

## Vyšší moc, hardship aneb smluvní doložky v mezinárodní praxi

Naděžda Rozehnalová\*

### I Úvod

*Na jiných místech a v jiných souvislostech bylo uvedeno, že profesor Petr Hajn působil nejenom jako významný teoretik v oblasti obchodního smluvního práva, nýbrž i jako podnikový právník zabývající se mimo jiné i mezinárodní problematikou kontrakčních procesů. Můj příspěvek směřuje právě do této oblasti. Oblasti, kde se nejlépe projeví ona kreativita, která vždy byla a stále je pro profesora Hajna typická.*

Hodnocení rizik, vymezení pozice stran vůči nim a jejich případné ošetření či alokace jsou charakteristické pro fázi před a při uzavření smlouvy. Nicméně, i po uzavření smlouvy nastávají situace, které strany či strana neočekávaly, které však mají zásadní vliv na plnění jedné ze stran a strany či strana je nemohou nikterak ovlivnit a nemohly je ani očekávat. Tyto okolnosti činí plnění smlouvy trvale či dočasně nemožným, nebo sice možným, nicméně vychýlení původně nastavených rizik či očekávání může učinit plnění pro stranu či strany mimořádně ekonomicky či jinak obtížné. Jedná se o okolnosti různého původu - přírodního jako jsou přírodní katastrofy; spočívajícího v lidském jednání neovlivnitelném jedincem jako jsou války, občanské války či sociální nepokoje; daném v neočekávaných ekonomických či technologických procesech, případně dokonce legislativě atd. Na tyto okolnosti lze reagovat jak v oblasti smluvní v rámci kontraktace, tak je toto pnutí mezi zásadou *rebus sic stantibus* a *pacta sunt servanda*<sup>19</sup> předmětem právní regulace vnitrostátní i mezinárodní. Hledání vhodné pozice mezi oběma zása-

dami je delikátním úkolem.<sup>20</sup> Navíc, vedle regulace předpokladů, následků a podmínek využití případných osvobozujících důsledků existuje i procesní rozměr problematiky – možnost či nemožnost soudu či rozhodce adaptovat na návrh jedné strany smlouvu na nové podmínky tam, kde k tomu druhá strana nepřistoupila dobrovolně. A u složité adaptace ostatně i vůbec schopnost soudce takto působit.

Celá problematika si zaslouží naši pozornost jak pro svůj transnacionální smluvní rozměr, využívaní nestátní úpravy typu obchodních podmínek jako jsou FIDIC, vzory vydané Mezinárodní obchodní komorou, Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT apod., případně se u nich inspirující, tak i pro nastavení platnosti případné smluvní podmínky. Mezinárodní úpravy obsahující obě či alespoň jednu z doložek jsou totiž zpravidla zcela, nebo pokud jde o některé otázky, vázány na právo rozhodné tvořící právní rámec pro tyto nestátní úpravy. Tedy pokud se nejedná o případ, kdy by rozhodci rozhodovali dle *lex mercatoria* a odsunuli národní právo.<sup>21</sup> Vazba na národní právo se promítá minimálně do otázky materiální platnosti smluvní doložky tak, jak je tomu u smluvních ustanovení postavených na Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. V „horším“ případě národní právo tvoří přímo právní rámec smlouvy.

Uvedené okolnosti – alespoň tak se k nim vymezuje mezinárodní obchodní praxe – ovlivňují spíše smlouvy dlouhodobé či sice uzavřené na kratší dobu, nicméně složité co do své konstrukce a plnění. Zde zároveň vyvstává potřeba řešit nejen sankční následky, ale je spíše v zájmu obou stran zvážit přizpůsobení a řešení v zájmu zachování

\* Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., profesor, Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

<sup>1</sup> K otázce vazby obou zásad například CHENGWEI, Liu. *Changed Contract Circumstances*. 2nd Edition. Dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu5.html> /citováno 3. 2. 2015/. V české literatuře například MYŠÁKOVÁ, Petra. *Institut hardship a využití hardship doložky v praxi*. Právo pro podnikání a zaměstnání, 2007, č. 5, s. 17.

<sup>20</sup> MAGNUS, Ulrich. *Force Majeure and the CISG*. In: SARCEVIC, A., VOLKEN, P. Editors: *The International Sale of Goods Revisited*. Dordrecht: Kluwer Law International, 2001.

<sup>21</sup> K teorii *lex mercatoria* v české literatuře ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 3. Aktualizované a doplněné vydání, 2013, s. 267-272.

smlouvy.<sup>22</sup> Samozřejmě existují i další typy doložek či zákonných konstrukcí, které mohou mít obdobné účinky. V praxi je využívána tzv. renegociační doložka zavazující strany tam, kde dojde k určitým okolnostem k nové negociaci.<sup>23</sup> Nesporně také doložky vázící se na kupní cenu jako jsou doložky měnové či klouzavé působí ve směru omezení měnových a cenových rizik plnění u dlouhodobých smluv. V praxi se setkáváme dále s tzv. „*exemption clause*“, „*exclusion clause*“, „*exculpatory clause*“, „*indemnity clause*“.<sup>24</sup> Doložky mohou být postaveny na jednacím bázi, nebo také mohou působit automaticky na uvedené riziko.<sup>25</sup> Každé řešení má své výhody i nevýhody.

