

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA

No 375

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY

řada teoretická

Svazek č. 375

ZÁVAZKY ZE SMLUV A JEJICH PRÁVNÍ REŽIM

(se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)

Naděžda Rozehnalová

Masarykova univerzita

Brno, 2010

Tato monografie je výstupem z Výzkumného záměru – Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004.

Recenzoval: prof. Dr. et Mgr. Ing. Dr.h.c. Alexander Bělohávek

© 2010 Naděžda Rozehnalová

© 2010 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-5240-6

OBSAH

VYMEZENÍ ZÁKLADNÍCH VÝCHODISEK A CÍLŮ PRÁCE..... 7

I. CHARAKTERISTIKA PROSTŘEDÍ A ZDROJE PRÁVNÍ

ÚPRAVY 18

- I.1. Místo úvodu 18
- I.2. Mezinárodně unifikované právo v universálním rozměru 28
- I.3. Unifikace v regionálním rozměru 40
- I.4. Dvoustanné smlouvy jako bilaterální unifikace 47
- I.5. Nestátní právo v mezinárodním obchodě..... 53

II. KOLIZNÍ ÚPRAVA ZÁVAZKŮ ZE SMLUV 57

- II.1. Nařízení Řím I – základ kolizního smluvního práva 57
- II.2. Slučitelnost komunitární a mezinárodní úpravy kolizního práva 212

III. UNIFIKOVANÉ HMOTNÉ NORMY – VÝCHODISKO

ÚPRAVY? 219

- III.1. Hmotné a kolizní právo 219
- III.2. Hmotné právo a lex mercatoria 224

IV. LEX MERCATORIA 228

- IV.1. Úvod..... 228
- IV.2. Akademické mlžení či rozhodovací praxe 230
- IV.3. Zdroje úpravy či součásti lex mercatoria 237
- IV.4. Aplikace 239

V. ZACHÁZENÍ S CIZÍM PRÁVEM PŘED NÁRODNÍMI**SOUDY 242**

V.1. Úvod a seznámení s problematikou 242

V.2. Zacházení s cizím právem před českými soudy 245

VI. ZÁVĚR..... 252**PŘEHLED LITERATURY 257**

VYMEZENÍ ZÁKLADNÍCH VÝCHODISEK A CÍLŮ PRÁCE

Východiska a metody zkoumání. Situace na poli tzv. evropského mezinárodního práva soukromého a procesního se zásadně liší od doby, kdy jsme se začali koncem devadesátých let minulého století spolu s dalšími kolegy z brněnské právnické fakulty systematicky zabývat evropskými normami upravujícími soukromoprávní vztahy s mezinárodním, resp. jak je dnes i uváděno „přeshraničním prvkem“.¹ Změnilo se mnohé. Vedle samotných pravomocí Evropských společenství (Evropské unie), zásadně posílených Amsterodamskou smlouvou, se změnil co do své šíře předmět zkoumání a změnila se hloubka analýz norem, které upravují právní vztahy spadající do okruhu našeho zkoumání. Další posun – sice již ne tak výrazný pro námi sledovanou oblast – přináší Lisabonská smlouva.²

Změnily se v té době existující prameny, a to zejména svou transformací z původních zdrojů úpravy (mezinárodní smlouvy) do komunitárního zdroje úpravy – nařízení. Objevily se nové problémy a současně se objevila i jejich řešení. Jako příklad nám mohou sloužit bilaterální smlouvy obsahující úpravu soukromoprávních vztahů s cizím prvkem a uzavřené před vstupem do Evropských společenství mezi budoucím členským státem a státem třetím.³ Zkoumání byla postupně obohacena i analýzou rozhodovací čin-

¹ Novotná, M., Rozehnalová, N., Týč, V., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Brno: MU, 1998. Rozehnalová, N., Týč, V., *Evropský justiční prostor v civilních otázkách*. Brno: MU, 2001.

² Smlouva o fungování Evropské unie, článek 81.

³ Nařízení Rady (ES) č. 664/2009 ze dne 7. července 2009, kterým se zřizuje postup pro sjednávání a uzavírání dohod mezi členskými státy a třetími zeměmi o příslušnosti, uznávání a výkonu rozsudků a rozhodnutí ve věcech manželských, věcech rodičovské zodpovědnosti a věcech vyživovacích povinností a o právu rozhodném ve věcech vyživovacích povinností. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 662/2009 ze dne 13. července 2009, kterým se zřizuje postup pro sjednávání a uzavírání dohod mezi členskými státy a třetími zeměmi ve zvláště vymezených věcech v oblasti práva rozhodného ve smluvních a mimosmluvních závazkových vztazích

nosti Evropského soudního dvora, alespoň pokud jde o Úmluvu Brusel I⁴ a následně nařízení Brusel I. Objevily se první názory generálních advokátů a první rozhodnutí k Úmluvě Řím I. Posuny v legislativě změnily okruhy zkoumaných otázek.

V českém právním prostředí se zejména ve druhé polovině tohoto desetiletí objevila řada kvalitních prací, které rozebírají jednotlivé normy a otázky s nimi spojené.⁵ Předmět této publikace musí proto být – abychom pouze neopakovali totéž, co již bylo řečeno – postaven poněkud jinak. Je nutné jej uchopit méně tradičně a pokusit se ukázat další rozměr celé problematiky. Tím se konkretizuje, alespoň pro materii zachycenou v této monografii, i záměr, který jsme původně při zahájení nové fáze zkoumání tzv. evropského justičního prostoru po vstupu ČR do Evropských společenství v roce 2004, měli. Na jednu stranu je předmět monografie zúžen na jednu z dílčích oblastí evropského justičního prostoru, na stranu druhou je rozšířen o zachycení působení všech norem regulujících předmětnou oblast zkoumání. Pozornost je věnována tam, kde dochází k možným průnikům, i problematice interakce práva vnitrostátního a evropského.

Krátce se zastavme u konstatování uvedeného v předposlední větě předchozího odstavce. Upozorňuje nás na jev, který považujeme za jeden z fenoménů současné právní regulace soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. Je to **mnohost zdrojů** právní úpravy bortící představy o hierarchii právních norem tak, jak ji známe z dřívějších úprav vnitrostátních. K tomu přistupuje **determinace** daná formou řešení sporu (soudní, rozhodčí řízení tam, kde je spor arbitrabilní) a v neposlední řadě také **stanovisko** procesních norem k aplikačním otázkám. Nikoliv nepodstatní nejsou ani **tvůrci těchto norem včetně prostředí**, v němž normy vznikají. Otázka vlivu nestátního práva (někdy zvaného také jako soft law) může být obdob-

⁴ Přehled judikatury k problematice interpretace části Bruselské úmluvy a k problematice pravomoci dle této úmluvy lze nalézt v časopise Právní fórum 2007.

⁵ Pauknerová, M., Evropské mezinárodní právo soukromé. Praha, 2008. Rovněž také Bělohlávek, A. J., Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Praha, 2007. Bělohlávek A. J., Římská úmluva/Nařízení Řím I, I a II. díl. Praha: C. H. Beck, 2009. Vzhledem ke skutečnosti, že v další části práce bude využíváno jednotlivých pramenů v obou rozsáhlých publikacích uvedených, dovolíme si zde uvést jen odkaz na výčet literatury připojený k oběma obsáhlým publikacím.

ná na obou úrovních, tj. národní i mezinárodní. Ve skutečnosti jsou však pro tzv. *lex mercatoria* doménou vztahy mezi mezinárodními obchodníky. Zde umocněnou nejenom možnými různými doktrinálními východisky pro aplikační přednost, ale především také případným využitím nejenom v rámci hmotně právní autonomie stran, ale také v rámci autonomie kolizní – volby práva. Do tohoto prostředí vstupují Evropská společenství se svou vizí společného evropského justičního prostoru. Tato síť zdrojů právní úpravy, mnohost metod úpravy ať již v rámci jednoho právního řádu či systému práva, nebo napříč systémy, interakce práva hmotného a kolizního s právem procesním, přijímání či odmítání pozice nestátního práva – to vše je realitou dnešní právní regulace vztahů právě v mezinárodním smluvním právu. Nesporně si tak zaslouží pozornost nejenom analýza jednotlivých norem, jednotlivých zdrojů, ale především analýza vzájemných vztahů zdrojů a metod. Je totiž otázkou, zda jsou jednotlivé prameny vůči sobě „přátelské“ a kompatibilní. Tím rozumíme nejenom to, zda tyto normy jsou navzájem způsobilé se doplňovat při právní regulaci jednotlivého případu, ale také zda jsou způsobilé vytvářet vhodné východisko pro aplikaci jiného zdroje úpravy. Například zda hmotné unifikované právo vytváří či nevytváří prostor pro aplikaci nestátních prostředků atd. Zde jen upozorňujeme na zcela netradiční prolínání mezinárodní smlouvy a nařízení. To, že jen upozorňujeme, je dáno tím, že se tato otázka týká problematiky výživného, nikoli námi sledované problematiky závazků ze smluv. Nicméně jde o jev nesmírně zajímavý a v dalším odkazujeme i na českou literaturu, která analyzovala toto využití.⁶

Máme-li poněkud zjednodušeně nastínit podstatu navrhovaného uchopení zkoumané problematiky, uvedli bychom ji jako **funkčně-systémovou analýzu působení norem různého původu a různého určení při regulaci vztahů v oblasti závazků ze smluv tam, kde tyto obsahují mezinárodní prvek, a to pro případ řízení před soudy na území Evropských společenství, respektive České republiky. Je otázkou, zda se v případě střetu těchto norem jedná o střet aplikační (a tudíž je nutné řešit otázku apli-**

⁶ Sehnálek, D., Turoňová, J., Nařízení o výživném a postavení mezinárodních smluv v Evropské unii. Právník: teoretický časopis pro otázky státu a práva, č. 3, 2010.

kační přednosti), nebo lze i zde identifikovat hierarchii zdrojů právní úpravy.

Důvodů, proč je předmět monografie omezen na smlouvy, je řada. Svůj vliv sehrává i ona skutečnost, že i přes proklamovaný vývoj a rozvoj vyšších forem státní a politické integrace je podstatou Evropských společenství ekonomická integrace států. Jako taková je determinována rozvojem především ekonomické spolupráce. A pro její rozvoje sehrávají právě smlouvy základní roli. Otázky nepřímou související s touto oblastí, resp. představující doprovodné efekty volného pohybu osob jako je úprava věcí rodinných a manželských i přes význam, který má tato problematika, ponecháváme stranou zkoumání. V jejich případě jsou jak dopad mezinárodně jednotných hmotných norem, tak existence nestátního práva vyloučeny. Rovněž vzhledem k míře globalizace ekonomických vztahů vykazují vztahy v oblasti přímé mezinárodní ekonomické spolupráce odlišnosti. Ty jsou dány mimo jiné i tím, že řada těchto norem není omezena výlučně a jenom na prostor evropský. I když mají evropský původ (viz typický kolizní normy nebo procesní normy v části pravomoci), neomezují se personálně či teritoriálně jen na oblast EU. Naopak se jedná o normy s universální působností. Proto také mohou působit spolu s normami universálními jak co do svého určení, tak co do pramenů úpravy.⁷

Analýza funkční bude užita zejména pro analýzu funkcí jednotlivých souborů zkoumaných norem v právní regulaci soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. Zohledněny budou jak základní funkce souboru norem, tak bude přihlédnuto k plnění funkcí v systému právní regulace celkové a naplnění doplňkových regulačních funkcí. **Analýza systémová** bude základem pro zkoumání vztahů v rámci systému právní regulace vztahů překračujících vzhledem k existenci mezinárodního prvku ony pomyslné hranice právního řádu jednoho státu.

V jedné ze studií, předcházející vznik této monografie, jsme se pokusili nastínit toto jiné uchopení problému. Jeho vymezení bylo definováno ná-

⁷ Termínem „universální“ označujeme normy, které upravují vztahy bez jejich vazby například na region či teritorium státu, a současně takové, které jsou upraveny pramenem, které nejsou vázány výlučně jen na jeden stát nebo na stát vůbec.

sledovně: prokázat existenci skupin norem různé povahy a různého původu, které jsou způsobilé právně regulovat vztahy s mezinárodním prvkem; poukázat na schopnost vzájemného spolupůsobení při užití různých metod regulace tzv. soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem, tzn. mimo jiné ukázat jejich vzájemné vazby, slabiny a naopak silné stránky při aplikaci, a to pokud jde o pozici před soudy obecnými. Vzhledem k omezení naší problematiky tzv. evropským justičním prostorem ve věcech civilních, se jedná o soudy členských států Evropské unie a tam, kde se jedná o vliv národního práva, soudů českých.

Stranou bude ponechána oblast práva rozhodčího. Samozřejmě, zcela ji vynechat nelze. Nicméně zastávaná doktrína a zvláštnosti týkající se například přezkoumání rozhodčích nálezů podmiňují jednak různost řešení, jednak určité otázky jsou ve výlučné a v podstatě nepřezkoumatelné pravomoci rozhodce či rozhodčího senátu. Je také otázkou, nakolik některé z řešení, i propagovaných autorsky v učebnicích, je řešením náhodným⁸ a subjektivním, či naopak se jedná o obecně přijímanou metodu či řešení. To nelze v rámci této publikace, navíc omezené rozsahově vůbec postihnout.

Předmět zkoumání. Pojmem „*sledované skupiny norem*“ rozumíme:

- **kolizní normy** jako normy určující rozhodné národní právo v soukromoprávních vztazích s mezinárodním prvkem. V námi sledovaném případě budou předmětem analýzy normy evropského původu, které postupně nahrazují v oblasti tzv. evropského justičního prostoru ve věcech civilních normy národní, avšak současně se neomezují jen na konflikty evropské. Jejich dosah je dosahem universálním jak ve smyslu řešení obecných, universálních kolizí, tak ve smyslu možností aplikace kteréhokoli národního právního řádu bez omezení. Samozřejmě, jde o dosah nikoli ve smyslu použití těchto norem před soudy států mimo státy EU, ale o dosah na kolize řešené před soudy členských států EU. Tam jsou tyto normy používány. Zmíněny budou muset být i normy, které jsou obsaženy v jiných pramenech úpravy a které mohou být – i přes tzv. univerzálnost v aplikaci

⁸ Dále odkazujeme na jiné naše práce, zejména na Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008.

norem komunitárních – aplikovány přednostně. Na mysli máme normy obsažené v mezinárodních smlouvách, zejména potom ve smlouvách o právní pomoci, které bývalé socialistické státy uzavíraly a které v řadě případů zasahují celou oblast mezinárodního práva soukromého.

- **jednotné hmotné právo**, tj. jednotné hmotné normy přímo upravující práva a povinnosti stran mezinárodních smluv. Naše zkoumání zasáhne tzv. přímé normy tam, kde jsou vzhledem k angažovanosti evropských států jako smluvních stran úmluv, v nichž jsou obsaženy, součástí jejich právních řádů, a to ve výraznější míře. Naopak stranou ponecháme iniciativy v rámci Evropské unie. Jednak již v minulosti jsme se věnovali problematice evropského soukromého práva, jednak stále je tato oblast spíše doménou nestátního práva. Nejrůznější iniciativy přicházejí a odcházejí a pokud opomeneme osvěžující komparativní výsledek, zůstává spíše řada zajímavých projektů s malým dopadem do praktické aplikace.
- **normy či soubory norem nestátního původu, resp. lex mercatoria**⁹ jako právo mezinárodních obchodníků. Tyto normy se liší od předchozích dvou skupin svým původem a v některých případech i procesem vzniku. Původ není dán legislativní činností státu či států. Tyto normy, resp. právní pravidla, vznikají buďto živelně, v praxi, nebo jsou výsledkem činnosti subjektů jiných než je stát (MOK v Paříži, obchodní svazy, akademické aktivity). Za součástí jsou považovány i normy, které jsou sice vytvářeny mezinárodními organizacemi, ale nejsou obsaženy v mezinárodní smlouvě (Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva). Ve všech těchto případech se liší tato pravidla nestátního původu od norem sice rovněž nestátního původu, ale současně korporativní povahy (typicky viz oblast sportovního práva). Námi sledovaná pravidla nejsou vázána na oficiálně potvrzenou náležitost

⁹ Termín *lex mercatoria* je v našem vnímání totožný s termínem transnacionální právo mezinárodního obchodu, právo mezinárodních obchodníků atd. Termín *lex mercatoria* je převážně užíván v akademickém prostředí, méně se objevuje například v doložkách o právním režimu smlouvy. K obsahu *lex mercatoria* dále v kapitole číslo IV.

ke korporaci. Otázka, proč nás tato pravidla zajímají v námi uvedených souvislostech, zejména potom v návaznosti na otázky právní regulace evropského justičního prostoru, má více odpovědí. V prvé řadě jsou to ony možné přesahy s problematikou tzv. evropského soukromého práva a známým souborem smluvních principů – Principy evropského smluvního práva. Současně, i když nedošlo dokonce v závěrečném návrhu a v platném znění nařízení Řím I k možnosti jejich přímé aplikace, nepřímá aplikace je možná.

Centrem a východiskem našeho zkoumání bude **kolizní právo**. Důvodů pro tento výběr je více. I přes kritiky a slabiny kolizního práva se jedná nesporně o onu oblast práva, která je způsobilá plnit své funkce i v případě, kdy je úprava včleněna jen do zdrojů národních, do vnitrostátní úpravy. Samozřejmě, svou základní funkci, tj. dospět k řešení universálně jednotnému, přináší tyto normy tam, kde jsou součástí unifikované úpravy. Do jisté míry regionální unifikace tak, jak je dnes uchopena v rámci Evropské unie je způsobilá spolu s unifikací mezinárodního práva procesního (zejména v části pravomocí soudů a zacházením s rozhodnutími soudů) přispět k jednotnému uchopení otázek a zjednodušit tak mezinárodní obchodní styk. Současně – a to je významné – kolizní normy regulují celou zkoumanou oblast soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. Nejsou omezeny jen na určité oblasti úpravy jako je tomu u jednotného hmotného práva (oblast mezinárodní ekonomické spolupráce) nebo u prostředků nestátní povahy (závazky ze smluv s účinky *inter partes*). Řešení pomocí kolizních norem je řešení náročné jak z pohledu profesních kvalit soudce i právního zástupce, tak zjevně i z pohledu ekonomického.¹⁰ Nicméně sama praxe – a o důvodech se lze často jen dohadovat – mnohdy odmítá řešení unifikované a volí řešení kolizní a návaznost na národní úpravu.

Předmětem analýzy kolizních norem bude jejich zdroj, povaha, povaha jejich řešení a funkce, kterou tyto normy mají a především analýza kon-

¹⁰ Je zřetelné, že přesně ekonomickou náročnost v právu hodnotit nelze. Lze buďto intuitivně, nebo pomocí různých metod fuzzy logiky či jiných metod vyhodnotit určité rozhodující rysy a následně se pokusit o vyhodnocení ekonomické. Zatím nejdále se zacílením na oblast mezinárodního práva soukromého šli autoři v monografii Basedow, J., Kono, T., ed: *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

krétní úpravy – zde nařízení Řím I pokud jde o normy týkající se určení rozhodného práva. Směrem k dalším skupinám norem to bude jejich funkce aplikační a chování se v oné pomyslné síti norem, schopných regulovat právní vztahy překračující ony pomyslné hranice právních řádů.

Systémové uchopení. Systémové uchopení bude uvedeno ve dvou rovnicích. Prvou z nich je systémové uchopení norem přímo regulujících zkoumané právní vztahy. Druhou z nich je uchopení systému ve vztahu k procesu uplatnění práv, konkrétně potom v interakci s normami procesními. V současnosti stále více prací poukazuje na problémy související s unifikací tam, kde nedojde k unifikaci procesních pravidel určujících zacházení s cizím právem – hmotným i kolizním.

Námi sledovanou problematiku se tedy pokusíme v samostatné části propojit s problematikou norem procesních. A to jak pokud jde o specifika oblasti mezinárodního práva procesního, tak pokud jde o zvláštnosti dané spíše použitím jednotného práva a nesjednoceného procesního práva. Podmíněnost aplikace nám může ukázat plnění či neplnění funkcí kladených na unifikované právo, ať již hmotné či kolizní.

Ještě jednu otázku je vhodné nastítnit v úvodní části, i když se s ní budeme setkávat prakticky v celé publikaci. Celou prací se prolíná jako červená nit princip autonomie vůle **jako jeden z principů ovládajících oblast soukromého práva a současně vedoucí princip pro oblast práva smluvního**. Podoby, resp. spíše projevy tohoto principu, jsou v závislosti na právní oblasti, v níž se pohybujeme, různé. Ať již je to v části kolizního práva připuštění volby právního řádu stranami smlouvy, nebo v části unifikovaného hmotného práva princip dispozice stran, nebo v oblasti procesního práva volba způsobu řešení sporů (rozhodčí řízení v. řízení před soudy obecnými), případně možnost volby soudu (prorogační dohoda), nebo v oblasti nestátního práva obchodní komunitou přijatá regulace, podstata je stejná a ve všech námi dále sledovaných otázkách se jedná o různé projevy tohoto základního principu. S tím souvisí samozřejmě druhá stránka mince – **omezení autonomie vůle stran**. Zde se více než v principu samotném objevuje propojenost všech námi sledovaných oblastí. Co tímto míníme? Například omezení u volby práva jako základního principu kolizního práva může být nejenom omezení realizované na úrovni kolizní, ale i omezení re-

alizovaná na úrovni hmotných kogentních norem. Je mnohdy otázkou, které řešení je vhodné.

Tento princip, který vychází dle některých autorů z liberálních koncepcí ovlivněných přístupem přirozeného práva, dle jiných je determinován přístupem pozitivistickým a vymezeným stanoviskem konkrétního právního řádu, představuje pro závazky ze smluv základní východisko.

Princip autonomie vůle stran bude v námi uvedené práci v jednotlivých kapitolách vyhodnocen ve svých rozmanitých podobách, které jsou vlastní námi zkoumané problematice – tj. podobě volby práva jako volby práva státu, volby právních pravidel jako volby nestátního práva či v podobě dispozice na úrovni norem hmotných a procesních. Věnovat se budeme i otázce významu a jevových forem tohoto principu, průniku různých forem a možných dalších vazeb, zejména potom vazby volby práva a volby soudu, ústících do možnosti fora shopping.

Jednotlivé kroky k uchopení předmětu zkoumání, jejich cíle a z toho vycházející struktura naší práce lze uvést následovně:

- A. V první části se budeme věnovat popisu prostředí, ve kterém se jednotlivé uvedené skupiny norem „pohybují“. Pro námi sledované vztahy – v převážné míře se jedná o smlouvy mezi mezinárodními obchodníky – je relevantní prostředí mezinárodní a prostředí regionální (zde unijní). Nicméně, vzhledem k přístupu k řešení některých otázek na úrovni vnitrostátní je to i prostředí národní, které bude sledováno. Jádrem této části bude tvořit, vzhledem k tomu, že práce se zabývá aplikací norem před národními soudy členských států EU, definice tzv. evropského justičního prostoru v jeho dynamické složce, s definováním tzv. univerzálního dosahu některých norem a s připomenutím nového trendu napojení unijních norem na normy univerzální tak, jak se to projevilo v jednom z naposledy přijatých nařízení.¹¹ Jak již bylo uvedeno v úvodu, nejedná se o nařízení z oblasti závazkového práva, nicméně v jeho případě nás zajímá jev samotný, nikoli obsah norem. Alespoň krátce

¹¹ Nařízení Rady (ES) č. 4/2009 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností.

- bude nutné uvést tvorbu nestátních norem ve vazbě na prostředí, tj. komunitu mezinárodních obchodníků.
- B. Ve druhé části se budeme věnovat kolizním normám s akcentem na problematiku závazků ze smluv.
- C. Třetí část práce se bude věnovat analýze jednotného hmotného práva. Přístup k nim bude zcela jiný než je v části ad A. Předmětem nebude analýza obsahová. Tu ponecháváme pro tuto monografii stranou. Po vymezení typů norem se budeme zabývat spíše jejich aplikační možností a vztahům k ostatním skupinám norem. Důvod je triviální. Pokud byly tyto normy vytvořeny, nepůsobí dnes samostatně, ale v kombinaci s dalšími skupinami norem – kolizními a normami nestátního původu. Důvodem je vyplnění vnitřních i vnějších mezer, případně vytvoření východiska pro aplikaci norem nestátních.
- D. Čtvrtá část práce bude věnována oblasti práva nestátního původu. Zde bude jednak zmíněna koncepce *lex mercatoria*, tvorba a význam jednotlivých nestátních norem, jednak otázka jejich aplikace na konkrétní právní vztah.
- E. Interakce procesního práva s právem kolizním, resp. i dalšími skupinami norem představuje problém, který stojí v pozadí všech aplikačních otázek. Ať se vztahují k unifikovaným normám státního či nestátního původu. Proto i tuto otázku je nutné zmínit. Neujdeme samozřejmě rovněž úvahám procesním typu pravomoci soudů jednotlivých členských států, otázka *fora shopping* atd. Roste počet prací věnujících se vlivu fóra na zacházení s právem. I když závěry zejména směrem k aplikaci cizího práva cestou kolizního práva nemusí být vždy tak skeptické, jak tomu bylo ve zprávě R. G. Fentimana na XV. mezinárodním kongresu komparativního práva¹², je tato vazba významná a bez zohlednění vlivu procesních norem zůstáváme v úvahách o aplikaci práva někde na samotném okraji a stěží se nám může podařit zohlednit skutečný stav aplikace kolizních norem či hmotných norem, resp. i norem nestátní povahy.

¹² ed. Symeonides, S. C., *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Dordrecht: Kluwer Law International, 2000, s. 5, s. 165 a násl.

- F. Závěr práce by měl analýzu uvedených oblastí propojit do určitého přehledu norem, konstatování jejich funkcí a nastínění vzájemných systémových vazeb.

I. CHARAKTERISTIKA PROSTŘEDÍ A ZDROJE PRÁVNÍ ÚPRAVY

I.1. MÍSTO ÚVODU

Tuto pasáž lze uvést otázkou: *Globální svět, universální vztahy, národní či regionální řešení?* Snaha, snad i o provokativní otázku, která je umístěna v úvodu monografického zpracování problematiky, je dána důvody spočívajícími v povaze právních vztahů, které analyzujeme, a ve způsobu jejich právní regulace.

Pro právníka, který se orientuje výlučně na oblast vnitrostátní, představuje svět vztahů pokrytých mezinárodním právem soukromým a procesním paradoxní mozaiku s obtížně uchopitelnými vazbami jednotlivých zdrojů úpravy. Svět, kde se ekonomicky zdůvodnitelná potřeba jednotného práva¹³ střetává s realitou umístění vztahů do dosahu národních právních řádů ať již pomocí nástrojů národních, regionálních či universálních. A to s plným vědomím toho, že tato lokalizace, která je spojena s následným zjišťováním obsahu cizího práva, jeho interpretací a aplikací patří k finančně i právně náročným operacím. Svět, kde konstatování povahy vztahů jako globálních naráží na meze národních zájmů odrážejících se v národní regulaci vztahů překračujících národní hranice. Svět, kde rozhodnutí vydané a vykonatelné v jednom státě naráží na problémy s uznáním a výkonem ve státě jiném a není vyloučeno, že svou povahu exekučního titulu ztrácí po opuštění hranic státu, v rámci jehož jurisdikce bylo vydáno. Tedy jako akt soudních orgánů cizího státu je bez jakýchkoli účinků na řízení či pro výkon na území státu jiného. Jde o fascinující obraz doktrín a přístupů, které podmiňují konečná řešení. Zejména v mezinárodní rozhodčí praxi toto platí do takové míry, že jen dobrá znalost názorů a přístupů osob rozhodujících spor je

¹³ Z řady autorů například detailně s ohledem na náklady transakce: Zeller, B., *Uniformity of Laws: a Reality or just a Myth?*, in: *International Journal of Private Law*, Volume 2, Number 1, 2009, s. 3–14.

schopna zajistit předvídatelnost řešení otázky, které právo bude aplikováno. Onu předvídatelnost přinášející právní jistou, která stojí v základu řady přístupů v pozitivním právu a kterou sdílí jako nutný atribut práva i tento autor.

Jak uvidíme dále i v naší publikaci, lze se zde setkat s celou škálou přístupů ovlivněných ve své mnohosti doktrínami. A to od doktrín striktně etaticko-pozitivistických až po odmítání role státu v dnešním globálním světě a „sněním“ o „globálním světě a globálním právu“ tak, jak jej uvádí například Teubner s odkazem na dnes již dávno zapomenutého profesora Ehrlicha z provinční části Rakouska-Uherska s jeho utopickou tezí o globálním právním řádu.¹⁴ Myšlenky o globálním právu pro globální vztahy jsou myšlenkami přirozeně vycházejícími z povahy vztahů – soukromoprávních vztahů, které v některém ze svých prvků překračují ony pomyslné hranice národního právního řádu. Transnacionalitě činností odpovídá transnacionalita vztahu a měla by mu odpovídat i transnacionální regulace.

Odraz myšlenek o globálním či transnacionálním právu nacházíme nejenom v námi přednostně zkoumané oblasti vztahů závazkových, zejména potom vztahů ze smluv mezi mezinárodními obchodníky, ale i v jiných oblastech. Obdobně daleko je oblast sportovního práva. V již zmíněné práci Teubnerově je odkaz na Simmonsovo pojetí *lex sportiva internationalis*,¹⁵ podobné uvádíme také v naší publikaci v souvislosti s řešením sporů v rozhodčím řízení.¹⁶ I když v řadě rysů vykazuje oblast mezinárodního sportovního práva a oblast vztahů mezi obchodníky obdobné rysy a tendence, jeden rozdíl je zde zásadní: v případě sportovního práva se jedná o korporativní právo, umocněné do jisté míry i hierarchickou strukturou svazů a mezinárodních sportovních svazů a výborů. To v námi sledované oblasti

¹⁴ Teubner, G., Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Teubner, G. (ed.), Global Law Without a State. Dartmouth: Aldershot 1997, s. 3–28. K otázce pluralismu a se zmínkou na Ehrlicha viz v české literatuře např. Večeřa, M., Diversita a jednota práva, Brno: MU, Dny práva 2008, dostupné také z: www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/pdf/prteorie/vecera.pdf.

¹⁵ Teubner, G., Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Teubner, G. (ed.), Global Law Without a State. Dartmouth: Aldershot 1997, s. 2.

¹⁶ Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 213, 227.

mezinárodního obchodu nenalezneme v universální podobě. Korporace zde působí také, ale spíše na komoditním základě.¹⁷ V současné době lze podobné tendence pozorovat také u právní regulace internetového prostředí a komunikace v elektronické podobě. Ono nadnárodní lex informatica či lex internet rovněž disponují znaky, kterými jsou nadány ony již zmíněné soubory právních pravidel.

Při podrobném teoretickém zkoumání námi sledované oblasti lze naznat, že tento svět mezinárodního obchodování má své zákonitosti, meze a svá pravidla. Závisí samozřejmě na doktrinálním pohledu, ze kterého používané normy či pravidla hodnotíme. Lze také uvést, s odkazem na procesy unifikace a kodifikace (resp. procesy regionálních unifikací), že myšlenky na řešení úpravy námi zkoumané oblasti jsou ve své podstatě stejné: odhlédnuto od řady dalších specifík lze zjednodušeně uvést, že je to stálý boj mezi nacionalisty a universalisty tak, jak ho znají dějiny mezinárodního práva soukromého.¹⁸ To, co je zřetelně nové, je nárůst norem různého původu, které využívají různých metod pro regulaci právních vztahů. V námi sledované oblasti nelze stanovit striktní hierarchii norem. Brání tomu řada okolností. Spíše lze konstatovat existenci sítí norem, které spolu vzájemně souvisí, prolínají se a podmiňují vzájemně svou aplikaci.

Smyslem první části naší publikace je popsat prostředí, ve kterém zkoumané normy působí a uvést jejich prameny. Jevem, který nás bude provázet a kde se střetávají prakticky všechny naše úvahy, je **unifikace práva**.¹⁹ Unifikace nejenom práva hmotného, ale zejména pro námi sledovanou oblast práva procesního a kolizního.

¹⁷ Srovnej například organizace GAFTA (www.gafta.com), FOSFA (www.fosfa.org), FIDIC (www.fidic.org).

¹⁸ Například Makarov, A. N., Sources, in: Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Chapter 2, Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1972, s. 7. K otázce vztahů mezinárodního práva veřejného a soukromého, resp. základům mezinárodního práva soukromého viz sborník příspěvků Leible, S., Ruffert, M., Volkerrecht und IPR, Jena: JWV, 2006.

¹⁹ K poměrně širokému vymezení pramenů unifikovaného práva srovnej Honnold, J., Bibliography: Unification of Trade Law and UNCITRAL, American Journal of Comparative Law, 1979, číslo 2/3, s. 212 a násl. K dosažení i elektronicky ze strany:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold-utr.html>

Termín „unifikace“ může mít řadu významů. Může zohledňovat

- prostor, kde jsou unifikované normy vytvářeny (universální, regionální a v neposlední řadě i prostor národní);
- předmět unifikace, tj. druh unifikovaných norem;
- rozsah unifikace, tj. dosah jen na normy, které obsahují vztahy s cizím prvkem, nebo obecně veškeré vztahy bez rozlišení.

Tento termín obsahuje i různé stupně jednoty či rozsah unifikované úpravy. Potom rozlišujeme unifikaci, harmonizaci či kodifikaci určité oblasti.

Zajímavé a vypovídající může být také dělení v závislosti na zdroji právní úpravy a závaznosti. Potom lze hovořit o:

- nezávazných úpravách typu Restatement či Vzorové zákony;
- úpravách závazných co do zdroje úpravy, ale stanovujících vysokou míru dispozice (viz jako příklad Úmluvu OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží);
- formulářových smlouvách přijímaných v rámci mezinárodních organizací či svazů obchodníků.

Diskuse o unifikaci a jejích jednotlivých aspektech doprovázejí celé minulé století.²⁰ Množství finančních prostředků vynaložených vládami či mezinárodními organizacemi jsou neporovnatelné směrem ke skromným výsledkům ve smyslu existence platných právních úprav, kterými je vázán významnější počet států. Navíc tyto normy často upravují spíše otázky, které jen zmírňují problémy, ale skutečně je neřeší.²¹ Zatím se zdá, že více

²⁰ Kreuzer, K., Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts – Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein, *RabelsZ*, 2006, s. 188. V úvodu práce autor poukazuje na některé z projektů na poli mezinárodního práva soukromého. Zde začíná rokem 1889 a iniciativou španělského ministra Manuela Silvela s jeho mezinárodní úmluvou „Código del derecho internacional privado“. Za teprve další kodifikační iniciativu považuje „Projet d'un Code Européen de droit international privé“ německého právníka Frankensteina. Žádná z nich však nebyla převedena do praktického projednání.

²¹ Na myslí tím máme větší úspěšnost unifikací kolizních, jednotného přístupu k soudům a nakládání s rozhodnutím oproti unifikaci norem stanovících postup v řízení a hmotných norem.

úspěšné jsou z tohoto pohledu unifikace regionální. I když toto neplatí na poli unifikace hmotného práva, ale spíše v oblasti unifikace práva procesního a kolizního. Na poli unifikace hmotně právní stojí i regionální unifikace hmotného soukromého práva na počátku a pomocí komparativních metod stejně jako před půl stoletím hledá společné rysy a rozdíly. Tak je tomu u evropských aktivit zobrazených v tzv. *Common Framework of Reference*.²² Mnohem zajímavější myšlenka vytváření vzorových obchodních podmínek tak, jak tomu bylo například před cca padesáti lety v rámci například EHK OSN,²³ je dnes spíše v pozadí. A to i přes nesporné úspěchy formulářových smluv a podmínek v rámci komoditního obchodování. Podmínky FIDIC jsou toho příkladem. V rámci sledování myšlenek o nestátním právu se k tomuto jevu a úvahám s ním spojeným vrátíme.

Unifikace práva má jako jev sic ne výlučně, nicméně úzce spjatý s oblastí mezinárodního práva soukromého, řadu aspektů, ze kterých ji lze zkoumat a pod kterými je možné ji hodnotit. Pokusme se je zde shrnout. Budou také východiskem úvah v dalších kapitolách, kdy o jednotlivých jevech budeme hovořit na úrovni universální i regionální.

Prvým, a ve své podstatě **základním pohledem** na unifikaci, je dle našich zkoumání vyhodnocení předmětu unifikace podle druhu norem, které jsou unifikovány. Do úvahy přicházejí normy **hmotné, kolizní a procesní**. Je tak otázkou, zda chceme unifikovat:

- normy regulující přímo chování účastníků soukromoprávního vztahu (tj. normy hmotného práva),
- zacházení s právem regulujícím výše uvedené vztahy (a tudíž normy kolizního práva),

²² Viz například COM (2003) 68, O.J. C63/01 uvádějící tzv. Action Plan on a more coherent European Contract Law. Objevila se zde mimo jiné i myšlenka Common Frame of Reference pro oblast principů evropského smluvního práva. V roce 2004 se objevuje „European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward“ – COM (2004) 651 – obsahující pregnantnější vyjádření toho, co má být naplněno pro dosažení určitého úspěchu. Vedle již zmíněného CFR se objevují další myšlenky týkající se obchodních podmínek a fakultativní úpravy koeexistující s národní legislativou.

²³ www.unecce.org

- přístup k soudům a zacházení s vydaným rozhodnutím (normy procesního práva).

S problematikou prvého typu výše uvedené unifikace, tj. **unifikací hmotných norem**, souvisí i otázka, zda mají být unifikovány normy upravující pouze vztahy s mezinárodním prvkem, nebo naopak má být unifikováno právo regulující i vztahy vnitrostátní. Diskuse k této problematice se objevovaly zejména před druhou světovou válkou a zdá se, že v universálním rámci zvítězil pohled unifikace vztahů s mezinárodním prvkem. Důvod bývá zpravidla uváděn banální – státy spíše ustoupí od aplikace vlastní úpravy tam, kde se jedná o přeshraniční vztahy. A to i za cenu existence dvoukolejně úpravy: jedné pro vztahy vnitrostátní, jiné pro vztahy s mezinárodním prvkem.

Existují i další a méně subjektivní důvody. Je nesporné, že potřeby mezinárodního obchodu jsou odlišné od obchodu vnitrostátního. Vzhledem k přepravním vzdálenostem a komunikaci mezi nepřítomnými je nutné například jinak upravit lhůty, volit jiné nároky tam, kde dojde k nesplnění smlouvy (viz například otázku dodávky náhradního zboží) atd. Samotná povaha vztahů umožňuje existenci jiné úpravy pro vztahy vnitrostátní a jiné pro vztahy s mezinárodním prvkem. Tedy úpravy, která je nemyslitelná v jiných oblastech právní regulace. Dále je nutné si uvědomit, že unifikovaná úprava znamená kompromis, který nemusí být zcela šťastný pro všechny dotčené úpravy. „Export“ některých institutů do právních řádů a jejich aplikace na vztahy čistě vnitrostátní nemusejí být nutně prospěšné. Jak také ukazují i úspěšné unifikace, text unifikované úpravy je mezerovitý. Ať již úmyslně (státy se nedohodly na řešení otázky), nebo neúmyslně. Rovněž otázka interpretace může působit značné problémy. Zasazení unifikovaných institutů do národní úpravy tam, kde neexistuje snaha o jednotnou interpretaci, může znamenat po letech rozdíly v interpretaci a aplikaci existenci v podstatě rozdílných úprav. Současně, a to je velmi vážná otázka, úspěšná unifikace zpravidla znamená, že se určitý stav zakonzervuje na mnoho let. Otevření jednání o změně bývá odkládáno pro obavy nastolení stavu vázanosti států různými variantami dokumentu. Jako příklad lze uvést velmi úspěšnou unifikaci v oblasti rozhodčího řízení – Newyorskou úmluvu o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Ta by v některých částech, konkrétně v případě formy rozhodčí smlouvy, vyžadovala změnu.

Nicméně renegociace nepřichází do úvahy a volí se jiné prostředky.²⁴ Na nikoliv nepodstatné riziko upozorňují Manhardt s Poschem ve své práci věnované unifikaci mezinárodního práva soukromého. Je to jednak riziko kompromisu, které může učinit z výsledného textu nic neříkající a nic neřešící soubor obecných pravidel. Jednak je to již uvedené riziko zavádění cizích institutů do národního práva.²⁵

Zábranou pro úspěšné unifikace na úrovni universální mohou být také negociační procesy samé, resp. zažitý způsob vzniku unifikovaných úprav realizovaný na mezinárodních konferencích zástupci států. Ne náhodou se objevují práce, které ukazují na úrovni komparativní či analytické, že díky vysoké podobnosti právních institutů je možné dosáhnout unifikace či dokonce na evropské úrovni kodifikace.²⁶ Důvod jejich neexistence není dán v tom, že by právní úpravy byly natolik rozdílné, že není možné nalézt shodu. Zdá se tedy, že vhodnou cestou jsou spíše komparativní akademická bádání, než pouze probíhající oficiální jednání vedená zástupci států.

Regionální potřeby a směřování mohou být odlišné od universálních. Vést k tomuto konstatování může především existence společných ekonomických zájmů a vysoký stupeň unifikace některých oblastí práva veřejného. To spolu i se zájmem politickým může překonat ty problémy, které existují na úrovni universální. Realita Evropské unie, velká prohlášení politiků na jedné straně a mizivé úspěchy evropských kodifikací na straně druhé však ukazují, že určité závěry týkající se hodnocení možností procesu unifikace jsou stejné na úrovni universální i regionální. Na mysl tím máme oblast hmotného soukromého práva a svého času existující snahy a diskuse týkající se vytváření evropského občanského zákoníku. Otázka může být také postavena jinak: jaký je vhodný model unifikace pro daný typ inte-

²⁴ Viz existenci „opinions“ vyjadřujících akademický názor na interpretaci ustanovení tam, kde například vývoj technických prostředků překonal znění normy. Typicky se jedná o formu rozhodčí smlouvy. Další příklady „opinions“ poskytuje i Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží na adrese. Tyto zde uvedené vyjadřují akademické názory skupiny odborníků. Viz: <http://www.cisgac.com/default.php?sid=128> (k datu 30. 3. 2010).

²⁵ Manhardt, F., Posch, W., Internationales Privatrecht, Privatsvergleichung, Einheitsprivatrecht, Wien: Springer, 1994. s. 128.

²⁶ Hartkamp, A. (ed.) and kol., Towards a European Civil Code, The Hague: Kluwer Law International, 2004. Viz například předmluva a následně jednotlivé kapitoly.

grace? Dále také, které hodnoty je vhodné spíše podporovat: jednotné právo či diverzifikaci právních kultur?

Hovoříme-li o procesu unifikace, je třeba mít na mysli také dva související jevy: výsledek unifikace, tj. unifikované normy, nebo proces unifikace jako jednání či proces směřující k uvedenému výsledku. Rozlišovat je nutné také mezi procesem **unifikace a harmonizace**. Tedy mezi tím, zda je snahou vytvořit jednotné právo, nebo pouze v určitém stupni sblížit právní úpravu. Prvý z termínů je vnímán poměrně neproblémově²⁷ a jednoznačně. Druhý z nich získal vzhledem k vývoji v rámci Evropské unie další význam, který je nutné odstínit. Harmonizací v mezinárodním universálním styku je tradičně rozuměna „*taková činnost, jejímž výsledkem není vytvoření stejných právních předpisů, ale pouze dosažení většího či menšího stupně jejich podobnosti, jejich sblížení*“. Podobně je v literatuře zmiňováno „*přizpůsobení, sblížování, připodobnění a koordinace právních předpisů*“.²⁸ Na rozdíl od unifikace zde neexistuje mezinárodně právní závazek text přijmout. Texty jsou označovány pravidelně jako „*vzorové zákony*“.²⁹ Naplnění smyslu těchto procesů lehkostí sobě vlastní uvedl B. Zeller v kapitole o vztahu unifikace a harmonizace průměrem „*harmonizace je dobrá, unifikace lepší*“.³⁰ Další rozvedení vhodné míry podobnosti práva pro lepší nástupní pozici v unifikaci patří ke klasickým tématům této oblasti.

V rámci komunitárního práva má termín „*harmonizace*“ práva jiný význam. Jiný nikoli pokud jde o výsledek, kdy se jedná o dosažení definovaného stupně podobnosti, a to daného dosažením účelu normy. Jiný je ve složce závaznosti. Harmonizací se rozumí proces dosahovaný pomocí směrnic jako pramenů evropského práva. Směrnice je závazná pro členské

²⁷ Definici lze nalézt u Kučery. Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno: Doplněk, 2004, s. 64. „Unifikací či sjednocováním práva rozumíme záměrnou, společně podniknutou činnost unifikujících subjektů (států) za účelem vytvoření jednotného textu právních norem, který bude uveden jako platné právo do právních řádů těchto států na základě jejich mezinárodně právního závazku. Výrazem unifikace se však také rozumí výsledek této činnosti, soubor unifikovaných norem.“

²⁸ Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno: Doplněk, 2004, s. 64.

²⁹ Viz www.uncitral.org.

³⁰ Zeller, B., *Uniformity of Laws: a Reality or just a Myth?*, in: *International Journal of Private Law*, Volume 2, Number 1, 2009, s. 12.

státy z hlediska cíle, jehož se má dosáhnout, a lhůty, do níž musí být implementace obsahu směrnice do právního řádu jednotlivých států dosaženo. Formy a způsob provedení určuje stát. Rozdíl mezi harmonizací v universálním měřítku a obecném významu na jedné straně, a harmonizací pomocí směrnic v EU je právě v jejich závaznosti. V prvním případě neexistuje žádný závazek text přijmout, ve druhém je povinností státu směrnicí provést.

Nezanedbatelnou roli hraje prostředek unifikace, resp. harmonizace, na úrovni universální či regionální. V univerzálním měřítku je to buďto mezinárodní smlouva nebo vzorový zákon. V regionálním rozměrech se objevují další možnosti. Konkrétně v rámci EU jsou to nařízení nebo směrnice jako zdroje evropského práva. Oblast národního práva ponecháváme zde stranou. Je mimo naši pozornost. Zmínit alespoň okrajově je nutné unifikaci bilaterální.

Pro námi sledovanou problematiku je nutné také sledovat subjekt či subjekty vytvářející unifikované normy a s tím související problematiku pravomocí těchto subjektů tam, kde se jedná o pravomoci přenesené.

Na úrovni státního práva je to **stát**, který má zájem se podílet na unifikované úpravě, a **státy** přijímající tuto úpravu. Je skutečností, že vlastní přípravy textu se dějí pravidelně v rámci některé ze **specializovaných mezinárodních organizací**.³¹ Ta je také následně zpravidla depozitářem úmluvy.

Na úrovni regionální záleží na typu organizace a přenesených pravomocích. Z tohoto pohledu nás zajímá samozřejmě **Evropská unie** a možnosti vydávání vlastních normativních aktů. Jak uvidíme dále, její pravomoci jsou vymezeny a omezeny. Současně však nejsou zaměřeny výlučně a pouze dovnitř společenství. Jednak sama Evropská unie v řadě otázek souvisejících s naší problematikou (viz tzv. evropský justiční prostor ve věcech civilních) se zdá mít výlučné pravomoci i pro oblast externích vztahů, nikoli pouze pro oblast vnitřní. Dále řada norem z této oblasti má díky svému uchopení i dopad na subjekty mimo EU (typicky například aplikace kolizních norem na universálním základě).

³¹ Například jako nejznámější instituce lze uvést UNIDROIT, UNCITRAL či Haagská konference mezinárodního práva soukromého.

Pokud sdílíme myšlenky o existenci nestátního práva – a na tomto místě dále nerozebíráme náš přístup k nestátnímu právu – ať již jej nazýváme právem mezinárodních obchodníků či transnacionálním právem nebo spíše akademicky *lex mercatoria*, je primárním tvůrcem těchto pravidel **komunita obchodníků** (u norem obyčejového původu) nebo různé **instituce** zabývající se vyhodnocováním norem existujících, jejich setřídováním, formulací a rozšiřováním, tedy činností obdobnou činnostem unifikačním. Tyto instituce i přes své názvy zůstávají institucemi soukromými.

V této kapitole se budeme věnovat prostředí vzniku norem a uvedením subjektů přijímajících tyto normy nebo vytvářejících tyto normy. **Konkrétně se budeme věnovat:**

- **oblasti mezinárodní regulace**, tj. oblasti universální a přehledu universálních unifikací a unifikačních projektů v námi sledované oblasti závazků ze smluv. Vyhodnoceny budou normy hmotné. Opomenout nelze související oblast norem kolizních a procesních. V žádném případě zde nepůjdeme do analytických pasáží. Z pohledu námi sledovaného účelu ponecháme toto až na část věnovanou hmotně právním unifikacím, a to jen v dosahu nutném pro námi sledovaný cíl práce. Zde považujeme za vhodné podat informaci o institucích zabývajících se unifikační činností, typech unifikace, pramenech a metodách unifikace.
- **oblasti regionálních vztahů**, tj. oblasti omezené územně nebo politicky. Centrem pozornosti této pasáže je a musí být Evropské společenství/unie a analýza fenoménu evropského justičního prostoru ve věcech civilních. Tato problematika se dotýká přímo oblasti mezinárodního práva soukromého a procesního.
- **oblasti právní regulace dvoustranných vztahů mezi státy**. Úmyslně jsme ji zařadili za unifikaci regionální. Důvod? Jednoduchý. Tvrzené výlučné pravomoci ES/EU i pro oblast vnější a závěry z tohoto vyplývající pro existenci či budoucí existenci dvoustranných smluv uzavíraných se státy třetími (samotnými ES/EU či členskými státy). Zdánlivě oblast, která byla odsunuta komunitárním a universálním vývojem do pozadí ukázala, že tyto normy mohou mít svůj význam a právní regulaci těchto vztahů je znovu věnována pozornost. .

- **komunitě mezinárodních obchodníků** a jejich snaze ústící do tvorby nestátního práva. Otázka práva nevytvářeného státem či státy patří nedílně do námi sledované problematiky. Byť v řízení před soudy obecnými má jiné postavení než před soudy rozhodčími.

Smyslem pasáže není analýza. Smyslem této pasáže je spíše nastínění přehledu o dění v námi sledované oblasti a uvědomění si mnoha obraznosti, mnohotvárnosti, přesahům a dynamiky dění při vytváření právní regulace přes hraničních vztahů. Mozaika vytvářená těmito vztahy posunuje do popředí otázky týkající se aplikačních předností v rámci sítě právní regulace soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem.

I.2. MEZINÁRODNĚ UNIFIKOVANÉ PRÁVO V UNIVERSÁLNÍM ROZMĚRU

I.2.1. Unifikace na poli hmotného práva

Úvod. Stěží můžeme obsáhnout všechny procesy unifikací a harmonizací, které se v minulosti udály. Příkladů přebírání právních úprav či inspirací jinými právními úpravami by bylo možné v bližší či vzdálenější minulosti najít celou řadu. Učebnice u hmotně právních unifikací pravidelně odkazují na předchůdce unifikovaného práva – římské právo a anglické *law merchant*³² a poukazují na jejich vliv na vývoj kontinentálních úprav a úprav na britských ostrovech. Pro naše účely není nutné jít takto daleko. Postačí, když zůstaneme u unifikačních tendencí a snah konce 19. století a ve 20. století.

Unifikace hmotně právní může být za určitých podmínek nejefektivnějším druhem unifikace. Její možnosti jsou však také napadány a sama metoda hmotně právní unifikace je již ve svém zárodku omezena ve svých

³² v. Bar, Ch., Mankowski, P., Internationales Privatrecht, München: C. H. Beck, 2003, s. 75 a násl. Podobně také s těmito odkazy dokument uvedeny na www.uncitral.org pod číslem A/6396 Report to the Secretary General (Schmitthoff Study).

možnostech. Na druhou stranu je vhodné si připomenout, že tato metoda nemusí být realizována jen pomocí mezinárodních smluv a nemusí nutně zasahovat celou oblast například závazků ze smluv. Velmi příhodně je demonstrován průnik státního a nestátního práva včetně určitých tradičních zájmů v Zellerově publikaci. Dovolíme si volně uvést základní myšlenku uvedenou v práci B. Zellera a vystihující dění v této oblasti:

„Toto si lze ukázat na průsečíku tří možných předmětů unifikačních snah: univerzální unifikace závazků ze smluv, unifikace jednoho konkrétního smluvního typu a problematiky komoditních obchodů upravovaných pomocí standardizovaných smluv. Je zřetelné, že univerzální unifikace závazkového práva je na úrovni universální nereálná. To, co se ukázalo jako spíše životaschopné je unifikace jednotlivých typů smluv či oblastí. Pokud jde o smlouvy je to nesporně Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. Ale právě zde je třeba upozornit na další dimenzi vztahu k unifikovanému právu. V literatuře bývá demonstrován na přístupu Velké Británie právě k této úmluvě. I když se Velká Británie aktivně účastnila vypracování textu CISG, doposud se na rozdíl od ostatních členských států EU její stranou nestala. Důvod bývá uváděn právě ve vztahu ke komoditním dohodám.“³³

Dvacáté století přineslo řadu snah o přijetí mezinárodně jednotných úprav soukromého práva. Na mnohostranné universální úrovni je třeba zmínit Společnost národů a její unifikační aktivity mezi dvěma světovými válkami. I když se v oblasti unifikace práva zabývala Společnost více tématy, staly se neúspěšnějšími a prakticky do dnešních dnů využívanými normy v oblasti:

- **směnek a šeků.** I když byly práce zahájeny již před první světovou válkou (Haag, mezinárodní konference 1910–1912), přerušila světová válka práce a teprve na konferencích v Ženevě v letech 1930–1931 došlo k částečnému unifikačnímu úspěchu přijetím čtyř úmluv: Úmluvy o jednotném směnečném zákoně, Úmluvy o jednotném šekovém zákoně, Úmluvy o kolizi směnečných zákonů, Úmluvy

³³ Zeller, B. CISG and the Unification of the Trade Law, Routledge-Cavendish, 2006, s. 5 a násl.

o směnečných poplatcích. Tyto značně sblížily směnečné a šekové právo. I když k nim nepřistoupila skupina anglo-amerických států, byl jimi učiněn zásadní krok směrem k unifikaci dané oblasti.³⁴ Československá republika se nestala smluvní stranou úmluv, ale zvolila jinou techniku. Úmluvy byly převzaty do vnitrostátního zákona.³⁵

- **mezinárodního rozhodčího řízení.** Zde přijetí dvou mezinárodních smluv – Protokolu o doložkách o rozsudím z roku 1923 a Úmluvy o vykonatelnosti cizích rozhodčích výroků z roku 1927 (tzv. Ženevské protokoly) – položilo základ pro mezinárodní rozhodčí řízení a jeho světové rozšíření. I když byly nahrazeny Úmluvou o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, úspěšné vykročení v této oblasti je třeba hledat u výše uvedených dvou dokumentů.
- **mezinárodní přepravy zboží.** Rozvoj mezinárodní dopravy a přepravy zboží a osob si vyžádal jak regulaci vztahů mezi státy, tak i úpravu otázek týkajících se zboží či pasažérů. Základ současné úpravy vznikal zejména od konce 19. století na úrovni různých organizací či ad hoc platforem.³⁶

Další práce přetrhla druhá světová válka. OSN po svém vytvoření pokračovala v unifikačních aktivitách. Nejvýraznějším úspěchem před vznikem komise UNCITRAL je přijetí již zmíněné Úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů v roce 1958 (tzv. Newyorská úmluva), která je nesporně nejúspěšnější unifikovanou úpravou. V rámci OSN se odehrávaly – zejména v 60. a 70. letech – významné unifikační aktivity na úrovni regionálních komisí. Pro Evropu to byla komise ECE (viz dále u nestátních prostředků právní úpravy) a vytváření vzorových formulářových podmínek. Významná byla také legislativa v oblasti obchodování s právy duševního vlastnictví.

³⁴ A/6396 Report to the Secretary General (Schmitthoff Study) viz na www.uncitral.org. Také Bystrický, R. a kolektiv, *Právo mezinárodního obchodu*, Svoboda: Praha, 1967, s. 441–442.

³⁵ Viz zákon č. 191/1950 Sb., zákon směnečný a šekový v platném znění.

³⁶ Přehled například: Moens, G., Gillies, P., *International Trade and Business: Law, Politics and Ethics*, New York: Cavendish Publishing Pty Limited, 1998, s. 175 a násl.

Unifikace v oblasti obchodního práva – motor unifikačních snah. Při hodnocení problematiky universálních unifikací hmotného práva je v dnešní době nutné začít u komise UNCITRAL.³⁷ Úspěchy na poli unifikačním (při využití mezinárodních smluv) i harmonizačním (při využití vzorových zákonů) ji řadí na přední místo. „The United Nations Commission on International Trade Law“ – dále UNCITRAL – byla vytvořena jako jedna z komisí Valným shromážděním OSN v roce 1966. Tato komise má mandát působit v rámci OSN při unifikaci a harmonizaci práva v oblasti mezinárodního obchodu. Skládá se z 60 členů – států – zvolených Valným shromážděním. Struktura reprezentuje základní geografické oblasti, ekonomické celky i právní systémy tak, aby působila skutečně ve směru universálních unifikací. Část členů je volena na šest let, části vyprší mandát po třech letech. Předmětem činnosti je řada problematik z oblasti obchodního práva jako jsou například: mezinárodní koupě – prodej, mezinárodní námořní přeprava, e-commerce, mezinárodní rozhodčí řízení, veřejné zakázky, různé aspekty platebního styku a záruk, insolvenční právo.³⁸ Přijaty byly jak ve formě mezinárodních úmluv, tak vzorových zákonů.

³⁷ Veškeré materiály týkající se vzniku a činnosti UNCITRAL jsou k dispozici na již uvedené stránce www.uncitral.org.

³⁸ Přehled převzat z www.uncitral.org. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services; United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit; UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers; United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes; United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978 (Hamburg); United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade; UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce; UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects; UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures; UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation; United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade; UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts.

Komise UNCITRAL vytváří tři typy dokumentů, z nichž každý napomáhá unifikaci jinak:

- a) **mezinárodní úmluvy**. Jak již bylo uvedeno, komise v tomto případě působí přímo ve směru formální unifikace. Mezinárodní smlouvy jsou závazné pro státy, které se rozhodly stát se jejich stranou. Změny textu či různé výhrady jsou možné jen tam, kde to úmluva sama dovoluje. Smlouvy samy upravují zpravidla také situaci, kdy strany chtějí od ní odstoupit. I když existuje zpravidla požadavek jednotné interpretace, není nikterak zaštitěn institucionálně.
- b) **vzorové zákony**, o kterých bylo řečeno již dříve, že nejsou pro státy na úrovni mezinárodního práva veřejného závazné. Vzorový zákon se může stát jako celek či jeho některé ustanovení předlohou domácí legislativy.
- c) **tzv. non-legislative documents**, kam patří různé právní návody.³⁹ Ty obsahují nejenom strukturu transakce, která patří k oněm velmi složitým. Například problematika dodávek investičních celků. Vedle popisu ale obsahuje právní analýzy a doporučení pro formulaci budoucí smlouvy. Zpravidla v alternativní podobě v závislosti na faktických zájmech či ekonomických možnostech strany.

Na jiných místech byla a na dalších bude zmíněna otázka interpretace textů. Mezinárodně vzniklé normy, na které sice zpravidla existuje výslovně uvedený požadavek jejich jednotné interpretace, jsou interpretovány a aplikovány národními soudy. Na rozdíl od EU neexistuje na této úrovni žádná autorita pověřená závazným způsobem vykládat normu. K dispozici tak jsou jen různé neformální aktivity. Jako příklad lze uvést volně přístupné databáze rozhodnutí národních soudů či diskuse akademiků nad interpretačním problémem. S tím se setkáváme i u textů vytvořených na úrovni komise UNCITRAL. Je možné z databází přímo jí vytvořených připomenout tzv. *clout*, který je volně na uvedených [www](#) přístupný. Obsahu-

³⁹ Přehled převzat z www.uncitral.org. UNCITRAL Arbitration Rules; UNCITRAL Conciliation Rules; UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings; UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works; and UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions.

je databází týkající se dokumentů z oblasti rozhodčího řízení, mezinárodní koupě zboží a mezinárodní přepravy.

UNIDROIT – komparací k unifikaci. The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT, CNUDCI, také i Římský institut) vznikl v roce 1926 pod záštitou Spojených národů. Jde o mezivládní organizaci. Jejím členy je více než šedesát států světa představujících různé právní kultury. Cílem institutu je modernizace, harmonizace a koordinace úprav v oblasti civilního a obchodního práva. Některé z úprav mohou zasahovat i do oblasti práva veřejného. Základem je unifikace hmotněprávní. Pokud jde o povahu vytvářených dokumentů, považujeme za vhodné zde uvést hodnocení samotné UNIDROIT, které se nachází na jejich www stránkách. Toto vyjadřuje i důvody, pro které se v jednom případě rozhoduje o tom, kdy bude využito „*hard law solution*“, tedy mezinárodní smlouvy, a kdy bude využito naopak řešení pomocí vzorových zákonů.

“The uniform rules drawn up by UNIDROIT have, in keeping with its intergovernmental structure, traditionally tended to take the form of international Conventions, designed to apply automatically in preference to a State’s municipal law upon completion of all the formal requirements of that State’s domestic law for their entry into force. However, the low priority which tends to be accorded by Governments to the implementation of such Conventions and the time it therefore tends to take for them to enter into force have led to the increasing popularity of alternative forms of unification in areas where a binding instrument is not felt to be essential. Such alternatives include model laws which States may take into consideration when drafting domestic legislation on the subject covered or general principles addressed directly to judges, arbitrators and contracting parties who are however left free to decide whether to use them or not. Where the subject is not judged ripe for the drawing up of uniform rules, another alternative consists in the preparation of legal guides, typically on new business techniques, types of transaction or on the framework for the organisation of markets both at the domestic and the international level. Generally speaking “hard law” solutions (i.e. Conventions) are needed where rules’ scope transcends the bipolar relationship underlying ordinary contract law and

where third parties' or public interests are at stake as is the case in the law of property."⁴⁰

Toto konstatování snad nejlépe vystihuje současný stav unifikací a harmonizací. Za dobu existence UNIDROIT tak vznikla řada mezinárodních smluv i vzorových úprav⁴¹ i dalších publikací, které významně působí směrem k harmonizaci právních úprav.⁴² Některé z nich – konkrétně Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT – se běžně uplatňují v mezinárodně obchodní praxi jako norma regulující smlouvu. Jsou způsobilé samostatně působit jako obligační statut. Vedle norem, které vznikly na základě prací UNIDROIT a byly i pod její záštitou přijaty, existuje řada norem, jejichž návrhy vznikly díky pracem této organizace, ale byly přijaty, příp. dopracovány pod záštitou jiných institucí.⁴³

Pokud jde o universální úroveň výčet končí. Snad by bylo možné uvést některé z mezinárodních organizací jako jsou ILO či UNESCO, jejichž některé úmluvy mají dopad do oblasti soukromého práva.

⁴⁰ <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=84219>

⁴¹ Přehled převzat z www.unidroit.org. 1964 Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (The Hague); 1964 Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (The Hague); 1970 International Convention on the Travel Contract (Brussels); 1973 Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will (Washington); 1983 Convention on Agency in the International Sale of Goods (Geneva); 1988 UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa); 1988 UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa); 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects (Rome); 2001 Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol to the Convention on Matters specific to Aircraft Equipment (Cape Town); 2002 Model Franchise Disclosure Law 2007 Luxembourg Protocol on Matters specific to Railway Rolling Stock to the Convention on International Interests in Mobile Equipment.

⁴² Principles of International Commercial Contracts (1994; enlarged edition 2004); Guide to International Master Franchise Arrangements (1998 2nd ed. 2007); Principles of Transnational Civil Procedure (in co-operation with the American Law Institute) (2004).

⁴³ Viz Raport on the Activity of the Institute, 1995, s. ii. Jako příklad lze uvést: Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), Unesco Convention for the Protection of Cultural Property in the event of armed Conflict a další tam uvedené.

I.2.2. Unifikace na poli kolizního a procesního práva

I když v jiných částech obě unifikace odlišujeme, zde považujeme za vhodné je vyložit společně. Důvodem je, že nejvýznamnější mezinárodní organizace působící na universální úrovni – **Haagská konference mezinárodního práva soukromého**⁴⁴ – se zabývá oběma typy unifikací: kolizní i procesní.

Unifikace kolizní a procesní lze z určitého úhlu pohledu považovat za podpůrné v tom smyslu, že pokud nelze dosáhnout unifikace hmotného práva, usnadní mezinárodní styk i unifikace nakládání s právem, unifikace přístupu k soudu či zacházení se soudním rozhodnutím. Významným předmětem úpravy je také zajištění režimu právní pomoci. Z jiného pohledu jsou tyto unifikace snad i cennější. Cennější v tom, že uchovávají kulturní diferencovanost právních kultur a šetří národní hodnoty. Jejich úprava na úrovni universální má svůj zásadní význam. Zejména otázka kolizního práva a určování mezinárodní pravomoci patří k těm, které mohou být plně saturovány jen v případě, že je zajištěna universální úprava. V tomto směru jsou úpravy regionální jen doplňkové a nemohou nikdy vyřešit základní problémy spojené s kolizním a procesním právem.

Prameny⁴⁵ uvádějí jako prvé z iniciativ směřujících k vytvoření mnohostranné úpravy v námi sledované oblasti dva momenty. Prvým je snaha italské vlády, jednající pod vlivem Manciniho, o svolání mezinárodní konference, která by se věnovala unifikaci mezinárodního práva soukromého (1874 a 1881). Neúspěch byl dán pravděpodobně tím, že cíl konference byl příliš ambiciózní: unifikovat celou oblast mezinárodního práva soukromého. Větší úspěch měla druhá z iniciativ – nizozemská – podnícená T.M.C. Asserem. V roce 1893 byla svolána do Haagu konference, která se

⁴⁴ K aktuálním otázkám unifikací na úrovni Haagské konference doporučujeme pravidelnou rubriku *News from the Hague* uveřejňovanou v *Yearbook of Private International Law*, Sellier, European Law Publishers.

⁴⁵ Makarov, A. N., *Sources*, in: *Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume III, Chapter 2, Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1972, s. 7. Lipstein, K., *One Hundred Years of Hague Conferences on Private International Law*, I.C.L.Q., 1993, Vol. 42, Part 3, s. 554–653.

věnovala vybraným otázkám. Krátce následovala další jednání. Státy nereprezentovaly na jednáních jen diplomaté, ale i právní experti. Do počátku první světové války bylo vytvořeno několik mezinárodních úmluv, které byly později několikrát revidovány.⁴⁶ Mezi dvěma světovými válkami sice zasedaly dvě konference (1925 a 1928), nicméně v oblasti unifikace nebylo dosaženo žádného pokroku. Zásadní zlom nastal až po druhé světové válce.

Mezinárodní konference v roce 1951 znamenala přelom v činnosti: jednak se zvýšil počet participujících států, jednak byl učiněn základní krok v přechodu od mezinárodní konference ad hoc k mezinárodní organizaci. Statut přijatý v průběhu této sedmé konference vstoupil v platnost v roce 1955 a od té doby pracuje konference jako stálá mezinárodní organizace pod názvem **Haagská konference mezinárodního práva soukromého**. Do dnešní doby konference vypracovala téměř čtyři desítky mezinárodních úmluv⁴⁷. Jejím základním cílem je působit směrem k unifikaci v oblasti

⁴⁶ Úmluvy dostupné z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing. Úmluvy byly přijaty jen ve francouzštině. Jedná se o: Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage; Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridiction en matière de divorce et de séparations de corps, Convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Convention du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile, Convention du 17 juillet 1905 concernant les conflits de lois relative aux effets du mariage sur les Doroa et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux, Convention du 17 juillet 1905 concernant l'interdiction et les mesures de protection analogues.

⁴⁷ Úmluvy dostupné z: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing. Convention of 1 March 1954 on civil procedure; Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods; Convention of 15 April 1958 on the law governing transfer of title in international sales of goods; Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods; Convention of 15 June 1955 relating to the settlement of the conflicts between the law of nationality and the law of domicile; Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions; Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children; Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children; Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants; Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions; Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents; Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of

mezinárodního práva soukromého. Základním prostředkem jsou jednání a návrhy mezinárodních úmluv (nazývaných pravidelně Haagské úmluvy). Připomenout v této souvislosti je vhodné dvě otázky:

1. Postavení Evropských společenství/Evropské unie jako člena. Dne 28. 11. 2002 obdržela Komise zmocnění jednat o podmínkách přístupu Evropských společenství k Haagské konferenci. Výsledkem jednání bylo doporučení Komise vstoupit do této organizace a následný souhlas Parlamentu se vstupem. Na straně Haagské konference muselo dojít současně ke změně statutu. Členem se Evropská společenství stala 3. 4. 2007. Spojené

Decrees Relating to Adoptions; Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters; Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court; Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters; Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations, Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents, Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters; Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons; Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability; Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations; Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations; Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes; Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages; Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency; Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction; Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice; Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition; Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods; Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons; Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption; Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children; Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults; Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary; Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements; Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance; Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

království a Irsko optovalo v této otázce. Dánsko stojí mimo tuto aktivitu. Přistoupení je upraveno v Rozhodnutí Rady ze dne 5. října 2006 o přistoupení Společenství k Haagské konferenci o mezinárodním právu soukromém (2006/719/ES). Jeho součástí je i prohlášení vůči Haagské konferenci a vymezení oblastí, ve kterých má Evropské společenství pravomoci a které se překrývají s činností Haagské konference mezinárodního práva soukromého.⁴⁸

2. Universální účinky úmluv, resp. účinky erga omnes. Universálními účinky se rozumí to, že úmluva je aplikována před soudy smluvního státu na všechny osoby bez dalších podmínek. Současně se k tomuto pojí i otázka neomezenosti aplikace právního řádu, na který odkazuje kolizní norma v tom smyslu, že nemusí jít o právo smluvního státu úmluvy. Vychází se z postoje, že úmluva vstoupila pro smluvní stát v platnost a má být před soudy členského státu aplikována jako unifikované kolizní právo. Její aplikace není podmíněna reciprocitou, resp. aplikace hmotného práva jiného státu není zatížena reciprocitou užívání. Úmluva nahrazuje národní kolizní normy. Samozřejmě, ústavní právo každého smluvního státu stanoví cestu a dobu tohoto nahrazení. Tento model zvyšuje unifikační potenciál úmluv. Je skutečností, že jiný přístup by tam, kde se smluvním státem stává omezený počet států, enormně zatěžoval řešení kolizí právních norem. Tato technika se objevila poprvé v roce 1955 u Haagské smlouvy týkající se práva rozhodného na kupní smlouvy.⁴⁹

⁴⁸ Jde o otázku „zlepšování a zjednodušování systému přeshraničního doručování soudních a mimosoudních písemností; spolupráci při opatřování důkazů; uznání a výkon soudních a mimosoudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech; podporu slučitelnosti kolizních norem platných v členských státech a předpisů pro řešení kompetenčních sporů; odstraňování překážek řádného průběhu občanskoprávního řízení, popřípadě podporou slučitelnosti úpravy občanskoprávního řízení v členských státech. Evropské společenství má navíc pravomoc v jiných oblastech, které mohou být upraveny úmluvami Haagské konference, ať již v oblasti vnitřního trhu (článek 95 Smlouvy o ES), anebo ochrany spotřebitele (článek 153 Smlouvy o ES).“ Převzato z Rozhodnutí Rady ze dne 5. října 2006 o přistoupení Společenství k Haagské konferenci o mezinárodním právu soukromém (2006/719/ES).

⁴⁹ Vzhledem k nedostupnosti starších materiálů viz: Explanatory Report on the 1971 Hague Traffic Accidents Convention E. Essen, 1970. Dostupný z:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2967.

Námi sledovaná problematika by nebyla úplná, kdybychom nepřipomněli znovu komisi UNCITRAL, která působí i v této oblasti pokud jde o mezinárodní rozhodčí řízení (viz výklad u UNCITRAL).

I.2.3. Závěr

Jak vyplývá z výše uvedeného přehledu, existovaly a existují na univerzální úrovni poměrně rozsáhlé projekty unifikace. Jejich úspěšnost je však problematická a je otázkou, zda jiné, méně formalizované a i méně finančně náročné způsoby nejsou zajímavější. Konkrétně třeba unifikace cestou nestátních prostředků právní úpravy. Na druhé straně unifikace na základě mezinárodních smluv patří k unifikacím nejefektivnějším.⁵⁰ Při vhodné kombinaci závaznosti aplikace s širokou možností autonomie vůle stran může vzniknout velmi zajímavý instrument právní regulace. Přinášející jak jistotu na jedné straně, tak i flexibilitu, která je tak nutná pro oblast mezinárodního obchodu. Autonomie vůle stran garantující flexibilitu umožní odrážet rovněž dynamiku vztahů v této oblasti.

Jako hlavní problémy stávajících procesů unifikace vidíme:

- **nízký počet smluvních států.** Jen málokterá z úmluv se dostává nad počet sto smluvních států. Snad jediné Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů dosáhla tohoto rozšíření. Z hmotněprávních úprav je to nesporně Vídeňská úmluva o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, která má k dnešnímu dni okolo 70 smluvních stran. K tomu se přibližují i některé z úmluv v oblasti přepravy.
- **mezerovitost a vstup národních úprav.** K této otázce a důsledkům z toho plynoucím se vrátíme v části věnované Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.

⁵⁰ AO Brazil P., Reception of Uniform Law into National Law: an Exercise in Good Faith and Progressive Development of the Law, Uniform Law Studies, 2/3, 1998, s. 313.

- **„zakonzervování“ právní úpravy** na dlouhá léta. Pokud jde o úpravu v mezinárodním obchodě, jde o zakonzervování právní úpravy v oblasti jinak charakteristické vysokou dynamikou vztahů.
- **jednotná interpretace** je problémem, který doprovází mezinárodní úpravy. Existují jak snahy formální, tak snahy neformální o zmírnění problémů plynoucích z toho, že unifikované právo je interpretováno národními soudy. Nejdále došla EU. Vedle toho však existuje řada snah akademických, jako jsou databáze rozhodnutí k Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží či k Newyorské úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů či k dalším úpravám. U norem kolizních a procesních k tradiční interpretaci přistupují problémy neexistence společných hmotněprávních termínů. Zde je proces interpretace spojen s otázkou kvalifikace a postupným vznikem pojmů nezávislých na konkrétním legis fori.

Je až fascinující vidět na jedné straně globalizující se ekonomiku, a na straně druhé směřování k národnímu právu. A možná i silnější, než tomu bylo dříve. Alespoň v prostoru universálním. Nebo, a to je také otázka, směřování k nestátnímu právu. Na úrovni „velkých, globálních hráčů“ je to nesporně otázka využívání formulářových smluv a podmínek. Ale to je již jiná kapitola.

1.3. UNIFIKACE V REGIONÁLNÍM ROZMĚRU

1.3.1. Evropská unifikace mezinárodního práva soukromého a procesního – regionální fenomén s universálním dosahem

Regionální unifikace je vhodným způsobem ošetření vztahů tam, kde mají státy v oblasti politické, ekonomické, sociální a kulturní bližší kontakty mezi sebou navzájem než s třetími státy. Jako nejčastější případy se mimo Evropskou unii uvádějí Organizace pro unifikaci obchodního práva

v Africe (OHADA)⁵¹, MERCOSUR⁵², Organizace amerických států⁵³ (Organisation of American States, OAS). Toto nesporně platí pro unifikaci v oblasti hmotného práva a pro některé oblasti práva procesního. Jiný rozměr může mít oblast kolizního práva. Důvodem je funkce tohoto právního odvětví a cíl, kterému slouží.

Funkcí mezinárodního práva soukromého je koordinace národních právních řádů ve složce právní regulace soukromoprávních vztahů tam, kde přesahují hranice právních řádů (obsahují mezinárodní prvek). Tato koordinace je vynucena rozdílností národních úprav soukromého práva. Uvedený účel může být dosažen plně jen tehdy, spočívá-li úprava mezinárodního práva soukromého na mnohostranné mezinárodní smlouvě (případně pokud je úprava národní dána mezinárodně vytvořenou vzorovou úpravou) široce akceptované jednotlivými státy. Přestože vzhledem k vysokému stupni podobnosti některých kolizních řešení je dosažení unifikace na prvý pohled jednodušší oproti jiným oblastem, je realita jiná. Světová unifikace na poli kolizního práva je v nedohlednu. A to prakticky ve všech oblastech kolizního práva. Současný svět kolizního práva je světem národních a regionálních úprav. Tedy – pohledem dosažení cílů mezinárodního práva soukromého – a jak uvádí Kreuzer ve své publikaci: „*nejen logicky contradicto in adiecto, ale také věcně nesmyslným*“.⁵⁴

Zdánlivě jakoby proti účelu a potřebám mezinárodního práva soukromého stojí vývoj v Evropské unii snažící se od sedmdesátých let o jednotnou evropskou regulaci kolizního práva. A to za situace, kdy byla postupně významná část pravomocí členských států přenesena na tuto mezinárodní organizaci. Ve vymezených případech to umožnilo nahradit mezinárodní smlouvou⁵⁵ jako základní prostředek unifikace práva mezi státy legislativ-

⁵¹ Přehled aktivit viz na <http://www.ohada.com>.

⁵² Přehled aktivit viz na <http://www.mercosur.int/>.

⁵³ Přehled aktivit a mezinárodních smluv viz

http://www.oas.org/dil/private_international_law.htm shlédnuto k datu 31. 3. 2010.

⁵⁴ Kreuzer, K., Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts, Wie europäisch soll das Europäische International Privatrecht sein?, *RabelsZ*, Heft 1, 2006.

⁵⁵ Upozornit je ovšem nutné na to, že úmluvy přijímané v předchozí vývojové fázi byly úmluvami uzavřenými, tj. omezenými na členské státy EHS/ES. Jediný rozdíl tak byla sku-

ními akty ES/EU. Původně článek 65 Amsterdamské smlouvy, dnes článek 81 Lisabonské smlouvy určují hranice a meze oprávnění Evropské unie v oblasti mezinárodního práva soukromého a procesního. Diskuse nad tím, zda zasahují pouze intrakomunitární vztahy, nebo také vztahy se třetími státy ukončil ESD v posudku 1/03 ze dne 7. února 2006.⁵⁶ Pokud jde o analýzu pravomocí, zdroje úpravy a jejich dosah, odkazujeme na jiné práce. Jen bychom opakovali to, co již mnohem lépe bylo jinými napsáno. V české literatuře zejména na práce Pauknerové a Bělohávkova, které analyzují i tyto otázky. My zde jen doplníme některé úvahy.

