

I K NESTÁTNÍMU PRÁVU V MEZINÁRODNÍM OBCHODU, A NIKOLI JEN K NĚMU*

I.1 Změny v oblasti mezinárodního obchodu a jeho právní regulace

Cílem publikace je uchopení pozice a významu nestátních prostředků právní regulace využívaných mezinárodními obchodníky.¹ A to na pozadí současné globalizace ekonomických vztahů a s přihlédnutím k posunům, které tyto zaznamenaly v posledních desetiletích. Primárně je centrem naší pozornosti právní regulace závazkových vztahů mezi mezinárodními obchodníky tam, kde je využíváno jako právo rozhodné nikoli pozitivní právo konkrétního státu či států (v pozici unifikovaného práva), nýbrž různé prostředky či pravidla, souhrnně uváděné v akademické literatuře jako nestátní prostředky právní regulace, resp. jako soft law, nebo z pohledu doktrinárního označované termínem „*lex mercatoria*“ – právo mezinárodních obchodníků či transnacionální právo mezinárodních obchodníků. Zajímají nás jednotlivé nestátní prostředky tak, jak jsou aktuálně uchopeny kontraktační a rozhodovací praxí; zajímají nás doktríny pracující s těmito nestátními prostředky a zejména pro sféru aplikační mající zásadní význam v jejich uchopení. S tím souvisí vlastně i hodnocení pozice tzv. soft law v oblasti vztahů mezi mezinárodními obchodníky. Terminologicky se překrýváme s pojmy uvedenými na prvním místě – nestátní prostředky právní úpravy a *lex mercatoria* (resp. jev označený dalšími pojmy jako jsou transnacionální právo platné mezi mezinárodními obchodníky, právo mezinárodních obchodníků atd.). Samozřejmě ne zcela. Soft law je termín širší, využívaný v řadě dalších oblastí a neomezuje se jen na oblast mezinárodního obchodu. A neomezuje se jen na prostředky mající

* Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of International and European Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: 1860@muni.cz / ORCID: 0000-0002-8907-2718 / Scopus ID: 57206698880

¹ Samozřejmě, nestátní právo existuje v dalších oblastech. A i tam jsou rozvíjeny koncepty hodnotící nejenom jeden dílčí prostředek, ale hodnotící celý systém pravidel. Objevují se termíny jako *lex sportiva*, *lex informatica*, *lex technica* a další. Blíže k těmto otázkám včetně literatury: ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 222–229.

„normativní potenciál“.² Ještě jeden termín, který používáme, je vhodné uvést. Jde o termín „právní pravidla“ – „rules of law“ – oproti termínu „právo či právo státu“. V již zmíněné anglické verzi jde o termín, který tradičně např. v legislativních aktech, literatuře, rozhodnutích označuje pravidla nestátního původu. Minimálně od doby přijetí Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení je tato terminologie, s uvedeným významem, rozlišována.³

Ostatně jak uvidíme dále, i oblasti, které nejsou oblastmi typického působení doktríny *lex mercatoria*, spíše jen oblastmi s možným dosahem do oblasti ekonomických aktivit, využívají dnes tyto prostředky. Nicméně v různé pozici a s různým účelem. Primárně nás zajímají ty, které disponují normativním potenciálem. Nicméně zcela stranou v naší práci nezůstanou ani ty, které představují spíše inspirační prostředek pro přijímání ať již vnitrostátních, tak i mezinárodních předpisů.

Alespoň zde, v úvodu publikace, považujeme za vhodné uvést problematiku širěji – vymezením prostředí tvořícího širší rámec, v němž se námi sledované mezinárodní obchodní vztahy realizují.⁴ Důvodů pro krátký vstup a připomenutí některých charakteristik prostředí je řada. Základním je proměna celé oblasti mezinárodního obchodu, či širěji mezinárodní ekonomické spolupráce, a proměna i právní regulace této oblasti. A to zejména po druhé

² V tomto smyslu uvedený termín uchopujeme následovně. Normativní potenciál pro nás znamená, že konkrétní nestátní pravidlo je obecné a závazně reguluje celou skupinu právních vztahů stejného druhu mezi relativně neurčitým počtem subjektů. Má tak potenciál být zdrojem práva. Či z jiného pohledu, jak toto uvádí např. Lando, být elementem tvořícím daný soubor právních pravidel. LANDO, O. *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. The International and Comparative Law Quarterly*. 1985, roč. 34, č. 4, s. 748–752.

³ ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 165–171; ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 254–265. Nicméně kriticky k termínu: SYMEONIDES, S. *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 141–143. Naopak výslovně souhlasně: RADIC, I. *Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration. HCCH* [online]. S. 11 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://assets.hcch.net/docs/cc410cd1-252c-4b38-8acf-198f26c2f0b0.pdf>

⁴ K uchopení tzv. tří rovin právní regulace vztahů vytvářených v oblasti mezinárodní ekonomické spolupráce: ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., KYSELOVSKÁ, T. *Právo mezinárodního obchodu včetně problematiky mezinárodního rozhodčího řízení*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 19–21.

světové válce, kdy se toto prostředí zásadně mění. Změny ovlivňují rámec pro realizaci mezinárodních vztahů jak pozitivně a inspirativně ve směru garance pohybu zboží, služeb, kapitálu nezatíženého nadměrnými či nepředvídatelnými administrativními či jinými požadavky či nerovností a diskriminací v přístupu na trh, tak negativně ve směru přijímání zakázek exportu či importu a jiných omezení přístupu na určitý trh. A rovněž přijímáním řady regulací z oblasti administrativní jako jsou podmínky uvedení výrobku na trh, podmínky připuštění komodity na trh⁵, pravidla hospodářské soutěže atd. To vše je realizováno v oblasti, která je zásadním a neodsunutelným rámcem. Tím jsou ovlivněny vztahy mezi účastníky mezinárodní ekonomické spolupráce.

Současně se celé prostředí sblíží právě touto regulací. O to silněji je pocítován problém spojený se soukromoprávní regulací, která, pokud jde o dopad pozitivního práva, zůstává v převažující míře postavena na právní regulaci jednotlivými národními právy.

Uvedené mezinárodní ekonomické prostředí odráží současně ekonomické koncepty a teorie týkající se mezinárodních výměn a spolupráce. V neposlední řadě je rovněž odrazem praktické mezinárodně-obchodní politiky a mezinárodního prostoru ať již příznivého pro mezinárodní spolupráci, nebo naopak nepříznivého tam, kde existují averze, třenice či dokonce válečné konflikty. Zjednodušeně slovy zaznívajících napříč staletími – „kde se obchoduje, tam se neválčí“. Toto jednoduché klišé platí od starověku, kdy se objevují prvá obchodní spojení a výměny v rámci tehdy známého světa. Základní obchodní osa Východ – Západ, představovaná kontakty mezi říšemi Asie, Evropy a severní Afriky, představuje až tisíce let před naším letopočtem sít' vazeb a kontaktů mezi tehdejšími obchodníky. Vzkvétajících a prosperujících v dobách míru, upadajících v dobách válek a nepokojů. Poněkud jiné je to však s právní regulací těchto vztahů. Tedy regulací ve smyslu regulace vztahů mezi státy. Ta přichází později a nacházíme souvislost

⁵ Na mysl zde máme legislativu týkající se technických podmínek uvedení výrobku na trh (např. zákon č. 102/2001 Sb., o obecné bezpečnosti výrobků, a zákon č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky, a zákon č. 90/2016 Sb., o posuzování shody stanovených výrobků při jejich dodávání na trh), a sanitárních či fyto-sanitárních opatření, která doprovázejí zejména zemědělské produkty.

i s ekonomickými koncepty odrážejícími přeshraniční směny zboží a praktickou politikou odrážející potřeby nejprve narůstající průmyslové výroby v 19. století.⁶

Růst mezinárodní výměny nejprve zboží, později i dalších segmentů, přišel ve dvou vlnách – od počátku 19. století po konec druhé světové války, a po druhé světové válce. Zatímco v první vlně se jednalo především o výměnu zboží a právní regulace spočívala převážně na dvoustranných smlouvách, je vlna druhá, jejíž počátek se váže k brettonwoodské konferenci v roce 1944, jiná. Ekonomický svět se změnil a ovlivnil celou společnost. V dobrém i špatném. Nejenže rostla co do objemu samotná výměna zboží. Ale vedle ní přibýly postupně i výměna služeb, výraznější mezinárodní pohyb kapitálu, a nakonec i obchod s právy k duševnímu vlastnictví. Narůstá a mění se i světová přeprava a akcelerátorem změn je internet zásadně měnící komunikaci v řadě odvětví obchodu a zejména mezinárodního platebního styku a přepravy. Mění se i samotná povaha propojení národních ekonomik. Literatura hovoří o globalizaci světové ekonomiky⁷ a o klíčových aktérech tohoto procesu. Zjednodušeně řečeno o globalizaci jako procesu, při němž dochází k postupnému propojování národních ekonomik jako výsledku mohutného nárůstu v oblasti obchodování a investování a při kterém dochází rovněž k mohutné kulturní výměně díky nárůstu služeb jako jsou přeprava, turistický ruch či změny v komunikaci dané nástupem internetu. Spolu v ruce s tím se změnila i právní regulace vztahů na úrovni mezinárodní i národní. Jak uvidíme v části věnované transnacionálním konceptům, tento proces se „otisknul“ i do některých přístupů k problematice námi sledovaného práva mezinárodního obchodu, kdy je hledána přímá vazba mezi *lex mercatoria* a právní regulací této roviny právní úpravy.⁸

⁶ K ekonomickým teoriím odrážejícím zohlednění zahraničního obchodu: FUCHS, K., LÍŠÝ, J. Dějiny ekonomického myšlení. *Masarykova univerzita* [online]. Ekonomicko-správní fakulta, 2009 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://is.muni.cz/elportal/estud/esf/js08/dejiny/web/index.html>

⁷ Blíže JENÍČEK, V. *Globalizace světového hospodářství*. Praha: C. H. Beck, 2002, s. 9–49; KUNĚŠOVÁ, H. et al. *Světová ekonomika: nové jevy a perspektivy*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 23–30.

⁸ HIGGOTT, R., WEBER, H. GATS in Context: Development, an Evolving Lex Mercatoria and the Doha Agenda. *Review of International Political Economy*. 2005, roč. 12, č. 3, s. 434–455.

