

výroční konference IBA

Za výroční konferencí International Bar Association 25. - 30. září 2005 Praha

[2]

OBSAH

Terorismus – omezení médií 84

**„Dynamic packaging“ při prodeji
zájezdů po síti Internet 85**

**Dohody o výlučné příslušnosti soudu:
učiní Haagská úmluva pro mezinárodní
soudní řízení to, co přinesla Newyorská
úmluva řízení rozhodčím? 85**

Advokátní výsady a profesní tajemství 87

Veřejné zakázky 88

Stížnostní a disciplinární proces 90



výroční konference IBA

Vážení čtenáři,

v minulém čísle Bulletinu advokacie jsme slíbili, že uveřejníme postupně - na pokračování všechny příspěvky advokátů, kteří se zúčastnili jednání sekce a výborů na Výroční konferenci IBA konané v září 2005 v Praze. Přinášíme zajímavé informace, mohou se stát zdrojem vědomostí nebo důvodem k bližšímu seznámení se s danou problematikou. V každém případě stojí za pozornost a přečtení.

(POKRAČOVÁNÍ PŘÍŠTĚ)

Sekce: Duševní vlastnictví, komunikace a technologie (mediální právo)

Terorismus – omezení médií



JUDR. ALEŠ ROŽEHNAL

V rámci konference IBA proběhla 26. 9. 2005 panelová diskuse na téma **Terorismus – omezení médií**. Účastníci diskuse se shodli na tom, že legislativa přijatá v některých státech v reakci na vzestup terorismu ve světě typu amerického „Patriot Act“ je drakonická, nedemokratická a v některých aspektech dokonce anticivilizační.

Někteří diskutující vyjádřili názor, že média nezvládla svoji zpravodajskou funkci týkající se teroristických útoků a svou přehnanou reakcí na tyto události vytvořila podhoubí pro přijetí zákonů, které jsou v rozporu se základy západní civilizace.

Zvláštní pozornost byla věnována možnosti uvalení vazby jinými než justičními orgány, a to bez vznesení obvinění a v některých případech dokonce při absenci podezření z teroristické činnosti a tzv. utajeným procesům. Jednotliví účastníci líčili případy, které se odehrály v jejich zemích a které zcela nerespektovaly obecně uznávané standardy lidských práv a svobod.

Diskutující se zabývali vztahem médií a národních vlád, o jehož problematičnosti není pochyb. Stranou nezůstala ani spolupráce médií se zpravodajskými službami při potírání terorismu. Dále se diskuse týkala celé řady témat od omezení svobody slova v souvislosti s někdy i údajnou obranou proti terorismu, možností ochrany zdrojů informací, odpovědnosti médií za poskytnuté informace, nutnosti zveřejňování drastických záběrů, ovlivňování soudů médií apod.

Diskutující vyjádřili rozdílné názory na **návrh Kodexu chování médií ve zpravodajství o terorismu, který navrhla EU**. Mnoho účastníků se netajilo svými kritickými názory na navržené znění tohoto kodexu. Kodex totiž zahrnuje myšlenku, že by novináři měli být odpovědní za to, jaké důsledky jejich zpravodajství může mít.

Existují totiž případy, kdy zpravodajství o určité události vyvolalo teroristické útoky či rasové nepokoje.

Kanadský delegát Peter Jacobsen z Bersenas Jacobse Chouest Thomson Blackburn prohlásil, že se staví zásadně proti této formě autocenzury. Zdůraznil, že je velmi obtížné posoudit, jak mohou čtenáři zareagovat na příběh, a zda je takový příběh způsobilý vyvolat teroristické činy či rasovou nenávisť. Neumí si představit žádná média v západní demokracii, která by byla připravena na autocenzuru. Navíc je prakticky nemožné takový kodex naplňovat.

Jak zdůraznila Sandra Baron z Centra výzkumů mediálního práva v New Yorku, kodex by stejně postihoval pouze média hlavního proudu a bylo by velmi obtížné takový kodex formulovat, aniž by byl příliš obecný a široký.

J. Constantine z News Corporation vyjádřila svoji ochotu spolupracovat s americkou administrativou při zpravodajství ze soudu s Usamou bin Ládinem v případě, že by takový soud chtěl využít pro vzkazy teroristům. Tento případ demonstruje, že zatímco média odmítají kodex, v individuálních případech jsou připravena spolupracovat s vládou v extrémních situacích, a to případ od případu. Sandra Baron dále konstatovala, že přijetí zmiňovaného kodexu by bylo proti prvnímu dodatku americké ústavy. Účastníci se v této otázce shodli, že není účelné média podrobovat takové míře regulace, neboť veškeré textové i obrazové informace mohou být zveřejněny prostřednictvím sítě Internet, která je v podstatě neregulovatelná.

Diskutující zmiňovali případy, kdy byli jejich klienti drženi dlouhé měsíce ve vazbě bez i jen vznesení obvinění či možnosti setkat se se svým advokátem. Dále bylo konstatováno, že od určité doby se vyskytuje tzv. faktor Newsweeku, který vede editory k větší odpovědnosti. Faktorem Newsweeku jsou chápány nepokoje v některých muslimských zemích, které nastaly poté, co tento časopis zveřejnil nepřesné informace o věznicích v zátoce Guantanamo. Novináři jsou od té doby velmi opatrní při informování o kontroverzních tématech, která by mohla mít obdobný následek. Gail Hamby z australského vydavatelství John Fairfax řekl, že novináři, se kterými spolupracuje, vždy zvažují následky publikování obrazových zpráv, které znázorňují popravu či mučení, a to i přes to, že v Austrálii je nízká míra regulace takových zpráv. Není to

proto, že tak přikazuje zákon, ale proto, že mají pochopení pro své čtenáře. Náklad publikací, které přinášejí obrazové zprávy z takových událostí, totiž vždy poklesne. Rozhodování médií o tom, zda se budou určité zprávy publikovat na principu posuzování případu od případu závisí na tom, zda média věří své vládě. Vláda může mást média tím, že určité problémy, které vydává za otázky života a smrti, jsou ve skutečnosti otázkami politických potíží vlády. Americký delegát rovněž označil skutečnost, že všichni šéfredaktoři amerických deníků jsou agenti tajných služeb, za cestu vedoucí k omezení svobody slova. Z tohoto důvodu např. při informování o irácké krizi, nebylo nikdy referováno o krizi iráckého lidu. Poskytování informací by nemělo být omezeno či zakázáno; systémem brzd a rovnováhy by mělo být veřejné mínění. Vždy, když se jedná o očividné nebezpečí, mělo by být standardní, aby média jednala odpovědně. Novináři musí být odpovědní, ale zároveň trochu cyničtí, což je poněkud choulstivé, neboť novinář nikdy nezná celou pravdu.