1.3.2. Eurocentrismus v. universalita

Přechod pravomocí na ES/EU navodil řadu otázek týkajících se regulace intrakomunitárních vztahů a regulace externích vztahů, tj. vztahů vůči osobám ze třetích států. Jak uvádíme v kapitole týkající se dvoustranných smluv se třetími státy a v kapitole věnované Haagské konferenci mezinárodního práva soukromého, tyto otázky byly zodpovězeny ve prospěch pravomocí orgánů ES/EU.

Vícekrát byla v minulosti položena otázka týkající se cílů Evropských společenství/unie v této oblasti na jedné straně, a funkcí mezinárodního práva soukromého na straně druhé. Cíle společenství v této oblasti vyjadřuje řada dokumentů a preambule jednotlivých nařízení.⁵⁷ Jsou v nich vyjádřeny ony známé myšlenky týkající se pohybu na vnitřním trhu, předvídatelnosti řešení atd. Tyto hodnoty veřejného evropského práva však málo vypovídají o mezinárodním právu soukromém a jeho hodnotách. Snad jen v nařízeních věnovaných problematice dvoustranných smluv lze najít výraznější akcent směrem k otázce ochrany zájmů občanů společenství.

tečnost přímé kolize pramenů právní úpravy regionální a případné universální – mezinárodních smluv.

⁵⁶ Posudek 1/03 ze dne 7. února 2006, Rec. 2006, s. I11–45.

⁵⁷ Přehled aktivit včetně jednotlivých programů v minulosti (Tampere 1999–2004, Haag 2004–2009) a připravovaných pro další období (Stockholm 2010–2014) na <http://europa.eu/legislation> a http://ec.europa.eu/justice_home/news/intro/news_intro_en.htm k datu 30. 12. 2009.

I přes to, že v dané chvíli portfolio nařízení či návrhů nařízení obsahujících kolizní normy roste, lze souhlasit se staršími úvahami autorů upozorňujících na nedostatečnost ústředních myšlenek pro kodifikaci mezinárodního práva soukromé a nedostatečnost metodologickou.⁵⁸ Neexistence společné doktríny a neexistence obecné části mezinárodního práva soukromého vytvářejí z evropského mezinárodního práva soukromého i přes existenci interpretačních pravomocí Soudního dvora pouhý soubor právních norem. Nikoli ucelený systém. Potřeba existence národní úpravy a existence národní doktríny je prozatím nezpochybnitelná.⁵⁹

Pravomoci EU je možné interpretovat v oblasti kolizního práva nejenom směrem k „orgánům aplikujícím právo“, ale také směrem k regulovaným vztahům a rozhodnému právu. Z výsledků analýzy potom mohou vzejít **dva možné modely úpravy**:

- a) vytvoření evropského mezinárodního práva soukromého v onom smyslu, kdy jednotná evropská úprava dopadá na soukromoprávní vztahy s evropským prvkem. Současně je také možné aplikovat pouze právo některého členského státu. Mimo tuto rovinu se uplatní buďto národní kolizní právo, nebo kolizní právo obsažené v mezinárodních smlouvách. Výsledkem tohoto řešení je existence třístupeňové regulace soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem: národní, mezinárodní a evropské.
- b) universální ve smyslu dopadu i na vztahy se subjekty z třetích států, tj. států mimo členské státy EU. Současně i umožnění universální aplikace právního řádu. Vyřešena je otázka národních úprav mezinárodního práva soukromého, otevřený je vztah k mezinárodním smlouvám.

⁵⁸ Jayme, E., Kohler, Ch., *Europäischen Kollisionsrech 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?*, IPRax, 2006, Heft 6, s. 539–549. Mansel, H. P., Thorn, K., Wagner, R., *Europäischen Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR- Kodifikation*, IPRax, 2009, Heft 1, s. 1–23.

⁵⁹ Viz diskusi v Pauknerová, M. a kol., *Proměny mezinárodního práva soukromého*, in: Pauknerová, M., Tomášek, M., *Nové jevy v právu na počátku 21. století IV.*, *Proměny soukromého práva*, Praha: nakladatelství Karolinum, 1009, s. 178–232.

Po přijetí obou základních nařízení z oblasti závazkového práva (nařízení Řím I a nařízení Řím II) se zdá, že základní diskuse týkající se povahy budoucí úpravy zmizely. Je nesporné, že oblast mezinárodního práva soukromého a procesního patří k těm, které je vhodné řešit na úrovni vyšší než je úroveň národního zákonodárce. V dalším se však liší otázky kolizní od otázek procesních. Regionální úroveň je dostačující pro oblast procesního práva a naplnění regionálních cílů v otázce jednotného přístupu k soudům, zajištění průběhu řízení z pohledu některých úkonů právní pomoci a zajištění nakládání s rozhodnutím orgánů zúčastněných států směrem k výkonu. Prostor pro národní úpravu reflektující otázky směrem ke třetím státům je zde zcela jednoznačný. Možnost pro universální úpravu není nikterak dotčen.

Poněkud jiná situace je v oblasti kolizních norem jako norem aplikovaných soudy členských států a určujících rozhodné právo. Zde je nutné vyjít jednak z povahy norem, o které se jedná, jednak i z vhodnosti právního řešení, pro které se rozhodneme. Je pochopitelné, že při striktním výkladu potřebnosti by tyto normy měly reflektovat pouze tzv. komunitární střety, tj. řešit situace s evropským prvkem.⁶⁰ To vyplývá i z preambulí k nařízením. Nikoli případy s prvkem universálním. Je zde však jeden moment, který je nutné mít na paměti – praktičnost, předvídatelnost, rozumnost úpravy kolizního práva. Řešení, které by vytvořilo tři roviny řešení kolizních problémů (mezinárodní tam, kde existuje mezinárodní smlouva, regionální pro řešení vnitřních komunitárních kolizí a národní pro ostatní případy) by oblast, která patří spíše k těm, které jsou stále ještě nadstandardní výbavou právníka, dále komplikovalo. Namísto řešení kolizí právních řádů by se vytvořilo několik úrovní kolizní úpravy, jak jsme se o tom zmínili u modelu ad a). Byl by tak řešen nejprve problém aplikace systému kolizních norem a teprve následně vlastní kolizní otázka. Celá oblast by se

⁶⁰ Diskuse byly vedeny jak nad návrhem nařízení Řím I, tak zejména a s rozhodujícím účinkem nad návrhem nařízení Řím II. K této otázce například i upozornění v rámci stanoviska tzv. Hamburské skupiny. Viz: Comments on the European Commission`s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. Dostupné například z:

http://www.mpipriv.de/ww/en/pub/research/research_work/international_private_law_proc/law_of_non_contractual/opinion_rome_ii_proposals.cfm

dále zneprůhlednila a vzdálila od vlastního řešení problému. Otázkou by také byl vztah norem v rámci principu universalit.⁶¹ Tento segment práva by tedy nesporně ztratil onu základní funkci, kterou má obecně plnit – zajistit mezinárodní rozhodovací harmonii.

Universalita v aplikaci kolizních norem (označováno také jako *erga omnes účinky*) znamená, že norma obsažená v nadnárodní úpravě (mezinárodní, regionální), která nahrazuje normu vnitrostátního původu může vzbudit diskusi týkající se například pravomoci orgánů řešit i universální, nikoli jen komunitární konflikty. Nicméně jiné řešení (viz výše zmíněné) by přineslo mnohem více škod. Nedomníváme se, že by hrozilo překročení pravomocí orgánů EU. Cílem úpravy je zajištění jednoty v nakládání s právem, vytvářené normy jsou využívány orgány na území EU. Vztah k území EU je vždy dán – je jím otázka pravomoci soudů členských států EU. To, že vztah je situován vně společenství, není dle našeho názoru nutným momentem pro vyloučení pravomoci. Rozhodující je to, že jsou upravovány normy použité před orgány států EU. Upozornit je ovšem nutné také na to, že některá z nařízení reflektují pouze na interkomunitární vztahy.⁶²

Znovu se zde vracíme k článku Kreuzera, který v rámci v té době probíhající diskuse nastínil ony nutné meze europaizace kolizního práva. Jako základní tezi a východisko pro posouzení uvádí, že budoucí úprava má respektovat „*tolik universalitý kolik je možné, tolik evropské regionální úpravy, kolik je nutné pro to, aby bylo dosaženo závazných unijních cílů*“.⁶³ Při promítnutí do oblasti kolizního práva toto znamená, že universálně platné kolizní normy s jednotnými hraničními určovateli jsou pravidlem. Naopak evropsky omezené normy jsou výjimkou.

Jinou otázkou je samozřejmě ochrana unijních zájmů. K té se dostaneme u konkrétní analýzy nařízení Řím I, kde se projevila řada mezí pro universální aplikaci, jejichž smyslem je zájem na aplikaci komunitárního práva.

⁶¹ Podrobně k universalitě s odlišením od možnosti neomezené volby práva Pauknerová, M.: Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C. H. Beck. 2008, s. 112 a násl.

⁶² Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000, o úpadkovém řízení.

⁶³ Kreuzer, K., Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts, Wie europäisch soll das Europäische International Privatrecht sein?, RabelsZ, Heft 1, s. 86.

Zcela jinou otázkou jsou pravomoci orgánů ES/EU. Jak z části zabývající se Haagskou konferencí, tak z části zabývající se dvoustrannými smlouvami vyplývá stále výraznější omezování pravomocí členských států. Evropské mezinárodní právo soukromé tak ingeruje do oblasti universálních úprav a snaží se zásadně ovlivnit, jak uvidíme dále oblast bilaterálních úprav se třetími státy. Z pohledu funkcí mezinárodního práva soukromého je toto zdůvodnitelné.

Závěr. Pro oblast závazků představuje evropská legislativa základní zdroj právní úpravy. Ať je již obsažen v nařízení (či zbytkově mezinárodní smlouvě) či směrnicích. Nebo jsou využívány „průniky“ zdrojů evropských a universálních.⁶⁴ Nesoulad mezi účelem mezinárodního práva soukromého a vyjádřenými cíli Evropské unie byl částečně zmírněn přijetím universální úpravy znamenající v tomto rozměru aplikaci kolizních norem na veškeré vztahy projednávané před soudy EU a bez omezení v aplikaci na právo členských států EU. V tomto směru se „chová“ evropské právo jako právo federálního státu tam, kde jsou pravomoci ke tvorbě těchto norem předány na federální úroveň. Nikoli jako „čisté“ interlokální právo.

Je také pravdou, že pokud se učiní jeden krok, je nutné pro zajištění obou uvedených účelů uvést i další. Tím dalším míníme ne zcela podložené rozšíření pravomocí přímo vůči vztahům ke třetím státům, ať se již jedná o vztahy mnohostranné či o vztahy dvoustranné. Zejména snaha o ochranu zájmů Unie nutně vede k tomu, aby byly sladěny normy tam, kde hrozí „vyvedení sporů“ mimo území Evropské unie a použití jiného práva.

⁶⁴ Sehnálek, D., Turoňová, J., Nařízení o výživném a postavení mezinárodních smluv v Evropské unii. *Právník*, 149/10, 3, od s. 233–250.

I.4. DVOUSTRANNÉ SMLOUVY JAKO BILATERÁLNÍ UNIFIKACE⁶⁵

I.4.1. Obecně

Dvoustranné smlouvy o právní pomoci patří stále k významným prostředkům regulujícím vztahy subjektů či subjektů a orgánů na úrovni dvou států. Předmětem unifikace není hmotné právo (to by nebylo ani praktické), nýbrž právo kolizní a procesní. Byť i toto ve fragmentární podobě.⁶⁶

Historie přijímání těchto smluv není dlouhá. V období mezi dvěma světovými válkami se objevilo v Evropě několik smluv tohoto typu. Svě poměrně pevné místo však získaly tyto smlouvy v právních úpravách socialistických a lidově demokratických zemí po druhé světové válce. Tyto státy uzavíraly buďto mezi sebou navzájem, anebo i se západními či rozvojovými zeměmi tyto dvoustranné smlouvy o právní pomoci. V úpravě vztahů mezi východními státy tak byly oblíbeným⁶⁷ prostředkem právní úpravy. Zatímco mezi státy západní Evropy dominovaly smlouvy mnohostranné (důvodem pro jejich preferenci bylo sdílení názoru, že pouze řešení kolizí mezi právními řády na universálním základě má smysl a jiná řešení zabraňují přijetí universální úpravy), dominovaly vztahům soukromoprávním s mezinárodním prvkem u států východních právě tyto dvoustranné

⁶⁵ Ke zpracování využito příspěvku proneseného na konferenci v Białymstoku jaro 2009 společně s JUDr. Valdhensem (souhlas druhého autora dán) a článku Rozehnalová, N., Valdhans, J., Europejski obszar sądowny i jego wpływ na państwa trzecie, zwłaszcza wschodnie. In M. Zdanowicz, A. Doliwa – Klepacka (red.), Wybrane aspekty wpływu członkostwa Państw Europy Środkowo – Wschodniej na stosunki ze wschodnimi państwami ościennymi. Białystok: Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, 2009, s. 167–182.

⁶⁶ Literatura uvádí, že pravděpodobně jediným pokusem o komplexní uchopení mezinárodního práva soukromého byla Smlouva z 18. 6. 1903 o mezinárodním právu soukromém uzavřená mezi Kolumbií a Ekvádorem. Obsahovala 54 článků a pojednávala o všech základních kolizních oblastech. Viz Makarov, A., N., Sources, International Encyklopedie of Comparative Law, Tübingen: J. C. B. Mohr, P. Siebeck, 1972, s. 13.

⁶⁷ Prvou z nich byla smlouva mezi Polskem a Československem z 21. 1. 1949. Viz Ludwiczak, W., Miedzynarodowe Prawo prywatne, Warszawa: Panstwowe wydawnictwo naukowe, 1979, s. 49.

smlouvy.⁶⁸ Rozdílný byl i předmět smluv uzavíraných se západními státy a uzavíraných mezi státy socialistickými a rozvojovými. Smlouvy dvoustranné, které byly uzavírány mezi/s západními státy, se věnovaly zpravidla problematice uznání a výkonu soudních rozhodnutí a veřejným listinám.⁶⁹ Naopak smlouvy uzavírané socialistickými státy byly, pokud jde o jejich předmět úpravy, širší. Obsahovaly obvykle problematiku občanského, obchodního a trestního práva. Pokud jde o občanské a obchodní právo, řešeny byly problémy z oblasti kolizního závazkového, rodinného, dědického a procesního práva.⁷⁰ Tyto smlouvy zůstaly v platnosti i po vstupu státu do EU.⁷¹

I.4.2. Komunitární právo a dvoustranné smlouvy o právní pomoci

Pravomoci EU v oblasti justiční spolupráce ve věcech civilních zasahují nejenom vnitřní vztahy mezi členskými státy, ale dopadají i na vztahy se třetími státy. Do hry tak vstupuje otázka možné kolize dvoustranné smlouvy a komunitární úpravy. Kolize může mít několik podob:

- a) existenci dvoustranné smlouvy, uzavřené v minulosti mezi dvěma stávajícími členskými státy ES a její kolize s komunitárními normami;
- b) existenci dvoustranné smlouvy uzavřené členským státem se státem třetím před vstupem tohoto členského státu do ES a kolizi smlouvy s evropskými normami majícími universální účinky;

⁶⁸ Samozřejmě s výhradou norem vytvářených v rámci RVHP a unifikujících právní úpravu na úrovni hmotně právní. Jako příklad lze uvést Všeobecné obchodní podmínky RVHP. Blíže srovnej například Forejt, A., Hřivnák, J., Kučera, Z., Všeobecné dodací podmínky RVHP 1968/1988. Komentář s judikaturou. Bratislava. 1989.

⁶⁹ Viz například přehled Geimer, R., Schülze, R., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München: C. H. Beck, 2004. Nagel, H., Gottwald, P., *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln: O. Schmidt, 2007.

⁷⁰ K dvoustranným smlouvám o právní pomoci viz: Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno: Doplněk, 2006, s. 45. Pazdan, M., *Prawo prywatne miedzynarodowe*, Warszawa, 2005, s. 41 a násl. Ludwiczak, W., *Miedzynarodowe prawo prywatne*, Warszawa, 1979, s. 49 a násl.

⁷¹ Přehled viz na: www.justice.cz.

c) uzavírání dvoustranných smluv se třetími státy v budoucnu.

ad a) Dvoustranné smlouvy mezi členskými státy ES/EU. Vztah a pravidla aplikace tam, kde se střetne úprava komunitární (nařízení, směrnice) s mezinárodními smlouvami je obtížné v obecné rovině vymezit. Snad lze spíše zvažovat přednost mezinárodních smluv. EU zvolila cestu výslovné úpravy a to v konkrétní komunitární normě pro dotčený okruh mezinárodních úmluv. Tím se vyhnula – zejména do budoucna⁷² – diskusím o aplikační přednosti. Přijatá nařízení obsahují řadu pravidel jak pro vztah vůči mnohostranným, tak i dvoustranným smlouvám. Pokud jde o námi dotčenou oblast závazků, lze uvést následující přehled pro rovinu procesní a kolizní:

- **článek 69⁷³ nařízení Brusel I.** Zde jsou vyjmenovány dvoustranné smlouvy existující mezi členskými státy, které se nadále nepoužijí v dosahu působnosti Brusel I. Současně článek 70 uvádí, že tyto dvoustranné smlouvy se použijí mimo předmět působnosti nařízení Brusel I. Ponechání smlouvy v platnosti může mít význam v oblasti soukromoprávní pro rozhodčí řízení, veřejné nevykonatelné listiny a jejich vzájemné uznávání či některé další otázky z oblasti práva rodinného, které nebyly zatím zasaženy tímto nařízením, resp. dalšími dále uvedenými.

⁷² Toto není vedeno v tak striktní rovině pro dříve využívané mnohostranné smlouvy omezené jen na členské státy ES. Konkrétně se jedná o Úmluvu o právu rozhodném pro závazky ze smluv (Řím I). Otázku vztahu k jiným úmluvám obsahuje článek 21, který – jak upozorňuje i zpráva Giuliano – Lagarde – musí být vykládán spolu s články 23, 24 a 25. Jak upozorňují, jedná se o „svobodu pod revizí“, tedy smluvní státy nejsou zcela svobodné v tom, že uzavřou v budoucnu jinou smlouvu s předmětem úpravy spadajícím do působnosti úmluvy. Viz Giuliano – Lagarde Report, in *Journal officiel* n°C 282 du 31/10/1980 p. 0001. Také Pauknerová M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 251–252. S názory souhlasíme s výjimkou toho, že by se jednalo i o úmluvy unifikující právo hmotné.

⁷³ „Aniž je dotčen čl. 66 odst. 2 a článek 70, nahrazuje toto nařízení mezi členskými státy tyto dohody, smlouvy a úmluvy uzavřené: ...následuje výčet smluv...“.

Nelze zde využít článek 66. Ten dopadá dle svého znění na smlouvy ve zvláště vymezených věcech. Tam dvoustranné smlouvy o právní pomoci jako smlouvy obecně zaměřené nespádají.

- **článek 28 odst. 2 nařízení Řím II**, který opět výslovně řeší vztah nařízení a dvoustranných smluv.⁷⁴
- **článek 25 odst. 2 nařízení Řím I** obsahuje rovněž řešení vztahů k dvousstranným smlouvám pro oblast závazků ze smluv⁷⁵.

Závěr. Situace, kdy existuje po vstupu do ES/EU dvoustranná smlouva o právní pomoci mezi dvěma členskými státy, je výslovně řešena v komunitárních normách předností komunitární úpravy. Z pohledu obsahového a aplikačního je třeba toto řešení přivítat. Pro „nezahlcení“ právní regulace zvláštními pravidly a nastavení jednotného systému je to nutné. Lze si jen stěží představit jinou úpravu. Zásadně se tak usnadňuje rozhodování o aplikaci konkrétní normy. Z pohledu formálního lze však o tomto způsobu úpravy pochybovat. Osobně bychom preferovali ukončení platnosti těchto smluv v částech překryvu s komunitární úpravou. Takové řešení by odpovídalo povaze mezinárodních smluv jako výrazu vůle suverénních subjektů na jedné straně a pravomocím Evropské unie jako pravomocím delegovaným státy na mezinárodní organizaci. Derogace těchto mezinárodních smluv úpravou v nařízení posiluje pozici ES jako nadstátní organizace v oblasti, kde je možné řešení dosáhnout jinak.

ad b) Dvoustranné smlouvy uzavřené členským státem se státem třetím před vstupem jednoho státu do EU. Jinou otázkou představuje situace, kdy byla smlouva o právní pomoci uzavřena před vstupem do EU. Po vstupu docházelo jen vzácně k jednáním o úpravách některých otázek.⁷⁶

Základní právní rámec pro zvažování nakládání s těmito smlouvami vytváří jednak článek 307 Smlouvy o založení Evropského společenství

⁷⁴ „Toto nařízení se však použije mezi členskými státy přednostně ve vztahu k úmluvám uzavřeným výlučně mezi dvěma a více členskými státy v rozsahu, ve kterém se týkají předmětu právní úpravy tohoto nařízení“.

⁷⁵ „Toto nařízení se však použije mezi členskými státy přednostně ve vztahu k úmluvám uzavřeným výlučně mezi dvěma a více členskými státy v rozsahu, ve kterém se týkají oblastí upravených tímto nařízením.“

⁷⁶ Viz Smlouva mezi Českou republikou a Ukrajinou o právní pomoci v občanských věcech (Kyjev, 28. 5. 2001; č. 123/2002 Sb. m. s.) ve znění Protokolu mezi Českou republikou a Ukrajinou, kterým se mění Smlouva mezi Českou republikou a Ukrajinou o právní pomoci v občanských věcech (Praha, 14. 9. 2007; č. 77/2008 Sb. m. s.).

(dnes článek 351 Smlouvy o fungování EU), jednak článek 6 odstavec 12 Aktu o podmínkách přistoupení ČR a dalších států a o úpravách smluv, na nichž je založena EU.⁷⁷

V souladu s článkem 307 Smlouvy o založení ES (článek 351 o fungování EU) je členský stát povinen v případě, kdy je zjištěna neslučitelnost se Smlouvou o založení ES použít všech prostředků pro jejich odstranění. Mnohem silněji zní povinnost k odstranění neslučitelnosti z nových nařízení (viz dále ad c) upravujících budoucí možnost uzavírání dohod mezi ES a třetími státy. S odkazem na posudek ESD 1/03⁷⁸ je zde výslovně uvedeno, že ustanovení těchto dohod mají vliv na jednotné a konzistentní uplatňování pravidel Společenství pro určení soudní příslušnosti a na řádné fungování systému zřízeného prostřednictvím těchto pravidel.

Jako neslučitelná lze posuzovat jak některá ustanovení z oblasti stanovení pravomoci soudů, tak v námi sledované oblasti i z oblasti kolizního práva. Může se jednat například o otázky uzavírání prorogačních dohod bez omezení, tj. i ve věcech pracovních a spotřebitelských nikoli až po vzniku sporu, ale dříve. Může jít o „vyvedení sporu“ do dosahu jurisdikce nečlenského státu za současného umožnění vyloučení aplikace ochranných norem například pro spotřebitele.⁷⁹ Tedy obvykle tam, kde se objevují ony nové sociální funkce mezinárodního práva soukromého a procesního. Ne tam, kde se chová mezinárodní právo soukromé a procesní inertně vůči těmto hodnotám.

ad c) Dvoustranné smlouvy budoucí. Pro určitý segment vztahů zůstávají dvoustranné smlouvy o právní pomoci efektivním způsobem regulace vztahů dvou států. Zpravidla je to tam, kde existují zvláštní historické či ekonomické vazby. Tento případ nikterak nemizí, ale naopak je posilován. Jako příklad lze vzít vztahy České republiky s Ukrajinou, Běloruskem či Moldávií, odkud v době ekonomické prosperity přišly desetitisíce pracov-

⁷⁷ V české literatuře detailní rozbor: Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, s. 61–62.

⁷⁸ Posudek 1/03 ze dne 7. února 2006, Rec. 2006, s. I–1145.

⁷⁹ Jako příklad lze uvést výše uvedenou smlouvu s Ukrajinou, která všechny tyto možnosti obsahuje.

níků. Prakticky každý ze států ES má obdobné vztahy navázané s některým ze třetích států. Poukázat lze na Francii a státy severní Afriky. Německo a vztahy s Tureckem. I z tohoto důvodu Komise hodnotila situaci se závěrem nalézt řešení jednak pro zajištění slučitelnosti, jednak pro respektování specifiky těchto vztahů se třetími státy. Navíc – a to je třeba také zdůraznit – při přijímání úprav v oblasti justiční spolupráce v civilních věcech bylo výslovně zvažováno, že tam, kde je to oprávněné, mohou vzniknout zvláštní úpravy se třetími státy.⁸⁰

Výsledkem analýz a konzultací s členskými státy bylo zpracování dvou nařízení.⁸¹ Zajímavé je připomenout úvahy předcházející jejich přijetí. Přípravné práce jednak konstatovaly potřebnost uzavírání těchto dvoustranných smluv o právní pomoci, jednak byly vyhodnoceny možnosti postupu při jejich uzavírání. Komise konstatovala, že do úvahy přicházejí následující možnosti:

- **pasivní status quo**, tedy žádné řešení situace. V systému výlučných pravomocí EU nemohou členské státy uzavřít dvoustrannou dohodu. Problémem by mohla být i změna stávajících či jejich vypovězení.
- **aktivní status quo**. Veškeré dohody mezi členskými státy a třetími zeměmi by musely být vyjednány a uzavřeny Společenstvím prostřednictvím postupu, který stanoví článek 300 Smlouvy o ES (resp.

⁸⁰ Nařízení (ES) č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II) stanoví v bodě odůvodnění 37, že „Komise předloží Evropskému parlamentu a Radě návrh týkající se postupů a podmínek, podle nichž by členské státy byly oprávněny v jednotlivých a výjimečných případech vlastním jménem sjednávat a uzavírat dohody se třetími zeměmi týkající se odvětvových oblastí a obsahující ustanovení o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy“. Nařízení (ES) č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) obsahuje obdobný bod odůvodnění (bod 42). Poznámka autora – citace převzata z návrhu nařízení KOM(2008) 893.

⁸¹ Nařízení Rady (ES) č. 664/2009 ze dne 7. července 2009, kterým se zřizuje postup pro sjednávání a uzavírání dohod mezi členskými státy a třetími zeměmi o příslušnosti, uznávání a výkonu rozsudků a rozhodnutí ve věcech manželských, věcech rodičovské zodpovědnosti a věcech vyživovacích povinností a o právu rozhodném ve věcech vyživovacích povinností; Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 662/2009 ze dne 13. července 2009, kterým se zřizuje postup pro sjednávání a uzavírání dohod mezi členskými státy a třetími zeměmi ve zvláště vymezených věcech v oblasti práva rozhodného ve smluvních a mimosmluvních závazkových vztazích.

výše uvedené v rámci Lisabonské smlouvy). To by platilo i o případě, kdy by na dohodě měl zájem pouze jediný členský stát.

- **systém zpětných pravomocí.** Výlučná pravomoc EU zůstává nedotčena. Nicméně výjimečně by EU vydalo povolení členskému státu na uzavření smlouvy o právní pomoci se třetím státem. znám z řady nařízení například z oblasti regulace společné obchodní politiky.

Zvolen byl poslední způsob. Nařízení předpokládá, že tam, kde EU nevyužije svých pravomocí, bude pro každý jednotlivý případ uděleno povolení k uzavření smlouvy. To stát získá poté, co proběhne hodnocení dohody, kterou stát Komisi předložil. Hodnocení proběhne na základě objektivních kritérií. Komise určuje členskému státu zásady pro jednání, je-li to nutné, a provádí vyhodnocení výsledků jednání. Teprve poté povolí konečné uzavření smlouvy. Vzhledem k výlučným pravomocem Evropské unie je tento postup považován za postup výjimečný.

Na nařízeních, která byla přijata, se bude podílet Velká Británie a Irsko. Nikoli však Dánsko. Nařízení dopadá – a to je důležité – i na smlouvy, které byly v minulosti uzavřeny a které jsou státy povinny uvést do souladu.

Závěr. Dvoustranné smlouvy o právní pomoci tak zůstávají nadále součástí i právních řádů států EU. Zvolené řešení kombinace využití výlučné pravomoci a udělení zpětných pravomocí je řešením, které vhodně kombinuje zájmy EU a zvláštní zájmy jednotlivých členských států tam, kde historicky či geograficky existují zvláštní vztahy se třetím státem.

1.5. NESTÁTNÍ PRÁVO V MEZINÁRODNÍM OBCHODĚ

1.5.1. Úvod

Na jiném místě budeme hovořit o nestátních prostředcích právní úpravy – tzv. soft law v oblasti mezinárodního obchodu. V této souvislosti bychom měli alespoň krátce přiblížit prostředí, kde tyto normy vznikají a odlišit je od jiných oblastí a rovin. K tomuto přiblížení si dovolueme využít schéma, které jinak používáme ve výuce práva mezinárodního obchodu. Toto sché-

ma totiž dovoluje metodologicky uchopit celou oblast. Jedná se o schéma využívající tři roviny právní úpravy:

- a) **Vztahy mezi státy a mezinárodními** organizacemi. Tato sféra je regulována mezinárodním právem veřejným.
- b) **Vztahy mezi státem a podnikatelem, resp. mezi mezinárodní organizací typu EU a podnikatelem tam, kde došlo ve sledované oblasti k přesunu pravomocí.** Tato sféra je regulována vnitrostátním veřejným právem, případně evropským právem.
- c) **Vztahy mezi podnikateli navzájem.** Tato sféra je regulována mezinárodním právem soukromým a v jeho mezích, resp. v mezích hmotného práva, na které odkazuje tzv. *lex mercatoria* jako transnacionálním právem mezinárodních obchodníků.

Pozice *lex mercatoria* – a k tomu se samozřejmě vrátíme později – je dána na sdílených právně-filozofických východiscích. Jak je vidno i z uvedeného přehledu, naše pozice směřuje k zařazení *lex mercatoria* jako možného „konkurenta“ mezinárodního práva soukromého či jako souboru pravidel odvozeného a aplikovaného v mezích rozhodného práva. Tím míníme jak právo unifikované, tak právo národní. Nesdílíme názor na umístění *lex mercatoria* do roviny například s právem WTO, tedy do roviny mezinárodního ekonomického práva.⁸²

I.5.2. Tvorba nestátních prostředků právní regulace – subjekty – propojení

Pokud vyhodnotíme vazbu nestátních prostředků právní úpravy (bez ohledu na zastávané doktrinální hodnocení), lze uvést směrem k subjektům vytvářejícím či podílejícím se na tvorbě těchto pravidel následující.

⁸² Například Herborht, B., *On the Legitimacy of Global Governance. The Cases of WTO and lex mercatoria*. Dostupné ke dni 30. 4. 2010 z: http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/7/4/3/5/pages74350/p74350-1.php.

- a) komunita obchodníků a pravidla výlučně zvyklostního původu,
- b) komunita obchodníků a pravidla se zvyklostním základem, současně uměle dopracovaná,
- c) ingerence či pomoc státu či různých mezinárodních organizací, na nichž se podílí stát.

ad a) Komunita obchodníků a pravidla výlučně zvyklostního původu. Původ myšlenek o *lex mercatoria*, prostředí vzniku a subjektech, které se podílely na vytváření nás samozřejmě vede zejména k období středověkého *lex mercatoria* a komunitě obchodníků, kde tato pravidla vznikala jako pravidla obyčejového původu mimo dosah lokální moci tehdejších panovníků.⁸³ Obchodníci, zejména mezinárodní, sdíleli jistý druh „imunit“ vůči lokální legislativě.⁸⁴ Základním pramenem úpravy je obyčej, zvyklost. Ústředním momentem je princip spravedlnosti v pojetí vlastnímu této periodě vývoje. Rozvoj *lex mercatoria* je spjat i s rozvojem procesním, který je rovněž oddělen od lokální moci panovníků. Pokud tyto instituce máme připodobnit dnešním, jde o rozhodčí řízení jako proces realizovaný pravděpodobně váženými osobami ze skupiny obchodníků.⁸⁵ Vývoj byl ovlivněn i vývojem v oblasti námořního práva a v jeho souvislosti realizovanými transakcemi pojišťovacími či přepravními. Toto období končí transformací zvyklostních pravidel do národních kodexů.

ad b) Komunita obchodníků, korporace a pravidla se zvyklostním základem, následně uměle dopracovaná. Rozvoj průmyslové velkovýroby v 19. století, postupné vytváření mezinárodního trhu i nové způsoby realizace obchodních styků opět znamenají pnutí směrem k národní právní regulaci obsažené v národních kodexech či jiných úpravách. Během 19. století se setkáváme s novými produkty „institucionalizované vůle stran“ – ob-

⁸³ Cuttler, C. A., *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press. 2003, s. 108–140.

⁸⁴ S odkazem na starší historické zdroje Cuttler, C. A., *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 115.

⁸⁵ Berman, H., Kaufmann, C., *The Law of International Commercial Transactions – Lex Mercatoria*, *Harvard International Law Review*, 1978, s. 225.

chodními podmínkami a smlouvami. Tyto standardizované produkty mají svou přímou vazbu na moderní strojovou velkovýrobu vyžadující pro zajištění efektivnosti i moderní, rychlé a bezpečné způsoby distribuce zboží. Objevují se různé obchodní svazy a jejich formulářové smlouvy i podmínky. Později, zejména ve 20. století, se setkáváme s dalším jevem – zpracováním stávajících obchodních zvyklostí a jejich převedením do psané podoby. Typickým příkladem je zde Mezinárodní obchodní komora v Paříži a INCOTERMS. Uvést je však možné i další z oblasti platebních prostředků.

ad c) Ingerence či pomoc státu či různých mezinárodních organizací, na nichž se podílí stát. Zejména období po druhé světové válce vykazuje řadu aktivit, které jsou sice zaštitěny státem či státy a mezinárodními organizacemi, kde však zdrojem úpravy není mezinárodní smlouva. Jako příklady lze uvést iniciativy typu vzorové zákony a guidelines (UNCITRAL, EHK OSN), zásady mezinárodních smluv či smluvní principy vytvářející soubor právních pravidel, které lze využít i jako obligační statut (UNIDROIT, ES/EU).

I.5.3. Závěr

Komunita mezinárodních obchodníků, obchodní svazy, obchodní komory, nestátní prostředky právní úpravy – to vše jsou termíny vážící se k jedné z nejvýznamnějších oblastí ekonomické aktivity: mezinárodnímu obchodu. Jak již bylo uvedeno na jiném místě, právní regulace soukromoprávních vztahů v této oblasti vyžaduje jistotu, flexibilitu a prostor pro reflexi dynamiky. Prostředky vytvářené nestátními subjekty jsou nesporně způsobilé rychlé flexibility a schopnosti sledovat dynamiku vztahů. V tom je jejich základní silná stránka.

II. KOLIZNÍ ÚPRAVA ZÁVAZKŮ ZE SMLUV

II.1. NAŘÍZENÍ ŘÍM I – ZÁKLAD KOLIZNÍHO SMLUVNÍHO PRÁVA

Základem námi sledované problematiky a současně východiskem našich úvah je kolizní metoda. Důvody toho, proč právě tuto tak vysoce akademickou a na prvý náhled komplikovanou metodu jsme si vzali za základ, jsou zejména:

- její způsobilost universálně upravit soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem (ve smyslu možného využití pro celé spektrum vztahů „pokrývajících“ soukromé právo),
- s tím související schopnost vyplnit mezery či další neupravené otázky v rámci unifikace hmotně právní,⁸⁶
- úvahy,⁸⁷ které nejenom v rovině doktrinální či v řízení před soudy rozhodčími, předpokládaly napojení nestátních norem na kolizní normy,
- vytvoření rámce pro aplikaci nestátních prostředků ať již ve standardní subsidiární pozici nebo – v závislosti na zastávané doktríně – jinak,⁸⁸
- výrazný podíl komunitární úpravy⁸⁹ s universálními účinky a účinky erga omnes; tzn. jak pokud jde o rozhodné právo (aplikuje se bez

⁸⁶ K otázce mezer či neupravených otázek v rámci hmotně právních unifikací viz. následující kapitola a v ní uvedená literatura. Pro rámcovou orientaci v této otázce viz Rozehnalová N., *Právo mezinárodního obchodu*, Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2006, s. 265–272.

⁸⁷ Na myslí tímto máme diskuse vedené okolo navazování v rámci volby práva dle článku 3 nařízení Řím I.

⁸⁸ K otázce aplikace viz například Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*, Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 231–243.

⁸⁹ V podobě nařízení nebo směrnic obsahujících požadavky, které mohou či musí být řešeny v oblasti kolizního práva.

ohledu na to, zda jde či nikoli o právo členského státu EU), tak pokud jde o aplikaci na vztahy řešené před soudy členských států (aplikuje se v základní poloze bez ohledu na to, zda osoba pochází ze členského státu či nikoli). Takto „postavená“ norma, byť regionálně omezena na aplikaci před soudy členských států, výrazně zesiluje své unifikační účinky,

- v neposlední řadě také širší rozměr právního prostředí, ve kterém se budeme pohybovat. Slovy významného německého teoretika mezinárodního práva soukromého A. Flessnera: „*Mezinárodnost (ve smyslu existence mezinárodního prvku – poznámka autora) znamená získanou pluralitu práva, nebo jinak: to, že užití určitého právního řádu není nadále samozřejmé.*“⁹⁰ Tato věta výstižně uvozuje naši problematiku. Za určitých podmínek je tak možné zvažovat, zda použijí plně cizí soukromé právo, přihlédnu k zahraničním imperativním normám, nebo pouze mohu jednotlivá ustanovení inkorporovat do rámce kogentních norem. To vše způsobuje ona případná kvalifikace mezinárodního prvku.

Komunitární úprava, regionálně omezená a aplikovaná soudy členských států EU, využila v nařízeních obsahujících kolizní normy mechanismus známý z unifikací vytvořených na úrovni Haagské konference mezinárodního práva soukromého: v dosahu působnosti soudů aplikovat úpravu i na osoby nepocházející ze smluvních států, resp. na vztahy nevykazující výlučně kolizi uvnitř (zde) úpravy členských států EU. Přijetí myšlenky o neomezení své aplikace pouze na soukromoprávní vztahy obsahující intra komunitární prvek zjednodušilo situaci v celé oblasti úpravy mezinárodního práva soukromého. Názory argumentující zejména dosahem pravomocí uvedených v článku 65 Smlouvy o založení ES⁹¹ ustoupily snaze o racionalitu přijatého řešení. Opačný výsledek, tj. omezení předmětu kolizí jen na kolize v rámci ES/EU, by znamenal další komplikování již tak složitě a nepřístupně oblasti kolizního práva. Proč? Před kolizním řešením by

⁹⁰ Flessner, A., *Interessenjurisprudenz im IPR*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, s. 100.

⁹¹ Dnes článku 81 Smlouvy o fungování EU.

bylo nutné řešit otázku střetů zdrojů právní úpravy. Potíže s kvalifikací intra komunitárních prvků či naopak prvků vázaných i ke třetímu státu by v této oblasti přineslo soustředění na řešení kolize kolizí, nikoli naplnění cílů kolizních norem jako norem sledujících úpravou teritoriálního umístění vztahu přispět k právní jistotě a předvídatelnosti mezinárodního obchodního styku. Ve výsledku by byla posílena spíše akademičnost této disciplíny než její přiblížení praxi a široké obchodní komunitě. Nesporně by se tímto také posílily hlasy o relevanci stávajícího přístupu k řešení právní regulace vztahů s mezinárodním prvkem pomocí metody kolizní tak, jak se čas od času tyto hlasy objevují.⁹² Racionalita řešení, přístupnost řešení adresátům norem, snaha o další nekomplikování oblasti, která je oblastí méně přístupnou i právníkům, zvítězily.

V prvních kapitolách této části se budeme věnovat komunitární úpravě jako úpravě dominující námi sledované oblasti. Vedle ní je nutné připomenout mezinárodní dvoustranné smlouvy o právní pomoci právě z pohledu slučitelnosti, o které jsme hovořili v první kapitole. Alespoň pro oblast imperativních norem a aplikace práva bude nutné se vyjádřit průběžně k otázce podpůrné či souběžné aplikovatelnosti národního zdroje úpravy a evropského zdroje úpravy. Neřešení některých otázek na úrovni komunitární vyvolává otazníky týkající se aplikace národních norem tam, kde komunitární úprava mlčí. Případně, a to je typicky případ ČR, došlo k přehodnocení otázky (z aplikace imperativních norem legis causae na obecné zacházení s cizím právním řádem).

Je možné touto analýzou dílčích ustanovení nařízení získat nejen informace o ustanoveních samotných a jejich napojení na další námi sledované zdroje úpravy, ale také informace o směřování kolizního práva jako celku? Domníváme se, že ano. Evropský justiční prostor v civilních otázkách a jeho působnost zasahující tři základní sféry mezinárodního práva sou-

⁹² Viz například Symeonides, C., General Report, s. 6. In Symeonides, C., *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* The Hague: Kluwer Law International, 2000, s odkazem na národní zprávu A. Fentimana, v této publikaci rovněž uvedenou.

kromého⁹³ umožnily v této dekádě velké skupině evropských států sjednotit řadu otázek napomáhajících zjednodušení jak vzájemného styku osob, tak předurčujících vztahy k osobám ze třetích států. Současně tím byl naznačen další vývoj v této oblasti. Je zřetelná jak metoda sama, tak lze hodnotit míru zohlednění **komunitárních či národních zájmů** a vyjasnit si také, které hodnoty jsou preferovány: zda je kladen důraz spíše na **právní jistotu a předvídatelnost** stran, nebo je základní a vedoucí hodnotou **flexibilita** přijatého řešení. Je možné se také zamyslet nad otázkou, nakolik kolizní právo tak, jak bylo doposud přijato v rámci EU reflektuje jevy konce 20. a počátku 21. století: **globalizaci ekonomických i sociálních vztahů a elektronizaci komunikace stran, resp. účastníků**. Obé spojeno s tím, že lokalizace účastníků tak, jak to bylo možné v prostředí ohraničeném a při tradiční komunikaci, je problematická.

Další vývoj, který nastal v této oblasti, zejména potom důsledky konstatování výlučnosti pravomocí s dopadem na vztahy se třetími státy a prosazování ochrany zájmů občanů EU z hlediska zájmů a hodnot, spíše přibližují proces přijímání norem legislativním procesům národního zákonodárce. To se týká rovněž otázky interpretací zejména s přihlédnutím k vývoji po vstupu v platnost Lisabonské smlouvy. Problémy, které se sebou nese národní řešení a sledování národních zájmů tak přecházejí na úroveň regionální a odraz zájmů regionálních jako celku. To vše za situace, která doprovází jev unifikace procesního a kolizního práva v komunitárním prostředí – tj. při absenci jednotných právních pojmů v rovině evropského soukromého práva.

Upozornit je nutné na to, že nebudeme analyzovat všechny instituty nařízením Řím I. Zabývat se budeme základními otázkami týkajícími se určení obligačního statutu a jeho rozsahu.

⁹³ Určení pravomoci, určení rozhodného práva a zacházení s rozhodnutím cizích soudů. K těmto otázkám se váží i další týkající se oblasti právní pomoci mezi soudy členských států ES či vytváření kontaktů mezi justičními orgány EU. Viz dnes článek 81 Smlouvy o fungování EU.

II.1.1. Od jednotné autonomní interpretace k vytváření jednotných autonomních pojmů

Specifika kolizních norem nás nutí věnovat se v úvodní části ještě jedné zvláštnosti, která doprovází komunitární úpravu a na kterou jsme upozornili v poslední větě předchozí kapitoly. Je to zhodnocení procesu interpretace komunitárních předpisů nesoucí se sebou pro námi sledovanou oblast kolizního (a i procesního) práva jednu zvláštnost, resp. důsledek – pozitivní či i negativní vytváření znaků pojmů hmotného práva, které jsou autonomní na jednotlivých národních úpravách.

V čem spočívá podstata tohoto procesu a podstata problému, na který je reagováno? Kolizní a procesní úpravy v případě, kdy samotná norma neobsahuje znaky unifikovaného institutu, „produkuje“ další otázku: jak, případně kterým právním řádem, bude „naplněn“ obsah rozsahů kolizních (a předmětu působnosti procesních) norem, jestliže zde na rozdíl od vnitrostátní úpravy „nestojí“ za pojmy užitými v unifikované kolizní (či procesní) normě hmotné právo? Právo kterého státu určí, zda se jedná o smlouvu o dílo či smlouvu kupní, delikt, druh deliktu, věcné právo, kdy se jedná o věci občanské a obchodní apod. Budou kvalifikační znaky institutu posuzovány dle právního řádu místa fóra, legis causae či jiného právního řádu, například v případě procesních věcí místa výkonu rozhodnutí? Pro kolizní normy se jedná o problém společný jak úpravám národním, tak mezinárodním či regionálním. Byť řešení otázky může být jiné. U procesních norem je toto pouze problém norem mezinárodních a regionálních.

Je spíše výjimkou, že kolizní norma obsahuje i hmotně právní definici.⁹⁴ V případě nařízení Řím I je to jen definice „*spotřebitele*“ v článku 6 odst. 1, vymezení znaků „*imperativních norem*“ v článku 9 odst. 1 a vymezení znaků pro určení „*obvyklého bydliště*“ v článku 19 u osob právnických. Úmluva Brusel I či nařízení Brusel I obsahují definici „*písemné formy*“ u prorogační smlouvy. Jiná technika, rovněž vedoucí k naplnění pojmu, je využita u pojistných smluv v článku 7 odst. 2 nařízení Řím I. Zde je užít

⁹⁴ Totéž konstatování pro mezinárodní smlouvy obsahuje Mánhardt, F., Posch, W., Internationales Privatrecht, Privatsvergleichung, Einheitsprivatrecht, Wien: Springer, 1994, s. 151.

odkaz na směrnici a harmonizované právo, které vymezují v nařízení kolizně uchopený institut. Podobně také v případě článku 4 odst. 1 písm. h) nařízení Řím I je odkaz na směrnivé právo. V oblasti elektronického obchodování může napomoci pro naplnění pojmů Směrnice EP a Rady 2000/31/ES ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu („směrnice o elektronickém obchodu“).⁹⁵ Tak by bylo možné pokračovat dále například pro franchisingovou smlouvu či distributorskou smlouvu.⁹⁶

Tyto techniky však neřeší všechny situace, se kterými se při aplikaci unijní úpravy setkáváme. Do budoucna nelze vyloučit, a již se objevily v této souvislosti první hlasy, že by tuto funkci mohl plnit *Common framework of reference*.⁹⁷ Ten je způsobilý vytvořit řadu nadnárodních, autonomních pojmů z oblasti soukromého práva. Pomoc pro národní soudy by to byla značná. Samozřejmě veškeré komparativní práce na úrovni EU mohou napomoci hledat společné znaky institutů. Je zřetelné, a v některých svých dřívějších pracích⁹⁸ jsme na toto poukazovali, že se touto cestou může naplňovat myšlenka E. Rabela, znějící v minulosti spíše jako science fiction, tj. myšlenka autonomní kvalifikace. Ostatně potřeba jednotných, autonomních, od národních právních řádů oddělených pojmů je potřebou nejenom unifikace v rámci EU, ale doprovází od počátku i universální unifikační snahy.⁹⁹ Interpretační problémy jsou tak již jen důsledkem této problematiky.

⁹⁵ Srovnej Karbanová, L., Rozhodné právo při využití elektronického obchodování. Diplomová práce, Brno: MU, 2010, s. 31–35.

⁹⁶ Sdělení Komise (2000/C291/01) Pokyny k vertikálním omezením v bodech 199–201.

⁹⁷ Zyll, F., Common Framework of Reference as an Instrument of the Autonomous Qualification of the Rome I Regulation, s. 17–25, in: Ferrari, F., Leibl, S., Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Munich: Sellier European Publishers, 2009.

⁹⁸ Například: Evropské soukromé právo v. evropské mezinárodní právo soukromé. In Hurdík, J., Fiala, J., Tradice a inovace v občanském právu. 1. vydání. Brno: PF MU, 2007. od s. 112–128.

⁹⁹ Döle, H., Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes- und Vertragstexte, RabelsZ, 1961, Heft 4, s. 31.

Činnost ESD má při řešení předběžných otázek různou povahu. Zatímco v některých případech si vystačíme s technikou interpretace textu normy, v jiných – a těch je právě v rozsahu kolizních norem a u procesních norem řada – nám interpretační techniky nepostačují. Nedostatek znaků, které má určitý pojem vykazovat, nutně obrací pozornost k úpravě, která disponuje definicí. Tedy k hmotnému právu. Není-li obsaženo v unijních normách, je otázka, jak tyto znaky zjistit. Celá problematika je o to citlivější, že její nedořešení může „rozložit“ jednotnou aplikaci normy tím, že již na počátku – u kvalifikace právního stavu a interpretace pojmu v rozsahu normy – bude využívána norma před národními soudy v různých případech.

Pro vyřešení otázky obsahu pojmu si tudíž nevystačíme jen s proklamací jednotné interpretace (jak je to běžné u mezinárodních úprav, konkrétně viz článek 18 Úmluvy Řím I) a s úpravou institucionálního zajištění jednotné interpretace unijních norem. Tento institucionální rámec samozřejmě představuje východisko pro jednotnou interpretaci.¹⁰⁰ Nicméně sám – vzhledem k podstatě problému – nestačí.

Podstatu problému a postup při řešení lze nejlépe dokumentovat na judikatuře k Úmluvě Brusel I. I když se jedná o normu procesní, je technika zacházení s normou a nedostatek definicí pojmů obdobný. Navíc, vyjasnění termínu v rámci interpretace jedné z norem nesporně napomůže i interpretaci norem dalších existujících v systému (zde evropského práva), které používají stejné termíny pro stejné právní jevy. Na tom by neměla nic změnit ani transformace z úmluv do nařízení.

Jednou z prvních otázek, které byly položeny a které odrážejí tuto problematiku bylo, zda má být při interpretaci pojmu „**občanské a obchodní věci**“ použito práva místa řešení sporů nebo práva místa uznání a výkonu rozhodnutí.¹⁰¹

Rozhodnutím, které jako jedno z prvních reflektovalo problém a lze na něm dokumentovat přesahy interpretace do vytváření pojmu, bylo rozhod-

¹⁰⁰ Původně realizované na základě zvláštních protokolů doprovázejících úmluvy Brusel I a Řím I. Následně využívající režim ustanovení článku 68 Smlouvy ES.

¹⁰¹ V oblasti kolizního práva bychom pravděpodobně hovořili o tom, zda použít lex fori či lex causae. Odpověď je v obou případech stejná – ani jedno, jedná se o autonomní pojem.

nutí 29/76 – Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG v. Eurocontrol. Předmětem posuzování byl již uvedený termín „občanské a obchodní věci“. Termín, u kterého je zřetelné, že se v jednotlivých členských státech různí linie vedoucí mezi právem veřejným a soukromým. V tomto rozhodnutí zaznělo:

„Interpretace pojmu „občanské a obchodní věci“ pro účely aplikace Úmluvy o pravomoci soudů a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních nemá být prováděna dle národního práva jednoho ze zainteresovaných států, ale má být vedena primárně v duchu cílů a systému Úmluvy a dále také podle obecných zásad společných právním rádním smluvních států.“

Co lze z tohoto rozhodnutí dedukovat? V prvé řadě je to onen závěr, že interpretace úmluvy má být *autonomní*. Tedy při zjišťování významu nelze odkazovat na některé národní právo.¹⁰² Význam ustanovení je zjišťován na úrovni nadstátní, nikoli pohledem jednoho z právních rádnů členských států. Následně řada dalších rozhodnutí zopakovala myšlenku autonomní interpretace.¹⁰³

Otázkou jiného rozměru ovšem je, zda se jedná skutečně a pouze o interpretaci pojmů. Povšimnout je nutné si druhé části rozhodnutí – „*má být vedena podle obecných zásad společných právním rádním smluvních*

¹⁰² Kropholler, J., Internationales Einheitsrecht, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, s. 265. Dále Gebauer u interpretace jednotného práva (konkrétně se věnuje Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží) s odkazem na skutečnosti, že Kropholler využil negativní definici autonomního výkladu hovoří o tom, že je možné autonomní výklad vyložit pozitivně. V tomto případě má být norma interpretována s přihlédnutím k obsahu samotnému normy, s přihlédnutím k systému a cílům. Výklad má zohledňovat systematické a teleologické argumenty. To neznamená, že by neměly být zohledněny jiné výklady (jazykový a historický). Ty však netvoří součást autonomní interpretace. Převzato z: Gebauer, M., Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation, Uniform Law Review, 2000, č. 4, s. 683–705.

¹⁰³ Tato interpretace byla zopakována v dalších rozsudcích. Jako příklad lze uvést 33/78 Somafer SA v. Saar-Fergas; C-464/01 Johann Gruber v. Bay Wa AG; C-292/05 E. Lechouritou, V. Karkoulis, G., Pavlopoulos, P., Brátsikas, D., Sotiropoulos, G., Dimopoulos v. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germania; 133/78 Gourdain; 814/79 Rüffer; C-172/91 Sonntag; C- 271/00 Baten; C- 266/01 Préservatrice Foncière TIARD.

států“. Toto se – dle odůvodnění netýká druhu interpretace, nýbrž hledání společných znaků pojmu, zde pojmu „občanské a obchodní“. V této části již propojujeme interpretaci norem a stanovení znaků, které určitá otázka má či nemá mít, aby byla podřaditelná pod uvedený pojem. Jde o proces vysoce podobný procesu kvalifikace. Vzhledem k tomu, že nelze používat konkrétní národní právo, vyúsťuje celý myšlenkový proces ve vytváření znaků společných evropských pojmů naplňovaných pomocí komparativních studií evropským obsahem.

Naši úvahu lze podpořit například slovy generálního advokáta Darmona ve stanovisku k věci Marc Rich¹⁰⁴. Zde uvádí: „výklad úmluvy vyvolává četné potíže, protože k vlastní složitosti této oblasti se přidává použití pojmů, které, ačkoli jsou ve vnitrostátních právních řádech řádně vymezeny, často mívají odlišný význam, což nutí Soudní dvůr k návrhu nezávislých vymezení.“

Ve stati Kohlera¹⁰⁵ uvedené ve sborníku z počátku devadesátých let nacházíme více příkladů tvorby negativní či pozitivní definice, resp. částečné definice vzniklé vyplněním užitých pojmů. S využitím jeho poznámek a přidáním našich postřehů lze uvést vedle již podané definice pojmu „občanský a obchodní“ další pojmy: „smlouva“¹⁰⁶ (jinak však v případě „místa plnění“, kde se využívá národního právního řádu nebo unifikované úpravy), „delikt“¹⁰⁷, „nájem a pacht“ a „věcná práva“¹⁰⁸ „provozování“

¹⁰⁴ Rozhodnutí C-190/89 Marc Rich.

¹⁰⁵ Kohler, Ch., Die Formung europäischen Kollisionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Reichel, G., Europäisches Kollisionsrecht, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1992, s. 15 a násl.

¹⁰⁶ Celá řada rozhodnutí reaguje – převážně v negativní podobě – na vymezení znaků pojmu. Například 34/82 Martin Peters Bauunternehmung GmbH v. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging; 9/87 SPRL Arcado v. SA Haviland; C-265/02 Frahui SA v. Assitalia SpA.

¹⁰⁷ 189/87 Kalfelis v. Bankhaus Schröder. V tomto případě – a to platí i pro další – objevujeme rovněž spíše negativní podobu vymezení: „The term "matters relating to tort, delict or quasi-delict" used in Article 5 (3) of the Convention must be regarded as an independent concept covering all actions which seek to establish the liability of a defendant and which are not related to a "contract" within the meaning of Article 5 (1)“.

C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS);

a „*pobočka, zastoupení nebo jiná provozovna*“.¹⁰⁹ Podobně z posledního období se vyjadřuje k interpretaci a kvalifikaci v prostředí evropského kolizního práva Baratta.¹¹⁰ Jako další příklady uvádí autonomní znaky při definování „*záruční smlouvy*“¹¹¹ a „*manželství*“.¹¹² Široce byl diskutován v souvislosti s přípravou nařízení Řím II institut „*culpa de contrahenda*“ a jeho kvalifikace.¹¹³ Řazení institutu bylo rozhodnuto. Otázkou zůstává, zda vymizely kvalifikační problémy.

Nesporně nalezneme v evropském právu i další případy, zejména potom v oblasti směrnicevého práva. To vzhledem ke své povaze směřující převážně do oblasti hmotného práva je způsobilé napomoci tvorbě pojmu. Je však otázkou, zda při této definici by se nemělo jednat spíše o unifikaci. Harmonizace je pro tyto účely – vymezení věcné působnosti normy, pro níž je zpravidla rozhodující právě určitá definice – nedostačující.

O tom, že unifikované úpravy „nenaplnňují“ jen pojem „interpretace“, nýbrž nutně zasahují i do kvalifikace a vytváření samostatných pojmů, které jsou odtrženy od národního práva, nejsou pochybnosti.¹¹⁴ Intenzita

¹⁰⁸ Na problematiku týkající se sporů spadajících pod článek 16 odst. 1 Úmluvy Řím I reagovala řada případů. Z nich lze dedukovat částečné definice a některé znaky dotčených pojmů. Jako příklad lze uvést rozhodnutí: C-280/90 – Elizabeth Hacker v Euro-Relais GmbH; C 294/92 – George Lawrence Webb v Lawrence Desmond Webb; C-115/88 – Mario P. A. Reichert and others v Dresdner Bank.

¹⁰⁹ Výňatek z rozhodnutí 33/78, z něhož lze vyvodit znaky pro definici pobočky, zastoupení či jiné provozovny: „The concept of branch, agency or other establishment implies a space of business which has the appearance of permanency, such as the extension of a parent body, has a management and is materially equipped to negotiate business with third parties so that the latter, although knowing that there will if necessary be a legal link with the parent body, the head office of which is abroad, do not have to deal with such parent body but may transact business at the place of business constituting the extension.“

¹¹⁰ Baratta, R., Process of Characterization in the EC Conflict of Laws, General Issues of Private International Law in the European System, in Yearbook of Private International Law, München: Sellier European Law Publisher GmbH, 2004, s. 155–169.

¹¹¹ C-266/01 Préservatrice foncière TIARD SA v. Staat der Nederland.

¹¹² C-122/99 D. and Kingdom of Sweden v. Council of the European Union.

¹¹³ Mankowski, P., Die Qualifikation der culpa in contrahendo, Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR, IPRax, 2003, s. 127 a násl.

¹¹⁴ Siehr, K., General Problems of Private International Law in Modern Codifications – de lege lata and de lege europea ferenda. In: Yearbook of Private International Law, Vol. VII,

vztahů v rámci EU a interpretační pravomoci ESD mohou značně zintenzivnit celý proces vytváření společných pojmů. Ty mohou být tvořeny různými cestami. Kvalifikace a využití různých postupů v jejich rámci mohou být jednou z nich.¹¹⁵

Závěr. Evropský justiční prostor stojí nesporně před velkým úkolem a současně zajímavým dějem. Úvahy o autonomních pojmech jako velká myšlenka Rabela tak mohou být při rozumném využití potenciálu EU realitou. Nikoli fikcí, jak se dříve jevilo. Zajímavé může být také propojení nejenom na akty v rámci EU, ale také na definice v existujících a frekventovaných mezinárodních úmluvách, typicky Úmluvu OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. Ta může poskytnout řadu definicí – od kupní smlouvy přes definici zvyklostí či praktik zavedených mezi stranami až po místo plnění.

II.1.2. Od Úmluvy Řím I k nařízení Řím I

Prehistorie přijímání jednotné úpravy kolizního práva členských států Společenství sahá hluboko do období přijímání Úmluvy Brusel I. Návrh vlád zemí Beneluxu Komisi na unifikaci mezinárodního práva soukromého, zejména jeho části týkající se závazků ze smluv, odstartoval práce v této oblasti.¹¹⁶ Je možná vhodné si připomenout atmosféru a představy v této

2005, München: Sellier. European Law Publishers GmbH and Staempli Publishers Ltd., 2005, s. 39–41. Rovněž také Rozehnalová N., Tvorba evropsky jednotných pojmů? (zamyšlení nad činností EDS v rámci interpretace nařízení z oblasti justiční spolupráce v civilních věcech). In Východiska a trendy vývoje českého práva po vstupu České republiky do Evropské unie: sborník příspěvků z konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity v Brně dne 5. 10. 2005, Brno: MU, 2005.

¹¹⁵ Zde si dovolíme vypůjčit myšlenku ze závěrečné části článku Baratta, R., Process of Characterization in the EC Conflict of Laws, General Issues of Private International Law in the European System, in Yearbook of Private International Law, München: Sellier. European Law Publisher GmbH, 2004, s. 167 a násl. Tento autor hovoří o možnosti více cest v kvalifikaci. Domníváme se, že spíše lze hovořit o vícero cest ve vytváření pojmů. Tam vidíme základ problému – neexistence společných pojmů. Kvalifikace a interpretace jsou problémy následnými.

¹¹⁶ K historii přijímání viz: North, P., The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, in: Essays In Private International Law, Oxford: Clarendon Oxford,

poměrně již vzdálené době uvedením úvodních slov T. Vogelaara při příležitosti setkání vládních expertů v únoru 1969. Jejich přímý záznam je mnohem výstižnější než náš opis situace. Vzhledem k datu přijetí není běžně dostupný a tak si dovolueme využít doslovnou citaci slov. Zní následovně:

"This proposal should bring about a complete unification of the rules of conflict. Thus in each of our six countries, instead of the existing rules of conflict and apart from cases of application of international Agreements binding any Member State, identical rules of conflict would enter into force both in Member States' relations inter se and in relations with non-Community States. Such a development would give rise to a common corpus of unified legal rules covering the territory of the Community's Member States. The great advantage of this proposal is undoubtedly that the level of legal certainty would be raised, confidence in the stability of legal relationships fortified, agreements on jurisdiction according to the applicable law facilitated, and the protection of rights acquired over the whole field of private law augmented. Compared with the unification of substantive law, unification of the rules of conflict of laws is more practicable, especially in the field of property law, because the rules of conflict apply solely to legal relations involving an international element."

Předběžný návrh úmluvy byl zpracován zástupci šesti členských států ještě před vstupem Velké Británie, Irska a Dánska. Po jejich vstupu byl návrh podroben dalším diskusím. V konečné fázi došlo k přijetí jen části týkající závazků ze smluv a byl vytvořen návrh dokumentu dnes známého jako Úmluva Řím I. Od data jejího podpisu 19. 6. 1980¹¹⁷ uplynulo ještě dlouhých deset let do jejího vstupu v platnost. V mezidobí přistoupilo k Úmluvě Řím I Řecko.¹¹⁸ Vstup v platnost byl ovlivněn nesporně i diskusemi o institucionálním zajištění jednotné interpretace. V roce 1988 byly

1993, s. 23 a násl. Rovněž také úvod v Giuliano-Lagarde Report. V české literatuře viz Bělohlávek A. J., Římská úmluva/Nañzení Řím I, I a II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009. Pauknerová, M., Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C. H. Beck, 2008. Bříza, P., Bříza, Řím I. Nový předpis EU upravující smluvní závazky, Bulletin advokacie, č. 11, 2008.

¹¹⁷ V tento den byla podepsána Belgií, SRN, Francií, Itálií, Lucemburskem, Nizozemím. Dne 10. 3. 1981 ji podepsalo Dánsko. Dne 7. 12. 1981 Irsko a Velká Británie.

¹¹⁸ Dne 10. 4. 1984.

podepsány dva protokoly týkající se interpretace a zakládající pravomoc k tomuto ESD. Úmluva Řím I vstoupila v platnost 1. 4. 1991 pro deset členských států. V budoucích letech následovaly přístupové dohody Španělska a Portugalska (1992)¹¹⁹ a Rakouska, Finska a Švédska (1996)¹²⁰. V této dekádě následovalo deset nových členských států (2004). Pokud jde o poslední nové členy – Rumunsko a Bulharsko¹²¹ – Úmluva Řím I je váže od 15. ledna 2008.¹²² Vznik Úmluvy Řím I byl doprovázen vysvětlující zprávou zpracovanou M. Giulianem a P. Lagardem (dále jen Zpráva Giuliana a Lagardeho).¹²³ Ta je vzhledem k řadě společných institutů aktuální i pro nařízení Řím I.

Úmluva Řím I je úmluvou uzavřenou. To znamená, že je možné, aby jejími smluvními stranami byly pouze členské státy Evropských společenství. Je však možné – a některé státy tak učinily – inkorporovat ustanovení Římské úmluvy do vnitrostátní normy¹²⁴ bez toho, že by v dané době byly členskými státy. Úmluva Řím I nevyhovovala spíše než pro svůj obsah (i když ten byl nařízením Řím I také značně dotčen) pro zdroj své úpravy – mezinárodní smlouvu. Proces přijímání a následně přístupu nových států jak pokud šlo o úmluvu, tak o interpretační protokoly, činil vazby mezi státy nepřehlednými. Totéž platilo i o Prvém a Druhém protokolu, které se týkaly interpretace úmluvy. Tento problém byl transformací do nařízení minimalizován. Problematické byly rovněž vazby k dalším komunitárním nástrojům – směrnicovému právu. To rovněž obsahovalo mezi jiným i požadavky, které bylo možné realizovat normami z oblasti mezinárodního

¹¹⁹ Dne 18. 5. 1992.

¹²⁰ Dne 29. 11. 1996.

¹²¹ Bulharsko již dříve částečně převzalo Římskou úmluvu do svého zákona o mezinárodním právu soukromém (č. 42/2005). Viz Martiny, Münchener Kommentar BGB, Beck online, 2006, Vorbemerkung zu Art. 27.

¹²² Bělohávek A. J., Římská úmluva/Nařízení Řím I, II.díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 6. Zde lze najít detailní rozbor postupu v přístupu, zeména potom zjednodušený přístup Rumunska a Bulharska.

¹²³ Giuliano, M., Lagarde, P., Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J. 1980, C 282/1.

¹²⁴ Viz SRN v Gesetz zur Neuregelung des IPR vom 25. 7. 1986 (BGBl. I, 1142 a násl.) v člancích 27–37. Řada dalších států převzala rovněž úmluvu ještě před jejím vstupem v platnost do svého zákonodárství. Například Belgie, Dánsko, Lucembursko.

práva soukromého. Tyto tzv. disperzní normy dále narušovaly jednotící účinky úmluvy. Samotný obsah odpovídal vývoji, který zasáhl Evropu v 60. letech minulého století a odráží tehdejší přístup ke koliznímu právu, zejména potom právu smluvnímu. Snad nejlépe slovy Th.M.de Boera lze uvést, že metodologicky Úmluva Řím I spočívá na čtyřech alokačních principech, které sdílejí evropské kolizní systémy od šedesátých let: princip autonomie vůle, princip nejužšího spojení ve smyslu fakticko-geografickém, princip funkční alokace a princip ochrany.¹²⁵

Publikací Zelené knihy¹²⁶ byly v roce 2002 zahájeny práce na transformaci úmluvy do nařízení. Na otázky položené v tomto dokumentu obdržela Komise od členských států, zástupců průmyslu, bank, sdružení spotřebitelů, advokátů i akademiků množství reakcí. Problematika transformace Římské úmluvy do podoby komunitárního nástroje byla opětovně diskutována na veřejném slyšení organizovaném Komisí v lednu 2004. Většina zúčastněných vyslovila pro podporu modernizace a transformace Římské úmluvy do formy nařízení. Důvody byly jednak ty, které jsme již uvedli u připomínek k Úmluvě Řím I, jednak se objevila znovu podpora jednotné interpretaci zajišťované doposud poměrně složitě na základě protokolů (v té době ještě neplatných). V únoru 2005 se sešli zástupci členských států v Komisi k projednání předběžného návrhu nařízení Řím I. Výsledkem celého téměř tříletého konzultačního procesu byl legislativní návrh Komise EU ze dne 15. 12. 2005 (5203/06 JUSTCIV 3 CODEC 18).¹²⁷ Po rozsáhlé diskusi na národních úrovních a na úrovni komunitární, v níž byla řada ustanovení změněna, byla konečná verze přijata v roce 2008.¹²⁸ Nařízení nebude aplikováno před dánskými soudy. Naopak Irsko využilo možnosti a optovalo pro nařízení. Pozice Velké Británie byla delší dobu spíše zdrženlivá a zdálo se, že nedojde k optování. Velkými kritiky přístupu byl zejména *Financial*

¹²⁵ de Boer, Th. M., *The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts*, RabelsZ, 1990, s. 61.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ KOM(2005) 650 v konečném znění 2005/0261 (COD) Návrh Nařízení Evropského Parlamentu a Rady o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím).

¹²⁸ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I).

Markets Law Committee.¹²⁹ V hodnocení bylo upozorněno na to, že přístup by mohl způsobit vážné potíže a nejistotu v oblasti finančních trhů. Vláda Velké Británie však nakonec dala preferenci evropsky jednotným pravidlům a zahájila v červenci 2008 jednání o přístupu.

V prosinci 2008 Komise rozhodla o přijetí přístupu.¹³⁰

Dánsko je nadále vázáno Úmluvou Řím I. Budoucnost není zcela jasná, neboť Dánsko nemá k dispozici variantu opt-in. Buďto tak dojde ke vzniku paralelní dohody tak, jak je tomu u některých procesních nařízeních. Nebo budou v Dánsku převzata ustanovení nařízení Řím I do vnitrostátního práva, nebo dojde ke změně pozice Dánska směrem ke spolupráci v této oblasti. Do doby, než nastane některá z těchto variant, bude Dánsko aplikovat Úmluvu Řím I.¹³¹

Hodnocení nařízení Řím I přinese teprve čas a jeho aplikace v praxi ukáže vhodnost změn oproti Úmluvě Řím I. Teprve čas také ukáže silné či slabé stránky úpravy. Jakákoli současná hodnocení jsou spíše spekulativní a upozorňující či vysvětlující problematiku. Tím nikterak nesnižujeme jejich hodnotu a jsou samozřejmě potřebná.

Jak vyplyne z dalších analýz, je otázkou zda:

- byl nařízením naplněn krok k budoucímu vytvoření jednotné evropské úpravy mezinárodního práva soukromého, zejména v unifikaci

¹²⁹ Fawcett, J., Carruthers, J. M.: *Cheshire, North and Fawcett Private International Law*, 14th. edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 669 a násl. Srovnej zde odkaz na <http://www.fmlc.org/papers.html> s detailními výhradami k úpravě imperativních norem, subrogace a postupu pohledávek a i pojistným smlouvám. Srovnej rovněž odkazy na Ministry of Justice včetně popisu postupu a konsultačních procedur, které předcházely přijetí v: Harris, J., *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, s. 270, in: Ferrari, F., Leibl, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München: Sellier European Publishers GmbH, 2009.

¹³⁰ 2009/26/ES: Rozhodnutí Komise ze dne 22. prosince 2008 k žádosti Spojeného království o přijetí nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) (oznámeno pod číslem K(2008) 8554).

¹³¹ Detailně Nielsen, P. A., *The Rome I Regulation and Contracts on Carriage*, s. 99–101, in: Ferrari, F., Leibl, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München: Sellier European Publishers GmbH, 2009.

předmětu úpravy s dalšími nařízeními či jednotné úpravě některých obecných institutů?

- naplnilo nařízení ta očekávání, která mu dávaly podnikatelské kruhy zejména při zaujmutí stanoviska k náhradnímu hraničnímu určovateli a přeformulování akademického přístupu v úmluvě Řím I – tj. očekávání jednoduchosti úpravy?
- naplnilo nařízení i ona očekávání, která doufala ve vyšší stupeň jazykové konzistence jednotlivých verzí? Byť jazykový výklad není základním výkladem, zprostředkuje vždy výchozí uchopení problematiky a například jednotné označení rozdílných norem uvedených v článku 3 odst. 3 a článku 7 úmluvy patří ke stálícím v této oblasti.¹³²
- podařilo se vytvořit kvalitativně novou evropskou úpravu mezinárodního práva soukromého upravujícího závazky ze smluv, nebo se jedná pouze o kompilát mezi anglosaským přístupem a kontinentálními přístupy?

Vedle otázek, které jsou dány základním cílem práce vymezeným v úvodu, se pokusíme v závěru této kapitoly vyjádřit se spíše průběžně také k těmto dalším otázkám.

II.1.3. Dosah nařízení

Otázka dosahu aplikace normy v mezinárodním prostředí přináší vymezení týkající se aplikace teritoriální, časové, personální a věcné. Spolu s tím je třeba říci několik slov na vzájemnou propojenost nařízení Řím I a II spolu s nařízením regulujícím oblast pravomoci soudů.

Otázka teritoriálního dosahu nařízení Řím I má více aspektů. Konkrétně:

- na jakém území bude aplikováno, resp. přesněji, před soudy kterých států bude nařízení aplikováno,

¹³² Mimo jiné viz například Meeusen, J., Pertegás, M., Straetmans G., General Report, in: Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2004, s. 12.

- právo jakého státu může být aplikováno.

Zatímco prvá otázka je propojena na aplikaci normy, druhá se týká možnosti napojení na právní řád.

Nařízení je aplikováno na území členských států EU a pokud jde o další území, určuje aplikaci evropského práva článek 299 Maastrichtské smlouvy, dnes 355 Smlouvy o fungování EU. O Velké Británii a Dánsku jsme hovořili v předešlé kapitole. Irsko dle článku 44 Preambule vyjádřilo zájem na projednávání a přijetí nařízení a je jím vázáno.

Nařízení lze použít jak před soudy obecnými, tak i před soudy rozhodčími. V konkrétním případě záleží na úpravě rozhodčího řízení v místě fóra, resp. i na sdílení doktríně. Například v ČR je otázka rozhodného práva v řízení před rozhodci řešena § 37 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (ZRR). Zatímco volba práva je zde upravena výslovně a samostatně, u náhradního hraničního určovatele je odkázáno na normy mezinárodního práva soukromého. Zde by potom bylo nařízení jako platná právní úprava závazků ze smluv využitelné.

Druhá z otázek se týká toho, zda může být aplikováno jen právo členského státu EU nebo i jiný právní řád. V souladu s článkem 2 není určení právního řádu omezeno jen na členské státy EU a je možné aplikovat kterýkoli platný právní řád (blíže viz následující kapitola).

Odpověď na personální dosah je velmi jednoduchá. Pro aplikaci nařízení Řím I je zcela nerozhodující, jakou státní příslušnost či domicil osoba má. Odpověď na působnost časovou obsahuje článek 28.

U působnosti věcné je třeba se pozastavit. V základním modelu je vymezení jednoduché:

- závazky ze smluv v oblasti občanského a obchodního práva,
- tam, kde vzniká kolize právních řádů.

Další otázky – výslovně vyloučené v článku 1 – ponechme zatím stranou.

Východiskem pro interpretaci (potažmo kvalifikaci spojenou s tvorbou pojmů) je autonomní interpretace. Současně je třeba vnímat, že nařízení je součástí systému norem pokrývajících určitou oblast vztahů. S připomenutím článku 11 nařízení Řím II a především s poukazem na článek 7 Pream-

bule k nařízení Řím I je třeba vnímat druhé východisko: „*Věcná působnost a ustanovení tohoto nařízení by měly být v souladu s nařízením Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech [5] ("Brusel I") a nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro nesmluvní závazkové vztahy (Řím II).*“

Z tohoto je možné vyvodit dva závěry: jednak nařízení Řím I a nařízení Řím II by měly společně pokrýt celou oblast závazkového práva, pokud nejsou výslovně některé otázky vyloučeny. Dělicí čára mezi závazky smluvními a deliktními by měla rozdělovat věcnou působnost těchto dvou nařízeních, nikoli nařízení a autonomního vnitrostátního práva.¹³³ Dále je také možné pro interpretaci pojmů uvedených v článku 1 využít judikaturu nařízení Brusel I (a vzhledem k článku 19 Preambule i Úmluvy Brusel I) napomáhající vyjasnění pojmu „**smlouva**“ – „článek 5 odst. 1“) a pojmu „**občanské a obchodní**“ – článek 1. I když všechna z nařízeních dopadají na přeshraniční vztahy (viz pravomoci ES v článku 65 Maastrichtské smlouvy, dnes článku 81 Smlouvy o fungování EU), ve vymezení mezinárodního prvku mohou existovat rozdíly. To je však záležitost daná i povahou norem jako norem procesních a kolizních.

Literatura upozorňuje na tři možné cesty, jak naplnit pojmy a učinit dělicí čáru mezi nařízením Řím I a Řím II. Jsou to komparativní práce, jednotlivá ustanovení obou nařízeních a judikatura k nařízením či Úmluvě Brusel I.¹³⁴

Zejména v souvislosti s vytvářením Common Framework of Reference mohou vzniknout zajímavé studie ujasňující obsah a rozdíly jednotlivých

¹³³ V české literatuře k této otázce Valdhans, Jiří – Myšáková, Petra. Rome I and Rome II Regulations. Allies or Enemies? In Dny práva – 2008 – Days of Law. Brno: Masarykova univerzita, 2008, od s. 822–829.

¹³⁴ Plender, R., Wilderspin, M., The European Private International Law of Obligations, London: Sweet & Maxwell, 2009, s. 48. Pertegás, M., The notion of contractual obligations in Brussels I and Rome I, in Meeuson, J., Pertegás, M., Straetmans, G., The enforcement of the international contract in the EU: Convergence and divergence between Brussels I and Rome I, Antwerp: Intersentia, 2004, 175–190.

termínů v právních řádech EU. V práci Plendera a Wilderspina je odkaz na řadu existujících publikací. Ty bychom doplnily i stále ještě občas vydávanými díly Encyklopedie komparativního práva.¹³⁵

Pokud jde o jednotlivá ustanovení napomáhající kvalifikaci závazku ze smluv a závazku deliktního, může sloužit jako pomůcka samozřejmě preambule obou nařízení, článek 12 nařízení Řím I určující dopad obligacního statutu a článek 12 nařízení Řím II určující otázku předsmuvní odpovědnosti.

Ve třetím případě lze poukázat na případy 34/82 *Martin Peters Bauunternehmung GmbH v. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, 9/87 *SPRL Arcado v. SA Haviland*, C-265/02 *Frahuil SA v. Assitalia SpA*, C-96/00 *Rudolf Gabriel v. Schlank & Schick*, C-334/00 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*.¹³⁶ Vyjadřují se k některým sporným otázkám kvalifikace smluv a některé z nich i vymezují dělící čáru mezi smlouvami a delikty.

V otázce občanské a obchodní lze poukázat například na 29/76 – *Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG v Eurocontrol*, C-271/00 – *Gemeente Steenbergen v. Luc Baten*, 814/79 – *Netherlands State v. Reinhold*.¹³⁷

Základní dělící čára je jasná: předpokládaný či tvrzený či existující konsens stran. Pochopitelně, vedle těchto jasných případů bude vždy existovat celá plejáda těch, které jsou sporné.