Vedle ekonomické globalizace reprezentované aktéry jako je Světová obchodní organizace⁹, Skupina Světové banky, Mezinárodní měnový fond atd., je to ovšem i jiný trend, který doplňuje pohled na současný ekonomický svět – je to zdánlivě protichůdný proces regionalizace představovaný integračními trendy.¹⁰ Ty přicházejí poměrně záhy po druhé světové válce, a to nejenom jako výraz politicky a ekonomicky rozděleného světa. V Evropě je to vytvoření Rady vzájemné hospodářské pomoci (RVHP) a Evropského hospodářského společenství (EHS), později přetvořené do Evropské unie. Vedle ní existuje i Evropské sdružení volného obchodu (ESVO) a evropský hospodářský prostor, a současně je samotná Evropská unie propojena sítí mezinárodních smluv vůči možným budoucím kandidátským státům či jiným státům, s nimiž má zájem dále prohlubovat ekonomické vztahy.¹¹ Tento proces – sice ne tak intenzivně jako je tomu u Evropské unie – zasáhl i jiné kontinenty. Jsou to různé typy dovolených integrací v podobě zón volného obchodu či celních unií, které dominují ekonomickému světu rozvinutému i rozvojovému. A vytvářejí onen další, tentokrát preferenční, mikroprostor pro pohyb osob, služeb, zboží, kapitálu. Pragmatické respektování této politické reality vyústilo i na úrovni mezinárodních smluv v přijetí tzv. preferenčního režimu jako jednoho z režimů, které využívá Světová obchodní organizace jako výjimky k režimům nejvyšších výhod a národního, resp. na němž byla postavena i Všeobecná dohoda o clech a obchodu 1947 v článku XXIV – tj. režimu preferenčního.¹²

Ekonomický svět se změnil nejenom změnou objemu a nárůstem výměny ve všech oblastech, ale také právní regulací. Jak jsme již naznačili, zpočátku bilaterální, později multilaterální. Je to především systém nastavený na bretonwoodské konferenci, a v dalších obdobích rozvinutý, který je prozatím oním základním celosvětovým regulátorem a páteří stávajícího

⁹ JANKŮ, M. *WTO a právo mezinárodního obchodu*. Praha: C. H. Beck, 2019, 204 s.; ŠTURMA, P., BALAŠ, V. *Mezinárodní ekonomické právo*. Praha: C. H. Beck, 2013, 513 s.

¹⁰ CIHELKOVÁ, E. et al. *Regionalismus a multilateralismus. Zákklady nového světového obchodního řádu?* Praha: C. H. Beck, 2010, s. 1–12.

¹¹ ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ, V. *Vnější obchodní vztahy Evropské unie*. Brno: Masarykova univerzita, 2006, 207 s.; SEHNÁLEK, D. *Vnější činnost Evropské unie perspektivou práva unijního a mezinárodního práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 67–99 a s. 103–108.

¹² ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., KYSELOVSKÁ, T. *Právo mezinárodního obchodu včetně problematiky mezinárodního rozhodčího řízení*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 66–67.

obchodního pořádku. Světová obchodní organizace, přes všechny problémy, kterým čelí po svém vzniku, představuje základní pilíř pro uchopení racionální regulace. Samozřejmě nelze nevidět problémy, kterým čelí. A dokonce se nelze neubránit myšlence, že „přerostla“ politicky své stávající možnosti. To je zřetelné při sledování výsledků tzv. Doha round, postupu při přijímání dalších úmluv či výsledcích ministerských konferencí od jejího založení. Zatímco na založení se podepsalo nadšení 90. let, které přály rozvoji mezinárodní spolupráce, na jejím dalším vývoji, opomeneme-li úspěchy při vstupu dalších zemí do Světové obchodní organizace, se podepsaly krize včetně covidové krize a dnes i válečného konfliktu v Evropě. Je však také otázka, nakolik globalizace, jejímž výstupem bylo i založení Světové obchodní organizace, dosáhla limitu, za nějž ve stávajícím politickém a ekonomickém prostředí státy jít nechtějí. A to jak státy průmyslově rozvinuté, tak i rozvojové státy.

Současný svět je světem propojeným ekonomicky, rozděleným politicky a pokud jde o právní regulaci např. na úrovni Světové obchodní organizace, snažící se o pragmatické uchopení právní regulace ve prospěch zajištění přístupu na trh a pohybu zboží, služeb, práv duševního vlastnictví nezatížené nerovností a nepředvídatelnými administrativními překážkami. Primárně je uchopena takto světová obchodní politika. Vedle této regulace je nutné vnímat také regulaci bezpečnostní, jdoucí mimo systém Světové obchodní organizace a smluv provádějících obchodní politiku. Jde o opatření provádějící např. rezoluce Rady bezpečnosti Organizace spojených národů (OSN), případně reflektující jisté zahraničně bezpečnostní problémy a realizované autonomně konkrétním státem. Jako příklad lze uvést model realizovaný na úrovni Evropské unie.¹³

Výše uvedené systémy – obchodní i zahraničně bezpečnostní – jsou prováděny na úrovni jednotlivých států či integračních seskupení (tam, kde dochází k přesunu pravomocí ze státu na integraci tak, jak je tomu v případě Evropské unie dle článku 207 Smlouvy o fungování Evropské unie, resp. dalších¹⁴).

¹³ Přehled tohoto typu sankcí, jejich právního základu a výčtu aktuálně uvalovaných sankcí EU: Jak a kdy EU přijímá sankce. *Consilium.europa.eu* [online]. 5. 7. 2022 [cit. 6. 7. 2022]. Dostupné z: <https://www.consilium.europa.eu/cs/policies/sanctions>

¹⁴ SEHNÁLEK, D. *Vnější činnost Evropské unie perspektivou práva unijního a mezinárodního práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 11–40; SEHNÁLEK, D. Kapitola 12. Společná obchodní politika. In: TOMÁŠEK, M. et al. *Právo Evropské unie*. Praha: Leges, 2021, s. 315–329.

V tomto právním rámci, vytvářeném na úrovni mezinárodní a národní (nebo integrační), se pohybují vztahy konkrétních podnikatelů. Jejich právní regulace, alespoň pokud se jedná o regulaci smluv realizovaných přeshraničně, je jen vzdáleně mezinárodní ve smyslu zdrojů právní úpravy přijímaných státy.¹⁵ Minimum mezinárodních úmluv unifikujiících právní úpravu otevírá cestu spíše řešením na úrovni mezinárodního práva soukromého a následně „nacionalizací“ právních režimů. Obtížnost uchopení kolizního práva běžnými obchodníky potom – a k těmto otázkám se samozřejmě vrátíme – vytváří snahu o zjednodušení úprav a o vytvoření regulací výrazně srozumitelnějších, než jsou ty, které jsou přinášeny mezinárodním právem soukromým. A to je nesporně jeden z důvodů, proč vidíme ony věčné návraty doktrín zabývajících se nestátními prostředky právní úpravy a sledujících mimo jiné i v rámci rozhodovací praxe jejich uplatnění či vazby na právo státu. To také vysvětluje popularitu jednotlivých prostředků. Navíc, a to je nutné vzít do úvahy, jsou to spíše nestátní prostředky právní úpravy, využívané napříč právními řády a regulující přeshraniční vztahy mezi obchodníky, které svou povahou odpovídají transnacionální povaze vztahů a jsou do jisté míry souladné i s regulací v rámci mezinárodního práva veřejného. Zatímco kolizní právo uvádí ony přeshraniční vztahy do rámce národního práva určitého státu.

Na mysl se tak vkrádá myšlenka změny tradičního přístupu, který nacionalizuje přeshraničně umístěné vztahy. Ono do jisté míry tradiční schéma, které není zásadně narušeno ani existencí mezinárodních úmluv obsahujících hmotně právní regulaci (vzhledem k poměrně malému dosahu), vyvolává pocit nutných změn. A to na různých úrovních právní regulace. Poměrně zajímavý postřeh přináší zkoumání této oblasti i pro různá využití prostředků: regulační pro regulaci vztahů mezi stranami; inspirační pro inspiraci zákonodárců; rozhodovací pro fázi rozhodování soudů, resp. spíše rozhodčích soudů. Průběžně se vyjadřujeme k těmto pozicím a je nutné říci, že žádná z nich není, jak uvidíme, zanedbatelná.

¹⁵ Nelze zde alespoň neodkázat na analýzu tohoto paradigma v práci MICHAELS, R. *Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung? Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2005, roč. 69, č. 3, s. 525–544.

1.2 Soft law v oblasti vztahů mezi mezinárodními obchodníky – a nejenom v ní

Lex mercatoria, transnacionální právo mezinárodního obchodu, právo mezinárodních obchodníků, právo platné mezi mezinárodními obchodníky, globální právo mezinárodních obchodních transakcí... – možná celá řada dalších termínů označují jev, který je po celá desetiletí analyzován v odborné literatuře a využíván právní praxí, a to včetně využití při procesu rozhodování sporů mezi obchodníky a zvažování rozhodného práva. Jev, který nemá pouze jeden doktrinální základ. Naopak, jak uvidíme dále v publikaci, minimálně dva dominující směry zcela rozdílně uchopily existenci tohoto jevu včetně vazby na pozitivní právo a zdroje jeho úpravy. **Směr transnacionální** spíše inklinuje k autonomii na pozitivním právu, dokonce v některých konceptech se objevují myšlenky o „globálním nestátním právu“ (*global law without state*). Rovněž pohledem sociologickým jsou aktéři uchopeni jako nezávislí na státu či státech. **Směr integrační** váže svou pozici na pozitivní právo kolizní či materiální spolu s principem autonomie vůle stran a v různé míře jej kombinuje jak z pohledu obsahu, tak i aplikace. Do jisté míry zde může sehrávat roli i právo procesní, konkrétně rozhodčí pravidla a jejich nastavení pro posuzování merita sporu.

Pokud chceme definovat uvedený jev, rovněž narážíme na různá uchopení a definice. Včetně historického pojmenování, kde na jedné straně hovoří literatura o *lex mercatoria* jen ve vazbě k anglickému prostředí, a naopak další literatura hovoří o pojmu ve vazbě na tehdejší středověký „mezinárodní obchod“.¹⁶ V novější době prakticky každý z autorů, který nahlíží příznivě na daný jev, uvádí definici a vymezení zdrojů *lex mercatoria*. A to v různé podobě.¹⁷ My se k této otázce vrátíme v části věnované vývoji *lex mercatoria*.

¹⁶ Viz kapitola věnovaná historii námi sledovaného jevu.

¹⁷ Lze odkázat na přehled v práci PRYLES, M. Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *UNSW Law Journal*. 2008, roč. 31, č. 1, s. 321–323 s odkazem na principy navržené Mustillem či Bergerem. Rovněž Goode v GOODE, R. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1997, roč. 46, č. 1, s. 15–19; poukázat lze také na přehled u WILKINSON, V.L. D. The New Lex Mercatoria – Reality or Academic Fantasy? *Journal of International Arbitration*. 1995, roč. 12, č. 2, s. 103–104. Autorka zde uvádí definice Goldmana, Schmitthofa, Northa, Cremadese a Plehna, Landoa a Huntera.

Do jisté míry, jak uvidíme dále, lze zaznamenat v literatuře i časovou čáru a dělení na tradiční doktríny či přístupy, a současné, aktuální přístupy, kdy jistou časovou čarou je vnímáno období 90. let minulého století.¹⁸ Generace právníků z různých oblastí, které se dotýkají mezinárodních obchodních transakcí, dovozují existenci či naopak popírají existenci jevu nestátního práva regulujícího vztahy mezinárodních obchodníků jako nesmyslného konstruktů. Případně při zaměření se na konkrétní uváděné prostředky popírají existenci např. obchodních zvyklostí jako jevu spíše uchovávaného unifikovanými úpravami jako je Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (Vídeňská úmluva), než skutečně existujících a využívaných.¹⁹ Argumenty jsou nejrůznější. Jsou užity z oblasti sociologie práva, ekonomické analýzy práva a samozřejmě z oblasti práva závazkového či mezinárodního práva soukromého a procesního. Je obtížné mnohdy uchopit jednotlivé přístupy, najít spojenci mezi nimi a orientovat se i v případném užití v praxi.

