*. Taková konsolidace má mimo jiné význam i pro uznávání rozhodnutí podle ní, neboť rozhodovací praxe je při tvorbě seznamu silně přítomna, jak dokládá Rezoluce o transnacionálních právních principech přijatých Mezinárodním právním sdružením (International Law Association – ILA) v roce 1992 v Káhiře. Rezoluce uvedla do přímé souvislosti vztah mezi platností arbitrážních rozhodnutí vycházejících z *lex mercatoria* a konsolidací a stabilizací transnacionálního práva mezinárodního obchodu.<sup>298</sup>

Seznam, který předkládá Berger, má otevřený charakter, nevylučuje tedy funkční komparaci; naopak, oba přístupy, tedy komparace i vytváření seznamu, se doplňují. Výrazem koexistence je „vzájemné obohacování rozhodovací praxí mezinárodní

<sup>294</sup> Ripert, *Les Regles du Droit Civil Applicables Aux Rapports Internationaux*, Rec. Cours, 1933

<sup>295</sup> Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956

<sup>296</sup> Dále je možno se zmínit o iniciativách Institutu mezinárodního obchodního práva a praxe (Institute of International Business Law and Practice) v rámci ICC v roce 1993 a Výboru pro mezinárodní obchodní arbitráž (Committee for International Commercial Arbitration) v rámci ILA. Mezi popřední autory v této oblasti patří Goldman, Fouchard, Schmitthof, Mustill, Paulsson, Blessing, Molineaux, Magnuss, Ferrari

<sup>297</sup> ICC Award No. 8365, *Clunet* 1997, at 1078, 1079 *et seq.* - *pacta sunt servanda*, dobrá víra, povinnost vyjednat v dobré víře, zánik (resolution) smlouvy v případě podstatného porušení, zákaz zabránění plnění vlastní povinnosti cestou úmyslného jednání, *venire contra factum proprium*, výklad smluv podle „*ut res valeat quam pereat*“ a nakonec zásada implikovaného souhlasu jednáním

<sup>298</sup> Jak argumentuje K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 217

arbitráže a seznamem.“ Systém je tak otevřený, kdy dochází k precizaci starých a objevování nových pravidel, což je podpořeno „stálým dialogem mezi arbitrážní praxí, právní vědou a akademickou institucí odpovědnou za seznam.“<sup>299</sup> Nicméně důležitým aspektem je otevřenost systému ve vztahu k potřebě právní jistoty, i když podle autora je zde stupeň právní jistoty dostatečný. Použití *lex mercatoria* přitom osciluje mezi rozhodnutím podle *equity* a rozhodnutím psaného práva. Konceptně je seznam postaven na kombinaci zásad a detailních pravidel.

Komparativní analýza zde zahrnuje různorodé instrumenty: Úmluvu OSN o mezinárodní koupi zboží, Haagský zákon o prodeji zboží, Vídeňskou úmluvu o smluvním právu, UCPDC a Jednotná pravidla pro záruky Mezinárodní obchodní komory, INCOTERMS, práce na „Standard Communication Agreement Pertaining to Electronic Data Interchange (EDI a EDI-Lite)“, vyjádřené v Modelovém zákoně o elektronickém obchodě v rámci UNCITRAL, SWIFT, CHIPS a jiná mezinárodní platební schémata, Všeobecné podmínky pro dodávku strojů a zařízení pro vývoz v rámci Hospodářské komise OSN, Všeobecné podmínky pro dodávku mechanických, elektronických a souvisejících produktů, všeobecné podmínky podle organizace FIDIC (FIDIC Red Book) atd.

I tento výčet naznačuje kromě jiného potřebu interdisciplinárního přístupu k problematice, resp. existenci mezinárodního „ekonomického“ práva, kde dochází k pronikání mezinárodního práva soukromého a mezinárodního práva veřejného. V rámci tohoto přístupu je třeba se zamýšlet nad možnostmi legislativní techniky<sup>300</sup> a následně nad požadavkem zohlednění specifík jednotlivých oborů mezinárodní obchodní výměny, tedy tím, co se již dnes označuje např. jako *lex petroli*a, *lex informatica* nebo *lex constructionis*. Pro další vývoj *lex mercatoria* je důležitá *koordinovaná* snaha center reflektujících jednotlivá pravidla ve svých seznamech či jiných instrumentech. V každém případě je třeba při posuzování legitimacy a kvality norem *lex mercatoria* vycházet z praktických možností a uplatnění těchto pravidel, z míry jejich využívání v rámci mezinárodní obchodní komunity a jejich uznávání ze strany arbitrážních tribunálů, ne z dogmatického odmítání *lex mercatoria* podloženého pouze právní teorií.