Odstavec druhý článku 1 vylučuje dále také řadu otázek dalších, většinou z oblasti soukromého práva či na pomezí práva procesního a hmotného.

¹³⁵ Encyklopedie of Comparative Law. Tübingen: J. C. Mohr (P. Siebeck).

¹³⁶ Rozehnalová, N., Myšáková, P., Knapová, J., *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních, část III.*, Právní fórum, číslo 4, 2007, s. 113–122. Valdhans, J., Svobodová, K., *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních, část IV*, Právní fórum, číslo 5, 2007, s. 153–161.

¹³⁷ Rozehnalová, N., Myšáková, P., Knapová, J., *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních, část I.*, Právní fórum, číslo 2, 2007.

II.1.4. Volba práva – nová úprava tradičního určovatele?

Volba práva jako institut mezinárodního práva soukromého. Volba práva – jako jeden z projevů autonomie vůle stran¹³⁸ – patří neoddělitelně k mezinárodnímu právu soukromému.¹³⁹ Ve vazbě na kolizní závazky ze smluv neexistují o tomto hraničním určovateli¹⁴⁰ pochybnosti. I přes částečně rozdílný vývoj metod v oblasti mezinárodního práva soukromého na kontinentě a v USA je to volba práva jako institut, který se v základním uchopení a ve svých účincích neliší.¹⁴¹ Podobná tvrzení o dominanci tohoto

¹³⁸ Nelze se nezmínit a nedoporučit pro alespoň krátký přehled vývoje termínu „autonomie vůle stran“ a filozofického základu v monografii: Nishitani, Y., Mancini und die Parteiautonomie im Internationale Privatrecht, Heidelberg: Universitätsverlag C. Winter, 2000, s. 9 a násl.

¹³⁹ Kořeny institutu vidí část literatury u Dumoulina (De Ganey případ, 1525), část hledá kořeny hlouběji v minulosti, objevují se například úvahy o Řecku okolo prvního století před n. l. a smlouvě ovládané cizím právem. Zakotvení institutu jako institutu mezinárodního práva soukromého neumožňuje však jít hlouběji než tam, kde se nám objevuje mezinárodní právo soukromé – tj. nejdříve do 10. století v souvislosti s glosátory, ale spíše až později v souvislosti s postglosátory. Je však otázkou, nakolik se jedná o institut stejný, jako se o něm bavíme dnes. Spíše než o institut volby práva je třeba se celkově zajímat o princip autonomie vůle stran v jeho řadě projevů, kdy volba práva je jedním z nich. Spíše jsou zajímavá konstatování vážící se ke konci 19. a 20. století. S odkazem na například Makarov, A., N., Quellen des Internationalen Privatrechts, Berlin/Tübingen, 1960 lze konstatovat vzrůstající počet států přijímajících do národních či mezinárodních úprav tento princip. Tento vývoj ostatně potvrdila úmluva, dnes již pozapomenutá, nicméně ve své době potvrdila jasně vývojové tendence. Jedná se o Haagskou úmluvu o právu rozhodném pro smlouvy o mezinárodní prodeji zboží 1955.

¹⁴⁰ V této práci se vyhýbáme úmyslně diskusi o vhodnosti termínů. Zde odkazujeme na výstižné a krátké uvedení terminologie a vazeb k hmotnému právu ve starší práci polského autora Skapskeho. Skapski, A. J., Autonomia woli w prawie miedzynarodowmy prywatnym w zakresie zobowiazan z umów, Kraków, 1964, s. 21.

¹⁴¹ Řada prací se věnuje otázce komparace. Rühl, G., Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency CLPE Research Paper 4/2007, Vol. 03 No. 01 (2007). Elektronická verze článku je dostupná z: <http://ssrn.com/abstract=921842>. Zde je zajímavé ekonomické uchopení volby práva a v tomto přístupu je také autorkou viděn důvod pro shodný vývoj. Podobně také statě v publikaci: Gottschalk E., Michaels, R., Rühl, G., von Hein, J., Conflict of Laws in a Globalized World, Cambridge: University Press, 2007. K historii, současnosti a omezením volby práva lze doporučit: Woodward, W. J. Jr., Contractual Choice of Law: Legislative Choice in an Era Party Autonomy, in: SMU Law Review, 2001, s. 697 a násl. Elektronická

principu se objevují i pokud jde o další národní či mezinárodní úpravy.¹⁴² A to přestože důvody shody či právní základ této volby jsou viděny rozdílně. Různě může být vnímáno i postavení volby práva vůči jiným, tzv. alternativním určovatelům.¹⁴³ Obdobně jsou naopak vnímány nutnost či vhodnost limitů a omezení volby práva, byť použitá legislativní technika je či může být různá.

Toto vše platí rovněž v souvislosti s nařízením Řím I a platilo to stejně u Úmluvy Řím I. Přestože byly při přijímání nařízení diskutovány různé aspekty volby práva, přestože je vnímán právní základ volby práva různě, nebyla zpochybněna dominance volby práva jako základní možnosti regulace závazků ze smluv obsahujících mezinárodní prvek.¹⁴⁴ Je nesporné, že jiný přístup, který by znamenal posun ve výsostném postavení tohoto hraničního určovatel pro oblast závazků ze smluv, by byl překvapením a ignorací reality včetně očekávání obchodníků samotných.¹⁴⁵ Tradičně je místo volby práva viděno právě u závazků ze smluv obsahujících mezinárodní prvek.¹⁴⁶ Nově se promítá tento princip do dalších oblastí jako je před-smluvní odpovědnost, dědění ze závěti, atd.

verze článku je dostupná z <http://ssrn.com/abstract=1005412>. Srovnáním historie úpravy v Evropě a USA se objeví zejména rozdíly v přístupu v období Restatement I.

¹⁴² Viz závěry debaty konstatující, že „práva stran vybrat si právní řád regulující mezinárodní smlouvu je akceptováno v každém právním řádu“. Viz Actes et documents de la Session extraordinaire d'octobre 1985, Conférence diplomatique sur la loi applicable aux contrats de vente, s. 59. Dále také pro asijské země: Pivavatnapanich, P. Choice of Law in Contract and Thai Private International Law: A Comparative Study, k dosažení:

<http://www.thailawforum.com/articles/choiceoflaw.html#4>.

¹⁴³ Nishitani, Y., Mancini und die Parteiautonomie im Internationale Privatrecht, Universitätsverlag C. Winter: Heidelberg, 2000, s. 29 a násl. Zde pod názvem „objektivní navázání na základě vůle stran“ uvádí případy koncepcí, které považují volbu práva za jednu z indicí pro určení práva rozhodujícím orgánem. Vůle stran tak stojí vedle jiných kritérií. Jako příklad uvádí anglickou koncepcí „proper law of the contract“ a teorii tzv. „localisation“ zastávanou francouzským teoretikem Batiffolem (viz v části týkající se základu volby práva).

¹⁴⁴ Žádná z otázek obsažených v Green paper se netýkala postavení volby práva. Jen dalších s ní spojených otázek, které i my zde dále uvádíme.

¹⁴⁵ Mankowski, P., Der Vorschlag für die Rom I – Verordnung, IPRax, 2006, Heft 2, s. 101 a násl.

¹⁴⁶ Jsme si vědomi existence článku 3 odst. 3 u Úmluvy Řím I a téhož ustanovení v nařízení Řím I. Dle některých názorů znamená toto ustanovení připuštění volby práva i pro vnitro-

Současně, a na to je třeba také pamatovat, je nedílnou součástí úvah o volbě práva také její omezení. To se může týkat některých typů smluv či některých zvláštních situací. Může jít jak o omezení volby práva, tak o omezení při aplikaci zvoleného práva.

Připomenout je nutné rovněž to, že nařízení nesplnilo očekávání zastánců radikálnějších pohledů na předmět volby práva – tj. otázku, co může být vlastně zvoleno. Zda jen právní řád či také nestátní soubory právních pravidel, které byly doposud aplikovány jen v mezích rozhodného práva.

Existující odlišnosti, teoretické diskuse včetně diskusí při přijímání nařízení Řím I se netýkaly toho „zda volba práva“, ale týkají a týkaly se některých vybraných aspektů volby práva, příp. vazby procesních a kolizních norem.

Důvodů toho, proč se stal tento institut nedílnou součástí kolizního závazkového smluvního práva, a to napříč právními systémy¹⁴⁷, je nesporně více a některé si v další kapitole podrobněji uvedeme. Je dobré upozornit, že jiné příčiny jsou u národního, jiné u mezinárodního či regionálního zákonodárce.

Národní zákonodárce úpravou tohoto institutu dává stranám možnost určit právo, které může „odsunout“ v konkrétním případě kogentní normy fóra a umožnit jim větší výběr ve variantách řešení. Značný vliv má také interakce práva hmotného a práva kolizního, která je v přímé vazbě jen u vnitrostátních úprav. Tam, kde jsou v hmotném právu dominující normy dispozitivní, tam lze očekávat obdobnou dispozici u norem kolizních. Na druhé straně u národního zákonodárce nutně působí další „*pnutí*“ – a ukazuje se, že nikoli zanedbatelně: aplikace cizího práva ztěžuje soudům průběh řízení.

státní vztahy. K této otázce se vrátíme dále v textu a pokusíme se vysvětlit, proč je takto vyjádřené tvrzení tvrzením velmi zjednodušujícím a v čistě vnitrostátních vztazích nemůže nastat volba cizího práva.

¹⁴⁷ Pokud si vezmeme volbu práva z pohledu historie českého mezinárodního práva soukromého, byla upravena jak v zákoně č. 41/1948 Sb., o mezinárodním a mezioblastním právu soukromém a o právním postavení cizinců v soukromém právu, tak v zákoně č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním. V naposledy uvedeném byla obsažena v § 9 a 16 jako neomezená volba práva. V omezené podobě byla v § 9 v zákoně z roku 1948.

Jiné příčiny lze vidět v případech **nadnárodních úprav**. Zde tento institut představuje možnost „nestranící“ z pohledu zákonodárce žádné ze stran smlouvy.

Společně také – a řada názorů tam míří – je to právě volba práva u situaci, kde není zřetelné použití právního řádu, která může napomoci odstranit nejistotu o určení práva. Užítí staré zásady „in dubio libertas“ se tak „vrací do hry“.¹⁴⁸

Jiné příčiny existují u **stran smlouvy**, které volbu práva využívají. Výhody využití institutu volby práva jsou výraznější současně ve vazbě na druh řízení. Dle našeho názoru jsou výhody zřetelnější v rozhodčím řízení, kde si strany mohou zvolit rozhodce znalého určeného práva, nebo sami rozhodci tam, kde byl určen k rozhodování senát, si zvolit předsedajícího rozhodce znalého cizího práva. To samozřejmě nelze u soudů obecných. Stěží lze očekávat od soudce znalost cizího práva a již vůbec mu toto nelze uložit – na rozdíl od znalosti práva fóra – jako povinnost. Podmíněnost procesními normami nám určuje povinnost a možnosti soudce směrem k aplikaci a znalosti cizího práva: zda má povinnost ex offio aplikovat cizí právo, nebo jej aplikuje jen na návrh strany; zda má povinnost zjistit obsah cizího práva, nebo tato povinnost leží na straně. V opačném případě musí k jeho zjištění využít procesních prostředků, které mu jeho právní řád dává k dispozici. A jen na existenci mechanismu přes hraniční právní pomoci záleží, jak časově a finančně náročný tento proces je.

Proč volba práva? Obecně jsou důvody připuštění volby práva ve vztazích s mezinárodním prvkem viděny u jednotlivých autorů obdobně.¹⁴⁹ Ať jsou to důvody propojené na vývoj autonomie vůle stran jako institut smluvního práva, nebo důvody právně filozofické, právně politické a ak-

¹⁴⁸ Mostermans, E., Party Autonomy: Why and When?, in: Forty Years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe, Kluwer: Deventer, 1990, s. 124. Autorka zde uvádí některé nizozemské autory zejména na Th. M. De Boera, J. E. J. Th. Deelena, A. V. M. Struyckena.

¹⁴⁹ Viz krátké resume u Diedrich, F., Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I – Verordnung, RIW, Heft 6, 2009, s. 378–385. Diedrich vedle zásady „in dubio liberta“ realizované v oblasti mezinárodního práva soukromého v té podobě, že všude tam, kde nevyžadují účastníci zvláštní statut, má zákonodárce připustit volbu práva, zdůrazňuje i ekonomické úvahy.

centující svobodu jedince či důvody další, akcentující jiné, spíše technické stránky působení tohoto principu ve sféře kolizního práva.

Zastavíme se krátce u některých autorů, kteří akcentují z různých úhlů pohledu některé vybrané příčiny. Důvodem je jednak připomenutí některých tradičních pohledů, jednak také upozornění na novější přístupy a hledání odpovědi na otázku „proč“. Úmyslně vynecháváme pohled právně filozofický a historický vývoj názorů v této oblasti. Ten nesporně ovlivnil podobu a postavení autonomie vůle v oblasti kolizního práva. S malým pocitem dluhu zde odkazujeme na jiné práce, které mnohem důkladněji, než bychom to zde provedli my, provázejí dějinami mezinárodního práva soukromého se zaměřením na dějiny autonomie vůle a volby práva.¹⁵⁰

P. Nygh ve své monografii¹⁵¹ věnované autonomii vůle stran uvádí následující, v podstatě tradiční důvody, které nacházíme i v dalších statích. Připomeňme si je. Jedná se o:

- **smluvní svoboda stran** (ve smyslu hmotně právním) jako **základní prvek tržního hospodářství**. Smluvní svoboda se realizuje v rámci mezi státem, kdy tento stanoví meze svobody, jednak realizuje ochranu tam, kde má své zájmy stát sám nebo zde existuje zájem na ochraně některých subjektů (typicky zaměstnanec a spotřebitel). V oblasti smluv s mezinárodním prvkem se projevuje jako volba práva. Zde Nygh upozorňuje na to, že žádný stát nemůže efektivně regulovat i v oblasti kolizní smlouvy a to z různých důvodů. Ať již pro možnou volbu jiného fóra, nebo přizpůsobení náhradního hraničního určovatele tak, aby i případné omezení bylo stranami kontrolováno.

¹⁵⁰ Kropholler, J., *Internationales Privatrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991, s. 258–266. Skapski, J., *Autonomia woli w prawie miedzynarodowym prywatnym w zakresie zobowiazan z umow*. Krakov: Uniwersytet Jagielonski, 1964, s. 39 a násl. Fawcett, J. J., Carruthers, J. M., Cheshire, North and Fawcett *Private International Law*, 14th edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 690 s odkazem na filosofické základy volby práva v anglickém právu (důvěra viktoriánských soudců v dogma *laissez faire*) či rozhodnutí z roku 1796 *Gienar v. Meyer* umožňující volbu rozhodného práva.

¹⁵¹ Nygh, P. E., *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 2–3.

- **jistota a ekonomická efektivita.** Zde zdůrazňuje i s odkazem na jiné autory (např. Juenger, Kassis) význam společné možnosti vyplývající z primátu autonomie vůle v oblasti kolizní a procesní. Ty se zhmotňují v institutu volba fóra a volba rozhodného práva, které dávají smluvním stranám jistotu o právním rámci regulace smlouvy a řešení případného budoucího sporu. Tím přímo ovlivňují efektivitu vztahů v oblasti mezinárodního obchodního styku. Ponechání určení fóra a rozhodného práva národním soudům může přinést pro strany neočekávaná rozhodnutí.¹⁵² A jak dodáváme, především ekonomicky náročná rozhodnutí. Tradiční doporučení dávané stranám smlouvy směrem ke společné volbě fóra a rozhodného práva platí stále. A to i za situace, kdy existují unifikované hmotné normy.¹⁵³

Tyto důvody se objevují u řady dalších autorů.¹⁵⁴ Zajímavá odůvodnění využití volby práva lze nalézt tam, kde existovala centrálně řízená ekonomika, monopol zahraničního obchodu a samozřejmě byly realizovány i obchodní vztahy vůči státům tržního hospodářství. Tj. ve druhé polovině 20. století u států socialistických a lidově demokratických. Volba práva byla využívána samozřejmě v zahraničním obchodě, který mohly realizovat vzhledem k existenci monopolu státu jen určené subjekty. V české literatuře z období centrálně řízené ekonomiky a monopolu zahraničního obchodu, kdy se využíval ZMPS a volba práva se používala výlučně pro styk obchodní a vztahy vůči jiným zemím než RVHP, byla zdůrazňována jednak zvláštní povaha vztahů v mezinárodním obchodě, jednak potřeba výběru

¹⁵² K otázce interakce fóra a rozhodného práva viz Rozehnalová, N., Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem I. Bulletin advokacie, Praha: Česká advokátní komora, Roč. 2005, č. 4, s. 8–16. Rozehnalová, N., Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem II. Bulletin advokacie, Praha: Česká advokátní komora, Roč. 2005, č. 5, s. 12–17.

¹⁵³ Srovnej otázku mezer v úpravě a neupravených otázek u Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, články 4, 5 a 7.

¹⁵⁴ Vícekrát v této práci zmíněný P. R. Umbricht zdůrazňuje následující momenty: žádné objektivní navázání není plně uspokojivé, volba práva zvyšuje právní jistotu stran a zohledňuje konkrétní okolnosti případu. Viz Umbricht, R. P., Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht, Zurich: PV AG, 1963, s. 70.

takového práva, které nejlépe dané vztahy upravuje¹⁵⁵. Ani v prvním ze zákonů o mezinárodním právu soukromém z roku 1948, ani v zákoně z roku 1963 o ní nebyly pochybnosti a byla zde obsažena. I když prvý ze zákonů využíval ještě omezenou materiální volbu práva.¹⁵⁶

Mo Zhang, který rozebírá autonomii vůle stran v mezinárodním i interlokálním rámci, zdůrazňuje u stran smlouvy dosažení vyšší efektivity, jistoty, předvídatelnosti, ochrany očekávaných zájmů stran jako hodnot kolizního práva ceněných právě v rozměrech globální ekonomiky.¹⁵⁷ Otázku jistoty dále rozvádí K. Juenger. Akcentuje možnost lokalizace místa řešení sporu i právního vztahu jako základní výhody dané pro mezinárodní obchod právě díky principu autonomie vůle stran.¹⁵⁸ Volba práva jako výraz autonomie kolizní doplňuje autonomii procesní a společně jsou schopny zajistit předvídatelnost pro lokalizaci řešení budoucích sporů ze smluv.

Zajímavé úvahy týkající se vztahu autonomie vůle stran v mezinárodním právu soukromém a zásadou „proximity – blízkosti“ nacházíme v práci Dolingera.¹⁵⁹ Dle něj princip autonomie vůle jako nejstarší pozitivní princip mezinárodního práva soukromého je úzce propojen na princip proximity. Dle příznivců subjektivních teorií znamená, že pokud si strany ne zvolily výslovně právo, potom se použije presumované vůle stran. A zde právě právo určené pomocí tohoto principu je jedno z těch, které by si strana zvolila, kdyby volbu provedla (viz i dále u náhradního hraničního určovatele).

Nově se v literatuře objevuje snaha nalézt i zdůvodnění ekonomické. Toto není nové. Alespoň pokud jde o pohled ekonomicko-politický. Zdů-

¹⁵⁵ Bystrický, R., a kolektiv, *Právo mezinárodního obchodu*, Praha: Svoboda, 1967, s. 217.

¹⁵⁶ Singer, E., *Právo v zahraničním obchodu*, Praha, 1960, s. 4 a násl. Podrobně k problematice volby práva v dosahu českého práva zejména. Kalenský, P., *Obligační statut kupní smlouvy v mezinárodním styku*, Praha, 1960. Kalenský, P., *K nedávnému vývoji hlavních problémů kolizního práva závazkového*, *Právní zpravodaj*, 1976, č. 1–3, s. 15 a násl.

¹⁵⁷ Mo Zhang, *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*, *Legal Studies Research Paper Series*, Research paper No. 2008–44. *Emory International Law Review*, 2006, s. 511 a násl. Dostupný rovněž z: <http://ssrn.com/abstract>.

¹⁵⁸ Juenger, K., *Localisation Provisions in International Contracts: Efficacy, Utility and the Limitation of International Risk*, *Australian Law Journal*, 1994, s. 649 a násl.

¹⁵⁹ Dolinger, J., *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts*, in: *Recueil des Cours*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 410.

vodnění uváděná u tzv. socialistického práva a úpravy volby práva jednoznačně prokázala důvody ekonomické, které jako jediné vedly socialistické státy k tomu, že umožňovaly aplikaci cizího práva (i západních zemí) před svými soudy.

Dnes jsou ekonomické pohledy postaveny na jiném základě. Ekonomické úvahy o minimalizaci nákladů, optimalizaci týkající se důvodů volby práva a jejich mezí pro oblast smluv i mimo ni nalézáme v publikaci „*An Economic Analysis of Private International Law*“.¹⁶⁰

Obdobný pohled nalézáme i v jiných publikacích. Ekonomické příčiny jak samotné volby práva, tak i jejich mezí a omezení spočívajících ve veřejném pořádku, mezinárodně kogentních normách včetně ochranných norem či vztahu k určitému právu hledá G. Rühl ve své studii, která je také součástí výše zmíněné publikace. Při objasnění hypotézy směřující k příčinám konvergence kontinentální úpravy (analýza Úmluvy Řím I) a amerického přístupu k institutu volby práva (analýza UCC včetně jeho novelizovaného § 1–103) hledá východisko právě ve využití ekonomické teorie a komparace. K řadě zajímavých závěrů, ke kterým ve své studii dochází, se dostaneme i dále. Pro zde sledovanou otázku je zajímavá odpověď na prvou z postavených otázek, tj. „*zda existuje ekonomické zdůvodnění pro udělení autonomie stranám smlouvy vybrat si právo.*“ Její závěry jdou ve prospěch zdůvodnění ekonomickými příčinami. S odkazem na další autory hovoří o tom, že v ekonomické komunitě existuje dlouhodobé přesvědčení o výhodách autonomie vůle stran ve smlouvách a o tom, že udělení možnosti zvolit si právo je vhodným přístupem ke kolizím právních řádů. Lze předpokládat, že strany smlouvy nejlépe znají své potřeby a jsou schopny je vyjádřit ve smyslu maximalizace své prosperity. To je nesporně také důvod, proč

¹⁶⁰ Ed. Basedov, J., Kono, T., *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

zákonodárce respektuje tuto možnost.¹⁶¹ Ekonomické zdůvodnění vidí jak u autonomie hmotněprávní, tak kolizní.¹⁶²

Přístup k problematice z ekonomického pohledu je zajímavý, nicméně se obáváme, že další rozpracování a průnik do větší hloubky, tak jak k tomu vyzývá autorka v závěru, jsou metodologicky těžko uchopitelné a zpracovatelné. Na empirické úrovni, na úrovni pouhé literární analýzy a logických úvah stěží dnes již zjistíme více. Nechybí metody, chybí údaje. Domníváme se, že snad komparace a metody sociologického šetření by mohly říci více, než se podařilo uvést autorce. Z nich potom by snad bylo možné dedukovat příčiny uplatnění volby práva v praxi, využití volby neutrálního práva atd.

Při objasnění příčin toho „proč“ je volba práva rozšířeným institutem se dostáváme několika rovin nastavení této otázky:

1. prvou je, proč si strany smlouvy volí právo;
2. druhou potom, proč by si strany měly volit právo a neměly by ponechat určení práva náhradním hraničním určovatelům;
3. třetí je, proč zákonodárce připouští realizaci institutu volby práva.

Odpověď na prvou otázku by nesporně vyžadovala průzkum mezi podnikatelskými subjekty. Z našich zkušeností můžeme říci, že lze rozlišit pozici vědomou a nevědomou. Smysl má analyzovat pouze prvou z nich. Druhý případ je situací, kdy strany například převzaly z jiných zdrojů obchodní podmínky a ty obsahovaly volbu práva a sudiště, nebo jedna ze stran bez větších úvah o významu doložky přijme návrh smlouvy od strany druhé a tento obsahuje volbu práva. Tak jsme se setkávali v 90. letech s volbou práva „*ostrova Man*“ nebo „*práva státu Texas*“. Pokud se nejednalo o náhodný nesmysl způsobený tím, že strany chtěly mít ve smlouvě zajímavé ustanovení a nezajímaly je jeho dopady, tak obvykle důvody spočívaly ve snaze uniknout například některým ochranným normám evrop-

¹⁶¹ Rühl, G., Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Konvergence and Economic Efficiency, CLPE Research Paper 4/2007, Vol. 03, No. 01, s. 31–33.

¹⁶² Rühl, G., Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Konvergence and Economic Efficiency, CLPE Research Paper 4/2007, Vol. 03, No. 01, s. 32–33.

ského práva či českého práva. To spolu s volbou sudiště skutečně mohlo dospět ke kýženému výsledku.

Za vědomou pozici označujeme tu, kdy strana zvažuje vedle jiných ustanovení smlouvy i ustanovení o volbě práva a volbě sudiště. Ať již z důvodů procesních nebo proto, že určitý právní řád lépe ošetřuje některé jím zamýšlené situace. Typicky otázku výše náhrad škody, druhu uhrazených škod, limitaci náhrady škody, charakter smluvní pokuty, pozici dobré víry, možnost dispozice s některými ustanoveními včetně vzdání se nároku do budoucna, vypracování obchodních podmínek na pozadí konkrétního právního řádu atd. Důvodem může být i jasná a stabilní judikatura.

Pozice vědomá částečně odpovídá i na to, proč by si strany měly volit právo. Je to především předvídatelnost fóra a rozhodného práva. Situace fora shopping, dopady národních norem ovlivňujících aplikaci rozhodného práva, různé systémy určování náhradního práva, dopady mezinárodně kognitních norem atd., to vše vede k tomu, že v případech neupravení této otázky se dostáváme do nejistých situací. I když různé typy omezování volby práva mohou znejistit i v těchto případech pozici stran, určení fóra a určení rozhodného práva s využitím hmotně právní autonomie mohou řadu rizik utlumit.

V případě důvodů na straně zákonodárce je pozice nutně jiná. A to i v závislosti na jeho postavení – zda je norma vytvářena na úrovni národní či nadnárodní, tzn. dnes mezinárodní či regionálně – integrační. Část zájmů zhmotněných právě v možnosti dané stranám zvolit si právo je nesporně společná. Jsou to důvody filozoficko právní a sdílení principu svobody jedince. Je to také zájem na posilování právní jistoty a předvídatelnosti pro účastníky smluvního vztahu. Přibývají však i zájmy či důvody další. Ty jsou zvláště zřetelné u národního zákonodárce. Problémy, které rozhodování dle cizího práva způsobuje v rozhodování soudů obecných, často vyvolávají polemiky o omezení možnosti volby práva. Při vědomí jisté nedotknutelnosti institutu volba práva, a dokonce oficiální snaze o její rozšíření do oblasti vnitrostátních vztahů,¹⁶³ jde o úvahy o omezení vycházející

¹⁶³ Na mysli tímto máme dle našeho názoru problematické ustanovení obsažené v článku 3 odst. 3 Úmluvy Řím I a nařízení Řím I.

z procesního práva: povinnost stran navrhnout aplikaci práva určeného v doložce či smlouvě o volbě práva a povinnost stran doložit obsah tohoto práva. Tyto snahy jsou poměrně pochopitelné. Právě ekonomický pohled je schopen vysvětlit náklady, které mají soudy v případech zjišťování obsahu cizího práva. To souvisí i s náklady pro strany vzhledem k délce řízení. Národní zákonodárce se tak pohybuje mezi Scyllou a Charybdou ekonomických parametrů a sdílení dalších hodnot. Toto pnutí je nutný výsledek nevhodnosti řešení kolizí právních řádů na národní úrovni a posiluje to tradiční universalistický přístup k mezinárodnímu právu soukromému: vhodným řešením pro kolize právních řádů je pouze universální řešení.

Naopak na úrovni zákonodárce „nadstátního“, tj. využití institutu například v mezinárodní smlouvě či v regionální úpravě v nařízení, je tento institut ve zcela jiné pozici. Právě zde je způsobilý eliminovat ty výhrady, které existují k náhradním hraničním určovatelům, k jejich uchopení i konkrétnímu vyjádření.

Základ volby práva. Hledání základu volby práva je tou otázkou, která v různých podobách vzbuzuje diskuse prakticky od poloviny 19. století. Jedná se o obecný princip bez vazby na právní řád a současně o primární zdroj práva, nebo jde o institut mezinárodního práva soukromého právního řádu (zpravidla) fóra? Je volba práva projevem svobody jedince, tedy součástí principů vyššího řádu, nebo je odvozena od kolizního práva státu (fóra, *lex causae*, *lex arbitri* či jiného).¹⁶⁴ Jen zdánlivě se jedná o otázku akademickou a překonanou dávno v historii vývoje institutu. I když se dnes neobjevují přímo myšlenky o vůli stran jako primárním zdroji právní regulace, její odrazy v literatuře nalézáme – od oblasti rozhodčího řízení a úvah o smluvní povaze tohoto institutu až k možnostem přímé aplikace norem nestátního původu. Zaujmutí stanoviska k této otázce do jisté míry znamená základ pro další úvahy.

¹⁶⁴ Přehled do minulosti i současnost reflektuje přehledně v úvodu svého stati Mostermans, E., *Party Autonomy: Why and When?*, in: *Forty Years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer: Kluwer, 1990, s. 123 a násl. Podobně i další autoři, kteří již byli průběžně citováni.

Koncepcí nadřazující u smluv vůli stran nad právo, resp. nad právní řád kteréhokoli státu, byla výsledkem právně filozofického vývoje především 19. století, kdy namísto na hierarchii norem a sociálně právní regulaci je dán akcent na individualismus a svobodnou vůli. S tím souvisejí úvahy o tom, že neexistuje vazba volby práva na konkrétní právo a nad vůlí stran jako primárním zdrojem práva „nestojí“ žádný právní řád. Tato doktrína poměrně záhy vzbudila silný protinázorový proud.¹⁶⁵ V jeho centru se nesla myšlenka odmítající z různých názorových pozic primát autonomie vůle nad zákonem. Vůle stran nemůže být závazná sama o sobě. Své právní účinky musí získat „od“ právního řádu, jehož je jako konkrétní institut součástí. V kolizní rovině je to volba práva, která své oprávnění a účinky získává od konkrétního právního řádu a následně lokalizuje smlouvu do působnosti vybraného právního řádu (současně dovoleného právním řádem). Nikoli smlouva sama. V právním státě je nemyslitelné přijímat pro území státu existenci jiného zákonodárce než je tento stát. Jako jistý dočasný produkt se ovšem objevil i názor zcela odmítající volbu práva jako institut práva.¹⁶⁶

Názor hodnotící volbu práva jako institut kolizního práva, resp. součást kolizní normy, opanoval v první polovině 20. století doktrínu.¹⁶⁷ Brzy si získal řadu významných příznivců. Konstatování vazby na právní řád, na zákon konkrétního státu, znamená nejenom dovolenost volby práva tímto právním řádem, ale také možná omezení a nakonec i otázku týkající se

¹⁶⁵ V dostupné literatuře viz: Zimmermann, M. A., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno, 1933, s. 213 a násl. S odkazem na kritiku v Německu (v. Bar, Zitelmann, Unger), Francii (Pillet, Niboyet) i Velké Británii (Dicey). Sám Zimmermann se jednoznačně vyslovuje proti tomu, že smlouva by mohla existovat mimo zákonodárnou soustavu a jediným pramenem je vůle stran. Zdůrazňuje, že je velmi důležité, že starý rakouský občanský zákoník teorii autonomie integrálně nerecipoval, nýbrž jí přiznal jen subsidiární platnost. Podobně vysvětluje i slavný článek 1134 Code civil stanovící, že vůle smluvních stran je zákonem. Vůle stran nemůže být nikdy zákonem, tj. normativním předpisem spočívajícím na donucení.

¹⁶⁶ Viz Umbricht, R. P., *Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht*, Zurich: PV AG, 1963, s. 36–37.

¹⁶⁷ Lando, O., *Contracts, Volume III, Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law*, s. 14 a násl. Zde lze nalézt přehled vývoje v jednotlivých zemích včetně analýzy některých přístupů, které ovlivnily hodnocení volby práva – viz. zejména odkazy na Batifolla a Ehrenzweiga.

předmětu volby práva, tj. dále v práci položenou otázku: je možné zvolit jen právo státu, nebo také právo nestátní či například jen konkrétní normu určitého státu bez dalších vazeb na tento právní řád.

Samozřejmě vedle tohoto názorového proudu byly rozvíjeny i další přístupy. Přístup *sui generis*, stojící na pomezí obou výše uvedených postojů, představují názory francouzského teoretika H. Batiffola. Jeho učení o lokalizaci smlouvy vzbudilo pozornost a odrazilo se v přístupech i mimo Francii, zejména potom v přístupu anglických a amerických soudů. Podstatou jeho učení je, že strany si nemohou zvolit rozhodné právo. To může učinit jen soud. Nicméně strany svou vůlí lokalizují smlouvu do dosahu práva určitého státu. Indicií, které soud bere do úvahy, je více. Od doložky o volbě práva, přes prorogační či arbitrážní doložku, jazyk smlouvy až k objektivním kritériím jako je místo uzavření smlouvy atd. Doložka o volbě práva je tak jednou ze skutečností, nikoli závaznou dohodou. Svou teorii považuje za teorii monistickou v onom smyslu, že platí jak pro případy, kdy si strany zvolily právo, tak pro případy, kdy tak neučinily. Vůle stran je tedy jedním z momentů lokalizace.¹⁶⁸

Volbu práva lze vnímat ve dvou rozměrech: objektivní, zákonem formulovaný hraniční určovatel; subjektivní, vůlí stran stanovený právní řád lokalizující smlouvu. Lze jej vnímat rovněž také jako výsledek, tedy zvolené právo. To již spíše na okraj. Podstata našeho vnímání volby práva jako institutu mezinárodního práva soukromého je obsažena v prvých dvou vymezeních. Od toho se také odvíjí otázka, který právní řád je základem volby práva? Tato otázka má různou odpověď v závislosti na tom, zda se pohybujeme na úrovni národního či unifikovaného (mezinárodního, regionálního) práva. A nepochybně také na tom, zastánci jakého učení jsme. V našem případě vnímání pozitivistického je to fórum, které rozhoduje

¹⁶⁸ Využito: Lando, O., *Contracts, Volume III, Private International Law*, International Encyclopedia of Comparative Law, s. 18–19. Viz Umbricht, R. P., *Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht*, Zurich: PV AG, 1963, s. 38–41. Částečně Batiffol, H., *Les conflits de lois en matiere de contrats*. Paris, 1938. Pokud jde o vliv na anglické právo a doktrínu „proper law of the contract“ srovnej Fawcett, J., Carruthers, J. M., Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law*, Fourteenth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 666–667.

o aplikaci kolizních norem a tím i o možnosti a limitech volby práva jako institutu kolizního práva.

Jinou je či může být při užití téhož východiska situace tam, kde se jedná o nadnárodní úpravu (viz dále u volby práva dle nařízení Řím I) obsaženou v mezinárodní smlouvě či nařízení.

Mezinárodní prvek jako podmínka pro platnou volbu práva? Jen zdánlivě se jedná o otázku novou a provázející současnou českou právní scénou. Již v minulosti se objevovaly čas od času diskuse týkající se toho, zda je možné zvolit právo i tam, kde vztah neobsahuje mezinárodní prvek. Je skutečností, že převažující proud, odrážející se i v mezinárodních smlouvách, podporoval nutnost existence mezinárodního prvku. Ostatně to odpovídá podstatě mezinárodního práva soukromého, kdy předmětem jeho úpravy jsou soukromoprávní vztahy tam, kde obsahují mezinárodní prvek. Další rozměr do diskusí na mezinárodní úrovni přinesla Úmluva Řím I, která v článku 3 odst. 3 výslovně připustila materiální volbu práva i pro případy, kdy všechny ostatní okolnosti souvisejí pouze s jednou zemí (rozdílnou od zvoleného práva). Podobný článek obsahuje i nařízení Řím I. Rozdíl je snad jen v tom, že v úmluvě se výslovně hovoří i o vazbě na prorogační smlouvu (která je nerozhodná) a v nařízení již tato zmíněna není. Je tedy vhodné se podívat blíže na tuto problematiku a pokusit se přiblížit důvody a podmínky pro připuštění této situace.

Celý problém má několik rozměrů. Prvým z nich je uznání toho, co je to mezinárodní prvek a jaký mezinárodní prvek je právně relevantní. To vše za situace, kdy zpravidla úprava mezinárodního práva soukromého neobsahuje exaktní definici tohoto prvku.

Situaci lze dělit na:

- **absolutní**, tj. takovou, kdy z pohledu kteréhokoli právního řádu by smlouva byla považována za mezinárodní. Současně ji lze označit i za **objektivní**, neboť skutečnosti, na nichž spočívá hodnocení, jsou dány bez přímé vůle stran. Pravidelně jde o případ, kdy mají strany smlouvy vazbu na různé právní řády (ve smyslu sídla, místa podnikání, místa zřízení, bydliště, resp. i za určitých podmínek pobytu). O těchto případech neexistují pochybnosti. Jiné případy mohou pochybnosti vzbuzovat. Může jít o případ, kdy je místo plnění přes-

hraniční, nicméně strany smlouvy jsou lokalizovány do jednoho státu. Podobně může jít o případ postupu pohledávky z jinak vnitrostátní smlouvy zahraničnímu subjektu. Tam se mohou objevit různá hodnocení situací. Ve všech případech je to však objektivně daný mezinárodní prvek, v jehož důsledku dochází ke kolizi právních řádů.

- **relativní**, tj. situaci, kdy je smlouva považována za mezinárodní jen z pohledu určitého právního řádu. Tato situace může nastat z různých příčin. Může jít o případ, kdy dvě osoby s místem podnikání na území jednoho státu uzavřou na území jiného státu smlouvu. Případem, o **který se vedou spory**, je situace, kdy strany smlouvy samy ovlivní mezinárodní povahu tím a pouze tím, že si zvolí cizí právo. Zatímco prvý případ označujeme jako **relativní a objektivní**, tento naposledy uvedený lze označit jako **relativní a subjektivní**. Kolize právních řádů je až následným důsledkem vůle stran.

V české doktríně se objevuje ještě další – dle našeho názoru velmi vhodná – determinace: dostatečná významnost mezinárodního prvku.¹⁶⁹ Je však skutečností, že tato determinace je spíše vhodná pro národní úpravu kolizního práva.

Vymezení mezinárodního prvku se pohybuje mezi dvěma riziky: prvním z nich je riziko úzkého vymezení mezinárodního prvku a nezasažení všech situací, které mají vztah k jiným právním řádům; druhým je potom případ, kdy naopak připustíme u volby práva vyloučení národního práva tam, kde neexistuje jiný mezinárodní prvek než je vůle stran sama. Je tudíž vhodné ponechat otázku definování mezinárodního prvku rozhodovací praxi pro zvážení jednotlivých situací.

Již zmíněná Úmluva Řím I přinesla úpravu, která se snaží reagovat na situace subjektivně daného mezinárodního prvku tím, že tato volba je sice možná, ale je omezena kogentními normami toho právního řádu, kde jsou prvky vztahu lokalizovány. Pro zdůvodnění je vhodné se vrátit k Lagarde-Giulianově zprávě. Ta nám pomůže pochopit toto ustanovení. Vzhledem ke

¹⁶⁹ Kučera, Z., Mezinárodní právo soukromé, Brno: Doplněk, 6. vydání, 2004, s. 18.

značnému významu jejich tvrzení pro interpretaci ustanovení úmluvy považujeme za vhodné, uvést názor v jeho publikované verzi:

*„This solution is the result of a compromise between **two lines of argument** (zvýraznil autor) which have been diligently pursued within the Group : the wish on the one hand of certain experts to limit the parties' freedom of choice embodied in this Article by means of a correcting factor specifying that the choice of a foreign law would be insufficient per se to permit the application of that law if the situation at the moment of choice did not involve another foreign element, and on the other the concern of other experts, notably the United Kingdom experts, that such a correcting factor would be too great an obstacle to the freedom of the parties in situations in which their choice appeared justified, made in good faith, and capable of serving interests worthy of protection. In particular these experts emphasized that departures from the principle of the parties' freedom of choice should be authorized only in exceptional circumstances, such as the application of the mandatory rules of a law other than that chosen by the parties ; they also gave several examples of cases in which the choice of a foreign law by the parties was fully justified, although there **was apparently** (zvýraznil autor) no other foreign element in the situation. The Group recognized that this concern was well founded, while maintaining the principle that the choice by the parties of a foreign law where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only shall not prejudice the application of the mandatory rules of the law of that country.“¹⁷⁰*

Je skutečností, že původní návrh úmluvy z roku 1972 neobsahoval tuto možnost.¹⁷¹ Diskuse týkající se vymezení mezinárodního prvku nebyla jedinou, která byla na mezinárodní úrovni vedena. Rozvinula se i v jiných případech. Jako příklad lze uvést Haagskou smlouvu o právu rozhodném pro smlouvy o mezinárodní koupi zboží z roku 1986. Předchozí úprava z roku 1955 obsahovala v článku 1 omezení na mezinárodní kupní smlouvu. Nedávala však žádné vymezení toho, kdy se o ni jedná. Pouze byl vyloučen

¹⁷⁰ Giuliano-Lagarde Report, vysvětlení k článku 3 odst. 3.

¹⁷¹ EC Convention on contractual and non-contractual obligations, 1972.

případ, kdy by se jednalo o volbu práva či volbu cizího sudiště, tedy o námi zmíněný případ subjektivního mezinárodního prvku. Diskuse vedené v případě nové úmluvy se snažily vyloučit riziko omezení situací, kdy by se použila úmluva a kolizní pravidla. Nakonec článek 1 přijal úpravu, která připouštěla aplikaci jednak tam, kde měly strany místo podnikání v různých státech, jednak ve všech ostatních případech, kdy došlo ke kolizi právních řádů vyjma případů takto determinovaných vůlí stran (v podobě volby práva, či sudiště).¹⁷²

Konstatování existence mezinárodního prvku jako nutné podmínky pro aplikaci cizího práva patří k otázkám, které stojí v samém základu problematiky mezinárodního práva soukromého.¹⁷³ Dle našeho názoru je mezinárodní prvek nutnou podmínkou pro aplikaci kolizních norem. Je však také pravdou, že může být obtížné v některých případech rozhodnout, zda vztah obsahuje či neobsahuje mezinárodní prvek a tudíž spadá pod mezinárodní právo soukromé. Obtížnost obecného vymezení mezinárodního prvku tak může způsobit řadu problémů v aplikační praxi.

Jak lze tedy posuzovat článek 3 odst. 3 nacházející se v Úmluvě Řím I a v nařízení Řím I (a také v nařízení Řím II článek 14 odst. 2). Lze se ztotožnit s konstatováním, že tato úprava přinesla do problematiky smluvního práva možnost aplikovat cizí právo i tam, kde neexistuje žádný jiný dotek s cizím právem než je volba práva sama? Tudíž v případech, kdy si strany zvolí cizí právo ve vztahu, který nemá cizí prvek, je soudce povinen zjistit obsah tohoto práva a aplikovat jej v rámci kogentních norem cizího práva? Pro zodpovězení této otázky je dle našeho názoru nutné **vzít do úvahy:**

1. **poměrnou jednoznačnost** ustanovení článku 3 odst. 3 v obou normách, resp. i článku 14 odst. 2 nařízení Řím II. Spolu s tím je třeba vzít do úvahy i zprávu Lagardeho a Giuliana. Ta již tak zřetelná není. Dle ní byly sneseny argumenty pro situace, proč se má použít jiné právo tam, kde není zřetelný žádný jiný prvek. Nejsou však

¹⁷² Diplomatic Conference on the law applicable to sales contracts, Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985, Pelichet Report, s. 51.

¹⁷³ Z poslední doby srovnej k této otázce Siehr, K., General Problems of Private International Law in Modern Codifications – de lege lata and de lege europa ferenda, in: Yearbook of Private International Law, Vol. VIII, 2005, Sellier. European Law Publishers, s. 21–22.

uvedeny tyto situace a další materiály nejsou k dispozici. Není tudíž možné se dopátrat, zda se nejednalo o situace s méně zřetelným mezinárodním prvkem. Tedy o situaci, kdy sice byl soudce konfrontován s kolizí právních řádů, nicméně situace nebyla jednoznačně kvalifikovatelná.

2. ustanovení článku I dle kterého se „*nařízení vztahuje na smluvní závazkové vztahy podle občanského a obchodního práva v případě kolize právních řádů*“. Výklad vztahu článku 3 odst. 3 a článku 1 je dvojitý:
 - a) volba práva v situaci jinak čistě vnitrostátní způsobila kolizi právních řádů. Tudíž je možná volba cizího práva i v těchto vztazích.
 - b) norma (v tomto případě nařízení Řím I) dovoluje možnost volby práva tam, kde existuje kolize právních řádů. Nikoli volbou práva umožnit kolizi právních řádů a následně možnost aplikace nařízení.

Pokud bychom akceptovali situaci ad a), potom se točíme v kruhu. Základem pro aplikaci normy tak není vymezení jejího předmětu úpravy, ale oprávnění stran „vytvořit volbou práva kolizi právních řádů“. Takový přístup je nelogický tehdy, nepovažujeme-li volbu práva za základní zdroj právní úpravy. A to jsme již v předchozích částech odmítli.

3. pravomoci ES uvedené v článku 65 Smlouvy o založení ES, platné v době přijetí nařízení Řím I. Tato opatření jsou opatření „v oblasti justiční spolupráce v **civilních věcech s mezinárodním prvkem**“. Výslovně se také Preambule k nařízení odvolává na článek 65. Tato opatření zasahují kolizní normy. Úprava v článku 3 odst. 3, pokud by měla dopadat bez dalšího na vnitrostátní hmotné právo, již zasahuje civilní věci bez mezinárodního prvku. Zatímco u Úmluvy Řím I lze připustit tuto možnost, není tomu již u Nařízení Řím I, které je jasně postaveno na článku 65.
4. obtížnost konstatování cizího prvku, různost přístupů, různost komunikačních technik, kdy se stává při elektronické komunikaci problematické konstatovat mezinárodní prvek.

5. poměrně rychlé smíření se odborné literatury s tím, že i ve zcela a čistě vnitrostátních vztazích může být aplikováno cizí právo na základě volby práva, která tak představuje onen mezinárodní prvek.¹⁷⁴ Vzhledem k historii této úpravy není divu, že vůbec žádné námitky nezaznívají od anglických autorů.¹⁷⁵ Letmý pohled do doktríny zastávané teoretiky z oblasti common law včetně procesních důsledků nakládání s kolizním právem zde mohou napomoci odhalit rozdíly.

Zvážíme-li výše uvedené a vyhodnotíme si pro a proti, je třeba především uvést, že uvedené články není možné interpretovat jazykově a odtrženě. Současně je není možné interpretovat odtrženě od pravomocí EU a od účelu normy, v níž jsou obsaženy. To vše nutně determinuje i výklad dotčené normy. Z tohoto pohledu je třeba konstatovat, že článek 3 odst. 3 nemůže být bez dalšího aplikován na výlučně vnitrostátní vztahy. V případě opačného názoru je třeba si uvědomit, že tento typ nahrazení vnitrostátní úpravy odkazem na cizí právo zahrnuje i povinnost interpretovat toto právo tak, jak je interpretováno v dané zemi, aplikovat jej ex officio a jeho obsah ex officio zjistit. Je třeba si uvědomit, že situace s mezinárodním prvkem mohou být zcela a naprosto zjevné, méně zjevné a pochybné z pohledu jedné úpravy a jednoznačné z pohledu jiné. Cizí prvek může rovněž v soukromoprávním vztahu neexistovat. Spektrum hodnocení je tak široké.

¹⁷⁴ Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 223–225. Bogdan, M., *Concise Introduction to EU Private International Law*, Groningen: Europa Law Publishing, 2006, s. 124 s uvedením příkladu vazby vnitrostátní a dovozní smlouvy. Podobně bez dalšího přijímá tuto možnost a vítá ji jako progresivní také Bříza, P. (Ne)omezená volba práva ve smlouvách mezinárodního obchodního styku podle Římské úmluvy a nového nařízení Řím I, *Právní rozhledy*, č. 2, 2009, s. 38. Jinak však: Bělohávek, A. J., *Římská úmluva/Nařízení Řím I, I a II. díl*, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 157–158. Podobně se zdá vyplývat i z Bělohávek A. J., *Volba práva v závazkových vztazích s mezinárodním prvkem*, *Právní fórum*, č. 3, 2006, s. 83. Stejně také tato autorka. Naposledy v Rozehnalová, N., Valdhans, J., *A Few Observations on Choice of Law*. In *Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis*. 1. vyd. New York: Juris Publishing, 2010. od s. 3–24, *Czech Yearbook of International Law*.

¹⁷⁵ Fawcett, J., Carruthers, J. M., *Cheshire, North and Fawcett Private International Law*, 14th. edition, Oxford University Press: Oxford, 2008, s. 695 a násl.

Článek 3 odst. 3 může být dle našeho názoru použit při splnění oné minimální podmínky, že:

- a) vztah minimálně vyvolává pochyby či předpoklad o kolizi právních řádů, a
- b) jinak má významný vztah k jednomu právnímu řádu (ten je samozřejmě zjevný),
- c) strany smlouvy si zvolily cizí právo (tj. jiné právo než je právo země, kam jsou situovány všechny prvky významné pro situaci).¹⁷⁶

Teprve potom může vztah spadat do sféry aplikace kolizních norem a tudíž i uvedených článků. V tomto případě (bude rozvedeno i dále) se použije ochrany pomocí kogentních norem země, kde se nacházejí ony všechny ostatní prvky významné pro situaci.

Závěr. Plně si uvědomujeme problematičnost názoru. Avšak závěr, že i ve zcela jednoznačné vnitrostátní situaci je možné volit cizí právo a soudce je povinen jej *ex offio* aplikovat a zjistit jeho obsah, vede k následující situaci. Jednak by byly překročeny pravomoci orgánů EU a aplikační logika norem. To vše by současně vedlo před národními soudy k absurdním případům. Nejednalo by se totiž o inkorporaci norem obsažených v cizím právu – jako je tomu v případech pohybujících se jen na úrovni hmotně právní autonomie – ale o materiální volbu práva. Při ní normy cizího práva podléhají pravidlům aplikace tak, jak byly uvedeny v předchozím odstavci. Tento přístup samozřejmě nenastane tam, kde je jinak nakládáno s kolizním a hmotným právem. Tzn. není aplikováno a zjišťováno *ex offio*.

¹⁷⁶ Ještě jednu otázku vzbuzuje toto ustanovení. Je zřejmá situace, kdy si dva čeští podnikatelé zvolí německé právo. V publikaci Fawcett, J., Carruthers, J. M., Cheshire, North and Fawcett Private International Law, 14th. edition, Oxford University Press: Oxford, 2008, s. 695 je uváděn příklad jiné situace. Dva Kalifornané si zvolí anglické právo pro svou smlouvu a spor bude předložen soudu v Anglii. Anglické právo je cizí pro strany a smlouvu, ale nikoli pro fórum. Článek 3 odst. 3 se zabývá výběrem cizího práva a situací v okamžiku volby. V této době bylo anglické právo cizím právem a bylo cizí pro strany a smlouvu. Bude tedy aplikováno anglické právo v mezích kalifornského? Je zde samozřejmě nutné přihlídnout ke specifickým anglického nakládání s právem a otázce pravomoci soudů. Nicméně odpověď zní „ano“ a i na tento případ bude dopad výše uvedené ustanovení.

Volba práva v nařízení – obecně. Volba práva je základním a preferovaným institutem úpravy vztahů v působnosti nařízení Řím I. Přístup k ní vykazuje v nařízení určité zvláštnosti dané povahou EU jako nadstátního, regionálního zákonodárce s akcentem ochrany nejenom právních řádů jednotlivých států, nýbrž chránícího také zájmy formulované právě na komunitární úrovni. K těm patří nesporně prosazování zájmů na ochraně určitých skupin osob, které vykrytalizovaly v minulých desetiletích v evropském hmotném i procesním právu a odrazily se i v Úmluvě Řím I. Unijně regionální akcent je nově zesílen prosazením aplikace evropského kogentního práva v článku 3 odst. 4. Tímto je evropské právo i samotná EU z pohledu mezinárodního práva soukromého posunuty na stejnou pozici, kterou má národní právo a národní stát. Naopak, jak uvidíme dále, odmítnuta byla výraznější role nestátního práva.

Při analýze institutu volby práva dle nařízení Řím I považujeme za vhodné uvést možné typy volby práva a konfrontovat je s typy užitými v nařízení. Alespoň na úvod je třeba říci, že v dále uvedeném schématu je jako rozlišovací kritérium použít typ omezení tak, jak je legislativně v nařízení uchopeno.

Rozlišit tak lze následující typy volby práva:

- 1) **kolizní volba práva** – výběr práva je dán pouze v úrovni kolizního práva, kdy tzv. přímá omezení jsou realizována výlučně v této rovině a prostředky náležející koliznímu právu. Lze uvést, že pravidla vycházejí z kolizí právních řádů a respektují výběr prostorový. Omezení je dáno prostorově. Z tohoto pohledu rozlišujeme neomezenou kolizní volbu práva a omezenou kolizní volbu práva. Pokud toto dělení aplikujeme na nařízení, lze uvést:
 - a) **neomezená kolizní volba práva** tak, jak jsme ji znali ze ZMPS v původním znění, zde neexistuje. Důvody omezení volby práva v nařízení jsou poměrně zřetelné – ochrana zájmů určitých skupin osob a ochrana zájmů komunitárních. Bylo by vhodné si položit otázku, zda využití omezené volby práva nenarušuje zásadu právní předvídatelnosti. Je skutečností, že pouze neomezená kolizní volba práva je schopna zajistit tam, kde existují pouze národní úpravy mezinárodního práva soukromého, pro strany právní jistotu a tím předvídatelnost o právním režimu

smlouvy. Rozdílně koncipované národní úpravy podporují jev fóra shopping.¹⁷⁷ U úprav universálních, resp. i regionálních (pokud jde alespoň o dosah pro zasažené soudy a členské státy), tento problém neexistuje.

- b) **omezená kolizní volba práva** je uvedená v článku 5 odst. 2 a článku 7 odst. 3 (zde pro některé typy pojistných smluv). Za omezenou kolizní volbu práva považujeme takovou situaci, kdy jsou předem určeny právní řády a výběr je možný pouze v jejich rámci. Jde o omezení prostorově determinované, nepřihlízející k obsahu dotčených právních řádů či k typu norem v úrovni hmotně právní.

Mimo toto hodnocení leží omezení daná výhradou veřejného pořádku a omezení daná účinky tzv. mezinárodně imperativních norem.

- 2) **materiální volba práva** – omezení je dáno bez ohledu na zvolený právní řád hmotnými normami určitého právního řádu. Toto právo je zpravidla určeno přímo v této kolizní normě. Nejedná se nutně o právo fóra. I když je to toto místo, které omezenost stanoví. Volba práva jako institut je respektována a jako institut není omezená. Nicméně výsledek její aplikace – zvolené právo – je ve své aplikaci omezen.

Otázkou je – alespoň u některých případech – proč tato technika existuje a k čemu napomáhá, když se mnohdy ve výsledku neliší rozsah dispozice stran oproti hmotně právní autonomii realizované na úrovni vnitrostátního práva. Od „běžné“ hmotně právní autonomie se liší materiální volba práva nikoli vyšším stupněm dispozice, ale pro strany poněkud ulehčenou formulační technikou (není nutné pečlivě přepisovat do smlouvy všechna ustanovení cizího práva), návaznostmi institutů (které i při sebe pečlivější a sebe podrobnější formulaci smluv není možné dosáhnout). Má-li být cizí

¹⁷⁷ Forum shopping – situace, kdy si strany mohou vybrat z vícera soudů pro zahájení řízení. Tento jev podporuje koncepcí článků 2 a 5, resp. i 6 a 7 nařízení Brusel I. Bývá některými autory považován za jev negativní. Tento názor nesdílíme. K některým zvláštním aspektům fóra shopping doporučujeme ed. de Vareilles-Sommières P., *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing: Oxford, 2007.

právo aplikováno tak, jak v cizí zemi, je nutné interpretovat instituty cizího práva ve světle cizího interpretačního kánonu a případně s přihlédnutím i k cizí judikatuře. Tato interpretace právní normy se může lišit od interpretace stejně znějícího ustanovení smlouvy. Minimálně zásadami, které na interpretaci dopadají. Zatímco pro strany je technika odkazu jednodušší, je aplikace právního řádu pro soudce výrazně problematičtější než aplikace norem vytvořených smluvními stranami v rámci jejich autonomie vůle. S takovýmto odkazem je nutno pracovat na úrovni zákonodárné velmi opatrně.

Hmotné normy, které omezují výsledek aplikace, mohou být různě určeny. Jednat se může o normy určené:

- a) **svou povahou.**¹⁷⁸ Může jít o určení norem jako kogentních norem ve smyslu uvedeném v článku 3 odst. 3. Zvolený právní řád je konfrontován s určeným právním řádem pokud jde o aplikaci norem v rámci hmotně právní autonomie stran. Není nutné srovnávat výsledky aplikace. Je nutné kvalifikovat normy omezujícího právního řádu, srovnat jejich dosah s normami práva zvoleného.
- b) **svou povahou a svým určením.** Zde máme na mysli určení tzv. ochranných ustanovení. Ta se nemusejí nutně překrývat s kogentními normami. Jde o užší kategorii, pro níž je nezbytné, aby vedle povahy (kogentní) naplňovaly normy ještě i určitý účel, cíl – ochranu vymezené kategorie subjektů, situací, vztahů atd. Z celé kategorie kogentních norem existujících v právním řádu a dopadajících na příslušnou situaci se tak použijí jen ty, které naplňují vymezený cíl – například ochranu spotřebitele – a v rámci nich bude využito zvoleného práva. Je otázkou, zda v takovémto případě dochází ke srovnávání do úvahy přicházejí-

¹⁷⁸ K vymezení kogentních a mezinárodně kogentních norem srovnej v české literatuře také: Limitations of choice of law – mandatory rules and internationally mandatory rules In Neckář, J., et al. (ed.), Dny práva – 2008 – Days of Law: 2. ročník mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity. 1. vyd. Brno: MU, 2008, s. 96. s. 788–797. Dostupný také z [www: http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf](http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf)

cích právních řádů (dále materializovaná volba práva) nebo k vyčlenění prostoru pro aplikaci norem cizího práva (materiální volba práva). Oba přístupy jsou možné. V ideálním případě je kolizní norma tak formulována, že je aplikační technika zřetelná.

c) **svým původem a svou povahou.** Na mysli tím máme novou kategorii norem uvedenou v článku 3 odst. 4. V jejich případě nezáleží jen na povaze norem, ale do úvahy je vzat i jejich zdroj – evropské právo. Dle výslovné úpravy vychází toto omezení jak z nařízení, tak i směrnic. U naposledy uvedených v podobě, v níž byly provedeny v právu místa fóra. O smyslu tohoto ustanovení máme vzhledem k ostatním mechanismům ochrany poněkud pochybnosti. Nicméně praxe ukáže jeho smysluplnost.

3) **materializovaná volba práva.** Tímto termínem označujeme situaci, kdy se určení právního řádu pohybuje nikoli na úrovni kolizního výběru, byť s určitými omezeními, ale přechází do polohy výběru na úrovni hmotných norem. Je skutečností, že v čisté podobě není toto kritérium pro institut volby práva příliš praktické. Spíše se nám objevuje v jiných oblastech práva.¹⁷⁹ V určité modifikované podobě se setkáváme s touto podobou v případě nové volby práva dle článku 3 odst. 2 (*Žádná změna rozhodného práva provedená po uzavření smlouvy se nedotýká její formální platnosti podle článku 11 a ani se nepříznivě nedotýká práv třetích osob*). I v tomto případě by bylo možné říci, že akceptace zvoleného právního řádu vyžaduje srovnání na úrovni práva hmotného. Nicméně nejde o čistou podobu. Úprava, pokud bychom ji řadili do této kategorie, by mohla znít: „*Zvolený právní řád je možné použít jen tehdy, poskytuje-li stejný nebo vyšší stupeň ochrany.....*“. Oproti formulaci uvedené ad b) tedy nejde jen o vyčlenění norem a jejich aplikaci, ale o srovnání úpravy a výběr jako výsledek tohoto srovnání. Jak jsme již uvedli u materiální

¹⁷⁹ Srovnej například § 23 ZMPS v platném znění: (1) Určení (zjištění nebo popření) otcovství se řídí právním řádem státu, jehož příslušnost nabylo dítě narozením. (2) Žije-li dítě v České republice, může být otcovství určeno (zjištěno nebo popřeno) podle práva českého, je-li to v zájmu dítěte. Jde o případy, kdy zákonodárce přesouvá určení o rozhodném právu do roviny hmotného práva.

volby práva, za určitých podmínek jsou případy omezení ochrannými ustanoveními na pomezí výběru po srovnání rozsahu ochranných norem a výběru mezi hmotnými právy států.

Jak bylo uvedeno i v jiné části, nezkoumáme institut z pohledu omezení daného veřejným pořádkem v jeho aktivní či pasivní podobě, tj. v podobě mezinárodně kogentních norem, a v podobě výhrady veřejného pořádku. Tento typ omezení se váže ke všem případům určení cizího práva, tj. jak k volbě práva, tak výběru pomocí subsidiárních prostředků.

Další pohled, ze kterého lze zkoumat institut volby práva je **podoba (nikoli forma) volby práva**. Toto ustanovení se oproti ustanovení v Římské úmluvě nezměnilo. Je tak možné plně a bez korekcí využít stávající interpretaci a názory konkretizující především případy nevýslovné volby práva. Ustanovení článku 3 odst. 1 rozlišuje následující možnosti:

- a) volba práva výslovná;
- b) volba práva jasně vyplývající ze smlouvy;
- c) volba práva jasně vyplývající z okolností případu;

Ad a) **Volba práva výslovná** přináší z pohledu své existence a jejího důkazu nejmenší problémy. Je realizována pravidelně jako doložka ve smlouvě hlavní. Může však být také předmětem samostatné smlouvy. Tento případ však nepatří k běžné kontraktační praxi. Lze jej předvídat u kontraktů vysoké hodnoty nebo u dlouhodobého plnění realizovaného samostatnými smlouvami. V takových případech se s ním v praxi setkáváme často ve spojení s doložkou prorogační nebo rozhodčí, které stanoví rozhodné fórum. Doložka obsažená v samostatném dokumentu může představovat rovněž případ, kdy došlo k volbě práva až po vzniku smlouvy hlavní. Toto dovoluje výslovně článek 3 odst. 2. Zvolená podoba dokumentu a jeho formulace včetně formulace návaznosti budou určovat, zda se jedná o dodatek smlouvy nebo samostatnou smlouvu, která je propojena na smlouvu hlavní. Lze si představit obě.

V případě, že je volba práva jako jedno ze smluvních ustanovení součástí smlouvy hlavní, lze se ptát po vztahu doložky o volbě práva a smlouvy hlavní. Tedy jinými slovy, nakolik neplatnost smlouvy hlavní ovlivňuje platnost doložky o volbě práva jako jedné z doložek smlouvy, případně jak je to s její existencí pro případ odstoupení od smlouvy. Tato otázka je po-

dobně, jako je tomu u procesních doložek (prorogačních a rozhodčích), doktrínou postavena na konceptu autonomie, resp. separace obou ujednání. *Podobně jako je tomu u procesních doložek (doložky prorogační a doložky rozhodčí¹⁸⁰) je třeba zde vyjít z konceptu autonomie, separace obou ujednání. V souvislosti s doložkou prorogační se k této otázce vyslovil i ESD v rozhodnutí C-265/95 Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl.¹⁸¹*

Ad b) a ad c). **Volba práva nevýslovná vyplývající jasně ze smlouvy nebo z okolností případu.** Ani nařízení neodolalo a pustilo se na tenký led připuštění možnosti existence volby práva i jinak než výslovně. I přes problémy a diskuse,¹⁸² které tato ustanovení vyvolávají, lze si jen stěžít představit nepřipuštění této možnosti. Mimo jiné odráží realitu mezinárodního obchodu a akcentuje princip autonomie vůle. Na druhé straně je nutné s co nejvyšší možnou přesností uvést znaky této volby. Jazyková jednota kolizních norem je minimálním požadavkem, který lze na úpravu mít. Alespoň jedna stránka zvažování – tj. interpretace normy – se tak vyjasní. Druhá, složitější – interpretace vůle stran promítnuté do smlouvy nebo vyplývající z okolností případů – je vysoce podmíněna konkrétními okolnostmi případu.

V nařízení je vedle volby práva výslovně připuštěna situace, kdy volba práva jasně vyplývá ze smlouvy nebo z okolností případu. Přesto tato volba

¹⁸⁰ Rozehnalová, N., Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci – dvě stránky jednoho problému. Časopis pro právní vědu a praxi, 2008, Roč. 16, č. 2, od s. 112–121.

¹⁸¹ Rozhodnutí C-265/95 – Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl. „Odstavec první článku 13 a článku 14 Úmluvy ze dne 27. září 1968, o pravomoci a výkonu rozhodnutí ve věcech civilních a obchodních, ve znění Úmluvy ze dne 9. října 1978 o přistoupení Dánského království, Irska a Spojeného království Velké Británie a Severního Irska, má být interpretován tak, že žalobce, který uzavřel smlouvu za účelem podnikání nebo výkonu profese, nikoli v současné době, ale v budoucnu, nesmí být pokládán za spotřebitele.“ „Soudy členského státu, které byly prohlášeny za pravomocné v prorogační doložce platně uzavřené podle článku 17 odst. 1 Bruselské úmluvy, mají výlučnou pravomoc i tehdy, pokud samotná žaloba prověřuje tvrzení, že smlouva obsahující tuto doložku je neplatná.“

¹⁸² Tato otázka byla zvažována i v rámci transformace úmluvy do nařízení a byla v této souvislosti položena samostatná otázka. Viz otázka číslo 9 a vysvětlení v ní v: COM(2002) 654 final 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.

zůstává volbou skutečnou, nikoli volbou hypotetickou. A soud nepopírá existenci volby a nepřechází k náhradní úpravě v článku 4.

Je otázkou, zda lehce jiné vyjádření oproti Úmluvě Řím I (vyplývá s dostatečnou jistotou v. jasně vyplývá, podobné v dalších jazykových verzích) má právně relevantní význam. Je otázkou, zda smyslem bylo pouze „vyčistit“ různá jazyková znění, zejména sblížit jazykově verzi francouzskou, anglickou a německou. Což byl mimo jiné i cíl nařízení obecně. Objevují se různé názory. Lando a Nielsen v článku z roku 2008 zdůrazňují, že nařízení je přísnější pokud jde o přijetí tacitní volby práva.¹⁸³

U kterých případů lze zvažovat zahrnutí pod toto vymezení? Vyjděme nejprve z Úmluvy Řím I a materiálů k ní existujících. Zpráva Giuliano-Lagarde¹⁸⁴ k Úmluvě Řím I uvádí několik možností. Jde například o situaci, kdy je smlouva uzavřena pomocí standardních obchodních podmínek o nichž je známo, že se jinak řídí určitým právním řádem, ale v tomto konkrétním případě o nich není ve smlouvě zmínka (viz *Lloyds policy of marine insurance*). Volbě práva může nasvědčovat také předchozí zavedená praxe stran. Velmi opatrně je uvedena také volba fóra jako jeden z možných příznaků směrem ke konstatování volby práva.¹⁸⁵ Tedy nikoli volba fóra rovná se volba právního řádu. S tím lze plně souhlasit. A priori vyloučit vazbu fóra (ať již prorogační či rozhodčí smlouvou) a volby hmotného práva není vhodné. Na druhé straně sama o sobě nemůže být rozhodující indicií, resp. fikcí volby práva. Jde jen o jedno ze subsidiárních kritérií pro hodnocení toho, zda zde volba práva je či není. Oproti situaci u Úmluvy

¹⁸³ Lando, O., Nielsen, P. A., *The Rome I Regulation*, *Common Market Law Review*, 2008, s. 1696.

¹⁸⁴ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (I) by Mario Giuliano, Professor, University of Milano (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I (who contributed the comments on Articles 2, 9, 11, and 14 to 33) *Journal officiel* n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001–0050.

¹⁸⁵ Otázka volby fóra jako současného určovatele volby práva je sama o sobě odmítána. Výslovné potvrzení či výslovné odmítnutí v právní úpravě není považováno za vhodné. Názor, že je na uvážení soudu vyhodnocení všech okolností možné volby, sdílí i tento autor. Jinak viz například: Meeusen, J., Pertegás, M., Straetmans G., *General Report*, in: *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergences between Brussels I and Rome I*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2004, s. 12.

Řím I však bod 12 u preambule k nařízení Řím I výslovně upozorňuje na vazbu prorogační dohody a dohody o volbě práva. Sice jako jednoho z kritérií, nicméně i toto upozornění nesporně znamená, že tvůrce tomuto kritériu přikládá značný význam.¹⁸⁶

Podobné je také spojeno s volbou některých ustanovení typických pro určitou právní normu nebo právní řád. Zajímavý příklad uvádí Martiny – jednání v průběhu řízení.¹⁸⁷ Jedná se o situaci, kdy strany bez dalšího v průběhu řízení shodně vycházejí při hodnocení merita sporu z určitého právního řádu bez toho, že by existoval ve smlouvě odkaz. Může jít jak o výslovné používání práva státu jako celku, tak určitého právního předpisu. Martiny zde upozorňuje na řadu problémů s touto možností spojených. Počínaje tím, kdy jedná právní zástupce na základě procesní plné moci až po odmítání volby práva po zahájení projednávání merita sporu. Z vlastních rozhodovacích zkušeností máme k této možnosti značnou rezervaci. Domníváme se, že v těchto případech jde více než o existenci vůle stran zvolit si právní řád o to, že právní zástupci či strany samy neznají mezinárodní právo soukromé. Mnohdy se bez dalšího podřizují úvahám založeným na právním řádu uvedeném v žalobě navrhovatelem. Je-li to právo fóra, je pro méně zkušené strany spíše překvapením, že by mohlo být rozhodné právo i jiné a že by ho mohly samy ovlivnit svou vůlí. V průběhu řízení se tak často objevuje námitka a argumentace postavená na právu místa bydliště této strany.

Za problematický považujeme pro českou realitu i případ, kdy z termínů náležejících cizímu právu vyvozujeme volbu tohoto práva. Obchodní praxe – a to i vnitrostátní – velmi ráda uvádí termíny neznámé českému právu a provázané na anglosaské právo. Jde spíše o kontraktační praktiku, případně o inkorporaci jednotlivého ustanovení, než o zamýšlenou, ale nevyjádřenou volbu práva. Pro tu zde chybí úmysl.

¹⁸⁶ Preambule bod 12: „Dohoda stran o volbě jednoho či více soudů členského státu za účelem rozhodování o sporech vzniklých ze smlouvy by měla být jedním z hledisek, které by mělo být zohledněno při rozhodování, zda volba práva s dostatečnou určitostí vyplývá z ustanovení smlouvy.“

¹⁸⁷ Reithman, Ch., Martiny, D., Internationales Vertragsrecht, Köln: O. Schmidt, 1996, s. 81.

Vysvětlení termínu „*okolnosti případu*“, z nichž je možné dovodit existenci volby práva, je vhodně rozvedeno u Morrise.¹⁸⁸ Jedná se dle něj o situaci, kdy strany projeví zcela neformální zájem („*Je možné nám zaslat stejné zboží jako minule?*“) o pokračování v kontaktech v minulosti formálně upravených smlouvou s volbou práva. Zde je dle Morrise nutné reflektovat obchodní realitu a očekávání.

Osobně vidíme jako vhodný příklad, který je častý v kontraktační praxi situaci, kdy si strany nezvolí právní řád jako takový, nýbrž si zvolí vybranou normu – například Obchodní zákoník.¹⁸⁹ Domníváme se, že v takovém případě je možné – pokud tomu nebrání další podmínky – hovořit o volbě práva. Omezení například ve vztahu k jiným do úvahy přicházejícím normám daného právního řádu by se již odehrávala na této úrovni.

Stěží lze jinak nacházet obecné příklady pro vymezení toho, kdy se jedná o skutečnou volbu a kdy by šlo o nepřipustné vytváření volby tam, kde neexistuje. Vždy bude záležet na vyhodnocení konkrétních podmínek případu a výsledcích případného dokazování¹⁹⁰ včetně prokázání úmyslu stran. Je to právě existence vůle stran, skutečný konsens, co odlišuje ony křehké hranice mezi volbou práva nevyjádřenou výslovně, avšak vyplývající ze smlouvy či okolností případu, a hypotetickou volbou práva využívanou v minulosti často jako náhradní hraniční určovatel. V případě pochybností je tak nutné absolvovat test a unést důkaz existence vůle stran.

Konflikt právních řádů či konflikt právních řádů a nestátního práva? Otázkou, která vzbudila značné diskuse, je nesporně otázka týkající se **předmětu volby práva**: mohou být zvoleny jen právní řády států, tak jak tomu bylo doposud, nebo je možná volba jednotlivých norem nestátního

¹⁸⁸ Morris, J. H. C. by McClean D., Beevers, K., *The Conflict of Laws*, London: Thomson Sweet and Maxwell 6th. edition, 2005, s. 342.

¹⁸⁹ Société Lorraine des Produits Métallurgiques (SPLM) c/ SA Banque Paribas Belgique Korenmarkt et Soc. BVBA Finecco. Cour d'appel de Paris, 1st. chambre, 1993, November 10. Uvedeno v: *Revue critique de droit international privé*, 1995, s. 841. V tomto případě byla dovozena volba francouzského práva z odkazu v části záruk, kde byl v otázce týkající se pravomoci manažera zavázat společnost odkaz právě na francouzský zákon. Tento případ vzbudil v komentářích poněkud podiv.

¹⁹⁰ Příklady viz například: Vaishali, B., Choice of law by the parties, in: <http://www.inclawnews.com/display.aspx?4509> v poznámkách pod čarou.

původu či dokonce přímo *lex mercatoria*? Vazba na nestátní právo, která se objevuje v různých podobách v rozhodčím řízení, se stala předmětem rozsáhlých diskusí i zde. Je třeba říci, že se jednalo o určité překvapení. Je vysoce pravděpodobné, že teoretická nepřipravenost návrhu, zejména pokud jde o nevyhodnocení vztahu PECL či Zásad UNIDROIT a kogentních ustanovení národních právních řádů, znamenala nakonec odmítnutí přímé aplikace nestátních prostředků v konečné podobě nařízení.

Odhlédněme nyní od diskusí týkající se povahy *lex mercatoria*, vhodnosti použití jednotlivých norem, způsobilosti působit jako obligační statut atd. To vše si dovolíme odsunout až na samostatnou kapitolu věnovanou tomuto jevu. Zůstaňme pouze u **aplikační dovolenosti** dle nařízení Řím I. Důvodem je skutečnost, že se čas od času objevují názory vycházející z možné interpretace článku 3 a z jednotlivých bodů preambule (zejména potom z bodu 13) a vyvozují z nich tuto dovolenost. Tedy aplikaci přímo na základě volby, tj. při přednostním použití před národními právními řády, kdy jsou tyto prostředky „kladeny“ na roveň těmto právním řádům. Uvedme si krátce historii přípravy nařízení Řím I:

- a) Úmluva Řím I přímou volbu *lex mercatoria* či nestátních norem nedovoľovala a o této otázce neexistovaly ani diskuse, ani pochybnosti. Posun v této otázce přináší až Zelená kniha k transformaci úmluvy do nařízení.¹⁹¹ Komise – právě s ohledem na budoucí konverzi úmluvy do nařízení – položila i otázky týkající se možné přímé aplikace mezinárodních smluv (například těch, které nevstoupily v platnost) a obchodních podmínek.
- b) Návrh nařízení z roku 2005¹⁹² sice nedovolil aplikaci *lex mercatoria*, ale dovoľoval aplikaci jednotlivých nestátních úprav typu Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT (vydány v roce 1994 a revidován 2004)¹⁹³ či PECL (vydány v roce 1995, revize v roce 1999 a 2003),

¹⁹¹ COM(2002) 654 final 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.

¹⁹² COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD) Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

¹⁹³ Zdroj například www.unidroit.org

tj. norem, které někteří autoři považují za součást *lex mercatoria* a které jsou způsobilé působit současně jako smluvní statut.¹⁹⁴ V návrhu se projevil zřetelný snahy o zúročení práce Landovy skupiny při vypracování Principů evropského smluvního práva.¹⁹⁵ Připomeňme si odůvodnění návrhu:

„S cílem dále posílit svobodné rozhodnutí stran klíčová zásada úmluvy, odstavec 2 opravňuje smluvní strany, aby si jako rozhodné právo zvolily předpisy státu. Zvolená formulace má zejména povolit volbu zásad UNIDROIT, Principles of European Contract Law nebo případného budoucího volitelného nástroje Společenství, přičemž bude zakázána volba lex mercatoria, které není dostatečně přesné, nebo soukromých kodifikací, které by mezinárodní společenství v dostatečné míře neuznávalo. Stejně jako v čl. 7 odst. 2 Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží je uvedeno, jak postupovat, pokud některé aspekty právních předpisů pro smlouvy nejsou výslovně vyřešeny zvolenými statutárními předpisy.“¹⁹⁶

Je skutečností, že po diskusích nedoporučili zástupci států toto, lze snad říci i převratné řešení. Důvodů byla celá řada. A to od námitek týkajících se absence demokratického principu¹⁹⁷ při tvorbě těchto norem až po důvody spíše legislativně technické. Je nesporně problematické říci, které z nestátních úprav by spadaly do dovolené kategorie a kdo by vlastně rozhodl o jejich aplikaci. Stupeň nejistoty stran o právním režimu by byl značný. Řada z nestátních úprav jako jsou například podmínky FIDIC pro oblast investičních dodávek či Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy zůstala mimo diskusi. Přitom se nesporně jedná o úpravy, které zaznamenaly větší

¹⁹⁴ Diedrich, F., Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I – Verordnung, RIW, Heft 6, 2009, s. 382.

¹⁹⁵ Viz například Ed. Lando, O., Clive E., Prüm A., Zimmermann, R., Principles of European Contract Law, Part III, Kluwer Law International: The Hague, 2003. Dále: Principles of European Contract Law, Part I and II, Combined and Revised, lze získat mimo jiné na <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>.

¹⁹⁶ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I), JUSTCIV 3 CODEC 18, 12. 1. 2006.