Základní otázkou, kterou si lze položit, je „proč“. Proč se po dekády objevují nekonečné diskuse vášnivě popírající či obhajující tento jev. Navíc mění se i argumentačně v závislosti na aktuálnosti či neaktuálnosti konkrétního nestátního prostředku. Kde je ona hybná síla uvádějící tyto diskuse do pohybu. Je to ona do jisté míry fascinující myšlenková konstrukce od jisté „*autopoietis*“ vázané k obchodním zvyklostem až po cílené, umělé konstrukty vytvářené mezinárodně na akademické půdě, která není omezoována nutností podpisů a ratifikací výsledného produktu ze strany představitelů státu tak, jak to vidíme např. u Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT? A které nekončí „v propadlišti unifikačních snah“ tak, jak je to zřetelné u mezinárodních smluv vytvářených u mezinárodních organizací jako jsou Haagská konference mezinárodního práva soukromého či Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL)? A namísto regulace vztahů jsou spíše předmětem akademických výzkumů a případných legislativních inspirací? Nebo možná základem pro autonomní uchopení významu termínů užitých v mezinárodních dokumentech a pro případné vyplnění mezer unifikovaných

¹⁸ JOHNSON, V.M. Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*. 2015, roč. 21, č. 2, s. 153–159.

¹⁹ BERNSTEIN, L. The Myth of Trade Usages: A Talk. *Barry Law Review*. 2018, roč. 23, č. 2, s. 119–127.

úprav.²⁰ Otázka „proč“ je základní, která nás bude provázet naší publikací. A je promítnuta i do výzkumných otázek. A odpovědi bychom měli nacházet v závěrech jednotlivých částí. Poněkud stranou necháváme odpovědi na ono „proč“ ve vazbě na kolizní právo, resp. úvahy v rámci mezinárodního práva soukromého. Ano, nejen nedostatečnost v unifikačních pracích, ale i komplikovanost a mnohdy i „překomplikovanost“ úvah na úrovni mezinárodního práva soukromého podporují myšlenky na výrazně jednodušší systém, nekomplikující již tak komplikované mezinárodní obchodování.

Další aspekt onoho „proč“ se váže nikoli jen k samotným prostředkům, ale k řešení sporů. Ano, nelze nevidět procesní propojení, tedy roli způsobu řešení sporů tam, kde řešení před soudy obecnými právě v případě majetkových sporů, jejichž základem je smlouva, není jediným způsobem. Naopak. Místo mezinárodního rozhodčího řízení je právě v námi sledované oblasti a může sehrávat svou roli právě u umožnění využití nestátních prostředků jako práva rozhodného pro posuzování merita sporu. A tím dokončit onen pomyslný kruh „vzniku – využití při kontraktaci a vysvětlení pojmu či regulaci práv a povinností stran – využití při posuzování vzniklého sporu“. V naší práci tak bude věnována pozornost i oné procesní stránce uplatnění nestátních prostředků.

To vše jsou otázky, kterými se v publikaci chceme zabývat. Je to nesporně síla právní praxe, která využívá tyto prostředky, ať se již jedná o standardizované obchodní podmínky využívané v mezinárodních komoditních organizacích typu disponujících i způsoby řešení sporů (typicky GAFTA – Grain and Feed Trade Association), či naopak touto možností nedisponující, nicméně v daném segmentu úpravy velmi ceněné a využívané např. i bankami v rámci podmínek pro poskytnutí úvěru (typicky FIDIC – Fédération Internationale

²⁰ Na mysl tímto máme především Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT a jejich využití v tomto ohledu. A nejde o otázku jednoduchou a přijímanou jednotně. Existuje řada názorů, postojů a lze se setkat i s rozhodnutími, která hodnotí využití tohoto souboru právních pravidel. Viz např. VENEZIANO, A. UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform Law Review*. 2010, roč. 15, č. 1, s. 137–151; KRONKE, H. The UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond. *Journal of Law and Commerce*. 2005–2006, roč. 25, s. 451–465; ALBÁN, J. O. Use of the UNIDROIT Principles to Help Interpret CISG Article 9. *Pace Database on the CISG and International Commercial Law* [online]. Pace Law School, Institute of International Commercial Law [cit. 22. 7. 2022]. Dostupné z: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni9.html>

des Ingénieurs-Conseils). Nebo se jedná o prostředky vytvářené organizací jako je Mezinárodní obchodní komora v Paříži po celá desetiletí (typicky INCOTERMS – International Commercial Terms). Současně je to i procesní stránka řešení sporů ze smluv, které využívají uvedené nestátní prostředky. Konkrétně potom rozhodčí soudnictví, které může vytvořit pozitivní rámec pro zohlednění i nestátních prostředků při posuzování sporů. A které ve své základní podobě je jednoinstanční a využívání nestátních prostředků při řešení merita sporů není důvodem např. pro zrušení rozhodčího nálezu či odepření jeho výkonu.²¹ Prostor pro uplatnění je dán nesporně také jistou „slabostí“ mezinárodních kodifikací v oblasti hmotného práva, kterou jsme v předchozí kapitole zmiňovali, a která i přes existenci řady unifikačních projektů zjevně ustrnula. Nebo možná neustrnula, jen narazila na hranici svých možností danou politickou vůlí států v aktuálním období. Přece jenom vyvíjejícím se obchodním vztahům lépe odpovídá rychle se měnící prostředek a otevření se vůli stran. Jako příklad lze ukázat např. INCOTERMS, dnes vydávané po deseti letech a odpovídající na rychle se rozvíjející komunikaci a přepravu. Nebo z oněch „akademických“ již uvedené a dále mnohokrát zmiňované Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT. Nutně nepředstavující jen prostředek přímé právní regulace smlouvy, nýbrž i soubor, který vyjadřuje ono „mezinárodní“ či „transnacionální“ zjištění právě na základě jistého „průsečíku“ komparativně těmito pravidly nastaveného.

Teorie *lex mercatoria*, která zastřešuje existenci nestátních prostředků, se váže zejména k oblasti závazkového práva, konkrétně k právní regulaci mezinárodních obchodních transakcí. Z pohledu procesního potom k oblasti mezinárodní arbitráže. To platí pro všechny ze směrů, které jsme zmínili výše. Tato interakce aplikace a procesního prostředí se „táhne“ i celou naší publikací.

Pokud nahlížíme na uvedený jev prizmatem označení, potom lze uvést následující. Akademická literatura v oblasti mezinárodního práva obchodního široce využívá spíše označení „*lex mercatoria*“ s tím, že je využíváno jak pro označení tzv. středověkého „*lex mercatoria*“ jako pravidel zvyklostního původu využívaných středověkými obchodníky, vzniklých živelně

²¹ ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 340–362.

a využívaných na tehdejších tržních místech²², tak i jevu, který od 60. let minulého století dominuje diskusím o nestátním právu v námi sledované oblasti. Jevu, který je označován jako *nové lex mercatoria* objevuje se jak v pozici zvyklostí či obecných zásad, nebo, jak uvádí např. Michaels ve své třetí fázi, kdy mizí ony spíše amorfnní prostředky a vznikají nové, exaktně formulované prostředky typu Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.²³

Praxe naopak využívá termíny další, výše uvedené. Tento jev literatura uvádí také pod termínem „soft law“ a staví ho tak v různých oblastech proti „hard law“ (viz dále).

Přestože se různé koncepty rozcházejí, je vhodné uvést i jeden ze základních rysů, který je různým přístupům společný, řadí je do společné skupiny prostředků právní regulace a umožňuje nám napříč rozdílného doktrinálního uchopení hovořit o těchto prostředcích společně. A také nám umožňuje různé přístupy komparovat. Je to vznik a oblast působení těchto prostředků, resp. jejich do jisté míry společný původ. Nevznikly v rámci legislativní činnosti státu či států, vznikly a vznikají mimo tuto legislativní činnost. „Síla“ je dána využitím a užíváním v konkrétní obchodní praxi, která je nejenom používá v kontraktační praxi, ale dokonce v řadě oblastí je preferuje před zákonnou úpravou. Jako je tomu např. při využití prostředků vytvářených na úrovni Mezinárodní obchodní komory v Paříži jako jsou INCOTERMS či Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy (UCP). Ona oblast působnosti je mezinárodní obchod, resp. vztahy mezi mezinárodními obchodníky. Jev existence nestátního práva je literaturou označován rovněž výstižným anglickým termínem „soft law“²⁴ ve smyslu „právních pravidel normativní

22 MITCHELL, W. *An Essay on the Early History of the Law Merchant*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 22–39 (prvá publikace v roce 1904).

23 MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 448. Ostatně v této souvislosti se pro aktuální fázi objevuje i další termín „*new new lex mercatoria*“. Viz ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 224.

24 Soft law není vázáno jen k oblasti soukromého práva, resp. zejména k jeho části práva závazkového. Setkáváme se s ním v dalších oblastech jako je právo mezinárodní, ústavní právo i právo správní. Vyjadřuje různé aspekty vazeb k tzv. „hard law“ v dané oblasti. Od vazeb mezi mezinárodními smlouvami a deklaracemi v rámci práva mezinárodního až k problematice různých výkladových stanovisek, kterými jsou vázány nižší rozhodovací stupně v rámci práva administrativního. Viz GERSEN, J. E., POSNER, E. A. Soft Law. *Public Law and Legal Theory Working Paper* [online]. No. 213, 51 s. [cit. 22. 8. 2022]. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113537

povahy, bez právní závaznosti a aplikovaných v rámci autonomie stran, dobrovolným přijetím“. Nebo jak jednoduše uvádí Gabriel: „jde o právní pravidla, která nejsou pozitivním právem a nejsou tedy závazná pro soudy“²⁵. Jak uvidíme dále, tato právní pravidla mají různý základ a vznikala různě. S jistou mírou zjednodušení lze hovořit o obyčejovém vzniku, umělém vzniku: ve smyslu vzniku v rámci prací mezinárodní či profesní organizace, anebo smíšeně tak, jak je tomu v případech prostředků vytvářených v rámci např. Mezinárodní obchodní komory, kdy je využit obyčejový základ, nicméně vlastní prostředek vznikl jeho písemným zachycením, dopracováním a často také jeho pravidelnou aktualizací, jak nám to ukazují např. INCOTERMS. V různých konceptech jsou součástí soft law i prostředky vzniklé na úrovni vztahů mezi státy či na ně cílící – etické kodexy, rezoluce mezinárodních organizací, či další zdroje tak, jak je uvádí různé oblasti související s mezinárodním obchodem, financemi atd. I když tyto přímo neregulují vztahy mezi mezinárodními obchodníky, nýbrž spíše vytvářejí rámec pro jejich realizaci, mohou vztahy mezi mezinárodními obchodníky ovlivnit.