Sandra Baron zdůraznila, že obzvláště zákeřný je přístup vlády USA při represii novinářů referujících o vládních akcích, kdy je jim přičítáno, že jsou odpovědní za negativní obraz USA na Středním východu. Řekla, že potlačování zpráv o válečných zločinech a jiných protiprávních jednáních je nemyslitelné.

Delegáti dále diskutovali na téma efektu protiteroristické legislativy jako je např. americký „Patriot Act“ na mediální průmysl. Dle tohoto zákona je možno uzavřít třebaš i určité knihovny či prověřovat uživatele takové knihovny. Pokud je podle tohoto zákona podána obžaloba, podléhá taková skutečnost utajení. Obdobný zákon v Austrálii dokonce umožňuje řediteli zpravodajské služby rozhodovat o vazbě podezřelého. Spornou otázkou je dále ochrana zdroje. V USA tato ochrana existuje pouze tehdy, je-li to v zájmu společenské potřeby. Na základě poskytnutí ochrany zdroje je v současné době v USA 12 novinářů uvězněno, z nichž nejznámější je případ Judy Miller.

Na závěr bylo vyjádřeno určité znepokojení nad tím, že občané jsou sice ochotni obětovat část svých svobod výměnou za svou větší bezpečnost, ale často nejsou o rozsahu těchto omezení informováni. Veřejnost není informována ani o předběžných opatřeních, které vlády vydávají za účelem zákazu publikování určitých informací, ani o utajených soudních procesech. ■

výroční konference IBA

Sekce: **Cestování a volný čas****„Dynamic packaging“ při prodeji zájezdů po síti Internet**

JUDR. VLADIMÍR SZABO

Dne 28. 9. 2005 se uskutečnil v Kongresovém centru v Praze v rámci Výroční konference IBA v komorní atmosféře (5 delegátů a 10 posluchačů) seminář zaměřený na „dynamic packaging“ v cestovním ruchu na síti Internet.

Tato problematika se týká prodeje více služeb v rámci cestování zároveň (např. letenka, ubytování, půjčovna vozidel aj.). Jedná se o to, že pokud si objedná klient cestovní kanceláře více než jednu službu a zaplatí jeden účet, má pouze jednoho partnera a jedná se tedy o tzv. „dynamic packaging“. Hlavní problematika semináře byla zaměřena na ochranu práv a zájmů klienta objedávajícího si služby v oblasti cestovního ruchu přes síť Internet. Kdo je ve vztahu ke klientovi zodpovědný, pokud nastane jakýkoliv problém či klient není se službou spokojen? Přímě

provozovatel serveru prodávající zájezdy jako „balíček“, nebo jednotliví prodejci služeb (hotel, doprava, půjčovna)?

V posledních několika letech nastal ohromný nárůst objednávání zájezdů po síti Internet. Například ve Spolkové republice Německo byl v loňském roce obrát při prodeji zájezdů přes Internet okolo 500 mil. eur, což činilo 40 % z celkem prodaných zájezdů. Jednalo se meziroční růst 120 % a nárůst počtu skutečně objednaných zájezdů o 275 % meziročně. Lze očekávat další masivní růst až do roku 2015.

Objednávání zájezdů po síti Internet má výhodu zejména v jednoduchosti, rychlosti, komfortu a zejména stále aktuální nabídce v reálném čase. Klienti se nejvíce dotazují na destinace, ubytování a leteckou dopravu. Mezi nevýhody patří neosobní přístup, nejistá platba, možné zneužití dat klientů či kreditní karty při platbě.

Dalším problémem prodeje zájezdů po síti Internet je identifikace osoby, která si zájezd skutečně objednala. Ve světě chybí obecný standard pro e-commerce (elektronické obchodování). Některé země, jako například Kanada, stát Ontario, testují systém 8 povinných principů a etických kodexů při obchodu na síti Internet a očekávají, že by se následně tento systém mohl rozšířit nejen po Americe, ale i do Evropy a celého zbytku světa. Pro více informací lze doporučit www.tico.on.ca.

Právní úprava této problematiky je v rámci EU řešena již delší dobu, i když v době vzniku Direktivy „The Package Travel Regulation“ z roku 1992 se patrně nemohlo jednat o „dynamic packaging“ na síti Internet.

Dále zástupkyně sdružení VIR (Verband Internet Reisevertrieb) prezentovala systém, jaký funguje již několik let v Německu, kde jedním z největších prodejců zájezdů po síti Internet v rámci „Dynamic packaging“ je server www.expedia.de. Tento server velmi dbá na spokojenost svých klientů a zavedl pro zvýšení komfortu klienta zdarma nabídku zorganizování a provedení arbitráže mezi prodejci zájezdu a klientů sdružení VIR.

Na závěr proběhla rozsáhlá diskuse na téma co ještě je a již není „dynamic packaging“.

Obecně lze shrnout, že téma tohoto semináře je v současné době nadmíru aktuální v celosvětovém měřítku a pro ochranu práv a oprávněných zájmů klientů pořizujících si svou dovolenou za využití sítě Internet by bylo vhodné, nejen v rámci Evropské unie, ale celosvětově, stanovit jasná a závazná pravidla pro poskytování těchto služeb. To, že se tato problematika týká i České republiky, prokazuje i velké množství společností, které se prodejem zájezdů po síti Internet zabývají. Mezi největší prodejce v České republice patří společnost Nettravel.cz s. r. o. (www.nettravel.cz) a společnost INVIA. ■

Sekce: **Řešení sporů (soudní řízení)****Dohody o výlučné příslušnosti soudu: učiní Haagská úmluva pro mezinárodní soudní řízení to, co přinesla Newyorská úmluva řízení rozhodčím?**

JUDR. ALEŠ PEJCHAL

Nad tématem obsaženým v názvu se dne 26. září 2005 sešla v Kongresovém centru v Praze v rámci Mezinárodní konference IBA silná sestava přednášejících a asi dvě stě účastníků živě diskutujících jak v sále, tak v kuloárech.