¹⁹⁷ Zde naopak viz Lando a Nielsen při obhajobě řešení přímého odkazu. Viz. Lando, O., P. A. Nielsen, The Rome I Proposal, Journal of Private International Law, 2003, č. 1, s. 32–34.

rozšíření než ty, které měl navrhovatel na mysli, tj. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT či PECL. A u FIDIC padá i námitka toho, že by nebyly způsobilé být obligačním statutem. Snad jen, že dopadají na konkrétní smluvní typ.

- c) Přijatá verze nařízení Řím I možnost neobsahuje. A to ani pokud jde o lex mercatoria, ani pokud jde o výše uvedené jednotlivé soubory právních pravidel. Jen v preambuli nového nařízení byla vyjádřena vůle se v budoucnu zabývat možností jejich aplikace.¹⁹⁸ I když ze znění nevyplývá, že se jedná o přímou aplikaci, zjevně se má na mysli tato. Nepřímá, tj. v rámci kogentních norem rozhodného práva, je nesporně možná i nyní a je vyjádřena v bodě 13, tj. odkaz začleněný přímo do smlouvy. Tedy inkorporace pravidel, která se dotýká jak pravidel typu PECL, tak i prostředků vytvářených jednotlivými obchodníky.

Závěr lze učinit následující: ani stávající znění úmluvy Řím I, ani ustanovení nového nařízení Řím I nedávají možnost **přímé a vůči národnímu právu přednostní** aplikace lex mercatoria či **přímé a vůči národnímu právu přednostní** aplikace souboru právních pravidel nestátního původu. Jejich aplikace je možná jen v rámci kogentních norem jinak rozhodného práva (určeného volbou práva stran nebo jako náhradní právo),¹⁹⁹ tedy formou inkorporace těchto ustanovení (viz bod 13 Preambule).²⁰⁰ Z jiného pohledu se jedná o materiální volbu práva. Bod 14 Preambule k nařízení v tomto neznamená změnu. Ukazuje však cestu, kterou lze jít – přijetí nařízení se stejnou povahou norem jako má Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží – tj. s dispozitivní povahou norem či s možností vylou-

¹⁹⁸ Preambule bod 14: Pokud Společenství vhodným právním nástrojem přijme normy smluvního závazkového práva, včetně standardních smluvních podmínek, může takový nástroj stanovit, že smluvním stranám je dovoleno tyto normy uplatňovat.

¹⁹⁹ Negativní stanovisko k aplikaci norem v rámci kogentních norem pro možný rozpor kogentních norem PECL a národního práva viz v: Lando, O., P. A. Nielsen, The Rome I Proposal, *Journal of Private International Law*, 2003, č. 1, s. 34.

²⁰⁰ Preambule bod 13: „Toto nařízení nebrání smluvním stranám, aby do svých smluv začlenily formou odkazu nestátní normy nebo mezinárodní úmluvu.“

čení norem v budoucnu přijatém nařízení a to jako celku. Tento závěr se týká jak celkového určení statutu, tak využití dílčí volby.²⁰¹

Volba neutrálního práva. Již na některých jiných místech jsme se zmínili o tom, že jak Úmluva Řím I, tak i nařízení Řím I obsahují možnost volby jakéhokoli právního řádu. Bez ohledu na to, zda tento právní řád má či nemá ke smlouvě vztah. Rozhodující není ani to, zda právní řád je právním řádem členského státu EU nebo nikoli. Výslovně je tato otázka uvedena v článku 2 obou úprav. Jak úmluva, tak nařízení měly v tomto ohledu universální povahu.

Respektování zájmů EU je zajištěno ustanoveními omezujícími volbu práva či zvolené právo. Již jsme hovořili o článku 3 odst. 3 a o pochybnostech, které v tomto případě sdílíme. Novinkou v úpravě je ustanovení článku 3 odst. 4, které omezuje za určitých okolností dosah zvoleného práva třetích států na rámec kogentních norem práva Společenství. Toto ustanovení je zajímavé z řady pohledů:

1. Prvým je paralela spíše státovědná. Ochrana, která náleží pravidelně právu státu, se zde přesunuje výslovně²⁰² na ochranu zájmů EU. Je otázkou, zda tato tzv. „*binnenmarktsklausel*“ je významnou výpovědí směrem k pojmání tzv. evropského justičního prostoru. Pojímání, které se odráží i v názorech na pojmy „mezinárodní pravomoc“ v. „mezinárodní příslušnost“ a které tento prostor směřuje k pojmání spíše jednotně státnímu (federálnímu). Nebo naopak, oddělení od odstavce 3 přináší výpověď v tom směru, že jednotný vnitřní trh či EU nejsou považovány za jednotný stát.²⁰³
2. Náš tradičně konzervativní pohled na kolizi právních řádů a možnost volby práva v čistě vnitrostátních vztazích, vyjádřený u výkladu k odstavci 3, zde nezaznamenává žádnou změnu. Toto ustanovení navíc zcela bez problémů a využívání sofistických interpretáč-

²⁰¹ Viz přehledná tabulka možností volby práva a volby nestátních pravidel v: Diedrich, F., *Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I – Verordnung*, RIW, Heft 6, 2009, s. 377.

²⁰² Srovnej výklad k této otázce u Úmluvy Řím I u M. Pauknerové. Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 224–225.

²⁰³ Mankowski, P., *Der Vorschlag für die Rom I – Verordnung*, IPRax, 2006, Heft 2, s. 102.

ních metod vypovídá o tom, že „všechny ostatní prvky pro situaci významné se v okamžiku volby nacházejí v jednom nebo více členských státech“. V takovémto případě lze nutnost existence mezinárodního prvku očekávat v tom, že dalším státem (mimo onoho jednoho) je třetí stát, tj. nečlenský stát EU.

3. Je otázkou, zda tato norma stanoví něco jiného, resp. dalšího, než co by bylo možné v případě, kdy nebyla tato otázka výslovně upravena. Dle našeho názoru nikoli. Norma bude aplikována jen před soudy států EU. Ty – pokud jde o nařízení – by měly takové normy aplikovat přednostně. Snad jedině odkaz na směrnice právo v podobě, jak bylo provedeno národními právními řády, může znamenat posun.

Dílčí volba práva. Nařízení Řím I, podobně jako Úmluva Řím I, výslovně dovoluje dílčí volbu práva, tj. situaci, kdy různé části smlouvy jsou řízeny různými právními řády. Situace je obdobná jako u částečné volby práva, kdy se část smlouvy řídí právním řádem zvoleným a část právním řádem určeným dle náhradních určovatелů. V obou případech hovoříme o štěpení obligačního statutu, tj. situaci, kdy část smlouvy, na kterou jinak může z povahy věci dopadat obligační statut, je řízena jiným právním řádem. Otázkou může být praktičnost takového štěpení a samozřejmě platnost a míra dovolenosti. Tento přístup připomínající mozaiku může být sice realizovatelný v rovině kolizního práva, ale na úrovni hmotného práva může přinést řadu problémů.

Giuliano-Lagardeho zpráva se touto otázkou výslovně zabývala v rámci tzv. dílčí volby práva.²⁰⁴ Zpráva upozornila na to, že někteří z odborníků se přiklánějí k tomu, že smlouva se má řídit jedním právem. Výjimkou je situace, kdy se skládá z vícera smluvních závazků, které tvoří samostatné části.²⁰⁵ V tom případě však není nutné upravovat tuto otázku výslovně

²⁰⁴ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (I) by Mario Giuliano Professor, University of Milano (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde Professor, University of Paris I (who contributed the comments on Articles 2, 9, 11, and 14 to 33). Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050. Poznámka k bodu 4.

²⁰⁵ Podobně by bylo možné dedukovat i z rozhodnutí ESD C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) proti Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV, výrok číslo 2.

v právní normě. Možnost vychází z povahy závazků ze smluv a dosahu autonomie vůle. Jiní potom uvádějí, že možnost štěpení je přímým důsledkem autonomie vůle stran a může dopadat na různé otázky, nikoli pouze na ucelené části.

V praxi se můžeme setkat s různými případy, z nichž některé jsou zřetelné a ustanovení o dílčí volbě na ně zcela jasně dopadá či zcela jasně nedopadá; v jiných případech je naopak pozice nezřetelná. Jako příklad poměrně jasné a přijatelné situace lze uvést společnou úpravu závazku realizovat propagaci a závazku prodat zboží, úpravu rámcové smlouvy o spolupráci a dílčích smluv kupních atd. Připustit lze také další případy samostatných závazků, vznik a plnění smlouvy, zajištění, změnu atd.²⁰⁶ Naopak nelze si představit, že by se následky porušení v případě, že smlouvu poruší prodávající řídily jiným právem, než když ji poruší kupující. Vyloučené jsou také případy souběžné volby práva – tedy situace, kdy se například porušení řídí právním řádem sídla prodávajícího, když poruší smlouvu kupující, a naopak.²⁰⁷

Sporné mohou být případy, kdy se následky porušení jako celek řídí jiným právním řádem než smlouva sama. Jde například o doložku typu „*Následky porušení smlouvy včetně nároku na náhradu škody budou řízeny právním řádem xy*“. Lze nalézt argumenty jak pro, tak i proti platnosti takovéto doložky. Pro hovoří nesporně primát autonomie vůle jako jeden z pilířů nařízení Řím I a výslovné připuštění volby práva. Pro hovoří také to, že některé právní řády výslovně připouštějí tuto možnost. Nespadá tak pod ty, které jsou a priori hodnoceny jako nepřijatelné pro svůj nesoulad s povahou upravované otázky. Jako příklad je možné uvést český ZMPS v § 11. Naopak proti hovoří jazykové znění ustanovení. To hovoří o smlouvě a lze tak tento případ interpretovat tak, že pouze synalagmatické závazky by se mohly na základě volby řídit různými právními řády. Proti tomu lze argumentovat, že i vznik smlouvy není výslovně zmíněn a ten tradičně

²⁰⁶ K dalším případům viz Kondring, J., *Der Vertrag ist das Recht der Parteien – Zur Verwirklichung des Parteiwillens durch nachträgliche Teilrechtswahl*, IPRax, 2006, Heft 5, s. 428.

²⁰⁷ Srovnej například Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Doplněk: Brno, 2004, s. 134.

patří k těm, které mohou být štěpeny. Dalším argumentem, který se objevuje, je dle některých autorů tvrzená kogentní povaha článku 12.²⁰⁸ Proti hovoří také to, že v některých případech tento typ štěpení statutu může znamenat, že budou použity právní řády, které přinášejí různé nesouladné účinky. Proti hovoří rovněž to, že plnění, porušení a následky porušení jako související a vzájemně propojené otázky by měly spíše sdílet jednotný statut než riskovat nesoulad v rovině hmotného práva. Tato povaha upravené materie je velmi silným argumentem proti štěpení tohoto typu. K této otázce se znovu vrátíme v souvislosti s článkem 12.

Následná volba práva, změna práva. Otázkou je, zda strany mohou změnit již zvolené právo, resp. zda mohou v případě, kdy nedošlo při vzniku smlouvy k volbě práva, tuto následně realizovat. Nařízení výslovně v odst. 2 tuto možnost dovoluje. Jedinou podmínkou je to, že se změna nedotkne platnosti smlouvy z pohledu formy či se nepříznivě nedotkne práv třetích osob. Má tedy – pokud jde o nepříznivé dopady na osoby třetí – účinky *inter partes*.

V praxi může být tato otázka aktuální v případech legislativních změn zvoleného práva, případně tam, kde strany mají zájem změnit právo na právo fóra.²⁰⁹ V některých případech – a tam by se potom mohl objevit zájem na změně u obou stran – může jít o imperativní normy, které jsou součástí *legis causae*.

I zde se nám objevuje několik ne zcela jednoznačně zodpověditelných otázek. Prvou je, do kterého okamžiku si strany mohou změnit právo – zda do okamžiku zahájení řízení, nebo i později, v jeho průběhu. Bez ohledu na možnou nepraktičnost otázky, je zde jediná odpověď – výsledek závisí na procesním právu fóra. Otázkou také je, jaké účinky má volba práva – zda retroaktivní či nikoli. S výhradou ochrany práv třetích osob a formy

²⁰⁸ Tyto diskuse proběhly na mateřském pracovišti autora, který není jejich zastáncem. Bohužel však nejsou k dispozici v písemné podobě.

²⁰⁹ Kondring, J., „Der Vertrag ist das Recht der Parteien“ – Zur Verwirklichung des Parteiwillens durch nachträgliche Teilrechtswahl, IPRax, 2006, Heft 5, s. 431. Lando, O., Contracts, Volume III, Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law, s. 51 a násl.

smlouvy musí jít o účinky retroaktivní. Význam může mít tento účinek pro původně neplatné součásti smlouvy či neplatnou smlouvu.²¹⁰

Zjevně nevznikne problém tam, kde se jedná o výslovnou volbu práva. Je otázkou, zda odst. 2 dovoluje jen výslovnou volbu, nebo připouští i další možnosti tak, jak uvádí v odst. 1. Jde zřetelně o zcela akademickou otázku, protože lépe se bude prokazovat původně výslovná vůle stran oproti následné změně, která by vyplývala například z okolností případu.

Existence a platnost souhlasu stran – legis fori v. legis causae. Existence a platnost souhlasu stran se řídí dle odkazu v článku 3 odst. 5 článku 10 (materiální platnost), 11 (formální platnost) a 13 (způsobilost v některých případech) právními řády tam uvedenými. Stejně jako Úmluva Řím I, tak i nařízení Řím I otázku existence a platnosti souhlasu v části materiální a formální platnosti podrobuje zvolenému právu (s výjimkami v článku 10 a 11 uvedenými). Právní režim existence a platnosti volby²¹¹ práva se tímto propojuje na režim ostatních doložek smlouvy, resp. smlouvy jako celku. To samozřejmě za situace, kdy je obecně sdílen názor o existenci dvou smluv – smlouvy hlavní a smlouvy o volbě práva, které jsou obsaženy zpravidla ve společném dokumentu.²¹²

Uvedená problematika patří k těm, které byly již dříve rozsáhle diskutovány a u nichž došlo v souvislosti s využitím volby práva k rozpolcení názorů na zastávce legis fori a zastávce legis causae. Pokud jde o lex causae, to případně zmírněné jiným právním řádem, který je pro stranu předvídatelnější. V rozdílných názorech se odráží zvláštní povaha volby práva jako konsensu stran o tom, jakým právním řádem se řídí smlouva. Tedy jevu, který je zde jak ve funkci hraničního určovatele, tak je i samotným předmětem navázání.

Východisek řešení je více. Například je otázkou, nakolik je otázka existence a platnosti souhlasu totožná se stejnou otázkou, která se týká smlouvy

²¹⁰ Kondring, J., „Der Vertrag ist das Recht der Parteien“ – Zur Verwirklichung des Parteiwillens durch nachträgliche Teilrechtswahl, IPRax, 2006, Heft 5, s. 426.

²¹¹ Ve většině jazykových verzí je stejný překlad jako ve verzi české. Jen v německé verzi je uveden termín „Die Existenz und die Wirksamkeit“. Dle našeho názoru je přesnější.

²¹² V českém právu je zásada separace, resp. autonomie dohody o volbě práva a smlouvy hlavní obsažena výslovně v ustanovení § 267 Obchodního zákoníku.

hlavní či jejich jiných ustanovení než jsou procesní doložky a doložky o volbě práva. V této souvislosti se objevují v literatuře názory, že se nejedná o stejnou problematiku, nýbrž jde o kvalifikaci. A ta může podléhat jak *legis fori*, tak *legis causae*.²¹³ K zamyšlení je také, nakolik se tato otázka liší dle zdrojů úpravy. Zda ji lze zvažovat jinak ve vnitrostátním právu a jinak ve zdrojích nadstátních – ať již regionálních či mezinárodních.

V literatuře lze nalézt jak argumenty pro, tak argumenty proti.²¹⁴ Základním argumenty proti je logická nesouslednost kroků (je nelogické, aby se volba práva řídila právním řádem, které je předmětem této volby). Rovněž je namítáno, že je nevhodné, aby se platnost souhlasu řídila právním řádem, na který mají strany vliv. Naopak zastánci argumentují tím, že v okamžiku volby práva není *lex fori* zpravidla známo. Rovněž poukazují na případ, kdy *lex causae* volbu dovoluje a *lex fori* nikoli. Zpětně k okamžiku řešení sporu by se tak změnil režim smlouvy. Tím by byla narušena i důvěra stran a předvídatelnost v řešení. A právě v pozici strany a jejím vnímání je možné vidět také argumenty pro hledání právního základu ve zvoleném právu a tím přetnutí onoho *circulus vitiosus*, jak je tento jev také označován.²¹⁵

Z pohledu českého vnitrostátního práva jak úprava v Úmluvě Řím I, tak v nařízení Řím I je rozdílná oproti doposud zastávané doktríně. Námitky, které se zde objevily, směřují proti nelogičnosti tohoto řešení. Kučera v souvislosti s existencí a platností volby práva potvrzuje jako jediné možné využití *legis fori* pro otázku platnosti volby práva.²¹⁶

Přístup dle *legis causae* byl zjevně poprvé přijat Haagskou konferencí mezinárodního práva soukromého u Haagské úmluvy o právu rozhodném

²¹³ Viz Umbricht, R. P., *Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht*, Zurich: PV AG, 1963, s. 72–75.

²¹⁴ Viz odkaz Fawcett, J., Carruthers, J. M.: *Cheshire, North and Fawcett Private International Law*, 14th edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 707. Report Pelichet, v: *Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985, Diplomatic Conference on the law applicable to sales contracts*, s. 68–69.

²¹⁵ Honsell, H., Vogt, N. P., Schnyder, A. K., Berti, S. V., *Internationales Privatrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag: Basel, 2. Auflage, 2007, s. 833.

²¹⁶ Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno: Doplněk, 2004, s. 129, s odkazem i na stávající praxi českých rozhodčích soudů.

pro kupní smlouvu z 15. 6. 1955 v článku 2 odst. III. Zde navíc v podobě bez oněch možností, které dává úmluva i nařízení a které umožňují i aplikaci jiného práva než je legis causae.

Celá otázka, byť značně delikátní, dnes vykazuje stabilní řešení v mezinárodních dokumentech. Byť je připouštěn určitý logický rozpor, je akcentován pro řešení otázky platnosti a existence souhlasu zvolený právní řád. Které otázky budou tímto zasaženy? Na úrovni nařízení Řím I to bude například otázka dostatečnosti či nedostatečnosti souhlasu, jeho vyjádření, perfekce smluvního konsensu. Nebude to otázka například limitů volby práva, tedy platnosti dohody. A v tom vidíme pro sebe zdůvodnění. Jiná pozice je, pokud se pohybujeme v rovině vnitrostátního práva, jiná potom tam, kde jsme v rovině nařízení či mezinárodní smlouvy. Zatímco vnitrostátní právní řády se liší v rozsahu limitů volby či zvoleného práva, zde tyto otázky nařízení či úmluva přímo obsahují. Nejedná se tedy o generální platnost ve smyslu dovolenosti dohody o volbě práva. Zde řadu otázek, které se týkají limitů, obsahuje nařízení a tím překonává onen bludný kruh, ve kterém se jinak ocitáme v případě vnitrostátní úpravy. A vlastně se – vzhledem k tomu, že nařízení či mezinárodní smlouva jsou součástí legis fori – dostáváme v té otázce, která je zásadní a týká se platnosti dohody o volbě práva, k legis fori.

Obsahově se k této otázce vrátíme při rozboru těchto ustanovení, na které článek 3 odst. 5 odkazuje.

Závěr. Volba práva uvedená v nařízení Řím I nepřinesla zásadní změny oproti předchozím koncepcím. Jako institut, který ideálně vyhovuje jak tradičnímu způsobu kontraktace, tak i elektronické kontraktaci (via e-mail či pomocí webových stránek) zaujímá v nařízení centrální místo. Z našeho pohledu vnímání úpravy uvádíme jako problematický článek 3 odst. 3 a to s důvody, které jsme uvedli. Skutečnost, že nařízení nepřekročilo „svůj stín“ a nepřipustilo přímou volbu norem nestátního původu lze pochopit. Jak nepřipraveností této změny, tak i jejím zásadním vlivem na tradiční vnímání mezinárodního práva soukromého jako odvětví regulujícímu kolizi právních řádů.

II.1.5. Náhradní hraniční určovatel

Obecně. Zatímco volba práva je napříč úpravami respektována jako východisko pro právní regulaci závazků ze smluv, je tomu u náhradního řešení přijatého pro případ její neexistence či neplatnosti jiné. Šíře náhradních kritérií pro určování rozhodného práva je značná a liší se v národních i mezinárodních úpravách. Náhradní řešení jsou současně determinována základním přístupem právního řádu či doktríny k úpravě vztahů s mezinárodním prvkem, což zvyšuje i míru odlišnosti. V základním přístupu se projevují jak:

- tendence ke zdůraznění právní jistoty a předvídatelnosti užitím předem stanoveného kritéria, tak naopak zdůraznění
- flexibility řešení a posílení pozice rozhodujícího orgánu a řešení ad hoc.

Zajímavé je rovněž, zda při rozhodování o určení náhradního kritéria se projevuje stejně jako u volby práva ekonomická podmíněnost určení. V minulosti na neexistenci vazby poukázala starší studie Landoa. Ve své komparativní studii ukazuje na příkladu zemí náležejících k jednomu právnímu systému (bývalý Sovětský svaz v. ČSSR) či dokonce na příkladu jednoho státu (USA) to, jak rozdílné základní přístupy existují pokud jde o akcent na flexibilitu či pevnost. Bez ohledu na to, k jakému ekonomickému systému stát náleží. Výstižně uvádí, že více než ekonomická podmíněnost zde vládne lidská imaginace či – což je naše poznámka – právní kreativita.²¹⁷ V zásadě obdobné konstatování se objevuje v novější publikaci a článku J. Basedova.²¹⁸

Historie i současnost ukazují různé přístupy a metody k určení náhradního práva. Řešení podobná co do základní filosofie přístupu k náhradnímu

²¹⁷ Lando, O, *Contracts, Volume III, Private International Law*, International Encyclopedia of Comparative Law, s. 76.

²¹⁸ Basedow, J., *Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts*, s. 69–71, in: ed. Basedow, J., Kono, T., *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

určení práva se mohou dále lišit různou podobou kritérií či jejich vazbami. Zvláštní kapitolu tvoří tendence a „přichylnost“ k legis fori.²¹⁹

Spektrum metod a přístupů zahrnuje škálu začínající od takových řešení, která se snaží o formulaci obecného kritéria dopadajícího na skupinu podobných případů až po ty, které v závislosti na zvláštностech každého případu dávají možnost soudci určit právní řád. Avšak i tyto zdánlivě rozdílné metody mohou mít některé společné rysy: východisko (objektivní, subjektivní), sdílení základního principu jako je například blízkost vztahu k určité zemi či blízkost vztahu k určitému právu.²²⁰ Odborná literatura obsahuje řadu poměrně zajímavých komparativních studií, na které odkazujeme a které dostatečně odhalují rozdíly.²²¹ My se zde omezíme spíše jen na nástin těchto metod tak, abychom si ukázali, jak se při přijímání nařízení Řím I řada z přístupů střetla a vytvořila toto nové evropské pravidlo.

Užité metody jsou v literatuře děleny dle různých kritérií a stěží lze všechny vyjmenovat a obsáhnout tím řešení využívaná praxí či i navrhovaná teorií. Tradičním kritériem, na které poukazuje v komparativní encyklopedii Lando (a podobně i Pelichet)²²², je dělení na **subjektivní** (akcentující záměry a zájmy stran či strany v konkrétním případě a z nich dovozující náhradní kritérium) a **objektivní** (akcentující zájem mezinárodní komunity na tom, aby bylo užito právo mající největší zájem na regulaci či případně právo chránící zájmy osob třetích či slabších stran smlouvy). Toto členění je způsobilé odkrýt sféru působení takto formulovaných norem. Zatímco normy postavené na subjektivní metodě mohou být užity tam, kde lze

²¹⁹ Kroppholler, J., *Internationales Privatrecht*, Tübingen: J. C. B. Mohr, (P. Siebeck), 1990, s. 38–43 s odkazem na další autory upozorňující na tento trend.

²²⁰ Analýze principů mezinárodního práva soukromého se věnuje Dolinger, J., *Evolution of Principles for Resolving Conflict in the Field of Contracts and Torts*, in: *Recueil des Cours*, The Hague: Kluwer Law International, 2004. s. 371 a násl. Pro oblast moderního mezinárodního práva soukromého určuje jako nejdůležitější princip blízkosti – proximity. V souladu s ním by měl být právní vztah řízen právním řádem místa, se kterým prokazuje nejužší spojení.

²²¹ Lando, O., *Contracts, Volume III, Private International Law*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, s. 53 a násl.

²²² Lando, O., *Contracts, Volume III, Private International Law*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, s. 82 a násl.; Report Pelichet, in: *Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985*.

minimálně zájmy stran identifikovat, a tam, kde nebude narušena rovnost stran, je tomu u norem postavených na objektivní metodě jinak. Ty jsou vhodné právě tam, kde je v zájmu zákonodárce zajistit ochranu té ze stran smlouvy, která by mohla být „postižena“ a dále znevýhodněna právní rovností.

Jednotlivé přístupy se mohou lišit také v závislosti na tom, zda hledají obecné řešení pro závazky ze smluv jako celek, nebo naopak hledají toto náhradní řešení pro konkrétní smlouvu či smlouvy. V praxi se snad s výjimkou mezinárodních úprav věnovaných jednomu typu smlouvy neobjevuje žádná ze skupin v čisté podobě. V prvním případě lze nalézt výjimky z obecného pravidla (viz Úmluvu Řím I a úpravu smluv o převodu nemovitostí, smluv přepravních, spotřebitelských a pracovních), ve druhém potom po vyčíslení katalogu smluv snahu o vyřešení zbytkové kategorie smluv inominátních, smíšených či jiných, v katalogu neuvedených (typicky například český ZMPS, resp. i nařízení Řím I).

Jedno z dalších možných členění je to, které akcentuje pružnost či naopak rigiditu řešení. U tohoto pohledu zůstaneme i pro vyhodnocení nařízení. Diskuse hodnotící právě tento aspekt náhradního hraničního určovatele patří k frekventovaným.²²³ Krátce si připomeňme jeho rysy:

a) **neflexibilní**, založená na hraničním určovateli provázaném na konkrétní, objektivně zjištěnou skutečnost. Hraniční určovatel může být:

- vázán ke smlouvě jako celku či k jednotlivému závazku (například *lex loci contractus*, *lex loci solutionis*, *lex loci executionis*). Právě na hraničním určovateli *lex loci contractus* lze demonstrovat vývoj, rozšíření a následný odklon od tohoto dříve oblíbeného kritéria.
- propojen na stranu smlouvy (například *právní řád státu sídla či místa podnikání jedné ze stran smlouvy*, *bydliště strany*, *státní příslušnost strany*). Zpravidla jde o tu ze stran, jejíž postavení či činnosti jsou dominující, respektive charakteristické pro smlouvu.

²²³ Jako příklad lze uvést stať F. Ferrariho věnující se Úmluvě Řím I, návrhu nařízení a nařízení Řím I. Jako červená nit se táhne jeho analýzou hodnocení flexibility a rigidity. Ferrari, F., From Rome to Rome via Brussels: Remarks on the Law Applicable to Contractual Obligations Absent a Choice by the Parties (Art. 4 of the Rome I Regulation), *RebelsZ*, Bd. 73, 2009, s. 751–769, včetně odkazu na další autory.

- vázán i na jiné skutečnosti jako je například nepřímý předmět právního vztahu (*například místo polohy věci*).

V čisté podobě se toto řešení objevuje spíše u vývojově starších kolizních úprav. V mezinárodních úpravách se objevuje tam, kde je předmětem unifikace konkrétní typ smlouvy. Důvodem je ta skutečnost, že v případě konkrétního typu smlouvy není nutné formulovat obecné pravidlo, které svou koncepcí „překryje“ všechny smluvní typy, ale je možné tuto obecnou představu navázání na právní řád promítnout do konkrétního kritéria²²⁴. S neflexibilním řešením se setkáváme také u oněch typů smluv, kde má náhradní kritérium zcela jasné „ukotvení“. Jde například o smlouvy týkající se věcí nemovitých. Nebo tam, kde je třeba zajistit předvídatelnou míru ochrany některé ze stran. Například u některých spotřebitelských smluv a smluv pracovních.

Zákonodárce využívá tohoto kritéria obvykle také tehdy, kdy zamýšlí formulovat jasně navazovací kritérium bez rizika, že v aplikační fázi bude různě interpretováno a následně rozdílně aplikováno. Toto kritérium také zabezpečuje vyšší stupeň předvídatelnosti stranám či osobám třetím. Současně prokazuje v čisté podobě největší riziko při změně vztahů oproti běžnému schématu a nezabezpečuje adaptabilitu kritéria měnícím se ekonomickým podmínkách. Což je zejména v oblasti mezinárodního obchodního styku argument proti využívání tohoto řešení.

b) **flexibilní.** Šíře přístupů, které mohou být označeny za flexibilní, je značná. Tyto koncepce byly rozvíjeny spíše v zemích common law a zejména v USA v období mezi Restatement I a II. Právním exportem byly přeneseny i do oblasti kontinentální. Jak u úprav mezinárodních, tak i úprav národních ovlivnily dnes přijímané přístupy a zmírnily rigiditu kolizních norem postavených výlučně na neflexibilním kritériu. V praxi jde o případy, kdy existuje obecně formulované pravidlo naplňované v konkrétním

²²⁴ Jako na příklad a současně odůvodnění lze odkázat na zprávu z Diplomatic Conference on the law applicable to sales contracts, Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985, Pelichet Report, s. 73. Jak na příkladu obou Haagských úmluv, tak na příkladu VDP RVHP je zde objasněn důvod, proč v takovýchto případech je vhodná formulace konkrétního neflexibilního kritéria.

případě soudcem či rozhodcem. Ten může v každém konkrétním případě zvažovat vlastní formulaci vhodného konkrétního hraničního určovatele a navázání na právní řád. Nebo v rámci obecného pravidla zvážit využití některého z do úvahy přicházejících pravidel s ohledem na konkrétní okolnosti případu. Nikoli však zcela volně, ale v určitém rámci daném právě oním obecným principem.

V konkrétních právních úpravách jsou využita různá pojetí, přístupy a jejich kombinace. Jde o koncepcce hledání právního řádu na základě „nejuzšího vztahu“, „centra, těžiště právního vztahu“, „rozumného uspořádání vztahu“. Obvykle přímo v právní normě či v doktríně dochází k naplňování těchto obecných kritérií pomocí domněnek. Může jít o obecně formulovanou domněnku například „charakteristického plnění“ a vazby na osobu, která jej poskytuje. Další možností je stanovení domněnek směřujících k určitému konkrétnímu navázání (například u nemovitostí k právu polohy nemovitosti, u koupě a prodeje k místu sídla prodávajícího) s tím, že tato konkrétně formulovaná domněnka je provázána s obecnou zásadou, která se uplatní v atypických situacích. Příkladem může být stávající česká úprava v ustanovení § 10 ZMPS. Nebo úniková doložka tak, jak ji známe z Úmluvy Řím I či nařízení Řím I.

Úmluva Řím I a její slabiny. Pro uchopení nařízení Řím I je vhodné si alespoň krátce připomenout úpravu v úmluvě.²²⁵ Tak je možné uchopit i úpravu v nařízení, resp. v návrzích, které jeho přijetí předcházely. Úpravu, která jevově na hlavu obrátila stávající řešení a zatím vyvolává řadu otázek. Včetně té, zda se podařilo změnit komplikovanou podobu úpravy v úmluvě, která byla kritizována zejména z podnikatelských kruhů. Anebo ve snaze o zjednodušení celé problematiky se vytvořil ještě problematičtější model.

Máme-li z pohledu toho, co bylo uvedeno v úvodní části charakterizovat Římskou úmluvu, jde o úpravu smíšenou s výraznými prvky flexibility.

²²⁵ Například: Jayme, E., Die Vergemeinschaftung des Europäischen Vertragsubereinkommens (Rom I), in: Europäischen Kollisionsrecht, Wien: Mänzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2004, s. 7. Dále v dostupné české literatuře: Vondráček, O., Článek 4 Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy: plodný či jalový kompromis?, Právník, 2007, č. 12. s. 1314 a násl. Pauknerová, M., Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 225–229.

Snaží se o kombinaci jistoty garantované určitou mírou předvídatelnosti a flexibility reagující na zvláštnosti jednotlivého případu. Případně – jak trefně uvedl Lando – jedná se o „*komplikanou směs flexibility a rigidity*“. *Tato sofistikovaná a abstraktní formulace byla zdůvodněna mimo jiné tím, že dopadala prakticky na všechny typy smluv.*²²⁶ Současně některé typy smluv mají samostatnou úpravu.

Samotná konstrukce článku 4 vzbuzuje diskuse, které snad i vedly k tomu, že došlo k poměrně razantní změně v návrzích a i v nařízení Řím I. Problém vzbuzuje to, jak lze z hlediska aplikace ustanovení vnímat a používat.

Jevově, pokud jde o konstrukci ustanovení, se zdá, že jde o proces třístupňový. Giuliano-Lagardeho zpráva a literatura a se spíše kloní k jedno-
stupňové konstrukci. Naopak anglické soudy sledují spíše dvoustupňový model. Celý problém – a vrátíme se k němu u odst. 5 – spočívá ve významu odstavce druhého. Tedy – jak snadno či obtížně lze nahradit obecnou domněnku charakteristického plnění úzkým spojením s jiným právním řádem.²²⁷

Bez predikce existence stupňů si rozebereme článek 4. Základní pravidlo uvedené v článku 4 využívá následující konstrukci:

- a) princip nejužšího spojení s určitou zemí,²²⁸
- b) naplňovaný primárně domněnkou charakteristického plnění (odstavec 2) nebo zvláštními domněnkami (materializujícími úvodní domněnku) u výslovně vyjmenovaných smluv (odstavce 3 a 4),

²²⁶ Lando, O., Nielsen, P. A., The Rome Proposal, *Journal of Private International Law*, 2007, Vol. 3, No. 1, s. 36.

²²⁷ Fawcett, J., Carruthers, J. M., Cheshire, North and Fawcett *Private International Law*, 14th. edition, Oxford University Press: Oxford, 2008, s. 707 a násl. Zejména upozornění na s. 708. Max Plank Institute for Foreign Private and Private International Law, *Comments on the European Commissions Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, *RabelsZ*, Bd. 68, 2004, s. 39–40.

²²⁸ Kritika k této vazbě se objevila například u Briggs, A., *The Conflict of Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 169–170. Vazba spíše k zemi než k právu znemožňuje znehodnotit vazby u velkých či komplikovaných transakcí, které jsou utvářeny řadou souvisejících smluv, u nichž nebylo ve všech případech důsledně voleno právo.

- c) v případech, kdy těchto domněnek nelze využít, naplňovaný úvahou rozhodujícího orgánu o naplnění principu nejužšího spojení (odstavec 5, úniková doložka).

ad a) Princip „nejužšího spojení“. Východisko úpravy je obsaženo v článku 4 odst. 1, který obsahuje obecné pravidlo – právo státu, se kterým smlouva prokazuje nejužší spojení. Přestože jde o základní zásadu, která dopadá s výjimkou některých smluv spotřebitelských a individuálních pracovních smluv na smlouvy bez rozdílu smluvního typu, je užití pravidla v jeho čisté podobě aplikačně omezeno. S přihlédnutím ke znění odstavce 5 lze dovodit, že se použije tam, kde nebude možné využít základní domněnku (odstavec 2) pro nemožnost určit charakteristické plnění; dále také tam, kde po testu dle odstavců 2 až 4 došlo k „návratu“ k odstavci 1 vzhledem k tomu, že smlouva prokazuje nejužší spojení s jiným právním řádem. Jako příklad smluv s obtížně určitelným charakteristickým plněním jsou v literatuře uváděny smlouvy výměnné.²²⁹ Záleží však na konstrukci transakce. Některé z typů jako jsou například „*off set*“, „*junktimový obchod*“ představují sérii smluv, u nichž je určitelné charakteristické plnění. Uvedené konstatování je aplikovatelné na „*bartery*“ a „*quasi bartery*“, které jsou založeny na smlouvě o směně. Z oblasti platebního styku je uváděn rovněž dokumentární akreditiv, který zahrnuje řadu smluv, u nichž není vhodné, aby byly řízeny různými právními řády. U řady smluv se objevují rovněž různé názory na to, které plnění je pro smlouvu charakteristické.

Výslovně neřešenou otázkou je okamžik, ke kterému má smlouva prokazovat nejužší spojení. Tento moment tak hodnotí rozhodující orgán. I když z povahy věci je na prvním místě úvaha o okamžiku uzavření smlouvy. Lze však také přihlédnout i ke změně okolností, které nastaly po uzavření smlouvy.

ad b) Domněnky. Princip „*nejužšího spojení*“ je naplňován jednak obecnou domněnkou, jednak u smluv, jejichž předmětem je věcné či užívací právo k nemovitosti a přeprava zboží, je přímo určen hraniční určova-

²²⁹ Viz například Martiny, D., Reithman, Ch., Internationales Vertragsrecht, Köln: Verlag O. Schmidt, 1996, s. 101 a násl.

tel.²³⁰ Ústředním pojmem pro určení „nejužšího spojení“ se stalo „plnění charakteristické pro smlouvu“ spojené s „ukotvením na bydliště, sídlo či místo podnikání“ osoby, která jej realizuje (viz odstavec 2) a to k okamžiku uzavření smlouvy. Tato obecná domněnka není omezena (na rozdíl od dalších domněnek) na konkrétní typ smlouvy. Úmluva pouze rozlišuje, zda smlouva vznikla při výkonu povolání nebo při provozování živnostenské činnosti této strany. Potom se využívá místa, kde se nachází hlavní provozovna (respektive má-li být plněno v jiné než hlavní provozovně, potom tato jiná provozovna).

Diskuse a kritiky k tomuto ustanovení se nesou jednak k problémům spojeným s určováním charakteristického plnění u některých nominálních smluv, u smluv smíšených a smluv inominálních. Vedle těchto spíše technických výhrad se objevují výhrady ideově právní. Jejich podstatou je, že využití této konstrukce, které se snaží ve svém základním pojetí tvářit objektivně, svou neutralitou podporuje ekonomicky silnější stranu. Zde je však nutné upozornit na to, že pro smlouvy spotřebitelské a pracovní, kde je rozdíl v pozicích nejvíce markantní, byla přijata samostatná řešení jak pro volbu práva, tak pro náhradní hraniční určovatel. Rovněž námitka, která se objevovala v době přijetí úmluvy a spočívala v tom, že jsou zvýhodněny producentské země, což jsou pravidelně země rozvinuté, dnes vzhledem ke globalizaci a přesunu výroby do rozvojových zemí padá.

Zvláštní domněnky se týkají smluv, jejichž předmětem je věcné právo k nemovitosti a užívání nemovitosti (právo polohy věci) a smluv o přepravě zboží. V prvním případě již v Giuliano-Lagardeho zprávě bylo výslovně uvedeno, že se tato domněnka netýká smluv o výstavbě či opravách nemovitosti. U nich je těžiště smlouvy v jiných činnostech. V případě smluv přepravních musí dojít pro uplatnění zvláštní domněnky ke kumulaci vícera prvků: místa, kde má dopravce své obvyklé bydliště nebo sídlo se shoduje se zemí nakládky a vykládky nebo hlavní provozovny odesílatele. V opačném případě se tato domněnka neuplatní a je třeba postupovat dle odstav-

²³⁰ Již na tomto místě je třeba upozornit na nevhodný překlad v české verzi úmluvy. Absurdita překladu je zvýšena u odstavce 5, kde se k němu vracíme. V odstavci druhém není nepřesnost tak zřetelná a lze ji výkladem překlenout.

ce 1 (viz dále u únikové doložky rozhodnutí ESD C-133/08). Nikoli dle obecné domněnky charakteristického plnění dle odstavce 2.

ad c) Úniková doložka. Za podmínek uvedených v odstavci 5 (nelze určit charakteristické plnění, nebo smlouva je úžeji spojena s jinou zemí) je možné, aby rozhodující orgán využil tzv. únikovou doložku. Na jedné straně jde o vhodný další krok vracející se zpět k hlavnímu kritériu a umožňující flexibilitu v rozhodování v případech, které nejsou schématické a jasně určitelné. Nesporně toto ustanovení lahodí oku právníků, kteří preferují flexibilitu v řešení. Na druhé straně sama zpráva Giuliana – Lagardeho k úmluvě upozornila na určitá rizika. Například na možnou snahu o využití tohoto ustanovení proto a jen proto, že straně přináší výhodu v oblasti hmotného práva. Toto riziko je nutné mít na vědomí a připomínat si základní pravidlo kolizního práva: není-li norma materializovaná, veškeré úvahy musí být vedeny v rovině kolizního uvažování. Nicméně „manévrování“ směrem k požadovanému právnímu řádu je tímto prostor otevřen.²³¹ Jak uvádí i Zelená kniha s odkazem na rozhodovací praxi soudů, dalším rizikem je to, že soudy bez zvažování odstavce 2 přecházely k rozhodování dle odstavce 5.²³²

Odborná literatura²³³ v případě odstavce 5 upozorňuje na dva trendy, které se objevují v rozhodování národních soudů. Dle první tendence je toto ustanovení v poměru k obecné domněnce a zvláštním domněnkám podpůrné. Odstavec 5 se uplatní jen tehdy, pokud s ohledem na zvláštní okolnosti projednávaného případu hlavní provozovna poskytovatele charakteristického plnění jakožto hraniční určovatel nemá skutečný význam. Do-

²³¹ Například anglické soudy při aplikaci teorie nejužšího spojení došly k závěru, že komoditní a jim podobné smlouvy (například komoditní smlouvy týkající se prodeje kávy apod. či zajišťovací smlouvy), prokazují nejužší spojení se zemí, kde je rozhodující trh (London Coffee Exchange, Loydova pojišťovací společnost). Collier, J. G., *Conflict of Laws*, Cambridge, 1999, s. 193.

²³² 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, s. 26 a násl.

²³³ Viz například body 70–73 včetně odkazů na rozhodování národních soudů ve stanovisku generálního advokáta v případě C-133-08. Dále Fawcett, J., Carruthers, J. M.: *Cheshire, North and Fawcett Private International Law*, 14th. edition, Oxford: University Press, 2008, s. 718–722.

mněnky stanovené ve čl. 4 odst. 2 až 4 Římské úmluvy jsou jinak považovány za silné. Tento trend je zastáván například nizozemskými a skotskými soudy. Z jiného pohledu je tímto podporována tzv. jednostupňová konstrukce. Druhá tendence je volnější a pružnější. Pro odchýlení se od těchto domněnek podle všeho neexistují striktní pravidla. Soudy rozhodují o tom, že použijí odstavec 5, aniž by se předtím zabývaly přezkumem domněnek, anebo odůvodněním, proč se od těchto domněnek odchýlily. Tento trend zastávají spíše anglické soudy. Podporována je tak dvoustupňová konstrukce. Další literatura při analýze poukazuje na německé soudy, které se pohybují spíše mezi oběma tendencemi. Rozptyl u soudů států, které jsou dlouhodobě vázány Úmluvou Řím I je – přes veškeré výzvy k uniformitě – realitou.²³⁴

V souvislosti s českou verzí úmluvy je třeba upozornit ještě na jeden moment, o kterém jsme hovořili v úvodu. Je jím překlad úmluvy, které bohužel nejenže není správný, ale je navíc nesmyslný. Pokud by takto pravidlo skutečně znělo, týkalo by se spíše otázek platnosti smlouvy než určení náhradního práva. Srovnejme si českou verzi s jazykovými verzemi, v nichž byla úmluva přijata.

Česká verze:

5. Odstavec 2 se nepoužije, není-li možné určit předmět plnění. K domněnkám uvedeným v odstavcích 2, 3 a 4 se nepřihlíží, vyplývá-li z okolností jako celku, že smlouva úžeji souvisí s jinou zemí.

²³⁴ Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 229. Kuipers, J. J., *The Rome I Regulation: Ending the Contradictory Interpretation by National Courts of art. 4(5) Rome Convention? The Prague Yearbook of Comparative Law*, 2009, s. 159–182. Jayme, E., *Die Vergemeinschaftung des Europäischen Vertragsübereinkommens (Rom I)*, in Reichelt, G., Rechberger, W. H., *Europäisches Kollisionsrecht*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004, s. 6–7. Blaurock, U., *Vermutung und Ausweichklausel in Art. 4 EVÜ. Ein tauglicher Kompromiss zwischen starren Anknüpfungsregeln und einem flexible approach?*, in FS für Hans Stoll, Tübingen, 2001, s. 463–480. Přehled kritických výhrad také: Ferrari, F., *From Rome to Rome via Brussels: Remarks on the Law Applicable to Contractual Obligations Absint a Choice by the Parties (Art. 4 of the Rome I Regulation)*, *RabelsZ*, Bd. 73, 2009, s. 750–756. Srovnej například text i příklady rozhodnutí německých soudů uvedené v: Looschelders, D., *Internationales Privatrecht Art. 3.46 EGBGB*, Springer: Berlin, 2004, s. 448 a násl., s. 464–465.

Anglická verze:

(5) Paragraph 2 shall not apply if **the characteristic performance** cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.

Německá verze:

(5) Absatz 2 ist nicht anzuwenden, wenn sich **die charakteristische Leistung nicht bestimmen lässt**. Die Vermutungen nach den Absätzen 2, 3 und 4 gelten nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, daß der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist.

Francouzská verze:

(5) L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque **la prestation caractéristique** ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

Dánská verze:

5. Stk. 2 finder ikke anvendelse, hvis det ikke kan afgøres, **hvad der er den for aftalen karakteristiske ydelse**. Der skal ses bort fra formodningerne i stk. 2, 3 og 4, hvis det af omstaendighederne som helhed fremgaar, at aftalen har en naermere tilknytning til et andet land.

Italská verze:

5. È esclusa l'applicazione del paragrafo 2 quando **la prestazione caratteristica** non può essere determinata. Le presunzioni dei paragrafi 2, 3 e 4 vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese.

Domníváme se, že srovnání je i bez toho, že bychom uvedli další z jazykových verzí celkem jasné a překlad by měl být jiný. Obdobné lze uvést i pro odstavec 2, který by rovněž zasloužil výstižnější překlad.

Římská úmluva a rozhodovací praxe. Jako uvedení předběžné otázky v případě, který je prvním, přímo interpretujícím Úmluvu Řím I a v němž jsou hodnoceny právě výše uvedené otázky, lze poukázat na Stanovisko Generálního advokáta Y. Bota přednesené 19. 5. 2009 ve věci C-133-08 *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) proti Balkenende Oosthuizen BV MIC*

Operations BV. V tomto případě se objevilo hodnocení problematiky smluv přepravních, odstavců 1 a 5 včetně otázky smíšeného režimu tak, jak ho dovoluje článek 4 odst. 1 věta druhá. Právě pro otázku štěpení statutu je stanovisko cenné. Ve svých závěrech doporučuje generální advokát ESD:

„Vzhledem k předcházejícím úvahám navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na předběžné otázky položené Hoge Raad der Nederlanden následujícím způsobem:

„Článek 4 odst. 4 úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy, otevřené k podpisu v Římě dne 19. června 1980 (Římská úmluva), se nevztahuje na smlouvu, jejímž předmětem je poskytnutí dopravního prostředku k přepravě zboží pro konkrétní cestu, nachází-li se provozovna podniku pověřeného poskytnutím této dopravy v jiné zemi než v té, kde se nachází místo nakládky nebo vykládky nebo hlavní provozovny smluvního partnera. Právem rozhodným pro takovou smlouvu je v souladu s čl. 4 odst. 1 první větou Římské úmluvy právo země, s níž tato smlouva nejúžeji souvisí. Tuto souvislost lze vyvozovat například ze skutečnosti, že smluvní partneři takové smlouvy, jako je smlouva dotčená ve věci v původním řízení, jsou usazeni v Nizozemsku a místo nakládky se nachází v téže zemi. Článek 4 odst. 1 druhá věta Římské úmluvy musí být vykládán ve smyslu, že na jednu část smlouvy se může použít právo jiné země, jestliže tato část může existovat odděleně od celé smlouvy. Tomuto požadavku neodpovídá taková smlouva, jako je dotčená smlouva, jejímž předmětem je jediné plnění spočívající v poskytnutí dopravního prostředku k přepravě zboží pro konkrétní cestu.“

Závěr k Úmluvě Řím I. Pravidlo, které upravovalo určení rozhodného práva v případě neexistence volby práva bylo, jak jsme uvedli výše, kritizováno a v určitém směru i národními soudy různě aplikováno. Na druhé straně je nutné si uvědomit, že na průsečíku kontinentálních a anglosaských představ může jen stěží vzniknout pravidlo, které bude zcela jednoznačné a bude přijímáno napříč zastánci různých koncepcí. Vždy se v něm budou střetávat zastánci více flexibilního řešení s těmi, kteří spíše preferují jistotu a pevněji uchopené pravidlo. Úprava v úmluvě odpovídala přiměřeně oběma představám. Její silnou stránkou byl vhodný stupeň abstrakce v užití pojmů vyjádřených v rozsahu. Při neexistenci společných institutů je pro

unifikované úpravy toto vhodná a rozumná cesta. Zejména při rozvoji inominálních smluv není nutné složitě konstruovat společné pojmy, které se potom liší v kvalifikaci soukromoprávní a v kvalifikaci z pohledu daňového práva. Například jak se to stává u problematiky finančních leasingů či obchodního zastoupení.

Problematickými se jevíly vazby mezi jednotlivými odstavci (viz jednostupňová či dvoustupňová konstrukce). Je to pochopitelné, uvědomíme-li si pnutí mezi flexibilním řešením a řešením, které akcentuje jistotu a předvídatelnost. Právě postupné vyjasnění problémů při interpretaci a sjednocující činnost ESD mohly napomoci odstranit tento zjevně typický interpretační problém. Je možná škoda, že dříve než se podařilo vyjasnit problematické pasáže jednotným výkladem, byla v této pasáži úmluva změněna. I když po určité době bude soudy používána.

Jen jako poslední symbolickou tečku uvádíme úvahu ze studie o principech mezinárodního práva soukromého J. Dollingera, kde se vyslovuje k principu „*proximity – blízkosti*“ jako vedoucímu principu moderního mezinárodního práva v souvislosti s článkem 4 (o úvahách týkajících se volby práva jsme se zmínili dříve) a nesouhlasí s označením odstavce 5 článku 4 jako ustanovení stanovícího výjimku. Právě v hledání základů mezinárodního práva soukromého a hledání principů společných unifikovaných úprav je možné nalézat řešení, která jsou ve svém základu stejná, byť by jejich vyjádření bylo různé. Jeho metodologický přístup k vazbám jednotlivých odstavců je cenný. Dovolíme si odcitovat centrální myšlenku v originále. Dolinger uvádí:

“I see Article 4 and its paragraphs in a different perspective. Article 4 (1) sets forth the principle of proximity – the contracts shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. The convention adds in the following three paragraphs – 4 (2), 4 (3) and 4 (4) – various presumptions to aid the materialization of the principle, the first one being the characteristic performer’s domicile’s law (or central administration or principal place of business), the second and third presumptions concerning contracts about immovables and about carriage of goods. Then the fifth paragraph states that if the characteristic performance cannot be determined or if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, then paragraphs

2,3 and 4 shall be disregarded. It all turns around the principle of proximity which is the main guide for finding the applicable law.”²³⁵

Nařízení Řím I. Nařízení Řím I přijalo řešení, které změnilo – alespoň vnějším vyjádřením a konstrukcí – stávající koncepci. Je otázkou, zda byl skutečně změněn základní princip a případný výsledek, ke kterému se aplikací článku 4 nařízení Řím I dojde. Jevově nesporně ano. Otázkou zůstává, zda i ve výsledku aplikace. Je skutečností, že oproti návrhu Komise došlo v konečném znění ke změně, která spíše znamená návrat k flexibilitě a přibližuje se k Úmluvě Řím I.²³⁶

Konstrukci je možné (opět i zde bez predikce rozlišení stupňů) stanovit následovně:

- a) výslovně uvedené některé smlouvy a u nich pevně určené hraniční určovatele,
- b) obvyklé bydliště strany poskytující charakteristické plnění tam, kde se nejedná o smlouvy vyjmenované v odst. 1, nebo by se na smlouvu vztahovalo více písmen tohoto odstavce,
- c) úniková doložka tam, kde je zjevné, že smlouva má užší spojení než prokazuje právo, na které navazují odst. 1 a 2,
- d) právo země prokazující nejužší spojení tam, kde nelze právo určit dle odst. 1 a 2.

Úprava v člancích 5–8 je, stejně jako u volby práva, speciální vůči úpravě v článku 4.

²³⁵ Dolinger, J., *Evolution of Principles for Resolving Conflict in the Field of Contracts and Torts*, in: *Recueil des Cours*, The Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 406.

²³⁶ Návrh nařízení publikovaný pod číslem KOM(2005) 650 v konečném znění 2005/0261 (COD) obsahoval v článku 4 jednak smluv s pevnými hraničními určovateli, jednak obecný hraniční určovatel pro tam neuvedené smlouvy směřující k místu bydliště. Tam, kde nebylo možné zjistit charakteristické plnění, bylo užito principu nejužšího spojení. Tento návrh byl široce kritizován a skutečně připomíná návrat do období po II. světové válce, kdy právní úpravy využívaly pevné hraniční určovatele.

Na prvý dojem bylo vše významné zachováno (obecná domněnka, úniková doložka). Zmizela dle některých autorů prázdňá floskule,²³⁷ u níž nebyla zřetelná funkce (nejužší spojení jako úvodní zásada v odst. 1 článku 4 Úmluvy Řím I). Byly respektovány požadavky na větší průhlednost a jednoduchost, které zaznívaly z podnikatelských kruhů. To vše zřetelně v reflexi na diskuse o konstrukci ustanovení. Řadu rysů mají obě úpravy, alespoň na prvý pohled, společných. Podobně se také snaží o vyrovnaní prvků flexibility a předvídatelnosti řešení, a rovněž i o to, že nepředpokládají jednotné řešení, ale nabízejí celou škálu možných hraničních určovatelů. To, co se naopak zcela změnilo, bylo pořadí jednotlivých prvků využitých při konstrukci článku. To může v aplikační oblasti zcela změnit i význam, který je dáván jednotlivým principům.

Podívejme se blíže na jednotlivé části článku 4.

ad) **Výslovně uvedené smlouvy a pevné hraniční určovatele.** Odstavec 1 obsahuje výčet smluv a k nim stanoví pevné, neflexibilní, hraniční určovatele. Je nepochybné, že u většiny z nich se jedná o stejné, ke kterým by se došlo cestou určování charakteristického plnění a vazby na bydliště strany, která jej poskytuje. Jak uvádí ve své práci Pauknerová,²³⁸ nejedná se pro českého právníka o nepochopitelné a neuchopitelné schéma. Obdobné řešení obsahuje § 10 ZMPS. Byť jeho konstrukce je poněkud jiná a jak upozorňuje Pauknerová, flexibilita je zajišťována prostřednictvím jiných legislativních nástrojů.

V souvislosti s tímto odstavcem si lze položit následující otázky:

1. Nakolik je vhodné využít v unifikovaných úpravách pojmy, pro jejichž interpretaci nejsou k dispozici kvalifikační znaky obsažené v jednotné úpravě?

²³⁷ Viz Juenger, F., K., *Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht*, *RabelsZ*, Bd. 46, 1982, s. 57, 72. Mankowski, P., *Der Vorschlag für die Rom I – Verordnung*, *IPRax*, 2006, Heft 2, s. 103. Zde viz i odkaz na další autory.

²³⁸ Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 263.

2. Nakolik úprava podporuje aplikaci práva fóra, tj. z pohledu stanovení kritérií pro určení pravomoci podporuje použití stejného práva?
3. Současně je také vhodné se zamyslet nad termínem „obvyklé bydliště“, se kterým úprava operuje.

Připomeňme si seznam smluv a navázání uvedený v odstavci 1. Nařízení dále v tomto odstavci také uvádí, že s výjimkou speciální úpravy v článku 5–8:

- a) *smlouva o koupi zboží se řídí právem země, v níž má prodávající obvyklé bydliště;*
- b) *smlouva o poskytování služeb se řídí právem země, v níž má poskytovatel služby obvyklé bydliště;*
- c) *smlouva, jejímž předmětem je věcné právo k nemovitosti nebo nájem nemovitosti, se řídí právem země, ve které se nemovitost nachází;*
- d) *bez ohledu na písmeno c) se nájem nemovitosti uzavřený pro dočasné soukromé užívání na dobu nejvýše šesti po sobě jdoucích měsíců řídí právem země, v níž má pronajímatel obvyklé bydliště, pokud je nájemce fyzickou osobou a pokud má své obvyklé bydliště ve stejné zemi;*
- e) *franšízová smlouva se řídí právem země, v níž má osoba, jíž je franšíza udělena, obvyklé bydliště;*
- f) *smlouva o distribuci se řídí právem země, v níž má distributor obvyklé bydliště;*
- g) *smlouva o koupi zboží v dražbě se řídí právem země, v níž se dražba koná, pokud takové místo lze určit;*
- h) *smlouva uzavíraná v rámci mnohostranného systému²³⁹, který sdružuje nebo umožňuje sdružování početných zájmů třetích osob na*

²³⁹ 1) Převoditelné cenné papíry. 2) Nástroje peněžního trhu. 3) Podílové jednotky subjektů kolektivního investování. 4) Opce, futures, swapy, dohody o budoucích úrokových sazbách a jakékoli jiné derivátové smlouvy týkající se cenných papírů, měn, úrokových sazeb či výnosů nebo jiné derivátové nástroje, finanční indexy nebo finanční míry, které lze vypořádat fyzicky nebo v hotovosti. 5) Opce, futures, swapy, dohody o budoucích úrokových sazbách a jakékoli jiné derivátové smlouvy týkající se komodit, které musejí být vypořádány v hotovosti nebo mohou být vypořádány v hotovosti na žádost jedné ze stran (jinak než

nákupu či prodeji finančních nástrojů, jak je vymezeno v čl. 4 odst. 1 bodu 17 směrnice 2004/39/ES, v souladu s pevně stanovenými pravidly a který je řízen jednotným právem, se řídí tímto právem.

ad. 1) U prvé z otázek je odpověď na to, zda využít „**katalog typů smluv, nebo abstraktní pravidlo**“²⁴⁰ složitá. Na národní úrovni jde spíše o příklon k méně či více flexibilní koncepci a případně tam, kde je přijato smíšené řešení, jde o různý akcent na flexibilitu či předvídatelnost. U unifikovaných úprav existují další možné problémy. Na jeden jsme již upozornili v úvodu této části – neexistence společných evropských termínů, které by napomohly v procesu kvalifikace, a jejich postupné vytváření různými cestami: definicemi obsaženými přímo ve zdrojích evropského práva, tj. směrnících a nařízeních, interpretační činností ESD, snad i pracemi na CFR a komparativní činností. Pro využití obecného pojmu namísto uvedení jednotlivých smluvních typů tak hovoří – mimo již uvedených důvodů doktrinárních – právě problémy kvalifikační. Menší pravděpodobnost potíží je tam, kde se budeme bavit pouze o „*smlouvě v oblasti občanskoprávní a obchodní*“ než tam, kde upravíme jednotlivé typy smluv bez toho, že by byly definovány jejich kvalifikační znaky. Samozřejmě, nejmenší problémy lze očekávat v případech, kde se jedná o ustálené typy jako je kupní smlou-

v případě neplnění nebo z jiného důvodu ukončení). 6) Opce, futures, swapy a jakékoli jiné derivátové smlouvy týkající se komodit, které lze vypořádat fyzicky za předpokladu, že jsou obchodovány na regulovaném trhu nebo MTF. 7) Opce, futures, swapy, forwardy a jakékoli jiné derivátové smlouvy týkající se komodit, které lze vypořádat fyzicky, neuvedené jinak v oddíle C odstavci 6 a neurčené k obchodním účelům, které mají znaky jiných derivátových finančních nástrojů, mimo jiné s ohledem na to, zda jsou zúčtovány a vypořádány prostřednictvím uznávaných zúčtovacích středisek nebo pomocí výzvy k dodatkové úhradě. 8) Derivátové nástroje k převodu úvěrového rizika. 9) Finanční rozdílové smlouvy. 10) Opce, futures, swapy, dohody o budoucích úrokových sazbách a jakékoli jiné derivátové smlouvy týkající se klimatických proměnných, sazeb přepravného, povolenek na emise nebo měr inflace či jiných oficiálních ekonomických statistických údajů, které musejí být vypořádány v hotovosti nebo mohou být vypořádány v hotovosti na žádost jedné ze stran (jinak než v případě neplnění nebo z důvodu jiného ukončení), i další derivátové smlouvy týkající se majetku, práv, závazků, indexů a měr neuvedených jinde v tomto oddílu, které mají znaky jiných derivátových finančních nástrojů, mimo jiné s ohledem na to, zda jsou obchodovány na regulovaném trhu nebo MTF, zúčtovány a vypořádány prostřednictvím uznávaných zúčtovacích středisek nebo pomocí výzvy k dodatkové úhradě.

²⁴⁰ Mankowski, P., Der Vorschlag für die Rom I – Verordnung, IPRax, 2006, Heft 2, s. 103.

va či smlouva o poskytování služeb. I když ani zde nelze vyloučit problematické situace. Právě ona křehká hranice mezi smlouvou kupní na jedné straně a smlouvou o dílo či poskytování služeb na straně druhé je toho příkladem. Je třeba si však také říci, že zde obě kolizní pravidla směřují ke stejné pozici tím, že navazují na právní řád strany poskytující charakteristické plnění. Rozdílná kvalifikace by v případě těchto smluv nemusela hrát na úrovni kolizní zásadní roli. Problémy se spíše přenášejí do oblasti hmotného práva, kde se střetnou pohledy komunitární (ve smyslu existence pojmu interpretovaného jednotně, evropsky, napříč právními řády) a pohled národního práva, které může mít na celou situaci zcela jiný názor.

Postupme však k dalším výslovně uvedeným smlouvám a k otázce, nakolik je výčet praktický a vhodný. Nakolik je také pro praktiky a národní soudce orientace a kvalifikace jednodušší oproti předchozímu stavu. Možná ano. Spíše však jen v tom, že si dokáží představit to, o jakou smlouvu se jedná a mají výslovně uvedené kritérium. Ale stěží budou způsobilí naplnit představu o jednotném pojmu vytvořeném napříč právními řády.

Ze série smluv – většinou nominálních – se vymykají smlouvy uvedené pod body e) a f): *franzúzová (franchisingová) smlouva a distributorská smlouva*. Tyto zpravidla rozsáhlé komplexy smluv spadají na národní úrovni spíše do kategorie inominálních smluv a značně se může lišit případ od případu struktura této obchodní operace.

Literatura vymezuje zpravidla franchising jako:

„...poskytnutí licence k podnikání pod určitou obchodní známkou či obchodním jménem jednou osobou (poskytovatel franchisy) jiné osobě (nosi- teli, příjemci franchisy). Vedle tohoto základního oprávnění je nositel fran- chisy oprávněn využívat celý soubor nástrojů zajišťujících vyškolení pra- covníků ve všech oblastech, jejich průběžné proškolení, inovaci všech souvisejících oblastí, inzerce, reklamu atd. (tzv. franchise package) tak, aby v konečném efektu nositel franchisy těžil ze jména a určité specifické do- vednosti poskytovatele. Typické pro franchising je nejenom jednorázové získání výše uvedených znalostí, dovedností či oprávnění, ale jejich konti- nuální pokračování. Nositel franchisy vedle povinností finančních (přímých

*či nepřímých, v různé struktuře, například vstupní poplatek a dále již royalties), má obvykle i povinnosti informační a povinnosti směrem k uchování obchodního tajemství.*²⁴¹

V české literatuře obsahuje prakticky nejširší komparativní výklad (jak na úrovni zdrojů právní úpravy, tak na úrovni národních právních řádů) Bělohávek.²⁴²

Evropský jednotnou definici můžeme nalézt ve Sdělení Komise (2000/C291/01) Pokyny k vertikálním omezením v bodech 199–201. Zde uvedená vymezení a příklady nám jsou schopny také napomoci ve tvorbě konkrétního autonomního pojmu.

Franchising může být realizován v **různých oblastech**. Z tohoto pohledu se dělí na franchising v oblasti služeb, výrobní a prodejní. Konstrukce transakce se může lišit v závislosti na tom, zda je realizován jako přímý franchising (poskytovatel uzavírá smlouvu s každým příjemcem franchisy), nebo jako tzv. master franchising (hlavní smlouva a na ni navazující podpůrné franchisingové smlouvy). Konstrukce se může dále lišit v závislosti na vlastnické struktuře sítě (pobočky, dceřiné společnosti, společný podnik). Rovněž je nutné vzít do úvahy i „portfolio“ norem z různých právních oblastí, které na franchising dopadají. Materiály UNIDROIT jako organizace zabývající se harmonizační činností v oblasti mimo jiné i franchisingu, uvádějí následující dotčené oblasti práva: obecné závazkové právo, právo týkající se zastoupení, úprava leasingu a zajištění, právo duševního vlastnictví a legislativa týkající se transferu technologií, finanční investování, soutěžní právo, společenstevní právo včetně oblasti regulace joint ventures, zdanění, nekalosoutěžní právo, vlastnické právo, legislativa na ochranu spotřebitele a odpovědnost za výrobek, pojišťovací právo, pracovní právo,

²⁴¹ Definice užitá v učebnici Rozehnalová, N., Právo mezinárodního obchodu, Praha: ASPI CODEX 2006, s. 545 a násl. Viz literaturu tam uvedenou, z níž byla definice převzata. Podobně k franchisingu Orgoník, M., Towards franchising in international trade, 1. vyd. Brno: MU, 2008, In VALDHANS, Jiří et al. (ed). Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues: conference proceedings from the COFOLA 2008 conference. [CD-ROM]. 1. vyd. Brno: MU, 2008, s. 90–95. Dostupný také z [www](http://www.law.muni.cz/edicni/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/orgonik_martin.pdf):

²⁴² Bělohávek A. J., Římská úmluva/Nařízení Řím I, I díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 836–876.

hospodářská legislativa týkající se kontrol včetně dovozní restrikce a kvóty, zvláště regulace týkající se franchisingu tam, kde byla přijata.²⁴³ Část z těchto norem přímo reguluje práva a povinnosti stran, část může svými účinky ovlivnit plnění či naplňování smyslu této činnosti. Nás v tuto chvíli zajímá prvá skupina norem. Nicméně vzhledem k nové úpravě imperativních norem v článku 9 je třeba zvážit i důsledky omezení z pohledu nové úpravy (viz kapitola věnovaná imperativním normám).²⁴⁴

Důvodem, proč nebyla tato smlouva spolu s distributorskou smlouvou ponechána pod odst. 2, je diskuse²⁴⁵ upozorňující na problémy, které působí určení rozhodného práva v režimu hledání charakteristického plnění u transakcí založených na schématech podobných, jako je franchising. Tzn. schématech zahrnujících výměnu služeb, zboží, finančních prostředků s dlouhodobou vazbou k území. Názory se rozpadaly do tří skupin. Část podporovala vazbu na právní řád poskytovatele franchisy, část naopak na místo sídla příjemce franchisy. Třetí skupina chtěla ponechat určení konkrétního určovatele na posouzení jednotlivého případu²⁴⁶. V literatuře se objevily i hlasy uvádějící, že v případě franchisingu nelze určit charakteristické plnění.²⁴⁷ Nejspíše tak tyto rozdíly a zpravidla i vysoká hodnota transakcí vedly k tomu, že byla přijata samostatná norma.

Shrneme-li uvedené, váže se k tomuto ustanovení více problémů. Prvý se týká interpretace a vytváření společného evropského pojmu „franzšiza“ za situace, kdy franchising jako marketingová metoda může zahrnovat řadu různých druhů franchisingu. S tím souvisí i skutečnost, že nařízení s ohledem na bod 17 Preambule zařazuje smlouvu franchisingovou a distributor-

²⁴³ www.unidroit.org

²⁴⁴ V souladu s článkem 9 dochází k celkovému omezení u norem třetích států na ty normy, které jsou součástí právního řádu státu místa plnění a současně činí plnění protiprávním.

²⁴⁵ Gutiérrez, L. G., Franchise Contract and the Rome I Regulation on the Law Applicable on the Contract, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 235 a násl.

²⁴⁶ Gutiérrez, L. G., Franchise Contract and the Rome I Regulation on the Law Applicable on the Contract, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 235–236. Kostkiewicz, J. K., Der engste Zusammenhang und die charakteristische Leistung, in: ed. Basedov, J., Private Law in the International Arena, TMC Asser Press: The Hague, 2000, s. 370–371.

²⁴⁷ Plender, R., Wilderspin, M., The European Private International Law of Obligations, London: Thomson Reuters, 2009, s. 182.

skou do smluv o poskytování služeb. Otázkou tak je, jaký z druhů franchisingu je pokryt výslovnou úpravou v článku 4 odst. 1 písm. e? Souhlasíme s těmi hlasy, které hovoří jen o přímém franchisingu.²⁴⁸ Dále je to výslovné uvedení navazujícího kritéria a příklon k místu obvyklého bydliště osoby přijímající franšizu. Tím se přiklonil zákonodárce spíše k oné ochranné koncepci a zjevně tak smlouva franchisingová a distributorská jsou ty, které naplňují další z bodů Preambule – bod 23. I když toto stanovisko zaznělo v Memorandu doprovázejícím návrh Komise,²⁴⁹ je na druhé straně s podivem, že se projevovalo jen u náhradního hraničního určovatele a nikoli u volby práva. Tím značně ztrácí tato úprava na síle. V praxi si lze u mezinárodního franchisingu jen stěží představit, že by k volbě práva nedošlo.

Na druhé straně je pravdou, že následující ustanovení článku 4 relativizují pevný hraniční určovatel v odst. 1. Asi jen stěží bude možné použít odst. 2 – ledaže by struktura transakce a kvalifikace smlouvy byly zásadně odlišné a naplnila by se tak podmínka uvedená pro aplikaci tohoto článku. Spíše lze očekávat řešení přecházející k hledání nejužšího spojení dle článku 4 odst. 3, resp. odst. 4.

Obdobné úvahy se mohou týkat smluv distributorských.²⁵⁰ Jsou vymezeny jako smlouvy, v souladu s nimiž se odběratel zavazuje organizovat distribuci výrobků dodavatele ve stanovené územní oblasti. V případě tzv. **pravých distributorských smluv** navazuje či vychází z distributorské smlouvy smlouva (či smlouvy) kupní. V ostatních případech není vyloučena ani jiná pozice distributora, než je pozice samostatného obchodníka. Například může být v pozici obchodního zástupce a vytvářet pro zastoupeného distribuční síť. Kvalifikační rizika jsou v případě distributorské smlouvy snad ještě větší, než je tomu u smlouvy franchisingové. Rozdíl mezi smlouvou kupní a distributorskou je obvykle viděn právě v závazku

²⁴⁸ Gutiérrez, L. G., Franchise Contract and the Rome I Regulation on the Law Applicable on the Contract, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 243.

²⁴⁹ KOM(2005) 650 v konečném znění 2005/0261 (COD) Návrh Nařízení EP a Rady o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I), vysvětlení k článku 4.

²⁵⁰ Obdobně jako u franchisingových smluv viz Bělohávek A. J., Římská úmluva/Nařízení Řím I, I a II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 877–902.

distributora využít své schopnosti k tomu, aby pronikl na trh.²⁵¹ Článek 17, který „vidí“ pozici distributorské smlouvy u smluv o dodávce služeb, zavádí do této problematiky nový pohled. Zdá se, že je snad i opuštěn tímto pohled ESD.²⁵²

Otázka charakteristického plnění je i v tomto případě problematická. Literatura uvádí příklady příklonu soudů členských států k různým pozicím. Část z nich akcentuje pozici distributora, část naopak výrobce.²⁵³ Nařízení se přiklonilo k místu obvyklého bydliště distributora. Tím byly ukončeny diskuse v tomto směru. Je však otázkou, jak tomu bude s jednotlivými smlouvami, kterými se distributorství realizuje – zpravidla se jedná o kupní smlouvy. Zde se nedomníváme, že by měla celá transakce podléhat kritériu pro distributorské smlouvy. Ať již cestou samostatné kvalifikace těchto smluv a samostatného navázání, nebo využitím únikové doložky v článku 4 odst. 3 je vysoce vhodné využít jiné navázání.

Smlouva o koupi zboží v dražbách určuje přirozeně jako navazovací kritérium místo realizace aukce. Pokud se dražba koná v určitém místě – například v aukčním domě – nevzbuzuje tato úprava pochybnosti. Jinak tomu bude tam, kde nelze toto místo určit. Je otázkou, zda bude postupováno dle písmene a), analogicky písmene g) či dle dalších ustanovení.

ad. 2) Další otázkou je **sladění kritérií norem procesních a kolizních** ve smyslu jednotné procesní i kolizní lokalizace případu. Jde pouze o upozornění na základní polohu hraničního určovatele a určovatele využitého pro procesní umístění, včetně upozornění na jejich dopad. Tj. možný soulad fóra s užitým právem tam, kde strany nevyužily doložku o volbě práva a/nebo prorogační smlouvu. Je samozřejmě procesně ekonomické tohoto souladu dosáhnout. Například proto, že soudce zná své právo, nejsou vynakládány další prostředky na jeho zjištění, nesporně tato skutečnost ovlivňuje délku řízení a rovněž mohou být odstraněny důvody pro využití opravného prostředku pro špatnou interpretaci či aplikaci rozhodného

²⁵¹ Hill, J., Choice of Law under the Rome Convention, I.C.L.Q., 2004, 325 a násl.

²⁵² 12/76 Tessili v. Dunlop. 14/76 de Bloos v. Bouyer.

²⁵³ Ancel, M. E., The Rome I Regulation and Distribution Contracts, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 225–226.

práva. Nicméně tento náhled není v mezinárodním právu soukromém jediný a akcent na mezinárodní povahu vztahu a mezinárodní spolupráci vylučuje absolutizaci či preferenci kritéria legis fori. Cest k dosažení je samozřejmě více. Snaha o dosažení souladu jedné z pravomocí a náhradního rozhodného práva je jednou z nich.

Nařízení Brusel I nám poskytuje pro určení fóra více možností. Jednak je to základní pravomoc dle článku 2 (místo bydliště žalovaného), alternativní pravomoc I dle článku 5 (pro nás zajímavé v článku 5 odst. 1, viz dále) a alternativní pravomoci II dle článku 6–7, speciální pravomoci pro věci spotřebitelské, pojišťovací a individuální pracovní smlouvy v článcích 8–21, výlučná pravomoc dle článku 22, dohodnutá pravomoc dle článku 23 a podřízení se zahájenému řízení dle článku 24. Ponecháme-li stranou články týkající se specifických pravomocí a tzv. alternativy II dle článku 6–7, zůstává možností pro zvolení fóra více. Pokud se strana rozhodne podat návrh v místě sídla žalovaného, kterým je například prodávající, k souladu norem dochází. Níže uvedené je tak třeba brát s jistou rezervou a spíše jen jako upozornění na využití některých možností. Navíc je třeba počítat s širokou využitelností rozhodčího řízení, kde není vyloučeno využití nařízení Řím I (viz například § 37 odst. 2 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů), nicméně v závislosti na přijaté koncepci může mít primát autonomie vůle stran či rozhodců při určení rozhodného práva.

Podívejme se pouze na otázku alternativních a výlučných pravomocí, které přímo reflektují problematiku smluv. V případě smlouvy o koupi zboží je hraničním určovatelem dle nařízení Řím I „*právo země, kde má prodávající obvyklé bydliště*“. Dle nařízení Brusel I je alternativní pravomoc dle článku 5 odst. 1 umístěna do „*místa, kde závazek byl nebo měl být splněn*“, tj. v případě „prodeje zboží místo na území členského státu, kam podle smlouvy zboží bylo nebo mělo být dodáno.“²⁵⁴ Pouze tam, kde je místo dodání určeno jako franco závod prodávajícího, EXW, případně FCA či jinak obdobně, avšak na území státu prodávajícího, dochází ke shodě.

²⁵⁴ K interpretaci tohoto termínu a judikatuře srovnej Rozehnalová, N., Myšáková, P., Knapová, J., *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních*, část III., Právní fórum, číslo 4, 2007.

V ostatních případech se fórum a rozhodné právo rozcházejí. Hodnocení tohoto rozdílu vyznívá spíše k obhajobě zvoleného řešení. Vazba na bydliště osoby poskytující charakteristické plnění nás dovádí zpravidla k obvyklému bydlišti prodávajícího. Místo plnění u založení pravomoci soudů má rovněž své oprávnění. Například z pohledu řízení samého lze nesporně tam nejlépe provádět důkazy. Rovněž myšlenka toho, že je to spíše ten, kdo byl poškozen vadným plněním a ten by si tudíž mohl vybrat příznivější fórum, není myšlenkou nepřipustnou.

Podobné lze uvést u smlouvy o dílo. Nařízení Řím I využívá u kolizního určení „*právo země, kde má poskytovatel služby obvyklé bydliště*“. Nařízení Brusel I v tomto případě stejně jako závazky z prodeje umísťuje pravomoc do místa plnění, zde konkrétně do „*místa na území členského státu, kde služby podle smlouvy byly nebo měly být poskytovány*“.

Smlouvy uvedené pod písmenem c), tj. smlouvy týkající se nemovitostí, respektují soulad fóra a rozhodného práva. Není to překvapující vzhledem k typům smluv, o které se jedná. V případech nájmu tak, jak je vymezen pod písmenem d), je nanejvýš vhodné sledovat stejný model a navazovat obdobně tak, jak je určena pravomoc, je-li smyslem volit právo, které je společné nájemci i pronajímateli. Je trošku k nepochopení, proč není využito obdobné formulace. Další rozdíl je termín „bydliště“ užit v nařízení Brusel I a termínu „obvyklé bydliště“, jako termínu užívaného v nařízení Řím I.