Cíle článku lze uvést následovně:

- Uvést smluvní doložky *vyšší moci a hardship* včetně jejich charakteristických znaků tak, jak se vyvinuly v mezinárodní praxi jako reakce na nepředvídatelné okolnosti, které mohou v průběhu plnění smlouvy nastat. I když existuje jejich právní regulace v národních úpravách,<sup>26</sup>

je to i mezinárodní kontraktační praxe a interpretace daná mezinárodními rozhodčími soudy, které ovlivnily vnímání obou smluvních útvarů.<sup>27</sup> A to i pro národní právo. Existují zajímavé úpravy uvedené v dokumentech Mezinárodní obchodní komory v Paříži, v Zásadách mezinárodních smluv UNIDROIT a pro oblast smluv o dílo zejména v investiční výstavbě podmínky FIDIC.

- Pro oblast kupní smlouvy zvážit jejich uplatnění či regulaci v rámci Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (dále Vídeňská úmluva).<sup>28</sup> Tato mezinárodní smlouva představuje jedinou významnější hmotně právní unifikovanou úpravu. Je otázkou, nakolik lze obě doložky podřadit pod tuto regulaci, nebo naopak předpokládat, že doložka *hardship* podléhá regulaci národní.
- Dát doporučení pro smluvní praxi.

## II Ke koncepci doložek v mezinárodních dokumentech

Obě doložky jsou zpravidla spojovány a projednávány v dokumentech či publikacích společně. A to i přesto, že se zdá, že mají z pohledu cílů a koncepce více rozdílného než společného. Jaké rysy obecně mají vůbec společné? Zde si dovolíme spíše obecné konstatování, odpovídající vnímání jevu transnacionální praxi.

Obě doložky reagují na změněné okolnosti a představují tak zmírnění obecně přijímané zásady *pacta sunt servanda*. V obou případech se jedná o situaci, kdy se překážky plnění projeví po uzavření smlouvy, resp. se takto stranám staly známými. Změny, resp. překážky, mohou mít řadu příčin a mají zpravidla – jak uvidíme dále – společné rysy nepředvídatelnosti subjektivní i objektivní, neodvratitelnosti, nemožnosti ovlivnění okolností atd. Konkrétní rozlišení změn dle původu se nezdá být nutné. Byť například anglická koncepce *Act of God* směřovala spíše k přírodním událostem.<sup>29</sup> Dnes je obecně přijímáno, že okolnosti

<sup>22</sup> HORN, Norbert. Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr. Vertragsklauseln und Schiedspraxis. In: KÖTZ, Heinz. MARSCHAL v. BIEBERSTEIN, Wolfgang: Die Anpassung langfristiger Verträge. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1. Auflage, 1984. S odkazem na výzkum, který prokázal, že téměř polovina mezinárodních smluv obsahuje různé doložky námi sledovaného typu viz: FONTAINE, Marcel. The UNIDROIT Principles: An Expression of Current Contract Practice? In: Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration. 2002. Dostupné v databázi *Dispute Resolution Library* vedené ICC Paris.

<sup>23</sup> Zde doporučujeme webové stránky věnující se transnacionálnímu právu: <http://www.trans-lex.org/> převzato 20. 2. 2015/

<sup>24</sup> K jednotlivým termínům viz: PACHECKER, H. Humberto. Nafa` s Blue Book. Legal Terminology, Commentaries, Tables and Useful Legal Information. Xlibris, 2010.

<sup>25</sup> Zejména oblast obchodu s energetickými produkty vykazuje řadu nejrůznějších smluvních doložek. Jen krátce odkazujeme na přehled uvedený v: BLOCK, Guy. Arbitration and Changes in Energy Prices: A Review of ICC Awards with respect to force majeure, Indexation, Adaptation, Hardship and Take-or-Pay Clauses. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, No. 2, 2009.

<sup>26</sup> K otázce komparace vedoucích právních řádů viz například: RÖSLER, Hannes. Hardship in German Codified Private Law: In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. European Review of Private Law, 2007, Vol. 15, pp. 483-513.

<sup>27</sup> MELIS, Werner. Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration. Journal of International Arbitration, 1984, Vol. 3, pp. 213 - 221.

<sup>28</sup> Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, vyhl. č. 160/1991 Sb.

<sup>29</sup> K problematice kořenů doložky vis majeure včetně interpretace Act of God, včetně přístupu některých národních úprav k problematice vis majeure a hardship viz: RIMKE, Joern. Force majeure and hardship: Appli-

vyšší moci mohou být i ekonomické či technologické, resp. i jinak spočívat v lidském chování.<sup>30</sup> Rozhodující je naplnění obecných znaků, konkrétní skutkové podstaty mají spíše doplňkovou úlohu.<sup>31</sup>