## 5. Závěr

Analýza pojednaných témat poukazuje na některé typické rysy národní a mezinárodní regulace rozhodného práva v závazkových vztazích mezinárodního obchodu.

<sup>299</sup> K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 219

<sup>300</sup> Jak prezentuje svůj názor K. P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 228: „The perspective has changed dramatically and the question is no longer ‘lex mercatoria: yes or no?’ but ‘lex mercatoria: when and how?’“

V moderních právních řádech se obecně prosazuje výrazná míra autonomie smluvních stran směrem k volbě práva neomezované objektivní podmínkou vztahu smlouvy k danému právnímu řádu. Vůle stran je tedy výrazně normotvorná ve smyslu možnosti výběru toho kterého právního řádu, přičemž je již v převážné míře odmítán jakýkoli požadavek na faktické spojení; smluvní strany nejsou v této otázce omezovány. Co se týče vztahu klauzule o volbě práva a platnosti, resp. existence smlouvy, vývoj jde celkově směrem k uznání samostatné existence doložky o volbě práva. Za zdroj a určující faktor autonomie je nicméně obecně považováno *lex fori*. Myšlenka „volně kroužící autonomie“ není dominantním teoretickým směrem a v praxi se prosazuje jenom sporadicky.

Na druhé straně určitá soudní rozhodnutí a díkce některých mezinárodních instrumentů otevírají možnost pro větší praktické prosazení se „volně kroužící autonomie“ do budoucna. Nicméně takto rozvinutá autonomie znamená podstatnou revizi pohledu na roli státu, neboť nadnárodní přístup ke smluvní autonomii, který znamená např. možnost odmítnutí změn v právním řádu nastalých po provedené volbě práva (resp. jinak nutnosti souhlasu stran s těmito změnami), vede k rovnocennému postavení národního či mezinárodního práva a „transnacionálního“ práva mezinárodního obchodu. Tato míra smluvní autonomie je však ze strany národních právních řádů obecně odmítána; její zastánci jsou především některé akademické autority.

Jinak je tomu v případě některých dílčích otázek, kde se postupně smluvní autonomie stále víc prosazuje. Mezi ně patří otázky možností změny (volby) práva a dodatečné volby práva, volby několika právních řádů, v některých oblastech i možnosti stabilizace či zmrazení práva v daném čase. Přitom je žádoucí, aby toto využití daných možností nezasahovalo do právního postavení třetích osob a především do platnosti smlouvy. V rámci smluvní autonomie je opouštěn princip předpokládaného úmyslu a hledá se, při neexistenci výslovného úmyslu zvolit si dané právo, objektivní kritérium pro určení použitelného práva, ať už je to výše uvedený nejužší vztah nebo těžiště smlouvy podle práva USA.

Pokud jde o unifikační snahy, je nadále patrný konflikt a současně vzájemné kompromisy mezi právními kulturami, jako je tomu v případě Vídeňské úmluvy o smlouvách o mezinárodní koupi zboží nebo Římské úmluvy o právu použitelném na smluvní vztahy. Zde je třeba konstatovat, že dosažená úroveň mezinárodní unifikace v rámci přímé metody není dostatečná. Typickým příkladem je Vídeňská úmluva, především rozpory ohledně článků 14 a 55 Úmluvy o formálních požadavcích kupní smlouvy. Rozsah Vídeňské úmluvy je (nejenom) tím zúžen a způsob použití komplikován. I když je Úmluva často prezentována jako úspěch unifikace, pro opačný názor je možno nalézt dostatek argumentů. Jelikož v otázkách jí upravených není tak určitá, v standardních formulářích vytvořených obchodními asociacemi je její použití

někdy vylučováno. Dále, Vídeňská úmluva, stejně jako jiné úmluvy, není uchráněna rozporného výkladu jejích ustanovení.

Obdobná charakteristika se týká i dalších mezinárodních instrumentů. I když pozitivem metody přímé je určení práva a povinností adresované přímo stranám smlouvy, úmluvy trpí společnými negativními rysy mezi které patří malý počet států jimi vázaných, značná možnost (využitých) výhrad (včetně principiální otázky rozsahu použitelnosti), různé verze a různá míra závaznosti té které úmluvy pro daný stát, případně příliš úzký věcný rozsah. Kritika výsledků unifikačních snah v oblasti metody přímé neznamená popření pozitivního přínosu mezinárodních úmluv. Na druhé straně tyto výsledky nedávají perspektivu dostatečně obsažné, komplexní a funkční regulace.