V případě ostatních smluv se zde dostává dostáváme u kolizního režimu do preference práva země obvyklého bydliště země provádějící onu charakteristickou činnost, tj. distribuci a franšizu. U Brusel I, budeme-li respektovat kvalifikaci výslovně vyjádřenou v Preambuli v bodu 17, budeme aplikovat článek 5 odst. 1 písm. b, tedy právní řád státu místa realizace služby. Jak upozorňuje literatura v této souvislosti, má možná bod 17 větší význam pro kvalifikaci kolizní. Znamená totiž netříštění míst plnění u různých závazků, ale koncentraci v jediném místě.²⁵⁵ V případě dražeb jde zcela pochopitelně o místo konání dražby za podmínky, že je známo. Jde

²⁵⁵ Gutiérrez, L. G., Franchise Contract and the Rome I Regulation on the Law Applicable on the Contract, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 237.

nesporně o reflexi internetových dražeb, kde je obtížné zjišťovat místo konání.

ad. 3) „**Obvyklé bydliště**“²⁵⁶ je základním hraničním určovatelem pro řadu situací. Pro osoby fyzické, které nejednají při výkonu své podnikatelské činnosti, je jednoduše určitelné jako místo, kde tato osoba má svůj domov a kde zpravidla žije.²⁵⁷ Bělohávek v této souvislosti upozorňuje na nižší význam subjektivního prvku „vůle“ a akcent na objektivní prvky. Zaujímavá je jeho dedukce týkající se hodnocení doby krátce po přesídlení.²⁵⁸

Pro podnikatele je výklad složitější. Obsah termínu je proto vymezen pro účely tohoto nařízení v článku 19. Nařízení upravuje následující situace:

- základní pravidlo pro společnosti: obvyklé bydliště obchodní společnosti, sdružení nebo právnické osoby považuje místo jejich ústřední správy;
- základní pravidlo pro fyzické osoby jednající při výkonu své podnikatelské činnosti: hlavní místo jejího podnikání;
- zvláštní pravidlo pro společnosti tam, kde je smlouva uzavřena prostřednictvím pobočky, zastoupení nebo jiné provozovny nebo pokud podle smlouvy musí být plnění poskytnuto takovou pobočkou, zastoupením nebo provozovnou: místo, ve kterém se nachází pobočka, zastoupení nebo jiná provozovna.

Rozhodujícím časovým okamžikem je okamžik uzavření smlouvy. Srovnáme-li tento termín s „*bydlištěm*“ užitým např. v nařízení Brusel I, liší se. Důvodem je různá role tohoto místa v právu procesním a kolizním.

²⁵⁶ V této souvislosti viz Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, s. 277, poznámka pod čarou, kde uvádí, že vhodnější by byl „obvyklý pobyt“.

²⁵⁷ Magnus, U., *Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice*, s. 28, in: Ferrari, F., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich: Sellier European Law Publisher, 2009.

²⁵⁸ Bělohávek A. J., *Římská úmluva/Nařízení Řím I, I a II. díl*, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1664. Odkaz rovněž na rozhodnutí ESD C-90/97 *Robin Seaddling v. Adjudication Officer*.

Alternativní uchopení v kolizním právu vede k nejistotě o rozhodném právu (viz výslovně bod 39 Preambule).

Je také možné, aby osoba, zejména potom fyzická, měla více obvyklých bydlišť. Případů lze uvést řadu v oblasti modelingu, businessu, v uměleckých kruzích. Tato kolize není výslovně řešena. Vzhledem ke struktuře náhradního kolizního pravidla bude nutné postupovat dle odstavce 4 – tj. stanovit nejužší spojení. Podobně toto potvrzuje na jiném případě i Bělohlávek.²⁵⁹

Článek 4 odst. 2. Ustanovení tohoto odstavce se uplatní ve dvou situacích. Tam, kde by na smlouvu dopadl více než jeden bod z odstavce 1.²⁶⁰ Dále také tam, kde smlouva není uvedena ve výčtu v odstavci 1. Aplikovat se bude toto ustanovení na nominátní smlouvy neuvedené v odst. 1 a na smíšené smlouvy či inominační smlouvy. V této úpravě se charakteristické plnění ocitá oproti Úmluvě Řím I v jiné pozici. Zatímco v úmluvě následovalo jako domněnka pro vyplnění zásady „nejužšího spojení“, zde následuje po konkrétním výčtu smluv a jejich navázání jako ustanovení zastřešující. S výjimkou případů smluv týkajících se nemovitostí (místo plnění), smluv o nájmu (společný prvek daný pro obě strany), či smluv v rámci mnohostranného systému, je u ostatních případů směřován hraniční určovatel do místa obvyklého bydliště strany poskytující charakteristické plnění. Je také otázkou, zda se změněnou systematikou mění pozice charakteristického plnění. K tomuto se vrátíme v závěrečné rekapitulaci.

Článek 4 odst. 3. Ustanovení obsažené v odstavci 3 bylo zařazeno do nařízení teprve dodatečně. Návrh z roku 2005²⁶¹ neobsahoval únikovou klauzuli. Řešení, které bylo uvedeno v tomto návrhu, tak pracovalo s méně flexibilním hraničním určovatelem. Teprve v průběhu následných prací se

²⁵⁹ Bělohlávek A. J., Římská úmluva/Nářízení Řím I, I a II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1683.

²⁶⁰ Bod 19 Preambule, druhá a třetí věta: „Nelze-li smlouvu zařadit pod jeden ze zvláštních smluvních typů nebo pokud její prvky spadají do více než jednoho zvláštního smluvního typu, měla by se řídit právem země, ve které má smluvní strana, která má poskytnout plnění charakteristické pro smlouvu, své obvyklé bydliště. V případě, že je smlouva složena z množiny práv a povinností, které mohou být zařazeny pod více než jeden zvláštní smluvní typ, mělo by být určeno plnění charakteristické pro smlouvu, a to s ohledem na její těžiště.“

²⁶¹ KOM(2005) 650 v konečném znění 2005/0261 (COD), článek 4.

znovu objevila úniková doložka. Zjevně jako důsledek diskuse nejenom na úrovni států, ale i na úrovni odborné literatury, která volala po méně neflexibilním řešení a navrhovala návrat únikové doložky.²⁶² Do úvahy přichází navazování na místo plnění či místo charakteristického plnění. To je zajímavé zejména u některých komplexních typů transakcí v oblasti výstavby na klíč, Podobné lze říci o různých typech inominátů, kdy jsou tyto zjevně úžeji spojeny s místem plnění smlouvy, resp. s některým z míst plnění, či jinými místy. Magnus uvádí také případ, kdy dva Němci před německým notářem uzavřou smlouvu o prodeji pozemku ve Španělsku. Zřetelně i zde je zjevné, že smlouva je výrazně úžeji spojena s Německem.²⁶³ Rozdíl od úmluvy Řím I je možné vidět ve dvou momentech: za prvé v tom, že její využití je podmíněno tím, že je smlouva „zjevně úžeji“ spojena s jinou zemí; dále od samého počátku je možné využít interpretačních pravomocí ESD. Nakolik bude tato možnost dále lákat soudy některých zemí k rychlému úniku k jinému právu, to ukáže budoucnost.

Článek 4 odst. 4. Zásada nejužšího spojení se uplatní tam, kde nelze určit právo dle odstavců 1 nebo 2. Potom se smlouva bude řídit právem země, se kterou prokazuje nejužší spojení. Literatura uvádí jako možné typy smluv barter, další typy výměnných obchodů jako je purchase contract apod., swap, smlouvy o spolupráci a kooperaci, joint ventures. Konkrétní právní řád bude určován posuzováním řady možných skutečností, které jsou v daném případě k dispozici, jako je domicil stran, místo jednání o smlouvě, místo uzavření a plnění smlouvy, jazyk smlouvy, měna smlouvy a v neposlední řadě, na což v preambuli upozorňuje i nařízení, je třeba vzít do úvahy i vazby na jiné smlouvy.²⁶⁴

²⁶² Lando, O., Nielsen, P. A., The Rome Proposal, *Journal of Private International Law*, 2007, Vol. 3, No. 1, s. 37–38.

²⁶³ Magnus, U., Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice, s. 49, in: Ferrari, F., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich: Sellier European Law Publisher, 2009.

²⁶⁴ Magnus, U., Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice, s. 49, in: Ferrari, F., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich: Sellier European Law Publisher, 2009.

Samotná pozice nejužšího spojení se zřetelně změnila pokud jde o systematické řazení pravidel. Je však otázkou, zda se jedná opravdu jen o zbytkové pravidla, anebo je pozice v zásadě stejná jako byla u Úmluvy Řím I?

Hodnocení. Konceptně přináší konečná verze nařízení méně otazníků, než tomu bylo u návrhu nařízení. Nakonec byla zaujata spíše pozice flexibilní, která lépe odpovídá vývoji v mezinárodním obchodě a využívání inominátních smluv. A to i přes existenci souboru vyjmenovaných smluv a jejich hraničních určovatelů. S upozorněním na problémy, které se sebou může takovýto přístup přinést, je třeba chápat úpravu jako kompromis. Tak se zdá, že ji stávající komentáře hodnotí.²⁶⁵ Pokud bychom měli zhodnotit požadavek, který byl uveden v úvodu kapitoly, tj. zda je tato část pro podnikatele srozumitelnější, jsme poněkud na rozpacích. Částečně ano, pokud jde o výčet smluv a jejich hraniční určovatele. Do jisté míry však mohou být další úvahy, které lze využít, více zavádějící než tomu bylo v předchozí úpravě. Poučením zde je spíše to, že není jednoduchých řešení tam, kde se jedná o nestandardní situace a netradiční typy smluv a transakcí.

II.1.6. Smlouvy přepravní

Úvod. Oproti regulaci v Úmluvě Řím I zaznamenaly přepravní smlouvy změnu v právní úpravě. Nejvýraznější z nich se týká volby práva. Zatímco v Úmluvě Řím I nebyla omezena, resp. spadala pod obecnou regulaci volby práva v článku 3, nařízení obsahuje zvláštní pravidlo s celou řadou kolizních omezení. Současně se liší právní regulace přepravy zboží od právní regulace přepravy osob. Samotný náhradní hraniční určovatel nezaznamenal žádné rozdíly (viz i prvá věta bodu 22 Preambule). Tento odklon od původního návrhu a návrat v zásadě k původní úpravě byl zjevně výsledkem prací delegací jednotlivých států, které odmítly úpravu v návrhu Komise.²⁶⁶

²⁶⁵ Bělohávek A. J., Římská úmluva/Nářízení Řím I, I a II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 695.

²⁶⁶ KOM(2005) 650 v konečném znění 2005/0261 (COD) Návrh Nařízení EP a Rady o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I).

Zmínit je nutné – podobně jako je tomu u smlouvy kupní – konkurenci s přímými normami obsaženými v mezinárodní smlouvě. Mezinárodní scéna disponuje mezinárodní úpravou dopravy po železnici,²⁶⁷ po silnici,²⁶⁸ po moři²⁶⁹ a řekách,²⁷⁰ úpravou letecké dopravy²⁷¹ a v neposlední řadě úpravou multimodální přepravy. Tyto normy obsahují mimo jiné přímou regulaci přepravní smlouvy, pravidla o řešení sporů, případně i ustanovení z oblasti mezinárodního práva soukromého (např. článek 29 CMR, snad také článek 8 Přílohy č. 2 CIV k úmluvě COTIF). Otázkou je vztah k nařízení Řím I. Ten je, stejně jako tomu bylo u Úmluvy Řím I dle článku 21, výslovně ošetřen. Byť se obě normy co do detailnosti řešení otázky liší. V článku 25 odst. 1 je stanovena přednost mezinárodních úmluv obsahujících kolizní normy tam, kde nejsou stranami výlučně jen členské státy EU a za splnění podmínky, že je členský stát stranou úmluvy ke dni přijetí nařízení.²⁷² Tam, kde jsou stranami jen členské státy, použije se nařízení v rozsahu své právní úpravy přednostně.

²⁶⁷ Úmluva o mezinárodní železniční přepravě /COTIF/ – Bern, 09. 05. 1980 (č. 8/1985, č. 61/1991, č. 251/1991, č. 29/1998, č. 60/1999 Sb., č. 9/2002 Sb. m. s., č. 46/2003 Sb. m. s., č. 8/2004 Sb. m. s., č. 34/2005 Sb. m. s., č. 19/2007 Sb. m. s.) + Protokol z r. 20. prosince 1990 (č. 274/1996 Sb.) a Protokol z 3. června 1999 (č. 49/2006 Sb. m. s.).

²⁶⁸ Zejména: Úmluva o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční nákladní dopravě /CMR/ – Ženeva, 19. 05. 1956 (č. 11/1975 Sb.). Protokol k Úmluvě o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční nákladní dopravě /CMR/ (Ženeva, 19. 05. 1956) – Ženeva, 5. 7. 1978 (č. 108/2006 Sb. m. s.).

²⁶⁹ Zejména Úmluva OSN o námořní přepravě zboží, 1978 – Hamburg, 31. 03. 1978 (č. 193/1996 Sb.).

²⁷⁰ Zejména Budapešťská úmluva o smlouvě o přepravě zboží po vnitrozemských vodních cestách – CMNI (Budapešť, 22. 06. 2001, č. 32/2006 Sb. m. s.).

²⁷¹ Zejména Úmluva o sjednocení některých pravidel o mezinárodní letecké dopravě – Varšava, 12. 10. 1929 (č. 243/1933, č. 15/1935 Sb.). Protokol, kterým se mění Úmluva o sjednocení některých pravidel o mezinárodní letecké dopravě, podepsané ve Varšavě dne 12. října 1929 – Haag, 28. 09. 1955 (č. 15/1966 Sb.). Úmluva o sjednocení některých pravidel o mezinárodní letecké přepravě prováděné jinou osobou než smluvním dopravcem, doplňující Varšavskou úmluvu ze dne 12. října 1929 – Guadalajara, 18. 09. 1961 (č. 27/1968 Sb.). Úmluva o sjednocení některých pravidel o mezinárodní letecké přepravě – Montreal, 28. 5. 1999 (č. 123/2003 Sb. m. s.).

²⁷² Podrobný výklad k této otázce Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 53–64, 251–252, 280.

Zajímavé připomínky a návrhy se objevily ve stanovisku institutu Maxe Plancka. Jde o řadu otázek týkajících se vztahu norem přímých a kolizních či kolizí jednotlivých zdrojů úpravy.²⁷³ Otázka vztahu metody přímé a kolizní je zřetelná jak v dřívější úmluvě Řím I, tak i z pohledu nařízení Řím I. Ponecháme-li stranou úvahy týkající se kolizí zdrojů úpravy a zůstaneme jen na úrovni metod, potom od logického argumentu vycházejícího z toho, že se aplikují kolizní normy tam, kde existují kolize mezi právními řády, přes speciálnost úpravy přímé před kolizní a otázku účelu úpravy lze potvrdit přednost norem obsahujících přímou úpravu. Vzhledem k vysokému stupni pokrytí této oblasti právě normami přímými je považována některými autory aplikace norem uvedených v nařízení za podpůrnou a okrajovou.²⁷⁴

Definice a dopad. Nová úprava v článku 5 rozlišuje mezi přepravou zboží (odst. 1) a přepravou pasažérů (odst. 2). Vzhledem ke znění článku 6 se nevyužije pro žádnou z uvedených přeprav ustanovení o některých spotřebitelských smlouvách. Charterové dopravní smlouvy a jiné podobné smlouvy spadají do rozsahu tohoto článku tehdy, jestliže je jejich hlavních účelem přeprava zboží.²⁷⁵

Volba práva. Volba práva je upravena v závislosti na předmětu přepravy, tzn. na tom, zda se jedná o přepravu zboží či pasažérů. V případě přepravy zboží je volba práva neomezená. Naopak v případě přepravy osob byla připuštěna kolizně omezená volba práva. Lze si tak vybrat jen z omezeného okruhu právních řádů (právního řádu, kde má cestující své obvyklé bydliště, nebo má dopravce své obvyklé bydliště, nebo má dopravce místo své ústřední správy, nebo se nachází místo odjezdu, nebo se nachází místo určení). Toto ustanovení se dle našeho názoru spíše snaží o zajištění předví-

²⁷³ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commissions Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, *RabelsZ*, Bd. 68, 2004, s. 18–21.

²⁷⁴ Nielsen, P. A., *The Rome I Regulation and Contract of Carriage*, in: in Ferrari, F., Leibl, S., *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 102.

²⁷⁵ V tomto duchu rozhodnutí C-133/08 ve věci *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*.

datelnosti právní regulace a snahu o zamezení velkého rozptylu právních řádů tam, kde existuje předvídatelný kontakt, než o zajištění ochranné role pro pasažéra.²⁷⁶

Náhradní hraniční určovatel. V případě přepravy zboží bude využito právo země obvyklého bydliště dopravce v případě, že se některé z následujících míst nachází rovněž v této zemi. Jsou to místo převzetí, místo doručení nebo obvyklé místo bydliště odesílatele. Pokud tomu tak není, bude aplikováno právo země, kde se na základě dohody smluvních stran nachází místo doručení. Z pohledu techniky úpravy stojí za připomenutí, že se zde jedná nikoli o domněnku, ale o regulérní náhradní hraniční určovatel.

V případě přepravy osob bude využito práva země obvyklého bydliště cestujícího pokud se v této zemi nachází rovněž místo odjezdu nebo místo určení. Pokud nikoli, použije se právo místa, ve kterém má dopravce své obvyklé bydliště.

Ve všech případech, tj. u přepravy zboží i osob, pokud by z okolností případu vyplynulo, že je smlouva zjevně úžeji spojena s jinou zemí, se uplatní únikové ustanovení zakotvené v odstavci 3 – tj. právo této jiné země.

Závěr. Výslovnou úpravu přepravních smluv lze, i vzhledem k určité okrajovosti úpravy, přivítat. Mezinárodní přeprava zboží představuje v přímé vazbě na koupi – prodej zboží jednu z nejfrekventovanějších transakcí. Jasně uchopení náhradních hraničních určovatelů zajistí vyšší stupeň předvídatelnosti tam, kde strany nevyužily volbu práva. Naopak omezení rozptylu právních řádů u přepravy osob nikterak neomezuje pozice stran. Spíše zajistí určitý stupeň předvídatelnosti o možném využití právního řádu. A to pro obě strany. Návrat kolizního omezení do právních úprav lze v tomto případě snad i přivítat. Otázkou může snad být spotřebitelská ochrana, resp. zajištění respektování ochranných norem místa, které je pro spotřebitele blízké a předvídatelné, tj. místo jeho bydliště. Domníváme se, že povaha této oblasti je tím hlavním důvodem, proč není vhodné uplatnit v těchto případech zohlednění kolizní a ponechat danou otázku na oblast hmotněprávní. Ve všech případech, kde by mohlo dojít k neaplikaci těchto

²⁷⁶ Hill, J., *Cross Border Consumer Contracts*, New York: Oxford Press, 2008, s. 354–355.

norem se jedná o případy spotřebitelů – cestujících mimo své obvyklé místo bydliště.

II.1.7. Některé spotřebitelské smlouvy

Úvod. Ochrana spotřebitele patří k oněm otázkám, které zasahují problematiku evropského práva napříč právem hmotným, procesním a kolizním. Z pohledu námi sledované materie tak nestačí analyzovat problémy kolizní. Je nutné zmapovat interakci s právem procesním, konkrétně s otázkou pravomoci soudů. Oblast hmotného práva je zde zasažena zásadním způsobem přes právo směrnicové a jeho promítnutí do národních právních řádů. Tyto normy spotřebiteli poskytují onu ochranu, která musí být garantována i při volbě jiného právního řádu.²⁷⁷ Jedná se především o normy evropského původu.²⁷⁸ Alespoň v případě ČR jsou normy národního původu okrajové a totéž lze říci o normách mezinárodního původu.²⁷⁹

Problematika ochrany spotřebitele v mezinárodním prostředí je poměrně mladou disciplínou. A to platí v všech námi uvedených oblastech. Zejména ovšem o oblasti kolizního práva a mezinárodního práva procesního. Důvodem je ona skutečnost, že oblast mezinárodního styku byla po staletí doménou obchodníků a jejich vzájemných vztahů. Pokud jde o spotřebitele, byly jejich potřeby uspokojovány spíše lokálně, bez přímé existence mezinárodního prvku. Celosvětově však došlo zejména v posledních desetiletích, vlivem řady okolností ke změně. K faktorům, které změnilly původní vazby, patří utváření různých zón a útvarů, které usnadňují styk obchodní i neob-

²⁷⁷ K metodám zajištění použití ochranných norem obsažených ve směrnicih Fallon, M., Franc, S., *Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?*, s. 158–178, in Basedow, J., at al. eds., *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague: T.M.C. Aster Press, 2000.

²⁷⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, *Consumer Policy Strategy 2002–2006* (Tampere Council). Brussels. COM (2002) 208. Viz: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/general_framework_and_priorities/132008_en.htm.

²⁷⁹ Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, jejíž je ČR smluvní stranou, vylučuje spotřebitelské obchody v článku 2 z dosahu své působnosti.

chodní, obrovský nárůst cestování, rozvoj komunikačních a platebních technik, které umožňují bez nutnosti vycestovat být v kontaktu se zahraničním obchodníkem, případně tento působí ze zahraničí na trhu spotřebitele. Pokud jde o Evropu, utvoření jednotného vnitřního trhu a odstranění cestovních bariér pro občany spolu s vytvořením Schengenského prostoru přineslo i nárůst mezinárodních prvků v oblasti spotřebitelské. A právě v tomto přeshraničním styku, často realizovaném i pomocí internetu či z webových stránek, je situace spotřebitele jako slabší strany kontraktu zřetelnější.²⁸⁰ Například spotřebitel může mít problémy jazykové. Stěží se orientuje v tak složité problematice jakou oblast mezinárodního práva soukromého je a jeho předvídatelnost o místě řešení sporu a režimu smlouvy je minimální. Zpravidla musí využít služeb advokáta a reklamační proces – s nejistým účinkem – se velmi prodražuje. Je tak obvyklé, že spíše rezignuje na své nároky.

Teorie mezinárodního práva soukromého a procesního reagovala na tyto skutečnosti změnami jak v oblasti norem kolizních, tak v oblasti norem procesních. Změny jsou v podstatě výjimkami vůči pravidlům, která byla či jsou tvořena pro styk profesionálních obchodníků. Upozornit je ovšem nutné také na to, že ne všechny spotřebitelské obchody podléhají tomuto zvláštnímu režimu. Existuje jak zvláštní úprava některých oblastí, tak i některé situace „vypadávají“ ze zvláštního režimu.

Zvláštnosti a výjimky v právní úpravě některých spotřebitelských obchodů se projevují různě v oblasti kolizní a různě v oblasti procesní. Společné mají však to, že v některých situacích je omezena autonomie vůle stran. Tedy jak pro volbu práva, tak pro prorogační dohody. Společná je také vazba na právní řád blízký a předvídatelný pro spotřebitele – tj. místo bydliště či obvyklého bydliště. Konkrétně tak:

- v oblasti kolizní se pro oblast spotřebitelských obchodů setkáváme s různými technikami ochrany spotřebitele. Objevuje se zde tzv. materiální volba práva, případně materializace kolizních norem (viz

²⁸⁰ Otázku pozice spotřebitele jako slabší strany kontraktu není třeba rozvádět. Například literaturou, resp. i v judikátech ESD, byla tato myšlenka přijata (viz C-89/91 Shearson Lehman Hutton v. TVB).

kapitola o volbě práva). I tam, kde je připuštěna neomezená volba práva lze očekávat aplikaci imperativních norem reflektujících různé stránky ochrany spotřebitele.²⁸¹ Zejména administrativní. Nesporně lze v rovině českého práva identifikovat jak ochranu veřejnoprávní, tak ochranu soukromoprávní.

- v oblasti procesní existují omezení pro uzavření dohody o volbě soudu (viz článek 17 nařízení Brusel I). Může jít o vyšší nároky na formu, nebo možnost uzavření smlouvy až po vzniku sporu. Nařízení Brusel I uvádí další možnosti. Konkrétně dohodu umožňující zahájit řízení u dohodnutých soudů jen spotřebiteli (článek 17 odst. 2) a případ, kdy by jinak nebyla založena pravomoc soudů společného bydliště obou stran, potom také v tomto místě (článek 17 odst. 3).
- pokud jde o náhradní hraniční určovatele, projevuje se v nich ochranná funkce spočívající v tom, že není navazováno na právní řád osoby realizující plnění charakteristické pro smlouvu, ale na právní řád předvídatelný spotřebiteli – místo jeho bydliště, resp. obvyklého bydliště.
- totéž platí pro pravidla o pravomoci, která tvoří výjimku k obecně stanoveným pravidlům pro podnikatele. Pravomoc soudu by měla být stanovena tak, aby byl soud pro spotřebitele lehčeji dostupný – jak fakticky, tak i z pohledu právního a ekonomického.

Výše uvedené je možné shrnout následovně. Pokud přijmeme myšlenku vyrovnání faktické nerovnosti stran v oblasti právní přijetím ochranných opatření pro slabší stranu, je nutné toto promítnout v dnešní realitě do všech segmentů práva. Nestačí jen oblast práva hmotného. V oblasti spotřebitelských obchodů k tomu přistupují i další zvláštnosti, které jsou zajímavé spíše pro soudy a vedení řízení. Je to na jedné straně zpravidla nízká hodnota sporu, na straně druhé vysoké náklady spojené s vyhledáním obsahu cizího práva a s tím související komplikovaností sporu. Komplikace

²⁸¹ Analýza volby práva a spotřebitelských obchodů zajímavě analyzována v práci Tang Z., *Parties' choice of law in e-consumer contracts*, *Journal of Private International Law*, Vol. 3., No. 1, 2007, s. 114–136.

přináší nesporně také samotná materiální volba práva, která se v této oblasti objevuje. Ta vyžaduje ohodnocení norem bydliště spotřebitele jako norem kogentních s ochrannými prvky pro spotřebitele a následnou aplikaci zvoleného práva. O obtížnosti tohoto procesu není třeba hovořit. K tomu přistupuje jako důsledek použití vícera souborů právních norem štěpení obligacího statutu. Významnou roli v přeshraničním obchodě hraje elektronické obchodování. To si zaslouží rovněž zhodnocení, resp. zhodnocení navázání.

Působnost článku 6, aneb specifikace rozsahu kolizních norem tam uvedených. Nesporně prvou otázkou, kterou je třeba si položit, je působnost kolizních norem tam uvedených. Článek 6 nejenže obsahuje definici spotřebitele (pozitivní, pro účel své aplikace), ale také vylučuje ze své působnosti řadu situací či vztahů, na které by jinak dopadal.

Na úvod je třeba také říci, že nařízení Řím I na rozdíl od návrhu Komise²⁸² dopadá i na spotřebitele, kteří nemají obvyklé bydliště na území členských států. Samozřejmě, ochrana jejich pozice jako spotřebitele může být zcela jiná, než je tomu u spotřebitele z členských států (dopad článku 3 odst. 4, neexistence minimální ochrany, která je známa členským státům ES díky směrnicevému právu). Omezení návrhu Komise oproti Úmluvě Řím I nebylo nikterak vysvětleno.²⁸³ Stejně jako návrat k původnímu pojetí. Je skutečností, že nařízení by tak pro oblast některých spotřebitelských smluv zúžilo svůj jinak univerzální dopad.

Odstavec první obsahuje znaky spotřebitelských smluv, které spadají do rozsahu úpravy článku 6 a vymezuje také jejich teritoriální působnost. Připomeňme si nejprve samotné vymezení. Odstavec první článku 6 v této souvislosti uvádí:

„.....uzavřená fyzickou osobou za účelem, který se netýká její profesionální nebo podnikatelské činnosti (dále jen „spotřebitel“), s jinou osobou, která jedná v rámci výkonu své profesionální nebo podnikatelské činnosti (dále jen „obchodník“), se řídí právem země, v níž má spotřebitel obvyklé bydliště, pokud:

²⁸² JUSTCIV 3 CODEC 18. Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I).

²⁸³ Viz například Lando, O., Nielsen, P.A., The Rome Proposal, Journal of Private International Law, 2007, Vol. 3, No. 1, s. 40.

a) obchodník provozuje svou profesionální nebo podnikatelskou činnost v zemi, kde má spotřebitel své obvyklé bydliště, nebo

b) se jakýmkoli způsobem taková činnost na tuto zemi nebo na několik zemí včetně této země zaměřuje

a smlouva spadá do rozsahu této činnosti.“

V souvislosti s interpretací tohoto ustanovení je zapotřebí si připomenout ještě několik momentů. V preambuli bod číslo 7 nařízení Řím I²⁸⁴ je výslovně zakotvena zásada jednotného vymezení jak věcné působnosti jako celku, tak jednotlivých ustanovení všech tří nařízení, tj. nařízení Řím I, Řím II a nařízení Brusel I. Při vymezení obsahu a smyslu definice je tak možné využít i článku 15 nařízení Brusel I a zejména judikaturu k nařízení i Úmluvě Brusel I. Ostatně tato jednota má dlouhou historii a dnes snad lze hovořit i o tradici doprovázející vznik procesních a kolizních evropských předpisů.²⁸⁵

Prvým, zjevným rozdílem mezi nařízením a úmluvou je to, že nařízení Řím I jednoznačně uvádí spotřebitele jako fyzickou osobu. Tím padají všechny diskuse týkající se jiných, do úvahy přicházejících případů.²⁸⁶ Z dalších determinant je nutné uvést to, že se musí samozřejmě jednat o otázky vymezené působností nařízení Řím I (věcné, časové, teritoriální) a musí se jednat o smlouvu (viz dále některá z rozhodnutí ESD).

²⁸⁴ (7) Věcná působnost a ustanovení tohoto nařízení by měly být v souladu s nařízením Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech [5] („Brusel I“) a nařízením Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro nedsmluvní závazkové vztahy (Řím II) [6]. Odkázat lze také na rozhodnutí ESD ve věci C-96/00 Gabriel, kde směrem k úmluvám Řím I a Brusel I bylo řečeno, že koncept v obou uvedených má mít stejný význam.

²⁸⁵ K této otázce, včetně odkazu na další právní řád (nejzřetelnější odkaz na švýcarskou úpravu) a další literaturu věnující se této interakci viz: Sachse, K., Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Proze3recht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 65.

²⁸⁶ Sachse, K., Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Proze3recht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. Názor uvedený v publikaci promítla do možného návrhu definice spotřebitele v závěrech své publikace. na s. 300–302.

Z rozhodnutí ESD, která mohou být využita při interpretaci výše uvedených znaků, lze uvést zejména:²⁸⁷

- **C-89/91** Shearson Lehman Hutton Inc v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mgH: článek 13 Úmluvy z 27. září 1968 o pravomoci a výkonu rozhodnutí ve věcech civilních a obchodních má být interpretován tak, že žalující, který jedná v rámci výkonu své profesní či obchodní činnosti a který tedy není sám stranou jedné ze smluv uvedených v prvním odstavci ustanovení, nemůže užívat výhod norem o speciální pravomoci uvedených v úmluvě a týkajících se spotřebitelských smluv.
- **C-269/95** Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl: 1. Prvý odstavec článku 13 a první odstavec článku 14 Úmluvy z 27. září 1968 o pravomoci a výkonu rozhodnutí ve věcech civilních a obchodních, ve znění Úmluvy ze dne 9. října 1978 o přistoupení Dánského království, Irska a Spojeného království Velké Británie a Severního Irska, musí být interpretován tak, že žalující, který uzavřel smlouvu s výhledem na budoucí výkon obchodní či profesní činnosti, není spotřebitelem. 2. Soud smluvního státu, který byl prorogační doložkou platně určen dle prvního odstavce článku 17 Úmluvy z 27. září 1968, má výlučnou pravomoc také tam, kde žaloba obsahuje zvláště prohlášení, že smlouva obsahující takovou doložku je neplatná.
- **C 96/00** Rudolf Gabriel v. Schlank& Schick „Pravidla o pravomoci obsažená v Bruselské úmluvě musí být vykládána následovně. Spotřebitel má právo se ve státě svého domicilu obrátit na soud s nárokem na peněžitou náhradu, kterou požaduje po zásilkové společnosti, která mu přislíbila v dopise, který byl jemu adresován výhru, pokud si u této společnosti objedná zboží určitého množství. Pokud takto spotřebitel ve státě svého domicilu učinil, ale deklarovanou výhru neobdržel, pak se jedná svou povahou o smlouvu ve smyslu článku 13 odst. 1 písm. c).“

²⁸⁷ Vedle databáze www.curia.eu a www.eur-lex.eu čerpáno také Valdhans, J., Říhová, K., Judikatura ESD ve věcech evropského justičního prostoru, část VIII, číslo 9, 2007, s. 305–316.

Tento naposledy uvedený případ, kdy je posuzováno, za jakých podmínek je vztah považován za smlouvu, souvisí i s dvěma dalšími rozhodovnými případy.²⁸⁸ Rozhodnutí byla rozdílná a je zajímavé, jaké znaky konkrétního případu měly vliv na rozdíly v rozhodnutí.

Nutné je také zmínit případy, kdy je smlouva svým účelem částečně spotřebitelská, částečně podnikatelská. Plender a Wilderspinn v této souvislosti výslovně upozorňují na význam i ve vztahu k výkladu článku 6 nařízení Řím I v případě níže uvedeného případu. Podobně také Stone při výkladu Úmluvy Řím I. Zde je zajímavé zejména to, že ESD rozhodl mezi kritériem či zhodnocovacím pohledem „*převládajícího podnikatelského účelu*“ a „*zanedbatelného podnikatelského účelu*“:²⁸⁹

– **C- 464/01** Johann Gruber v. BayWa AG: „Pravidla o příslušnosti stanovená Úmluvou ze dne 27. září 1968 o soudní příslušnosti a o výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, ve znění Úmluvy ze dne 9. října 1978 o přistoupení Dánského království, Irska a Spojeného království Velké Británie a Severního Irsku, Úmluvy ze dne 25. října 1982 o přistoupení Řecké republiky, Úmluvy ze dne 26. května 1989 o přistoupení Španělského království a Portugalské republiky a Úmluvy ze dne 29. listopadu 1996 o přistoupení Rakouské republiky, Finské republiky a Švédského království, musí být vykládána následujícím způsobem:

- osoba, jež uzavřela smlouvu týkající se zboží určeného zčásti k účelu podnikatelskému a zčásti k účelu, jež se netýká její podnikatelské činnosti, nemá právo dovolávat se prospěchu ze zvláštních pravidel o příslušnosti uvedených v článcích 13 až 15 uvedené Úmluvy, ledaže je podnikatelský účel natolik okrajový, že má zanedbatelnou úlohu v celkovém kontextu dotčené transakce, přičemž skutečnost, že nepodnikatelská stránka převažuje, nemá v tomto ohledu vliv;

²⁸⁸ C-27-02 Petra Engler v. Janus Versand GmbH. Také i C-234-04 Rosemarie Kapferer v. Schlank & Schick GmbH.

²⁸⁹ Stone, P., EU Private International Law. Harmonization of Laws. Edward Elgar Publishing Limited: Cheltenham, 2006, s. 312–313. Plender, R., Wilderspinn, M., The European Private International Law of Obligations, London: Thomson Reuters, 2009, s. 235. Viz vysvětlení pozice u „predominance test“ a „negligible business purpose“.

- je věcí soudu, u něžž je řízení vedeno, rozhodnout, zda dotčená smlouva byla uzavřena v rozsahu nikoliv zanedbatelném k uspokojení potřeb týkajících se podnikatelské činnosti dotyčné osoby, nebo zda naopak podnikatelský účel měl pouze nepatrnou úlohu;
- za tím účelem je namístě, aby uvedený soud vzal v úvahu veškeré relevantní skutkové poznatky objektivně vyplývající ze spisu; není naopak třeba přihlížet k okolnostem nebo skutečnostem, o nichž mohl smluvní partner vědět při uzavření smlouvy, ledaže se osoba, jež se dovolává postavení spotřebitele, chovala takovým způsobem, že mohla u druhé smluvní strany oprávněně vyvolat dojem, že jedná za podnikatelským účelem.²⁹⁰

Další znaky naplňující definici spotřebitele ve smyslu aplikace článku 6 a využití speciálních ochranných pravidel se týkají teritoriální determinace – provozování profesionální a podnikatelské činnosti v členském státě obvyklého bydliště spotřebitele, nebo zaměření profesionální a podnikatelské činnosti na území členského státu, kde má spotřebitel obvyklé bydliště. Z tohoto vymezení je zřetelné, že nařízení Řím I setrvalo na ochraně pouze pasivního spotřebitele.

Zajímavým ustanovením, které může napomoci v určitých situacích při určení místa provozování profesionální a podnikatelské činnosti, může být článek 15 odst. 2 nařízení Brusel I. Jde o výslovné stanovení toho, že pokud nemá „*smluvní partner spotřebitele bydliště na území některého členského státu, avšak v některém členském státě má pobočku, zastoupení nebo jinou provozovnu, je s ním při sporech vyplývajících z jejich provozu jednáno tak, jako by měl bydliště na území tohoto státu.*“

Další novum, které přináší nařízení Řím I a kterým se liší od Úmluvy²⁹¹ a naopak přibližuje k nařízení Brusel I, je druhá teritoriální determinanta. Znaky byly převzaty z nařízení Brusel I – „*jakýmkoli způsobem se taková činnost na tuto zemi nebo na několik zemí včetně této země zaměřuje.*“

²⁹⁰ Zdroj: www.curia.eu – shrnutí případu.

²⁹¹ Na druhé straně lze však předpokládat, že nařízení by v tomto směru nemělo mít užší rozsah než úmluva. Je tak třeba předpokládat, že případy uvedené v Úmluvě Řím I by se měly „vlézt“ pod rozsah článku 6 nařízení Řím I.

zřejmé, že nejčastějším případem zde budou elektronické obchody a na ty se ustanovení zasměřuje. To ostatně bylo poměrně jasně v návrzích vyjádřeno.²⁹² Je šťastné, že došlo ke změně a ke sladění pozice mezi nařízením Řím I a nařízením Brusel I. Úprava uvedená v úmluvě Řím I, vyžadující kvalifikaci konsensuální fáze, byla značně těžkopádná a obtížná v kvalifikaci takového jednání. Z tohoto pohledu je změna v nařízení vítána.

Otázkou je také známost či předvídatelnost skutečnosti, že osoba jedná jako spotřebitel. Což je významné pro podnikatele tam, kde tato osoba může jednat za určitých podmínek jako spotřebitel. Například Ragno v této souvislosti upozorňuje na převažující názor, dle kterého je třeba, aby tento účel byl pro podnikatele alespoň rozpoznatelný.²⁹³ Toto bylo vyřčeno také v rozhodnutí C- 464/01 Johann Gruber v. BayWa AG.

Do budoucna lze očekávat diskuse, které se budou týkat právě elektronického obchodování. Jak například upozorňuje Gillies²⁹⁴ ve svém článku, přináší elektronické obchodování směrem ke spotřebitelům řadu otázek. Toto obchodování nelze automaticky zaměňovat s reklamou a jejím půso-

²⁹² Viz bod 24 Preambule nařízení Řím I: Soulad s nařízením (ES) č. 44/2001 vyžaduje na jednu stranu, aby byl učiněn odkaz na pojem „zaměřené činnosti“ jakožto podmínku pro použití normy na ochranu spotřebitele a na druhou stranu, aby tento pojem byl shodně vyložen v nařízením (ES) č. 44/2001 i v tomto nařízení, přičemž je třeba brát v úvahu, že společné prohlášení Rady a Komise k článku 15 nařízení (ES) č. 44/2001 stanoví, že „pro použití čl. 15 odst. 1 písm. c) nestačí, aby podnik zaměřil své činnosti na členský stát, v němž má spotřebitel bydliště, nebo na více států, mezi nimiž je i tento členský stát, je rovněž třeba, aby smlouva předtím byla uzavřena v rámci těchto činností“. Toto prohlášení rovněž uvádí, že „pouhá skutečnost, že internetové stránky jsou přístupné, nepostačuje k tomu, aby se použil článek 15, je rovněž třeba, aby tyto internetové stránky vybízely k uzavírání smluv na dálku a aby předtím skutečně byla nějaká smlouva jakýmikoli prostředky uzavřena na dálku. V tomto ohledu jazyk nebo použitá měna na internetových stránkách nejsou podstatným faktorem.“ Viz detailně rovněž v komentáři k článku 6 Návrhu nařízení Evropského parlamentu a Rady o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I).

²⁹³ Ragno, F., *The Law Applicable to a Consumer Contract under the Rome I Regulation*, in Ferrari, F., Leibl, S., *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers: Munich, 2009, s. 134–135.

²⁹⁴ Gillies, L. E., *Choice-of-law rules for electronic consumer contracts: replacement of the Rome convention by the Rome I regulation*. *Journal of Private International Law*. Vol. 3. No. 1. 2007. s. 89–112.

bením na určitý trh. Otázkou je také kvalifikace webových stránek jako aktivních, nebo pasivních. K tomu může napomoci účel, ke kterému slouží. Ne všechny z nich působí přímo na spotřebitele a na trh. Mnohdy napomáhají kontraktaci a smlouva je uzavřena jinak. Otázkou je koncepce aktivního a pasivního spotřebitele v situaci, kdy je bez dokazování obtížné identifikovat, odkud byla smlouva uzavřena. Vzhledem k výsledku, který byl nakonec přijat, je zajímavé uvést návrh, který Gillies měla právě vzhledem k využití formulaci převzaté z nařízení Brusel I. Dle ní tato formulace není vhodná pro kolizní oblast. Pro tuto oblast by měla být přesněji formulována. Doporučuje následující zpřesnění:

“businesses must have ‘intentionally targeted’, via an active or interactive web site, consumers habitually resident in a Member State at the time the contract was entered into between the parties.”²⁹⁵

Vedle této determinace definice spotřebitele existují smlouvy, které jsou výslovně **vyloučeny** z aplikace článku 6. Jsou to:

- smlouvy, na které dopadá článek 5 (přeprava zboží) a článek 7 (pojistné smlouvy),
- smlouvy výslovně uvedené v článku 6 odstavec 4.

Volba práva a normy, které nemohou být vyloučeny. Pokud se jedná o smlouvy, které spadají pod článek 6, je zde umožněna omezená volba práva. Kvalifikace omezení je poněkud problematická a nesporně stojí postup soudu za úvahou. Je otázkou, zda se jedná o materiální či materializovanou volbu práva. Tato do jisté míry slovní hříčka má pro soud svůj aplikační význam a pokusíme se jej dále objasnit. Přiklonění se k jedné či druhé variantě totiž podmiňuje postup soudu, příp. i aplikační výsledek. Je tak vhodné se pokusit najít odpověď i na tuto otázku.

Při vyhodnocení článku 6 odst. 2 je nutné si nejprve připomenout typ norem, které představují omezení ve zvoleném právu. V souladu s dikcí tohoto odstavce:

²⁹⁵ Gillies, L. E., Choice-of-law rules for electronic consumer contracts: replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation. *Journal of Private International Law*. Vol. 3. No. 1. 2007. s. 112.

*„nesmí být spotřebitel zbaven **ochrany**, kterou mu poskytují ustanovení právního řádu, od nichž se **nelze smluvně odchýlit**, a jež by se v případě neexistence volby práva na základě odstavce 1 jinak použila.“*

V terminologii české právní teorie se jedná o kogentní normy spadající v dosahu českého práva do oblasti soukromého práva (*nelze se smluvně odchýlit*), přičemž hlavním účelem těchto kogentních norem je ochrana spotřebitele. Kvalifikace těchto norem náleží právnímu řádu místa obvyklého bydliště spotřebitele. Což může v případech, kdy je fórum odlišné, působit soudu problémy.

Právním řádem, který tvoří onu „ochrannou hranici“ či jinými slovy „základ ochrany, pod který nelze klesnout“ je právní řád místa obvyklého bydliště spotřebitele.²⁹⁶ Otázkou, která není zřetelná a nevyplývá dle našeho názoru ze samotného ustanovení je, jaká technika bude pro určení práva využita. Zda soudce půjde cestou materiální volby práva nebo materializace práva. Jaký rozdíl v tomto postupu vidíme?

- 1. Materiální volba práva a technika aplikace cizího práva.** V tomto případě tvoří ochranné kogentní normy rámec, který je „nepřekročitelný“. Soudce nezkoumá míru ochrany danou zvoleným právním řádem. Zůstává na pozicích práva určeného (zde obvyklého bydliště spotřebitele). Pouze tam, kde tyto normy neexistují, se zvolené právo uplatní. Zjevnou výhodou tohoto řešení je aplikační jednoduchost (oproti následujícímu případu). Nevýhodou může snad být to, že i když zvolené právo obsahuje vyšší stupeň ochrany, nemůže být využita. Není zohledňována ani situace, kdy by obsahoval stejný stupeň ochrany. Tento přístup je technický a nezohledňuje účel a provádě-

²⁹⁶ Termín obvyklého bydliště spotřebitele (fyzické osoby jednající mimo obchodní činnost) není v nařízení Řím I definován (viz článek 19). Zjevně se názory – zcela logicky – shodují na tom, že se jedná o místo, kde se spotřebitel de facto zdržuje. Význam tohoto místa je pro článek 6 zásadní. Jednak se jedná o jeden z definičních znaků pro spotřebitelskou smlouvu pokrytou tímto článkem. Dále jde o místo, které určuje aplikaci a míru oné ochrany, která má být v případě volby práva poskytnuta spotřebiteli. Nakonec jde o navazovací kritérium pro náhradní hraniční určovatel. Viz také Ragno, F., *The Law Applicable to a Consumer Contract under the Rome I Regulation*, in Ferrari, F., Leibl, S., *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 150–151.

zanost právní ochrany vycházející ze soukromého práva jako celku. Silně se podobá inkorporaci.

2. Materializovaná volba práva a technika aplikace cizího práva.

V tomto případě je postup – při stejném znění kolizní normy – jiný. Soudce konstatuje rámec a obsah ochranných kogentních norem místa obvyklého bydliště spotřebitele. Tyto normy komparuje s obsahem zvoleného práva za účelem zjištění, zda zvolené právo poskytuje spotřebiteli stejný, vyšší či nižší stupeň ochrany. Aplikováno může být zvolené jen tehdy, je-li ochrana alespoň stejná. Tento postup znamená, že strana může hodnotit výhody vícera právních řádů jako celku a to právě na úrovni hmotného práva. Výhodou je také to, že nedochází ke zbytečnému štěpení obligačního statutu.

Zdá se, že spíše by měla být aplikována druhá technika. Alespoň k tomuto názoru se přikláníme. Podobné konstatování o zjišťování výhodnější úpravy se objevuje i v některých zahraničních publikacích.²⁹⁷ Na druhé straně je třeba mít na mysli, že i přes zjevný odkaz na volbu práva nemusí být v případě materializovaného přístupu zvolené právo akceptováno.

Vzhledem k tomu, že článek 6 není ve všech částech „čistě“ *lex specialis*²⁹⁸ vůči článku 3, je nutné vzít do úvahy i další jeho ustanovení. Výhrady k odstavci 3 jsme již uvedli u volby práva. Zde lze jen upozornit, že výklad tak, jak je automaticky vnímán, by zde mohl přinést poměrně velmi zajímavé situace. Zajímavější v tomto ohledu je však odstavec čtvrtý. Jeho využití znamená aplikaci zvoleného právního řádu v mezích či při zhodnocení dopadu:

- a) kogentních norem místa obvyklého bydliště spotřebitele, majících ochranný účel (k tomu nás zavazuje základní ustanovení článku 6 odst. 2), a

²⁹⁷ Ragno, F., The Law Applicable to a Consumer Contract under the Rome I Regulation, in Ferrari, F., Leibl, S., Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 152–153.

²⁹⁸ Otázkou je potom také způsob volby práva tak, jak o něm hovoří článek 3 odst. 1.

- b) dále kogentních norem evropského původu aplikovaných v případě, že se jedná o tzv. „evropský konflikt právních řádů“. Ty jsou užity v podobě transformované dle legis fori.

Do tohoto lze samozřejmě přinést i aplikaci imperativních norem dle článku 9. Tam lze především očekávat, ne však zřejmě výlučně, normy z oblasti veřejného práva. Případně lze předpokládat využití veřejného pořádku. Což je však asi málo pravděpodobné.

Výše uvedené štěpení statutu nebude pravděpodobně příliš časté. Je otázkou, jaký smysl má. A z toho logicky vyplývá, jaký smysl má vůbec v tomto případě volba práva. Ta je nesporně zachována jako základní institut závazkového práva. Obtíže, které jsou způsobeny soudem při hodnocení norem a zjišťování cizího práva za situace, kdy je umožněn pohyb jen v rámci evropských kogentních a ochranných kogentních vnitrostátních norem, odsouvají výhody této volby spíše do pozice politicko-ideových úvah. Samostatnou otázkou zůstává ekonomie takového procesu. Vedle problémů spojených se zjišťováním obsahu cizího práva u sporů malé hodnoty, zde přichází i otázka kvalifikace norem jako kogentních ochranných norem tam, kde místo obvyklého bydliště není totožné s místem fóra. Což je situace, kterou nařízení Brusel I připouští. Samozřejmě, situace bude jednodušší tam (a to bude nesporně častější případ), kde bude fórum a místo obvyklého bydliště spotřebitele totožné.

Náhradní hraniční určovatel. Zdá se, že pokud jde o náhradní hraniční určovatel, jedná se v tomto směru o plně lex specialis pro situace, na které článek 6 dopadá. V tomto případě by měl být použit právní řád státu, kde má spotřebitel obvyklé bydliště.

Připomenout je nutné také to, že platnost z pohledu formy se u spotřebitelských smluv řídí právním řádem místa obvyklého bydliště spotřebitele (článek 11 odst. 4).

Závěr. Úprava spotřebitelských smluv zaznamenala posun v harmonizaci s úpravou procesní. Základní rozpor – pro spotřebitelské nebo pro podnikatelské pravidlo – je řešen tam, kde situace naplňuje znaky článku 6 (pasivní spotřebitel) směrem „pro spotřebitelsky“. Ať již formulací volby práva omezené ochrannými normami, tak formulací náhradního hraničního určovatele. Pokud jde o volbu práva nedomníváme se, že je řešení šťastné.

Pro tyto případy jsme příznivci vyloučení volby práva. Důvody jsme uvedli výše. Náhradní hraniční určovatel je v případech, na které článek 6 dopadá, očekávatelný. Otázka elektronicky uzavíraných smluv spadajících pod článek 6 bude záviset na vyhodnocení především toho, zda se obchodník ve své činnosti „jakýmkoli způsobem na tuto zemi nebo na několik zemí včetně této země zaměřuje“.

Do budoucna lze očekávat i změny ve směrnicovém spotřebitelském právu. Stupeň harmonizace či dokonce unifikace u přeshraničních smluv může mít vliv i na oblast kolizní upravenou nařízením Řím I.²⁹⁹

II.1.8. Pojišťovací smlouvy

Úvod. Kolizní úprava pojišťovacích smluv zaznamenala přijetím nařízení Řím I zásadní změnu. Stávající úprava (platná prozatím vůči Dánsku) spočívala z větší části (nikoli však výlučně) na směrnicovém právu. Byla poznamenána známou slabinou směrnic prvé a druhé generace: nepřehlednost, komplikovanost, nekonzistence v ochraně hodnot a neúplnost.³⁰⁰ Úmluva Řím I současně vylučovala v článku 1 odst. 3 ze svého dosahu pojistné smlouvy v případě, kdy byla kryta pojistná rizika nacházející se na území Evropských společenství. Pro určení toho, zda se riziko nachází či nenachází na území EU se použilo vnitrostátní právo. Dopadala však na zajištění (článek 1 odst. 4). V obou naposledy uvedených situacích, tj. pojistné riziko se nachází mimo území EU a smlouvy zajišťovací, se uplatnila obecná pravidla tak, jako je tomu u jiných smluv. Ostatní případy byly doménou směrnicového práva provedeného do národních právních řádů. Mimo okruh evropské úpravy zůstala situace, kdy se riziko nacházelo na území EU, avšak pojistitel byl usazen mimo EU. Tam se uplatnily národní normy mezinárodního práva soukromého.³⁰¹ Tento komplikovaný systém

²⁹⁹ Zelená kniha o přezkumu spotřebitelského *acquis*, KOM(2006) 744.

³⁰⁰ Perner, S., *Das internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I*, IPRax, 2009, Heft 3, s. 218. Hill, J., *Gross Border Consumer Contracts*, Oxford Press: New York, 2008, s. 251–252.

³⁰¹ Viz také: Perner, S., *Das internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I*, IPRax, 2009, Heft 3, s. 218.

přinášel otazníky také tam, kde bylo riziko situováno částečně v ES a částečně mimo EU.

Nařízení Řím I zásadně změnilo a zjednodušilo tuto oblast.³⁰² Je pravdou, že dlouhou dobu nebylo zřetelné, zda dojde ke změně. Zatímco Zelená kniha a následná diskuse přinesly řadu námětů,³⁰³ návrh z roku 2005 se vrátil ke *statu quo* známého z Úmluvy Řím I. V konečné verzi však nařízení Řím I změnilo stávající podobu a rozšířilo svou působnost v oblasti pojišťovacích smluv.

Úprava kolizních kritérií v článku 7 obsahuje celou řadu zvláštností. Setkáváme se zde jak se zpětnými pravomocemi státu využít své kolizní normy, tak i s pravomocí vyloučit v případech povinného pojištění jednotná kolizní kritéria.

Dosah článku 7. Prvým problémem je celkový dopad nařízení na pojišťovací smlouvy. Ten vychází z předmětu úpravy nařízení Řím I uvedeného v článku 1. Nařízení vylučuje pod písmenem j) pojistné smlouvy, u nichž existuje podobnost se sociálními systémy.³⁰⁴ U ostatních pojišťovacích smluv se nařízení použije. Neexistuje však jednotný režim. Část smluv spadá pod obecná pravidla článků 3 a 4, část pod úpravu článku 7. Za určitých podmínek lze využít i spotřebitelské ochrany dle článku 6.³⁰⁵ Současně

Merrett, L., Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation, *Journal of Private International Law*, 2009, s. 49–52. Plender, R., *The European Contracts Convention*, London: Sweet & Maxwell, 1991, s. 138, s. 267.

³⁰² V české literatuře ke stavu před: Bělohávek, A., O pojistném právu z hlediska změny evropských předpisů o právu rozhodném pro smluvní závazky, *Obchodní právo*, 2009, č. 1, s. 2–3.

³⁰³ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commissions Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, *RabelsZ*, Bd. 68, 2004, s. 25–29.

³⁰⁴ Perner, S., *Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I*, *IPRax*, 2009, Heft 3, s. 219.

³⁰⁵ Srovnej také Merrett, L., Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation, *Journal of Private International Law*, 2009, s. 58–59 v souvislosti se smlouvami jinými, než jsou uvedeny v článku 7 odst. 2 a u nichž je kryté riziko situováno mimo EU. Autorka se poměrně kriticky vyjadřuje k vyloučení této otázky z úpravy článku 7. Rovněž

však, pokud spadá pojišťovací smlouva do režimu článku 7, je vyloučeno využití spotřebitelské ochrany dle článku 6.

Nový aplikační vzorec by tak mohl znít následovně³⁰⁶:

1. Smlouvy o zajištění se budou řídit nadále obecnými pravidly nařízení Řím I (viz. poslední věta odstavce 1).
2. Smlouvy o pojištění velkých rizik se budou řídit speciálním ustanovením článku 7 odst. 2. Umístění rizika je pro tyto případy nerozhodné.
3. Tzv. jiné smlouvy o pojištění než jsou uvedeny v odst. 2 se budou řídit v případě, kdy je riziko situováno uvnitř EU, článkem 7. Literatura označuje tyto smlouvy jako pojistné smlouvy kryjící hromadná rizika.³⁰⁷ Tento případ může zahrnout řadu situací od těch, kdy je pojistitel domicilován na území EU až po ty, kdy tomu tak není, nebo je toto místo nejasné. Což mohou být případy internetového pojišťovnictví.
4. Tzv. jiné smlouvy o pojištění než jsou uvedeny v odst. 2 se budou řídit v případě, kdy je riziko situováno mimo EU, obecnými pravidly nařízení Řím I. Zde by nic nebránilo využití článku 6 v případech, kdy by jinak znaky odpovídaly spotřebitelské smlouvě.

Pro vymezení vztahu zejména ke směrnicovému právu je nutné upozornit na článek 23. Ten pro smlouvy kryté článkem 7 uvádí, že pravidlo o lex specialis jiných zdrojů kolizního práva se zde neuplatní.

Smlouvy o pojištění velkých rizik. Termín „velká rizika“ odpovídá vymezení uvedenému v čl. 5 písm. d) první směrnice Rady 73/239/EHS ze dne 24. července 1973 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přístupu k činnosti v přímém pojištění jiném než životním a jejího

Perner, S., Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I, IPRax, 2009, Heft 3, s. 220.

³⁰⁶ Jiné, avšak výstižné schéma, užívá Bělohávek, A., O pojistném právu z hlediska změny evropských předpisů o právu rozhodném pro smluvní závazky, Obchodní právo, 2009, č. 1, s. 6–7.

³⁰⁷ Bělohávek, A., O pojistném právu z hlediska změny evropských předpisů o právu rozhodném pro smluvní závazky, Obchodní právo, 2009, č. 1, s. 9–10.

výkonu. Příloha v konsolidované verzi směrnice obsahuje členění rizik dle odvětví a dalších kritérií. Jak uvádějí některé prameny – nekonzistentně, nepřehledně.³⁰⁸

Právní režim smluv nezávisí v uvedeném případě na tom, kde se nachází kryté riziko. Tyto smlouvy rovněž nepoživají žádný ochranný režim v oblasti volby práva. Lze tak využít neomezenou volbu práva. Pokud by k ní nedošlo, řídí se smlouva právním řádem místa obvyklého bydliště pojistitele. To však za podmínky, že smlouva není zjevně úžeji spjata s jinou zemí.

Jiné pojišťovací smlouvy s krytým rizikem uvnitř EU (tzv. hromadné riziko). Pro tyto smlouvy platí pravidla uvedená v odst. 3. V prvé řadě lze využít volbu práva. Ta je v souladu se zde zvolenou koncepcí kolizně omezená. Lze volit pouze mezi právními řády uvedenými v odst. 3 pod písmeny a) až e). Zvláštní pravidlo výhodnosti se týká práva určeného dle písmen a), b) a e). Pro tyto případy, pokud právní řády obsahují větší volnost (tj. neomezenou volbu práva), je možné ji využít. Z hlediska technického může jít o využití zpětného odkazu nebo přímé zmocnění k použití těchto národních kolizních norem. Z pohledu ideového se jedná o kompromis mezi zastánci omezení u volby práva a neomezené volby práva. Pokud si strany nezvolí právo, případně si jej zvolí jen pro část smlouvy,³⁰⁹ uplatní se právo členského státu, kde se nachází riziko v okamžiku uzavření smlouvy.

Zvláštní pravidla v případech existence pojišťovací povinnosti. Odstavec 4 obsahuje dodatečná pravidla pro případy, kdy členský stát předeepisuje povinnost k pojištění.

Prvé z pravidel uvádí pro tento případ za podmínek uvedených pod písmenem a) jako rozhodné právo státu, který ukládá povinnost uzavřít pojištění. Druhé z pravidel – tj. pravidlo uvedené pod písmenem b) – obsahuje zpětně udělené právo členskému státu v případech pojistných smluv s vel-

³⁰⁸ Perner, S., Das internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I, IPRax, 2009, Heft 3, s. 220.

³⁰⁹ Viz termín „v míře, ve které nebylo právo rozhodné zvoleno stranami podle tohoto odstavce“.

kým rizikem i ostatních smluv stanovit, že se bude pojistná smlouva řídit právním řádem, který stanovil pojišťovací povinnost. Z jazykového výkladu vyplývá, že se tato možnost týká jak volby práva, tak náhradního řešení.

II.1.9. Individuální pracovní smlouvy

Úvod. Problematika pracovních smluv spadá společně se smlouvami spotřebitelskými do kategorie smluv obsahujících ochranné prvky ve prospěch jedné ze stran vztahu. Různá očekávání stran smlouvy, závislost jedné ze stran na druhé, mnohdy menší právní i faktická informovanost pracovníka atd. nutně vyžadují i reflexi zákonodárství v případě, kdy existuje zájem tuto nerovnou pozici stran vyrovnat cestou legislativní úpravy. Obecně je pracovník hodnocen jako strana fakticky slabší vzhledem ke své závislosti, příp. dalším výše uvedeným faktorům, na straně druhé. Samozřejmě je nutné, pokud hovoříme o nerovnosti, připustit rozdíly mezi dělníky a dalšími podobnými kategoriemi na jedné straně, a vrcholovými managery na straně druhé. Právní úprava zajišťuje vyrovnání skutečné nerovnosti existencí ochranných norem. Tato oblast práva má delší tradici ve zvláštní úpravě oproti smlouvám spotřebitelským, a to i v oblasti kolizní a v oblasti mezinárodního procesního práva. I když prostředky a technika ochrany se postupně měnily.³¹⁰

Oblast pracovního práva je oblastí typickou naplňováním své sociální a ochranné funkce. Aspekty ochrany zasahují pracovní smlouvu a promítají se do řady institutů soukromého práva. Plní však i sociální funkci pokud jde o ochranu pracovníka. Ta má svůj základ spíše v oblasti veřejného práva. Dělení na ochranu vycházející z oblasti soukromého a veřejného práva

³¹⁰ Přehled úprav jednotlivých států viz v komparativním pohledu Gamillscheg, F., Labour Law, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Chapter 28, Tubingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973. Z přehledu vyplývá, že ochrana se odvíjela spíše od aplikace norem veřejnoprávních, případně norem dnes nazývaných normami imperativními. To nesporně platilo právě o úpravách socialistických států. Například česká úprava v ZMPS až do data vstupu Úmluvy Řím I neobsahovala žádné limity volby práva mimo zohlednění veřejného pořádku, případně (což byla záležitost doktrinální) zohlednění dopadu imperativních norem.

náleží spíše kontinentálnímu právu. V oblasti anglosaského práva je naposledy jmenované zasazeno spíše do dosahu administrativních opatření či sankcí.³¹¹

Povaha pracovního práva se promítá do oblasti kolizního a procesního práva a tak, jak je využito různých regulačních prostředků na úrovni vnitrostátního hmotného práva, projevuje se i v oblasti vztahů s mezinárodním prvkem. Samozřejmě prostředky, které jsou známé mezinárodnímu právu soukromému, případně prostředky, které jsou i jinak způsobilé ovlivnit právní vztah „umístěný“ v této oblasti práva.

Základní otázku, kterou si zde klademe, tvoří právo rozhodné pro pracovní smlouvu a jeho limity. Je to otázka přípustění omezené či neomezené volby práva, náhradního hraničního určovatele, mezi úpravy takto stanovené. Limity při aplikaci zvoleného či jinak určeného práva na pracovní smlouvu mohou tvořit ochranné kogentní normy, normy imperativní (viz dále), veřejný pořádek a lze předpokládat dopad tzv. ochranných norem (safety rules).³¹² Vedle problematiky regulace smlouvy stojí vlastní ochrana pracovníka či práce. Zde se setkáváme spíše s normami veřejnoprávními. Je tak třeba se zabývat jejich teritoriálními účinky. Zde nesporně zvláštní kategorii budou tvořit pracovníci vyslaní na práci do zahraničí. Orgány státu disponují svou pravomocí vynucovat právo pouze v rámci teritoria státu vydání normy. Přímé účinky mimo území státu jsou vyloučeny. Nicméně nejsou vyloučeny situace, kdy jsou exteritoriální účinky přípustěny. V oblasti pracovního práva může jít o požadavky na hygienické a ochranné

³¹¹ Gamillscheg, F., *Labour Law*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume III, Chapter 28, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, s. 3.

³¹² Úprava „safety rules“ vychází z koncepcie, že pachatel deliktu se musí chovat v souladu s těmito normami státu, v němž jednal, a to bez ohledu na právo rozhodné pro následné soukromoprávní důsledky svého chování. Bylo by proto vůči pachateli nespravedlivé, pokud by tyto normy nebyly brány v potaz. Jako příklad jsou typicky uváděna pravidla silničního provozu, technické standardy výrobků, pravidla bezpečnosti práce nebo technické požadavky ve stavebnictví. Viz: Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 298; Nishitani, Y., *The Rome II Regulation from a Japanese Point of View*. In *Yearbook of Private International Law*. Volume IX.–2007, Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008, s. 183.

standards u pracovníků vyslaných do zahraničí, zákaz práce dětí pro podnikatele s vazbou na území státu atd.³¹³

Tak, jako v jiných případech existence mezinárodního prvku a připuštění neomezené volby práva by díky specifickým mezinárodního práva soukromého mohla být ochrana (vycházející z oblasti soukromého práva) obcházena tím, že strany zvolí cizí právo. Přirozenou reakcí v oblasti kolizní je limitace smluvní volnosti. S tou jsme se již setkali v Úmluvě Řím I³¹⁴ a objevuje se i v nařízení Řím I. Je očekávatelným důsledkem úpravy v oblasti hmotného práva. I zde je nutné vzít do úvahy i otázku procesní, tj. pravomoc soudů. Připuštění možnosti volby fóra či fóra shopping může ovlivnit i režim aplikace některých druhů norem. Například imperativních norem fóra.

Definice. Definice pracovní smlouvy je jen na první pohled zdánlivě jednoduchou otázkou. To, co je zřetelné je, že jak v případě Úmluvy Řím I, tak i zde nezasahuje úprava kolektivní pracovní smlouvy. V tomto duchu hovořila již Zpráva Lagarde-Giuliana,³¹⁵ a stejně tak hovoří i Preambule nařízení Řím I v bodech 34–36. V tomto směru neexistují pochybnosti a na kolektivní pracovní smlouvu, pokud by obsahovala mezinárodní prvek, budou dopadat obecná ustanovení článku 3 a 4.

Dále však již tolik jistoty nemáme. V literatuře se tradičně – bez ohledu na to, zda se jedná o komunitární či jinou úpravu – objevuje otázka, zda má v tomto případě proběhnout kvalifikace dle práva fóra, nebo má spíše proběhnout dle *legis causae*. K tomu přistupuje právě u norem unijních autonomní interpretace. V naší specifické oblasti spíše autonomní kvalifikace a vytváření autonomních pojmů. Zdá se, že každý přístup má své pro a proti. Přiklonění se k jedné či druhé metodě může přinést různé výsledky. Zatímco dle jednoho právního řádu se bude jednat o smlouvu pracovní, dle jiného může jít o smlouvu o zastoupení či *inominátní smlouvu*³¹⁶ nepožíva-

³¹³ Blíže Gamillscheg, F., *Labour Law*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume III, Chapter 28, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, s. 21–22.

³¹⁴ Analýza v české literatuře s komparací směrem k ZMPS: Bělohlávek, A. J., *Pracovně-právní vztahy s mezinárodním prvkem*, *Právo a zaměstnání*, 2005, 10, s. 2–10.

³¹⁵ Lagarde – Giuliano Report, výklad k článku 6.

³¹⁶ Zde máme na mysli *managerské smlouvy* s fyzickými osobami.

jící ten stupeň ochrany, kterou má smlouva pracovní. To je zjevný kvalifikační rozdíl v této oblasti. Zatímco dle jednoho právního řádu může být na určitý problém (kupříkladu mzdu) nahlíženo pohledem veřejného práva, dle jiného naopak práva soukromého. I tyto – spíše skryté rozdíly – se mohou objevit.

Tradičně směřoval převládající názor ke kvalifikaci dle legis fori s tím, že má být činěna volněji, šířeji, s přihlédnutím k mezinárodní povaze vztahů.³¹⁷ Jiní autoři poukazují na problém rozdílného hodnocení dle legis fori a dle legis causae včetně důsledků z toho vzešlých a doporučují spíše postup dle domnělého legis causae.³¹⁸ Vzhledem k povaze nařízení Řím I tato řešení – pokud je možné najít autonomní pojem – jsou nadále ne zcela aktuální.³¹⁹ Důvodem je autonomní interpretace pojmu, resp. jak jsme uvedli spíše autonomní kvalifikace.

Otázka možnosti existence autonomního pojmu „pracovní smlouva“ vzbuzuje rozdílné reakce. Například Cavalier s Upexem, kteří provedli komparativní studii anglické, francouzské a německé úpravy pracovní smlouvy, hovoří o vysoké podobnosti a možnosti vytvoření společného pojmu, byť existuje tzv. šedá zóna, kde jsou odlišnosti.³²⁰ Hartley se v publikaci z poloviny devadesátých let vyslovuje skepticky ke společné definici. S poukazem na neexistenci pravomoci ESD interpretovat Úmluvu Řím I a tím doposud neexistujícím názorům na jednotný pojem nepovažuje existenci za reálnou. Poukazuje také na problém daný tím, že pokud by různé druhy smluv byly kvalifikovány jako pracovní a spadající pod článek

³¹⁷ Gamillscheg, F., Labour Law, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Chapter 28, Tübingen:, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): 1973, s. 5. Nygh, P. E., Autonomy in International Contracts, Oxford University Press, 1999, s. 149–150.

³¹⁸ Plender, R., The European Contracts Convention, Sweet & Maxwell: London, 1991, s. 138. Morse, R., Employment Contracts in the E.E.C., in: North, P. M., (ed.), Contracts Conflicts, North-Holland Publ., 1982, s. 148–149. Je pravdou, že v případě tohoto typu smlouvy existuje vysoký stupeň předvídatelnosti legis causae smlouvy. Tudíž i kvalifikace může využít tohoto principu.

³¹⁹ Jednoznačně Stone v: Stone, P., EU Private International Law. Harmonization of Laws. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, s. 319.

³²⁰ Cavalier, G., Upex, R., The Concept of Employment Contract in European Union Private Law, I.C.L.Q., 55 (3), 2006.

6, přičemž rozhodný právní řád by je tak nehodnotil, bylo by použito rozhodné právo na situace, na které původně nezamýšlelo být aplikováno.³²¹ Toto konstatování neztratilo nic na své výstižnosti od doby, kdy jsme se poprvé touto problematikou zabývali a kdy jsme zkoumali v rámci monografie Evropské mezinárodní právo soukromé daný problém. Doporučované řešení, tj. kvalifikace dle právního řádu určeného dle odstavců 2 až 4, není špatným řešením. Nicméně i vzhledem k nařízení Brusel I je „ve hře“ autonomní výklad a otázka, zda pro tuto situaci je vůbec reálné, aby vznikl autonomní pojem (je zřetelné, že tato otázka překračuje hranici interpretační činnosti).

V prvé řadě je třeba využít judikátů ESD. Ten se vícekrát vyslovil k různým aspektům pracovně právních vztahů z pohledu Úmluvy Brusel I a konstatoval existenci charakteristických znaků této smlouvy. Pokud hledáme definici pro článek 18 nařízení Brusel I, přiklání se i odborná literatura k existenci autonomní interpretace a vzniku autonomního pojmu³²². K hledání evropské definice mohou napomoci rovněž rozhodnutí vydaná v jiných souvislostech než je Úmluva Brusel I, resp. nařízení Brusel I. Konkrétně lze uvést:

- **66/85** Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg. V bodu 17 zdůvodnění je konstatováno, že pracovní poměr je dle judikatury ESD charakterizován okolností, že určitá osoba vykonává po určitou dobu ve prospěch jiné osoby a pod jejím vedením činnosti, za které protihodnotou pobírá odměnu.³²³
- **266/85** Hassan Shenavai v. Klaus Kreischer. V bodu 16 zdůvodnění lze nalézt rovněž znaky odlišující smlouvu pracovní od jiných typů smluv. Pracovní smlouvy vytvářejí trvalé pouto, které včleňuje pracovníka v určitém rozsahu do organizační struktury podniku, resp.

³²¹ Hartley, T. C., *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach*, 266 Hague Recueil des Course 370 (1997), s. 374–376.

³²² Magnus, U., Mankowski, P. (ed.), *Brussels I Regulation. European Commentaries on Private International Law*, Munich: Sellier. European Law Publisher, 2007, s. 328.

³²³ Při hledání naplnění pojmu závislá práce v komparativním pohledu a i s odkazem na evropskou judikaturu viz v české literatuře: Bezouška, P. *Závislá práce*. In: http://www.ipravnik.cz/cz/ap_1/pd_1/txtexpresion_judikatura/art_5811/detail.aspx.

- zaměstnavatele a jsou vázány k místu, kde je činnost realizována. Takováto koncepce nezasahuje případy, kdy jsou uzavřeny smlouvy na poskytnutí profesionálních služeb jako jsou služby architekta, právníka atd. Tímto je významně doplněna definice pokud jde o případ 66/85.
- C-125/92 *Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels*. V bodu 15 s odkazem na *Ivenel*³²⁴ a *Shenavai*³²⁵ ESD uvádí, že pracovní smlouva v komparaci s jinými smlouvami disponuje určitými zvláštními znaky (ty na rozdíl od hledání místa plnění u jiných smluv umožňovaly vytvoření autonomního pojmu v případě místa plnění, tj. místa výkonu práce). Znovu je zopakováno, že pracovní smlouva vytváří trvalé pouto včleňující pracovníka v určitém rozsahu do organizační struktury činnosti zaměstnavatele a je vázána k místu, kde jsou aktivity realizovány. Toto místo rovněž určuje aplikaci kogentních norem a kolektivních smluv chránících zaměstnance.

Je zřetelné, že základním charakteristickým znakem je závislá práce a její vymezení se k podnikání jako nezávislé činnosti. To bude přinášet nejčastější problémy u hraničních případů, hodnocených v různých státech různě. Samozřejmě může být rovněž zajímavá otázka souběhu pozic, tj. současné zaměstnávání společníka s.r.o. Zajímavý pohled může mít soudce z jiného státu pro hodnocení tzv. švarcsystému, který se v různých podobách objevuje.

Dále lze za kvalifikační znak považovat rovněž odměnu a osobní výkon práce.

Volba práva. Článek 8 odst. 1 připouští volbu práva ve stejné koncepci jako je tomu u spotřebitelských smluv. Ochranný režim je nastaven pomocí kogentních norem právních řádů uvedených v následujících odstavcích pro různé situace ať již pomocí pevných hraničních určovatelů nebo také pomocí únikové klauzule v odstavci 4. Tento vývoj od neomezené volby práva k volbě omezené kogentními normami, jejichž cílem je ochrana pracovníka, lze zaznamenat s nástupem Úmluvy Řím I. Do té doby spíše

³²⁴ 133/81.

³²⁵ 266/85.

právní řády využívaly volbu neomezenou.³²⁶ V ČR tomu bylo až do vstupu v platnost Úmluvy Řím I, tj. do roku 2006.

Pokud jde o další dopad článku 3 jsou varianty a omezení zde uvedená využita i pro volbu dle článku 8. Ke kogentním ochranným normám tak přistupují kogentní normy dle odstavce 3 a evropské kogentní normy dle odstavce 4. Toto případné štěpení obligačního statutu je dále ovlivněno imperativními normami v režimu článku 9.

Kategorie „kogentních norem s ochranným účelem“ musí být kvalifikována v rámci právního řádu, k němuž náleží.

Samozřejmě, že jsme zde v situaci stejné jako u spotřebitelských smluv. Tzn. materiální či materializovaná volba práva? Ta otázka zůstává. To, s čím lze souhlasit a s čím by bylo možné se vzhledem k povaze pracovního práva setkat, je otázka kumulací ochranných nároků. Tzn. případu, kdy by v případě například neplatné výpovědi jeden právní řád umožňoval peněžní náhradu a druhý navrácení do původního stavu. I s ohledem na to, že materiální volba práva může k tomuto výsledku vést, se přikláníme ke druhému řešení. Byť aplikačně obtížnějším.

Náhradní řešení. V případě, kdy nebylo platně zvoleno právo se využije následujících kritérií:

- místo obvyklého výkonu práce při plnění smlouvy,
- nelze-li jej určit, potom místo provozovny, která pracovníka zaměstnala, nebo
- právo jiné země, která je se smlouvou úžeji spojena než jsou země určené dle odstavců 2 a 3.

Domníváme se, že toto pořadí je tím, které by měl soudce sledovat při výběru národního právního řádu.

Lex loci laboris je tradičním náhradním hraničním určovatelem u pracovních smluv. Jeho využití je jednoduché tam, kde pracovník vykonává práci jen v jednom místě. Může však nastat situace (u obchodních reprezentantů v pracovním poměru, profesí v dopravě atd.), že tomu tak není a exist-

³²⁶ Gamillscheg, F., Labour Law, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Chapter 28, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973, s. 7–10.

tuje více do úvahy přicházejících míst. Například obchodní reprezentant má kancelář v jednom státě a působí ve státech dalších. Zvláštní situace přináší také pracovní právní vztahy v dopravě.

Odstavec druhý tak může obsahovat dva interpretační problémy. Prvým je určení „*místa obvyklého výkonu práce*“, druhým potom otázka „*dočasnosti*“ vyslání pracovníka. Pokud jde o místo obvyklého výkonu práce, při konkurenci vícera takovýchto míst si lze napomoci rozhodnutími ESD:

- **C-125/92** Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels. V tomto případě bylo řečeno, že pokud zaměstnanec vykonává svou práci ve více než jednom smluvním státě (případ se váže k době platnosti Úmluvy Brusel I a k jejímu článku 5 odst. 1, tj. konstatování místa plnění smlouvy), místo plnění smluvního závazku je místo kde, nebo ze kterého zaměstnanec především realizuje své závazky ve vztahu k zaměstnavateli.
- **C – 383/95** Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd. ESD zopakoval definici místa obvyklého plnění pracovní smlouvy. Zde v případě, kdy zaměstnanec vykonává svou práci ve vícero smluvních státech. Tímto místem je potom to, kde existuje skutečné centrum jeho pracovních aktivit. Při jeho určení je třeba vzít do úvahy, že zaměstnanec tráví většinu své pracovní doby ve státě, kde má kancelář, kde organizuje své aktivity pro zaměstnavatele a kam se vrací po každé ze služebních cest.
- **C- 37/00** Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd. V tomto případě zaznělo (odrážka 50), že obvyklé místo výkonu práce pro účely článku 5 odst.1 Úmluvy Brusel I je místo, kde pracovník strávil většinu pracovní doby určené ve prospěch zaměstnavatele.

Lze si položit otázku, jaké kritérium může sehrávat roli při určování místa obvyklého výkonu práce v případech konkurence těchto míst. Je to kritérium významu realizované práce, objemu činnosti, efektivity, resp. ovlivňování ve smyslu organizačním či formálního „usazení“ takovéto osoby? Zatím se jeví, že je to spíše kombinace teritoriálního, formálního usazení spolu s efektivním ovlivňováním dalších činností. Naposledy uvedené nejvíce reflektuje znění pravidla uvedeného v nařízení.