Tuto část konference řídili pánové Michael

Polonsky, partner kanceláře Berwin, Leighton, Paisner z Londýna ve Velké Británii a Joe Sepulchre, partner kanceláře Liederke – Wolters – Waelbroeck – Kirkpatrick z Bruselu v Belgii. Přednášejícími byli pan Dr. Gottfried Musger, soudce odvolacího soudu z Grazu v Rakousku, paní prof. Dr. Catherine Kessedjian z Université Panthéon-Assas-Paris II, z Paříže ve Francii, pan David Joseph QC, z Essex Court Chambers z Londýna ve Velké Británii a pan Young Hill Liew, partner kanceláře Woo Yun Kang Jeong & Han ze Soulu v Jižní Koreji. Přednášku nepřítomného pana Davida Levy, partnera kanceláře Fullbright & Jaworski z Houstonu v Texasu ve Spojených státech amerických na téma „Právní úprava uznávání a výkonu rozhodnutí“ se svými poznámkami přednesla paní prof. Kessedjian.

Úvod obstaral pan Michael Polonsky, který

připomněl, že Haagská úmluva o smluvním výběru soudů byla podepsána členskými státy Haagské konference o Mezinárodním právu soukromém dne 30. června 2005. Zrod této úmluvy je dán rozhodnutím Zvláštní komise Haagské konference z června 1994, kdy bylo započato s pracemi nad myšlenkou uznávání a výkonu rozhodnutí cizích soudů ve věcech občanskoprávních a obchodních. Zdůraznil, že Haagská úmluva přináší pro státy, které ji budou ratifikovat, tři závazky pro jejich soudy:

- smluvně vybraný soud je povinen rozhodnout spor
- všechny ostatní soudy jsou povinny odmítnout rozhodování
- rozhodnutí vybraného soudu musí být uznatelné a vykonatelné soudy v ostatních členských zemích.

Závěrem svého přednesu pak pan Michael Polonsky uvedl, že text úmluvy se nachází na

výroční konference IBA

webových stránkách www.hcch.net a představil jednotlivé přednášející.

První přednášející pan Gottfried Musger v úvodu, ve kterém rovněž hovořil jako jeho předřečník o historii vzniku Haagské úmluvy, zajímavě rozdělil diskutované okruhy stanovení působnosti úmluvy do tří kategorií:

- „bílý seznam“, to je obecně uznáný okruh působnosti, kdy soud by byl povinen přijmout spor a jeho rozhodnutí by bylo uznáváno a vykonáváno smluvními státy,
- „černý seznam“, naopak v tomto okruhu by úmluva nemohla působit a soudy členských států by neuznávaly a nevykonávaly rozhodnutí soudů cizích států,
- „šedá zóna“, kdy by sice působnost národního práva členských států nevylučovala použití úmluvy, ale z různých důvodů by nebylo možné dovolit si uznávat a vykonávat rozhodnutí podle úmluvy.

V další části přednášky pan Gottfried Musger zdůraznil tři základní pravidla, která jsou podmínkou toho, aby výběr soudu dle úmluvy byl efektivní a hlavně vůbec uskutečnitelný:

- vybraný soud, kterému je případ předložen, se jím musí zabývat (článek 5 úmluvy)
- jakýkoli jiný soud, kterému byl případ předložen, musí odmítnout se jím zabývat (článek 6 úmluvy),
- rozhodnutí vybraného soudu musí být uznáváno a vykonáváno tak široce, jak je to jen možné (článek 8 úmluvy).

Tato základní pravidla mohou být podle Haagské úmluvy aplikována pouze na

- mezinárodní případy (článek 1 úmluvy),
- takové, které spadají do působnosti úmluvy (články 1 a 2 úmluvy) za předpokladu, že soud byl výlučně vybrán smlouvou mezi účastníky případu (článek 3 úmluvy),
- a smlouva byla uzavřena poté, kdy úmluva vešla v účinnost jak ve státech účastníků smlouvy, tak ve státě vybraného soudu (článek 16 úmluvy).

Gottfried Musger se podrobně zabýval základními pravidly i jejich aplikací, včetně omezení a výjimek, a rozbořem jednotlivých, k nim se vztahujících ustanovení Haagské úmluvy.

V závěru řekl, že nyní je Haagská úmluva

otevřena k podepsání, ratifikaci a přistoupení. Vyjádřil přesvědčení, že první pozitivní podpis některého z „klíčových hráčů“ (tj. 1. USA, 2. Japonsko, Kanada, Austrálie, Korea, 3. Čína, Rusko, 4. Evropská unie) dá znamení dalším státům k následování příkladu. Stejně jako pan Michael Polonsky před ním uvedl, že pakliže bude Haagská úmluva signována větším počtem států, stane se pro mezinárodní soudní řízení tím, čím je Newyorská úmluva pro arbitráž.

Dalším řečníkem byla paní Catherine Kessedjian, jež v této první části konference přednesla příspěvek, jenž byl zpracován panem Davidem Levy. V úvodním konstatování o dlouhé a výsledně kompromisní diskusi ohledně Haagské úmluvy byla použita pro dokreslení situace originálně citace z jedné písně od Rolling Stones. Volně přeloženo se v ní zpívá : „*Nemůžeš vždycky dostat, to co chceš, ale když někdy zkusíš právě toto hledat, dostaneš, to co potřebuješ.*“

Přednáška pak byla zaměřena především na pravidla uznávání a výkon rozhodnutí cizích soudů. S odkazem na článek 8 úmluvy byla jako klíčový princip označena reciprocita soudů smluvních států a zároveň vůle (rozhodnutí) uznávat a vykonávat v rámci působnosti a podle jednotlivých ustanovení úmluvy.