1.3 Součásti soft law mezi mezinárodními obchodníky, aneb krátký vhled²⁶

K řadě otázek se budeme vracet z různých pohledů a s různými hodnoceními. Nicméně zde, v úvodu práce, by bylo vhodné uvést základní přehled oněch nestátních prostředků, které jsou průběžně zmiňovány a kterým se následně budeme z více pohledů věnovat. A to i s tím, že některé z nich jsou vybraným konceptem zavrhané, jiné připuštěné jen za určitých podmínek, jiné se časem ukázaly jako nefunkční, tedy nepoužívané praxí atd. A naopak jiné patří k těm, které tvoří jistou páteř onoho nestátního práva – soft law,

²⁵ GABRIEL, H. D. The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? *Michigan Journal Of International Law*. 2019, roč. 40, č. 3, s. 413. Zde bychom si dovolili ovšem dodat: přímo závazná pro soudy.

²⁶ Úmyslně se v názvu vyhýbáme termínu „prameny“ či „zdroje právní úpravy“. Byť v dalších konceptech u jednotlivých prostředků jsou i takto uváděny. Samozřejmě v závislosti na typu prostředku. Viz i vysvětlení GOODE, R. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1997, roč. 46, č. 1, s. 1–36. Goode zde zejména s odkazem na LANDO vysvětluje využití termínu „elements“ v článku LANDO, O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1985, roč. 34, č. 4, s. 748 a násl.

kteřé nás zde zajímá. Pokud je něco nezpochybnitelné, je to existence těchto prostředků a jejich význam při regulaci mezinárodních smluv mezi obchodníky. Zpochybnitelné jsou koncepty, resp. aplikační koncepty, které se k nim váží. O těch jsou diskuse, pochybnosti, rozpory napříč dlouhá desetiletí. A do jisté míry i vyvozování závěrů z jistých nepřesností.²⁷

V této úvodní kapitole uvedeme jen jistý rámcový přehled. Tak, aby bylo zřetelné, o kterých prostředcích jednáme. Postupně se k různým prostředkům a pohledům na ně vrátíme jak v obecné části, pokud jde o vývoj konceptu či jeho stávající uchopení, tak i v části zvláštní, která je věnovaná některým zajímavým prostředkům a jejich využití v arbitrážní či jiné praxi.

V předchozí části jsme naznačili členění, které postihuje zdroje právní úpravy napříč doktrínami, dělí je dle způsobu vzniku a propojuje je povahou prostředku. Lze potom rozlišit: vzniklé spontánně, vzniklé zcela uměle a vzniklé kombinovaně.²⁸ To, co je typické pro stávající fázi existence těchto prostředků, je právě ona jistá pragmatická kombinace spontánního vzniku s různými formami dopracování či písemného zachycení. Nicméně ani ony historicky existující prostředky nejsou bez významu. V některých případech jsou právě ony onou dynamickou složkou a zdrojem změn. To lze dokumentovat např. na INCOTERMS.

Mezinárodní obchodní zvyklosti (obyčeje). Prostředkem, který je příkladem spontánního vzniku nestátního prostředku regulace, jsou nepsané, resp. písemně nezachycené mezinárodní obchodní zvyklosti²⁹. I my náš přehled s nimi započneme. Byť se dnes setkáváme s hlasy, které poukazují

²⁷ RUYSSCHER, D. de. Conceptualizing Lex Mercatoria: Malynes, Schmitthoff and Goldman compared. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, roč. 27, č. 4, s. 465–483. Autor na dílech tří autorů, kteří se věnovali *lex mercatoria* a zejména roli transnacionálních obchodních obyčejů (Malynese, Schmitthoffa a Goldmana) poukazuje na metodologická pochybení v uchopení pojmů a jejich srovnání, resp. vyvozování důsledků ze srovnání.

²⁸ SYMEONIDES, S. *Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2021, s. 47–52. Symeonides zde hovoří o nestátní materializaci (non-state substantivism). Rozlišuje tři roviny tvorby těchto norem: na úrovni mezivládních organizací jako UNIDROIT či UNCITRAL; na úrovni akademické (PECL) a na úrovni soukromých institucí.

²⁹ Byť se objevuje i termín obyčej, obchodní praxe využívá termín zvyklost. Navíc zde i terminologicky se oddělujeme od obyčeje ve smyslu zdroje právní úpravy mezinárodního práva veřejného.

na jejich neexistenci v té podobě, jak jsou zpravidla vymezovány,³⁰ představují minimálně základ pro další prostředky jako jsou obchodní termíny. Zvyklosti v oblasti mezinárodního obchodu mohou mít jak interpretační, tak normativní funkci.³¹ Odrážejí konzistentní, jednotnou praxi zavedenou mezi obchodníky obecně či praktikovanou v rámci dané komodity nebo typu obchodu. Mohou se týkat řady otázek – dnes nejčastěji kvality zboží, množství zboží, vyjádření různých aspektů ceny.³²

Mezinárodní obchodní zvyklosti jsou definovány v mezinárodních dokumentech jako je Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží v článku 9 odst. 2, který uvádí následující konstrukční znaky:

- strany zvyklost znaly nebo měly znát;
- zvyklost je v mezinárodním obchodě v široké míře známa stranám smlouvy téhož druhu v příslušném obchodním odvětví;
- zvyklost je v rámci uvedených hranic zpravidla dodržována.

Tato definice, která se široce vžila a je využívána i mimo působnost úmluvy, resp. byla převzata i jinými předpisy (viz např. článek 25 nařízení Brusel Ibis), kombinuje prvky subjektivní (znalost či předpoklad znalosti stran) s objektivními (obecná znalost a geografická či odvětvová rozšířenost). Po kritice uvedeného konceptu se objevuje v článku 1. 9. Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT další uchopení, v souladu s nímž: „*The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.*“

³⁰ BERNSTEIN, L. The Myth of Trade Usages: A Talk. *Barry Law Review*. 2018, roč. 23, č. 2, s. 119–127.

³¹ Jako příklad lze uvést čl. 8 odst. 3 Vídeňské úmluvy, uvádějící interpretační funkci, a čl. 9 odst. 2 Vídeňské úmluvy uvádějící funkci normativní. Interpretace se může týkat jak vyjasnění termínů technických, tak i právních. Zvyklosti mohou nastavit pravidla chování, případně jen vyplnit určité mezery ve stávajících pravidlech. Blíže k funkcím zvyklostí PAMBOUKIS, Ch. The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *The Journal of Law and Commerce*. 2005, roč. 25, č. 1, s. 107–131; UNCITRAL, HCCH and UNIDROIT: Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales. *United Nations* [online]. S. 33–34 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/tripartiteguide.pdf>

³² V literatuře se objevuje jejich členění v závislosti na kritériích geografických, politických, ekonomických, právních a obchodních s tím, že tato kritéria členění jsou na sobě nezávislá. GOODE, R. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1997, roč. 46, č. 1, s. 11.

Závaznost mezinárodních obchodních zvyklostí je postavena na subjektivním, nebo objektivním konceptu. V prvním případě jsou strany vázány tam a pouze tam, kde byla zvyklost dohodou včleněna do smlouvy. Objektivní teorie vychází z toho, že zvyklost má sílu právní normy a jako taková je aplikována a strany jsou jí vázány. Právě v článku 9 Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží se odrazily obě teorie.

Obchodní zvyklosti, a to zejména na rozdíl od oněch tzv. uměle vzniklých souborů právních pravidel, se zpravidla týkají jen určité oblasti, obchodu s určitou komoditou či určité otázky. Jak uvádí Gabriel, na rozdíl od souborů právních pravidel jako jsou Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, vznikly tyto v praxi, v interakci uživatelů – a vlastně ve vazbě uživatel–uživatel.³³

Slabou stránkou zvyklostí jsou a byly vágnost obsahu, kvalifikace zvyklosti národní a mezinárodní a rozdílné vnímání existence zvyklostí stranami. Ona znalost spolu se závazností a zohledněním při rozhodování se týká i rozhodujícího orgánu. Spíše lze očekávat zohlednění při rozhodování před rozhodci jako často odborníky v dané oblasti než před soudci.³⁴ Současně i přesvědčení o existenci a obsahu lze přičknout rozhodci, který se pohybuje pravidelně v dané oblasti. Navíc, a o tom budeme hovořit i dále, pravidla rozhodování u rozhodčích soudů často obsahují akcent na zohlednění zvyklostí.

Vágnost obsahu je – a zdá se, že úspěšně – odstraňována tam, kde se „přetvářejí“ obchodní zvyklosti do tzv. obchodních termínů, resp. do jiných prostředků, které již vykazují vnější zásahy. Objevuje se tak i členění na zvyklosti formulované (kam jsou řazeny zvyklosti následně formulované vlivnou mezinárodní agenturou typu Mezinárodní obchodní komora v Paříži) a neformulované (resp. spíše písemně nezachycené a uměle nedopracované).

K prvé skupině patří například INCOTERMS, RAFTD (*Revisited American Foreign Trade Definition*), Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy. Je zjevné, že právě tato skupina norem, původně zvyklostního charakteru a s jádrem „postaveným“ právě na obchodních zvyklostech, hraje

³³ GABRIEL, H. D. The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? *Michigan Journal Of International Law*. 2019, roč. 40, č. 3, s. 425–427.

³⁴ K úvahám o problému aplikace zvyklostí před soudy viz GILLETTE, C. P. Harmony and Stasis in Trade Usages for International Sales. *Virginia Journal of International Law*. 1999, roč. 39, č. 3, s. 707–742.

v současnosti významnou roli při regulaci vztahů mezi obchodníky, resp. šířeji mezi podnikateli. V tomto členění se některé z formulovaných prostředků překrývají s následující skupinou, kterou v rámci zdrojů rozlišujeme – tj. obchodními termíny.

Mezinárodní obchodní zvyklosti představují, i přes problémy s jejich použitím, nezpochybnitelnou součást *lex mercatoria*. Pro některé autory spíše jedinou³⁵, pro jiné zase jednu z mnoha³⁶.

Obchodní termíny jsou, jak jsme již uvedli, úzce svázány se zvyklostmi, resp. mezinárodními obchodními zvyklostmi.³⁷ Jejich základním materiálním zdrojem je obchodní praxe a jí vyjádřené potřeby. Formálním potom písemné zachycení v dokumentu vydaném prestižní mezinárodní organizací, zpravidla nikoli státní. Jako je Mezinárodní obchodní komora v Paříži či různé profesní svazy podnikatelů. Není vyloučena ani organizace státní, nicméně ty se věnují v prvé řadě unifikačním aktivitám, z důvodu neúspěchů v přijímání mezinárodních úmluv také harmonizačním aktivitám. Základní výhodou vytvořených obchodních termínů je zmíněné písemné zachycení, které „odbourává“ problémy s identifikací obsahu.

Typickým příkladem (a současně příkladem mimořádně frekventovaného prostředku) obchodních termínů jsou INCOTERMS, v poslední variantě INCOTERMS 2020³⁸. Snahy Mezinárodní obchodní komory pro písemné zachycení zvyklostí mezi obchodníky lze datovat do období po první světové válce. Vydání *Trade Terms* v roce 1923 se stalo prvním úspěchem této

³⁵ GOODE, R. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1997, roč. 46, č. 1. Goode zde rozebírá jednotlivé zdroje tak, jak jsou uvedeny různými autory a akcentuje právě mezinárodní obchodní zvyklosti.