Otázka dočasnosti a tzv. dvojího zaměstnavatele patří k těm, kterým se věnuje i jeden z bodů Preambule. V souladu s ním: „*Pokud jde o individuální pracovní smlouvy, mělo by se na práci vykonanou v jiné zemi pohlížet jako na dočasnou, pokud se má zaměstnanec po splnění svého úkolu v zahraničí opět ujmout své práce v původní zemi. Uzavření nové pracovní smlouvy s původním zaměstnavatelem nebo se zaměstnavatelem ze stejné skupiny společností jako původní zaměstnavatel by nemělo vylučovat, aby zaměstnanec dočasně vykonával svou práci v jiné zemi.*“

Pravidlo uvedené v odst. 3 – právo země, kde se nachází provozovna, která zaměstnance zaměstnala – může být ošidné. Ať již pro možné, následné změny v lokalizaci, tak pro skutečnou vazbu k němu. Na druhé straně ona „středová pozice“ mezi prvním určovatelem a odstavcem 4 umožňuje dostatečný pohyb a zvážení úpravy.³²⁷

II.1.10. Imperativní normy

Úvod. Imperativní normy představují fenomén mezinárodního práva soukromého v období zejména po II. světové válce. Snad žádné z témat této právní disciplíny nezažilo v posledních desetiletích tolik diskusí, šíří v názorech a přístupech, resp. šíří odůvodnění v podstatě obdobných aplikačních výsledků jako je tomu u této problematiky. Ne snad, že by v předchozím období neexistovaly zásahy států do oblasti civilních či obchodních vztahů a neexistovaly úvahy o interakci práva veřejného a soukromého. Dílčí úvahy a upozornění na různou povahu kogentních norem existujících v právním řádu nalézáme již u autorů 19. století.³²⁸ Byť zasazené do jiných

³²⁷ Plender, R., Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, London: Thomson Reuters, 2009, s. 320.

³²⁸ S problematikou kogentních norem jiné povahy než jsou ty, které lze aplikací jiného práva odsunout, se setkáváme i v mnohem starších pracích. V práci zakladatele moderního mezinárodního práva soukromého C. F. von Savignyho nalézáme zmínky o existenci norem majících striktně pozitivní, imperativní povahu, s kterými nelze volně zacházet bez ohledu na hranice právních řádů. Kogentní normy dělí do dvou skupin: prvé z nich sice nemohou být „odsunuty“ vůlí stran, avšak mohou být nahrazeny v rámci použití pravidel mezinárodního práva soukromého jiným právním řádem; s druhými není možné takto zacházet, jde současně o normy, které byly vydány pro ochranu morálky či veřejných otázek. Savig-

teoretických východisek, zůstává pro budoucnost hodnotou právě ono upozornění na různou povahu a následně z toho vyplývající aplikaci dvou skupin kogentních norem.

S rozvojem regulace v hospodářské oblasti na úrovni mezinárodní, regionální či národní, s přijímáním sociálně ochranných opatření v rovině soukromého práva a jejich kvalifikací jako zájmů veřejných, se současným nárůstem vztahů mezi subjekty soukromého práva z různých států, vzrostla i frekvence dopadů těchto norem na soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem, zejména potom na smlouvy. Původně nejčastěji uváděná devizová omezení a omezení sankčního typu (embarga) byla nahrazena mohutnou legislativou v oblasti regulace dovozu a vývozu, soutěžního práva, finančního a devizového práva. Do rozporu se může dostat také otázka ochrany obchodního tajemství a normy státu, které stanoví subjektu různé informační povinnosti ať již ve vztahu k orgánům státu, či veřejnosti. Rovněž otázky uvedení výrobku na trh a s tím související legislativa technická, sanitární či fyto-sanitární může ovlivnit soukromoprávní transakci zásadním způsobem.

Technika určení norem jako „neodsunutelných“ tím, že mohou použít jiné právo, byla využita také u legislativy z oblasti ochrany některých individuálních hodnot (rovnost stran), zejména v oblasti spotřebitelského, nájemního či pracovního práva.³²⁹

Zatímco původ tohoto typu norem je dnes snad spíše orientačním a kvalifikačně nerozhodujícím kritériem, je to zjevně otázka kvalifikace zájmů obsažených v těchto normách a jejich aplikační vůle směrem k pro-

ny, F., C. v., *System des heutigen Römisches Recht*, Band VIII, Veit and Comp.: Berlin 1849, s. 36. Krátký přehled o přístupu Wächtera, Savignyho a Manciniho viz také Ebrahimi, S. N., *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*, Athena Press: London, 2005, s. 249 a násl. Krátký, ale výstižný přehled úvah v období okolo druhé světové války viz: Hellner, J., *Third Country Overriding Rules*, *Journal of Private International Law*, 2009, Vol. 5, No. 3, s. 448–450.

³²⁹ Zde je nesporně nutné – a dále se k této otázce dostaneme – odlišovat mezi pouhým vyrovnáním smluvní pozice a ochranou veřejných zájmů.

sazení se bez ohledu na rozhodné právo, co rozhoduje o jejich řazení do této skupiny norem.³³⁰

Tyto zásahy mohou mít vliv na platnost smlouvy či jejího ustanovení, mohou působit ve směru nerealizovatelnosti či protiprávnosti jejího plnění, mohou měnit lhůty plnění či v případě nesplnění ovlivnit uplatnitelnost sankcí či náhradu škody.

Názory odmítající aplikaci cizích veřejnoprávních norem se staly v realitě mezinárodního obchodního styku neudržitelné. Přijetí myšlenky zohlednění dopadu (či užití, přihlédnutí atd.) těchto norem odstartovalo řadu dalších procesů a vyjasnění vzájemných vazeb dalších institutů. Příkladem je formulace kolizních norem v některých oblastech³³¹ a vymezení prostoru aplikace výhrady veřejného pořádku.

Tyto normy přinášejí problémy také z jiného pohledu. Štětává se v nich více otázek, mimo jiné i v závislosti na tom, součástí kterého právního řádu normy jsou:

- a) v případě norem, které jsou součástí legis causae je to samotná problematika zacházení s cizím právem – tedy otázka, zda má být aplikován právní řád jako celek, nebo jsou z aplikace vyňaty některé kategorie norem či oblastí právní úpravy;
- b) v případě norem, které jsou součástí legis fori je situace sice jednodušší co do výsledku – je zjevné, že budou aplikovány. Problémem

³³⁰ V literatuře lze nalézt řadu pokusů o vymezení kvalifikačních znaků. S odkazem na další literaturu lze pro oblast německého práva (ale nejenom jej) poukázat na vymezení v práci Kuckeina. Tento autor rozlišuje normy pohledem formálním a materiálním. Z pohledu formálního se jedná o normy hmotného práva, které řeší nebo chtějí řešit určitý právní vztah rozdílně od jinak platného legis causae. Rozhodujícím prvkem je tak jejich vůle k mezinárodní aplikaci (internationale Anwendungswille). S tím dále souvisí otázka vymezení prostorového použití. Materiální pohled je pohledem obsahových kritérií. Dříve sledovaná přináležitost k veřejnému právu je dnes nahrazována spíše sledováním veřejných zájmů. Kuckein, M., Die Berücksichtigung von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationale Vertragsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 17–31.

³³¹ Na mysl tím máme již analyzovanou otázku formulace kolizních norem tak, že výběr je přesouván do roviny hmotného práva, případně je ovlivněno normami kogentními normami hmotného práva. Příkladem může být úprava některých spotřebitelských smluv či individuálních pracovních smluv v Úmluvě Řím I a nařízení Řím I.

bývá zdůvodnění aplikace ve vztahu ke koliznímu právu a jeho institutům. Zvláštní otázkou je aplikace těchto norem před rozhodčími soudy a otázka fóra. To je však poněkud jiný problém. U něho odkazujeme na jinou literaturu věnující se otázce rozhodčího řízení a tohoto typu norem;³³²

- c) pokud jde o třetí státy je vůbec otázkou titul pro aplikaci a využití právní řád. Normy třetího státu bývají zpravidla předmětem diskuse. Právě nařízení Řím I posunulo diskusi poněkud neočekávaně pro kontinentální právo – a to jak pro odpůrce úpravy, tak i její příznivce.

Otevřeným je samotné zacházení s těmito normami – tj. šíře diskrece soudu a zjištění jejich obsahu. Tím se liší v některých jurisdikcích od aplikace norem povolaných k „řešení“ přímo kolizní normou. Například v podmínkách českého právního řádu se naposledy uvedené aplikují *ex officio* a zjišťují se rovněž taktó. Otevřenou se může stát také ona otázka, zda zde existují stejné zábrany jejich aplikace jako je tomu u práva soukromého, tj. výhrada veřejného pořádku, nebo zde je nutné šíře vymezit důvody pro odmítnutí jejich aplikace. Problémy mohou nastat také u konkurence tohoto typu norem pocházejících z různých právních řádů. Ne zcela neoprávněnou obavou probleskující v některých diskusích je, zda otevření se aplikaci těchto norem tam, kde se jedná o třetí státy, nepodpoří tento typ legislativy.

Společná úprava v evropských normách a diskuse rozvířená přípravou jejich přijetí daly nový rozměr otázce vhodnosti či nevhodnosti úpravy dopadu imperativních norem.³³³ Tato úprava vyjasnila alespoň některé aspekty problému. Jiné však, jak tomu obvykle bývá, otevřela. Úmluva Řím I byla se svým článkem 7 prvním krokem ve snaze unifikovat naklá-

³³² Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení ve vnitrostátním a mezinárodním*, Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 243–247.

³³³ Bonomi, A. *Mandatory Rules in Private International Law – The Quest for Uniformity of Decision in a Global Environment*, Yearbook of PIL, Volume I, The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 215 a násl. Bonomi, A., *Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*, Yearbook of PIL, Volume 10, The Hague: Kluwer Law International, 2008, s. 285 a násl.

dání s těmito normami. Samotná unifikační hodnota však byla snížena možností přijmout výhradu k článku 7 odst. 1, tj. aplikaci norem třetích států. Této možnosti využila řada členských států, konkrétně Irsko, Německo, Lotyšsko, Lucembursko, Portugalsko, Velká Británie a Slovinsko. Ne zcela vstřícné stanovisko k úpravě těchto norem se projevilo zejména ze strany těchto států v průběhu přijetí nařízení Řím II i transformaci nařízení Řím I.³³⁴

Jak uvidíme dále, ani přijetí nařízení Řím I, které neumožňuje přijetí výhrad, ještě neznamená jednotu v nakládání s těmito normami a řada otázek zůstala opět otevřených.

Historie včetně vývoje doktríny v České republice. Zejména pro uchopení otázek, které dnes již spadají do sféry obecného zacházení s cizím právem, je vhodné se podívat na vývoj názorů na danou problematiku. Změna v zacházení s normami, které jsou součástí legis causae toto malé vysvětlení vyžaduje.

Období po druhé světové válce bylo – pokud jde o diskuse o této problematice – na evropském kontinentě poznamenáno částečně ideologicky, částečně dozníval zejména v období 50. a 60. let s tímto související spíše negativní názor na aplikaci veřejnoprávních norem cizího státu.³³⁵ Nicméně nešlo o jediný myšlenkový proud. V literatuře byly tyto normy diskutovány z různých pohledů.³³⁶

Určitý přelom v obecné diskusi o aplikaci či neaplikaci cizích veřejnoprávních norem znamenalo přijetí rezoluce Institutu mezinárodního práva v roce 1975 (Wiesbaden).³³⁷ Ne snad pro svou zásadní objektivnost či pro to, že by teprve rezolucí byly zahájeny diskuse o tomto tématu. Diskuse

³³⁴ Hellner, J., Third Country Overriding Rules, *Journal of Private International Law*, 2009, Vol. 5, No. 3, s. 451–455.

³³⁵ Viz například Kollektiv, *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, s. 107–108 včetně literatury tam dále uvedené.

³³⁶ Přehled v německé a anglické literatuře s odkazem na další práce viz: Kuckein, M., *Die Berücksichtigung von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationale Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 112–150. Je zde naznačen zejména vývoj doktrín „Schuldstatutstheorie“ a „Sonderanknüpfungstheorie“. Zejména u druhé z nich jsou uspořádány vývojové linie od čtyřicátých let až po dnešek.

³³⁷ Text rezoluce viz: <http://www.idi-iil.org>

o vztahu veřejného práva a mezinárodního práva soukromého patřily v právní vědě západních států k frekventovaným tématům.³³⁸ Spíše pro jisté konečné překonání negativního přístupu a i pro to, že následně se promítá příznivý přístup k těmto normám i do přijatých národních či mezinárodních norem.

Myšlenky uvedené v rezoluci lze krátce uvést následovně:

- skutečnost, že ustanovení cizího práva, na které odkazuje kolizní norma, má povahu veřejnoprávní normy, nebrání aplikaci tohoto ustanovení. Stejně jako soukromé právo je i veřejné právo předmětem možné výhrady veřejného pořádku.
- tzv. princip *a priori* neaplikace cizího veřejného práva (například daný jeho absolutně teritoriálními účinky) nemá žádné odůvodnění teoretické či praktické a může vyvolat nepříznivé důsledky pro mezinárodní kooperaci.
- tato konstatování se týkají jak ustanovení chránících soukromé (individuální) hodnoty, tak ustanovení týkajících se zájmů států.

Situace v socialistických zemích byla odlišná. Diskuse o tomto tématu byly zejména do poloviny 70. let méně frekventované a opatrnější. Důvodem byla jak nižší frekvence vztahů se zahraničím omezená obvykle jen na oblast mezinárodního obchodu a úzkou skupinu právníků vnímajících problémy, tak nesporně zde působil oficiální názor marxisticko-leninské teorie států a práva o neexistenci dělení práva na soukromé a veřejné.³³⁹ Odmítnutí dělení se týkalo nejen tzv. socialistického práva, ale i práva ostatních zemí.

I zde si realita hospodářského života vynutila postupnou změnu v názorech, či spíše toleranci k těmto názorům ze strany politických kruhů. Nebylo možné nevzít do úvahy existenci zásahů států do oblasti soukromoprávních vztahů normami finančního či správního práva. S poukazem na

³³⁸ Přehled jednotlivých přístupů k dané problematice v české literatuře viz spolu s literaturou tam uvedenou: Pauknerová, M. Přímá aplikace administrativněsprávních norem v mezinárodním právu soukromém. Studie z mezinárodního práva, 1984, svazek 18, s. 145 a násl.

³³⁹ Kalenský, P., Právo mezinárodního obchodu a dosah „*ius cogens*“. Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1975, č. 4, s. 16.

rozdílné zacházení s těmito normami se setkáváme od 60. let v učebnicích a statích věnovaných mezinárodnímu obchodu.³⁴⁰ Pravidelně se objevují upozornění na rozdílné zacházení s důsledky měnových, licenčních atd. opatření jak státu fóra, tak i cizích států a konstatování, že i když jde o normy jiného státu, není možné jim v určitých situacích upřít účinky. V rovině mezinárodního práva soukromého se setkáváme s otevřenou obecnou diskusí o těchto otázkách později.

V tomto nebyla situace v Československu nikterak rozdílná od ostatních socialistických států.³⁴¹ Konzistentní názor, který se promítl později i do rozhodování u Rozhodčího soudu při ČSOPK, se začíná formovat od poloviny 70. let. I když i v předchozím období se objevují dílčí práce upozorňující na dopady administrativních norem na soukromoprávních vztahy. Je spojen zejména se jmény Kalenského³⁴² a zejména potom Kučery. Jeho úvahy týkající se dopadu norem veřejnoprávních na soukromoprávní vztah tvoří základ české doktríny mezinárodního práva soukromého. Kučera neodmítá jejich použití tam, kde mají důsledky pro občanskoprávní poměry.

³⁴⁰ Kohn, L., Volba práva a imperativní normy v mezinárodním právu soukromém ohledně závazkových poměrů, Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1960, č. 1, s. 5 a násl. Bystrický, R. a kol., Právo mezinárodního obchodu, Svoboda: Praha, 1967, viz např. s. 25, 83. Kalenský, P. Právní otázky řízení zahraničního obchodu členských států RVHP, Praha, 1966.

³⁴¹ Například vedoucí dílo sovětské právní vědy L. A. Lunc, Meždunarodnoje častnoje pravo, Juridičeskaja literatura: Moskva, 1970, s. 268 a násl. zmiňuje problematiku v rámci veřejného pořádku, kde rozlišuje negativní a pozitivní veřejný pořádek. Uvádí, že pokud jde o sovětské normy týkající se monopolu zahraničního obchodu, nemohou být nahrazeny cizím právem. Otázka zacházení s cizími normami zmíněna není.

³⁴² Kalenský, P., Právo mezinárodního obchodu a dosah „ius cogens“. Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1975, č. 3–4, s. 14 a násl. Zde jednak precizně odlišuje kogentní normy občanského práva a situace, kdy dopadá na soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem právo správní či finanční. Po analýze institutu „volba práva“ a jeho dopadu na kogentní normy občanského práva, se zmiňuje i o normách správních či finančních. Uvádí, že v jejich přímá a neodsunutelná aplikace je jasná u norem, které jsou součástí práva fóra. Soud je zde vázán imperativem vlastního právního řádu. Jinak je tomu u norem cizího práva. Kalenský odmítá to, že by je nebylo možné v žádném případě zohlednit. Upozorňuje současně na problémy při formulaci abstraktního pravidla pro jejich použití. Vlastní názor na způsob použití v této práci ještě není vysloven. Podobně Kalenský, P., Ius cogens a obligacní statut, Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1982, s. 14 a následující.

To se týká jak norem, které jsou součástí legis causae, tak norem třetího státu.³⁴³ V jeho přístupu, který se ovšem v pozdějších letech změnil tam, kde jde o aplikaci norem, které jsou součástí legis causae.³⁴⁴ Nerozlišuje v základní rovině mezi normami třetích států a legis causae. Teprve rovina podmínek aplikace je různá.

Řada prací analyzuje v následujících letech dopady norem veřejného práva a vyslovuje se k jejich použití. Zvláště je třeba zmínit analyticky cenné práce Pauknerové³⁴⁵ a kvalifikační práci Tichého³⁴⁶ a Kapitána³⁴⁷ či analýzu norem u Kopáče.³⁴⁸ V 90. letech je formován konzistentní přístup,³⁴⁹ který se následně promítl i do nového návrhu zákona o mezinárod-

³⁴³ Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Panorama: Praha, 1980, s. 175 a násl.

³⁴⁴ Viz návrh zákona o mezinárodním právu soukromém, který je v první řadě výsledkem práce Z. Kučery. Přístupný z www.justice.cz. § 24. Dále také v kapitole věnované vztahu procesních a kolizních norem.

³⁴⁵ Pauknerová, M., *Přímo použitelné administrativněsprávní normy a mezinárodní právo soukromé*, Právník, 1983, s. 477 a násl. Pauknerová, M., *Přímá aplikace administrativněsprávních norem v mezinárodním právu soukromém. Studie z mezinárodního práva*, 1984, svazek 18, s. 145 a násl. V 90. letech: Pauknerová, M., *Tzv. nutně použitelné normy před Rozhodčím soudem při HK ČR a AK ČR*, PPvP, 1996, č. 7–8, s. 16–22. Pauknerová, M., *Kogentní normy v mezinárodní obchodní praxi*, PPvP, 1994, č. 11, s. 4 a násl.

³⁴⁶ Tichý, L., *Náhrada škody při mimosmluvním porušení povinnosti*, kand. dis. práce, Praha 1982, nepublikováno.

³⁴⁷ Kapitán, Z., *Nutně použitelné normy v mezinárodním prostředí*, Brno, MU, uloženo v knihovně, nepublikováno.

³⁴⁸ Kopáč, L., *Unifikace právní úpravy mimo rámec RVHP*, Praha: ČSOPK, 1986.

³⁴⁹ Přístup české doktríny lze shrnout následovně: 1. obsah kategorie nutně použitelné normy: z pohledu české doktríny spadají do této kategorie jak normy veřejnoprávní, tak i normy z oblasti soukromoprávní. V tomto druhém případě jde o normy, které zákonodárce určil jako ty, které „nemohou být odsunuty cizím právem“. Zákonná definice neexistuje. 2. **používání nutně použitelných norem** není závislé, resp. přímo závislé, na normách mezinárodního práva soukromého. Tyto normy mají vlastní určení své prostorové působnosti a aplikace na soukromoprávní vztah obsahující mezinárodní prvek. 3. **nutně použitelné normy, které jsou součástí fóra**: jsou-li součástí legis fori, není použití cizího právního řádu pro posuzovaný vztah překážkou jejich aplikace. 4. **nutně použitelné normy, které jsou součástí jiného právního řádu**: jejich použití je podmíněno naplněním stanovených podmínek. Ty lze vymezit následovně:

a) normy se nepřičí českému veřejnému pořádku, případně úpravě v tuzemské normě téže povahy. b) normy by byly použity orgány státu, jehož právního řádu jsou součástí (tj. z pohledu kvalifikace právního řádu, jehož jsou součástí, se jedná o nutně použitelné nor-

ním právu soukromém. Vzhledem ke skutečnosti, že právě v úpravě nutně použitelných norem (imperativních norem) se dostává návrh zákona do zajímavého vztahu s nařízením, k této otázce se v závěru kapitoly ještě vrátíme.

Terminologie. Peripetie s termínem označujícím tuto skupinu norem jsou ukázkou potřeby v právu přesně označovat jevy. Současně je i příkladem různých vlastností a projevů této kategorie norem. Samozřejmě souvisí i s přístupy právních řádů k dichotomii veřejného a soukromého práva a s vývojem a růstem právních ochrany některých individuálních zájmů.

Při hledání způsobů označování jsme narazili na kapitolu v již zmíněné publikaci Ebrahima,³⁵⁰ která se detailně věnuje různým označením a definicím jak v anglosaském, tak kontinentálním právu. Vzhledem k tomu, že se jedná o autora ze zcela jiné právní oblasti než je oblast kontinentálního práva a common law, je jeho pohled nezastřen vnímáním vlastního právního řádu. Ve své práci také poukazuje na to, že se mnohdy jedná u anglosaské terminologie o import z kontinentu.³⁵¹ Jde o termíny využívané jednotlivými autory téměř i náhodně a jedinečně, nebo ve shodě v rámci autory v rámci určitého právního řádu (typicky termín *Eingriffsnormen* užívaný německými autory a dnes promítnutý do německé verze názvem článku 9 nařízení Řím I) či užívané národní úpravou (článek 13 švýcarské úpravy). Přestože termín „veřejnoprávní“ je v dosahu kontinentálního práva

my). Pokud jsou naplněny obě podmínky, lze uvést k **jejich využití následující**: 1. je-li norma součástí legis causae, použije se. Důsledky jejího použití, tj. dopad na soukromoprávní vztah, bude posuzován z pohledu legis causae. 2. je-li součástí třetího státu, přihlédne se ke stanovisku legis causae na její použití. Je-li negativní, použije se tato norma jen v případě, má-li právní řád tohoto třetího státu dostatečně významný a intenzivní vztah k posuzovanému soukromoprávnímu vztahu. Například účastník je podroben jeho moci nebo na území státu došlo k rozhodné události atd.

³⁵⁰ Ebrahimi, S. N., *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*, Athena Press: London, 2005, s. 256 a násl.

³⁵¹ Problematika označení „mandatory rules“ byla problematická jak pro kontinentální právníky, tak i pro právníky anglické, pro které byl koncept „mandatory rules“ vzdálen i pro to, že byl užít v Úmluvě Řím I ve dvojnásobném významu. K otázce významu termínu „mandatory rules“ pro anglické právníky viz: Mc Clean, D., *De Conflictu Legum, Perspectives of private international law at the turn of the century*, Recueil des cours, No. 282, 2000, zejména s. 213–225.

pro laika nejzřetelnější vzhledem k základnímu uchopení těchto norem, je zjevně nedostačující a proto odmítané. Důvodů je celá řada: od obohacení této kategorie norem o normy ochraňující slabší subjekty (či ošetřující určité veřejné zájmy v této oblasti) a mající svůj původ v soukromém právu, tak ke skutečnosti, že se nejedná o kolize norem veřejného práva či exteritoriální účinky veřejnoprávních norem, ale o situaci, kdy je vždy základem soukromoprávní vztah a civilní žaloba. Tedy zcela jinou situaci než jsou účinky veřejnoprávních norem. Centrem úvah není veřejnoprávní norma a dosah její aplikace, nýbrž její dopad na soukromoprávní vztah.

Na rozdíl od Úmluvy Řím I je v případě nařízení Řím I ve všech jazykových verzích zjevný rozdíl mezi normami kogentními (ve smyslu norem odsunutelných tam, kde bude použito jiné právo) a normami imperativními jako normami s jiným režimem. Například v anglické verzi³⁵² je to vyjádření „*cannot be derogated by agreement*“ v. „*overriding mandatory rules*“. Německá verze využila zavedeného termínu a uvádí „*von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann*“ v. „*Eingriffsnormen*“. Podobně francouzská verze, která užívá „*la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord*“ v. „*lois de police*“. Dánská verze se změnila z „*ufragelige regler*“ na „*overordnede præceptive bestemmelser*“, portugalská z „*disposições imperativas*“ na „*normas de aplicação imediata*“. A tak by bylo možné pokračovat dále.

Pokud jde o užití český termín (podobně je uveden i ve slovenské verzi) lze přivítat přihlášení se k jednomu z možných označení. Domníváme se současně, že by bylo vhodné, aby se sjednotil překlad v nařízeních (Řím I a Řím II) s termínem užitým v návrhu zákona o mezinárodním právu soukromém. Nejenže není šťastné v právním řádu pracovat s několikaerým označením pro jeden a týž jev, ale nebylo by ani vhodné otevřít prostor pro diskuse na téma, zda se jedná či nejedná o různé typy norem. Pro odborníky nevěnující se detailně této oblasti je užití dvojího termínu zavádějící. Domníváme se – i když se nám termín „*nutně použitelné normy*“ či dokonce spíše „*mezinárodně kogentní*“ líbí, skončil čas a právo na zavádění vlast-

³⁵² V této souvislosti odkazujeme na rozbor termínu v práci Bělohávek A. J., Římská úmluva/Nařízení Řím I, II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1323–1324.

ních termínů a je vhodné, pro vzájemné porozumění využívat termín uvedený v právní normě. Další diskuse v tomto směru jsou zbytečné.

Definice a kvalifikace. Nařízení Řím I přináší nejen terminologické odlišení od „běžných“ kogentních norem, ale i samotnou definici imperativních norem. Odlišení termínů lze přivítat. A to včetně bodu 37 Preambule nařízení, který vymezuje imperativní normy jako užší skupinu vůči běžným kogentním normám.

Se samotnou definicí to není až tak jednoznačné. Ne vždy jsou definice výslovně obsažené v právní normě dobrým řešením. Zde navíc v situaci, kdy žádná z mezinárodních či národních norem definici neobsahuje a ponechává definování teorii a aplikační praxi. Je skutečností, že při přípravě nařízení se objevily silné hlasy podporující začlenění definice.³⁵³ Argumenty směřovaly především k tomu, že soudy členských států různě hodnotí mezinárodní kogentnost norem.³⁵⁴ Definice se tak objevila již v návrhu z roku 2005.³⁵⁵ Znovu potom ve finální verzi nařízení Řím I. Tam došlo k drobnému přeformulování.

Je skutečností, že sama definice v článku 9 odst. 1 žádné převratné změny nepřináší. Vychází ze závěrů ESD v případě *Arblade* (C-369/96, C-376/96) a na tento případ návrh z roku 2005 také odkazuje.³⁵⁶ Komise zde měla na mysli vyslovení názoru ESD na pojem a obsah *lois de police*, které v tomto případě byly součástí belgického práva.

³⁵³ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commissions Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instruments and its modernization, *RabelsZ*, Bd. 68, 2004, s. 53–59, s. 108.

³⁵⁴ Je otázkou, zda je to právě kolizní úprava, která je schopna tento problém řešit.

³⁵⁵ COM(2005) 650 final Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Viz článek 8 odst. 1: Má se za to, že dodržování imperativních ustanovení je pro stát při ochraně jeho politického, společenského a hospodářského uspořádání zásadní do té míry, že se vyžaduje jejich použití na jakoukoli situaci, která spadá do jejich oblasti působnosti bez ohledu na to, jaké je podle tohoto nařízení rozhodné právo pro smlouvu.

³⁵⁶ KOM(2005) 650 final Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (RomeI), vysvětlivka k článku 8 odst. 1.

Definice v článku 9 odst. 1 nařízení Řím I vymezuje jak materiální obsah norem (*dodržování veřejných zájmů, jako např. jeho politického, společenského a hospodářského uspořádání, které je pro stát zásadní*), tak naznačuje jejich aplikaci (*měly by být použity bez ohledu na rozhodné právo*). O diskreci rozhodovacích orgánů hovoří v následujících ustanoveních a to ve vazbě na původ norem.

Zařazení úpravy imperativních norem do nařízení, jehož předmětem je regulace soukromoprávních poměrů (viz článek 1), jednoznačně určuje jejich využití jen na právní poměry civilní a obchodní a civilní žalobu. Současně je nutné si uvědomit, že se jedná o definici na úrovni komunitární úpravy, omezenou a vymezenou dosahem nařízení. A především autonomní co do své interpretace.

Bělohlávek při vymezení rozhodujících znaků upozorňuje na to, že při kvalifikaci této normy je nutné vždy zkoumat:³⁵⁷

- a) co je účelem konkrétního předpisu a jaký je objekt chráněného zájmu konkrétní normy.
- b) definice zájmu s tím, že je nutné, aby se jednalo o zájem veřejný.
- c) zda nepoužitím normy dojde k porušení předmětného konkrétního zájmu.

Ještě jednu poznámku je nutné učinit. Norma obsahující definici spadá pod interpretační pravomoci ESD. Jak uvádí Hellner – a s tím plně souhlasíme – v rukou ESD zůstává interpretace šíře definice – tj. zda pokrývá i otázky ochrany zájmů individuálních a vyrovnávajících pozice smluvních stran, interpretace jednotlivých znaků v definici uvedených atd.³⁵⁸ To je však jen jedna strana problému. Kritérii této definice budou hodnoceny pro účely své aplikace na vztahy zasažené nařízením Řím I normy vnitrostátního původu, a to různých států – členských i nečlenských. Samotná kvalifikace norem – tj. otázka toho, zda konkrétní norma má či nemá danou povahu – zůstává plně v rukou národních soudů.

³⁵⁷ Volně převzato z: Bělohlávek A. J., Římská úmluva/Nařízení Řím I, II.díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1328–1330.

³⁵⁸ Hellner, J., Third Country Overriding Rules, *Journal of Private International Law*, 2009, Vol. 5, No. 3, s. 460.

Od uveřejnění návrhu nařízení a přijetí jeho konečné verze se objevily prvé ohlasy. Například Bonomi při hodnocení vyzdvihuje jako pozitivní efekty kvalifikační jasnost (vůči normám obsaženým v člancích 3 odst. 3, 6 odst. 1, 8 odst. 1 či 11 odst. 5), důraz na svého druhu výjimečnost zavazující soudy k aplikaci spíše mimořádné, unifikační účinky na doktrínu i národní právo.³⁵⁹ To, na co upozorňuje jako na ne zcela jasné je, zda pod normy imperativní spadají jen normy veřejného práva, nebo také normy, které slouží k ochraně zájmů slabší strany smlouvy tam, kde je reálná slabší kontraktační pozice strany a silná asymetrie v získávání potřebných informací (*Parteischutznormen, lois de police de protection*). Obvykle se jedná o normy z oblasti spotřebitelského práva a pracovního práva. Mohou zde však spadat i normy týkající se zastupování, franchisingu, leasingu a další jim podobné, kde z povahy smluvního vztahu dochází k faktické asymetrii. Otázkou jsou normy týkající se například obchodování s omamnými látkami, alkoholem apod., kde je problematické konstatovat výlučně a pouze zájem veřejný. Podobně se po zveřejnění návrhu nařízení Řím I a definice imperativních norem objevily názory dalších autorů.³⁶⁰

V čem tkívá podstata problému? Normy z oblasti pracovního a spotřebitelského práva mohou odrážet jak zájmy veřejné, tak zájem na zachování rovnosti smluvního vztahu ve smyslu, jak tato zásada vyplývá ze soukromého práva. Hodnocení naposledy uvedeného může být různé. Může spadat jak do rámce ochrany veřejných zájmů, tak lze přistupovat k hodnocení jinak. Rozdílné hodnocení a vynětí ze skupiny norem spadajících pod článek 9 může podpořit i ta skutečnost, že nařízení obsahuje zvláštní kolizní úpravu pro tyto smlouvy. Upozornit je třeba také na trend, který se objevil v německé doktríně a praxi německých soudů a který vede k tomu, že tato kategorie ochranných norem je vyčleněna z kategorie tzv. *Eingriffs-*

³⁵⁹ Bonomi, A., Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 290.

³⁶⁰ Bonomi, A., Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 285 a násl.; Mankowski, P., Der Vorschlag für die Rom I – Verordnung, IPRax, 2006, Heft 2, s. 101 a násl.; Freitag, R., Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rome I-VO, IPRax, Heft 2, 2009, s. 109 a násl. Plender, R., Wilderspin, M., The European Private International Law of Obligations, London: Sweet and Maxwell, 2009, s. 334–443.

normen (což je i současný název článku 9 v německé verzi).³⁶¹ Tento trend se objevil jak v oblasti pracovních smluv, tak pro oblast již uvedenou, tj. spotřebitelské smlouvy. V literatuře lze zaznamenat diskusi týkající se vymezení a kvalifikace tzv. „Eingriffsnormen“, „*international zwingendes Bestimmungen*“ a rovněž také vztah k „*Internationales Wirtschaftsrecht*“ a s ním souvisejícímu „*Wirtschaftskollisionsrecht*“. Tato diskuse je za rámcem našich úvah, nicméně preciznost ve vymezení a důsledky plynoucí pro naplnění pojmů nařízení jsou inspirativní.³⁶²

V publikaci Plender – Wilderspinn se objevuje poukaz na trendy dalších soudů členských států. Je uváděn příklad mnohem liberálnějšího přístupu belgických a francouzských soudů, které připustily kvalifikaci i pro oblast, kde se jedná spíše o vyrovnání pozic soukromých subjektů než o ochranu veřejných zájmů.³⁶³

Pokud z tohoto pohledu hodnotíme českou diskusi je třeba uvést, že předmětný pojem zahrnoval prozatím obě skupiny norem. Zkoumání před

³⁶¹ Literatura poukazuje aktuálně na rozhodnutí BGH z 13. 12. 2005, XI ZR 82/05. Odkaz Bonomi s. 292. V německé literatuře: Pfeifer, T. Verbraucherrechtliche Eingriffsnormen im Spannungsfeld von EG-Recht und nationaler Rechtssetzung (BGH, S. 272), IPRax, 2006, Heft 3, s. 238–242. K obsahu: 1. Nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 29 EGBGB ist dessen Anwendung auf die genannten Vertragstypen beschränkt und eine Analogie insoweit nicht zulässig. 2. Zwingende Normen im Sinne des Art. 34 EGBGB sind Bestimmungen, die beanspruchen, einen Sachverhalt mit Auslandsberührung ohne Rücksicht auf das jeweilige Vertragsstatut zu regeln. Diese Voraussetzung erfüllen nur Vorschriften, die nicht nur dem Schutz und Ausgleich widerstreitender Interessen der Vertragsparteien und damit reinen Individualbelangen dienen, sondern daneben zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgen. 3. Das deutsche Verbraucher kreditgesetz zählt danach nicht zu den zwingenden Vorschriften des Art. 34 EGBGB, da es dem Schutz des einzelnen Verbrauchers dient, während Belange der Allgemeinheit nur reflexartig mitgeschützt werden. Převzato z http://www.rechtliches.de/urteile/BGH_XI_ZR_82-05.html. K datu 15. 10. 2009.

³⁶² Určitý přehled i s bohatým odkazem na literaturu viz Benzenberg, E., Die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht, Jena: JWV, 2008, s. 25–33. Právě v pojmu druhém, mezinárodně kogentní ustanovení jsou obsaženy jak normy tradičně zachycující veřejný zájem, tak i normy zasahující i zájmy soukromoprávní.

³⁶³ Plender, R., Wilderspin, M., The European Private International Law of Obligations, London: Sweet and Maxwell, 2009, s. 338. Odkaz zde je na C020445F ze dne 16. 11. 2006 belgického Cour de Cassation. Pokud jde o francouzské soudy, potom viz Audit, B., Revue critique, 1994, DIP 67.

rokem 1990 nemá z dnešního pohledu význam. Tam byly myšleny především ty normy, které slouží veřejnému zájmu a cílům a vznikly mimo vlastní oblast soukromého práva. Nicméně na soukromoprávní vztahy mají rozhodující vliv. Zde by se zjevně tyto normy překrývaly s výše uvedenou kategorií označovanou jako „*Eingriffsnormen*“. Pokud jde o druhou skupinu, po roce 1990 nevznikly žádné diskuse na téma, že by tato skupina nespádala pod kategorii norem pokrytých článkem 7 Úmluvy Řím I. Spíše bylo zdůrazňováno, že se jedná o normy, které v konečném cíli, i když vyrovnávají pozici smluvních stran a vzniklé v oblasti soukromého práva, sledují veřejné cíle a zájmy.³⁶⁴

Na úvod je třeba připomenout, že se zde dostáváme do dvojího pnutí. Prvý pohled je pohled nařízení Řím I jako evropské normy, jejíž ustanovení mají být interpretována autonomně. I když mohou existovat různé národní tendence, je tato kategorie tak, jak je uvedena v článku 9, posuzována jednotnými, na národních právních řádech nezávislými kritérii. Samozřejmě, pokud takovýto trend na národní úrovni existuje, je zde vždy vyšší riziko rozdílné aplikace oproti situaci, kdy je i národní trend stejný. Na druhé straně je nutné si uvědomit, že to není kolizní právo, které normě dodává onu povahu, kdy si „vynucuje“ svou aplikaci na vztahy ovládané cizím právem. Je to hmotné právo a stát, který ji vydal. A na tom definice nic nemění. Již v roce 1982 v tomto směru analyzoval dopad článku 7 Úmluvy Řím I A. Philips.³⁶⁵

Na více místech byly citovány práce Bonomiho, který se této kategorii norem věnuje. Jeho názor vyznívá ve prospěch začlenění těchto norem pod článek 9, resp. pro nikoli a priori vyčlenění této kategorie norem. Argumentů vidí více. Je to jednak tendence v evropském právu přiznat imperativní charakter normám sloužícím na ochranu slabší strany. Tato tendence se projevuje jak ve směrnících, tak i v rozhodnutích ESD (*C-381/98 Ingmar*, *C-168/05 Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium*). Dalším argu-

³⁶⁴ Rozehnalová, N., Týč, V., *Evropský justiční prostor (v civilních otázkách)*, Brno: MU, 2002, s. 122-150. Vhodný je i odkaz na rozhodnutí RSp 78/92, ze kterého potom vycházel i Kučera. Viz Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno: Doplněk, 1999, s. 231.

³⁶⁵ Philips, A., *Mandatory Rules, Public Law and Choice of Law*, in: North, P., *Contract Conflicts*, North Holland, 1982, s. 80–99.

mentem je výslovné přihlášení se k případu Arblade. Rovněž poukazuje na rozdílnou funkci tohoto konstatování v případě, kdy se pohybujeme na úrovni národního práva a tam, kde se pohybujeme na úrovni nařízení. Ve druhém případě by toto mělo přímý dopad na legislativu členských států, které by nadále nemohly určité otázky upravovat pomocí tohoto typu norem.³⁶⁶ Či snad přesněji, nebyly by potom takto kvalifikovány.

Pokud si vezmeme autory z oblasti common law, zaznívala kritika k řadě navrhovaných otázek. Samozřejmě i k definici. Poměrně podrobný rozbor nacházíme u Dickinsona.³⁶⁷ Jeho kritika jde zejména ke kvalifikaci norem. Zdůrazňuje nikoli subjektivní pohled státu, nýbrž objektivní pohled unie a to s odkazem na judikaturu ESD v oblasti ochrany vnitřního trhu. Zajímavý poznatek se týká i aplikace norem třetího státu – zda soud může posuzovat, zda tyto normy jsou zásadní pro ochranu zájmů tohoto třetího státu. Sám navrhuje následující definici, kterou pro názornost zde uvádíme.

“Mandatory rules are rules which apply irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation and which are (a) objectively justified by an overriding reason relating to the public interest, (b) necessary and proportionate to the end in view,⁷⁸ and (c) not a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.”³⁶⁸

Smyslem kapitoly bylo dobrat se obsahu této kategorie norem tak, jak byly zařazeny do nařízení. Tedy jak toto trefně pojmenoval J. Hellner ve svém článku: „zda je zde pouze starý obsah dán do nové láhve“, anebo zda článek 9 nařízení Řím I přináší nová kritéria pro kvalifikaci norem, které budou spadat pod dosah tohoto článku. Domníváme se, že oproti přístupu v Úmluvě Řím I nikoli. Navíc se zdá z přijímacích procedur, že to nebylo ani smyslem nové úpravy.

³⁶⁶ Bonomi, A., Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 295.

³⁶⁷ Dickinson, A., Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: so Long, Farewell., Auf Wiedersehen, Audieu?, in Private International Law, 2007, Apríl, s. 53–87.

³⁶⁸ Dickinson, A., Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: so Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Audieu?, in Private International Law, 2007, Apríl, s. 67–68.

To, čeho si lze cenit, je další krok k uchopení jasnější kvalifikace norem kogentních (např. článek 3 odst. 3). Ne zcela stejně toto vidíme směrem ke kategorii norem s ochranným účelem. Zde asi opravdu bude očekáváno rozhodnutí ESD. Dle našeho názoru je přístup vyřazující tyto normy přístupem zřetelnějším v kategorizaci norem. Alespoň z pohledu kontinentálního.

Aplikace imperativních norem. Druhou, neméně významnou, otázkou je vedle definice samotná aplikace tohoto typu norem. Na rozdíl od kolizních norem, které nečiní v navazování rozdílů mezi právem fóra a cizím právem, hraje původ normy v případě norem imperativních zásadní roli. Zacházení s nimi je ovlivněno tím, zda se jedná o normy, které jsou součástí **práva fóra**, součástí **legis causae** či součástí **jiného práva, tj. práva státu třetího**. V námi sledované oblasti mezinárodního smluvního práva je celá problematika navíc „obohacena“ oproti například oblasti deliktního práva i zásadním vlivem autonomie smluvních stran na výběr rozhodného práva.

Dějiny doktrín mezinárodního práva soukromého disponují řadou přístupů zdůvodňujících aplikaci imperativních norem. Jde jak o přístupy rozvíjené v rovině kolizního práva, tak i přístupy zohledňující dopad normy až v rovině práva hmotného s využitím institutů vlastních konkrétnímu národnímu hmotnému právu a zohledněných v rámci legis causae.³⁶⁹ Od přístupu tzv. „aktivního veřejného pořádku“, účinky tzv. „lois d'application immédi-

³⁶⁹ Zejména u ekonomické legislativy se nabízí hodnocení možných zákazů kontraktace či plnění jako otázky faktické, podléhající dokazování, a k možnému posouzení případu například z pohledu institutů hmotného práva. Cizí právo je zhodnoceno nepřímo, v rámci legis causae. Může jít v případě neplnění o instituty známé právním řádům jako „*frustration*“, „*Wegfall des Geschäftsgrundlages*“, „*nemožnost plnění*“; v případě obtíží s plněním a vzniklou škodou instituty „*hardship*“ či „*vyšší moc*“ apod. Přístup byl rozvíjen, respektive popsán německými autory. Viz například Looschelders, D., *Internationales Privatrecht*. Art. 3-46 EGBGB, Berlin: Springer, 2004, s. 555. Rozvedení této metody s příklady viz v. Bar, Ch., Mankowski, P., *Internationales Privatrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 2003, s. 285–290. Tento způsob zhodnocení cizí mezinárodně kogentní normy jako skutečnosti, je možné a nesporně lze najít více případů i mimo oblast německých soudů. Nicméně jde dle našeho názoru o nižší stupeň právní jistoty a míry předvídatelnosti, a v neposlední řadě rovněž pravděpodobně o složitější řízení včetně dokazování.

ate“ přes doktríny zohledňující užití jen v rámci rozhodného práva³⁷⁰ až k zvláštnímu navázání³⁷¹ či k zacházení na základě samostatných podmínek se na národní i mezinárodní úrovni tvořil systém překonávající původní „nepřátelský“ či „ne zcela přátelský“ přístup k aplikaci zejména oněch norem, které jsou součástí jinak práva veřejného. I přesto, že hodnota Úmluvy Řím I byla v tomto směru snížena možností výjimky k článku 7 odst. 1, nesporně i ona přispěla k vyjasnění vnímání těchto norem, k diskusím o společných či naopak rozdílných kritériích pro aplikaci a pro přiblížení pohledů národních úprav. A samozřejmě přispěla také k hodnotě, kterou není možné opomíjet – mezinárodní harmonii v rozhodování národních soudů.

Nejprve se zmíníme o situaci, kdy jsou imperativní normy součástí právního řádu, kterým se řídí smlouva, tedy **legis causae**. Z pohledu mezinárodního práva soukromého si lze otázku položit následovně: *„Znamená odkaz na cizí právo odkaz na toto právo jako na celek nebo jen odkaz na onu skupinu norem, které přímo regulují soukromoprávní vztah (a jsou obvykle kvalifikovány jako soukromoprávní normy)? A je nutné na základě samostatných podmínek zvažovat aplikaci imperativních norem, které jsou součástí jinak rozhodného práva?“*

Dichotomie práva veřejného a soukromého tak, jak ji znají zejména kontinentální právní řády a právní řády jimi ovlivněné, vnáší do diskuse týkající se především aplikace norem legis causae prvky, které z pohledu jiných úprav nejsou až tak zcela pochopitelné a uchopitelné. Je skutečností, že v průběhu diskusí v minulých desetiletích došlo k vyjasnění pozicí

³⁷⁰ Zde je zapotřebí zmínit především „Schuldstatuttheorie“ (resp. Einheitsanknüpfung). V souladu s ní znamená odkaz na cizí právo i odkaz na imperativní normy. Opačně je zacházeno s normami třetích států, na které se pohlíží přes hmotné právo. V jisté přibuznosti s touto teorií je i tzv. „Machttheorie“. Od prvé se liší tím, že imperativní normy rozhodného práva se použít jen tehdy, když má cizí stát moc prosadit tyto normy. Viz k jednotlivým přístupům: Kuckein, M., Die Berücksichtigung von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationale Vertragsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 72–152.

³⁷¹ K přístupu nazývanému „Sonderanknüpfung“, „Einheitsanknüpfung“ příp. k dalším přístupům rozvíjeným německými teoretiky na průsečíku mezinárodního práva soukromého, cizího práva a veřejného práva viz publikace v. Bar, Ch., Mankowski, P., Internationales Privatrecht, Verlag C. H. Beck, München, 2003, s. 230–305.

z pohledu kontinentálního práva a common law.³⁷² Právě různý přístup k tomuto dělení často skrýval podstatu rozdílného nazírání.

Jak bylo naznačeno výše, může být otázka aplikace imperativních norem, které jsou součástí legis causae, otázkou týkající se aplikace rozhodného práva vůbec, nebo otázkou samostatného posouzení aplikace imperativních norem, které jsou součástí legis causae. Samozřejmě, národní přístupy a zastávané doktríny zde mohou přinést další otázky. I když je výsledek stejný, jsou východiska aplikačně technická i teoretická jiná. Jako příklad posunu lze poukázat na českou doktrínu. Ta ve své podobě prakticky až do přijetí návrhu nového zákona o mezinárodním právu soukromém setrvala na pozicích zvláštního navázání. Dnes se lze spíše přiklonit k tomu, že ustanovení § 24 návrhu hovoří v této souvislosti o obecném nakládání s rozhodným právem. Pouze v případě tohoto typu norem poněkud „jinam“ posunuje otázku vyloučení jejich aplikace – nikoli z pozice až veřejného pořádku, ale neslučitelnost s tuzemskou normou téhož typu. Podobné lze uvést také u § 13 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém, kterým byla česká úprava inspirována.

Jak nařízení Řím I nakládá s tímto typem norem, jsou-li součástí legis causae? Výslovnou odpověď nenalezneme. Ustanovení článku 9 obsahuje jen nakládání s normami legis fori a normami třetího státu (státu místa plnění). Toto nepovažujeme za šťastné. Na tuto skutečnost již upozorňovala zpráva Max Planck Institutu³⁷³ a v průběhu zpracování i některé delegace. Úprava obecného nakládání s právem rovněž není v nařízení obsažena. Již s ohledem na známou skutečnost, že státy různě nakládají s cizím právem, měla být tato otázka ať již v rámci ustanovení obecně nakládajícím s právem, nebo ustanovení o imperativních normách, upravena.

³⁷² Zvláště lze v poslední době odkázat na několik zmíněnou práci Kuckeina, který analyzuje imperativní normy z pohledu německého a anglického práva. Kuckein, M., *Die Berücksichtigung von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationale Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

³⁷³ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *Comments on the European Commissions Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instruments and its modernization*, *RabelsZ*, Bd. 68, 2004, s. 75–76.

Zdá se, že převažující názor směřuje k tomu, že tyto normy mají být aplikovány.³⁷⁴ Otázkou však není zda, ale na základě čeho? Zda na základě obecné úpravy zacházení s právem v rámci nařízení Řím I, nebo na základě národní úpravy. Neexistence zvláštní úpravy v rámci článku 9 by tak nanačovala zacházení spíše v rámci celkového nakládání s cizím právem a ochrany na úrovni veřejného pořádku (tedy rozdíl například od stávající české úpravy). Stejně tak by bylo ovšem možné hovořit o národním právu. Mlčení nařízení v tomto směru není zcela šťastné. Na druhé straně, otázky zacházení s právem obecně nejsou předmětem žádného z kolizních nařízení.

Imperativní normy fóra. Nařízení, podobně jako dříve Úmluva, obsahuje výslovnou úpravu aplikace imperativních norem tuzemského původu. I když se obě ustanovení vnějším vyjádřením liší, smyslem jsou stejná. Jak to již bylo uvedeno v Lagarde-Giulianově zprávě, kde toto ustanovení bylo „krátce odbyto“. Připomeňme si znění odůvodnění: *„The origin of this paragraph is found in the concern of certain delegations to safeguard the rules of the law of the forum (notably rules on cartels, competition and restrictive practices, consumer protection and certain rules concerning carriage) which are mandatory in the situation whatever the law applicable to the contract may be. Thus the paragraph merely deals with the application of mandatory rules (lois d'application immédiate; leggi di applicazione necessaria; etc) in a different way from paragraph 1 (40a).“*

Z určitého pohledu je třeba souhlasit s tím, že uvedení této normy je v zásadě nadbytečné a je tím potvrzena samozřejmá zásada.³⁷⁵ Na druhé straně lze nalézt i důvody pro to, aby byla tato otázka výslovně zmíněna. Stačí připomenout práce na Haagské úmluvě o právu rozhodném pro kupní

³⁷⁴ Bonomi, A., Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, s. 295, poznámka pod čarou 33. Mankowski, P., Der Vorschlag für die Rom I – Verordnung, IPRax, 2006, Heft 2, s. 110.

³⁷⁵ Kučera, Z., Mezinárodní právo soukromé, Doplněk: Brno, 2004, s. 237. Srovnej také – zejména s kritickými poznámkami k rozhodnutí Ingmar Pauknerová, M., Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 247–248. S odkazem na Savignyho systém a zacházení s tímto typem norem Hellner, J., Third Country Overriding Rules, Journal of Private International Law, 2009, Vol. 5, No. 3, s. 448.

smlouvu 1985.³⁷⁶ Mohla by se také objevit nakonec i určitá spekulace směrem k narušení pravidel obsažených v normě nadstátního původu.³⁷⁷ Stejně jako je tomu u norem, které jsou součástí třetích států, se jedná o výjimku ze systému kolizních pravidel mezinárodního práva soukromého. Proto snad i zde je úprava vhodná.

Do jisté míry lze mít také oprávněné výhrady tam, kde je vztah fóra a řešeného sporu náhodný. Typicky může jít o případy, kdy by si strany v zájmu hledání nezávislého fóra zvolily stát třetí, který nemá k nim a ke smlouvě žádný vztah. Taková situace může nastat při využití prorogační smlouvy, případně i při využití článku 24 nařízení Brusel I. Zde je však nutné zvažovat to, nakolik bude naplněn personální či teritoriální dopad této normy. Ustanovení článku 9 odst. 2 nařízení Řím I či článku 7 odst. 2 Úmluvy Řím I představují určitou obecnou zásadu pro aplikaci.

Dosah použití imperativních norem může být v konkrétním případě zajímavý. Je vhodné poukázat na Kučerovo rozlišení bezprostředních soukromoprávních důsledků a dalších soukromoprávních důsledků. Tento metodologický přístup zohledňuje na jedné straně sílu imperativních norem, na straně druhé je dostatečně šetřící k jinak rozhodnému právu. Je tak respektována transnacionální povaha vztahu. Dovolíme si, pro lepší připomenutí citovat případ, který Kučera uvádí a na kterém lze nejlépe demonstrovat, co je míněno bezprostředními a dalšími soukromoprávními důsledky. Tento jeho případ nejlépe demonstruje podstatu myšlenky:³⁷⁸

„Uzavře-li tuzemský podnikatel se zahraniční osobou smlouvu, podle níž má dovézt výrobky, které podle zákona č. 62/2000 Sb., a prováděcího

³⁷⁶ Report Pelichet, in: Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985, s. 85. Zde upozorňuje právě na problematičnost norem, které jsou součástí legis fori a na riziko podněcování fora shopping. Nakonec poté, co se návrhy dramaticky měnily, byla tato norma regulující přípustnost aplikace norem fóra, výslovně do úmluvy začleněna. Viz Explanatory Report by A. Tailor von Mehren, Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985, s. 747–748.

³⁷⁷ Ebrahimi, S. N., Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations, Athena Press: London, 2005, s. 297. V německé literatuře podobně například Müller, C., International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, s. 10–11.

³⁷⁸ Kučera, Z., Mezinárodní právo soukromé, Doplněk: Brno, 2004, s. 237.

nařízení vády č. 185/2000 Sb. (dnes jsou tyto normy nahrazeny evropskou legislativou – poznámka autora) lze dovážet jen na základě úředního povolení (licence), je bez tohoto povolení smlouva neplatná, neboť odporuje zákonu (§ 39 obč. zák.). Nezáleží na tom, kterým právem se má řídit příslušný právní vztah (poznámka autora – smlouva). Podle tohoto práva se však může řídit otázka povinnosti nahradit škodu, jestliže neplatnost byla zaviněna postupem účastníka úkonu.“

Imperativní normy třetího státu. Sjednocení pohledu na aplikaci imperativních norem třetích států patřilo k problematickým otázkám již u Úmluvy Řím I a vedlo k využití výhrady některých států k tomuto ustanovení. Rozdílnost náhledu u států, které byly příznivci úpravy, a i rozdíly v názorech uvnitř skupiny těch států, které spíše nepodporovaly výslovnou úpravu, poznamenal průběh jednání nad touto problematikou. V návrhu z roku 2005 se objevuje znění, které se nevzdaluje od článku 7 odst. 1 Úmluvy Řím I. Byly do něj navíc promítnuty některé akcenty, na které poukázala například zpráva Max Planck Institutu.³⁷⁹

Tato varianta úpravy nicméně vzala poměrně rychle za své. Velká Británie se rozhodla v květnu 2006 nepřistoupit k nařízení. Její reakce byla poměrně ostrá a týkala se především úpravy aplikace imperativních norem třetího státu. Ve stanovisku Velké Británie se v této souvislosti zdůrazňovala i obava ze ztráty Velké Británie jako významného fóra pro obchodní spory a z možné ztráty vlivu na finanční trhy.³⁸⁰ Je skutečností, že tato reakce nebyla jediná a v anglické literatuře se objevily i vstřícné reakce vyzývající k umožnění přímé aplikace imperativních norem.³⁸¹ Pokud jde o ostatní delegace, prakticky došlo k rozpolcení názorů. Část delegací vítala

³⁷⁹ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commissions Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instruments and its modernization, *RabelsZ*, Bd. 68, 2004, s. 76–77.

³⁸⁰ Stanovisko k tomuto článku, zahrnující zásadní výhrady, je obsaženo v materiálu z 22. 9. 2006. JUSTCIV 196 CODEC 948.

³⁸¹ Dickinson, A., Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: so Long, Farewell., *Auf Wiedersehen, Audieu?*, in *Private International Law*, 2007, *Apríl*, s. 54. Chong, A., The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts, 2006, No. 2, *Journal of Private International Law*, s. 27, 70.

úpravu v návrhu, jiné ji naopak odmítaly. Nesporně se zde promítly i národní přístupy k této problematice. Vzhledem ke skutečnosti, že nařízení neumožňuje to, co text mezinárodní smlouvy, tj. přijetí výhrady k některému z článků. Proto bylo nutné, aby se zabránilo realizaci opt out Velké Británie, resp. Irska, hledat politický kompromis. Nikoli dobré řešení.

Verze přijatá v konečném návrhu vycházela z anglického vnímání aplikace imperativních norem třetího státu. Literatura zde odkazuje na případ *Ralli Bros v. Compania Naviera Sota y Aznar* z 26. 3. 1920, případně později i ve *Foster v. Driscoll* z 1929³⁸². Tento zajímavý posun od úpravy v úmluvě Řím I, sledující spíše koncepci zvláštního navázání imperativních norem tak, jak se vyvinula v kontinentální doktríně a před některými národními soudy³⁸³, poněkud překvapil.

Připomeňme si text článku 9 odst. 3:

„Rovněž lze použít imperativní ustanovení práva země, v níž mají být nebo byly povinnosti vyplývající ze smlouvy splněny, pokud tato imperativní ustanovení činí plnění smlouvy protiprávním. Při rozhodování, zda mají být taková ustanovení použita, je třeba vzít v úvahu jejich povahu a účel, jakož i důsledky, které by mohly z jejich použití nebo nepoužití vyplynout.“

Jaké jsou **základní rozdíly** oproti stávající úpravě?³⁸⁴

³⁸² Plender, R., Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, London: Sweet and Maxwell, 2009, s. 345. Dále také Bonomi, A., *Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*, *Yearbook of PIL*, Volume 10, 2008, s. 296. Analýza případů viz Hartley, T. C., *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach*, 266 *Hague Recueil des Cours* 370 (1997), s.389 a násl.

³⁸³ V literatuře celkem není rozporů v tom, že článek 7 odst. 1 Úmluvy Řím I sledoval tzv. „Sonderstatut theory“ rozvíjenou v Německu během druhé světové války. Tato teorie byla využita v Nizozemí v tzv. „Alnati case“. Následovně se objevuje v dalších mezinárodních normách. Například v Haagské smlouvě o právu rozhodném pro zastoupení v článku 16.

³⁸⁴ Aplikacní znaky v případě článku 7 odst. 1 Úmluvy Řím I lze uvést následovně: diskreční pravomoc soudů, úzké spojení situace s právním řádem, norma musí být dle tohoto právního řádu aplikována, přičemž se vezme do úvahy její povaha, účel a následky její aplikace či neaplikace. Spíše kritický pohled a další rozbor viz: Pavic, V., *Application of the foreign*

1. **Omezení aplikace norem jejich původem**, tzn. omezení diskrece soudu v tom směru, že je výslovně určeno, normy kterého státu budou použity. Zatímco Úmluva Řím I umožňovala zvážit výběr tohoto práva obecným kritériem (úzké spojení), omezuje nařízení výběr na právo země, kde má být nebo byly povinnosti vyplývající ze smlouvy splněny. Základní diskrece v tom, že „lze“ použít zůstává.
2. **Omezení aplikace norem jejich účinky**, tzn. použity mohou být pouze takové normy, které činí plnění smlouvy protiprávním. Tedy normy zakazující určité chování. Vyloučena je tímto kategorie norem, které naopak působí pozitivně vůči závazku.³⁸⁵

Co naopak **zůstává stejné**:

1. Základní diskrece v tom, že normy „lze“ použít. Je tak trochu paradoxem, že pokud argumenty směřovaly k nejistotě při použití práva, leží tato diskrece v samotném základu zacházení s těmito normami. A v tomto směru zůstala norma nedotčena. Pokud by mělo být míněno vážně odstranění nejistoty, musela by být změněna právě tato úvodní možnost úvahy soudu. Osobně však nejsme zastánci tohoto omezení. Povaha norem, které mají být aplikovány, vyžaduje spíše zvažování ad hoc a nikoli tvorbu aplikacně pevného pravidla.

2. Zvláštní vymezení **další diskrece** soudů existencí druhé věty odstavce 3. Tato druhá věta se váže právě k zacházení s normami („*Při rozhodování, zda mají být taková ustanovení použita...*“). Tato norma zde „zůstala“ po původní úpravě. Je otázkou, a odpověď dá spíše budoucnost, nakolik zde plní stejnou funkci či nakolik je či není nadbytečná vzhledem k existenci definice v odstavci prvním a vymezení státu, jehož normy mohou být vzaty do úvahy tak, jak to je v odstavci třetím. Zjevné je, že tímto je pravděpodobně dále zúžena definice uvedená v odstavci prvním. Plender s Wilderspinem ve své monografii uvádějí řadu kritérií, která mohou být

public law and article 7 (1) of the Rome convention, ELSA SPEL, 1998, Vol. IX, Issue 2, s. 200–202.

³⁸⁵ Bonomi, A., Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts, Yearbook of PIL, Volume 10, 2008, The Hague: Kluwer Law International, s. 299.

vzata soudem fóra do úvahy. Jde například o účel normy (typicky dopad na zahraniční transakce u ekonomické legislativy regulující oblast dovozu a vývozu), vědomost stran (řada případů, kdy strany vědomě porušily normy týkající vývozu či dovozu v případě například prohibice v USA atd.), mnohost prvků kontaktů s legis causae atd.³⁸⁶ O vymezení Bělohávka jsme hovořili v úvodu. Pauknerová zde vysvětlení neposkytuje, spíše odkazuje na rozdíly směrem k nařízení Řím I.³⁸⁷

3. Výjimečnost v používání, zde zvláště i v bodě 37 Preambule.

Které otázky mohou **vzbudit pochybnost, rozdílné zacházení** atd.? Je to skutečnost, že v ustanovení se objevují dva pojmy, které budou vyžadovat interpretaci a které budou posuzovány v každém zvažovaném případě. Samotná interpretace se může právě pod vlivem národního práva či národních představ zpočátku lišit. Jedná se o pojem „**místo plnění povinností**“ a pojem „**protiprávní**“.

„Místo plnění“ se sebou nese více otázek. Prvou je vlastní určení tohoto místa pro konkrétní závazek, druhým jsou vazby povinnosti plnit závazek a jeho propojení na jiné, svým předmětem související závazky a šíře interpretace. V prvním případě, tj. u určení „**místa plnění**“ se nám samozřejmě propojí tento termín na článek 5 odst. 1 nařízení Brusel I. A to jak v pozitivním pohledu (možné založení příslušnosti soudu tohoto státu a tím prakticky převedení problému na pozici práva fóra, pokud jde o evropský justiční prostor), tak negativním. Zde nutno podotknout, že jsme již zažili nekončící seriál rozhodnutí ESD včetně diskusí o autonomním určení obsahu termínu či kolizním odkazu na rozhodné hmotné právo.³⁸⁸ Je otázkou,

³⁸⁶ Plender, R., Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, London: Sweet and Maxwell, 2009, s. 349–350.

³⁸⁷ Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 273.

³⁸⁸ Přehled rozhodnutí ESD k článku 5 Úmluvy Brusel I viz: Rozehnalová, N., Myšáková, P., Knapová, J., *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních. Část III. Právní fórum*, 2007, č. 4. s. 113–122. Valdhans, J., Svobodová, K., *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních. Část IV. Právní fórum*, 2007, č. 5. s. 153–162. Valdhans, J., Říhová, K., *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních. Část V. Právní fórum*, 2007, č. 6. s. 193–200.

zda nás toto očekává znovu, nebo postačí hodnocení přímo na základě skutečností uvedených ve smlouvě.? Z pohledu metodologického je dle našeho názoru zjevné, že v samotném základu je vždy nutné nalézt právní řád, kterým se řídí daný závazek. Je nutné interpretovat ustanovení smlouvy. A otázka interpretace smlouvy se řídí *legis causae*. Proto je nutné tento právní řád nalézt. V řadě případů lze ovšem připustit, že půjde jen o formální zhodnocení toho, zda tento právní řád umožnil stranám místo plnění v rámci smluvní volnosti určit. A konstatování místa plnění tak bude odvozeno opravdu přímo ze smlouvy. Asi bude existovat jen minimum případů, kdy bude odvozováno od právní normy. Druhý případ se týká vazby například smluv hlavních a zajišťovacích, případně smluv kompenzačních apod.

Druhým termínem je termín „**protiprávní**“. Domníváme se, že pokud jde o hodnocení povinnosti, jedná se o každou jednotlivou povinnost, která je předmětem sporu. Nikoli tedy hlavní, podstatnou či charakteristickou povinnosti. Pokud jde o další otázky, je třeba stejně, jako v jiných případech zdůraznit, že musí jít o koncepci evropskou, společnou. Samozřejmě, národní příklady nám mohou napomoci v hledání styčných ploch. Nicméně, společně naplnění obsahem nás teprve čeká. V nejobecnějším přístupu termín „protiprávní“ znamená chování účastníka (zde strany smlouvy), které spočívá v porušení práva. Může zahrnovat celou škálu případů – od trestních deliktů přes správní delikty až k deliktům civilním. V některých případech může jít i o kombinace porušení práva projevující se svými účinky ve vícero oblastech.

Zde je vhodné upozornit na analýzu Hellnera, která reflektuje právě ony problémy, které by mohly vzniknout přijetím příliš úzkého pohledu. Poukazuje při své interpretaci termínu jednak na stanovisko nizozemské a švédské delegace, které zdůrazňovaly právě onen širší rámec pro interpretaci, který by zahrnul i delikt civilní. I když toto nemůže být rozhodující, poukazuje rovněž na vnímání této otázky v anglickém právu.³⁸⁹ Asi více, než cokoli jiného, nám může přiblížit obsah termínu „protiprávní“ příklad

³⁸⁹ Již na jiném místě jsme poukazovali na přehled anglického přístupu u Hartley, T. C., *Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach*, 266 Hague Recueil des cours, 1997, III, s. 337, s. 387. Je zde uvedena řada případů z dosahu anglické jurisdikce právě na otázku protiprávnosti.

v jeho analýze uvedený. Dovolíme si jej zde odcitovat. Dle našeho názoru vhodně ukazuje meze na oné pomyslné druhé hranici, která bude vždy více problematická – tj. na imperativní normy z oblasti soukromého práva. Příklad ukazuje na situaci, kdy by mohlo být porušeno švédské nájemní právo.

„British relocation company X rents out flats all over the world to British business people who work for longer periods of time in different countries. The company rents out a small flat in Stockholm to Mr Y for £250 per week. The contract, like all of company X’s relocation contracts, has a choice-of-law clause stipulating that English law is applicable and that English courts have jurisdiction. As it turns out, the contract violates Swedish rent-control law, and Mr Y would under Swedish law be entitled to recover a large amount of money, which is considered to be an excessive rent. Mr Y finds out about this and refuses to pay the full rent. Under Swedish law it is not a criminal offence to charge excessive rent and the only sanctions are in civil law, not criminal law. Even so, the contract is unlawful in the meaning of Article 9(3).“³⁹⁰

Otázka, zda omezení přineslo více problémů nebo naopak odstranilo ty námitky, které měla především Velká Británie, nesporně bude ještě mnohokrát vznášena. Hellner ve své stati poukazuje na to, že rozdíl není v žádném případě zásadní. Poukazuje na Giuliano – Lagardeho zprávu s příklady úzkého spojení (místo plnění, místo sídlo či hlavního podnikání strany). Uvádí také další příklady literatury poukazující na další místa, která ale také mohou být či jsou často místy plnění. Jde o umístění věci, účinky na trh, náhradní právo při neexistenci volby práva, právo měny, státní příslušnost strany. S pochopením důvodů, které vedly k přeformulování ustanovení, se lze domnívat, že zachování kritéria úzkého spojení by zpravidla vedlo k témuž cíli, jako současné kritérium pokud jde o vyhodnocení země, jejíž normy mají být použity. Jiné je to však s otázkou protiprávnosti. Zde jde o silnější požadavek, než je například jen znemožnění plnění apod.

³⁹⁰ Hellner, J., Third Country Overriding Rules, Journal of Private International Law, 2009, Vol. 5, No. 3, s. 462.

Teprve budoucnost ukáže vhodnost či nevhodnost řešení.³⁹¹ Je skutečností, že případy nejsou četné. Alespoň databáze rozhodnutí jich tolik neuvádějí. Mimo kolizní normativní řešení může nakonec být případ zhodnocen na úrovni hmotného práva s přihlédnutím k faktickým účinkům normy. Zjevně také u základních smluv problém nemusí být tak zřetelný, jako u závazků zajišťujících či u pojišťovacích smluv. Tedy tam, kde místo plnění není přímo ve vazbě na pozici stran. S otázkou je možné vnímat také smlouvy uzavírané na internetu tam, kde i plnění je elektronické.

Závěr: jsme příznivci výslovné úpravy této otázky. Minimálně proto, že může být nastartován proces vytváření společného náhledu a následné jednotné unifikace a vzniku jednotného evropského přístupu i na doktrinární úrovni. Pokud jde o normy, které jsou součástí fóra, není pochybností o tom, že budou zohledněny. Vnímáme rovněž jako „vyrovnání“ toho, jak má být nakládáno s cizím právem povoláním kolizní normou to, že normy, které jsou součástí legis causae budou využity právě jako součást nakládání s cizím právem (byť tato otázka, pokud není upravena, zůstává zřejmě na národní úpravě). Otázka norem státu třetího, omezená na místo plnění a protiprávnost, byť ne příliš frekventovaná, je novum. Teprve budoucnost ukáže vhodnost tohoto omezení sněrem ke zohlednění norem třetího státu. Na druhé straně je třeba si připomenout, že existují i jiné techniky zohlednění (viz úroveň hmotného práva). V případě velmi silného ovlivnění vztahu není vyloučeno, že je soud využije.

II.1.11. Existence souhlasu a materiální platnosti

Úvod. Právní režim dvou vzájemně souvisejících fází smlouvy – *fáze prekonsensuální a fáze účinků* – patří k těm, které nebyly v minulosti ani teorií, ani jednotlivými národními úpravami řešeny shodně. Za zvláště citlivé byly považovány situace, kdy součástí návrhu jedné strany byla doložka o volbě práva. Což je případ, se kterým se pravidelně setkáváme

³⁹¹ Bělohlávek A. J., Římská úmluva/Naiřízení Řím I, II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1358. Autor se zde vyslovuje k aplikaci i jiných norem než místa plnění. Vyslovuje zde úvahu, že praxe k tomuto bude tendovat.

v mezinárodním obchodě s druhově určeným zbožím. Zde se často využívají pro uzavírání smluv formulářové smlouvy či obchodní podmínky pravidelně využívající doložky o právním režimu smlouvy a doložky o způsobu řešení sporů.³⁹²

Okruh otázek, které spadají zpravidla pod rozsah kolizní normy upravující otázku platnosti a existence smlouvy z pohledu materiálních podmínek platnosti, je široký. Zahrnuje zejména regulaci návrhu na uzavření smlouvy a jeho přijetí včetně zvláštností národních právních řádů typu „*consideration*“, případnou existenci a účinky různých odkládacích a podmiňovacích podmínek, náležitosti vůle a jejího projevu, otázky týkající konsensu včetně hodnocení problematiky typu nutnosti „zrcadlové“ shody či nikoli (například řešení v článku 18 odst. 2 a 3 Vídeňské úmluvy), hodnocení mlčení či nečinnosti, dovolenost předmětu smlouvy, možnost částečné neplatnosti. Spadají zde i otázky týkající se úpravy vzniku a platnosti pracovních a spotřebitelských smluv, kde se objevují zvláštnosti zejména v případech použití odkazu na obchodní podmínky. Do rozsahu mohou být zahrnuty i otázky elektronické komunikace.³⁹³ Naopak do rozsahu této problematiky nespadá problematika způsobilosti osob k jednání (dílčí otázka se samostatným navázáním), formální platnost smlouvy (viz zvláštní úpravu) a prekonsensuální odpovědnost. K té se vrátíme v závěru této kapitoly.

Z pohledu kolizního se zde objevují dvě krajní řešení:

- a) na jedné straně stojí **teorie štěpení statutu na statut vzniku a statut účinků**. Otázky týkající se platnosti a vzniku smlouvy jsou řešeny právním řádem A (určeným například na základě navázání na *lex loci actus*), otázky týkající se účinků potom právním řádem B (určeným volbou práva či náhradním způsobem). Je skutečností, že

³⁹² Na myslí máme situaci, kdy strana A zašle straně B návrh smlouvy obsahující mimo jiných podmínek i doložku o volbě práva A. Toto právo hodnotí jednání stran v této fázi jednání o smlouvě rozdílně od práva státu místa sídla B. Z pohledu hodnocení práva A došlo ke vzniku smlouvy, z pohledu práva B nikoli. Blíže se této problematice autor věnoval v Rozehnalová, N., Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě, Brno: MU, 1991.

³⁹³ Looschelders, D., Internationales Privatrecht – Art. 3–46 EGBGB, Springer – Verlag: Berlin, Heidelberg, 2004, s. 521.

tento přístup je dnes překonán a jen ojediněle se objevují příznivci tohoto řešení.³⁹⁴

- b) na straně druhé stojí teorie **jednotného statutu**, kdy fáze vzniku i účinků jsou podřízeny jednomu právnímu řádu. Na tuto fázi potom dopadá obligační statut, či-li právní řád určený volbou práva či náhradním způsobem. Tento přístup patří k těm, které v různých variantách výjimek převládají.³⁹⁵

Proti oběma řešením, jsou-li pojata jako výlučná a dominantní, existuje řada námitek.

Ve prospěch dělení (štěpení) obligačního statutu na statut účinků a statut vzniku se zejména uvádí následující:³⁹⁶

- a) **Ochrana smluvního partnera.** Je třeba přiblížit význam a smysl tohoto termínu. Nejedná se o ochranu v tom smyslu, jak je metoda ochrany využita u pracovně právních a spotřebitelských smluv. Zde je míněno to, nakolik je spravedlivé hodnotit jednání určité osoby ve fázi, kdy smlouva ještě neexistuje, pohledem právního řádu, který v dané chvíli minimálně jedna ze stran nezná, nepředvídá, jeho určení by pro ni bylo překvapivé. Může jít například o kvalifikaci mlčení, kvalifikaci určitého typu konkludentního jednání směrem k budoucí smlouvě, způsobu včlenění doložek atd.
- b) **Logičnost a návaznost řešení.** Jednotné řešení odporuje logické konstrukci situace. Lze si položit následující otázku – jak může právo, které bude „možná či pravděpodobně řídit“ smlouvu rozhodovat

³⁹⁴ Lando, O, Contracts, Volume III, Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law, s. 103 s odkazem na F. Vischera.

³⁹⁵ Vedle řešení uvedeného v Úmluvě Řím I a nařízení Řím I je možné poukázat na českou úpravu v § 4 ZMPS. Zde může soudce dle svého uvážení využít jiné právo než je lex causae tehdy, je-li to rozumné a spravedlivé. Tedy ve všech případech, nikoli jen v případě nesouhlasu se smlouvou. Kombinaci řešení obsahuje Haagská úmluva o právu rozhodném pro mezinárodní kupní smlouvu z roku 1985 v článku 10. Vedle již známého odkazu na lex causae obsahuje možnost danou straně, aby se odvolala na místo sídla svého závodu pro zjištění, že nesouhlasila se smlouvou, volbou práva nebo některým ustanovením smlouvy, vyplývá-li z okolností případu, že by to nebylo rozumné o tom rozhodnout dle lex causae.

³⁹⁶ Poprvé podobné členění uvedeno tímto autorem v: Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě, Brno: MU. 1991, s. 25–28.

o tom, zda smlouva existuje a hodnotit jednání stran? Oponovat lze samozřejmě tím, že v řadě případů je pro odborníka z této oblasti toto právo předvídatelné a určitelné s vysokou pravděpodobností.³⁹⁷

- c) Zájem na **úzkém spojení** a lokalizaci jednání stran směrem k místu, které je tomuto jednání blízké. Toto je projev nejobecnějšího principu, na kterém mezinárodní právo soukromé spočívá – situovat vztah směrem k tomu právnímu řádu, ke kterému má nejbližší.

Odpůrci speciálního navázání operují například.³⁹⁸

- a) **Štěpením jednotlivých prvků smlouvy.** Oddělení prekonsensuální fáze od fáze účinků, další štěpení daná dílčími či následnými otázkami „trhají“ jednotu smlouvy. Jsou vždy obtížně uchopitelné pro laiky. Pro obchodníka sjednávajícího smlouvu se jeví jako těžko uchopitelné to, že zvolil právo a tímto zvoleným právem se budou řídit jen některé vztahy. Na druhé straně je třeba si uvědomit, že s tímto štěpením se zpravidla setkáme jen tam, kdy je namítána neplatnost smlouvy. A tam je pro tuto stranu naopak bližší jiný právní řád, než je hypotetické *lex causae*.
- b) **Ohraničení norem** týkajících se fáze prekonsensuální a fáze účinků. Normy týkající se vzniku smlouvy a účinků se navzájem doplňují a v praxi jsou mnohdy těžkosti s jejich ohraničením. Proto by měly být podřízeny raději jednomu právnímu řádu. Zřetelné toto může být u včlenění obchodních podmínek do smlouvy.³⁹⁹
- c) **Předvídatelnost hypotetického legis causae smlouvy.** V souvislosti s argumenty odpůrců jednotného navázání poukazujících na nelogičnost této koncepce se objevují hlasy poukazující na to, že se nezdá

³⁹⁷ Viz například k otázce návaznosti Kronke, H., Zur Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr mit Auslandsberührung, Neue Juristische Wochenschrift, 1977, s. 992 a násl.

³⁹⁸ Jednotlivé argumenty byly vybrány z Drobnič, U., Standard Forms and General Conditions, in Hague Zagreb Essays 4, The Hague: T.M.C. Asser Institut, 1983, s. 118 a násl.; Linke, H., Sonderanknüpfung der Wollenserklärung?, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1980, s. 1 a násl.; s. 510–525.

³⁹⁹ Looschelders, D., Internationales Privatrecht – Art. 3 – 46 EGBGB, Berlin, Heidelberg: Springer –Verlag, 2004, s. 521.

být nelogické posuzovat existenci smlouvy podle práva, kterým se „možná“ bude smlouva řídit. Toto právo lze na základě jednotlivých prvků smlouvy předpokládat. Za základ lze vzít faktickou pozici stran, případně také stav, který by nastal přijetím posledního projevu, který má povahu návrhu.