V další části se přednášející soustředila na důvody v úmluvě uvedené v článcích 9 a 15, odmítnutí uznání a výkonu rozhodnutí cizích soudů. Především byla zmíněna otázka odmítnutí uznání a výkonu rozhodnutí cizího soudu z důvodů veřejného zájmu ve státě dožádaného soudu. Takovéto odmítnutí je možné pouze v případech zřejmě neslučitelnosti s veřejným zájmem dožádaného státu [článek 9 písm. e) úmluvy]. Úmluvou výslovně zmíněný případ hovoří o neslučitelnosti základních principů procesní spravedlivosti mezi státem soudu původu (jenž vydal rozsudek) a státem soudu dožádaného (jenž má tento cizí rozsudek uzнат a vykonat).

Po probírání řešení předběžných otázek, které jsou důvodem pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodnutí cizích soudů (článek 10 úmluvy), byly vyjmenovány dokumenty a postupy vyžadované pro uznání a výkon rozhodnutí (článek 13, 14 a 18 úmluvy).

V závěru paní Catherine Kessedjian shrnula pět základních principů pro uznávání a výkon rozhodnutí cizích soudů v rámci působnosti úmluvy:

- 1) rozsudky z jiných smluvních států jsou obvykle předkládány na základě reciprocity
- 2) přezkoumávání základu (meritu) případu není možné
- 3) rozhodnutí nemůže mít větší účinek v cizině, než má ve státu původu
- 4) soud je oprávněn odmítnout uzнат a vykonat cizí rozhodnutí v případech, že v rozhodnutí byla dlužníkovi upřena možnost účinně se bránit nebo by se rozhodnutí dotýkalo záležitosti veřejného zájmu
- 5) procesní pravidla uznání a výkonu rozhodnutí státu původu jsou ve velkém rozporu s místním právem dožádaného státu.

Po diskusi, která následovala a měla spíše charakter otázek z pléna na přednášející než výměny názorů a stanovisek, byla ukončena první část konference.

Po přestávce zahájil jednání konference pan Joe Sepulchre pouze zdvořilostním úvodem, ve kterém představil další přednášející.

Téma pana Young Hill Liew – Haagská úmluva a elektronické obchody – se mohlo na první pohled jevit jako zajímavé, ale v době, kdy k ratifikaci úmluvy zbývá ještě mnoho kroků, byl jeho příspěvek poněkud předčasný. Především judikatura jednotlivých soudů se bude muset vypořádat s problematikou elektronických transakcí „business – to – business (B2B)“ na straně jedné a „business – to – consumer (B2C)“ na straně druhé.

Lze však s panem přednášejícím souhlasit, že Haagskou úmluvu je možno považovat za výsledek velikého množství času a úsilí, který může posunout vpřed globální společnost, jež (dle něho) touží po dalším právním rámci (jiném, než je Newyorská úmluva), jenž by povzbudil mezinárodní obchodní transakce, včetně elektronických obchodů.

Pan David Joseph se zabýval oblastí typickou především pro angloamerické právo, a to tzv. nekompensační náhradou škody, a to náhradou škody exemplární – výstražnou, popř. trestající.



výroční konference IBA

Vysvětlil, že kompenzační náhrada škody představuje pro žalobce náhradu takové škody, jež mu byla způsobena protiprávním jednáním žalovaného. Na rozdíl od toho nekompenzační náhrada škody má v sobě obsažen jiný účel a tím je obvykle potrestání žalovaného za jeho protiprávní jednání a má sloužit jako prostředek s odstrašujícím účinkem.

Přednášející uvedl, že s výstražnými náhradami škody obsahujícími v sobě trest se setkáme nejčastěji v právu Spojených států amerických, především při porušení ustanovení předpisu o korupci (tzv. RICO statut). Soudy ve Spojených státech amerických relativně často přiznávají výstražné nebo mnohonásobně zvýšené (oproti prosté kompenzaci) náhrady škody, v případech protiprávního jednání, tedy v případech tzv. tort law, tj. v případech mimosmluvních civilních deliktů. V těchto případech však pan David Joseph plédoval pro využití článku II Haagské úmluvy a tyto rozsudky by dle něho neměly dožádané soudy uznávat a vykonávat.

Pokud jde o anglické právo odkázal především na Sněmovnu lordů, která ve věci Addis proti Gramophone Co Ltd stanovila, že výstražné či trestající náhrady škod nejsou obecně přípustné v souvislosti s porušením smlouvy. Australské, novozélandské a kanadské soudy se prozatím touto otázkou nezabývaly.

Dále se zabýval smlouvami o pojištění a připojištění. V souvislosti s nimi zdůraznil, že

použití článku II Haagské úmluvy je na volném uvážení soudu a není tudíž povinné. Navíc při zkoumání rozsudku, pokud jde o náhradu škody, je zjistitelné, která část je náhradou škody kompenzační a která již mnohonásobně zvýšenou či trestající náhradou škody.

Závěrem uvedl, že dopad článku II Haagské úmluvy, tedy že dožádaný soud po svém volném uvážení neuzná a nevykoná rozsudek obsahující rozhodnutí o výstražné či trestající náhradě škody, bude zřejmý především ve vztahu k takovýmto rozsudkům ze Spojených států amerických.

Rovněž k tomuto vystoupení lze učinit poznámku, že na nastíněné problémy nám dá odpověď, v případě ratifikace Haagské úmluvy, teprve rozsáhlejší judikatura jednotlivých soudů, které budou ve smyslu článku II Haagské úmluvy rozhodovat o uznání a výkonu rozhodnutí cizích soudů.

Posledním přednášejícím byla paní Catherine Kessedjian, když již hovořila sama za sebe. Její vystoupení bylo poměrně krátké, ale značně zásadní v otázkách především právně-společenských, resp. právně-filozofických. Porovnávala Haagskou úmluvu s Newyorskou úmlouvou z hlediska působnosti těchto úmluv [čl. 9 písm. ii) Haagské úmluvy a článek 7 Newyorské úmluvy]. V této souvislosti pak položila řečnickou otázku, kde a kdy se lze odvolat na veřejný zájem [článek 6 písm. c) Haagské úmluvy] při aplikaci Haagské úmluvy

a jak vlastně veřejný zájem definovat (jako termín Haagské úmluvy). V závěru se pak dotkla otázky suverenity jednotlivých států, když problém jí nedělalo rozhodnutí „soukromého“ rozhodce a jeho uznání a výkon v jednotlivých členských státech Newyorské úmluvy, ale stejné uznání a výkon rozhodnutí „veřejného“ soudu cizího státu v jednotlivých členských státech Haagské úmluvy, pokud bude ratifikována.