³⁶ V literatuře se nejčastěji objevuje poměrně široký výčet Landoa. Jedná se o zahrnutí různých zdrojů od mezinárodního veřejného práva až po nekodifikované zvyklosti a rozhodnutí, resp. odůvodnění rozhodnutí arbitrážních soudů tam, kde bylo využito nikoli práva státu, ale nestátního prostředku. LANDO, O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1985, roč. 34, č. 4, s. 748–751.

³⁷ Nikoli náhodou někteří autoři hovoří o kodifikaci obyčejů, resp. zvyklostí a protínání se obou prvků. My zde, i s vědomím úzké souvislosti, oba jevy pojmově odlišujeme. Ke kodifikaci zvyklostí: PAMBOUKIS, Ch. The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *The Journal of Law and Commerce*. 2005, roč. 25, č. 1, s. 126. Podobné rozlišení uplatňuje Lando. LANDO, O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1985, roč. 34, č. 4, s. 748–751.

³⁸ INCOTERMS 2020. Paris: ICC, 2019, 200 s.

iniciativy. Publikace *Trade Terms* obsahovala přehled obsahu šesti klauzulí užívaných v obchodě 13 zemí. Vydání následující v roce 1928 bylo bezprostředním základem pro úpravu přijatou Mezinárodní obchodní komorou v roce 1936 pod názvem INCOTERMS (*International Commercial Terms*). Na rozdíl od předcházejících úprav nešlo o pouhé kvalifikované sesbírání zvyklostí a srovnání rozdílů mezi nimi, ale o činnost, kterou lze přirovnat ke kodifikačním pracím: sesbírání, utřídění, doplnění, případně nové vypracování pravidel doplněných jednotným výkladem.

Po stránce formální jsou INCOTERMS prezentovány jednoduchými, třípísmenovými termíny. Ty usnadňují jednak kontraktační jednání, jednak poskytují jednotný výklad těchto termínů. Praxe se svým vlivem obchodních svazů a velkých firem sice stojí v základech těchto „pravidel jednání“, nicméně již nelze v tomto případě hovořit o obchodních zvyklostech, ale o umělých vzorech.

Vzhledem k tomuto základu dochází i v následujících letech k řadě novelizací či přijetí zcela nových úprav (1953, 1963, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010, 2020). Prvou otázkou samozřejmě je, které okruhy problémů jsou termíny upraveny. Přestože INCOTERMS zasahují velmi významnou část obsahu dodacích smluv (tj. obvykle smluv kupních či výměnných), v některých oblastech se dokonce i vžilo označení smluv dle užitého obchodního termínu (FOB contract, CIF contract atd.), neupravují a ani nemohou upravovat všechny otázky týkající se smlouvy. I v otázkách, které jsou upraveny (přechod nebezpečí), je třeba se pro některé aspekty či návaznosti „uchýlit“ k rozhodnému právu. V jednotlivých termínech je řešena zejména problematika místa dodání; balení; kontroly zboží; povinností týkajících se zajištění dovozních či vývozních formalit a úředních povolení; povinností týkajících se uzavření přepravní smlouvy, případně zajištění přepravy; okamžiku přechodu nebezpečí; okamžiku či místa přechodu nákladů; v některých případech i povinnosti pojištění přepravy.³⁹ INCOTERMS harmonizují a propojují smlouvy kupní (či jiný typ dodací smlouvy), přepravní, pojišťovací. Otázka jejich včlenění souvisí s jejich uchopením.

³⁹ ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., KYSELOVSKÁ, T. *Právo mezinárodního obchodu včetně problematiky mezinárodního rozhodčího řízení*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 161–167.

Způsob včlenění je jednou z otázek, na které existují rozdílné názory. Přestože existuje poměrně silný názorový proud poukazující na aplikaci INCOTERMS jako obchodní zvyklosti⁴⁰, základním a bezpečným prostředkem uznávaným jak v rámci tradiční koncepce, tak samozřejmě i koncepce *lex mercatoria*, je včlenění smluvní s tím, že uvedený odkaz zahrnuje typ doložky, interpretační variantu spolu s odkazem na INCOTERMS a geografické, případně i časové určení.

Akcent na precizní formulaci má svůj důvod. Samotné termíny existují vedle vyjádření obchodních zvyklostí vázaných na dodání zboží rovněž jako místní či národní obchodní zvyklosti, a rovněž také jako zvyklost vyjadřující náklady vůči ceně. Rovněž některé národní úpravy se na ně odvolávají a dávají jim určitý význam.

Na rozdíl od dalších prostředků, které lze do této skupiny řadit, INCOTERMS přímo regulují obchodní transakce mezi stranami. To např. na rozdíl od skupiny tzv. jednotných pravidel vytvářených pro různé finanční nástroje jako jsou dokumentární akreditivy, inkasa, záruky. Ty jsou určeny jak bankám, které je využívají, tak jsou nesporně i jistým vzorem pro případné přijímané právní regulace.

Guidelines, právní návody, jako soubory pravidel a doporučení, náleží do skupiny prostředků nestátní úpravy. Nicméně, pokud budeme hovořit o *lex mercatoria*, do jeho zdrojů jej neřadíme. Jejich účel je jiný. Chybí přímá normativní složka. Jde spíše o jistý vzor pro vytváření např. smlouvy či návrhu jednání strany (např. směrem ke kontraktaci návodem na definování a minimalizování rizik a formulování vhodných dokumentů). Váží se zpravidla k obchodním transakcím, které nemají zažitou kodifikovanou podobu. Ať již pro komplikovanost (typicky dodávky investičních celků), nebo pro rychlý vývoj v dané oblasti. To jsou důvody, proč se vzácně setkáváme u takovýchto transakcí s kodifikovanou úpravou smluv, které stojí v jejich základu (na národní i mezinárodní úrovni), resp. pokud existuje, není úspěšná. Jejich účelem je inspirovat strany při vytváření transakce a formulaci smlouvy až po případné inspirace směrem k zákonodárcům. Objevují se na různých úrovních zpracování. Není vzácné, že se jimi zabývají

⁴⁰ Viz i analýzu JOHNSON, W.P. Analysis of INCOTERMS as Usage Under Article 9 of the CISG. *University of Pennsylvania Journal of International Law* [online]. 2014, roč. 35, č. 2, s. 379–430 [cit. 6. 10. 2022]. Dostupné z: <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss2/2>

i mezistátní organizace. Např. v minulosti UNCITRAL (*UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works* (1987), nebo UNIDROIT (*THE UNIDROIT/FAO/IFAD Legal Guide on Contract Farming*). Vedle ucelených návodu existují i doporučení pro formulace různých frekventovaných doložek. Opět jako příklad lze poukázat na Mezinárodní obchodní komoru a doložky vyšší moci a hardship (*ICC Force Majeure and Hardship Clauses 2020*).⁴¹

V naší práci se budeme zabývat i **standardizovanými obchodními podmínkami**⁴², resp. formulářovými smlouvami⁴³, typovými smlouvami či dalšími technikami vázanými na racionální kontraktaci. Samozřejmě jako součást soft law, resp. i jako zdroje *lex mercatoria*, jsou součástí ty, které jsou vytvářeny na jiné úrovni než jednotlivým obchodníkem pro realizaci jeho obchodů (typicky prodejní či nákupní obchodní podmínky atd.). Kdy se tyto objevují? V průběhu 19. století se stále více projevuje tlak na rozvíjení takových forem sjednávání smluv, které zabezpečí na jedné straně rychlé, nekomplikované uzavření smlouvy, a na straně druhé dostatečnou právní a ekonomickou jistotu stran. Typickým jevem v oblasti právní se stává standardizace smluvních podmínek a přesun ke standardizovaným formulářům smluv či podmínek do smluv vkládaných. Strojová velkovýroba tak vede nejen k technické, ale i k právní standardizaci, která je zpravidla diferencována podle jednotlivých druhů zboží. V počátečním období byly známy zejména standardizované kontrakty a podmínky pocházející od velkých asociací jako byly London Corn Trade Association (LCTA) či Waren Vereins der Hamburger Börse. Oblast jejich použití byla široká. Již ve 20. letech 19. století se objevuje v souvislosti se zámořským obchodem s některými surovinami typu obilí, krmiva, káva, guma, cukr atd.

⁴¹ Vzorové formulace, bez vazby na národní právo či unifikovanou úpravu: ICC FORCE MAJEURE AND HARSHIP CLAUSES 2020. *ICC International Chamber of Commerce* [online]. [cit. 10. 5. 2022]. Dostupné z: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/07/icc-force majeure-introductory-note.pdf>

⁴² Obchodní podmínky jsou předem zpracované, písemné, standardizované texty termínů, obsahující zpravidla údaje o jakosti, záručních lhůtách, odpovědnosti, přechodu vlastnického práva a nebezpečí, platební údaje, rozhodčí klauzuli, klauzuli o výběru rozhodného práva atd., tj. údaje, které lze vypracovat pro neurčité množství sobě navzájem podobných obchodních operací. Co do své vnější podoby jsou uváděny na formuláři (například na zadní straně nabídky, objednávky, proforma faktury atd.).

⁴³ Formulářová smlouva se liší od obchodních podmínek jednak skladbou (obsahuje část individualizovanou zahrnující údaje jedinečné pro každou operaci a část obsahující dodací podmínky, které se stávají součástí smlouvy skrze doložku o jejich včlenění), jednak vnější formou.

konstatování, že tyto obchody jsou plně ovládnány formuláři.⁴⁴ Díky rozmachu standardních podmínek a smluv se i ve starší literatuře objevil názor o existenci formulářového práva. Zejména v 60. letech minulého století jsme se setkávali s těmito standardizovanými dokumenty vytvořenými nejen různými podnikatelskými svazy, ale i na úrovni mezinárodních organizací.⁴⁵ Jako příklad lze uvést obchodní podmínky Evropské hospodářské komise Spojených národů (EHK OSN) věnující se dodávkám investičních celků.⁴⁶ Aktuálně lze poukázat např. na podmínky FIDIC⁴⁷ a na podmínky GAFTA⁴⁸, FOSFA⁴⁹. I když jde svou povahou o stejný typ aktivit, podmínky se liší jak ambicí směrem ke svému využívání, tak i vazbou procesní. V prvním případě jsou podmínky používány obecně, bez nutné vazby na uvedenou organizaci. Ve druhém naopak využívané v rámci obchodních aktivit vázaných na tuto organizaci, a navíc využívající i rozhodčí soud vytvořený v rámci této organizace.

Moderní doba přinesla i nové prostředky. Na myslí tím máme prostředky typu Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT či Principy evropského smluvního práva (PECL). A možná i **další soubory právních pravidel**, které se objevují v dalších regionech. Jako příklad lze uvést Principy latinsko-amerického smluvního práva (PLACL), které v podstatě sledují stejnou myšlenku jako unijní PECL.⁵⁰ Jejich základním společným rysem je vznik mimo legislativní

⁴⁴ DROBNIG, U. Standard Forms and General Conditions in International Trade; Dutch, German and Uniform Law. In: VOLSKUIL, C. C. A., WADE, J. A. (eds.). *Hague-Zagreb Essays on the Law of International Trade*. T. M. C. Asser Instituut, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, s. 119. K další literatuře BOGGIANO, A. *International Standard Contracts: The Price of Fairness*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991, 339 s.; ROZEHNALOVÁ, N. *Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě*. Brno: Masarykova univerzita, 1991, s. 14 a násled.