Rozdílnost obou pojetí (a tím i jejich výhody či naopak nevýhody) jsou dány rozdílnou pozicí hodnocení. Řešení spočívající na jednotném statutu dává důraz na fázi, kdy smlouva skutečně vznikla, kdy je porušena a dochází k řešení sporu. Z tohoto pohledu plnění smlouvy a jejího porušení jsou výhody jednotného řešení zjevné. Naopak štěpený statut dává důraz na pozici strany vstupující do jednání a hodnotící své jednání z pohledu stávajících předvídatelných právních pravidel. A těmi pro ně jen málokdy bude právní řád navržený druhou stranou či další právní řád, kterým se v budoucnu vzniklá smlouva bude řídit.

V podtextu diskusí, které se prakticky až do přijetí Úmluvy Řím I táhly literaturou a různě se jejich výsledky promítaly do národního práva, byla tedy následující otázka: *„Bude právní řád, který si strany zvolí, resp. který je určen náhradními kolizními normami řešit rovněž otázku vnitřních a vnějších podmínek platnosti a existence smlouvy či jejich jednotlivých ustanovení včetně volby práva samotné? Nebo bude využito samostatného hraničního určovatele?“*

Nařízení Řím I. Kompromis, který zvolila Úmluva Řím I a převzalo nařízení Řím I, je poměrně očekávatelný:

- a) základní zásadou pro určení práva, kterým se bude řídit existence a platnost smlouvy nebo jejího ustanovení včetně volby práva, je zásada jednotného statutu, tzn. že bude v případě, kdy je smlouva existující či platná použit právní řád určený dle článků 3–8.
- b) tato norma se však neuplatní tam, kde strana namítá neexistenci svého souhlasu se vznikem smlouvy či některým ustanovením. Pro tento případ se strana může odvolat za účelem zjištění, že souhlas nedala, na právní státu svého obvyklého bydliště. Tento případ „narušení jednotného obligačního statutu pro vznik a účinky“ nedopadá na jiné otázky, než je souhlas strany. Umožňuje straně dovolat se „*jí bližšího a předvídatelnějšího práva*“ pro hodnocení projevu její vůle.

Tento právní řád se uplatňuje jen pro negativní hodnocení, tj. pro konstatování, že strana souhlas neprojevila. Nikoli pro potvrzující konstatování a konstrukci souhlasu.

Uvedené řešení je vhodné. Variant, kdy existuje domněnka shody, je v právních řádech více a jsou pro stranu ze státu spadajícího pod jinou právní kulturu, nepředvídatelné. Jako příklad je možné uvést vliv zvyklostí, konkludentní vznik smlouvy, různá hodnocení mlčení na nabídku, zrcadlový či jiný předpoklad konsensu apod. Zásadní problémy mohou vzniknout v případě tzv. „*bitvy forem*“, tj. situace kdy si strany navzájem zašlou své návrhy smluv obsahující odkaz na obchodní podmínky. Ty jsou buďto přiloženy ke smlouvě, nebo jsou obecně známé při obchodování v dané komunitě či komoditě. Rozpor v podmínkách a následné plnění bez vyjasnění právního základu může přinést řadu překvapení. Právní řády různě posuzují nutnou shodu návrhu a přijetí.⁴⁰⁰ Důkaz konsensu je v takovýchto případech obtížný.

V úvodu bylo uvedeno, že z rozsahu je vyloučena předsmulvná odpovědnost (*culpa in contrahendo*). Ta zasahuje řadu otázek od porušení důvěrnosti v jednání, přes ničím nezdůvodnitelné odstoupení od jednání tam, kde existuje vysoký stupeň předpokladu pro jeho ukončení a je vyvolána víra druhé strany v uzavření smlouvy spolu s náklady jednání, až k možným otázkám spojeným s účastí třetí strany na jednáních či s vyvoláním mylných zdání druhé strany jednání. Kvalifikační problémy doprovázející tuto otázku tam, kde nebyly uzavřeny dokumenty typu *letter of intent*, *gentleman agreement* jsou známé. Quasismluvní či deliktní odpovědnost, resp. spočívá odpovědnost jen na restitučním základu? Na tomto se láme úprava v jednotlivých státech Evropy.⁴⁰¹ Zařazení otázky do článku 12 na-

⁴⁰⁰ V české literatuře Rozehnalová, N., Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě, Brno: MU, 1991, s. 25–39. V zahraniční lze doporučit vynikající analýzu Boggiano, A., *International Standard Contracts*, Recueil des Cours, Hague: Kluwer, 1981.

⁴⁰¹ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, *RabelsZ*, Bd. 68, 2004, s. 86–90. Pozornost je také vhodné věnovat některým rozhodnutím ESD, byť se jednalo o rozhodnutí k Bruselské úmluvě jako procesní

řízení Řím II ukončilo diskuse o řazení této problematiky do úpravy závazků smluvních či mimosmluvních.⁴⁰² Vlastní volba hraničních určovatелů už může být diskutabilní. Je zde řada otázek, které se objevují. Plně souhlasíme například s Garciou v otázce zohlednění či nezohlednění dokumentů typu *letter of intent*.⁴⁰³ Zde lze samozřejmě využít písmene c) článku 12, tj. užšího spojení k jinému právnímu řádu. Otevřená však zůstává možnost jinak známá u ostatních otázek z oblasti prekonsensuální fáze, tj. otázka využití právního řádu bydliště strany pro uvedení důvodů od osvobození od odpovědnosti. V dalším odkazujeme na literaturu speciálně se věnující těmto otázkám.⁴⁰⁴

normě. Konkrétně jsou uváděny C-334/00 Fonderie Sacconi, které v podobné záležitosti předšmluvních jednání hovoří o aplikaci článku 5.3. Úmluvy Brusel I.

⁴⁰² Článek 12: Předšmluvní odpovědnost 1. Rozhodným právem pro mimosmluvní závazkové vztahy, které vznikají z předšmluvního jednání, je bez ohledu na to, zda došlo ke skutečnému uzavření smlouvy, právo, které se použije na smlouvu nebo které by se na ni použilo, kdyby byla uzavřena. 2. Nemůže-li být rozhodné právo určeno podle odstavce 1, je jím a) právo země, ve které škoda vznikla, bez ohledu na zemi, v níž došlo ke skutečnosti, jež vedla ke vzniku škody, a zemi nebo země, ve kterých nastaly nepřímé následky uvedené skutečnosti, nebo b) mají-li strany obvyklé bydliště ve stejné zemi v okamžiku, kdy došlo ke skutečnosti, jež vedla ke vzniku škody, právo této země, nebo c) vyplývá-li ze všech okolností případu, že je mimosmluvní závazkový vztah, který vzniká z předšmluvního jednání, zjevně úžeji spojen s jinou zemí, než je země uvedená v písmenech a) a b), právo této jiné země.

⁴⁰³ Garcia, R. A., La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II. Anuario Espanol de derecho International Privado, 2007. Volně dosažitelné ze strany: <http://adipr.wordpress.com/2008/04/25/la-regulacion-de-la-responsabilidad-precontractual-en-el-reglamento-roma-ii/>.

⁴⁰⁴ Valdhans, J., Evropský justiční prostor ve věcech civilních. Část XIII. návrh nařízení o právu rozhodném pro mimosoudní závazky. Právní fórum, Praha: ASPI, a. s., Roč. 3, č. 2, od s. 33–39, 2006. Valdhans, J., Unifikace kolizní problematiky deliktů v rámci komunitárního práva. In Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004: sborník z workshopu konaného na Právnické fakultě MU v Brně dne 26. 9. 2006. 1. vyd. Brno: MU 2006. od s. 408–419. Valdhans, J., Právní úprava mimosmluvních závazků s mezinárodním prvkem v České republice, rigorozní práce, Brno: MU, 2009. Valdhans, J., Kolizní problematika mimosmluvních závazků, disertační práce, Brno: MU, 2006.

II.1.12. Platnost z pohledu formy

Konstrukce článku 10 nařízení Řím I se v podstatě neliší od úpravy tak, jak ji známe z článku 9 Úmluvy Řím I. Obě normy obsahují jak určení právního režimu formálních náležitostí smluv, tak i formálních náležitostí jednostranných právních úkonů. Ve druhém případě se jedná o jednostranné úkony, které mají vazbu na smlouvu nebo v budoucnu uzavíranou smlouvu jako jsou odstoupení od smlouvy, výpověď, uznání dluhu, různé typy oznámení, reklamace atd.⁴⁰⁵

K otázce obsahu pojmu „*forma*“ a nevhodnosti použití termínu pro označení článku odkazujeme na další autory, kteří se této otázce věnovali.⁴⁰⁶

Nařízení Řím I zachovává strukturu známou z úmluvy: dominance legis causae a zachování platnosti s přihlédnutím k podpůrně aplikovaným právním řádům, které mají úzký vztah k dané materii, resp. jsou pro stranu, která činí úkon předvídatelné; zvláštní úprava pro některé typy smluv. Konkrétně obsahuje nařízení Řím I následující pravidla pro určení právního režimu platnosti smlouvy z pohledu formálních požadavků na smlouvu:

1. Smlouva uzavřená mezi **osobami (zmocněnci, zástupci) přítomnými**. Pro tento případ je nutné naplnit požadavky legis causae nebo lex loci contractus (odst. 1).
2. Smlouva uzavřená mezi **osobami (zmocněnci, zástupci) nepřítomnými**. Pro tento případ je nutné naplnit požadavky legis causae, nebo jedné ze zemí, kde se nacházela strana (zmocněnec, zástupce) v okamžiku uzavření smlouvy, nebo jedné ze zemí, kde měla jedna ze stran své obvyklé bydliště (odst. 2).
3. Některé **spotřebitelské smlouvy** (tj. ty, které jsou uvedeny v článku 6) se řídí právem země obvyklého bydliště spotřebitele (odst. 4).

⁴⁰⁵ Giuliano-Lagarde Report, komentář k článku 9 se speciálně věnuje právě otázce toho, které z jednostranných úkonů spadají či nespádají do rozsahu této normy.

⁴⁰⁶ K otázce forma lze odkázat jednak na Giuliano-Lagarde Report k článku 9, kde definuje formu. Zelená kniha evropské komise rovněž formuluje jistou představu o tomto termínu. Již značně jednodušší. Podobně shrnuje i Bělohlávek ve svém komentáři. Bělohlávek A. J., Římská úmluva/Nářízení Řím I, II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1457–1458.

4. Na smlouvu, jejímž předmětem je **věcné právo k nemovitosti** nebo **nájem** nemovitosti se použije *lex rei sitae*, pokud se podle tohoto práva:
- a) uvedená ustanovení použijí bez ohledu na zemi, v níž došlo k uzavření smlouvy, a bez ohledu na právo, které je jinak pro smlouvu rozhodné, a
 - b) od těchto ustanovení se nelze smluvně odchýlit.

Může jít jak o požadavky vyplývající z oblasti veřejného práva, tak o požadavky vyplývající z práva soukromého. Souvisejí s právní regulací věcných práv ve vazbě směrem k veřejným registrům.

Jednostranný právní úkon spadající pod rozsah tohoto článku je platný z pohledu formy, pokud splňuje náležitosti formy podle (*budoucího*) *legis causae*, *lex loci actus* tohoto jednostranného úkonu, nebo místa obvyklého bydliště strany, která učinila úkon.

U této úpravy je třeba se pozastavit ještě z jednoho důvodu. Týká se toho, nakolik hraniční určovatele upravující dálkový obchod odpovídají moderním komunikačním prostředkům. Ne náhodou právě jeden z dotazů Komise v Zelené knize⁴⁰⁷ mířil právě do této oblasti. Není divu. Úmluva vznikala v 70. letech. V té době vrcholem využívaných pro dálkové uzavírání smluv byl telegraf a následoval fax. U ústní kontraktace to byla pevná linka telefonu. Elektronická komunikace a využívání mobilů tyto techniky odsunuly do zapomnutí.

Na rozdíl od techniky využívaných v minulosti je obtížné při e-mailové komunikaci či komunikaci mobilními telefony určit místo, kde se strany při projevení vůle nacházejí. Jako alternativní navazovatel vedle tradičního *legis causae* tak nemůže plnohodnotně působit místo, kde se osoba v okamžiku projevu vůle nacházela. Je nutné zvolit jiné, resp. další kritérium. Onen termín „další“ zvýrazňujeme. Smyslem úpravy právního úkonu z pohledu formy je nesporně to, aby byla zachována platnost právního úkonu a posílena i dobrá víra strany smlouvy či budoucí smlouvy v platnost smlouvy.

⁴⁰⁷ 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, COM/2002/0654 final.

Pohyb mezi principem favor negotii, pozicí formy jako důkazního prostředku o existenci vůle stran uzavřít smlouvu či učinit jiný právní úkon a tradičními či historicky podmíněnými požadavky na formu je nesporně obtížný. Jak uvádí Bělohlávek, příliš velkou volností by pozbyly na svém významu ony požadavky, které jinak právní řády mají na formu právních úkonů.⁴⁰⁸

Techniku, kdy k základnímu pravidlu, které platí tam, kde nenastanou pochybnosti o platnosti či jiné nenadálé situace, přibudou další podpůrná kritéria, považujeme za vhodnou. Je pochopitelné, že pokud je jednou ze stran spotřebitel, vyjadřuje toto kritérium i hodnoty, které jinak právní řád sdílí u ochrany spotřebitele.

II.1.13. Meze obligačního statutu

Zvolený či náhradním způsobem určený právní řád nedopadá na všechny právní otázky zahrnuté pod institut „smlouva“, resp. „závazky ze smluv“. Česká nauka vyřazuje z tohoto okruhu otázky dílčí jako ty, které procházejí samostatnou kvalifikací a mají relativně samostatné postavení.

Dovolání se nezpůsobilosti. Ve zkoumaném případě je to nesporně otázka způsobilosti strany k právům a k právním úkonům.⁴⁰⁹ Nařízení Řím I stejně jako Úmluva Řím I vylučují v článku 1 odst. 2 písm. a) otázku způsobilosti fyzických osob k právům a k právním úkonům s připomínkou, že dotčen tímto vyloučením není článek 13. Toto ustanovení článku 13 reguluje jeden z aspektů způsobilosti k právům a k právním úkonům – omezení možnosti jedné ze stran smlouvy odvolat se na svou nezpůsobilost. Ustanovení článku 13 současně stanoví podmínky, za kterých toto může být učiněno: právo náleží pouze fyzické osobě, oba účastníci smlouvy se musí nacházet v témže státě. Není tak poskytnuta ochrana přeshraničním operacím uzavíraným mezi nepřítomnými. Dále musí být osoba fyzická dle tohoto právního řádu způsobilá k právním úkonům a dle jiného, na který se odvolává, nezpůsobilá. Článek neuvádí, dle kterého. Z povahy věci lze dovodit,

⁴⁰⁸ Bělohlávek A. J., Římská úmluva/Nařízení Řím I, II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1460–1462.

⁴⁰⁹ Kučera, Z., Mezinárodní právo soukromé, Brno: Doplněk, 2004, s. 159–160, 287.

že se jedná o právní řád, kterým je určen statut této fyzické osoby – tj. lex domicilii nebo lex patriae. Zde ovšem zůstává otázka, pokud by tyto dvě skutečnosti – státní příslušnost a bydliště – nevedly k jednomu právnímu řádu, mezinárodní právo soukromé kterého státu by rozpor vyřešilo. Případně, zda by již řešení nespočívalo spíše na úvaze materiální než kolizní.

Současně je i další podmínkou pro aplikaci to, aby druhá strana o nezpůsobilosti věděla či nevěděla z nedbalosti.

Článek je nutné vidět také z pohledu důkazního břemene. To nese nesporně strana, která se své nezpůsobilosti dovolává.

Tato norma není až tak překvapující. Jak odkazují anglosaské zdroje,⁴¹⁰ jde o pravidlo, které znají a využívají kontinentální právní řády. Formulace může ovšem různá, různé mohou být také úvahy o tom, která ze stran má být chráněna. Jako příklad lze uvést český § 3 odst. 2 ZMPS.⁴¹¹ Ten v tomto případě chrání tuzemského kontraktujícího před neočekávatelnými dopady cizích právních řádů tam, kde nelze očekávat jeho vědomost o postavení druhého účastníka smlouvy. Upozornit je třeba, že zde se rovněž jedná o osoby fyzické.

Výslovné vyloučení a omezení dopadu. Konkrétní právní úprava některé otázky výslovně z dosahu obligačního statutu vylučuje. Opět pro náš případ bychom mohli uvést platnost smlouvy z pohledu formy a z pohledu materiálního či z pohledu existence konsensu. Samozřejmě, a to je nutné mít na mysli, může být právní řád, kterým se smlouva řídí na základě volby práva či náhradního hraničního určovatele, limitován dále:

- dopadem imperativních norem legis fori (je-li jiné než legis causae) a norem třetího státu (mají-li jiný původ než legis causae),
- využitím výhrady veřejného pořádku (pokud se liší opět legis causae a legis fori).

Meze obligačního statutu dle článku 12. Nařízení Řím I v ustanovení článku 12 obsahuje demonstrativní výčet otázek, na které obligační statut

⁴¹⁰ Fawcett, J., Carruthers, J. M., Cheshire, North and Fawcett Private International Law, 14th. edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 752.

⁴¹¹ (2) Činí-li právní úkon v České republice cizinec, stačí, není-li dále uvedeno něco jiného, je-li k úkonu způsobilý podle práva českého.

dopadá. Otázkou je, zda uvedené situace lze podřídít i jinému právu, než je zde uvedeno. Tedy zda spadají pod *legis causae*, nebo si strany mohou zvolit i jiné právo. V uvedených komentářích nenacházíme výslovné vyjádření se k této otázce. V této souvislosti se také objevují názory na dispoziitivní či kogentní povahu tohoto ustanovení. Nedomníváme se, že řešení vede tímto směrem. Je to dle našeho názoru otázka možnosti dílčí volby práva a přípustnosti institutu *depeçage* tam, kde povaha věci toto dovoluje (viz výklad k dílčí volbě práva). Je skutečností, že úvodní věta článku 12 se liší od téhož v úvodu článku 10 Úmluvy Řím I. Nicméně se domníváme, že jsou významově totožné.

Výklad. Interpretací je míněno vyhledání smyslu úkonu strany či stran a to za pomocí pravidel, která jsou stanovena v právní úpravě. Lze si představit situaci, že smlouva se bude řídit právním řádem A a úkony stran budou interpretovány pravidly obsaženými v právním řádu B. Tato otázka dle našeho názoru „unese“ samostatné zacházení a dílčí volba práva – byť by se nejednalo o samostatný závazek – je možná. I jiné zdroje – sice v poněkud jiné souvislosti – připouštějí *depeçage* cestou volby různých právních řádů tam, kde existuje vůle stran a předmětná otázka je dostatečně oddělitelná od jiné.⁴¹²

Upozornit je třeba na některé doložky, zejména z oblasti *common law*, které namísto nám známého odkazu na rozhodné právo hovoří (v českém překladu) o „*interpretaci smlouvy dle práva...*“, případně o „*konstrukci smlouvy dle...*“. V takovém případě je otázkou, co bylo skutečně myšleno. Zda se jedná o dílčí volbu práva pro interpretační pravidla, nebo o právo rozhodné pro smlouvu. Na tyto a tzv. konstrukční doložky upozorňuje ve svém komentáři Bělohávek.⁴¹³ Termínům „*interpretation*“ a „*construction*“ se věnuje i Plender s Wilderspinnem.⁴¹⁴ Z komparativního pohledu se

⁴¹² Fawcett, J., Harris, J., Bridge, M., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 693, poznámka pod čarou 230. Plender, R., Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, London: Thomson Reuters, 2009, s. 404. V poznámce pod čarou odkaz i na německé autory.

⁴¹³ Bělohávek ve svém komentáři. Bělohávek A. J., *Římská úmluva/Nařízení Řím I, II. díl*, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1495–1496.

⁴¹⁴ Plender, R., Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, London: Thomson Reuters, 2009, s. 400–401.

jeví, že jde o rozdíly ve vůli a vyjádření vůle tak, jak je znají jednotlivé právní řády. Je skutečností, že v praxi může tento jiný způsob vyjádření volby práva přinášet problémy.

Plnění závazků vyplývajících ze smlouvy spadá samozřejmě pod rozsah obligačního statutu. Současně odstavec druhý téhož článku stanoví, že pokud jde o způsob plnění a opatření, jež musí věřitel učinit v případě vadného plnění, bere se v úvahu právo země, v níž se plnění uskutečňuje. Rovněž je zajímavé poukázat na článek 9 a imperativní normy třetího státu. Do úvahy přicházejí v některých případech dva právní řády – legis causae smlouvy a právní řád místa realizace plnění pokud jde o způsob plnění a opatření, která je nutno učinit. Zprava Giuliano – Lagarde ve výkladu k tomuto ustanovení obsahuje poměrně detailní výčet otázek, které spadají pod písmeno b). Zahrnují prakticky všechny otázky týkající se toho, co musí být učiněno, aby byl závazek splněn. Pokud jde o odstavec druhý, jak Giuliano-Lagardeho zpráva, tak literatura jako příklady uvádějí situace pro nás upravené spíše veřejným právem – vliv státních svátků, vyhlášených celonárodních dovolených, požadavky na povinné zkoušky, měna plnění atd. a důsledky z těchto požadavky plynoucí směrem k závazku. Zde se nutně přibližujeme k článku 9 odst. 3. V obou případech se jedná o diskreci soudů směrem k vzetí do úvahy země místa plnění. Je otázkou, zda je či není dán rozdíl v rozsahu diskrece: *bere se do úvahy v. lze použít*. Zajímavý je tento rozdíl proto, že v případě článku 9 musí tyto normy činit plnění protiprávním, v případě článku 12 odst. 2 žádná takováto podmínka neexistuje. Nabízí se zde otázka nadbytečnosti. Po pravdě řečeno, to vše ukáže teprve budoucí praxe. Do jisté míry se mohou úvahy dostat i do fáze normativních a faktických účinků norem v místě plnění.

Důsledky porušení včetně stanovení škody, jsou-li stanoveny právem, a to v rámci pravomocí přiznaných soudu příslušným procesním právem. Jak na toto upozorňuje literatura, jedná se u škody o kompromis mezi zastánci toho, že stanovení škody je otázkou skutkovou, a těmi, dle nichž se jedná o otázku právní.⁴¹⁵

⁴¹⁵ Bělohávek A. J., Římská úmluva/Narižení Řím I, I. a II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1500 s odkazem na další autory.

Různé způsoby zániku závazku, včetně promlčení a zániku práv v důsledku uplynutí doby. Opět je tato otázka je očekávatelná. Dnes zjevně nejde o problémové ustanovení ani z pohledu anglického práva. I zde před vstupem v platnost Úmluvy Řím I nastala změna.⁴¹⁶

Ještě jednu otázku, sice přímo nesouvisející s tímto ustanovením, je nutné zmínit. Je to započtení jako jeden z možných způsobů zániku závazku. Pokud jde o Úmluvu, nebylo zcela zřetelné, zda započtení spadá či nespadá do věcného dosahu tohoto ustanovení či Úmluvy Řím I. Důvodem problematického řazení bylo jednak to, že Úmluva Řím I nerefletovala problémy spojené se započtením, jednak to, že započtení může směřovat jak proti závazkům smluvním, tak nesmluvním. Není divu, že se objevily hlasy na podporu zvláštní úpravy.⁴¹⁷ K tomuto přistupuje navíc i otázka různého přístupu národních úprav a různých typů započtení. Od ingerence soudů, přes možnost započtení dohodou stran až po jednostranný právní úkon. Většina právních řádů zná a připouští započtení dohodou stran jako výraz autonomie vůle stran.⁴¹⁸ V dalších otázkách se však již liší. Pokud jde o úpravu v Nařízení Řím I, z článku 12 se vyjímá započtení.⁴¹⁹

Důsledky neplatnosti smlouvy. Původně bylo možné k tomuto článku v Úmluvě učinit výhradu. To samozřejmě nyní není možné. Zdálnivě banální problém v dosahu většiny kontinentálních právních řádů je problematický z pohledu Velké Británie. Podstatou je otázka kvalifikace situace. Jak uvádí komentář Plendera, není otázka důsledků neplatnosti otázkou smluvní, ale ve Velké Británii jde spíše o institut „*restitution*“ a ve Skotsku

⁴¹⁶ Plender, R., Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, London: Thomson Reuters, 2009, s. 417. Foreign Limitation Period Act 1984 umožňuje s výhradou veřejného pořádku aplikovat normy o promlčení, které jsou součástí *legis causae*.

⁴¹⁷ Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *Comments on the European Commissions Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, *RabelsZ*, Bd. 68, 2004, s. 81–85.

⁴¹⁸ Zimmermann, R., *Comparative Foundations of European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 20.

⁴¹⁹ Detailní výklad viz: Bělohlávek A. J., *Římská úmluva/Nařízení Řím I, II. díl*, Praha: C. H. Beck, 2009, výklad k článku 17.

o institut „*recompense*“.⁴²⁰ Nyní je situace – vlastně i vzhledem k evropské autonomní interpretaci – nejasná.

II.1.14. Závěr

V úvodu této kapitoly jsme nastínili to, proč se budeme zabývat v základní rovině otázkou kolizní a to především z pozice platné evropské úpravy. Nařízení Řím I se pokusilo odstranit nedostatky Úmluvy Řím I. Základní odstranilo – transformace do nařízení vyřešila problémy týkající se přístupu jednotlivých států a nepřehlednost o platnosti smlouvy včetně interpretačních protokolů. U dalších otázek toto již není jisté. Volba práva a článek 3 odst. 3, nová úprava náhradního hraničního určovatele s výběrem některých smluv pro pevnou úpravu, dosah definice týkající se imperativních norem, nejasné využití dílčí volby práva jsou jen náhodně vybrané okruhy, které jsou zřetelné na prvý pohled. Další samozřejmě přijdou. Nicméně základní devíza zůstává – posun národní úpravy na alespoň úpravu regionální s universálními účinky nesporně prospívá omezení právní nejistoty.

II.2. **SLUČITELNOST KOMUNITÁRNÍ A MEZINÁRODNÍ ÚPRAVY KOLIZNÍHO PRÁVA**

II.2.1. Neslučitelnost – chiméra či realita?

Alespoň krátce je nutné se zmínit o mezinárodních smlouvách, případně i o dopadu komunitárních norem na mimokomunitární vztahy. Jak jsme již uvedli v části věnované vymezení prostředí, zajímavé pro oblast kolizní

⁴²⁰ Plender, R., Wkilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, London: Thomson Reuters, 2009, s. 418–419. Z pohledu procesního viz: Bělohlávek A. J., *Římská úmluva/Nařízení Řím I, II. díl*, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 1503

jsou smlouvy dvoustranné o právní pomoci. Neslučitelnost norem obsažených ve dvoustranných smlouvách ve vztahu ke komunitární úpravě problematiky soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem může mít více významů. Může to být neslučitelnost ve smyslu pouhého jiného výběru hraničních určovatelů, může to být také neslučitelnost zájmová, kdy jsou tím, že přestanou fungovat některé nastavené mechanismy narušeny zájmy a očekávání osob náležejících k Evropskému justičnímu prostoru. To je samozřejmě zajímavé vždy tam, kde EU tyto ochranné mechanismy sdílí. Pokud hovoříme o neslučitelnosti, je nutné si uvědomit vazby kolizní a procesní úpravy. Jedině ve spojení s procesními normami se může stát, že spor „bude vyveden“ mimo území EU na základě legálního využití existující a platné dvoustranné smlouvy mezi členským státem a státem třetím.

II.2.2. Komunitární normy a jejich dopad na extrakomunitární vztahy⁴²¹

Normy vytvářející tzv. evropský justiční prostor jsou určeny pro regulaci soukromoprávních vztahů řešených před soudy států EU. Jejich dosah není omezen ani tím, že by se muselo jednat výlučně o vztahy intrakomunitární, ani tím, že by dopadaly výlučně jen na osoby domicillované na území EU, respektive osoby mající státní příslušnost některého členského státu. Tyto zdánlivé „*extrakomunitární účinky*“ jsou odůvodněny řadou skutečností. Některé z nich již byla rozebrána na jiných místech: povaha norem (zejména u kolizních norem, kde by jiné řešení než universalita znamenalo komplikace), vazba na jiná kritéria než je domicil osob, zájem na zajištění určitého standardu ochrany občanů EU v oblasti procesní i kolizní, zájem na volném pohybu soudních rozhodnutí atd.

⁴²¹ Ke zpracování využito příspěvku proneseného na konferenci v Białymstoku jaro 2009 společně s JUDr. Valdhansem (souhlas druhého autora dán) a článku Rozehnalová, N., Valdhans, J., Europejski obszar sądowny i jego wpływ na państwa trzecie, zwłaszcza wschodnie. In M. Zdanowicz, A. Doliwa – Klepacka (red.), Wybrane aspekty wpływu członkostwa Państw Europy Środkowo – Wschodniej na stosunki ze wschodnimi państwami ościennymi. Białystok: Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, 2009, s. 167–182.

Otázku jsme si položili pro normy komunitární následovně:

„1. Je působnost nařízení v oblasti závazků ze smluv omezena intrakomunitárně, nebo toto může mít účinky na osoby pocházející ze třetích států.

2. Pokud existují přesahy a tato nařízení dopadají i na vztahy s osobami ze třetích států, nemohou nastat kolize s jinými úpravami?“

Pozice procesní. Vyhodnotit je nutné nejenom přímo oblast kolizní, ale také procesní komunitární předpisy. Nařízení Brusel I je základní instrument pro regulaci pravomoci soudů v občanských a obchodních věcech a pro zacházení s rozhodnutími soudů členských států.⁴²² Jako dvousložková norma zahrnuje otázky týkající se pravomoci soudů členských států EU a zacházení s rozhodnutími, smíry a vykonatelnými veřejnými listinami soudů členských států. Obě složky se z pohledu vztahu ke třetím státům (osobám, jejich orgánům) chovají různě.

Založení pravomoci soudu členského státu je upraveno v kapitole II nařízení Brusel I. Výslovně je v článku 2 uvedeno, že osoby, které mají bydliště na území členského státu, mohou být žalovány jen u soudu tohoto státu, nestanoví-li samotné nařízení jinak (článek 2). Státní příslušnost osoby není brána do úvahy. Pokud nemá žalovaný bydliště na území členského státu, je pravomoc dána národními pravidly členského státu. Výjimka je stanovena pro případy uvedené v článku 22 (výlučná pravomoc) a článku 23 (prorogovaná pravomoc). V souladu s nařízením Brusel I je pozice strany žalující (domicil na území EU či nikoli) nezajímavá. Nařízení tak dopadá nejenom na situace, kdy má žalující i žalovaný domicil na území států EU, ale i na situace, kdy má žalující bydliště mimo členské státy EU. Tento výklad byl potvrzen řadou rozhodnutí ESD. Příkladem lze uvést rozhodnutí C-412/98 Group Josi Reinsurance Company SA v. Universal General Insurance Company či rozhodnutí C-281/02 Owusu.⁴²³ Zejména naposledy uvedený případ vzbudil značnou pozornost pro využití

⁴²² Rozehnalová, N., Týč, V., Evropský justiční prostor v civilních otázkách, Brno, 2001. Stone, P., Civil Jurisdiction and Judgments in Europe, London, 1998. Byrne, P., The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments, Dublin, 1990.

⁴²³ Viz www.curia.eu. V dostupné literatuře: Chlebcová, R., The Impact of Civil Jurisdiction Rules on Third States (Articel 4). Days of Law, Brno 2008. www.law.muni.cz.

Brusel I pro případ s výrazně exteritoriálním dosahem.⁴²⁴ Pro otázku výlučné pravomoci v článku 22 je i bydliště žalovaného nerozhodné (oba mohou mít bydliště mimo státy ES). Rozhodující jsou jiná kritéria – poloha věci, místo sídla orgánu spravujícího rejstřík atd.

Pokud vyhodnotíme dopad nařízení na vztahy s třetími státy, „*distribute*“ pravomocí soudů členských států zasahuje i vztahy s těmito osobami. A to v případech, kdy:

- jsou v pozici žalujících, nebo
- existuje prorogační smlouva ve prospěch soudu EU, nebo se
- jedná se o případy výlučné pravomoci.

Druhá část nařízení, věnovaná rozhodnutím, dopadá výlučně na rozhodnutí soudů pocházejících ze členských států EU (v rámci věcného dosahu nařízení). Státní příslušnost účastníků je nezajímavá, nařízení je aplikovatelné a rozhodnutí má být uznáno v členském státě i tehdy, má-li povinná osoba bydliště ve třetím státu.⁴²⁵

O nařízení Řím I a Řím II jsme mluvili z tohoto pohledu v úvodu druhé kapitoly: obě nařízení mají povahu erga omnes. Nařízení se použijí před soudy členských států bez ohledu na to, zda účastník či účastníci mají domicil ve státech EU. Obě nařízení vycházejí z pozice univerzální (viz článek 2 nařízení Řím I). O imperativních normách či normách limitujících jinak plnění jsme hovořili při analýze nařízení Řím I. Připomenout je ovšem nutné to, že tam, kde byla realizována volba práva je nutné zohlednit ustanovení článku 3 odst. 4 – aplikaci norem evropského práva. Obdobná je situace u nařízení Řím II.

Závěr. Jak je vidět z výše uvedené krátkého přehledu, není v žádném případě omezen dosah norem jen na intrakomunitární vztahy. Pokud jde o druhou část otázky, tj. možné kolize, je třeba uvést, že ty mohou nastat v řadě situací. Například místo deliktního jednání v nečlenském státě a založení pravomoci soudu členského státu dle článku 2. Sjednání prorogační dohody ve prospěch soudu nečlenského státu. Otázka postavení výlučných

⁴²⁴ Viz analýza situace před Owusu a po Owusu: Fentiman, R., Civil Jurisdiction and Third States: OWUSU and After, in CMLR 43: 2006, s. 705–734.

⁴²⁵ Viz bod 10 Preambule nařízení 44/2001 Brusel I.

pravomocí atd. V oblasti kolizního práva se jedná ve vazbě na pravomoc soudů například o různá ochranná ustanovení chránící základní hodnoty dané oblasti práva – typicky oblast pracovního a spotřebitelského práva.

II.2.3. Dvoustranné smlouvy o právní pomoci, obsah a možná neslučitelnost

Vztah komunitární úpravy ke dvoustranným smlouvám s členskými státy je jasný: neuplatní se ve věcech upravených námi sledovanými nařízeními. Zabývat se tedy budeme smlouvou se třetím státem – ne členským státem EU. Pro demonstraci jsme si vybrali smlouvu s Ukrajinou.⁴²⁶ Důvodem pro výběr smlouvy je jednak její relativní novost (viz rok uzavření 2002 a novelizace), jednak vysoká frekvence vztahů mezi Ukrajinou a ČR daná jak v oblasti ekonomické, tak zejména migrací ukrajinských pracovníků do ČR. Současně tato norma patří k těm, které obsáhle regulují otázky pravomoci soudů obou států, určení rozhodného práva i uznání a výkon rozhodnutí ve sféře dědického práva, rodinného práva, věcného práva i práva závazkového. Lze předpokládat, že ČR bude mít zájem i do budoucna mít tyto vztahy smluvně upraveny a tato mezinárodní smlouva se stane předmětem v první kapitole předvídané renegociace.

Normy obsažené v této mezinárodní smlouvě podřídíme zkoumání z následujícího pohledu: **„Jak je zohledněno právo občana členského státu EU být žalován u soudu místa svého bydliště; jak je zajištěno neporušení dalších hodnot vyplývajících z komunitárního práva pro osoby domicilované na území členského státu ES.“** Toto právo je odvozováno z kogentní povahy článku 2 nařízení Řím I⁴²⁷ a bylo potvrzeno i ESD.⁴²⁸ Má dvojí

⁴²⁶ Smlouva mezi Českou republikou a Ukrajinou o právní pomoci v občanských věcech, sdělení č. 123/2002 Sb.m.s.

⁴²⁷ Okolo této kvalifikace existuje řada diskusí. Nicméně zdá se, že názor na povahu článku v tomto směru vykrytalizoval. Viz. De Vareilles-Sommieres, P., *The Mandatory Nature of Article 2 of the Brussels Convention and Derogation from the Rule It Lays Down*, s. 101–114. In: *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Studie of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford, 2007.

⁴²⁸ C-412/98 Group Josi: výslovně stanoveno, že bydliště žalujícího je irelevantní ve vztahu k aplikaci článku 2 Brusel I.

účinek: uplatní se jak ve vztahu mezi členskými státy EU, tak i pro případ vztahu s občanem ze třetí země. Odchylnka z tohoto principu je povolena jen tam, kde to výslovně nařízení dovoluje. Pokud tedy srovnáme výše uvedené se smlouvou s Ukrajinou, lze říci následující o otázkách týkajících se založení pravomoci soudů:

- **článek 48 odst. 5:** pravomoc k řízení ve sporu ze smluvního vztahu má justiční orgán té smluvní strany, na jejímž území má odpůrce bydliště, sídlo nebo se zde nalézá sporný nemovitý majetek.
- **článek 49 odst. 2:** pravomoc k řízení ve sporech týkajících se závazků z odpovědnosti za škodu mají justiční orgány smluvní strany, jejíž předpisy se použijí dle článku 49 odst. 1.
- **článek 50 odst. 3:** pravomoc k řízení ve věcech vlastnického práva je dána orgánům státu, kde se věc movitá či nemovitá nachází.
- **článek 51 odst. 2 a 3:** pravomoc k řízení v pracovně právních věcech je dána soudům, kde strana vykonává, vykonávala nebo bude vykonávat práci. Pokud strany využijí volbu práva, je dána pravomoc soudu státu, jehož právo bylo zvoleno. Z povahy věci vyplývá, že by měla být distribuována pravomoc mezi ČR a Ukrajinu, nikoli o universální dosah a možnost použít jakékoli právo. Na rozdíl od perfektně zpracovaného článku 49 má však toto ustanovení daleko do preciznosti. Pomoci bude nutné si zde výkladem teleologickým a systematickým.

Závěr: základní pravidla týkající se pravomoci základní (článek 2) či výlučné pravomoci (článek 22 v případě nemovitostí) nejsou narušena. O neslučitelnosti by však bylo možné hovořit v případě pracovně právních věcí. Na mysli máme otázku prorogační smlouvy a možné vyhnutí se ochranným normám EU i u pracovníka, který realizoval výkon práce na území EU. Typicky by se mohlo jednat o agenturní pracovníky.

Slučitelnost norem kolizních norem. Otázka slučitelnosti tohoto typu norem je poměrně jednoznačně zodpověditelná. Nejsou slučitelné. Ne snad v těch hraničních kritériích, které jsou uvedeny ve smlouvě. Ale v tom, co ve smlouvě není – omezení těchto hraničních určovatелů, materializace určení práva, zvláštní hraniční určovatele „rozměňující“ základní určení práva. S přijímáním dalších norem tvořících justiční prostor lze předpoklá-

dat i rozdíly v základních hraničních určovateli. Při dominanci určovatele lex domicili oproti lex patriae se celá oblast rodinného či dědického práva dostane do nesouladu s komunitární úpravou.

III. UNIFIKOVANÉ HMOTNÉ NORMY – VÝCHODISKO ÚPRAVY?

III.1. HMOTNÉ A KOLIZNÍ PRÁVO

V jiných částech práce jsme hovořili o přednosti mezinárodních smluv, zejména potom tam, kde tyto obsahují unifikované hmotné právo. Což je případ unifikace kupní smlouvy obsažené v Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (vyhl. č. 160/1991 Sb. – dále jen Vídeňská úmluva), Úmluvě o promlčení při mezinárodní koupi zboží (vyhl. č. 123/1988 Sb.), Dodatkovém protokolu k ní (vyhl. č. 161/1991 Sb.) a dále mezinárodní úpravy přepravních smluv (viz přehled v kapitole II).

Nejzřetelněji se prolíná metoda přímá s metodou kolizní právě u Vídeňské úmluvy.⁴²⁹ Ta nám bude sloužit jako situační příklad. Důvodem je mimo toho, že ne všechny z úmluv upravující přepravní smlouvy obsahují ustanovení o aplikaci práva, také ona skutečnost, že řada ustanovení v těchto úmluvách má kogentní povahu.

Otázka by mohla znít „*proč v případech, kdy jsou naplněny znaky pro aplikaci Vídeňské úmluvy, klademe znovu otázky týkající se oblasti kolizní*“. Důvodů je několik:

- a) možnost aplikace Vídeňské úmluvy na základě odkazu kolizní normy,
- b) existence otázek stojících mimo úpravu Vídeňské úmluvy a/nebo vyloučených (tzv. vnější meze právní úpravy),
- c) existence mezer právní úpravy obsažené ve Vídeňské úmluvě (tzv. vnitřní meze).

⁴²⁹ Sehnálek, D., K otázce aplikační přednosti práva Evropské unie v poměru mezi nařízením Řím I a Vídeňskou úmluvou o mezinárodní koupi zboží. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: MU, 2009, IV., s. 264–270.

V tuto chvíli ponecháme stranou úvahy o povaze Vídeňské úmluvy a o možnostech využití autonomie vůle stran. Ty jsou v této části prakticky nezajímavé. Vrátime se k nim v části věnované lex mercatoria.

ad a) Možnost aplikace na základě odkazu kolizní normy. Článek 1 předvídá dvě možnosti aplikace:

- v souladu s článkem **1 odst. 1 písmeno a)**, kdy se úmluva použije na smlouvy o koupi zboží mezi stranami, které mají místa podnikání v různých smluvních státech. V tomto případě se jedná o způsob, kdy je úmluva aplikována jako přímá norma. Je tak aplikována jen pro ony případy, kdy platí ve státě fóra a současně jsou naplněny podmínky „umístění“ – místa podnikání stran posuzované smlouvy v členských státech Vídeňské úmluvy.
- v souladu s článkem **1 odst. 1 písmeno b)** na smlouvy o koupi zboží mezi stranami, které mají místo podnikání v různých státech, jestliže podle ustanovení mezinárodního práva soukromého se má použít právního řádu některého smluvního státu. Tento způsob aplikace na základě kolizní normy znamená tzv. universální aplikaci Vídeňské úmluvy. Ta získává postavení věcné normy mezinárodního práva soukromého (viz terminologii české doktríny).⁴³⁰

V tomto druhém případě se nám otevírá prostor pro použití pravidel mezinárodního práva soukromého, o kterých jsme hovořili ve druhé kapitole. A to jak s využitím volby práva, tak s použitím náhradního hraničního určovatele práva státu.

Otázka aplikace Vídeňské úmluvy má řadu aspektů. V práci Winshipa se dokonce objevilo konstatování, že existuje 54 možných variant. Naštěstí, jak sám uvádí, většina z nich jasně zodpověditelná.⁴³¹ O konkrétní aplikaci/neaplikaci rozhoduje řada kritérií. Odsuneme-li stranou otázku působnosti a soustředíme se jen na aplikaci ve smyslu článku 1 odst. 1, máme zde dvě základní situace uvedené pod písmeny a) a b).

⁴³⁰ Kučera, Z., Mezinárodní právo soukromé, Brno: Doplněk, 1999, s. 192.

⁴³¹ Winship, P., The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts, in: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>. Čerpáno k datu 25. 3. 2010.

Situace uvedená pod písmenem a) nepřináší žádné problémy tehdy, je-li fórum ve státě, který je smluvním státem Vídeňské úmluvy. Ten je vázán úmluvou a pokud případ naplňuje podmínky aplikace, bude použita. Pokud stát není smluvním státem Vídeňské úmluvy, nelze předpokládat, že by soudy tohoto státu byly zavázány k přímé aplikaci Vídeňské úmluvy.⁴³²

Jiná je situace v případě písmene b), tj. při nepřímé aplikaci. Nesporně i zde je rozhodující fórum (alespoň v případě soudů obecných). Existují fóra, kde situace nevzbuzuje pochybnost,⁴³³ a fóra, kde není zřejmé, zda bude či nebude Vídeňská úmluva aplikována. Situace je do jisté míry komplikována tím, že k písmenu b) je možné činit výhradu dle článku 95. A interpretace této výhrady – jak uvidíme dále – nemusí být jednotná⁴³⁴. To vše může mít vliv na rozhodnutí o aplikaci u soudu v místě řešení sporu. Zřetelná je aplikace ve státě, kde tento učinil výhradu a v případě Německa, které učinilo zvláštní prohlášení, které se hlásí k tomu, že před jeho soudy bude výhrada států respektována⁴³⁵. Nezřetelná může být v dalších státech a nesmluvních státech.

Podstata problémů s interpretací článku 95 je dle našeho názoru v tom, zda si otázku položíme jako otázku vázanosti státu fóra úmluvou a způsobem aplikace v ní dohodnutým, nebo jako otázku odkazu na právní řád

⁴³² Fawcett, J., Harris, J., Bridge, M., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 680–681. V tomto případě se jedná o analýzu rozhodování před soudy Velké Británie. Toto fórum nemá závazek k přímé aplikaci. Lze tak úmluvu aplikovat jen nepřímou, případně na základě inkorporace (viz dále v části o *lex mercatoria*).

⁴³³ Členění a další podrobnosti k podmínkám a vazbě na další články viz *Cross-references and editorial analysis*, in: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cross/cross-1.html> k datu 23. 3. 2010.

⁴³⁴ de Ly, F., *Sources Of International Sales Law: An Eclectic Model, Presented in "Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods"*. Elektronická verze tohoto článku: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dely.html#v>. Autor zde upozorňuje na tři verze výhrady: obecnou (například využívá ČR, SR, USA, Čína), německou (viz níže), nizozemskou verzi. Naposledy uvedená je naopak spíše pro uniformitu řešení.

⁴³⁵ (m) *Declarations and reservations*. Upon ratifying the Convention, Germany declared that it would not apply article 1, paragraph 1 (b) in respect of any State that had made a declaration that that State would not apply article 1, paragraph 1 (b).

a zvážení Vídeňské úmluvy jako jeho součástí. V tomto případě je Vídeňská úmluva součástí zvoleného práva a není důvod ji jako takovou nepoužít.

Zatímco k první variantě se kloní historický výklad,⁴³⁶ zdá se, že „vítězí“ varianta druhá.⁴³⁷ A to i když procházíme jednotlivé případy v databázích. Náš osobní názor však směřuje spíše opravdu k tomu, že soudy státu, který přijal výhradu nevyužijí aplikace dle uvedeného článku. Již s ohledem na to, kdo je adresátem této výhrady. Nicméně jde zřejmě o názor menšinový.

Tyto rozdíly v aplikaci jsou kritizovány. Snad jen na objasnění je dobré si připomenout slova například Bernasconiho, že „*smyslem článku 1 odst. 1 písmeno b) nebylo zajistit jednotu v rozhodování o aplikaci Vídeňské úmluvy, ale zajistit co nejširší aplikovatelnost této úmluvy*“.⁴³⁸

ad b) Existence otázek stojících mimo úpravu Vídeňské úmluvy a/nebo vyloučených (tzv. vnější meze právní úpravy. Jedná se o dvě různé kategorie, nicméně nakládání s nimi je obdobné. Otázku tzv. vnějších mezí Vídeňské úmluvy determinují články vymezující předmět úpravy (mezinárodní kupní smlouva), časovou, personální a teritoriální působnost. Mimo předmět úpravy jsou aplikována samozřejmě pravidla mezinárodního práva soukromého. Určena jsou v závislosti na fóru.

Povahově jiné jsou vyloučené otázky. Tedy ty, které jinak spadají pod Vídeňskou úmluvu. Tyto jsou uvedeny v člancích 4 a 5. V jejich případě platí totéž – aplikace mezinárodního práva soukromého fóra. Je-li fórum české, mohou to být mezinárodní dvoustranné smlouvy či ZMPS, Úmluva

⁴³⁶ Smyslem návrhu, který podala Československá delegace bylo to, aby před soudy státu, který učinil výhradu, nebylo možné aplikovat úmluvu na situace, kdy nejsou splněny podmínky aplikace dle písmene a). Evans, M., in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan, 1987, 654-657. Je ovšem skutečností, že původní návrh řešil právě obě diskutované otázky. Viz Document A/CONF.97/L.4.

⁴³⁷ Saf, C., A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale, in: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/saf95.html>. K datu 25. 3. 2010. Fawcett, J., Harris, J., Bridge, M., International Sale of Goods in the Conflict of Laws, Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 681–682.

⁴³⁸ Bernasconi, Ch., The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1), Netherlands International Law Review, 1999, s. 161.

Řím I nebo nařízení Řím I v případě platnosti smlouvy či ustanovení, resp. zvyklosti. V případě věcných práv dvoustranné smlouvy či ZMPS. Pokud jde o odpovědnost za výrobek, tam dopadá ZMPS a nařízení Řím II.⁴³⁹

Tento závěr, který jsme učinili, vyplývá z povahy obou metod a jejich vzájemné interakce.

ad c) Existence mezer v právní úpravě (tzv. vnitřní meze). Třetím případem jsou tzv. mezery v právní úpravě. Jedná se o případy, kdy nebyly **úmyslně** (pro neshody smluvních stran), nebo **neúmyslně** (nebyla domyšlena určitá situace) upraveny některé instituty a otázky. Jako příklad lze uvést výši úroků. Tuto situaci upravuje výslovně článek 7 odst. 2. Vídeňská úmluva jako typově tzv. polozavřená úmluva pracuje jednak s obecnými zásadami, na kterých spočívá, jednak, pokud neexistují, vrací se znovu k pravidlům mezinárodního práva soukromého. Opět lze dovodit, že místa řešení sporu. Odstavec 2 je propojen na první odstavec článku 7. Ten se zabývá interpretací. Nejenom požadavky jednoty interpretace, ale zejména interpretační metody a šíře extenzivní interpretace ovlivňují i otázku mezer a jejich vyplnění. To je však již jiný problém, jehož řešení zde ani nespadá, ani na něj není prostor. Zde odkazujeme na velmi zajímavou studii Felemegase.⁴⁴⁰ Zde lze do jisté míry předpokládat rovněž rozdílnou národní praxi. Bylo by možné ji vyjádřit otázkou: „jak rychle lze opustit Vídeňskou úmluvu a přejít k jiným úpravám“. Zatímco někteří autoři se spíše kloní k co nejširšímu využívání obecných principů, na kterých je úmluva založena a využítí k tomu vhodných prostředků analogie legis a juris,⁴⁴¹ judikatura Vídeňské úmluvy ukazuje, že rozhodovací praxe spíše a raději uniká k národnímu právu.

⁴³⁹ V české literatuře: Valdhans, J., Myšáková, P., Conflict Rules for Delicts and Quasi-Delicts. In Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues. I. Brno: Masarykova univerzita, 2008. od s. 128–138. Valdhans, J., Myšáková, P., Rome I and Rome II Regulations. Allies or Enemies? In Dny práva – 2008 – Days of Law. I. Brno: Masarykova univerzita, 2008. od s. 822–829.

⁴⁴⁰ Felemegas, J., The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International, 2000–2001, 115–265.

⁴⁴¹ Audit, B., The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, in: Lex Mercatoria and Arbitration, Thomas E. Carbonneau ed., New York: Juris Publishing, 1998, s. 190.

Závěr. Jak vidíme, vzájemná ovlivnitelnost a použití norem kolizních a norem přímých existuje, je nutné s ní počítat a je vhodné ji znát. Tyto vzájemné interakce, nejistota z nich plynoucí pro strany a další rizika v aplikačním procesu, pokud je správně definujeme, mohou být eliminována výběrem fóra, precizností doložky, doplněním některých otázek přímo ve smlouvě samé apod. Kolizní normy doplňují přímou úpravu tam, kde tato mlčí. Je otázkou, a k té se dostaneme v následující kapitole, zda i tam, kde nedošlo k úpravě jinými prostředky.

III.2. HMOTNÉ PRÁVO A LEX MERCATORIA

Opět i zde začínáme z pohledu obsahového odkazem na vymezení lex mercatoria v další kapitole. Na tomto místě nás zajímá pouze a výlučně interakce mezi hmotným unifikovaným právem a lex mercatoria. Opět jako základ úvah bereme Vídeňskou úmluvu. Část důvodů – spíše pragmatických směrem k rozsahu publikace – jsme uvedli výše. Zde však přichází i důvod další. Ten lze vyjádřit myšlenkou, zda tento pramen právní úpravy, který je aplikován před normami kolizními, vytváří nejenom prostor, ale také prostředí pro aplikaci nestátních prostředků právní úpravy. Proto je vhodným nástrojem ke zkoumání právě Vídeňská úmluva. Úmluva o promlčení upravuje jediný institut. Smlouvy v oblasti přepravy obsahují spíše kogentní úpravu.

Otázka vztahu lex mercatoria a Vídeňské úmluvy je především otázkou pro:

- a) širší autonomii vůle stran,
- b) postavení zvyklostí,
- c) možnost vyplnění mezer přímo pomocí nestátních prostředků právní úpravy.

ad a) Autonomie vůle stran představuje základní výstavbový princip Vídeňské úmluvy. Jedná nejenom o základní princip, ale o princip domi-

nantní.⁴⁴² Stejně jako v jiných případech je omezen. Omezení vyplývají z působnosti Vídeňské úmluvy vymezené působností časovou, teritoriální, personální a samozřejmě věcnou. Současně však dle našeho názoru zásadní mezí, která ovlivňuje nejenom individuální projevy autonomie vůle stran, ale také ony „institucionalizované“ kam patří většina nestátních prostředků právní úpravy (řadou autorů označovaných jako *lex mercatoria*), je omezení dané článkem 4 – platnost je vyloučena z dosahu právní úpravy (viz předchozí kapitola). Poměrování platnosti ustanovení i smlouvy samé národním právním řádem značně snižuje unifikační hodnotu úmluvy a představuje zásadní omezení autonomie vůle stran.

Základní východisko pro šíři autonomie tvoří článek 6. V souladu s ním mohou strany vyloučit úmluvu jako celek, část či jednotlivou normu nebo změnit kterékoli z jejich ustanovení. Otázka vyloučení a celková dispozice s úmluvou jsou – dle některých autorů – výrazem respektování principu autonomie vůle stran a poskytnutí širokého prostoru pro uplatnění prostředků nestátních, které jsou právě v této oblasti široce zastoupeny a bez nichž si nelze právní regulaci představit.⁴⁴³ Je skutečností, že v tomto případě je úmluva postavena na úroveň národních právních řádů. Rozdíl je dán tím, že národní právní řád může být odsunut na základě kolizního institutu volby práva, unifikované právo v tomto případě na základě hmotně právního institutu.

Využití jednotlivého prostředku typu INCOTERMS 2000 nebo odkaz na Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT jsou možné a v případě střetu úprav má přednost zvolený nestátní prostředek.

Nastavení mezinárodní úmluvy jako dispozitivního nástroje představuje zajímavou myšlenku. Je na škodu, že zatímco unifikační práce v rámci EU

⁴⁴² Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 2d ed., The Hague: Kluwer International, 1991, s. 47. Kazuaki Sono, *Formation of International Contracts Under the Vienna Convention: A Shift Above the Comparative Law*, in Sarcevic/Volken, *International Sale of Goods [Dubrovnik Lectures]*, New York: Oceana, 1986, s. 14.

⁴⁴³ De Ly, F., *Sources Of International Sales Law: An Eclectic Model*, Presented in "Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". Elektronická verze tohoto článku: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dely.html#v>.

nedospěly do tohoto stádia. Tj. přijetí společné úpravy, kterou mohou strany společnou vůlí vyloučit. Tento způsob unifikace kombinující povinnou základní aplikaci s možností vyloučení stranami tam, kde toto uznají jako vhodné, je dle našeho názoru velmi efektivní cestou.

ad b) Postavení zvyklostí obsahuje článek 9. Ten rozlišuje mezi zvyklostmi a mezinárodními obchodními zvyklostmi. Zvyklosti jsou regulovány v odst. 1 a jsou využity v rámci přímé autonomie vůle stran (strany si je dohodly). Mezinárodní obchodní zvyklosti, nazývané někdy normativními zvyklostmi, jsou upraveny včetně znaků, které musí vykazovat, v odstavci 2. Naopak u nich je presumovaná vůle stran o jejich použití. Zvyklost tak lze výslovně včlenit (odstavec 1), nebo naopak vyloučit (odstavec 2).

Samotné postavení zvyklostí při regulaci vztahu omezují dvě zcela rozdílné skutečnosti. V první řadě je to snižující se význam tradičních, nepsaných zvyklostí a jejich nahrazení spíše obchodními termíny či výslovnou vůlí stran ve smlouvě, které uchovávají obsah tohoto pravidla. Omezení také poskytuje článek 4 rovněž dopadající na platnost zvyklostí.

ad c) Možnost vyplnění mezer přímo pomocí nestátních prostředků právní regulace. Přirozený a na první pohled se nabízejícím je využití *lex mercatoria* či jednotlivých nestátních prostředků při vyplnění mezer Vídeňské úmluvy. Zejména prostředky typu *Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT* či *PECL*, které splňují podmínky toho, aby mohly působit jako obligační statut, by mohly „dodat“ onu obecnou část či pozadí, které z větší části Vídeňské úmluvě, která je formulována jako praktický prostředek právní regulace mezinárodní kupní smlouvy, chybí. Argumenty týkající se tak vágnosti a neúplnosti *lex mercatoria* s těmito jednotlivými nestátními prostředky padají. Nejsou o nic méně či více mezerovité než národní úpravy. Spíše naopak. Otázkou je způsob jejich využití. Prvou možností je přímé využití principu autonomie vůle stran jako vedoucího výstavbového principu. Z něj nesporně vyplývá přednost hmotně právní úpravy určené či vytvořené stranami. Druhou by potom mohla být aplikace nepřímá, tj. v rámci norem mezinárodního práva soukromého zvolené stranami. Zde by ovšem omezující rámec tvořilo národní právo. Příznivci doktríny *lex mercatoria* se většinou přiklánějí k přímému využití a to s různými argumenty. Například Bonell pro použití *Zásad mezinárodních smluv*

UNIDROIT při vyplnění mezer poukazuje na to, že tyto principy jsou nesporně vyjádření výstavbových zásad Vídeňské úmluvy a prokazuje toto na příkladech.⁴⁴⁴ Někteří autoři jdou ještě dále. Například Bovyson uvádí, že obecné principy sloužící k vyplnění mezer znamenají pouze obecné principy mezinárodního *lex mercatoria*.⁴⁴⁵

Osobně se přikláníme k prvé uvedené variantě – tj. aplikaci přímé, odůvodněné principem autonomie vůle stran jako vedoucím výstavbovým principem platícím pro vyplnění mezer právní úpravy. Samozřejmě i zde platí omezení článkem 4 Vídeňské úmluvy.

Závěr. Zde lze zakončit naše expozé do oblasti interakce hmotného unifikovaného práva a *lex mercatoria* slovy B. Audita, který vyjádřil, že Vídeňská úmluva není určena pro soutěž s *lex mercatoria*. Právě naopak tyto dva prostředky se mají vzájemně doplňovat.⁴⁴⁶ Tato slova vyjadřují vše důležité, co by o vztahu těchto dvou regulačních prostředků mělo být řečeno.

⁴⁴⁴ Bonell, M. J., *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?*, 26 *Uniform Law Review*, 1996, s. 76.

⁴⁴⁵ Bovyson, H., *International Transactions and the International Law Merchant*, Pretoria, 1995, s. 199.

⁴⁴⁶ Audit, B., *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, in: *Lex Mercatoria and Arbitration*, Thomas E. Carbonneau ed., New York: Juris Publishing, 1998, s. 175.

IV. LEX MERCATORIA

IV.1. ÚVOD

Na několika místech této práce jsme se zmínili o fenoménu mezinárodního práva obchodního – o *lex mercatoria*, resp. nestátním právu mezinárodních obchodníků,⁴⁴⁷ případně o nestátních prostředcích právní úpravy (pokud odmítáme existenci právního systému, avšak vnímáme existenci jednotlivých norem). I když hlavní oblast působení *lex mercatoria* je z pohledu procesního v řízení před rozhodci, které na rozdíl od řízení před soudy obecnými umožňuje vyšší stupeň využití autonomie vůle stran, nelze tuto otázku zcela opomenout ani tam, kde se pohybujeme převážně v řízení před soudy obecnými. Jak již bylo uvedeno na jiných místech této práce, není jejím smyslem podrobně analyzovat danou problematiku. Odkazujeme na jiné práce, mimo jiné i tohoto autora. Nicméně nelze alespoň krátce se věnovat vymezení, možné aplikaci a názoru autora na danou problematiku.

S problematikou *lex mercatoria* se setkáváme napříč stoletími a napříč kontinenty.⁴⁴⁸ Mění se však ekonomické vztahy, mění se právně filosofické

⁴⁴⁷ V této souvislosti je nutné upozornit na to, že jev existence právní regulace, která má charakter regulace soukromoprávních vztahů, má současně transnacionální přesahy a nestátní původ, je označován různými názvy: *International Commercial Law*, *Law of International Trade*, *Transnational Law of International Trade Transaction*. Vedle tohoto názvu se objevují další termíny, které uvozují koncepce, které více či méně s doktrínou *lex mercatoria* mohou souviset. Jde o koncepci „*contract sans loi*“, zvláštní způsoby rozhodování jako je „*amiable compositeur*“ „*dle equity*“ či „*tronc commun*“. K naposledy uvedeným členěním odkazujeme především na: López Rodríguez A. M., *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Copenhagen: DJOF Publishing, 2003, s. 90–99. V české literatuře k názvům a doktrínám, k nimž se zpravidla přiřazují: Rozehnalová, N., *Právo mezinárodního obchodu*, Praha: ASPIWolters Kluwer, 2006, s. 197–214.

⁴⁴⁸ V názoru na to, zda středověké *lex mercatoria* bylo předobrazem novodobého *lex mercatoria* či ne, se názory liší. Viz např. Sachs, S. E., *From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'*. *American University International Law Review*, Vol. 21, No. 5, 2006. Dále například Volckart, O, Mangels, A., *Are the roots of the modern *lex mercatoria* really mediavel?*, *Southern Economic Journal*, 1999, 1. Dostupný z

uchopení *lex mercatoria* a jsou dedukovány nově vazby k jiným souborům právních norem, zejména potom mezinárodnímu právu soukromému. Na rozdíl od minulosti však nikoli jako konkurenčního souboru právních norem. Tedy souboru stojícího svou snahou o teritoriální lokalizaci či umístění smlouvy proti existenci jednotného nestátního a transnacionálního souboru právních pravidel regulujících smlouvu. Naopak jsou hledány možnosti vzájemné přímé interakce obou skupin norem při aplikaci na konkrétní smluvní vztah. Prolínání práva státního a práva nestátního – jak při konkrétní aplikaci, tak v právně filosofických úvahách – se stalo realitou přístupu k *lex mercatoria*. Samotné prolínání je tradičně realizováno v rovině hmotného práva (v mezích daných autonomií vůle stran). Prolínání na úrovni výběru práva bylo výjimečně zvažováno. Diskutováno bylo pouze v mezinárodním rozhodčím řízení, které disponuje pluralitou různých přístupů k určení rozhodného práva. Tento typ výběru výslovně připouštěly některé právní úpravy a řády některých rozhodčích soudů.⁴⁴⁹

Je otázkou, nakolik návrh nařízení Řím I z roku 2005 a práce na něm otevřely diskusi směrem ke vztahu jednotlivých nestátních norem a mezinárodního práva soukromého. Nesporně ukázaly vlídnou tvář a neuzavřely se dalším krokům alespoň tam, kde se jedná o ucelené soubory právních pravidel, působilé působit jako obligační statut.

Důvody posunů v právní regulaci od norem národních k mezinárodním a k regulaci pomocí nestátního práva jsou jak mimoprávní, tak mají i své právní odůvodnění. V literatuře jsou pravidelně citovány úryvky z Teubnerovy⁴⁵⁰ statě věnované vztahu světové globalizace a posunu od teritoriální

<http://www.jstor.org/pss/1060808>.

⁴⁴⁹ Rozehnalová, N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*, Praha: ASPI Kluwer, 2008, s. 231–236.

⁴⁵⁰ Teubner, G., *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society*. ed. Teubner, G., *Global law without a state*, Dartmouth, 1996. Podobně i: Teubner, G. and Fischer-Lescano, A., *Regime – Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 4, 2004. Zejména v následující publikaci klade otázky směrem ke změnám v subjektech tvorby práva, i ve vzniku práva v globalizované době. Teubner, G., *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?* ed: Karl-Heinz Ladeur, *Public governance in the age of globalization*, Aldershot 2004.

determinace k determinaci funkční. Vliv globalizované ekonomiky, nové posuny v komunikacích zasahujících oblast obchodování, vznik virtuálního elektronického světa bořícího tradiční hranice, rozvoj letecké dopravy a mimořádný rozvoj cestování, to vše samozřejmě ovlivňuje nejenom společnost samotnou, nýbrž také normativní systémy regulace. Právní důvody jsou různé. Zjevně to jsou problémy se zjištěním a následnou korektní aplikací cizího práva před soudy jiného státu. Problémy, které zatěžují proces jak ekonomicky, tak mají pravidelně i vliv na délku řízení. Nesporná nechuť soudce tam, kde nezná cizí právo, toto aplikovat. Lze se také zamýšlet nad tím, nakolik je národní právo, na které kolizní norma odkazuje, vhodným pravidlem regulace transnacionální obchodní transakce. Je obecně přijímaným tvrzením, že národní právo je přednostně zaměřeno na regulaci domácích transakcí. Nikoli mezinárodních. Navíc dynamika vývoje v oblasti mezinárodního obchodu vysoce převažuje nad „legislativní rychlostí“ na úrovni jak národní, tak mezinárodní. Této dynamice odpovídá mnohem lépe schopnost pružně měnit obsah, která je typická pro nestátní právo.

Na druhé straně nelze nevnímat to, že pravidla často vznikají na přání velkých hráčů a velkých advokátních kanceláří. Zejména pokud jde o různé institucionalizované prostředky využívající smluvní volnosti. Možná více než v minulosti právě proto, že globální ekonomika je synonymem dnešní doby. Kritika upozorňující na možná zneužití dominantních postavení je významná i pro oblast soukromého práva a pro současnost.

IV.2. AKADEMICKÉ MLŽENÍ ČI ROZHODOVACÍ PRAXE

V práci věnované *lex mercatoria* si v úvodu A. M. López Rodríguez klade otázku, která vystihuje mnohé, co je spojeno s tímto jevem. Připomeňme si ji: „*Is there lex mercatoria in international trade practice or is it a mere academic invention?*“⁴⁵¹ Při vědomí těchto limitů a podmínek

⁴⁵¹ López Rodríguez A. M., *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Copenhagen: DJOF Publishing, 2003, s. 4.

se v této kapitole podívejme jednak na součásti právní úpravy tohoto jevu a na z toho vyplývající zdroje. Upozornit je však nutné na jednu okolnost.

Snad na veškeré otázky, se kterými se při studiu tohoto jevu setkáváme, lze najít různé odpovědi či zdůvodnění. Neexistují jednotná právně filosofická východiska, neexistuje jednotná koncepce, liší se názvy, liší se názory na možné zdroje či složky úpravy i vztah k národnímu právu. V podstatě to, co příznivce spojuje je přesvědčení o existenci právních pravidel způsobilých regulovat vztahy navazované mezi mezinárodními obchodníky. Původ této regulace není dán, resp. není dán přímo, v legislativní činnosti státu či států. Toto právo je v závislosti na koncepci, kterou autor zastává, „stavěno“ mimo právo státu, nebo vazba se státem je viděna ve vazbě na existující princip autonomie vůle stran. Jeho tvorba je spatřována v jiných procesech, než je legislativní činnost státu: obyčejové tvorbě, akademické tvorbě, vytváření různých prostředků institucionalizujících vůli stran a usnadňujících jednání o obsahu budoucí smlouvy až k případům, kdy se sice jedná o jinak pramen právní úpravy vytvořený v rámci legislativní činnosti států, nicméně takto nepoužívaný.

Parafrází na otázku výše vymezenou A. M. López Rodríguez lze říci, že „pohonnými jednotkami“ rozvoje *lex mercatoria* jsou akademická sféra díky svým diskusím o *lex mercatoria*, obchodní a negociační praxe využívající princip autonomie vůle stran spolu s rozhodovacími praktikami některých rozhodčích soudů,⁴⁵² bez nichž bychom nediskutovali o *lex mercatoria*, nýbrž pouze o šíři smluvní volnosti pro jednotlivé normy.

Pro nastínění možného obsahu *lex mercatoria* a přístupu alespoň k některým otázkám si dovolíme navrhnout časové a obsahové členění jevu tak, abychom ho měli šanci alespoň částečně uchopit. Opomeneme-li období středověkého *lex mercatoria*,⁴⁵³ lze časově odlišit tři fáze, které pro

⁴⁵² Zde doporučujeme zejména přehledy vázané na Rozhodčí soud při MOK v Paříži. Například *Collection of Arbitral Awards*. Přehled rozhodnutí, a to velmi reprezentativní, obsahuje publikace López Rodríguez, A. M., *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, Copenhagen: DJOF Publishing, 2003, s. 393–399.

⁴⁵³ Ke středověkému *lex mercatoria* doporučujeme Cutler, C. A., *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy* Cambridge: Cambridge Studies in International Relations, 2003, s. 108 a násl. Milenković-Kerković, T.,

sebe označujeme jako „*období národního státu, národních kodifikací a lex mercatoria*“, „*klasické období lex mercatoria*“ a „*lex mercatoria ve světě globalizované ekonomiky*“. Samozřejmě to vše platí s vědomím jisté relativity, která doprovází všechno naše konání.

Období národního státu, národních kodifikací a lex mercatoria.

Tímto obdobím označujeme období zejména 19. a počátku 20. století a meziválečné období. Je pravdou, že k označení jevu nestátního či korporátního práva nebylo využíváno termínu *lex mercatoria*, ale jiných termínů. Je pravdou, že právě 19. století je stoletím velkých národních kodifikací vyjadřujících emancipaci jednotlivých států. Je také pravdou, že právě v tomto období se objevují zásadní práce tvořící základy moderního mezinárodního práva soukromého. Z tohoto pohledu je zvykové obchodní právo v zásadním rozporu s povahou moderního pozitivního práva, prezentovaného v hierarchické normativní struktuře a vytvářeného státem. Je však také pravdou, že dovršením kodifikací nastává proces využívání autonomie vůle a vytváření různých prostředků usnadňujících mezinárodní obchodování. Dochází také k poznání, že mezinárodní právo soukromé je sice sofistikovaný systém, ale současně systém pro laiky těžko uchopitelný a pro soudce obtížně aplikovatelný. To vše samozřejmě sehrává svou roli směrem k vytváření jednodušších, lépe uchopitelných a pochopitelných pravidel.

To, co je typické pro rozvoj mezinárodního obchodování v tomto období je: rozvoj zámořského obchodu a to i přes poměrně protekcionistický postoj USA, rozvoj obchodování s koloniemi, rozvoj obchodování s druhově určeným zbožím, nástup liberalismu do obchodních vztahů na úrovni států. Zavádění prvých doložek nejvyšších výhod do mezinárodních smluv. Samozřejmě jde o vývoj nikoli globální. Období liberalizace je následováno vlnami protekcionismu vrcholícími v období mezi dvěma světovými válkami. Tovární velkovýroba vyžadovala jak změnu v obchodních jednáních, tak i změnu v užívaných obchodně právních dokumentech. Zcela nevhodnou se stala smlouva sepisovaná u notáře a objevují se prvé formulářové smlouvy. Toto a částečně i pozdější období jsou spojeny v této oblasti

s řadou jmen význačných teoretiků. **E. Lambert** hovořil o právu mezinárodních společností (*droit corporatif international*). Toto právo má vlastního ducha, metody i sankce. Jeho podstatu a základ autonomie viděl v působení tří skutečností: arbitráže rozvíjené uvnitř společenství, kodifikaci zvyklostí či kodifikaci typového kontraktu. Toto právo mezinárodní společnosti (rozumí se obchodníků), které vzniklo z potřeb hospodářské povahy, bez zásahu státu, má schopnost rozšiřovat se svobodně bez ohledu na hranice. Jeho žák **M. Ishizaki** hovořil o tom, že toto právo se rozvíjí mimo dosah kontroly a sankcí státu. Vzhledem k dispozitivnímu charakteru norem upravujících smlouvy a vzhledem k možnostem řešení sporů před rozhodci, se tyto vztahy vymykají kontrole státu.⁴⁵⁴ Další z význačných teoretiků působících v období mezi dvěma světovými válkami je **H. Grossmann-Doerth**. Tento čelný představitel německého ordoliberalismu stavěl své úvahy na skutečnosti, že státní právo (tj. právo vytvářené skrze stát či jeho instituce) je pro mezinárodní obchod pramenem s minimálním významem. Správnost tvrzení dokumentoval na situaci v zámořském transatlantickém obchodě, kde jsou nejvýznamnější otázky upraveny pomocí dispozitivních norem. Vzhledem k jejich nevyhovujícímu obsahu jsou v praxi nahrazovány firemními formuláři (tj. podmínkami, které v obchodním obratu mezi sebou navzájem používají firmy), klauzulemi (tj. typovými smluvními doložkami) a společenským právem (tj. klauzulemi, které strany nemusí formulovat, neboť tuto formulaci samu realizovaly). Proto, aby bylo možné se oddělit od výše uvedeného státního práva, je nutné se oddělit i od jeho ducha. Nové právo světového zámořského obchodu je tak pomocí klauzule o řešení sporů pomocí arbitráže oddělováno od specifík soudního řízení jednotlivých států a tím i od vnášení národních specifík skrze či pomocí soudce.⁴⁵⁵

Klasické (zlaté) období lex mercatoria. S trochou nadsázky si dovolíme označit období 60. a desetiletí navazující klasickým obdobím v dějinách této disciplíny. A to nejenom pro razanci, se kterou někteří protago-

⁴⁵⁴ Převzato z: Jakubowski, J., *Umowa sprzedazy w handlu miedzynarodowym*, Warszawa, 1966, s. 14 a násl.

⁴⁵⁵ Grossmann-Doerth, H., *Das Recht des Überseeaufks*, Berlin: Bensheimer, 1930, s. 5. Poprvé využito a analyzováno v Rozehnalová, N., *Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě*, Brno: MU, 1991. Zde také podrobnější výklad.

nisté vystoupili se svými myšlenkami, ale také pro to, že jejich názory odrážely pozorování praxe a měly identifikovatelné doktrinální pozadí.

Začít je nutné se dvěma protagonisty navázanými na počátky úvah o *lex mercatoria* na počátku 60. let: **C. M. Schmitthoffa**⁴⁵⁶ a **A. Goldštajna**.⁴⁵⁷ Jejich názory neopouštějí meze pozitivistického přístupu k právu a meze tímto přístupem dané pro autonomii vůle stran. Názory jimi prezentované vycházejí ze specifik kolizní úpravy vztahů s mezinárodním prvkem, specifik způsobu řešení sporů v mezinárodním obchodě a společného sdílení některých obecných zásad právních. Pro jejich přístup je charakteristická interakce práva státního a nestátního.

Základní prvky *lex mercatoria* vidí Schmitthoff v existenci autonomie vůle stran, prosazování zásady *pacta sunt servanta* a rozvoji mezinárodní obchodní arbitráže.⁴⁵⁸ Původ práva mezinárodního obchodu odvozují Goldštajn i Schmitthoff z mezinárodní legislativy (tj. mezinárodních smluv jak platných, tak i těch, které se doposud platné nestaly) a mezinárodních obchodních obyčejů. I když je *lex mercatoria* v řadě jejich prací uváděno jako autonomní právo mezinárodního obchodu, nejedná se o plnou separaci od národního práva. Svůj autonomní charakter získává toto právo opuštěním národních právních systémů. Podmíněně je založeno (odvozeno) na národním právu, nicméně je mezinárodně obchodní praxí rozvíjeno v těch sférách, kde jsou národní zákonodárci bez zájmu. *Lex mercatoria* respektuje skutečnost, že žijeme v době národních právních řádů, je z nich odvozeno a respektuje suverenitu států. Vztah mezi *lex mercatoria* a národním právem je vztahem koexistence.

⁴⁵⁶ Schmitthoff, C. M., *Das neue Recht des Welthandels*, *RabelsZ*, 1964, s. 47–77. Schmitthoff, C. M., *The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation*, in: Schmitthoff, C. M. ed., *The Sources of the Law of International Trade*, London, 1964. Schmitthoff, C. M., *Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transaction*, in: Horn, N., *The Transnational Law of International Commercial Transaction*, The Hague: Kluwer, 1982.

⁴⁵⁷ Goldštajn, A., *The New Law Merchant Reconsidered*, *Festschrift Schmitthoff*, 1973; Goldštajn, A., *The New Law Merchant*, *Journal of Business Law*, 1961.

⁴⁵⁸ Schmitthoff, C. M., *Das neue Recht des Welthandels*, *RabelsZ*, 1964, s. 77.

Ph. Kahn,⁴⁵⁹ **B. Goldmann**⁴⁶⁰ jsou další z protagonistů. Byť jejich právně filozofická východiska jsou zcela jiná. Jejich učení vychází zejména ze sociologického přístupu k právu a z představy existence mezinárodního společenství obchodníků, anebo přinejmenším určité zájmové skupiny jako je svaz obchodníků se zemědělskými produkty, surovinami anebo například bankovní sektor, jako plně samostatné instituce (struktury), uvnitř níž určité hospodářské svazy přejímají společenskou autoritu a udávají rozhodující tón pro regulaci. Podstatou existence takové společnosti je její solidárnost. Uvnitř komunity požívají vlastní orgány obchodníků silnou autoritu. Vydáváním formulářových podmínek či smluv vykonávají v zásadě zákonodárnou činnost. Existence vlastních arbitrážních orgánů zabezpečuje aplikaci těch norem, které jsou společenstvím vytvářeny. Obchodní společenství disponuje – dle příznivců této koncepce – také řadou neformálních donucovacích prostředků jako jsou penále, disciplinární opatření, zanesení do rejstříků, vyloučení ze společenství a další neformální sankce. Ph. Kahn ve své publikaci o euro závazcích upozorňuje na působení *lex mercatoria* na finančních kapitálových trzích ve vztahu k euro bondům. K této skupině lze připojit i **E. Loquina**. Ten rozvinul myšlenky právního pluralismu, které uvedl do této souvislosti dříve F. Rigaux,⁴⁶¹ a vysvětluje, proč aplikace nestátního práva v mezinárodním rozhodčím řízení vede k rozvoji autonomního nestátního systému. Termín „*a-national*“ je zde synonymem pro „*transnational*“.⁴⁶²

Upozornit je nutné také na některé přístupy, které již v této době směřovaly spíše k transnacionálním a povaze vztahů odpovídajícímu řešení. Konkrétně máme na mysli **E. Langena**.⁴⁶³

⁴⁵⁹ Kahn, Ph., *La Vente Commerciale Internationale*, Paris: Sirey, 1961. Kahn, Ph., *Lex Mercatoria et Euro-Obligations*, in: *Law and International Trade. Festschrift für C. M. Schmitthoff*, Frankfurt: Fabricius ed., 1973, s. 213–241.