Závěrečná diskuse byla živá a pravděpodobně i díky paní Catherine Kessedjian a jejímu druhému vystoupení obsahovala více názorů a stanovisek než diskuse před přestávkou. Ze všech příspěvků z pléna byla asi nejzajímavější (opět řečnická) otázka jednoho z amerických kolegů – v čím zájmu byla Haagská úmluva podepsána? Od přednášejících zazněla ústa pana Gottfrieda Musgera odpověď, bohužel značně vyhýbavá, úmluva byla podepsána přece v zájmu všech států, které ji podepsaly.

Tato odpověď však přesně charakterizuje současný stav před případnou ratifikací Haagské úmluvy. Teprve praxe a judikatura soudů po ratifikaci ukáže, zda touto úmlouvou došlo k výraznému kroku v rámci globalizace jednotlivých právních systémů, zda je tento krok pro lidstvo užitečný a zda si Haagská úmluva nalezne stejně významné místo v mezinárodním soudním řízení jako již neoddiskutovatelně má Newyorská úmluva v řízení rozhodčím. ■

Sekce: Řešení sporů

Advokátní výsady a profesní tajemství



JUDR. MILAN KYJOVSKÝ

V rámci Sekce řešení sporů diskutovali advokáti ze Švýcarska, Francie, Argentiny, České republiky, Švédska, USA a Indie otázky, jak jsou ve kterých jurisdikcích upraveny otázky povinnosti mlčenlivosti a tzv. advokátních výsad a profesního tajemství. Zvláštní zřetel při diskusi hrálo stanovisko podnikových právníků (tzv. in-house lawyers), vzhledem k tomu, že v anglosaské oblasti jsou členy advokátních komor i „zaměstnaní právníci“. (V těchto jurisdikcích ovšem neexistuje jednotný zákoník práce, který nerozlišuje mezi profesí kopáče a zaměstnaného právníka či bankovního ředitele, takže do chápání nezávislosti advokáta v anglosaském smyslu se podle speciálních zaměstnaneckých

zákonů té či které země dobře vměstná i advokát.)

Kolegové rozlišovali a diskutovali zejména následující kategorie a mantinely, ve kterých se advokátní výsady a profesní tajemství pohybují.

Prameny právní úpravy advokátních výsad a profesního tajemství

Od přesné pozitivní úpravy v trestním zákoně a etických kodexech po obvykle a zvyklosti – co je chráněné – buď veškerá znalost právníka písemná a ústní o případu jeho klienta nebo jen tzv. důvěrná komunikace mezi klientem a advokátem a výsledná konkrétní právní rada písemná či ústní. V některých jurisdikcích je tak chráněna jakákoli informace, která je předávána prostřednictvím advokáta, jinde jen ta informace, kterou právník fakticky vytvoří a nikoli jen zprostředkuje.

Kdo může zprostit advokáta povinnosti mlčenlivosti – klient může zprostit advokáta povinnosti mlčenlivosti, anebo jinde toto právo klient nemá, v zájmu klienta se může povinnosti mlčenlivosti dovolat i proti vůli klienta. Někde se povinnost mlčenlivosti ve smyslu nepoužitelnosti důkazů v řízení vztahuje i na listiny, které advokát vytvořil a ty se dostaly

do držení klienta, pokud advokát s jejich použitím nesouhlasí.

Vázanost třetích stran povinností mlčenlivosti, případně nepoužitelnost listiny třetími stranami v řízení – buď je informace či listina důvěrnou pouze tak dlouho, než se bez přičinění třetí strany stane veřejně známou, anebo třetí strana i v případě, že je informace veřejně známa, není oprávněna ji použít, pokud představuje důvěrnou informaci krytou profesní výsadou.

Prolomení profesní výsady rozhodnutím soudů – buď jsou advokát a klient postaveni naroveň, tedy ani klient není povinen vydat listinu či svědčit o skutečnostech, které tvoří předmět chráněný profesní výsadou, anebo má advokát privilegované postavení v tom smyslu, že nemusí vydat listiny, ani svědčit, avšak klient tuto povinnost má, tak jak je tomu typicky v českém právním řádu.

Vztahuje se profesní výsada rovněž na „podnikové“ právníky? Ve většině zemí se na podnikové právníky profesní výsada nevztahuje, a to i v případě, že složili advokátní zkoušky. V několika málo zemích jsou podnikoví právníci bráni advokáty naroveň (většinou jsou však vlastně advokáty, neb jsou členy komory, byť se speciálním statutem).

Možnost advokátní komory či jiného orgánu prolomit profesní výsadu:

výroční konference IBA

Ve většině zemí rozhoduje o prolomení profesní výsady pouze klient a advokát, v některých zemích, např. kupodivu ve Švýcarsku, může teoreticky advokátní komora zbavit advokáta povinnosti mlčenlivosti.

Mezinárodní prvek a cizí profesní výsady před domácími soudy: Profesních výsad, které jsou obvyklé v zemi, kde vznikly, se mohou někde dovolávat advokáti i před soudy v jiné zemi. Obvykle se však jedná o velmi spornou otázku se snahou soudů a orgánů podřídit otázku profesní výsady i při multiprávních vztazích domácímu právnímu pořádku.

Částečné nechtěné prolomení profesní výsady a její důsledky: V některých jurisdikcích, pokud se informace bez úmyslu advokáta stane veřejně známou, ztratí svoji profesní výsadu a nadále již není možné dovolávat se profesní výsady povinnosti mlčenlivosti, ani práva nevydat listiny. V jiných jurisdikcích trvá tato profesní výsada i nadále a dokonce nechtěně bez vůle stran odhalené

informace spadající do profesní výsady nelze použít v řízení.

