

### III TRANSNACIONÁLNÍ POHLED NA NESTÁTNÍ PROSTŘEDKY A POZICE *LEX MERCATORIA*\*

#### III.1 Úvod

Nestátní prostředky představené v úvodu této publikace jsou tradičně předmětem akademické diskuse i diskuse odborníků z praxe. Uchopení nestátních prostředků je v této publikaci představeno na několika úrovních, zejména na úrovni kolizní a hmotněprávní, případně také na úrovni procesní. Toto dělení je veskrze klasické, pozitivněprávní, známé obecnému mezinárodnímu právu soukromému. V této kapitole se pokusíme identifikovat a představit další úroveň – úroveň transnacionální. Klasické třístupňové dělení a uplatnění nestátních prostředků bude podrobně rozebráno v kapitole věnující se integračnímu pohledu. Tato kapitola má naopak za cíl představit transnacionální přístup k uplatnění nestátních prostředků na úrovni rozhodného práva, se kterým se pojí zjevný problém identifikace obsahu jednotlivých prostředků. Nejasnost obsahu jednotlivých nestátních prostředků poté přináší specifické problémy jak ve fázi kontraktační, tak ve fázi rozhodování sporů. Transnacionální přístup je pro praktické využití obtížněji uchopitelný, neboť na rozdíl od klasického dělení mezinárodního práva soukromého není přímo zařaditelný. Namísto toho se svým vlastním charakterem projevuje ve všech třech úrovních – hmotněprávní, kolizní i procesní. Čím výrazněji je nestátní prostředek abstraktní (obchodní zvyklosti jako abstraktní pramen nestátního práva oproti konkrétnímu pramenu INCOTERMS), tím více je složité identifikovat jeho vlastní normativní obsah. Nadto, oproti pozitivnímu právu neexistuje u transnacionálního práva zákonodárna autorita, která by regulovala obsah a rozsah uplatnění nestátních prostředků v jeho transnacionálním uchopení.

Z našeho pohledu není transnacionální právo, případně transnacionální uchopení nestátních prostředků, neohrazeným vstupem těchto prostředků

\* JUDr. Lukáš Grodl, doktorand, Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of International and European Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [lgrodl@mail.muni.cz](mailto:lgrodl@mail.muni.cz) / ORCID: 0000-0002-8351-8424 / Scopus ID: 57225053139

do právních vztahů. Naopak je to další linie regulace soukromoprávních vztahů s relativně jasným obsahem (znak normativnosti) a jasnou možností uplatnění. Jak obsah, tak rozsah uplatnění transnacionálního práva jsou do značné míry závislé na individuální zásadě autonomie vůle stran. V této kapitole se budeme snažit představit transnacionální pohled na nestátní prostředky formou analytického přístupu k soukromoprávní praxi a prezentovat ověřitelné názorové proudy akademické diskuse.

V úvodní kapitole jsme nastínili základní přehled nestátních prostředků. Již z tohoto rámcového přehledu jednotlivých nestátních prostředků je možné identifikovat prostředky nesoucí konkrétně identifikovatelný obsah normativnosti – standardizované obchodní podmínky, kodexy jednání, obchodní termíny ve formálním pojetí nebo unifikované kodifikace *lex mercatoria*. Druhá skupina prostředků je svým charakterem závislá na vnějších faktorech a jejich obsah je tak do doby nalezení práva abstraktní – mezinárodní obchodní zvyklosti (obyčejje), obchodní termíny v materiálním pojetí nebo obecné zásady (principy) právní.

Zejména druhá skupina nestátních prostředků je svým obsahem pro transnacionální pohled zajímavá. Obsah těchto prostředků závisí na interpretaci a autoritativní aplikaci.

Z pohledu možnosti uplatnění nestátních prostředků ve fázi řešení sporu je neméně důležité také odlišení doktrinálního „umístění“ právního vztahu do rozhodného práva nebo právních norem – subsidiární, přednostní nebo rovnocenná aplikace.

Zde je významné si zároveň uvědomit i závaznost státního práva v dílčích částech smluvního vztahu. Pokud pomineme vstup výhrady veřejného pořádku a imperativních norem, je kontraktační část a dobrovolné plnění smluvních závazků relativně oproštěno od „kontroly“ státním právem. Kontrola státním právem nastává až za situace řešení sporu autoritativním orgánem, tedy v soudním nebo rozhodčím řízení. Až za situace kontroly ze strany autoritativního orgánu je řešeno, nalik jsou zvolené nestátní prostředky k regulaci smluvního vztahu aplikovatelné, a případně zda je nutno je nahradit jiným rozhodným právem. Právě v tomto okamžiku vstupují jednotlivá doktrinální uchopení aplikace *lex mercatoria* do hry.

Plný rozsah aplikace (subsidiární) bude hodnocen v kapitole popisující integrační pohled. Pro transnacionální pohled jsou zajímavější formy rovnocenné nebo přednostní aplikace. Oproti subsidiární aplikaci umožňuje rovnocenná nebo přednostní aplikace nestátních prostředků překonat dvě zásady obecného mezinárodního práva soukromého. Prvou je zásada kolizního určení rozhodného práva. Druhou je paradigma „kolizní právo je kolizí právních řádů států“.