⁴⁶⁰ Goldmann, B., *Lex mercatoria*, *Forum international* No. 3, 1983.

⁴⁶¹ De Ly, Ph., *Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalisation*, in: *Festschrift für Otto Sandrock*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2000, s. 179–205.

⁴⁶² Loquin, E., *L'application des règles nationales dans l'arbitrage commercial international*, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris: ICC, 1986, 73–75, 115–118.

⁴⁶³ Langen, E., *Transnational Commercial Law*, Leiden, 1973.

Lex mercatoria v globalizované ekonomice. Snad nejvýraznější je role „celosvětového“ práva ve světě globální ekonomiky. Není divu, že se řada autorů věnovala z různých doktrinálních pozic tomuto vztahu. S interakcí a následnou existencí transnacionálního práva pracuje, jak jsme již uvedli na počátku, **G. Teubner**.⁴⁶⁴ Pracují s ní i další autoři jako např. **F. Snyder**⁴⁶⁵ upozorňující na specifika současných ekonomických vztahů jako vztahů globalizovaných. Teubner vychází z myšlenky, že nejvhodnější právní regulací pro globální ekonomické vztahy je globální právní řád (global legal order). Jako příklad globálního práva je uváděno právě **lex mercatoria**. Toto právo se odvíjí mimo oficiální státní či mezinárodní struktury. Základním nástrojem a centrem zkoumání je smlouva. Hranice působnosti tohoto práva nejsou omezeny teritoriem státu (jako je tomu u práva státního), ale působením různých specializovaných svazů obchodníků a profesionální komunity. Pramenem není státní legislativa, ale spíše (v souladu s jeho teorií „*autopoietic*“) strukturální propojení práva s trvajícím globalizovanými procesy. Toto právo není propojeno s politickými strukturami, ale spíše s jinými sociálními oblastmi. Sestává se ze série principů, které jsou flexibilní a adaptabilní vůči ekonomickým potřebám. Vzhledem k absenci vztahu k politickým strukturám či jiným sociálním procesům, je decentralizované (zjevně pokud jde o jeho vznik, pozn. autora) a je nehierarchické. Myšlenky o „*autopoietic*“, tj. samotvorbě, samoprodukcí, samoorganizaci tohoto systému nacházíme i v práci **R. Michaelse**⁴⁶⁶ a **P. Mazzacana**.⁴⁶⁷ Lex mercatoria méně než systém hmotných norem je připodobňováno procesu tvorby pravidel.

Je pochopitelné, že výše uvedené směry a jednotliví zmínění autoři nevyčerpávají zdaleka dosah a obsahovou bohatost teorie lex mercatoria, výčet příznivců či osob, které se touto problematikou zabývali. Z dalších

⁴⁶⁴ Teubner, G., *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997.

⁴⁶⁵ Snyder, F., *Regional and Global Regulation of International Trade*, Oxford: Hart Publishing, 2001, s. 1–12.

⁴⁶⁶ Michaels, R., *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007.

⁴⁶⁷ Mazzacano, P., *The Lex hMercatoria as Autonomous Law*, *Comparative Research in Law and Political Economy*, 2008, Vol. 4, No. 6.

osobností zabývajících se ve svých pracích touto problematikou je možné jmenovat **M. J. Bonella**,⁴⁶⁸ **O. Landoa**,⁴⁶⁹ **B. v. Hoffmanna**, **B. Cremadese**, **S. Plehna**, **K. Siehra**, **Ph. de Ly**⁴⁷⁰, **R. Goodeho**⁴⁷¹ a celou řadu dalších. Zájem o lex mercatoria se objevil i na území bývalých socialistických států a to nikoli z výlučných pozic pozitivistických, které zastává pro řízení před soudy obecnými tento autor.⁴⁷²

IV.3. ZDROJE ÚPRAVY ČI SOUČÁSTI LEX MERCATORIA

Bez ohledu na zastávané doktríny (a z toho plynoucí výčet zdrojů) se pokusíme o určitou krátkou sumarizaci toho, co je zpravidla považováno za zdroje či (z jiného pohledu) součástí lex mercatoria. Smysl tohoto výčtu je následující. Jednak to byla snaha Komise pracovat nikoli s lex mercatoria jako celkem, nýbrž naopak s jednotlivými (některými) normami. A je skutečností, že v této úrovni nejsou problémy s určitým typem aplikace ani před soudy obecnými (viz dále).

⁴⁶⁸ Například: Bonell, M. J., *Das autonome Recht des Welthandels – rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte*, RabelsZ, 1978, s. 483–506. Bonell, M. J., *Unification of Law by Non-legislative Means. The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, *American Journal of Comparative Law*, 1992, s. 629 a násl.

⁴⁶⁹ Například: Lando, O., *The Soft Law and the lex mercatoria*, Kobenhaven: DJOF Forlag, s. 129 a násl. Lando, O., *the Principles of European Contract Law nad the lex mercatoria*, in: Basedow, J., *Private Law in the International Arena*, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague: T.M.C. Aster Press, 2000, s. 391 a násl.

⁴⁷⁰ Například: de Ly, F., *Lex Mercatoria and Unification of Law*, ed. Hartkamp, A., *Towards a European Civil Code*, The Hague: Kluwer Law International, 1998. de Ly, F., *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam: North-Holland, 1992.

⁴⁷¹ Goode, R., *Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*, *I.C.L.Q.*, 1997, s. 1–36.

⁴⁷² Merežko, A. A., *Transnacionalnoje torgovoje pravo (lex mercatoria)*, 2002, Kijev: Takson, s. 431–435, kde v závěru přináší jistou kritiku právnímu pozitivismu v tom, že nereflektuje realitu právní regulace vztahů v mezinárodním styku. Poukazuje na nutnost přijmout jinou doktrínu. V těchto souvislostech je však třeba i kriticky poukázat na jeho koncepci tvořícího se *ius commune europe* jako možný základ lex mercatoria. Blíže srovnej také Rozehnalová, N., *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*, Brno: MU, 1994.

Za jednotlivé součásti či zdroje jsou považovány:

1. **Mezinárodní obchodní zvyklosti.** Význam tradičních, písemně nezachycených a spontánně vzniklých zvyklostí se spíše snižuje. Naopak nárůst vykazuje jev, který je označován jako tzv. formulované zvyklosti. Tam jsou řazeny zvyklosti následně doplněné, formulované a písemně zachycené vlivnou mezinárodní agenturou typu Mezinárodní obchodní komora v Paříži.⁴⁷³ Zařazují se zde například INCOTERMS, RAFTD, Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy. Tato skupina norem, původně zvyklostního charakteru, hraje v současnosti dominantní roli při regulaci obchodních vztahů.
2. **Obecně uznané právní principy či zásady.** Tento termín je chápán různě široce. Některými autory je chápán obdobně smyslu čl. 38 (1)(c) Statutu Mezinárodního soudního dvora jako obecné zásady právní uznané civilizovanými národy.⁴⁷⁴ Další vymezení vyplývají z komparativního srovnání právních řádů či systémů. K formulaci dochází jak na základě komparatistiky spíše literární, tak i při rozhodovací praxi a komparaci v rámci tohoto procesu. Řadě obecných zásad má svůj původ v právu římském. V novějších pracích se hovoří i úžeji o obecných principech smluvního práva a i o obecných principech *lex mercatoria* jako o principech, na kterých je tento soubor vystavěn.⁴⁷⁵

Za základní princip, který vůbec umožňuje úvahy o tomto systému norem, je nutné samozřejmě považovat **princip autonomie vůle** promítnutý do oblasti závazkového práva principem **smluvní svobody stran**.

⁴⁷³ Schmitthoff, C. M., *The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions*, in: ed. Chia-Jui Cheng, Clive M. Schmitthoff s selected essays on international trade law, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, s. 191 a násl.

⁴⁷⁴ Kötz, H., *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht*, *RabelsZ* 34, 1970, s. 671.

⁴⁷⁵ Zde zejména viz Berger, K. P., *The Concept of the "Creeping Codification" of Transnational Commercial Law*, The Hague: Kluwer International, 1999. Doporučujeme také <http://www.trans-lex.org/results.php>, kde je diskutována otázka principů a kde jsou uvedeny desítky principů transnacionálního práva.

3. **Institucionalizované produkty smluvní svobody** jako jsou formulářové smlouvy či obchodní podmínky. Zde spadají nikoli ty, které jsou vytvořeny na úrovni dvou smluvních stran a pro jejich konkrétní právní vztah, nýbrž pro obecné použití a nekonkretizované případy. Zajímavým produktem jsou formulářové smlouvy vytvářené mezinárodními organizacemi jako jsou podmínky EHK OSN, FIDIC, WIPO, GAFTA atd. Zajímavým produktem jsou i tzv. *guide*, tedy právní návody. Tyto v oblastech kontraktačně složitých velmi výrazně ovlivňují postupy v kontraktaci, následnou formulaci smlouvy a celkový náhled na povahu transakce.
4. S tím vším souvisejí i uměle vzniklé **soubory zásad mezinárodních smluv** či smluvního práva vytvářené nikoli na bázi zástupců států, nýbrž soukromě. Na myslí tím máme konkrétně **Principy Evropského smluvního práva** či **Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT**. Je zajímavé, že oba dva soubory se současně hlásí k *lex mercatoria* a ztotožňují se s tímto jevem a pokoušejí se najít svou aplikaci v rámci tohoto systému.

Ke zdrojům se řadí i prameny jinak mezinárodního práva veřejného – mezinárodní smlouvy tam, kde nevstoupily v platnost nicméně se například na základě odkazu stran využívají pro regulaci smlouvy.

IV.4. APLIKACE

Jaké existují obecně možnosti aplikace tohoto souboru právních pravidel a to jako celku či jednotlivých norem? Variant je více a odráží se v nich jak právně filosofický přístup k problematice, tak akcent na princip autonomie vůle stran v jejích různých polohách – kolizní či hmotně právní. Chování souboru pravidel či jednotlivé normy se totiž v tomto ohledu liší. V těchto variantách se nutně, pokud jdeme do jejich podstaty, odráží doktrinální východisko. Tzn. zda se umísťujeme do reality hierarchie norem v rámci systému, nebo naopak hledáme řešení jiné, které reflektuje povahu vztahu.

Dostáváme se tak na úroveň tří možných schémat, která pravidelně při tomto výkladu používáme a zatím se nám je nepodařilo myšlenkově překonat. I s vědomím toho, že se zde opakujeme, uvádíme:

a) **subsidiární aplikace**, tj. aplikace *lex mercatoria* či jednotlivé normy nestátního původu v mezích daných kogentními normami práva určeného kolizní normou, unifikovanou hmotnou normou nebo jinak. Tato možnost – byť i uchopena jako odkaz na právní řád – zůstává využitím smluvní volnosti stran **na úrovni hmotně právní**. Tento přístup se nevyslovuje k tomu, zda komunita obchodníků je či není způsobilá vytvářet obecnou regulaci. Tato koncepce přijímá normy v rámci mezí a je lhostejno, zda norma vznikla jako individuální pravidlo či pravidlo pro obecnou regulaci. Roli může hrát jen způsob odkazu na tato pravidla a interpretace tohoto odkazu. Pokud je odkázáno na jeden ze souboru právní pravidel, nevidíme žádné problémy. Interpretační problémy mohou nastat tam, kde se odkazuje obecně na *lex mercatoria*. V tomto případě rozhodující orgán musí posoudit obsah tohoto odkazu. Což se může lišit. Tento způsob využití je možný jak pro soudy rozhodčí, tak pro soudy obecné. V tomto případě nepřichází kolizní právo a *lex mercatoria* do přímého kontaktu.⁴⁷⁶ Tento přístup je typický pro klasické mezinárodní právo soukromé tak, jak je tradováno zejména v Evropě. Vychází ze základní myšlenky střetu právních řádů, nikoli střetu právních norem. Problémem tak není nestátní povaha *lex mercatoria*, problémem je v prvé řadě a zásadně to, že střet právního řádu a jednotlivé normy je v klasickém mezinárodním právu vyloučen.

b) aplikace, kdy je *lex mercatoria* či jednotlivá norma nestátního původu **rovnocenná s právem státu**. Autonomie vůle stran je realizována ve sféře rozhodnutí o právním režimu smlouvy, to je rovinně mezinárodního práva soukromého. Jde o kolizní volbu rovnocenné možnosti dané právem státu a nestátním právem, tedy využití smluvní volnosti **na úrovni kolizní**. Zde se již dostáváme do otázek typu způsobilosti i jiných subjektů než je stát vytvářet obecně závazná pravidla způsobilá „konkurence“ pravidlům vytvořeným státem. V tomto směru byl zpracován i návrh nařízení Řím I

⁴⁷⁶ v. Bar, Ch., Mankowski, P., Internationales Privatrecht, München: Verlag C. H. Beck, 2003, s. 78.

předtím, že byla tato varianta vyloučena. S těmito případy se setkáváme u některých rozhodčích soudů a tímto směrem jsou také vedeny diskuse o potřebě uchopení aplikace lex mercatoria. U soudů obecných je vyloučena.

V tomto případě je zajímavé odkázat na práci Michaelse, který analyzuje situaci z pohledu mezinárodního (mezioblastního) práva soukromého USA a uvádí možnosti aplikace právě díky rozdílům v přístupu.⁴⁷⁷

c) **přednostní aplikace** lex mercatoria či jednotlivé normy nestátního původu znamenající, že na soukromoprávní vztahy obsahující mezinárodní prvek a spadající svým předmětem do této oblasti, budou aplikovány tyto normy bez dalšího. Tzn. dokonce i bez odkazu stran a bez nutné opory v pozitivním právu konkrétního státu. Přednost vyplývá z povahy tohoto systému norem.

Závěr. Jen několika slovy lze uzavřít uvedený okruh. I přes určitá očekávání, která se objevila při projednávání nařízení Řím I, setrvává aplikace lex mercatoria na stejných pozicích, jako tomu bylo dříve. V podstatě jde o inkorporaci norem namísto přednostní aplikace.

⁴⁷⁷ Michaels, R., Umdenken für die UNIDROIT – Prinzipien, *RabelsZ*, 2009, s. 866–888.

V. ZACHÁZENÍ S CIZÍM PRÁVEM PŘED NÁRODNÍMI SOUDY

V.1. ÚVOD A SEZNÁMENÍ S PROBLEMATIKOU

Na mnoha místech publikace zaznělo sdělení, za jakých podmínek bude soudce aplikovat hmotné právo jiného státu namísto práva vlastního. Zmínili jsme se o využití kolizních norem, zohlednění účinků cizích imperativních norem, aplikaci unifikovaných norem i norem nestátního původu. Nešli jsme nikterak hluboko do otázky „**proč**“ je cizí právo aplikováno. Zda je to důsledek mezinárodní zdvořilosti – *comity*, důsledek nadstátnosti mezinárodního práva soukromého či z různých pohledů vnímaný příkaz tuzemského zákonodárce ve vymezených případech použít namísto vlastního práva právní řád cizího státu. Tuto právně filozofickou otázku ponecháváme stranou (nic jiného nám zde nezbyvá) a jen s určitou mírou zjednodušení akcentující pozitivistický přístup vlastní tomuto autorovi konstatujeme, že proto, že mu to takto určuje tuzemský zákonodárce – stát, prostřednictvím kolizní normy. Ta je v situacích spadajících do předmětu její úpravy imperativem určujícím další postup.

Pro doplnění mozaiky je nutné uvést ještě jednu problematiku, plně navazující na otázky již uvedené. Doplnit je nutné to, zda fórum ovlivňuje či může ovlivnit použití cizího práva či nakládání s ním. Zda při jinak stejné kolizní úpravě může nastat ta situace, že výsledný efekt bude různý v závislosti na oné skutečnosti, ve kterém státě je řízení vedeno. Zda tedy procesní normy státu, kde je vedeno řízení (a ovládané zásadou *legis fori*), jsou v přímé interakci s právem hmotným (tedy s *legis causae* určeným na základě unifikovaných kolizních norem). Do jisté míry se zde dotýkáme i možnosti tzv. *fora shopping*, tj. situace, kdy je možné si vybrat, kde budu zahajovat řízení. Což je představitelné zcela dobře i v rámci režimu nařízení Brusel I. Zcela úmyslně ponecháváme stranu opět řízení rozhodčí, které vykazuje další specifika ve vazbě na zastávanou doktrínu.

Přestože je řada otázek v rámci evropského justičního prostoru unifikována v oblasti kolizní i procesní, patří **zacházení s právem v průběhu řízení** k těm, které jednotně evropsky upraveny nejsou. Neexistuje jednotný právně filosofický přístup, neexistuje výslovná úprava. Unifikace kolizních norem neznamenala vytvoření jednotné doktríny. Ani nevzešla z konkrétní doktríny. Vznikla jako kompromis. Současně však mohou být rozdíly v zacházení s právem tak, jak je znají jednotlivé úpravy, rozhodující pro konečný výsledek, tj. aplikaci práva. Rozdílné procesní zacházení s jednotlivými níže vymezenými otázkami, včetně širší dispozice uvnitř právních řádů zasahující právě námi sledovanou oblast závazků ze smluv, jsou otázkami, které nemohou zůstat stranou.

Připomeňme si, o které otázky se jedná. Jde o to, zda je cizí právo aplikováno *ex officio*, nebo na návrh strany; zda je s cizím právem zacházeno jako s právem, nebo jako se skutečností; z jiného pohledu je předchozí otázka spojena s tím, zda soudce musí sám zjistit obsah cizího práva, nebo nikoli; zda je možné podat opravný prostředek proti špatnému výkladu a aplikaci cizího práva, nebo nikoli a také, jak je zacházeno s cizím právem v odvolacích stupních. S výjimkou prvé otázky se jedná o důsledky nahlížení na to, zda cizí právo je považováno za právo, nebo za skutečnost.

Do tohoto okruhu otázek vstupuje i rozdíl v zacházení mezi normami soukromého práva a normami imperativními, zejména potom u norem, které jsou součástí *legis causae*. Tato otázka zažila zjevně nejvýraznější rozvoj co do širší zásahu integrity práva fóra a zohlednění *legis causae*. Jen upozornit chceme na další otázky, které mohou mít vliv na jednotné zacházení – je to především otázka využití různých metod kvalifikace a následné hodnocení jednotlivých otázek. Zejména potom hodnocení problému jako otázky náležející právu procesnímu a otázky náležející právu hmotnému tam, kde rozdíly nejsou zcela zřetelné. Což je zejména případ *zemí common law*.⁴⁷⁸ Nicméně i v zemích kontinentálního práva mohou existovat různé názory na řazení některých institutů.

⁴⁷⁸ Panagopulos, G., Substance and Procedure in Private International Law, *Journal of Private International Law*, April 2005, s. 69–92.

To, co je nutné si uvědomit je, že tyto otázky jsou vzájemně propojeny. A současně je třeba oddělit podstatu toho, jak je nahlíženo na cizí právo a toho, jak je zacházeno s cizím právem před soudy jiného státu. Směšování těchto dvou otázek je právě oním bodem, kde se mohou třítit názory.

Dnes existují desítky publikací⁴⁷⁹ věnujících se této problematice ať již z pohledu analýzy situace před vlastními soudy či komparativního pohledu na situace u soudů cizích států. Jen zdánlivě není tato problematika v ČR diskutována. Ve starší literatuře objevíme práce, které se k této problematice vyjadřují. Byť ne z pohledu komparativního, nýbrž pohledem spíše právně filosofickým a doktrinárním.⁴⁸⁰ V novějších pracích diskuse o této problematice prakticky na úrovni doktríny ustala. Ale – jak zaznamenáváme z obecných diskusí – nově se tyto otázky objevují ve sféře aplikační.

V této publikaci není prostor na komparativní analýzu. Navíc by nutně znamenala konstatování v literatuře velmi podrobně konstatovaného. Náš pohled zde bude pohledem ryze tuzemským. Pokusíme se „dodat“ k oněm evropsky unifikovaným normám „zacházení“ před českými soudy a to de lege lata a de lege ferenda. Tato otázka je významná i proto, že se objevují požadavky a úvahy o „rozmělnění“ ex officio aplikace kolizních norem či cizího práva. Jak jsme již uvedli, zatímco pohled akademický se opírá o teoretická základy mezinárodního práva soukromého a z toho vyplývající důsledky pro zacházení s cizím právem, je pohled aplikační praxe jiný

⁴⁷⁹ Geroms, S., *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis*, Oxford: Oxford University Press, 2004. Rogoz, T., *Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. Jänterä-Jareborg, M., *Foreign Law in National Courts*, *Recueil des Cours*, 2003, s. 185–375. Hausmann, R., *Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*, *The European Legal Forum*, 1–2008, 1–13. Ze starších prací: Th. M. De Boer, *Facultative Choice of Law*, *Recueil des Cours*, 1996, str. 256 a násl. Zajtay, I., *The Application of Foreign Law*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume III, *Private International Law*, Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1971.

⁴⁸⁰ Kalenský, P., *Podstata a povaha aplikace cizího práva*, *Studie z mezinárodního práva*, Praha: Academia, 1969, s. 41 a násl. Donner, B., *Důkaz a použití cizího práva*, *Studie z mezinárodního práva*, Praha: Academia, s. 107 a násl. Ledrer, E., *Použití a důkaz cizího práva*, *Právník*, 1945, s. 37 a násl. Steiner, V., *Cizí právo v civilním procesu*, *Časopis pro mezinárodní právo*, 1968, s. 91 a násl. Štajgr, F., *Důkaz cizího práva*, *AUC Iuridica*, 1964, č. 4, s. 97 a násl.

a v zásadě se tomu nelze divit. Je však otázkou, zda je možné „přehodit“ výhybku či bude nutné se věnovat otázkám stojícím tradičně v doktríně budované v českém právu. Argumenty zastávané příznivci aplikace na návrh jsou silné: ekonomie řízení⁴⁸¹, tápání soudců v aplikaci cizího práva umocňují návrhy, aby byly zcela či částečně tyto otázky v dispozici stran či soudců. Je opravdu otázkou, zda není lepší aplikovat tuzemské právo správně, než cizí pokřiveně tam, kde strany ani netouží po aplikaci cizího práva. Případně ho vůbec neočekávaly.

V.2. ZACHÁZENÍ S CIZÍM PRÁVEM PŘED ČESKÝMI SOUDY

Aplikace kolizních norem ex officio nebo na návrh strany. Zcela zásadní otázka, která se čas od času vrací do diskusí je, zda je soudce povinen aplikovat kolizní normy ex officio, nebo jen na návrh stran. Tedy zda je otázka aplikace cizího práva v dispozici strany či stran. Z jiného pohledu také, zda lze kolizní normy dohodou stran vyloučit. Samozřejmě je tato otázka propojena i na další jako je nakládání s právem, nicméně zde zůstaneme u problematiky fakultativnosti či obligatornosti při aplikaci kolizních norem. Nesporně, a na to jsme již upozornili, se zde jedná o otázku spojenou nerozdílně s podstatou aplikace cizího práva. Tedy s otázkou „proč“.

Je-li to na příkaz tuzemského zákonodárce, je otázkou povaha těchto norem, tedy zda jsou fakultativní či nikoli.

Otázka fakultativnosti aplikace norem mezinárodního práva soukromého byla do „kontinentální diskuse“ vnesena zejména A. Flessnerem⁴⁸²

⁴⁸¹ Zde upozorňujeme na výbornou práci nabízející pohled ekonomické analýzy. Viz Rühl, G., *Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 24, 2006, s. 1–50.

⁴⁸² Flessner, A., *Fakultatives Kollisionsrecht*, *RabelsZ*, 1970, 547–584. Zde nutno upozornit na to, že německá doktrína i legislativa tento přístup odmítly. Viz vysvětlení s odkazem na čl. 293 ZPO Hausmann, R., *Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*, *The European Legal Forum*, 1-2008, s. 3.

a Th. de Boerem.⁴⁸³ Pro demonstraci rozdílů v nahlížení na tuto otázku lze poukázat na to, že prakticky ve stejném období se objevuje rezoluce přijatá na zasedání Institutu mezinárodního práva v Santiago de Compostela. Obsahem rezoluce je výzva směrem k aplikaci kolizních norem fóra *ex officio*.⁴⁸⁴ Jak ovšem upozorňuje de Boer, tato rezoluce „lahodí“ oku těch států, které tradičně přijímaly myšlenky o *ex officio* aplikaci. Nicméně praxe jednotlivých států je různá.⁴⁸⁵

V České republice byl tradičně zastáván přístup akcentující vůli tuzemského zákonodárce obsažené v kolizní normě jako základ pro aplikaci cizího práva. Použití cizího práva je považováno za nutný důsledek aplikace kolizní normy a kolizního způsobu úpravy. Cizí právní řád je použit proto, že to tuzemský právní řád pokládá za rozumné a spravedlivé pro úpravu určitého právního poměru s mezinárodním prvkem.⁴⁸⁶ Dispozice v základním zacházení s kolizními normami není dána. Je možná jen v oblasti závazků ze smluv pokud jde o rovinu určení práva, či v některých případech při výběru hraničních určovatelů. Nikoli v základní dispozici s těmito normami, tj. v otázce zda použít či nepoužít vlastní kolizní normu.

Tento pozitivistický přístup k aplikaci norem mezinárodního práva soukromého nebyl – alespoň nám to není známo – nikterak v české literatuře napadnut. Rovněž se nezdá, že by praxe soudů směřovala prozatím jinam. Alespoň z dostupné judikatury toto nevyplývá. Návrh ZMPS v § 24 věta

⁴⁸³ De Boer, Th. M., *Facultative Choice of Law*, Recueil des Cours, 1996, str. 256. De Boer, Th. M., *The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective*, *RabelsZ*, 1990, s. 24 a násl. Autor hovoří obecně k problematice kontinentálního přístupu ke koliznímu právu. Zajímavé aspekty k tomuto problému lze nalézt i ve studii Remiena, O., *European Private International Law, The European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, *Common Market Law Review*, 2001, str. 78–79.

⁴⁸⁴ *Equality of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law*, II a) Given the mandatory nature of choice of law rules, which select either foreign law or the law of the forum as applicable, it is recommended that, to the extent that their general rules of procedure permit, States:

- require their competent authorities to raise *ex officio* the question of the application of the choice of law rule; and
- when that rule is applicable, apply *ex officio* the foreign law determined by it.

⁴⁸⁵ De Boer, Th. M., *Facultative Choice of Law*, Recueil des Cours, 1996, s. 256 a násl.

⁴⁸⁶ Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno: Doplněk, s. 176–177.

prvá rovněž v tomto stejném duchu uvádí, že „*Pokud z jiných ustanovení tohoto zákona nevyplývá něco jiného, je třeba zahraničního práva, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, používat i bez návrhu a tak, jak se ho používá na území, v němž toto právo platí*“.

Nicméně určitý vliv stran i zde lze zaznamenat, byť se jedná spíše o nepřímý vliv. Aplikace mezinárodního práva soukromého je omezena na případy, kdy soukromoprávní vztah obsahuje **mezinárodní** (cizí) prvek. V jiných částech jsme hovořili o problémech s kvalifikací mezinárodního prvku a tím, že tento nemusí být vždy v případě zřetelný tak, aby nezpochybnitelně ovlivnil kvalifikaci vztahu. Může tak být pro případ rozhodné, nakolik je procesní právo fóra v konkrétním typu řízení postaveno na principu projednacím či vyhledávacím. Právě moment tvrzení a důkazu mezinárodního prvku na jedné straně či ex offio vyhledání mezinárodního prvku může ovlivnit nepřímou aplikaci norem mezinárodního práva soukromého.

Aplikace cizího práva a práva domácího. S tímto samozřejmě souvisí tradiční rozdílné uchopení nakládání s cizím právem: „*cizí právo jako skutečnost*“ a „*cizí právo pojímané i z hlediska soudu jiného státu jako právo*“. Na zodpovězení této otázky závisí průběh důkazního řízení – je-li cizí právo považováno za skutečnost, závisí na straně, zda navrhne aplikaci tohoto práva a prokáže soudu jeho obsah; v opačném případě je toto vše záležitostí soudu. Vypořádání se s otázkou cizího práva před soudy jiného státu patří k evergreenům mezinárodního práva soukromého. Liší se doktrína od rozhodování soudů, liší se názory v jednotlivých zemích. Země common law tradičně, a ve vazbě na doktrínu *commity* a *vested rights*, zastávají spíše dogma, že „*pouze domácí právo je právem*“.⁴⁸⁷ V minulosti se objevily teorie recepce cizího právního řádu do tuzemského práva,⁴⁸⁸ teorie

⁴⁸⁷ I když jak na to poukazuje Kalenský ve své práci, existují význační autoři, kteří tento přístup kritizují. S odkazem na M. Wolfa (M. Wolff, Internationales Privatrecht) a určitý ironický podtext k tomu, že je nesmyslné, aby soud aplikoval fakta (tj. v anglickém pojetí cizí právo) na fakta a dokazuje, že skutečnost, že francouzské právo není právem, které platí v Anglii, ho nezabavuje charakteru práva, a to ani v Anglii. Wolff se vyslovuje k tomu, že aplikované cizí právo je a zůstává i v této situaci právem. Kalenský, P., *Podstata a povaha aplikace cizího práva, Studie z mezinárodního práva*, Praha: Academia, 1969, s. 48.

⁴⁸⁸ Kalenský, P., *Podstata a povaha aplikace cizího práva, Studie z mezinárodního práva*, Praha: Academia, 1969, s. 60. Upozorňuje zde na starší italskou recepční doktrínu, dle které

korporativní přirovnávající cizí právo ke stanovám společnosti⁴⁸⁹ atd. Totéž platí o přítomnosti. Tyto otázky, patřící k základním otázkám mezinárodního práva soukromého, jsou fascinující a střety různých právních kultur inspirují k dalším a dalším úvahám či kombinacím.

Pro českou doktrínu je typický onen názor, že i když se jedná o právo cizí, není mu upřena povaha práva. Je-li tak soudci znám obsah cizího práva (a *contrario* k větě za středníkem – „pokud mu obsah cizího práva není znám“), není nutný důkaz o jeho obsahu a je přímo aplikováno. Naopak v případě, že mu známo není, stanoví zákon jen rámcový postup v řízení ke zjištění jeho obsahu⁴⁹⁰ – „učiní všechna potřebná opatření“. V rámci této úpravy má soud volnost v tom, jaká formální či neformální opatření ke zjištění obsahu učiní. Upraveny jsou jen formální informační povinnosti ústředních orgánů. Příslušné ustanovení ZMPS je tak *lex specialis* k ustanovení § 121 obč.n.s.ř. a ZMPS stanoví pro jeho zjištění podpůrný proces.

Samozřejmě rozdíl mezi domácím a cizím právem vždy existuje. Je to otázka toho proč, na základě čeho, je cizí právo aplikováno. Cizí právo není před soudy jiného státu aplikováno originálně, nýbrž jako derivát *sui generis* na základě kolizní normy coby příkazu tuzemského zákonodárce. Toto však nemění jeho povahu na skutečnost a způsob aplikace například na inkorporaci. Totéž platí o tom, že zatímco domácí právo je soudce povinen znát, u cizího práva je povinen zjistit jeho obsah.

Zásadní argument, který zde je nutné použít zní, že nelze směřovat otázku „*postupu soudu v řízení*“ a otázku „*povahy cizího práva*“. To jsou, alespoň pokud zastáváme námi uvedený přístup ke koliznímu právu a po-

bylo cizí právo považované za inkorporované do tuzemského práva. Na rozdíl od názoru, dle kterého se u cizího práva nejedná o právo, tato teorie jej považuje za právo, které je součástí tuzemského práva.

⁴⁸⁹ Zajtay, I., *The Application of Foreign Law*, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Private International Law, Tubingen: J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1971, s. 11–12.

⁴⁹⁰ § 53 (1) K zjištění cizího práva učiní justiční orgán všechna potřebná opatření; pokud mu obsah cizího práva není znám, může si za tím účelem vyžádat také informaci od ministerstva spravedlnosti. (2) Vzniknou-li při projednávání věcí uvedených v § 1 pochybnosti, mohou si justiční orgány vyžádat u ministerstva spravedlnosti vyjádření.

hybujeme se v prostředí objektivně určených procesních norem, dvě zcela rozdílné otázky.

Nová úprava ZMPS stanoví výslovně v § 24 odst. 2 že: „*Pokud dále není stanoveno jinak, zahraniční právo, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, se zjišťuje bez návrhu z úřední povinnosti*“.

Výklad a použití cizího práva povolaného kolizní normou. Opět další související otázka. Jak má být cizí právo vykládáno a jak má být použito? Z logiky věci vyplývá, že pokud má být použito jako právo, s omezeními danými tuzemským právem formou například výhrady veřejného pořádku, musí být interpretováno a používáno tak, jak je tomu ve státě vydání. De lege ferenda návrh ZMPS výslovně stanoví v § 24 věta první to, že se má cizí právo použít tak „jak se ho používá na území, kde toto právo platí“. K tomu se nutně přidává i další otázka, o které sice hovoříme v části imperativních norem, ale která, jak na to i tam upozorňujeme, se stala otázkou týkající se zacházení s právem jako celkem. Jedná se o to, že de lege ferenda je výslovně uvedeno, že nezáleží na tom, zda se jedná o normy veřejnoprávní či soukromoprávní. Rozdíl se neprojevuje ani v povinnosti zjištění obsahu. Projevuje se však v pojistkách – imperativní zahraniční normy budou aplikovány jen tehdy, nebudou-li v rozporu s tuzemskými normami této kategorie.

Cizí právo před odvolacími soudy. Otázkou samozřejmě může být, zda v případě porušení cizího práva lze použít stejné prostředky jako v případě porušení tuzemského práva. Kučera v této souvislosti dovozuje, že se jedná o stejnou situaci, jako by tomu bylo v případě porušení tuzemského práva. Tedy lze využít důvody pro nesprávné právní posouzení věci dle ustanovení 241a odst. 2 písm. b) obč.n.s.ř.

Aplikace imperativních norem. Na jiných místech jsme hovořili o vývoji české doktríny, pokud jde o aplikaci imperativních norem (nutně použitelných, mezinárodně kogentních, přímo aplikovatelných administrativních norem). Hovořili jsme o jejich aplikaci z pohledu nařízení Řím I. Zde se podívejme na českou scénu de lege ferenda. Doktrinální vývoj tak, jak jsme o něm hovořili v kapitole o imperativních normách, se promítl do návrhu zákona o mezinárodním právu soukromém. Není divu, autorem ná-

vrhu zákona je již několikrát zmiňovaný profesor Z. Kučera. Návrh upravuje sledovanou problematiku v několika ustanoveních⁴⁹¹.

1. Jako součást obecných ustanovení v § 5 obsahuje návrh úpravu aplikace norem, které jsou součástí českého práva: „*Ustanovení tohoto zákona nebrání použití těch ustanovení českého právního řádu, kterých je nutné v mezích jejich předmětu úpravy použít vždy bez ohledu na to, kterým právním řádem se řídí práva a povinnosti, v nichž se projeví účinky použití takových ustanovení*“. Nejedná se ani o překvapivou úpravu, ani o úpravu, kterou by nebylo možné dovodit z jejich povahy. V duchu zásady, že oblast mezinárodního práva soukromého patří k těm, které jsou pro veřejnost méně dostupné, je tato „norma o normách“ součástí výslovné úpravy. Ostatně je třeba uvést, že i jiné normy, jejichž aplikace vyplývá z jiných norem, jsou uvedeny v této obecné části ze stejného důvodu. Jde například o přednost mezinárodních smluv (§ 2, jinak uvedeno v Ústavě v článku 10), přednost práva Evropských společenství (§ 3). Je zjevné, že zákon tam, kde doktrína dospěla k jednoznačným závěrům (například i kvalifikace, zásady použití cizího práva) výslovně upravuje daný institut a neponechává dále jeho úpravu teorii a praxi. Dle důvodové zprávy k návrhu, toto ustanovení odpovídá čl. 9 odst. 2 nařízení Řím I. a čl. 16 nařízení Řím II.

2. Používání norem zahraničního práva je obsaženo v § 24 a § 25 návrhu. Obdobně, jak to vidíme u vývoje této problematiky v minulosti, je rozlišováno mezi imperativními normami, které jsou součástí legis causae a těmi, které jsou součástí jiného právního řádu (tzn. ani legis fori, ani legis causae). Upozornit je nutné také na to, že těchto norem se použije pouze v případech, kdy dopadají na soukromoprávní poměr. Pro kvalifikaci se použije zásadně legis fori.

a) Ustanovení § 24 návrhu ve větě druhé uvádí: „použije se těch ustanovení zahraničního práva, kterých by se na území, kde toto právo platí, pro rozhodnutí ve věci použilo, a to bez ohledu na jejich systematické zařazení nebo jejich veřejnoprávní povahu, pokud nejsou v rozporu s nutně použitelnými předpisy českého práva, kterých se musí v mezích předmětu jejich úpravy vždy použít“. Ono „vždy použít“ znamená použití bez ohledu na to,

⁴⁹¹ Návrh k dispozici na www.justice.cz.

kterým právním řádem se řídí právní poměr, v němž se projeví jejich účinky. Významné je rovněž ustanovení odstavce 2. Dle něj se zahraniční právo, pokud není stanoveno dále v zákoně jinak, zjišťuje ex officio. Platí tedy stejný režim pro normy veřejného práva i pro normy soukromého práva. Podmínkou však je, že se musí rozhodovat o soukromoprávním poměru (tedy jde o civilní žalobu). Upozornit je vhodné také na odstavec 4: „pokud se nepodaří v přiměřené době zahraniční právo zjistit nebo je-li to nemožné, použije se české právo“.

b) Úprava používání imperativních norem třetího státu je obsažena v ustanovení § 25 návrhu. Jejich povaha je určena jako „předpisy práva cizího státu, kterých se má dle tohoto práva použít bez ohledu na to, kterým právem se řídí práva a povinnosti, v nichž se projeví účinky použití těchto předpisů“. Návrh připouští použití při splnění následujících podmínek:

- použijí se na návrh účastníka. Ten je povinen prokázat platnost a obsah předpisů.
- práva a povinnosti účastníků, v nichž se projeví účinky použití předpisů, mají k tomuto třetímu cizímu státu dostatečně významný vztah.
- jejich použití je spravedlivé vzhledem k povaze a účelu norem, nebo k důsledkům, jež by vyplynuly pro účastníky v případě, kdy by se tyto normy nepoužily.

Soudce nemá povinnost tyto normy použít. Jejich aplikace závisí na jeho úvaze.

Návrh prošel diskusí a získal podporu v tom, že normy regulující účinky imperativních norem mají být začleněny do nového zákona. Jak na úrovni akademické, tak i na úrovni rezortu ministerstva byl tento názor názorem většinovým. Je nutné si uvědomit, že tato norma bude používána tam, kde nezasahují normy evropské.

Je otázkou, zda může být používána alespoň pro některé situace společně s úpravou evropskou. Domníváme se, že ano. Konkrétně tam, kde se jedná o normy, které jsou součástí legis causae. Tam se již nejedná o zohlednění imperativních norem jiného státu, nýbrž o otázku zacházení s právem povoláním k úpravě právního vztahu.

VI. ZÁVĚR

Předmětem práce byla analýza jednotlivých pramenů a metod se zohledněním jejich systémového působení při právní regulaci závazků ze smluv, které prokazují v některém ze svých prvků kontakt s jiným právním řádem (dále jen smlouva s mezinárodním prvkem).

Jak na úrovni hmotně právní, tak na úrovni kolizní i procesní by mělo jít dle našeho názoru o situace, kdy je tento prvek dán objektivně. Není vytvořen pouhou vůlí stran (v oblasti kolizní volbou práva či sudiště). Toto tvrzení není oslabeno ani existencí článku 3 odst. 3 Úmluvy Řím I či nařízení Řím I. I v těchto případech se musí jednat o prvek objektivní, byť ne nápadný, zjevný či zcela bezproblémově kvalifikovatelný. Zjištění jeho existence je předmětem posuzování soudce v průběhu řízení a samozřejmě, lze si i pod vlivem národních doktrín představit různá posuzování hraničních situací. Pokud mezinárodní prvek ve vztahu neexistuje, může se jednat vždy a pouze o inkorporaci cizích norem, nikoli aplikaci zahraničního práva. Tento přístup, kdy se problematika v podstatě hmotně právní objevuje v kolizní úpravě, vyvolává nejistotu. Ta je zde dána jak pokud jde o hodnocení mezinárodního prvku (kdy je právně relevantní, kdy není) a kdy se jedná o situaci, kdy jsou všech prvky vztahu umístěny v jednom státě (rovněž zde se točíme ve slepém kruhu toho, kdy se jedná o prvek národní či mezinárodní).

V práci jsme došli k následujícím závěrům.

I. Stávající právní úprava smluv s mezinárodním prvkem je charakteristická pluralismem zdrojů právní úpravy, které se podílejí na jejich regulaci a pluralitou metod, které právní řády využívají. To vše platí jak na úrovni universální, tak na úrovni regionální. Ve sledované oblasti nevytvářejí relevantní právní normy či pravidla jednoznačně identifikovatelnou hierarchii právních norem.

Ve sledovaném případě závazků ze smluv, které v některém svém prvku mají kontakt k cizímu právnímu řádu, dochází k prolínání metod a zdrojů právní úpravy. Internacionalizace posuzované otázky uvádí zdroje právní úpravy i metody do určitého jevového chaosu. To vše v důsledku:

- současné a rovnocenné existence zdrojů úpravy majících svůj původ v různých systémech práva,
- současné existence horizontálně rovnocenných zdrojů využívajících různých metod úpravy,
- obecně nastavených pravidel aplikace, která mohou být v jednotlivých normách „přenasraveny“ pro posuzování speciálního střetu pramenů,
- různě vymezené věcné, personální, časové a teritoriální působnosti konkrétních norem,
- vlivu autonomie vůle stran, která napříč jednotlivými normami představuje základní východisko regulace.

V práci jsme dospěli k názoru, že tyto zdroje právní úpravy nejsou nutně konkurenční. Naopak jsou způsobilé v konkrétním případě „spolupracovat“ na právní regulaci předmětného vztahu a vzájemně se doplňovat. Podmínky této spolupráce a doplnění mohou být závislé rovněž na normách procesních, často neunifikovaných (viz část III).

Právní pluralismus, který ovládá tuto oblast, vznikal postupně.⁴⁹² Pro Českou republiku a námi sledovanou oblast byly poslední „črty“ systému nastaveny vstupem do Evropských společenství a nastavenými pravomocemi orgánů ES. Stávající systém vnitrostátního a mezinárodního práva byl tak doplněn systémem práva evropského.

II. Přestože nelze konstatovat jednoznačnou hierarchii právních norem, je možné určit některé vazby a to i s obecnou platností. Jsou to konstatování aplikační. Ta při uplatnění onoho pragmatismu, který ovládá oblast mezinárodního obchodního styku, mají zásadní význam pro strany.

Naopak nejasnosti ať již ve vazbě na různé orgány, před nimiž je případ rozhodován (soudy, rozhodci), nebo dané nejasnostmi ovlivněnými doktrínou, jdou proti základnímu příkazu právní regulace v této oblasti: právní jistotě a právní předvídatelnosti.

⁴⁹² V české literatuře k otázce právního pluralismu a evropského práva v obecné rovině viz: Večeřa, M., Machalová, T., *Evropeizace práva v právně teoretickém kontextu. Výklad základních pojmů*. Brno: MU, 2010, zejména potom s. 82–119.

a) V první řadě je třeba obecně konstatovat přednost metody přímé před metodou kolizní. A to i tam, jsou-li obsaženy v rovnocenných zdrojích právní úpravy. Zdůvodnění mohou být různá: od konstatování toho, že v daném případě žádná kolize neexistuje až po účel právní regulace, kterým je nesporně dosažení co možná nejefektivnějšího způsobu právní úpravy. A tím je přímá regulace právního vztahu normou hmotně právní.

b) Kolizní úprava vytváří centrum, ohnisko právní regulace, a to i přes uvedenou přednost metody přímé. Důvody byly v práci naznačeny: nízká frekvence přímých norem a způsobilost kolizní metody pokrýt všechny posuzované právní vztahy. Mezinárodnímu právu soukromému odpovídá jeho účelem úprava mezinárodní, universální. Jedině ta je způsobilá řešit plně kolize právních řádů. Taková universální úprava však neexistuje a stěží někdy existovat bude.

Regionální unifikace nastavená tak, jak je tomu u nařízení Řím I je způsobilá i přesto, že se nejedná o unifikaci universální, zajistit vyšší stupeň právní jistoty a předvídatelnosti, než je tomu při pouhé existenci úprav národních. Podmínkou je nastavení universálního rozpětí: tj. účinků erga omnes a aplikace práva bez omezení na členské státy.

c) Je otázkou, nakolik je zde vysvětlující a nakolik se lze ztotožnit pro hodnocení postavení souboru nestátních pravidel (jak opatrně nazýváme tyto normy) koncepcí právního pluralismu.⁴⁹³ Pozice nestátního práva v koncepci silného právního pluralismu (jak tento termín v české literatuře užívá Večeřa s odkazem na Kyselu⁴⁹⁴) jednoznačně vylučuje jakékoli jiné úvahy než úvahy o těch zdrojích práva, které jsou navázány na státní moc. Spíše pohled tzv. slabého právního pluralismu by byl způsobilý přijmout myšlenku zvažující pozici tohoto souboru právních pravidel. Tam však narážíme na jinou otázku, která doprovází sociologické pohledy od počátku, kdy se tento sociologický trend objevil – existuje sociologicky vymezená

⁴⁹³ Večeřa, M., Machalová, T., *Evropeizace práva v právně teoretickém kontextu. Výklad základních pojmů*. Brno: MU, 2010, zejména potom s. 82–119.

⁴⁹⁴ Večeřa, M., Machalová, T., *Evropeizace práva v právně teoretickém kontextu. Výklad základních pojmů*. Brno: MU, 2010. Jan Kyselá, „Mění se struktura právního řádu a jeho atributy“, Eric Stein Working Paper č. 1/2009, dostupné na <http://www.ericsteinpapers.eu/papers/2009/1.html>. Zde však spíše s vazbou na právní polycentrismus.

skupina mezinárodních obchodníků a jedná se opravdu o „produkty“ této skupiny či společenství. Anebo různorodost jednotlivých aktérů, jejich různá pozice, pouze v některých oblastech skutečně existující svazy, v podstatě nesourodá povaha norem v různém stupni obecnosti znemožňuje přijmout toto konstatování i v rovině sociologické. Spíše bychom se klonili ke druhému konstatování. Středověké *lex mercatoria* se od novodobého lišilo právě v rovině aktérů vytvářejících – vědomě a cíleně, nebo zvykově – pravidla právní regulace. Není to jen skupina samotných obchodníků. Ta situace se změnila a existuje celé spektrum velmi nesourodých subjektů: počínají orgány státu až po různé nestátní instituce typu vlivné mezinárodní komory.

Pro naše úvahy však s tímto závěrem mizí možnost konstatovat rovnocenného zacházení s *lex mercatoria*. Potvrdili jsme si vícekrát opakovanou myšlenku subsidiární aplikace jednotlivých souborů právních pravidel.

Při námi vyjádřeném názoru na právní povahu nestátního práva mohou mít tyto prostředky jen derivativní charakter oproti právním normám státního původu. Vůli stran nepovažujeme za primární zdroj právní regulace. V konkrétním případě záleží na tom, v jaké rovině se rozhodne zákonodárce využít smluvní volnosti: zda v rovině kolizního práva, nebo v rovině práva hmotného. Doposud je známo málo případů, kdy by zákonodárce uvedl normy nestátního původu do „kolize“ s právem státním v případech, kdy jsou spory řešeny před soudy obecnými. Návrh nařízení Řím I v tomto případě přijat nebyl. Obecně jsou tak normy nestátního původu aplikovány v rovině hmotného práva

d) Vzájemná doplnění norem, resp. práce s nimi, patří k základní výbavě právníka v této oblasti. Předvídavost ve vyplnění mezer úpravy, výběr vhodného nestátního prostředku, to vše může napomoci v konkrétních případech. Pravidla pro aplikaci však musí být jasná. Uvedli jsme více případů toho, jak různě pojaté výhrady k mezinárodním smlouvám, různá interpretace ustanovení mezinárodních smluv atd. mohou způsobit rozdílnou aplikaci unifikované normy. A to za stavu, kdy teprve stojíme před zásadním problémem – otázkou interpretace unifikovaných pojmů.

III. Upozornit je nutné na vazbu procesní. Fórum je oním východiskem, s nímž je nutné vždy kalkulovat. Má vliv na výsledky aplikačního procesu jak v oblasti kolizní, tak koneckonců i v oblasti hmotně právní. Je nutné s ním počítat i směrem k dopadu některých imperativních norem. Využití prorogační dohody či fora shopping tak obohacuje možná aplikační schémata. Vliv národního práva – a to jsme viděli rovněž na řadě případů – je zachován i v případě existence mezinárodní či regionální úpravy.

PŘEHLED LITERATURY**A**

- Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, Reprinted 2004.
- Ancel, M. E., *The Rome I Regulation and Distribution Contracts*, *Yearbook of Private International Law*, The Hague: Kluwer Law International, Volume 10, 2008.
- Audit, B., *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, in: *Lex Mercatoria and Arbitration*, Thomas E. Carbonneau ed., New York: Juris Publishing, 1998.

B

- v. Bar, Ch., Mankowski, P., *Internationales Privatrecht*, München: C. H. Beck, 2003.
- Baratta, R., *Process of Characterization in the EC Conflict of Laws, General Issues of Private International Law in the European System*, in *Yearbook of Private International Law*, München: Sellier European Law Publisher GmbH, 2004.
- Basedow, J., Kono, T., ed., *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- Basedow, J., at al. eds., *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2000.
- Bělohlávek, A. J., *Evropské a mezinárodní insolvenční právo*. Praha, 2007.
- Bělohlávek A. J., *Římská úmluva/Nářízení Řím I, I a II. díl*, Praha: C. H.Beck, 2009.
- Bělohlávek A. J., *Volba práva v závazkových vztazích s mezinárodním prvkem*, *Právní fórum*, č. 3, 2006.
- Bělohlávek, A. J., *Právo rozhodné pro smluvní závazkové vztahy v režimu nařízení Řím I ve srovnání s Římskou úmluvou v případě absence volby práva*, in: *Acta Iuridica Slakoviciencia I. Právnícké štúdie*, Vysoká škola v Sládkovičove, Fakulta práva Janka Jesenského, 2010.
- Bělohlávek, A., *O pojistném právu z hlediska změny evropských předpisů o právu rozhodném pro smluvní závazky*, *Obchodní právo*, č. 1, 2009.
- Berger, K. P., *The Concept of the "Creeping Codification" of Transnational Commercial Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

- Berman, H., Kaufmann, C., *The Law of International Commercial Transactions – Lex Mercatoria*, Harvard International Law Review, 1978.
- Bernasconi, Ch., *The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)*, Netherlands International Law Review, 1999.
- Bezouška, P. *Závislá práce*. In:
http://www.ipravnik.cz/cz/ap_1/pd_1/txtexpresion_judikatura/art_5811/detail.aspx
- Bogdan, M., *Concise Introduction to EU Private International Law*, Groningen: Europa Law Publishing, 2006.
- Boggiano, A., *International Standard Contracts*, Recueil des Cours, Hague: Kluwer, 1981.
- Bonell, M. J., *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?*, 26 Uniform Law Review, 1996.
- Bonell, M. J., *Das autonome Recht des Welthandels – rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte*, RabelsZ, 1978.
- Bonell, M. J., *Unification of Law by Non-legislative Means. The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, American Journal of Comparative Law, 1992.
- Bonomi, A., *Mandatory Rules in Private International Law – The Quest for Uniformity of Decision in a Global Environment*, Yearbook of PIL, Volume I, The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- Bonomi, A., *Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*, Yearbook of PIL, Volume 10, The Hague: Kluwer Law International, 2008.
- Bovysen, H., *International Transactions and the International Law Merchant*, Pretoria, 1995.
- Brazil P., *Reception of Uniform Law into National Law: an Exercise in Good Faith and Prograssive Development of the Law*, Uniform Law Studies, 2/3, 1998.
- Bříza, P., *(Ne)omezená volba práva ve smlouvách mezinárodního obchodního styku podle Římské úmluvy a nového nařízení Řím I*, Právní rozhledy, č. 2, 2009.
- Bříza, P., *Řím I. Nový předpis EU upravující smluvní závazky*, Bulletin advokacie, č. 11, 2008.
- Byrne, P., *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments*, Dublin, 1990.
- Bystrický, R. a kolektiv, *Právo mezinárodního obchodu*, Praha: Svoboda, 1967.

C

- Cavalier, G., Upex, R., The Concept of Employment cNtract in European Union Private Law, I.C.L.Q., 55 (3), 2006.
- Collier, J. G., Conflict of Laws, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Cuttler, C. A., Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

D

- de Boer, Th. M., The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts, *RebelsZ*, 1990.
- de Boer, Th. M., Facultative Choice of Law, *Recueil des Cours*, 1996.
- Dölle, H., Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes- und Vertragstexte, *RebelsZ*, 1961, Heft 4.
- de Ly, F., Sources of International Sales Law: An Eclectic Model, Presented in "Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". Elektronická verze tohoto článku:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dely.html#v>
- de Ly, F., Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalisation, in: *Festschrift für Otto Sandrock*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2000.
- de Ly, F., *Lex Mercatoria and Unification of Law*, ed. Hartkamp, A., Towards an European Civil Code, The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- de Ly, F., *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam: Elsevier North- Holland, 1992.
- Diedrich, F., Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I – Verordnung, *RIW*, Heft 6, 2009.
- Dolinger, J., Evolution of Principles for Resolving Conflict in the Field of Contracts and Torts, in: *Recueil des Cours*, The Hague: Kluwer Law International, 2004.
- Donner, B., *Důkaz a použití cizího práva*, Studie z mezinárodního práva, Praha: Academia, 1957.
- Drobnig, U., Standard Forms and General Conditions, in *Hague Zagreb Essays 4*, The Hague: T.M.C. Asser Institut, 1983.

E

Ebrahimi, S. N., *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*, Athena Press: London, 2005.

F

Fawcett, J., Carruthers, J. M.: *Cheshire, North and Fawcett Private International Law*, 14th. edition, Oxford University Press: Oxford, 2008.

Fawcett, J., Harris, J., Bridge, M., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

Felemegas, J., *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, The Hague: Kluwer Law International, 2000–2001.

Fentiman, R., *Civil Jurisdiction and Third States: OWUSU and After*, in *CMLR* 43. 2006.

Ferrari, F., *From Rome to Rome via Brussels: Remarks on the Law Applicable to Contractual Obligations Absent a Choice by the Parties (Art. 4 of the Rome I Regulation)*, *Rabels Z*, Bd. 73, 2009.

Ferrari, F., Leibl, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München: Sellier European Law Publishers, 2009.

Flessner, A., *Fakultatives Kollisionsrecht*, *RabelsZ*, 1970.

Forejt, A., Hřivnák, J., Kučera, Z., *Všeobecné dodací podmínky RVHP 1968/1988. Komentář s judikaturou*. Bratislava. 1989.

Freitag, R., *Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rome I-VO*, *IPRax*, Heft 2, 2009.

G

Garcia, R. A., *La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II. Anuario Espanol de derecho International Privado*, 2007. Volně dosažitelné ze strany: <http://adipr.wordpress.com/2008/04/25/la-regulacion-de-la-responsabilidad-precontractual-en-el-reglamento-roma-ii/>.

Gamillscheg, F., *Labour Law*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume III, Chapter 28, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973.

Gebauer, M., *Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation*, *Uniform Law Review*, 2000.

Geimer, R., Schülze, R., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München: Sellier European Law Publishers, 2004.

- Geroms, S., *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Gillies, L. E., Choice-of-law rules for electronic consumer contracts: replacement of the Rome convention by the Rome I regulation. *Journal of Private International Law*. Vol. 3. No. 1. 2007.
- Goldmann, B., *Lex mercatoria*, *Forum international* No. 3, 1983.
- Goldštajn, A., *The New Law Merchant Reconsidered*, *Festschrift Schmitthoff*, 1973. Goldštajn, A., *The New Law Merchant*, *Journal of Business Law*, 1961.
- Goode, R., *Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*, I.C.L.Q., 1997.
- Gottwald, P., Nagel, H., *Internationales Zivilprozessrecht*, Regensburg, 2007.
- Gottschalk, E., Michaels, R., Rühl, G., von Hein, J., *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge: University Press, 2007.
- Grossmann-Doerth, H., *Das Recht des Überseekaufs*, Berlin: Bensheimer, 1930.
- Gutiérrez, L. G., *Franchise Contract and the Rome I Regulation on the Law Applicable on the Contract*, *Yearbook of PIL*, Volume 10, 2008.

H

- Hausmann, R., *Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*, *The European Legal Forum*, 1–2008.
- Harris, J., *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, s. 270, in: Ed. Hartkamp, A., kol. *Towards a European Civil Code*, *Kluwer Law International*, 2004.
- Hartley, T. C., *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach*, 266 *Hague Recueil des Course* 370 (1997).
- Hellner, J., *Third Country Overriding Rules*, *Journal of Private International Law*, 2009, Vol. 5, No. 3.
- Herborht, B., *On the Legitimacy of Global Governance. The Cases of WTO and lex mercatoria*. Dostupné ke dni 30. 4. 2010 z: http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/7/4/3/5/pages74350/p74350-1.php.
- Hill, J., *Choice of Law under the Rome Convention*, I.C.L.Q., 2004.
- Hill, J., *Cross Border Consumer Contracts*, New York: Oxford Press, 2008.
- v. Hoffmann, B., *Vertragsannahme durch Schweigen im Internationalen Schuldrecht*, *RabelsZ*, 1972.
- Honnold, J., *Bibliography: Unification of Trade Law and UNCITRAL*, *American Journal of Comparative Law*, 1979.

Honnold, J. O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 2d ed., The Hague: Kluwer International, 1991.

Honsell, H., Vogt, N. P., Schnyder, A. K., Berti, S. V., *Internationales Privatrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag: Basel, 2. Auflage, 2007.

CH

Chlebcová, R., *The Impact of Civil Jurisdiction Rules on Third States (Article 4)*. Days of Law, Brno 2008. www.law.muni.cz.

J

Jänterä-Jareborg, M., *Foreign Law in National Courts*, Recueil des Cours, 2003.

Jayme, E., Kohler, Ch., *Europäischen Kollisionsrech 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?*, IPRax, 2006, Heft 6.

Jayme, E., *Die Vergemeinschaftung des Europäischen Vertragsubereinkommens (Rom I)*, in: *Europäischen Kollisionsrecht*, Wien: Mänzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2004.

Jakubowski, J., *Umowa sprzedaży w handlu międzynarodowym*, Warszawa, 1966.

Juenger, K., *Localisation Provisions in International Contracts: Efficacy, Utility and the Limitation of International Risk*, Australian Law Journal, 1994.

Juenger, K., *Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG- Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht*, RabelsZ, 1982.

K

Kahn, Ph., *La Vente Commerciale Internationale*, Paris: Sirey, 1961.

Kropholler, J., *Internationales Privatrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.

Kahn, Ph., *Lex Mercatoria et Euro-Obligations*, in: *Law and International Trade*. Festschrift für C. M. Schmitthoff, Frankfurt: Fabricius ed., 1973.

Kalenský, P., *Podstata a povaha aplikace cizího práva*, Studie z mezinárodního práva, Praha: Academia, 1969.

Kalenský, P., *Obligační statut kupní smlouvy v mezinárodním styku*, Praha, 1960.

Kalenský, P., *K nedávnému vývoji hlavních problémů kolizního práva závazkového*, Právní zpravodaj, 1976.

Kalenský, P., *Právo mezinárodního obchodu a dosah „ius cogens“*. Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1975.

Kalenský, P., *Právní otázky řízení zahraničního obchodu členských států RVHP*, Praha, 1966.

- Kalenský, P., *Ius cogens a obligační statut*, Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1982.
- Kazuaki Sono, *Formation of International Contracts Under the Vienna Convention: A Shift Above the Comparative Law*, in Sarcevic/Volken, *International Sale of Goods [Dubrovnik Lectures]*, New York: Oceana, 1986.
- Kapitán, Z., *Nutně použitelné normy v mezinárodním prostředí*, disertační práce, Brno, MU, 2005.
- Karbanová, L., *Rozhodné právo při využití elektronického obchodování*, diplomová práce, Brno: MU, 2010.
- Kohn, L., *Volba práva a imperativní normy v mezinárodním právu soukromém ohledně závazkových poměrů*, Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu, 1960.
- Kollektiv, *Basler Kommentar – Internationales Privatrecht*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007.
- Kondring, J., *Der Vertrag ist das Recht der Parteien – Zur Verwirklichung des Parteiwillens durch nachträgliche Teilrechtswahl*, IPRax, 2006.
- Kopáč, L., *Unifikace právní úpravy mimo rámec RVHP*, Praha: ČSOPK, 1986.
- Kötz, H., *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht*, RabelsZ 34, 1970.
- Kreuzer, K., *Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts, Wie europäisch soll das Europäische International Privatrecht sein?*, RabelsZ, Heft 1, 2006.
- Kronke, H., *Zur Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr mit Auslandsberührung*, Neue Juristische Wochenschrift, 1977.
- Kropholler, J., *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.
- Kuckein, M., *Die Berücksichtigung von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationale Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- Kučera, Z., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno: Doplněk, 1999.
- Kuipers, J. J., *The Rome I Regulation: Ending the Contradictory Interpretation by National Courts of art. 4(5) Rome Convention? The Prague Yearbook of Comparative Law*, 2009.

L

- Lando, O., *Contracts, Volume III, Private International Law*, International Encyclopedia of Comparative Law.
- Lando, O., *The Soft Law and the lex mercatoria*, Kobenhaven: DJOF Forlag.

- Lando, O., the Principles of European Contract Law nad the lex mercatoria, in: Basedow, J., Private Law in the Internatinal Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague: T. M. C. Aster Press, 2000.
- Ed. Lando, O., Clive E., Prüm A., Zimmermann, R., Principles of European Contract Law, Part III, Kluwer Law International: The Hague, 2003.
- Lando, O., Nielsen, P. A., The Rome I Proposal, Journal of Private International Law, 2003.
- Lando, O., Nielsen, P. A., The Rome I Regulation, Common Market Law Review, 2008, s. 1696.
- Langen, E., Transnational Commercial Law, Leiden, 1973.
- Ledrer, E., Použití a důkaz cizího práva, Právník, 1945.
- Linke, H., Sonderanknüpfung der Wollenserklärung?, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 1980.
- Loquin, E., L'application des règles anationales dans l'arbitrage commercial international, in L'apport de la jurisprudence arbitrale, Paris: ICC, 1986.
- Looschelders, D., Internationales Privatrecht Art. 3.46 EGBGB, Springer: Berlin, 2004.
- López Rodríguez A. M., Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU, Copenhagen: DJOF Publishing, 2003.
- Ludwiczak, W., Miedzynarodowe prawo prywatne, Warszawa, 1979.
- Lunc, L. A., Meždunarodnoje častnoje pravo, Juridičeskaja literatura: Moskva, 1970.

M

- Magnus, U., Mankowski, P. (ed.), Brussels I Regulation. European Commentaries on Private International Law, Munich: Sellier. European Law Publisher, 2007.
- Makarov A., N., Quellen des Internationalen Privatrechts, Berlin/Tübingen, 1960.
- Makarov, A. N., Sources, in: Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Chapter 2, J. C. B. Mohr (P. Siebeck): Tübingen, 1972.
- Manhardt, F., Posch, W., Internationales Privatrecht, Privatsvergleichung, Einheitsprivatrecht, Springer: Wien, 1994.
- Mansel, H. Pl, Thorn, K., Wagner, R., Euopaischen Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europaischne IPR- Kodifikation, IPRax, 2009.
- Mankowski, P., Der Vorschlag für die Rom I – Verordnung, IPRax, 2006.
- Martiny, Münchener Kommentar BGB, Beck online, 2006, Vorbemerkung zu Art. 27.

- Mazzacano, P., *The Lex Mercatoria as Autonomous Law, Comparative Research in Law and Political Economy*, 2008.
- Mc Clean, D., *De Conflictu Legum, Perspectives of private international law at the turn of the century, Recueil des cours*, No. 282, 2000.
- Meeusen, J., Pertegás, M. Straetmans G., *General Report, in: Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia*, 2004.
- Merežko, A. A., *Transnacionalnoje torgovoje pravo (lex mercatoria)*, Kijev: Takson, 2002.
- Merrett, L., *Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation, Journal of Private International Law*, 2009.
- Michaels, R., *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State, Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007.
- Michaels, R., *Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien, RabelsZ*, 2009.
- Moens, G., Gillies, P. *International Trade and Business: Law, Politics and Ethics*, Cavendish Publishing Pty Limited, 1998.
- Morris, J. H. C. by McClean D., Beever, K., *The Conflict of Laws*, London: Thomson Sweet and Maxwell 6th. edition, 2005.
- Milenković-Kerković T., *Origin, development and main features of the new lex mercatoria*, <http://facta.junis.ni.ac.rs/eao/eao97/eao97-10.pdf> ke dni 30.3. 2010.
- Mostermans, E., *Party Autonomy: Why and When?, in: Forty Years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer: Deventer, 1990.
- Mo Zhang, *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law, Legal Studies Research Paper Series, Research paper No. 2008-44. Emory International Law Review*, 2006, s. 511 a násl. Dostupný rovněž z: <http://ssrn.com/abstract>.

N

- Nielsen, P. A., *The Rome I Regulation and Contracts on Carriage*, s. 99–101. in Ferrari, F., Leibl, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich: Sellier European Publishers: 2009.
- Nishitani, Y., *Mancini und die Parteiautonomie im Internationale Privatrecht*, Heidelberg: Universitätsverlag C. Winter, 2000.
- Nishitani, Y. *The Rome II Regulation from a Japanese Point of View. In Yearbook of Private International Law. Volume IX.–2007*, Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008.

- North, P., *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in: *Essays In Private International Law*, Oxford: Clarendon Oxford, 1993.
- Novotná, M., Rozehnalová, N., Týč, V. *Evropské mezinárodní právo soukromé*, Brno, 1998.
- Nygh, P. E., *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Oxford University Press, 1999,

O

- Orgoník, M., *Towards franchising in international trade*, 1. vyd. Brno: MU, 2008, In VALDHANS, Jiří et al. (ed). *Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues : conference proceedings from the COFOLA 2008 conference*. [CD-ROM]. 1. vyd. Brno: MU, 2008, s. 90-95. Dostupný také z www: http://www.law.muni.cz/edicni/sborniky/cofola2008/files/pdf/mps/orgonik_martin.pdf

P

- Panagopulos, G., *Substance and Procedure in Private International Law*, *Journal of Private International Law*, April 2005.
- Pauknerová, M., *Perspektivy mezinárodního práva soukromého procesního v Evropské unii*, *Právník*, 2005.
- Pauknerová, M., *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha, 2008.
- Pauknerová, M., *Přímá aplikace administrativněsprávních norem v mezinárodním právu soukromém*. Studie z mezinárodního práva, 1984.
- Pauknerová, M., *Tzv. nutně použitelné normy před Rozhodčím soudem při HK ČR a AK ČR*, *PPvP*, 1996.
- Pauknerová, M., *Přímo použitelné administrativněsprávní normy a mezinárodní právo soukromé*, *Právník*, 1983.
- Pauknerová, M., *Kogentní normy v mezinárodní obchodní praxi*, *PPvP*, 1994.
- Pazdan, M., *Prawo prywatne miedzynarodowe*, Warszawa, 2005.
- Philips, A., *Mandatory Rules, Public Law and Choice of Law*, in: North, P., *Contract Conflicts*, North Holland, 1982.
- Plender, R., Wilderspin, M., *The European Private International Law of Obligations*, London: Sweet & Maxwell, 2009.
- Perner, S., *Das internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I*, *IPRax*, 2009.
- Pertegás, M., *The notion of contractual obligations in Brussels I and Rome I*, in Meeuson, J., Pertegás, M., Straetmans, G., *The enforcement of the international*

- contract in the EU: Convergence and divergence between Brussels I and Rome I, Antwerp: Intersentia, 2004.
- Pfeifer, T., Verbraucherrechtliche Eingriffsnormen im Spannungsfeld von EG-Recht und nationaler Rechtssetzung (BGH, S. 272), IPRax, 2006.
- Pivavatnapanich, P. Choice of Law in Contract and Thai Private International Law: A Comparative Study, k dosažení:
<http://www.thailawforum.com/articles /choiceoflaw.html#4>.
- Plender, R., Wilderspin, M., The European Private International Law of Obligations, London: Thomson Reuters, 2009.

R

- Ragno, F., The Law Applicable to a Consumer Contract under the Rome I Regulation, in Ferrari, F., Leibl, S., Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Sellier. European Law Publishers: Munich, 2009.
- Reichelt, G., Rechberger, W. H., Europäisches Kollisionsrecht, Wien: Manzsche Verlags-und Universitätsbuchandlung, 2004.
- Reithman, Ch., Martiny, D., Internationales Vertragsrecht, Köln: O. Schmidt, 1996.
- Remiena, O., European Private International Law, The European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, Common Market Law Review, 2001.
- Rogoz, T., Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. Rozehnalová, N., Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě, Brno: MU, 1991.
- Rozehnalová, N., Týč, V., Evropský justiční prostor v civilních otázkách. Brno, 2001.
- Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008.
- Rozehnalová, N., Evropské soukromé právo v. evropské mezinárodní právo soukromé. In Hurdík, J., Fiala, J., Tradice a inovace v občanském právu. 1. vydání. Brno: PF MU, 2007.
- Rozehnalová, N., Právo mezinárodního obchodu, Praha: ASPI Kluwer, 2006.
- Rozehnalová, N., Transnacionální právo mezinárodního obchodu, Brno: MU, 1994.
- Rozehnalová, N., Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem I. a II., Bulletin advokacie, Praha: Česká advokátní komora, Roč. 2005.

- Rozehnalová, N., Myšáková, P., Knapová, J., Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních, část I., Právní fórum, číslo 2, 2007.
- Rozehnalová, N., Myšáková, P., Knapová, J., Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních, část III., Právní fórum, číslo 4, 2007.
- Rozehnalová, N., Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci – dvě stránky jednoho problému. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2008, č. 2.
- Rozehnalová, N., Valdhans, J., Europejski obszar sądowy i jego wpływ na państwa trzecie, zwłaszcza wschodnie. In M. Zdanowicz, A. Doliwa – Klepacka (red.) *Wybrane aspekty wpływu członkostwa Państw Europy Środkowo – Wschodniej na stosunki ze wschodnimi państwami ościennymi*. Białystok: Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, 2009.
- Rozehnalová, N., – Valdhans, J., A Few Observations on Choice of Law. In *Second Decade Ahead: Tracing the Global Crisis*. 1. vyd. New York: Juris Publishing, 2010. od s. 3–24, *Czech Yearbook of International Law*.
- Rühl, G., *Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective*, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, 2006.
- Rühl, G., *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency* CLPE Research Paper 4/2007, Vol. 03 No. 01 (2007). Elektronická verze článku je dostupná z: <http://ssrn.com/abstract=921842>.
- Růžička, K., *Mezinárodní obchodní arbitráž*, Praha: Prospektrum, 1997.

S

- Sachs, S. E., From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'. *American University International Law Review*, Vol. 21, No. 5, 2006.
- Sachse, K., *Der Verbrauchervertrag im Internationalen Privat- und Prozeßrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- Saf, C., A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale, in: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/saf95.html>. K datu 25. 3. 2010.
- Savigny, F., C. v., *System des heutigen Römischen Recht*, Band VIII, Veit and Comp.: Berlin 1849.

- Sehnálek, D., K otázce aplikační přednosti práva Evropské unie v poměru mezi nařízením Řím I a Vídeňskou úmluvou o mezinárodní koupi zboží. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: MU, 2009.
- Sehnálek, D., Turoňová, J., Nařízení o výživném a postavení mezinárodních smluv v Evropské unii. *Právník: teoretický časopis pro otázky státu a práva*, č. 3, 2010.
- Siehr, K., General Problems of Private International Law in Modern Codifications, – de lege lata and de lege europa ferenda, in: *Yearbook of Private International Law*, Vol. VIII, 2005, Sellier. European Law Publishers.
- Singer, E., *Právo v zahraničním obchodu*, Praha, 1960.
- Schmitthoff, C., *Das neue Recht des Welthandels*, *RabelsZ*, 1964.
- Schmitthoff, C. M., The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation, in: Schmitthoff, C. M. ed., *The Sources of the Law of International Trade*, London, 1964.
- Schmitthoff, C., M., Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transaction, in: Horn, N., *The Transnational Law of International Commercial Transaction*, The Hague: Kluwer, 1982.
- Snyder, F., *Regional and Global Regulation of International Trade*, Oxford: Hart Publishing, 2001.
- Schmitthoff, C. M. The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions, in: ed. Chia-Jui Cheng, Clive M. Schmitthoff s selected essays on international trade law, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
- Skapski, J., *Aunomia woli w prawie miedzynorodowmy prywatnym w zakresie zobowiazan z umów*, Kraków, 1964.
- Steiner, V., *Cizí právo v civilním procesu*, *Časopis pro mezinárodní právo*, 1968.
- Stone, P., *EU Private International Law. Harmonization of Laws*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited: 2006.
- Symeonides, S. C., *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Dordrecht: Kluwer Law International, 2000.
- Štajgr, F., *Důkaz cizího práva*, *AUC Iuridica*, 1964.

T

- Tang Z., Parties` choice of law in e-consumer contracts, *Journal of Private International Law*, Vol. 3., No. 1, 2007.
- Teubner, G., *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: Teubner, G. (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot 1997.

- Teubner, G. and Fischer-Lescano, A., Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, No. 4, 2004.
- Teubner, G., *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*. ed: Karl-Heinz Ladeur, Public governance in the age of globalization, Aldershot 2004.
- Teubner, G., *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997.
- Tichý, L., *Náhrada škody při mimosmluvním porušení povinnosti*, kandidátská disertační práce, Praha 1982.
- Trávníčková, S., Limitations of choice of law – mandatory rules and internationally mandatory rules In Neckář, Jan et al. (ed.) *Dny práva – 2008 – Days of Law: 2. ročník mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity*. 1. vyd. Brno: MU, 2008, s. 96, s. 788–797. Dostupný také z [www](http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf):
- <http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/pdf/mezinaro/travnickova.pdf>

U

- Umbrecht, R. P., *Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht*, Zurich: PV AG, 1963.

V

- Vaishali, B., Choice of law by the parties, in:
<http://www.indlawnews.com/display.aspx?4509>
- Valdhans, J., *Evropský justiční prostor ve věcech civilních. Část XIII. návrh nařízení o právu rozhodném pro mimosoudní závazky*. Právní fórum, Praha: ASPI, a. s., Roč. 3, č. 2000.
- Valdhans, J., *Unifikace kolizní problematiky deliktů v rámci komunitárního práva. In Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004: Sborník z workshopu konaného na Právnické fakultě MU v Brně dne 26. 9. 2006*. 1. vyd. Brno: MU 2006.
- Valdhans, J., Myšáková, P., *Rome I and Rome II Regulations. Allies or Enemies?* In *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008.
- Valdhans, J., Myšáková, P., *Conflict Rules for Delicts and Quasi-Delicts*. In *Europeanization of the national law, the Lisbon Treaty and some other legal issues*. I. Brno: Masarykova univerzita, 2008.
- Valdhans, J., Říhová, K., *Judikatura ESD ve věcech evropského justičního prostoru, část VIII, číslo 9*, 2007.

- Valdhans, J., Svobodová, K., *Judikatura Evropského soudního dvora v oblasti evropského justičního prostoru ve věcech civilních, část IV, Právní fórum, číslo 5, 2007.*
- ed. de Vareilles-Sommières P., *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing: Oxford, 2007.
- Večeřa, M., *Diversita a jednota práva*, Brno: MU, Dny práva 2008, dostupné také z: www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/pdf/prteorie/vecera.pdf.
- Volckart, O, Mangels, A., *Are the roots of the modern lex mercatoria really mediavel?*, *Southern Economic Journal*, 1999, 1. Dostupný z <http://www.jstor.org/pss/1060808>.
- Vondráček, O., *Článek 4 Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy: plodný či jalový kompromis?*, *Právník*, č. 12, 2007.

W

- Winship, P., *The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts*, in: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>. Čerpáno k datu 25. 3. 2010.
- Woodward, W. J. Jr., *Contractual Choice of Law: Legislative Choice in an Era Party Autonomy*, in: *SMU Law Review*, 2001, s. 697 a násl. Elektronická verze článku je dostupná z <http://ssrn.com/abstract=1005412>.

Z

- Zajtay, I., *The Application of Foreign Law*, *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III, Private International Law*, Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1971.
- Zeller, B., *Uniformity of Laws: a Reality or just a Myth?*, in: *International Journal of Private Law, Volume 2, Number 1*, 2009.
- Zeller, B., *CISG and the Unification of the Trade Law*, Routledge-Cavendish, 2006.
- Zimmermann, M. A., *Mezinárodní právo soukromé*, Brno, 1933.
- Zimmermann, R., *Comparative Foundations of European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Zyll, F., *Common Framework of Reference as an Instrument of the Autonomous Qualification of the Rome I Regulation*, s. 17–25, in: Ferrari, F., Leibl, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich: Sellier European Publishers, 2009.

Další materiály

Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (1) by Mario Giuliano, Professor, University of Milano (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I (who contributed the comments on Articles 2, 9, 11, and 14 to 33) *Journal officiel* n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001–0050.

Diplomatic Conference on the law applicable to sales contracts, Proceedings of the Extraordinary Session of October 1985.

COM(2002) 654 final 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.

COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD) Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

Max Plank Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commissions Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, *RechtsZ*, Bd. 68, 2004.

Principles of European Contract Law, Part I and II, Combined and Revised, lze získat mimo jiné na

<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>.

COM (2003) 68, O.J. C63/01 uvádějící tzv. Action Plan on a more coherent European Contract Law.

European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward“ – COM (2004) 651.

Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, Consumer Policy Strategy 2002–2006 (Tampere Council). Brussels. COM (2002) 208. Viz:

http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/general_framework_and_priorities/l32008_en.htm.

ZÁVAZKY ZE SMLUV A JEJICH PRÁVNÍ REŽIM

(se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)

Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc.

Vydala Masarykova univerzita roku 2010
Spisy Právnické fakulty MU č. 375 (řada teoretická)

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl,
N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

Tisk: Tribun EU s.r.o., Gorkého 41, Brno

1. vydání, 2010

Náklad 200 výtisků

ISBN 978-80-210-5240-6