Na druhé straně existují v obou případech, jak jsme již uvedli, rozdíly v koncepci i ve výsledné situaci. Vyšší moc znamená dočasnou či trvalou nemožnost plnění a představuje spíše řešení následků neplnění v důsledku nastalých okolností. Ať je to již otázka vlivu na ukončení smlouvy z různých dalších titulů či především osvobození od náhrady škody. Naproti tomu *hardship* představuje situaci, kdy je plnění možné, byť je zásadně ztížené, a znamenalo by závažnou ekonomickou újmu, resp. změnu ve vyrovnanosti pozice stran. Například pro nenadálý dramatický růst ceny základní suroviny či například pro přijetí legislativy dopadající na výrobu a mimořádně ji zdražující.<sup>32</sup> V případě, kdy tato situace nastane, nás zajímá možnost plnění při zohlednění nových podmínek

cation in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer 1999-2000. Dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rinke.html> /převzato 20. 2. 2015/

<sup>30</sup> Jde především o koncept „*economic force majeure*“ tak, jak jej uvádí například Lokofsky. LOKOFSKY, Joseph. Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's Competing Approaches to Force Majeure and Hardship. *International Review of Law and Economics*, 2005, Vol. 2, p. 434 – 445. Dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html> /převzato 15. 2. 2015/

<sup>31</sup> Uplatnění ekonomických důvodů jako okolností osvobozujících od odpovědnosti se objevuje i v praxi. Viz například argumentaci u následujících případů obsažených v databázi UNILEX (<http://www.unilex.info>) Belgie, No.: AR 1849/94, *Rechtbank van Koophandel, Hasselt, Vital Berry Marketing NV v. Dira-Frost NV*. V tomto případě byl prudký pokles ceny odmítnut jako okolnost dle článku 79 Vídeňské úmluvy. Ruská federace: No: 12 JI 1992, *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce*, strany neznámy. Argumentace se týkala nedostatku cizí měny. Rovněž byla jako okolnost osvobozující od odpovědnosti odmítnuta.

<sup>32</sup> Takto je například *hardship* uvedena v práci klasika teorie *lex mercatoria* C.M. Schmitthoffa. SCHMITTHOFF, M. Clive. *Hardship and Intervener Clauses*. In: *Select Essays on International Trade Law*. Ed. By CHIA-JUI CHENG. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, s. 415 – 422. Komparativní pohled směrem k transnacionální praxi také v: FONTAIN Marcel., DE LY Filip. *Drafting International Contracts*. Leiden: Brill, 2009, s. 453 – 492.

a očekávání smluvních stran v době, kdy uzavíraly smlouvu. Nelze-li toho dosáhnout, může být smlouva ukončena ze strany osoby nároková *hardship*. Literatura uvádí obecně několik možností, jak lze legislativně tyto situace řešit a jak alokovat rizika. V prvním případě zůstává povinnost plnit bez ohledu na změnu v podmínkách. Jde o případy, kdy soud shledá, že plnění není dostatečně ztížené či rozhodné právo sdílí striktně zásadu *pacta sunt servanda*.<sup>33</sup> Ve druhém případě může právo přihlídnout k těmto ztíženým podmínkám a umožnit povinnému ukončit smlouvu. Třetí situace znamená alokaci ekonomického rizika změněných podmínek mezi obě strany tím, že zde existuje vedle negociace i možnost daná soudem adaptovat smlouvu na změněné podmínky.<sup>34</sup> Tolik obecně ke vnímání obou institutů.

Z námi sledovaných dokumentů je to pouze Vídeňská úmluva, jako mezinárodní smlouva zavazující téměř 70 států světa, která nahrazuje právní rámec jinak vytvářený národním právem.<sup>35</sup> Nicméně ani v tomto případě se nevyhneme konfrontaci s právem národním. K tomu však více v následující kapitole.

Vídeňská úmluva reflektuje změněné okolnosti v článku 79. Tento se nejvíce přibližuje koncepci vyšší moci tak, jak je mezinárodní obchodní praxí vnímána.<sup>36</sup> Nicméně ani situace vyšší moci, ani

<sup>33</sup> Navzdory poměrně silnému vnímání *hardship* a nároků z něj vycházejících v transnacionální smluvní praxi, není tomu tak na národní úrovni. Jen málo zemí výslovně přijímá tuto koncepci. Blíže k přehledu: RODNER, O. James. *Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. In: *Liber Amicorum of Honor of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005, s. 678.

<sup>34</sup> BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles - Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Dordrecht: Kluwer Law International, 2009, s. 392.

<sup>35</sup> K výřtu smluvních stran viz [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) V případě, kdy je při aplikaci postupováno dle článku 1. 1. a), je úmluva využita přímo mezi smluvními stranami, jsou-li naplněny podmínky její aplikace. Rozšíření aplikace znamená využití článku 1. 1. b), kdy postačuje odkaz na právo smluvního státu. Blíže k této otázce viz v české literatuře DRLIČKOVÁ, Klára. *Aplikace nového občanského zákoníku na mezinárodní obchodní transakce*. In: ROZEHNALOVÁ, Naděžda, DRLIČKOVÁ, Klára, VALDHANS, Jiří. *Nový občanský zákoník pohledem mezinárodních obchodních transakcí*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 17 – 34.