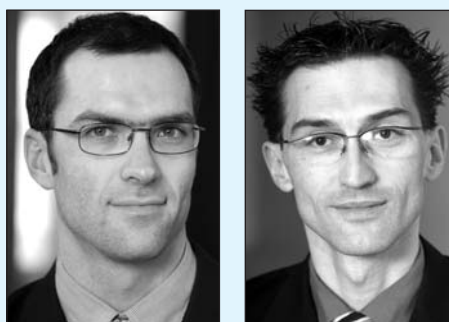
Povinnosti kolegiální: V některých jurisdikcích nemůže advokát protistranu použít informace, které získal v rámci pokusů o mimosoudní vyřízení věci jednáním s protistranou, pokud se jedná o informace tvořící profesní výsadu a jde o interní rozbor, návrhy a stanoviska advokáta protistrany a jeho klienta. Použití takovýchto informací zakládá kárnou odpovědnost advokáta.

Z výše uvedeného je zjevné, že otázka profesních výsad jsou v České republice možná nepatříčně omezeny na pouhé privilegium mlčenlivosti, zatímco v jiných zemích, zejména anglosaských, je privilegován i vztah mezi advokátem a klientem a rovněž klient může mít výhodu z toho, pokud některé informace, listiny apod. ukládá u advokátů, neb povinnost mlčenlivosti je chápána v širším slova smyslu jako absolutní profesní výsada na úrovni zpovědního tajemství starého typu. V některých

jurisdikcích dokonce advokát nemá ani povinnost zabránit páčání trestného činu, o jehož plánování se v souvislosti s poskytováním právní pomoci dozvěděl, a to ani kvalifikovaného těžkého zločinu jako podle českého trestního zákoníku.

Z jednání vyplynulo, že většina advokátních komor a advokátů chce hájit tradiční profesní výsady, a to i proti módním útokům proti těmto výsadám pod líbivými hesly zabránění praní špinavých peněz a boje proti terorismu, neboť ve většině zemí lze vypozařovat snahu státních orgánů podřídit pod těmito záminkami i profesní komory svému možnému dohledu. Bohužel právě typicky v anglosaských zemích, které užívaly nejvyšší profesní výsady, nejsou příliš velké historické zkušenosti s útoky na profesní výsady, takže citlivost na rozlišení, kdy se jedná o oprávněné prolomení profesní výsady a kdy o plíživé „zglajchšaltování“ advokacie s jinými nevýsadními profesemi, je dle mého názoru poněkud snížena. ■

Sekce: Právo energetické, životního prostředí, přírodních zdrojů a infrastruktury Veřejné zakázky



ING. MGR. PETR SLACH
MGR. ANTONÍN KAZDA

V úterý 27. září 2005 se konalo celodenní diskusní fórum ve Výboru pro sekci **Veřejné zakázky**. Organizačně se fórum členilo na dopolední a odpolední blok.

Dopolední blok nazvaný „Úvod do problematiky veřejných zakázek“

společně moderovali pánové Bennet Silverman, advokát z právní kanceláře Katz Wittenberg Levine & Silverman z New Yorku a pan Tore Wiwen-Nilsson. Moderátoři společně s pěticí řečníků byli sice zpočátku v drobné početní převaze nad posluchači, ale záhy se počet posluchačů se zájmem o tuto problematiku rozrostl na více než dvacet.

Prvním řečníkem dopoledního bloku byla paní Caroline Nichols z UNCITRAL, Vídeň (www.uncitral.org). Referovala především o stavu příprav nové vzorové, a tudíž mezinárodně nezávazné, právní úpravy veřejného obstarávání („*Model Procurement Law*“), která by nahradila obdobný nezávazný kodex z roku 1993. Hlavní ambicí nové modelové úpravy je napomoci otevření trhu veřejného zadávání a zajistit tak efektivní

vyakládání veřejných prostředků s maximalizací dosahovaného užítu (tzv. „*Value for Money*“). Klíčovými nástroji je vytvoření a posilování soutěžního prostředí, důsledná aplikace zásad transparentnosti, spravedlivého zacházení a rovného postavení účastníků. Upřednostňuje se otevřené (výběrové) řízení s rozumně podrobnou specifikací předmětu plnění, řádnou publicitou a bezpodmínečnou transparentností při stanovení hodnotících kritérií a při jejich aplikaci. Určitá pochyba přetrvává o vhodnosti, resp. roli, jakou by mělo sehrát případné vyjednávání mezi zadavatelem a účastníky řízení. Nová modelová úprava rovněž reflektuje vývoj v sektoru elektronických komunikací a nově upravuje též postupy pro elektronické podávání nabídek, elektronické aukce, či dynamické zadávací systémy. Další užitečné informace jsou k dispozici na webové stránce UNCITRALu, pod hlavičkou „*Working Group I – Procurement*“.

Druhým řečníkem dopoledního bloku byl pan Richard Weber, advokát z právní kanceláře Arent Fox z Washingtonu D. C, USA (www.arentfox.com). Hovořil o aktuální právní úpravě zadávacích řízení v případech, kdy zadavatelem je instituce federální vlády (tzv. „*FAR*“ – *Federal Acquisition Regulation*). Hlavní principy této úpravy spočívají zejména v transparentnosti a integritě procesu zadávání, vytvoření soutěžního prostředí a v dostupnosti efektivního přezkumu úkonů zadavatele. Praktickými nástroji je standardizace vybraných obchodních podmínek a maximálně podrobná specifikace, až atomizace, předmětu plnění (za tímto účelem jsou zpracovány tzv. „*FSS*“ – *Federal Supply Schedule(s)*), aby se hlavním hodnotícím kritériem (alespoň u dodávek zboží) mohla stát cena. Ta je však často

doplňována též kritériem reflektujícím zkušenost, resp. míru spokojenosti s předchozím působením předmětného dodavatele. Zvláštní pozornost je věnována rozvoji malých a středních podniků (tzv. „*SME*“), popřípadě podnikům zaměstnávajícím pracovníky pocházející z menšin či ze sociálních skupin, na jejichž opětovné integraci je veřejný zájem, včetně Indiánů a válečných vysloužilců. Zadávací podmínky tak například nezřídka ukládají vítěznému dodavateli povinnost zajistit předem stanovenou část plnění subdodávkami od SMEs nebo podniků, které vytvářejí „chráněná“ pracovní místa.