O překonávání stávajících rozdílů mezi národními právními úpravami mezinárodního práva soukromého se pokouší rovněž metoda kolizní v podobě Římské úmluvy o právu použitelném na smluvní vztahy, resp. v podobě Meziamerické úmluvy. Obě přináší některé zajímavé momenty. Význam kolizní unifikace v podobě Římské úmluvy přitom vychází z argumentu, že harmonizace či dokonce unifikace hmotných norem nestačí držet krok s odbouráváním hranic v mezinárodním obchodě. Úmluva má navíc, s ohledem na svůj záběr, dopad přesahující hranice evropského kontinentu. Kromě toho stanoví, že každá územní jednotka, pokud má vlastní pravidla ohledně smluvních závazků, je pro účely použití Úmluvy pokládána za zemi, takže Úmluva se vztahuje na smluvní závazky v jakékoli situaci zahrnující volbu mezi zákony různých území. Římská úmluva vytváří předpoklady pro konvergenci evropského kontinentálního a anglosaského práva a zaujímá i jednoznačné stanovisko k některým důležitým otázkám, jako je vztah doložky o volbě práva a smlouvy samotné.

I zde se však projeví různé zájmy různých států ve formě výhrad, především v případě cizích nutně použitelných norem nebo pravidel o dosahu použitelného práva na důsledky neplatnosti smlouvy. Navíc Úmluva přináší určitá rozporuplná ustanovení, jako je tomu v případě čl. 3.3, který je podle některých názorů, pokud jde o zvyšování a stabilizaci smluvní autonomie, *de facto* krokem zpět. Ani konstrukce velmi důležitých pravidel o určení rozhodného práva v případě neučinění volby práva podle čl. 4 nejsou bez pochybností. Je otázkou, do jaké míry bude Římská úmluva znamenat pokrok na cestě další harmonizace v oblasti práva použitelného na smluvní vztahy.

Ve vztazích neupravených mezinárodními úmluvami přetrvávají rozdíly v podstatných otázkách jako např. kriteria pro navázání. Šíře metod sahá od typicky kolizních ukazatelů nejužšího vztahu podle místa podnikání strany poskytující charakteristické plnění až po snahy o různá alternativní řešení, kde dochází ke směšování principů kolizního a hmotného práva. Konfrontace různých právních kultur v této otázce by měla přinést efekt vzájemného ovlivňování, např. tendenci evropského kontinentálního práva

směrem k příklonu k pružnějším posuzování kolizně právních otázek. Bez ohledu na specifické podmínky fungování různých metod v rámci práva USA, vzájemná interakce je žádoucí. Tyto z pohledu evropského kontinentálního práva specifické metody nicméně samy o sobě neposkytují zásadní řešení; nedostatky jsou především vágnost a neurčitost pravidel. Navíc tyto metody směřují proti principům kolizního práva.

Na druhé straně kolizní normy samotné již ze své podstaty nejsou schopny plně zohlednit kvalitu hmotných norem, na které odkazují. Bez problémů není ani použití obecného principu nejvyššího vztahu na specifické a často komplikované vztahy založené celým souborem smluv, kde hledání těžiště souboru kontraktů může být místy poměrně komplikované.

Nedostatečná shoda panuje i v oblasti nutně použitelných norem. Existuje konsensus o použití mezinárodních kogentních norem fora, méně již o normách *lex causae*, které hájí zájem státu *lex causae*. To se týká obecných otázek vztahu smluvní autonomie k těmto normám, resp. kritérií jejich použití. Specifickým problémem je použití (či zohlednění) nutně použitelných norem třetího státu. Zde žádný konsensus, jak dokládá Římská úmluva, neexistuje, i když sílí podpora pro jejich zohlednění při použití vhodného práva nebo veřejného pořádku fora. Výraznou roli by v této otázce měla sehrát idea rozhodovací harmonie, aspekt uznávání cizích rozhodnutí, důraz na sdílené zájmy a hodnoty a v rámci svých možností i unifikace kolizních norem. Pokud jde o hmotněprávní ustanovení národních právních řádů obecně, ty se (ve spojení s rozhodovací praxí a právním klimatem daného právního prostředí) mohou jevit nedostatečné při regulaci smluv s mezinárodním prvkem.