<sup>36</sup> VALDHANS, Jiří, FUNKOVÁ, Hana, ŠIMKOVÁ, Iva. *Předpoklady vzniku odpovědnosti za škodu pohledem Vídeňské úmluvy, Principů UNIDROIT, PECL*

situace *hardship* zde není výslovně uvedena.<sup>37</sup> Jde o koncept autonomní na národních úpravách jak co do podmínek aplikace, tak pokud jde o účinky tohoto institutu. Otázkou však je, a toto bylo diskutováno i v průběhu přijímání úmluvy, nakolik možná interpretace této normy či smluvní dispozice s ní pokrývá pozici *hardship*. A v důsledku toho je možné uvedenou pozici vytvořit v rámci autonomie vůle právě s využitím článku 79, nebo naopak tuto smluvní konstrukci je třeba posuzovat již podle národního práva. Každé z řešení má své příznivce.<sup>38</sup> K této otázce se vrátíme.

Vídeňská úmluva v článku 79 odst. 1 obsahuje obecné znaky situace osvobozující stranu od odpovědnosti za škodu. Neobsahuje, a to na rozdíl od jiných námi sledovaných norem, demonstrativní výčet okolností. Zde je nesporně prostor pro smluvní úpravu. Situace, kdy dochází k osvobození od odpovědnosti, musí vykázat následující obecné znaky:

- a. Nesplnění jakékoli povinnosti bylo způsobeno překážkou, která nezávisela na vůli strany, byla mimo její kontrolu strany. Nejsou rozlišeny jednotlivé typy porušení. Je bez významu, zda jde o porušení částečné či úplné, nedodání či vadné dodání,<sup>39</sup> porušení povinnosti stanovené smlouvou či úmluvou. Ústředním momentem je hodnocení překážky. Je nesporné, že se musí jednat o objektivní skutečnost, nezávislou na vůli strany, spočívající v externích vlivech.<sup>40</sup> Otázkou je, zda musí jít o nemožnost, anebo postačí například i ekonomická obtížnost.<sup>41</sup> Termín sám o sobě je velmi flexibilní.

a nového občanského zákoníku. In: ROZEHNALOVÁ, Naděžda, DRLIČKOVÁ, Klára, VALDHANS, Jiří. Nový občanský zákoník pohledem mezinárodních obchodních transakcí. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 181 – 212.

<sup>37</sup> SCHWENZER, Ingeborg. Force majeure and hardship in International Sales Contracts. VUWRL, Vol. 39, No. 3, 2008, str. 712.

<sup>38</sup> LINDSTRÖM, Niklas. Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods. Nordic Journal of Commercial Law. No. 1, 2006. Stať obsahuje jak výčet názorů, tak i názor autora klonící se k využití článku 79.

<sup>39</sup> Výslovně CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, bod 1.

<sup>40</sup> MAGNUS, Ulrich. Force Majeure and the CISG. In: SARCEVIC, A., VOLKEN, P. Editors. The International Sale of Goods Revisited. Dordrecht: Kluwer Law International, 2001, s. 14

<sup>41</sup> CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, bod 3. 1. uvádí, že není

- b. Nebylo rozumné očekávat, že by s překážkou strana počítala v době uzavření smlouvy. Každá situace bude nutně posuzována ad hoc.

- c. Nebylo možné rozumně očekávat, že by ji či její důsledky strana odvrátila nebo překonala.

Výslovně je upravena otázka dopadu okolností vzhledem k jednání osoby třetí, která byla pověřena plněním části či celého závazku a otázka povinnosti oznámit existenci okolností osvobozujících od odpovědnosti. Překážka je způsobilá vyvolat účinky jen po dobu svého trvání.

Článek 79 osvobozuje stranu přímo jen od odpovědnosti za náhradu škody. Dle převažujících názorů nedopadá na problematiku případných úroků z prodlení.<sup>42</sup> Otevřenou se jeví otázka doložek typu smluvní pokuta, *penalty*, *liquidated damages* atd. Existují dvě cesty: najít řešení uvnitř Vídeňské úmluvy, nebo je hledat v národním právu. Shoda zde neexistuje. Například Magnus odkazuje na nutnost interpretace konkrétní smlouvy v souladu s článkem 8 a ve vazbě na alokaci rizika tak, jak je uvedeno v článku 79 odst. 1.<sup>43</sup> Tedy na řešení na úrovni metodologie v zacházení s úmluvou.

Ustanovení článku 79 nebrání druhé straně uplatnit jiné nároky. Tím nás samozřejmě dovádí přes článek 25 k odstoupení od smlouvy dle článku 49, 51, 72 či 73 a to ze strany poškozeného. Strany mohou ukončit smlouvu i dohodou. Samozřejmě je možné uplatnit dle povahy i další nároky jako nárok na plnění či snížení kupní ceny atd.<sup>44</sup>

Dílčí závěr je možné učinit, pokud jde o charakteristické znaky následující: porušení smlouvy - překážky související s porušením a mající určitou kvalitu a znaky - přímé osvobození od odpovědnosti za škodu - nepřímý dopad na existenci smlouvy a odstoupení jako sankční následek neplnění. Pokud jde o *hardship*, úprava výslovná ve Vídeňské úmluvě neexistuje. Otázkou ovšem je,

nutné, aby překážka znamenala nemožnost plnění. Stačí, že plnění je „excessively onerous - hardship“.

<sup>42</sup> MAGNUS, Ulrich. Force Majeure and the CISG. In: SARCEVIC, A., VOLKEN, P. Editors. The International Sale of Goods Revisited. Dordrecht: Kluwer Law International, 2001, s. 23. Zde i s odkazem na další autory.