Třetím řečníkem dopoledního bloku byla paní Francoise Bentchikou ze Světové banky (www.worldbank.org). V souvislosti s veřejným obstaráváním u projektů, na jejichž financování se Světová banka podílí, hovořila zejména o principech transparentnosti, nediskriminace, rovného přístupu a zacházení, jejichž uplatnění se často zakotvuje již do vlastní úvěrové dokumentace. Logicky tak predeterminují i vlastní zadávací řízení. S ohledem na posluchače zdůraznila význam včasné účasti právníků v zadávacích řízeních a jejich odpovědnost nejen v procesu analýzy zadávací dokumentace a prvotní identifikace možných právních úskalí výběrového řízení a případného plnění předmětu zakázky, ale též v následné, zpravidla týmové, činnosti směřující k bezvadnému zpracování nabídky a jejímu řádnému podání v souladu s pravidly výběrového řízení. Přiblížila praxi Světové banky, která si nezřídka u jí financovaných projektů vyhrazuje právo seznámit se s připravovanou zadávací dokumentací a instrukcemi pro účastníky zadávacího řízení

výroční konference IBA



a posoudit objektivitu hodnotících kritérií a důvody, kterými zadavatel opodstatňuje své rozhodnutí o přidělení zakázky. Upozornila též na požadavek vyloučit či minimalizovat negociaci mezi zadavatelem a dodavateli v zadávacím řízení, nepřipouštět změny nejen v nabídkách po jejich podání, ale ani ve smluvní dokumentaci uzavřené s vítězným účastníkem zadávacího řízení.

Čtvrtým řečníkem dopoledního bloku byl pan John Gayston, advokát z právní kanceláře Eversheds LLP, který působí v Bruselu (www.eversheds.com). Referoval zejména o vybraných otázkách nového regulačního rámce, který je pro oblast veřejných zakázek zakotven ve Směrnici 2004/17/EC a 2004/18/EC. Tyto Směrnice jsou výsledkem téměř desetiletého úsilí a předchozí, namnoze značně fragmentovanou úpravu nahrazují ucelenou sadou pravidel jednak pro veřejné zadavatele obecně, jednak pro tzv. zadavatele síťové. Členské státy EU mají povinnost tyto Směrnice transponovat do 31. ledna 2006. Mezi novinky patří například možnost použít jako zadávací řízení i tzv. „soutěžní dialog.“ Je relevantní zejména v případech zakázek se zvláště složitým předmětem plnění. Zadavateli by měl v součinnosti s dodavateli napomoci stanovit postupy a prostředky, s jejichž použitím se nejlépe dosáhne sledovaného cíle. Usiluje se tedy o nalezení jednoho nebo více vhodných řešení předmětu veřejné zakázky. Tento koncept vychází ze zkušeností s PPP (tzv. „Public Private Partnership“) projekty ve Velké Británii. Směrnice ponechávají členským státům poměrnou volnost při jejich implementaci, a to zejména v oblastech vymezení věcné působnosti národní úpravy, stanovení role subdodavatelů, zásad pro použití rámcových smluv anebo soutěžního dialogu. Z působnosti nové úpravy mezi síťovými zadavateli byli vyňati poskytovatelé služeb elektronických komunikací, na jejich místo však nastoupili poskytovatelé poštovních služeb.

S problematikou veřejných zakázek blíže souvisí i problematika koncesních smluv, koncesních řízení a PPP projektů, o nichž se vede intenzivní diskuse. Lze proto se zájmem očekávat, jakou zkušenost s aplikací národních úprav veřejných zakázek a s realizací PPP projektů přinesou již úvodní měsíce roku 2006.

Pátým a posledním řečníkem dopoledního bloku byl pan Marek Šlégr z Ministerstva průmyslu a obchodu České republiky (www.mpo.cz). Věcně navázal na svého předrečníka a poskytl plastickou deskripci stávající české úpravy veřejných zakázek obsažené v zákoně č. 40/2004 Sb. Uvedený zákon nabyl účinnosti k 1. květnu 2004, ale jelikož 30. dubna 2004 byly v Úředním věstníku EU publikovány Směrnice 2004/17/ES a 2004/18/2004 (s povinností transponovat je do 31. ledna 2006) bylo zřejmé, že jde o normu s omezenou časovou působností. Zmiňovaná česká úprava odstranila již značně kritizované zvýhodnění tuzemských zadavatelů. Mezi další pozitiva patří zejména zavedení eurokonformních zadávacích řízení (přičemž již v roce 2004 bylo 85 % veřejných zakázek zadáno v otevřeném řízení), sloučení komise pro otevírání obálek a komise pro hodnocení nabídek a zpřesnění metodiky pro hodnocení nabídek. Na druhé straně však také došlo k rigidní úpravě i tzv. podlimitních zakázek, čímž byl například překročen rámec úpravy obsažený v transponovaných směrnici ES. V současné době je však již v Poslanecké sněmovně Parlamentu České republiky projednáván vládní návrh nového zákona o veřejných zakázkách, jehož účinnost by měla nastat k 1. lednu 2006, nejpozději však do 31. ledna 2006.

Odpolední blok vystoupení sekce *Veřejné zakázky* byl nazván „**Nové směry ve veřejných zakázkách: jak dál.**“ Ve dvou částech moderovaných paní Jayou Sharma ze společnosti 4N Consultants Inc z Wisconsinu v USA a paní Lisou Miller z advokátní kanceláře Arent Fox LLC z Washingtonu

D. C. vystoupilo celkem pět řečníků, včetně představitel české odborné veřejnosti. Počet posluchačů proti dopolední trochu klesl.

Prvním řečníkem odpoledního bloku byl pan Jan Sixta z CZECHINVESTu (www.czechinvest.cz). V brilantně připravené prezentaci hovořil o přípravě nového zákona o zadávání veřejných zakázek v České republice a snaze jeho autorů absolutně harmonizovat české předpisy s předpisy v rámci Evropské unie.

Druhým řečníkem odpoledního bloku byl pan Richard Drummond z britské vládní Export Credit Guarantee Department z Londýna (www.ecgd.gov.uk). V poněkud technicistně-monotónní prezentaci referoval o poskytování finanční pomoci na vývoz produktů ze strany instituce, kterou reprezentoval. Jde o podporu vývozu ze zemí, jejichž produkty by jinak měly potíže s pronikáním na vyspělé trhy. Značná část vystoupení byla věnována porovnávání statistických údajů.