⁴⁵ Stranou necháváme dodací podmínky vytvářené na úrovni států. Konkrétně Všeobecné dodací podmínky Rady vzájemné hospodářské pomoci, povinně užívané pro dodávky zboží na základě kupní smlouvy mezi členskými státy této mezinárodní ekonomické organizace. Samozřejmě ty bychom spíše přirovnali k mezinárodním smlouvám *sui generis*, nikoli k soft law tak, jak jej zde uvádíme.

⁴⁶ RŮŽIČKA, J. *Standardní obchodní podmínky EHK OSN*. Praha: Československá obchodní a průmyslová komora, 1974, 251 s.

⁴⁷ Jako organizace působící zejména v oblasti stavebnictví. Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils. *FIDIC* [online]. [cit. 10. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.fidic.org>

⁴⁸ Jako organizace působící v oblasti obilovin. The Grain and Feed Trade Association. *GAFTA* [online]. [cit. 10. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.gafta.com>

⁴⁹ Jako organizace působící v oblasti olejů a tuků. Federation of Oils, Seeds and Fats Associations. *FOSFA* [online]. [cit. 10. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.fosfa.org>

⁵⁰ MOMBERG, R., VOGENAUER, S. The Principles of Latin American Contract Law: Text, Translation, and Introduction. *Uniform Law Review*. 2018, roč. 23, č. 1, s. 144–170.

činnost státu či států s tím, že systematicky upravují oblast závazkových vztahů. A neomezujících se na určitou komoditu či jen výsek otázek. Z tohoto důvodu se zde setkáváme i s termínem „soukromé kodifikace“.

Uvedené soubory mohou teoreticky plnit řadu funkcí: jsou způsobilé tvořit „právní pozadí“ konkrétní smlouvy a v podstatě bez vazby na národní právo působit jako její právní regulace; jsou způsobilé vyplnit mezery jiných, a to i unifikovaných úprav; mohou napomoci v interpretaci pojmů; jsou způsobilé regulovat, v případě jejich výběru, mezinárodní obchodní transakci.⁵¹ Nebo, díky komparativnímu vzniku, je lze hodnotit jako obecnou část transnacionálního smluvního práva.⁵² A samozřejmě mohou působit jako model pro zákonodárce.⁵³ Nejenže svou podobou a komplexností připomínají kodifikované úpravy, ale v řadě ohledů je překonávají právě pro oblast mezinárodních transakcí.⁵⁴ Kombinace smlouvy, unifikované úpravy typu Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží anebo i standardizovaných podmínek a těchto zásad či principů umožní velmi výrazné odpoutání se od konkrétního národního právního řádu a pro strany jsou způsobilé zprostředkovat právní úpravu, která je „právně neutrální“ a dostupná bez zatížení národní judikaturou či národními konstrukty. To platí především pro Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT.⁵⁵ I když unijní prostředí kladlo velké naděje

⁵¹ BONELL, M. J. The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*. 2018, roč. 23, č. 1, s. 15–41.

⁵² MICHAELS, R. Umdenken für die UNIDROIT Prinzipien – Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil der transnationalen Vertragsrechts. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2009, roč. 73, s. 885–887; MICHAELS, R. The UNIDROIT Principles as Global Background Law. *Uniform Law Review*. 2014, roč. 19, č. 4, s. 643–668.

⁵³ Zde srovnej např. Preambuli Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.

⁵⁴ VISCHER, F. The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts. *European Journal of Law Reform*. 1999, roč. 1, č. 3, s. 211.

⁵⁵ Dnes se objevují pravidelně rozhodnutí, v nichž se „pracuje“ s těmito zásadami. Ať již výlučně, nebo v kombinaci s mezinárodními úmluvami jako je Vídeňská úmluva, resp. jako výraz *lex mercatoria* (Nález ICC č. 10385 z roku 2002. – ICC International Court of Arbitration, Paris 10385. *UNILEX* [online]. [cit. 16. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/1063>, anebo dokonce jako demonstrace toho, že řešení dosažené dle národního práva neodporuje řešení, které by bylo přijato na mezinárodní úrovni (*Ad hoc* Arbitration (Uruguay) ze dne 30. 12. 1998. *UNILEX* [online]. [cit. 16. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/1187>). Blíže ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., KYSELOVSKÁ, T. *Právo mezinárodního obchodu včetně problematiky mezinárodního rozhodčího řízení*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 477–490.

do Principů evropského smluvního práva, vyvolaly diskuse a zájem spíše v akademickém než obchodním prostředí.

Kodexy jednání jsou nejenom jedním z prostředků řazených do soft law, ale v řadě konceptů se dostávají do pozice zdroje *lex mercatoria*, zejména pokud jde o vyjádření jistých etických hodnot, vzorů a pravidel pro mezinárodní spolupráci. Mohou stranám sloužit k získání znalosti o ideách chování a do budoucna napomoci k vytváření norem chování v této oblasti. Bývají zpracovávány mezinárodní organizací či institucí typu svaz obchodníků. Jako příklad lze uvést: International Code of Conduct on the Transfer of Technology, UNCTAD – vyjadřující etické principy vztahů firem z rozvinutých a rozvojových států v oblasti předávání technologií; International Code on Marketing of Breastmilk Substitutes, WHO; International Code of Sales Promotion Practice, ICC; International Code of Advertising Practice, ICC; International Code of Practice on Direct Marketing, ICC; International Code on Sponsorship, ICC; Bribery in Business Transactions, ICC; International Code of Direct Selling, ICC; International Code of Environmental Advertising, ICC. Lze zde řadit rovněž různé fair trade kodexy tak, jak se v praxi objevují.

Obecné zásady, resp. principy právní. Jak v právní literatuře, tak i v judikátech mezinárodních rozhodčích soudů se setkáváme s termínem „obecné zásady právní“. Definovány a uchopeny jsou ovšem různě. Např. elektronická encyklopedie věnovaná obchodnímu právu uvádí, že „*obecné principy právní jsou právní standardy odvozené z právních norem cestou induktivního zobecnění. Prameny tohoto procesu indukce mohou být vzaty z daného konkrétního právního systému*“⁵⁶. Takto se s nimi dnes setkáváme v oblasti unijního práva, konkrétně při interpretaci, resp. naplňování pojmů využitých v kolizních a procesních předpisech.⁵⁷ A lze je samozřejmě generovat i v naší sledované oblasti. Zde spíše jako komparativně uchopené zásady. Zde ze starších autorů uvádí např. Goldman tyto jako „*principy, které jsou společné všem, nebo alespoň většině*

⁵⁶ METZGER, A. General Principles of Law. *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* [online]. [cit. 9. 10. 2022]. Dostupné z: https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/General_Principles_of_Law

⁵⁷ ROZEHNALOVÁ, N., DRLÍČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T., VALDHANS, J. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 37–41.

národních právních řádů“.⁵⁸ Nebo zajímavou definici podává Chukwumerije, když uvádí, že „*obecné zásady jsou součástí lex mercatoria, neboť jsou obecně akceptovány a formují jistý druh universální praxe, které strany mezinárodních obchodních transakcí obecně přijímají jako regulatorní rámec*“.⁵⁹ Konkrétní formulované principy nalézáme na stránkách vedených týmem věnujícím se dlouhodobě problematice *lex mercatoria* – *Center for Transnational Law* u Právnické fakulty Univerzity v Kolíně nad Rýnem.⁶⁰

Alespoň zmínku je třeba udělat směrem k **mezinárodním unifikačním smlouvám**, které nevstoupily v platnost. Samozřejmě, svou povahou nenáleží do oblasti soft law, jde o typický prostředek legislativních aktivit států. Nenáleží ani do oblasti nestátních prostředků. Právě naopak. Nicméně se objevují názory, které je uvádějí jako zdroj *lex mercatoria* tam, kde státy úmluvu neratifikovaly a strany ji využijí pro právní regulaci své smlouvy.⁶¹ V podstatě jako obdobu standardních podmínek. Samozřejmě mohou tyto aktivity souviset i s jinými zdroji nestátního práva, zejména potom s obecnými zásadami. Což je dáno i procesem jejich vzniku.

Vedle již oněch uvedených, na nichž se většina literatury shoduje, se objevují další. Konkrétně v některých pracích autorů jako jsou Lew (s odkazem na rozhodnutí Mezinárodní obchodní komory v Paříži či námořní arbitráž a tam vydané rozhodčí nálezy), Lando⁶² či Carbonneau se setkáváme s publikovanými rozhodčími nálezy. Příznivci argumentují existencí principů, které jsou přijímány obecně a vznikly či byly rozvinuty v arbitrážní praxi

58 GOLDMAN, B. The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria. In: LEW, D. M. J. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. London: School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986, s. 115.

59 CHUKWUMERIJE, O. *Choice of Law in International Commercial Arbitration*. Westport, Connecticut: Quorum Books, 1994, s. 112. Dále viz také PRYLES, M. Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *UNSW Law Journal*. 2008, roč. 31, č. 1, s. 321–323 s odkazem na principy navržené Mustillem či Bergerem. Rovněž Goode v GOODE, R. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1997, roč. 46, č. 1, s. 15–19.

60 *Trans-Lex Law Research* [online]. [cit. 10. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.trans-lex.org>

61 LANDO, O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1985, roč. 34, č. 4, s. 749; WILKINSON, V. L. D. The New Lex Mercatoria – Reality or Academic Fantasy? *Journal of International Arbitration*. 1995, roč. 12, č. 2, s. 109.

62 LANDO, O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1985, roč. 34, č. 4, s. 747.

jako jsou dobrá víra, povinnost zmírnění škod, povinnost k dalším jednáním, *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, vyšší moc, hardship atd. Nicméně zde jde o názor spíše okrajový. Ať již pro nízkou publikaci nálezů, či publikaci nikoli komplexní, kdy známe spíše jen abstrakt, nikoli skutkovou podstatu a důkazy atd.⁶³

Shrneme-li výše uvedené, lze základní nestátní prostředky dle jejich vzniku a povahy rozdělit do tří skupin:

- a) vzniklé v komunitě obchodníků s tím, že jde o pravidla výlučně zvyklostního původu. Do této skupiny spadají mezinárodní obchodní obyčeje;
- b) vzniklé v komunitě obchodníků a následně uměle dopracované, či uměle zpracované. Typickým příkladem je zde Mezinárodní obchodní komora v Paříži a INCOTERMS. Dále také Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy, Jednotná pravidla pro dokumentární inkasa, Jednotná pravidla pro záruky vyplatitelné na požádání (URDG 758) atd. Lze sem řadit i různé produkty typu formulářové smlouvy či formulářové podmínky, jako jsou v mezinárodní komunitě uznávané GAFTA, formulářové smlouvy či FIDIC. Tedy ty, které vznikají nikoli na úrovni kontraktační jednotlivých obchodníků. Do této skupiny bychom řadili i obecné zásady právní ve smyslu zásad odvozených na průsečíku národních i mezinárodních úprav;
- c) vzniklé za ingerence či pomoci státu či různých mezinárodních organizací, na nichž se podílí stát. 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, PECL či další iniciativy).⁶⁴ V rámci této naposledy uvedené skupiny,

⁶³ K této otázce a s odkazem na uvedené autory WILKINSON, V.L.D. *The New Lex Mercatoria – Reality or Academic Fantasy?* *Journal of International Arbitration*. 1995, roč. 12, č. 2, s. 112–113. Přímou potom CARBONNEAU, T.E. *Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of a Common Law of International Transactions*. *Columbia Journal of Transnational Law*. 1985, roč. 23, s. 579–614 se závěrem rezonujícím k *lex mercatoria*: “As a consequence, the process eventually should come to satisfy its substantive mission and fulfill the ‘aspiration’ toward a new type of law that it embodies, the *lex mercatoria*”.