<sup>43</sup> MAGNUS, Ulrich. Force Majeure and the CISG. In: SARCEVIC, A., VOLKEN, P. Editors. The International Sale of Goods Revisited. Dordrecht: Kluwer Law International, 2001, s. 23. Nicméně i on sám odkazuje na jiné názory. Zde například viz Secretaria Commentary. Guide to CISG Article 79. Dostupné z <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html> /převzato 21. 2. 2015/

<sup>44</sup> Připomenout je nutné i vliv článku 80. Nicméně tomu se v našich souvislostech nevěnujeme.

jak uvidíme i dále, posun v interpretaci směřující spíše k vyloučení národního práva.

Další ze sledovaných organizací - Mezinárodní obchodní komora v Paříži (dále MOK) - vydala svá vzorové doporučení pro formulaci naposledy v roce 2003, a to společně pro doložku vyšší moci i doložku *hardship*.<sup>45</sup> Oba dokumenty jsou formulovány jako vzor, který je možné včlenit do smlouvy inkorporací či odkazem.<sup>46</sup> Výslovně je uvedeno, že včlenění je platné jak odkazem na plný název materiálu, tak i s využitím zkráceného názvu, pokud není prokázán opačný úmysl.

V případě doložky *force majeure* je zajímavá samotná historie vzniku. Zvažovány byly tři varianty úpravy: první měla obsahovat jen obecné znaky tak, jak toto známe z článku 79 Vídeňské úmluvy, druhá měla opět obsahovat obecné znaky a demonstrativní výčet, třetí potom obecné znaky a výčet situací, u nichž v případě, že se vyskytnou, dojde k vychýlení důkazní pozice ve prospěch strany, která se chce na okolnost odvolat. V poslední verzi dokumentu byla využita tato třetí varianta. Doložka vyšší moci je upravena v tomto materiálu v deseti paragrafech. Základní uchopení doložky je možné charakterizovat následovně:

- a. Základ regulace je dán v prvním odstavci obsahujícím obecné znaky institutu: nesplnění v důsledku překážky, která byla mimo kontrolu strany, nebylo možné překážku přiměřeně předvídat, překonat či odvrátit. Dobou, ve které strana neočekávala existenci těchto překážek, je doba uzavření smlouvy. Zohlednění možné pozice neplnící třetí strany obsahuje odstavec druhý.
- b. Výčet situací, které mohou být při splnění obecných podmínek považovány za okolnosti vyšší moci obsahuje odstavec třetí. Jim také materiál přisuzuje vychýlení důkazní pozice tam, kde nastanou.
- c. Stejně jako v jiných případech je i zde nutné oznámení druhé straně. Doba je poměrně dobře regulována.
- d. Účinkům okolností vyšší moci jsou věnovány odstavce pět až devět. Základním účinkem je osvobození od náhrady škody. Podmínky pro ukončení smlouvy v případě existence pře-

kážky vyšší moci obsahuje odstavec devátý. Právo na odstoupení mají obě strany. Základní podmínkou je to, že okolnost „*substantially depriving either or both of the contracting parties of what they were reasonably entitled to expect under the contract*“.

Doložka *hardship* se ve verzi 2003 značně liší od verze z roku 1985. Především je to její jasný posun v části účinků, který ji takto odlišuje.<sup>47</sup> Liší se také od definice *force majeure* – především neobsahuje výčet okolností, které mohou způsobit. První odstavec obsahuje povinnost strany plnit závazky vyplývající ze smlouvy a to i v případě, kdy se plnění závazků stane v důsledku obtížným oproti rozumnému očekávání v době uzavření smlouvy. Jak vyplývá z dokumentu MOK, jen zdánlivě je nadbytečný. Vyjadřuje totiž výjimečnost událostí dále uvedených v ustanovení odstavce druhého. A měl by zabránit tomu, aby prosté naplnění znaků druhého odstavce vedlo ke kvalifikaci situace jako *hardship*. Jádro pro definici znaků naplňujících situaci „*hardship*“ vyjadřuje odstavec druhý - plnění by se stala mimořádně, nadměrně obtížné (*excesively onerous*) vzhledem k okolnosti, která je mimo rozumnou kontrolu strany. Tato okolnost nemohla být rozumně očekávána a vzata v úvahu v době uzavření smlouvy a rovněž nemohla být tato událost překonána či se jí strany nemohly vyvarovat. V takovém případě se strany zavazují jednat o alternativních smluvních podmínkách přiměřeně zohledňujících důsledky této události. Pokud by se strany nedohodly o nových podmínkách, může strana, která argumentuje *hardship*, ukončit smlouvu. Doložka se na rozdíl od *force majeure* doložky nezabývá otázkou odpovědnosti za náhradu škody.