Do popředí se tak dostává otázka legitimacy a možností transnacionálního práva mezinárodního obchodu, tedy *lex mercatoria*. Výše uvedené argumenty proti námitkám o *lex mercatoria* představují základní zdůvodnění jeho místa v mezinárodních obchodních transakcích. *Lex mercatoria* představuje *de facto* vrchol smluvní autonomie, neboť se v nejvyšší míře vzdaluje od dosahu státní suverénní moci. Pozice *lex mercatoria* však nemůže být dána jenom vahou teoretických argumentů. Právě zde má největší význam prosazení tohoto souboru norem jako autonomního systému v *praxi*.

Mezinárodní, jiným než národním právem určený princip autonomie je možno pozorovat u rozhodčích soudů nadnárodního charakteru. Jinak národní soudy nebo národní rozhodčí soudy určují (i) přípustnost volby práva, dále (ii) to, zda k ní vůbec došlo, (iii) zda se použijí nutně použitelné normy fora, které způsobí případnou neplatnost volby práva či nahrazení zvoleného práva v míře jeho rozporu s nutně použitelnými normami, (iv) v jaké míře se použijí nutně použitelné normy zvoleného právního řádu, především ve vztahu k ochraně veřejného pořádku a rozhodují (v) rovněž o použití nutně použitelných norem třetího státu. U nadnárodní arbitráže tato již



nekontroluje proces výběru práva. Národní právní řád bude relevantní, jenom pokud dojde k výběru tohoto práva stranami.

Nadnárodní rozhodčí soud bude dále zohledňovat nutně použitelné normy národního právního řádu především s ohledem na výkon rozhodnutí a nutně použitelné normy práva sídla tribunálu, pokud rozhodnutí arbitráže podléhají kontrole místních soudů. U nadnárodního rozhodčího řízení nemá relevanci ideologická námitka státní suverenity, nicméně poněkud jinak je tomu u námitky nemožnosti prověření správnosti rozhodnutí s ohledem na neurčitost obsahu právních norem.

Přitom u vztahu *lex mercatoria* a národních právních řádů se nejedná o vztah antagonistický. „Teorie *lex mercatoria* respektuje skutečnost, že žijeme v době národních právních řádů. *Lex mercatoria* je odvozeno z národních právních řádů a respektuje suverenitu států. Vztah mezi *lex mercatoria* a národními právními řády je vztahem koexistence...“<sup>301</sup> Čl.10 Meziamerické úmluvy, resp. čl. 42 Washingtonské úmluvy, znamená výrazný posun směrem k podpoře *lex mercatoria*, neboť stanoví možnost volby *lex mercatoria*, resp. „rules of law“. Tato ustanovení jenom reflektují specifický charakter vztahů v rámci mezinárodního obchodu, kde jsou žádoucí flexibilní pravidla, která ovšem musí tvořit přehledný a funkční systém. Rozhodující pro další vývoj by pro *lex mercatoria* měla být praxe včetně rozhodování arbitrážních institucí, ve spojení s dostatečnou publicitou norem a rozhodnutí. Samotná tvorba pravidel, zcela odlišná od národní legislativy či tradičních forem unifikace, nemůže postačovat, byť by vycházela ze zdrojů s nejvyšší autoritou. V každém případě by toto „law in action“ nemělo být *a priori* odmítáno, naopak je žádoucí postupně dospět k odpovědi na otázku, zda by *lex mercatoria* mohlo v budoucnu převzít roli jiných tradičních instrumentů práva mezinárodního obchodu.

---

<sup>301</sup> N. Rozehnalová, *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*, MU Brno, 1994, str. 39