Třetím řečníkem odpoledního bloku byl pan Jaime Gray, advokát z přední peruánské právní kanceláře Abogados Consultores S. A., specializující se mj. na tzv. koncesní právo, tedy na smlouvy mezi veřejným a soukromým sektorem. Pan J. Gray hovořil o zkušenosti s veřejnými zakázkami v Peru a ostatních zemích Latinské Ameriky. Řekl, že v oblasti je problematická situace z hlediska politického vývoje a průhlednosti rozhodovacích procesů, nicméně vlády mají snahu situaci zlepšovat co do jasně definovaných pravidel a jejich vymáhání. Zmínil např. nesnáze se zajišťováním pitné vody v odlehlých oblastech země a nutnosti zapojení soukromého sektoru při budování vodovodní sítě, a to nikoli pouze angažováním soukromých společností při budování systému, ale dokonce ve spojení veřejných zakázek a privatizace.

Čtvrtým řečníkem odpoledního bloku byl pan George Rosenberg, advokát z právní kanceláře Shadbolt & Co. z Londýna (www.shadbolt.co.uk).

výroční konference IBA

shadboltlaw.com). Úvodem předeslal, že problémy veřejných zakázek zná z úzké oblasti stavebnictví, na které se v rámci práva specializuje. Zároveň je to ale jedna z klíčových oblastí, v níž se setkáváme s veřejnými zakázkami. Pan G. Rosenberg hovořil o výhodách veřejných zakázek a PPP projektů, především v oblasti budování silnic v odlehlých oblastech a zajišťování všestranné zdravotní péče. Tuto formu spolupráce podporuje i Evropská unie, a ve Velké Británii vedla k realizaci projektů, které by ve veřejnoprávní režii nebyly uskutečněny.

Pátým řečníkem odpoledního bloku byla opět paní Francoise Bentchikou ze Světové banky (www.worldbank.org). Hovořila o připravovaných pravidlech podpory projektů ze strany instituce, kterou zastupovala. Pravidla mají umožnit poskytování prostředků pro realizaci projektů v rozvíjejících se zemích, jež přitom nepatří mezi nejchudší státy světa. Pro možnost podpory projektů bude třeba splnit náročná kritéria, která jsou dnes diskutována komisemi v rámci Světové banky a budou předložena k připomínkám

jednotlivým zemím. Jejich konečného znění bude možnost dosáhnout jen cestou dlouhého jednání a kompromisu. Výsledek má zaručit využití prostředků Světové banky řádným a efektivním způsobem pro ekonomický růst rozvíjejících se částí světa. V sekci „**Veřejné zakázky**“ se představili velice zajímaví řečníci. Vzhledem k dostatečnému prostoru pro diskusi jak bezprostředně po jednotlivých příspěvcích, tak i během přestávek, byla pro nás účast na tomto fóru příjemným odborným i společenským osvěžením. ■



Sekce: Řešení sporů Stížnostní a disciplinární proces



JUDr. MILAN KYJOVSKÝ

Výbor pro záležitosti advokacie projednával srovnání vyřizování stížností a kárného řízení proti advokátům v různých jurisdikcích. Kromě různých formálních úprav stížnostního procesu, které jsou ve většině zemí víceméně obdobné (kárný žalobce, který vykonává některý z orgánů advokátní komory či orgán smíšeně složený z advokátů a soudců, rozhodování o kárné žalobě rovněž orgánem buď výlučně z řad advokátů či smíšeným z řad soudců, někde dokonce pouze z řad soudců vyšších soudů), zaujal níže podepsaného nový trend, který se snaží prosazovat kanadská a částečně australská advokacie, a to **odklon od inkvizičního principu kárné odpovědnosti a kárného**

řízení k moderačnímu a „smířujícímu“.

Zatímco tradičně evropské kontinentální advokacie včetně české bazírují na formálním přístupu ke kárnému řízení, které víceméně stěžovateli dává možnost stěžovat si a následně se dozvědět výsledek, když kárné řízení vykazuje určité paralely k řízení trestněprávnímu či přestupkovému, snaží se v Kanadě a nově i v některých jiných zemích přesunout k moderaci, tedy ke snaze vyřídit stížnost, která je mnohdy založena na nesprávné komunikaci mezi advokátem a klientem, „mimokárně“, a tedy sezvát stěžovatele i advokáta k jednání a dovést je k nějakému smíru, který je podle prezentovaných zkušeností **klienty více kvitován než akademické odsouzení advokáta** po uplynutí dlouhé doby, které již pro klienta neznámá plnou satisfakci.

Tato moderace se samozřejmě netýká hrubých porušení povinnosti advokáta až kriminálního charakteru, ale typických opomenutí, která mohla způsobit klientovi škodu, jakož i neobratné komunikace s klientem a jeho neinformování o vývoji jeho kauzy. O tento proces se mnohdy živě zajímají i pojišťovny profesní odpovědnosti, které rovněž vidí šanci snížit svoji možnou povinnost plnit v případě „mimokárně“ a v tomto důsledku pak i mimosoudní

dohody, pokud jde o náhradu škody, než při klasickém řízení soudním.

Bohužel tato inspirace již v současném zákonu o advokacii nebude moci být využita, avšak česká kontrolní rada a stížnostní oddělení by mohly i za existence stávajícího zákona vytipovat některé typické méně závažné kárné delikty (a výklad, co je méně závažné, je v rukou kontrolní rady, případně pléna kárné komise) a snažit se je vyřešit tímto mediálně vděčnějším způsobem. Ten by rovněž umožnil mediálně pozitivní prezentaci kárného řízení jako vyřízení stížnosti ke spokojenosti stěžovatele a nikoli negativně jako postižení advokáta v kárném řízení, aniž se de facto klient dočká potřebné satisfakce. Výše uvedené úvahy nijak nepodporují notorické stěžovatele a kverulanty, vůči kterým i zahraniční komory jednájí přísně.

Obecně je možná škodou, že se výroční konference IBA, jak bylo jinými příspěvateli popsáno na jiném místě, stala poněkud megalomanskou právníckou olympiádou snažící se postihnout všechny obory právní praxe i teorie a z části politiky, takže se lze nadít, že tak jako u olympiády bude počet disciplín nutno někdy seškrtnat a některé vyhradit na akce speciální, kde na zajímavá nadhozená témata bude mezi těmi, kteří se o ně budou zvláště zajímat, více času. ■