Shrneme-li obě úpravy je třeba říci, že se koncept *force majeure* zásadně neliší od koncepcí okolností osvobozujících od odpovědnosti v článku 79. Nicméně z našeho pohledu je doložka dle MOK více propracovaná, nabízí zajímavý výčet okolností a přisuzuje jim jistou důkazní hodnotu. Doložka *hardship* představuje v podobě dané v dokumentu MOK spíše jen základní vymezení, které se nabízí stranám spíše než k inkorporaci, tak k převzetí a doplnění. Na druhé straně však uvedená podoba tam, kde právní řád není přátelský k této doložce a neumožňuje procesní řešení a adaptaci na základě rozhodnutí soudu, má větší šanci na prosazení. Pokud jde o základní znaky je možné uvést: nad-

<sup>45</sup> ICC Force Majeure Clause 2003. Hardship Clause 2003. ICC PUBLISHING S.A., 2003. Předchozí verze byla přijata v roce 1985.

<sup>46</sup> Je doporučována tato formulace včlenění (uvádíme formulaci v originále): „The Force Majeure (Exemption) Clause 2003 of the International Chamber of Commerce is hereby incorporated in this contract.“

<sup>47</sup> RODNER, O. James. Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: Liber Amicorum of Honor of Robert Briner. Paris: ICC Publishing, 2005, s. 681

měrná, mimořádná obtížnost v plnění – překážka plnění disponující kvalifikovanými znaky - vše době uzavření smlouvy – nové jednání či ukončení.

Poslední z námi sledovaných dokumentů jsou Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT.<sup>48</sup> Pokud jde o jejich povahu a včlenění odkazujeme na jiné práce dostupné i v českém jazyce.<sup>49</sup> Problematika vyšší moci je upravena v článku 7.1.7.<sup>50</sup> Základní znaky situace vyšší moci jsou obsaženy v prvním odstavci. Jde o koncepci obdobnou – s výjimkou slovního vyjádření – článku 79. Neplnění je důsledkem překážky, která má následující znaky: strana ji nemůže ovlivnit, nebylo rozumné očekávat, že by ji mohla vzít do úvahy v době uzavření smlouvy a překonala či odsunula její následky. Pokud sledujeme odlišnosti v koncepci, jsou dvě. Zásady mezinárodních smluv neupravují pozici osoby třetí (viz článek 79 odst. 2 Vídeňské úmluvy). Zásady v odstavci čtvrtém výslovně vyjmenovávají nároky, kterých se vyšší moc nedotýká. Je ovšem pravdou, že u Vídeňské úmluvy lze dojít k podobným výsledkům.

<sup>48</sup> UNIDROIT do dnešních dnů zpracoval více verzí tohoto dokumentu: *Principles of International Commercial Contracts* 1994. UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2004. UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2010.

<sup>49</sup> K otázce aplikace Zásad jako smluvních doložek či jako *lex mercatoria*, resp. využití směrem k vyplnění mezer LEW, D.M. Julian. *The UNIDROIT Principles as Lex Contractus Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice of-Law Clause: The Perspective of Counsel*. Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2002. K otázce aplikace Zásad před rozhodci RODNER, O. James. *Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. In: *Liber Amicorum of Honor of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005, s. 685. Rovněž MAYER, Pierre. *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice*. In: Special Supplement 2002: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration. International Court of Arbitration Bulletin, 2005.

<sup>50</sup> Jak uvádí sám komentář, byl zvolen název *force majeure*. Nicméně i když jde o koncept svým účelem obdobný situacím známým v oblasti *common law* jako *frustration and impossibility of performance* a v oblasti kontinentálního práva jako *force majeure*, *Unmöglichkeit*, atd., není identický. Obdobně jako je tomu v jiných transnacionálních dokumentech, jde o koncepci autonomní.

Jiná situace je ovšem u úpravy *hardship*, které věnují Zásady mimořádnou pozornost a obsahují ustanovení zasahující nejen do oblasti hmotného práva, ale i procesního. Ustanovení je zařazeno do oddílu 6 věnovaného problematice plnění. V tomto duchu také ustanovení článku 6.2.1. vyjadřuje obecnou zásadu, kterou již známe z doložek vytvořených MOK – povinnost strany plnit i v případě, kdy se plnění stane pro jednu ze stran obtížnější (*more onerous*). Samotná definice *hardship* je obsažena v článku 6.2.3. Hodnota této úpravy je v tom, že ze všech sledovaných dokumentů se jedná o jediný případ výslovné úpravy, která současně ovlivnila i národní úpravy tam, kde zákonodárce tuto otázku výslovně upravil.<sup>51</sup> *Hardship* předpokládá ve své podstatě situaci, kdy je zásadně narušena ekonomická či obchodní smluvní rovnováha. Toto narušení spočívá v neúměrném zvýšení nákladů strany, nebo neúměrném snížení užitku, jež strana z plnění získá. Jak připomíná Rodner, neexistuje žádné matematické vyjádření výše uvedených skutečností (i když u předchozí verze se objevilo). Rozhodující je ono zásadní, podstatné narušení smluvní rovnováhy.<sup>52</sup>

K tomu přistupují další znaky, které již známe z pozice *force majeure*: okolnosti se vyskytly nebo staly známými po uzavření smlouvy, nemohly být znevýhodněnou stranou v době uzavření smlouvy rozumně předpokládány, nezávisí na vůli stran, znevýhodněná strana na sebe nepřevzala riziko vzniku těchto okolností. Účinky situace *hardship*, kterými se zásadně odlišuje od vyšší moci, obsahuje článek 6.2.3. Základním účinkem je povinnost jednat. Jak upozorňuje komentář k Zásadám, jak žádost strany jednat, tak i jednání obou stran je pod požadavkem jednání v „*in good faith and fair dealing*“ tak, jak je uvedeno v člancích 1.7 a 5.1.3. Především strana vznášející *hardship* musí tento svůj požadavek vznést v dobré víře v existenci okolnosti, a nikoli jako taktický manévr. Strany by se měly zdržet jakékoli formy obstrukcí.