⁶⁴ Zde jsme využili členění z naší jiné práce, která byla rovněž věnována aspektům a vztahům pozitivního práva a nestátního práva: ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 232.

kdy jsou pravidla vytvářena spíše na úrovních mezistátních subjektů, je třeba ovšem třeba rozlišovat ty, které mají způsobilost regulovat vztahy přímo (a tím působit i jako rozhodné právo), a ty, které jsou spíše vzorem, resp. z nichž jsou např. odvozovány jiné prostředky, např. obecné zásady právní atd.

I.4 Procesní stránka problému, aneb opět krátký vhled

Pokud budeme dále hovořit o problému *lex mercatoria* jako o soft law v oblasti vztahů mezi mezinárodními obchodníky, jejichž předmětem jsou jejich vzájemné závazkové vztahy, budeme z pohledu procesního hovořit zejména o rozhodčím řízení. Pro ty, kdo se zabývají déle touto problematikou, to není překvapivé. Jen letmý pohled do literatury nám ukazuje řadu článků typu: *lex mercatoria* a mezinárodní rozhodčí řízení, *lex mercatoria* a jeho uplatnění v mezinárodní arbitráži, *lex mercatoria* jako rozhodné právo v řízení před rozhodci, Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (Newyorská úmluva) a *lex mercatoria* a další a další témata.⁶⁵ Ve všech případech je zdůrazňováno, že je to především mezinárodní rozhodčí řízení, v rámci něhož je využíváno pro řešení sporů v části merita sporu ať již nestátních prostředků, nebo přímo konceptu *lex mercatoria* jako rozhodného práva. Pro řešení sporů před soudy obecnými je toto okrajové téma. I když v rámci integračního konceptu, kdy začleňujeme *lex mercatoria* do rámce norem pozitivního práva, jsou minimálně jednotlivé prostředky plně uplatnitelné tam, kde nejsou v rozporu s kogentními normami rozhodného práva. Nebo při vyplnění mezer unifikovaných úprav či dokonce při interpretaci ustanovení smlouvy.

V rozhodčím řízení je to poněkud jiné. Podobně jako vznik jednotlivých nestátních prostředků klademe do minulosti, zpravidla do období rozmachu obchodu v raném středověku, je to i rozvoj arbitráže jako způsobu řešení sporů soukromými osobami, kterou klademe hluboce do minulosti. To je nicméně vše, co lze o historii obchodní arbitráže přesně uvést. Slovy Wolavera

⁶⁵ PRYLES, M. Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *UNSW Law Journal*. 2008, roč. 31, č. 1, s. 319–329; CARBONNEAU, T. E. *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. The Hague: Kluwer Law International, 1998, 296 s; ELCIN, M. Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice. *European University Institute* [online]. 461 s. [cit. 7. 8. 2022]. Dostupné z: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/25204/2012_ELCIN_Vol1.pdf

je původ obchodní arbitráže ztracen v minulosti. Uvádí řadu příkladů ze starověkých společností či kmenových společenství, kde dochází k oslovení významných a vážených osobností za účelem řešení sporů. A to vedle možností využití soudů spojených se státem. Nicméně první hmatatelné stránky signalizující existenci arbitráže v našem smyslu spojuje až se vznikem kupec-
kých gild v raném středověku.⁶⁶ Toto hledání kořenů a vymezování se proti různým typům soudů nalézáme v řadě dalších prací. Souborná práce autorů Růžičky, Dostalíka, Poláčka a Nováka hovoří jak o *lex mercatoria*, tak o rozhodčím řízení ve vazbě přímo na římské právo. Tam vidí, když ne kořeny, tak rozvinutí osob rozhodců v pozici *iudex privatus*, tak i *iudex arbiterve*.⁶⁷

Nicméně se vrátíme spíše do novověku. Z hlediska vymezení a etapizace je v této souvislosti zajímavé vymezení uvedené v článku a knize Schinaziho „*The Three Ages of International Commercial Arbitration and the Development of the ICC Arbitration System*“. V ní se objevují tři etapy členění rozvoje arbitráže: věk aspirace (1780-1920), věk institucionalizace (1920-1950) a věk autonomie (1950 do dnešních dnů). Poslední fáze se váže k řadě aspektů, konkrétně také k otázce, která nás zajímá, a to je otázce *lex mercatoria* jako rozhodného práva.⁶⁸ Proč právě rozhodčí řízení u Mezinárodní obchodní komory je námi tak zdůrazňované? A v řadě argumentů se využívá právě rozhodnutí tohoto rozhodčího soudu? Je to především celosvětový dopad a prestiž rozhodčího řízení u této instituce, nesporně ovlivňující náhled na řadu otázek a na celkovou autonomii mezinárodního rozhodčího řízení na právu státu. Je to ovšem také nesporně vypracovaný systém přijímání rozhodnutí a publikace rozhodčích

⁶⁶ WOLAVER, E. S. The Historical Backround of Commercial Arbitration. *University of Pennsylvania Law Review*. 1934, roč. 83, č. 2, s. 132–146. Podobně JONES, S. E. Historical Development of Commercial Arbitration in the United States. *Minnesota Law Review* [online]. 1928, s. 240–262 [cit. 9. 10. 2022]. Dostupné z: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/2296>. Autorka zde sahá ke starověkému Recku a uvádí příklady situací, kdy se nám objevují instituty s obdobnými rysy. Nicméně, dnešní znalost starověkých společností sahá mnohem dále. Vzhledem k hmotným nálezům lze předpokládat poměrně bohatou výměnu zboží zejména v ose Asie – Evropa. A naopak vzhledem k neexistenci písemných dokumentů málo víme o řešení sporů. Nicméně onen přirozený způsob řešení – nalezení důvěryhodné osoby, znalé prostředí, zjevně spíše náleží minulosti oproti uplatnění moci státní, královské či obdobné.

⁶⁷ RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 179–185.

⁶⁸ SCHINAZI, M. *The Three Ages of International Commercial Arbitration and the Development of the ICC Arbitration System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, 352 s.

nálezů, co přispívá k předvídatelnosti rozhodování tohoto tělesa. To vše nás vede k tomu, že je i v knize rozhodčí řízení u Mezinárodní obchodní komory využíváno jak pro argumentaci, tak pro demonstraci některých otázek.⁶⁹

Nicméně neopomíjíme ani to, že rozhodčí řízení je realizováno jak na institucionální, tak i *ad hoc úrovni* napříč státy a napříč i různými svazy či organizacemi mezinárodních obchodníků. Co je pro ně společné natolik, že právě u *lex mercatoria*, resp. nestátních prostředků akcentujeme pozici tohoto řízení oproti řízení před soudy obecnými? A celkově není napadán názor, který naši problematiku umístí uje k řízení před rozhodčí? Jde o následující otázky, které jsou pro mezinárodní (a v některých případech i vnitrostátní) rozhodčí řízení natolik specifické oproti řízení soudnímu, že je možné minimálně teoreticky uvažovat o aplikaci námi sledovaného konceptu:

- a) Princip autonomie vůle stran, široce ovládající rozhodčí řízení ve všech jeho etapách a fázích. Jde jak o samotné podřízení se rozhodčímu řízení, které závisí na stranách a jejich vůli. Je to vliv na sudiště a jeho určení; na rozhodné právo pro meritum sporu; na rozhodné právo, případně alespoň na určitá procesní pravidla; vliv na řadu organizačních otázek včetně výběru rozhodců; vliv na typ rozhodčího řízení ve smyslu různých variant jako je *ad hoc* či institucionalizované; nebo vliv rozhodování typu *amiable compositeur*. A řadu dalších otázek.
- b) Je to zásadní vliv stran či rozhodců na určení rozhodného práva. Vliv, který není přezkoumatelný v rámci procesů mimo rozhodčí řízení jako je návrh na zrušení rozhodčího nálezu či návrh na odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu. Jsou to výše uvedení aktéři, zejména potom strany, které pokud určí, že spor bude rozhodován např. primárně dle některého z nestátních prostředků namísto rozhodného práva, tak je prakticky jejich vůle nenapadnutelná.
- c) Je to zásadní úvaha, která není nikterak zpochybňována, že přednostní aplikace nestátního práva před právem státu – na mezinárodní úrovni před úvahami kolizními – neznamená důvod pro odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu.

⁶⁹ GRODL, L. “Rules of Law” and Lex mercatoria Determination Under the Auspice of ICC Arbitration. In: MALACHTA, R., PROVAZNÍK, P. (eds.). *Cofola International 2021: International and National Arbitration – Challenges and Trends of the Present and Future*. Brno: Masarykova univerzita, 2021, s. 275–299.

Rozhodčí řízení, resp. mezinárodní rozhodčí řízení tak je základním a zásadním rámcem, v němž bude celá problematika posuzována.

1.5 Nastínění výzkumných otázek

Předložená práce, po letech diskusí na oddělení mezinárodního práva soukromého na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně, se vrací k některým otázkám, které doprovázejí jev existence nestátních prostředků a které je dobré si opět, po určitém čase, připomenout a vyhodnotit. A také uvést případné změny v samotných nestátních prostředcích včetně případných posunů v jejich uchopení. A možná zmapovat literaturu, která se zabývá danými prostředky a jejich doktrinárním uchopením. V podstatě trošku zjednodušeně je možné hovořit o pozici nestátního práva v oblasti mezinárodního obchodu v 21. století jako století vrcholící globalizace vztahů v mezinárodním obchodě a nástupu její eroze. Současně také období dále zesilujících zásahů ze strany států do oblasti mezinárodních obchodních vztahů. Mezinárodní válečné konflikty, které po období let 2020–2022 jako období zásahů z důvodu COVID-19, přicházejí v roce 2022, dále zasahují rozhodujícím způsobem oblast mezinárodního obchodu a přinášejí jejich další erozi. Vedle základních regulací tak výrazněji než dříve vystupují instituty reflektující obtížnost plnění, vyšší moc, státní zásahy formou zákazů určitých aktivit. To nesporně ovlivňuje, zejména pokud jde o zásahy z oblasti hospodářského práva, resp. šířeji veřejného práva i rámec autonomie vůle stran, který je charakteristický pro danou oblast vztahů mezi obchodníky.