## Seznam použité literatury:

- Atiyah P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press Oxford, 1971
- Berger K. P., *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 1999
- Boggiano A., *International Standard Contracts: The Price of Fairness*, Aspen Pub., 1991
- Bonnell M. J., *The UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose?*, *Uniform Law Review*, 14/ 1996
- Bonomi A., *Mandatory Rules in Private International Law*, *Yearbook of Private International Law*, I/ 1999
- Briggs A., *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2002
- Craig W. L., Park W. W., Paulsson J., *International Chamber of Commerce*, Oceana Publications, 1990
- Fawcett J. J., Torremans P., *Intellectual Property and Private International Law*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1998
- Fentiman P., *Foreign Law in English Courts*, Oxford University Press, 1998
- Ferrari F., LLM, *Forum Shopping Trotz internationaler Einheitsrechtskonventionen*, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 3/2002
- Folsom R. H., Gordon M. W., Spanogle J. A., JR., *International Business Transactions*, West Publishing Co., 1996
- Goldman B., *The Applicable Law: General Principles of Law - The Lex Mercatoria*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987
- Hrivnák J., *Právo použiteľné pre zmluvy v medzinárodnom obchode – kolízne pravidlá*, *Podnikateľ a právo*, 7/ 2000
- Kalenský P., *Ke kolízní problematice vzniku obligáčních smluv*, *SMP* 1961, sv. VI.
- Kanda A., *Mezinárodní kupní smlouva*, Praha: Academia, 1988
- Koppenol-Laforce M. et al., *International Contracts*, Sweet & Maxwell, 1996
- Kučera Z., *Kolízní otázky právních vad zboží*, ČMP, 1968
- Kučera Z., *Mezinárodní právo soukromé*
- Kučera Z., Tichý L.: *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním*, Komentář, Praha 1989
- Lando O., *Does the European Union need a Civil Code?*, *Recht der Internationaler Wirtschaft*, 1/2003
- Lando O., *Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations*, *The Kings College Law Journal*, 1996 - 1997
- Lando O., *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1985
- Lasok D., *Conflict of Laws in the European Community*, 1987

- Leflar R., McDougall III R. F., Felix R., American Conflicts Law, Transnational Publishers, Inc, 2001
- Lew J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, Oceana Publications, 1978
- Lowenfeld A. F., Lex Mercatoria: an Arbitrator's view, Lex Mercatoria and Arbitration, 1990
- McLachlan C., Splitting the Proper Law in Private International Law, British Yearbook of International Law, 1990, Vol. 61
- Mertens H. J., Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law? Global Law without a State, Export Trade: The Law and Practice of International Trade, 1990
- Morris J., Torts in the Conflict of Laws, 1949, 12 Modern L. Rev. 248
- Morris J., The Proper Law of a Tort, 1951, 64 Harv. L. Rev. 881
- Morris J., Cheshire, The Proper Law of a Contract in the Conflict of Laws, 1940, 56 L.Q.R. 320
- Morris J., McLean D., The Conflict of Laws, 1993
- Mustill M., The New Lex Mercatoria, The First Twenty-five Years, Bos and Brownlie, 1988
- Nassar N., Sanctity of Contracts Revisited, Martinus Nijhoff Publishers, 1995
- North P., Essays in Private International Law, Oxford University Press, 1993
- Nygh P., Autonomy in International Contracts, Oxford University Press 1999
- Pauknerová M., K některým stále aktuálním otázkám obchodních smluv s mezinárodním prvkem, Právní praxe v podnikání, 11/94 a 12/94
- Pauknerová M., Koncepce odpovědnosti dopravce v mezinárodních úmluvách o přepravě zboží, Právník, 1981
- Pauknerová M., Tzv. nutně použitelné normy před Rozhodčím soudem při HK ČR a AK ČR, Právní praxe v podnikání, 7 - 8, 1996
- Petrovský A., Nový dohovor o mezinárodně železniční přepravě, Právní obzor, 1986
- Plender R., The European Contracts Convention, Sweet & Maxwell, 2001
- Rozehnalová N., Doložky o právním režimu a o řešení sporů v případě smluv v mezinárodním obchodním styku, Právní rádce v podnikání 1 - 2/ 1998
- Rozehnalová N., K ustanovením zákona o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů dotýkajících se řešení mezinárodních obchodních sporů, Právník 1995 (ASPI)
- Rozehnalová N., Leasingová smlouva z pohledu mezinárodního práva obchodního, Právník, 1992
- Rozehnalová N., Rozhodčí řízení v obchodním styku, ASPI Publishing, 2002
- Rozehnalová N., Transnacionální právo mezinárodního obchodu, MU Brno, 1994
- Rühl H., Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft, 1931
- Salač J., K aktuálním otázkám volby práva ve smlouvách v mezinárodním obchodním styku, Právní rozhledy, příloha Evropské právo, 5/2003

- Schmitthof C. M., *The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation*, 1964
- Schmitthof C. M., *Schmitthof's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, Sweet & Maxwell, 1991
- Týč V., Rozehnalová N., R. Záleský, *Vybrané problémy mezinárodního práva soukromého v justiční praxi*, Masarykova univerzita Brno, 1997
- Vích J., *Právní úprava závazkových vztahů v mezinárodním obchodu*, Ek. 96, 43 : 73
- Vischer F., *General Course on Private International Law*, 1992