<sup>51</sup> Česká úprava v novém občanském zákoníku v § 1764 – 1766. VALDHANS, Jiří, FUNKOVÁ, Hana, ŠIMKOVÁ, Iva. Předpoklady vzniku odpovědnosti za škodu pohledem Vídeňské úmluvy, Principů UNIDROIT, PECL a nového občanského zákoníku. In: ROZEHNALOVÁ, Naděžda, DRLIČKOVÁ, Klára, VALDHANS, Jiří. *Nový občanský zákoník pohledem mezinárodních obchodních transakcí*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 207 a násl.

<sup>52</sup> RODNER, O. James. *Hardship under UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. In: *Liber Amicorum of Honor of Robert Briner*. Paris: ICC Publishing, 2005, s. 678.

Odstavec čtvrtý obsahuje možnosti, které jsou dány soudu tam, kde se jedna ze stran – zjevně po marném jednání či snaze vyvolat jednání – obrátí na soud. Prvá z variant je jednodušší – ukončit smlouvu z titulu existence *hardship*. Druhá možnost je složitější: soud bude sám adaptovat smlouvu na nové podmínky. Zde existuje řada otevřených otázek. Na jedné straně je adaptace reálně možná jen před soudy států, které uznávají *hardship*. Tomu se samozřejmě lze vyhnout výběrem rozhodčího řízení tam, kde je transnacionální praxe přijímána a vazba na národní právo je oslabena. Typicky ICC v Paříži. Otevřenou otázkou je samotná adaptace. Přehled zveřejněných rozhodnutí příliš návodný v tomto směru není.

Pokud bychom měli učinit alespoň průběžný závěr týkající se podoby obou smluvních doložek tak, jak jsou vnímány transnacionální kontraktační praxí, je možné učinit následující **závěry**:

Doložky osvobozující od odpovědnosti, resp. doložka *force majeure*, jsou si blízké s výjimkou článku 79 odst. 2 Vídeňské úmluvy a druhého článku doložek MOK.<sup>53</sup> Jejich společné smluvní využití by nemělo přinést základní rozpory. Poměrně nejzajímavější koncepci vidíme u doložky vytvořené v rámci MOK. Propojení demonstrativního výčtu případů, kterým se dodává navíc jistá prokazovací rovina, s úpravou například článku 79 přináší poměrně zajímavou variantu.

Doložka *hardship*, výslovně neobsažená ve Vídeňské úmluvě, a obsažená jen v oněch dvou dokumentech, představuje jiný problém. Jak jsme již uvedli, zásady MOK obsahují variantu, která je způsobila úspěšně i tam, kde národní právní prostředí není přátelské. Na druhé straně Zásady UNIDROIT přináší propracovaný koncept. Ten však může, zejména ve své procesní části, neuspět v rovině národního práva.

### III Vídeňská úmluva jako základ pro doložku *hardship*?

Problém, ke kterému směřujeme, je využití Vídeňské úmluvy jako právního základu pro koncepci doložky *hardship*. Zopakujme si determinanty

<sup>53</sup> Problémy s vyšší mocí a plněním třetí osoby nejsou hodnoceny jednoznačně. Viz například diskusi v: GARRO, M. Alejandro. Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7. 1. 7). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html> /převzato 19. 2. 2015/

pro naše úvahy: úmluva neobsahuje výslovnou úpravu této otázky; koncept článku 79 se více blíží, jak jsme uvedli výše, konceptu vyšší moci; v průběhu jednání o přijetí Vídeňské úmluvy byl odmítnut pracovní komisí návrh, který se blížil koncepci *hardship*<sup>54</sup>; tzv. názor na interpretaci přijatý skupinou odborníků v roce 2007 nevyloučil hodnocení *hardship* pohledem článku 79 a uchopení důsledků s využitím dalších ustanovení.<sup>55</sup>

Názory v literatuře se liší, rozhodnutí v dané otázce jsou ojedinělá. Byť jak poukazuje I. Schwenzer jako jedna z tvůrců výše uvedeného názoru, jsou to spíše starší názory, blízké době přijetí úmluvy, které popírají možnost využití tohoto článku.<sup>56</sup> Rovněž v již zmíněném společném názoru je poukazováno na pozici právních řádů, které otázku využití *hardship* považují u smluvní doložky za otázku platnosti.

Obě cesty mají svá pro i proti. Postavení doložky na národním právu, které zahrnuje i procesní otázku, by zřejmě vyžadovalo i volbu soudu dané země. Pokud nezvolíme rozhodčí řízení. Nicméně pozice je zřetelná. Na druhé straně jakýkoli návrat k národnímu právu narušuje unifikovanou úpravu. Proto i zde jistá snaha autorů o „setrvání“ na úrovni Vídeňské úmluvy.