Výše uvedený stav, kterým jsme chtěli naznačit prostředí, ve kterém se pohybujeme a chceme pohybovat, nám vymezuje také základní otázky, kterým se práce v jednotlivých kapitolách bude věnovat: soft law v mezinárodním obchodě, jeho doktrinární uchopení, pozice v kontraktační a rozhodovací praxi včetně uvedení dalších prostorů, kde se můžeme setkat s širokým využíváním nestátních prostředků. To je okruh, který se pokusíme zmapovat. Otázkou je, jak začít a jaké otázky chceme konkrétně řešit.

V prvé řadě považujeme za vhodné uvést historický vývoj *lex mercatoria*, resp. nestátního práva v oblasti mezinárodního obchodu. Jde o jistý pohled zpět, kdy si připomínáme onen středověký systém *lex mercatoria* (spíše naznačený dnešním pohledem a možná trochu v literatuře idealizovaný

či nadhodnocovaný⁷⁰) až po současné využívané prostředky, etapy vývoje prostředků a také naznačení stávajících konceptů tak, jak se nám objevují od cca 60. let 20. století. A to jak bez přímých vazeb na pozitivní právo, tak i s vazbami v podobě, jak jsou uváděny do mezinárodního diskursu.

Pohled zpět je vždy pohledem zkresleným. Současnými kritérii hodnotíme jevy dávno minulé a vzhledem i ke kusým informacím v primárních zdrojích či aktuální literatuře je mnohdy dále nadhodnocujeme, nebo je z neznalosti podhodnocujeme. A současně do jisté míry oslnění snahou po pojmovém začlenění a racionálním uchopení se snažíme hledat shodné rysy a řadit jevy pod stejné termíny. Na druhé straně – vše má někde počátek. A to i myšlenky a hodnocení. Minimálně nám historizující pohled ukáže další rozměr jevů, které dnes považujeme za samozřejmé. A je jich celá řada, které se objevují v jisté fázi vývoje a formování vazeb na právo státu. Typicky využívání formulářových smluv jako prostředku moderní komunikace, která ovládla jak zájmové skupiny a svazy, tak i jednotlivé obchodníky, patří k těm, které vznikaly původně na počátku zejména 19. století. A podobné je to i s dalšími prostředky, které dnes přijímáme zcela samozřejmě.⁷¹ Např. u obchodních obyčejů, resp. zvyklostí, které byly využívány hluboce v minulosti a dnes jsou vnímány i v jiných podobách jako jsou obchodní termíny.⁷² Samozřejmě z pohledu procesního uvádění s akcentováním právě vazeb na praxi v rozhodčím řízení a sílu rozhodovací praxe, která využívá nestátní prostředky v různých podobách. Ano, jsme si plně vědomi oné ošidnosti spojování onoho středověkého jevu *lex mercatoria* se současnými prostředky a koncepty. Ostatně kritik přístupu

⁷⁰ Nelze si tímto nepřipomenout odkaz Michaelse na práci Bewese s tak příznačným názvem „The romance of *lex mercatoria*“, vyjadřující mnohdy ono okouzlení z existence systému pravidel. BEWES, W. A. *The Romance of the Law Merchant: Being an Introduction to the Study of International and Commercial Law With Some Account of the Commerce and Fairs of the Middle Ages*. London: Sweet & Maxwell, 1923, 148 s. (reprint 1986); MICHAELS, R. The True *Lex Mercatoria*: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 447–468.

⁷¹ ROZEHNALOVÁ, N. *Standardizované formy uzavírání smluv v mezinárodním obchodě*. Brno: Masarykova univerzita, 1991, s. 14–16.

⁷² Nelze alespoň krátce neodkázat na práce Malynese (MALYNES, G. *Consuetudo Vel Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant*. London: Adam Islip, 1622, 501 s.) analyzovanou ve studii RUYSSCHER, D. de. Conceptualizing *Lex Mercatoria*: Malynes, Schmitthoff and Goldman compared. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2020, roč. 27, č. 4, s. 465–483. Vedle komparace přístupu tří autorů analyzuje právě úvahy autora 17. století Geralda Malynese týkající se pozice obchodních zvyklostí a vazby na *ius gentium*.

a poukazů na neexistenci onoho mýtického středověkého *lex mercatoria* nalézáme v literatuře řadu. S argumenty naprosto přesvědčivými a přijatelnými. Nicméně doufáme, že naše vysvětlení o počátku, o jistých odvozených znacích a jak to někteří autoři označují „o mýtech *lex mercatoria*“ je dostačující pro uvedení i této kapitoly, hovořící právě o počátku.⁷³

Upozornit je nutné také na to, že vlastně i samotný akcent na pojem *lex mercatoria* je ošidný. Byť právě v akademické literatuře zabývající se námi sledovanou problematikou je nejpočetněji zastoupen. A my sami jej s výjimkou případů silně akcentujících transnacionální povahu využíváme rovněž. V literatuře má totiž v závislosti i na právní geografické oblasti více významů. Např. je využíván v anglické právní literatuře k označení jevu *lex mercatorum* jako jevu existujícího ve středověké Británii. Jednak je používán obecně právě pro označení systému středověkých obyčejů nevázaných na konkrétní stát a zákonodárce a společných určité komunitě. A vlastně je dnes spíše vnímán jako pojem akademický, označující onen autonomní systém pravidel způsobilých regulovat vazby mezi mezinárodními obchodníky. Používáme ho zaměnitelně s termínem soft law (myšleno v oblasti mezinárodního obchodu).

Historický vhled nám umožní uchopit následující jádro publikace. Ta bude zaměřena na zodpovězení následujících okruhů otázek:

- a) Prvý z okruhů je věnován naznačeným dvěma proudům, a to transnacionálnímu přístupu, kdy je akcent dán na existenci právních pravidel vzniklých napříč právními řádů, a přístupu integračnímu, kdy nahlížíme na systém nestátního práva pohledem práva státního, a to kolizního či hmotného. Dva z autorů této práce totiž sdílejí rozdílný pohled na povahu a aplikaci nestátních prostředků. Proto považujeme za vhodné prvou část publikace takto uvést. Deskripce a analýza obou proudů, které zde s jistou mírou zjednodušení vidíme, nám napomůže zodpovědět prvou výzkumnou otázku: Nakolik je aplikace nestátních prostředků právní úpravy závislá ve fázi kontraktační a ve fázi řešení sporů na aplikované doktríně. Z pohledu procesního se budeme věnovat především řešení před rozhodčími soudy (kde lze vidět základní

⁷³ Výstižný diskurs viz MICHAELS, R. Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship. *Texas Law Review*. 2012, roč. 90, č. 5, s. 259–268, v reakci na článek KADENS, E. The Myth of the Customary Law Merchant. *Texas Law Review*. 2012, roč. 90, č. 5, s. 1153–1206.

prostor pro využití). Jen okrajově, a spíše v rámcovém rozměru, tam kde je to aktuální, také před soudy obecnými.

- b) Ve zvláštní části práce bychom se věnovali vybraným segmentům zdrojů právní úpravy tak, jak se v aktuální době objevují. Výzkumná otázka zde bude směřovat k ověření toho, jak se v aktuální době vyvíjí v různých oblastech tyto prostředky a která z oblastí vykazuje, a zda vůbec, dynamiku v jejich využívání. Vybrány byly tři prostředky, které mají zřetelné a neoddiskutovatelné zastoupení v praxi mezinárodního obchodu: INCOTERMS, Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy a formulářové podmínky vytvářené mezinárodním svazem obchodníků, zde konkrétně GAFTA. Vybrány tyto tři byly záměrně z následujících důvodů. INCOTERMS jsou prostředky přímo využívané obchodníky a přepravními společnostmi v míře mimořádné a jejich pozice je neoddiskutovatelná. Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy, podobně jako další obdobné produkty Mezinárodní obchodní komory v Paříži, byly vytvořeny ve spolupráci s bankami, jimi jsou využívány a jejich vliv na nejen využívané smlouvy at' již mezi obchodníky, nebo mezi bankami a obchodníky, je zásadní. Natolik, že přijímané právní úpravy vytvářejí prostor pro jejich aplikaci. Třetí prostředek je zajímavý z jiného pohledu. Uvedené formulářové smlouvy mají zajímavé propojení na rozhodčí řízení v tom smyslu, že spory ze smluv jsou směřovány k rozhodčímu soudu tohoto svazu. Tím se vytváří do jisté míry svébytný systém regulace a případného posuzování nároků. Nicméně, a to je zajímavé rovněž, vytvářejí pre-sumpci vazby na anglické právo, jako právo státu.
- c) Opomenuty nezůstanou ani oblasti výrazněji „zasazené“ vedle práva soukromého i do práva veřejného. Pro tuto demonstraci jsme si vybrali dvě oblasti: oblast práva duševního vlastnictví a oblast měnového práva. Základním cílem zkoumání zde je, nakolik se i v oblastech dominance veřejného práva mohou uplatnit prostředky náležející k soft law, jaká je jejich role a v závislosti na jejich specifickém obsahu, co přinášejí inovativního či překvapivého pro danou problematiku. V těchto oblastech to pro nás není nutně zkoumání *lex mercatoria*, nýbrž je to širší otázka uplatnění soft law a hledání jeho smyslu i v těchto netradičních oblastech.

V případě práv z duševního vlastnictví se zaměříme na soubory pravidel zahrnujících problematiku kolizí a procesního práva. Zde totiž, podobně jako je tomu u Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT či PECL, existují různé, na úrovni komparativní vzniklé, soubory právních pravidel. Konkrétně budou zkoumány dva soubory: *CLIP Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property* a *ALI Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgements in Transnational Disputes*. Oproti výše zmíněným Zásadám mezinárodních smluv UNIDROIT sehrávají roli jinou, nicméně rovněž významnou. Základní otázka zde tak bude směřována do dvou směrů. V prvé řadě to je vyhodnocení smyslu a významu těchto pravidel. Dále potom otázka, která silně ovládá oblast kolizních řešení, zde ve vazbě na práva duševního vlastnictví: tj. jakým způsobem nestátní prostředky úpravy v oblasti kolizního řešení práv k duševnímu vlastnictví s mezinárodním prvkem reflektují požadavek právní jistoty na jedné straně a flexibility řešení na straně druhé.

Druhý z okruhů, měnové právo, se liší. Ústřední výzkumná otázka směřuje ke zjištění, zda existuje prostor pro nestátní právo, potažmo *lex mercatoria* tam, kde se závazky ze smluv dotýkají měnového práva a měnových opatření států. Otázka se stala u naposledy jmenovaného aktuální mimo jiné i v souvislosti s posledním vývojem ve vazbách sankcí a jejich opětování ve vazbě na Rusko a státy zejména severní Ameriky a Evropské unie.

- d) Náš pohled bude doplněn i pohledem procesním. Existuje řada otázek od použití *lex mercatoria* pro rozhodování sporu až po meze dané veřejným pořádkem v případě uznání a výkonu rozhodčího nálezu. V naší publikaci jsme se rozhodli využít prakticky u dvou autorů otázku směřující ke zvláštním formám rozhodování sporu v rozhodčím řízení a aplikaci *lex mercatoria*. Zejména podrobně bude v naší souvislosti zkoumána problematika *amiable compositeur*.