Podívejme se na možnosti, které nám úmluva dle příznivců tohoto pohledu dává. Pokud jde o hodnocení překážky, jak jsme uvedli v části věnované článku 79, existují trendy na podřazení pod pojem překážek i situaci *hardship*. Znění článku je dostatečně pružné a takové hodnocení překážky není problémem pro podřazení. Již zmíněný společný názor hledá ovšem i řešení uchopení následků, což je zjevně větším problémem právě vzhledem k rozdílnému konceptu. Z pohledu námi sledované problematiky je třeba poukázat na pnutí mezi principem autonomie vůle (čl. 6) a otázkou platnosti smluvního ustanovení (čl. 4) v případě smluvní změny ustanovení, které nás vede díky dikci článku 4 k národnímu právu – které je ovšem pro tento případ nechtěné. Do toho vstupují rovněž

<sup>54</sup> Konkrétně se jedná o návrh norské delegace. A/CONF.97/C.1/L.191/Rev.1 in United Nations Conference on Contracts for the International Sales of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980 (Official Records, New York, 1981) 381.

<sup>55</sup> CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro.

<sup>56</sup> Viz zejména SCHWENZER, Ingeborg. Force majeure and hardship in International Sales Contracts, str. 712. Dostupné z <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf> /převzato 15. 2. 2015/

otázky interpretace jednotlivých ustanovení, kde není pochybnosti o autonomii výkladu (článek 7.1.), diskuse o zásadě dobré víry a jejím dopadu i na jiné otázky, než je interpretace, o poctivém styku jako principu, na němž je postavena úmluva, a o snaze „zůstat“ při využití analogie juris v rámci úmluvy (článek 7.2.). Na tomto průsečíku by potom mohly být řešeny otázky uchopení následků.<sup>57</sup>

Ony návraty k národnímu právu i pro otázku platnosti nejsou tudíž až tak přímočaré. Nicméně je nutné připustit jistou zamlženost právě článku 4, který přináší více nejistot než jistot při aplikaci před národními soudy. Zejména potom tam, kde smluvně zásadně obměníme ustanovení úmluvy a národní právo není vstřícné zohlednění změny v podmínkách. Jistá rizika pro řízení před soudy je zde nutné vidět. Důvod, který je důvodem silným, je zásadní odlišnost konceptu *hardship* od konceptu bližícímu se vyšší moci. I když názory odborníků na Vídeňskou úmluvu spíše směřují k ponechání doložky pod její působností, je otázkou, jak budou národní soudy či rozhodčí soudy reflektovat tento novější přístup. Zatím nemáme dostatek případů pro posouzení.

#### IV Závěr

Co lze říci a doporučit na závěr. Především je možné uvést, že koncept vyšší moci i *hardship* tak, jak se vyvinul v mezinárodní smluvní praxi je konceptem dvou odlišných schémat a doložek s různými cíli. Jejich uchopení v nestátních materiálech je poměrně zřetelné. Byť propracování je nejdůkladnější u Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT. A to včetně celkového zasazení do problematiky plnění a nemožnosti plnění.

Při použití doložky tam, kde tvoří právní rámec národní úprava, je využití nestátních prostředků limitováno právě tímto rozhodným právem. Výjimku tvoří rozhodčí soudy či rozhodci ad hoc tendující k aplikaci nestátního práva a odsunu národní úpravy.

Zvláštní otázku tvoří článek 79 Vídeňské úmluvy. Jak jsme viděli výše, je uchopení *hardship*

v rámci tohoto ustanovení nejednotně vnímáno. Zjevně by využití bez dalšího smluvního ošetření nebylo zcela jisté. To, co nesporně lze doporučit, je:

- pokud máme zájem i o ošetření nesení rizika *hardship*, je vhodné do smlouvy výslovně uvést příslušnou doložku;
- dalším smluvním ošetřením by mohl být výslovný odkaz na Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT;
- v neposlední řadě – a zde narážíme na problém článku 4 a platnost doložky – je vhodné ošetřit mezery v úpravě odkazem na právní řád, který je příznivý právě tomuto konceptu. Což po přijetí nového občanského zákoníku je i české právo.

#### Summary

Force majeure and hardship – two legal terms connected with drafting contracts (with or without cross-border element); two concepts having some common features; however, two concepts which are different in their preconditions, and in their legal consequences. The paper is focused on two issues:

- Analysis of force majeure and hardship from the point of view of The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), ICC Force Majeure Clause 2003, ICC Hardship Clause 2003 and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010. The paper provides overview on the different force majeure and hardship clauses, that are available in the above mentioned legal rules.
- Regulation of force majeure and hardship under the CISG. This convention does not have any special provision for force majeure and hardship. However, provision of Art. 79 has the same effects as force majeure. But the question is, is it possible to include the hardship situation into the scope of this article, or must we go via national law. The opinions differ. The „impediment“ according to the Art. 79(1) may be interpreted, according to prevailing opinions, also as economic or financial hardship. However, the core of problem is with the different consequences of the typical hardship situation - application before courts or arbitrators.

<sup>57</sup> Úvahy zejména Schlechtriema, blíží se k uchopení *hardship* pod Vídeňskou úmluvou, viz Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more. Přepsáno a editováno: FLECHTNER, M. Harry. Dostupné z: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html> /převzato 14. 2. 2015/