### III.2 Vstup *lex mercatoria* do státního práva mimo transnacionální charakter

Pozitivní právo chápe pojem „právo“ kazuisticky jako právní normy splňující základní materiální znaky (normativnost, obecnost, státní donucení, právní závaznost) a formální znaky (pravomoc a působnost příslušného normotvůrce, publikace) v jejich hierarchickém a aplikačním pojetí se soustavou orgánů přímo určených k výkladu, aplikaci a v jisté míře i dotváření těchto norem.<sup>271</sup> Z této definice můžeme identifikovat dva hlavní rozdíly mezi státním právem a nestátními prostředky (doktrinálně uchopené jako *lex mercatoria*).

- a) Státní právo je z principu vždy kompletní, byť často formou aplikační analogie nebo vyplněním mezer na základě obecných principů.<sup>272</sup> Nicméně, veškeré právní vztahy na území státu je možné regulovat domácím právem bez nutnosti hledání dalších pramenů práva. Naopak *lex mercatoria* je svým obsahem neúplné a reguluje čistě soukromoprávní obchodní vztahy. Nezabývá se tak konotacemi práva ústavního, veřejnoprávní regulací nebo navázáním na další právní normy.
- b) Státní právo určuje hranice mezi právem domácím a cizím. Domácí právo je na kolizní a hmotněprávní úrovni zásadně vždy aplikovatelné. Bylo by nelogické, aby stát omezil možnost použití svého kolizního a hmotného práva ve prospěch cizího práva. Na úrovni procesní je pak

<sup>271</sup> MICHAELS, R., JANSEN, N. Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization. *American Journal of Comparative Law*. 2006, roč. 54, č. 4, s. 886–887.

<sup>272</sup> HAYWARD, B. Paying Attention to Choice of Law in International Commercial Arbitration – or – Why the Conflict of Laws Always Matters. In: DOUGLAS, M., BATH, V., KEYES, M., DICKINSON, M. (eds.). *Commercial Issues in Private International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2019, s. 158.

aplikovatelné bez dalšího. Cizí právo je aplikovatelné v případech, kdy tomu domácí právo svolí.<sup>273</sup> Děje se tomu nejčastěji formou kolizní normy *lex fori*.<sup>274</sup> Zejména dvoustranné kolizní normy *lex fori* jsou svým charakterem recepční normy umožňující aplikaci cizího práva na území jiného státu.<sup>275</sup> Tyto normy musí vždy existovat ve formě formálního pramene práva k možnosti odsunutí domácího práva ve prospěch cizího.<sup>276</sup> Přiznaná autonomie vůle smluvních stran k volbě práva je poté formálním vyjádřením státního práva o možnosti odsunutí domácího práva, tedy možnosti úprav uvnitř vlastního systému a jednotlivých kolizních norem dispozicí s hraničním určovatelem.<sup>277</sup>

Státní právo tedy možnou hmotněprávní aplikaci cizího práva explicitně zakotvuje v domácím právu,<sup>278</sup> to samé činí omezeně i na úrovni kolizní.<sup>279</sup> Nadto umožňuje rozhodování sporů bez aplikace státního práva (domácího i cizího) v rozsahu vydání rozhodnutí na základě subjektivního vnímání spravedlnosti.<sup>280</sup> Stát si tak udržuje autonomii a stabilitu vůči jiným státům skrze vzájemné uznávání vlastních právních řádů a kolektivní alokaci regulatorní moci mezi sebe samé (teritorialita).<sup>281</sup>

*Lex mercatoria*, v kontrastu k recepčním normám státního práva, v žádném ze svých pramenů recepční normy neobsahuje. *Lex mercatoria* neurčuje hranice mezi sebou a jiným právem a v obecné rovině nereguluje své vnější

<sup>273</sup> V ČR je tomu tak skrze přímo aplikovatelná nařízení EU, zákon o mezinárodním právu soukromém nebo zákony se zbytkovou působností.

<sup>274</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 459.

<sup>275</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 209.

<sup>276</sup> Viz *ibid.*, s. 211: „*Jedná se o příkaz vlastního zákonodárce, který jako jediný může uvést nabrání tuzemského práva právem cizím.*“

<sup>277</sup> *Ibid.*, s. 209.

<sup>278</sup> § 23 a 25 zákona o mezinárodním právu soukromém.

<sup>279</sup> § 21 zákona o mezinárodním právu soukromém.

<sup>280</sup> § 119, věta třetí zákon o mezinárodním právu soukromém; Také: „*V takovém případě rozhodci nepostupují podle žádného konkrétního právního řádu, ale na základě svého (nutně subjektivního) vnímání spravedlnosti.*“ – Viz BRÍZA, P. § 119. In: BRÍZA, P. et al. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 694.

<sup>281</sup> Michaels také uvádí, že takovýto systém uznaných práv je kartelem založeným na existenci států podle mezinárodního práva veřejného, který si navzájem vyjadřuje právě onu zdvořilost v uznávání, přičemž už z podstaty věci je nehostinný vůči jiným subjektům, které by chtěly regulovat právo. – Viz MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 462.

mezery. Zároveň, svojí povahou spontánního vývoje na pozadí skutečných obchodních vztahů nemá tendenci se vymezovat vůči jednotlivým státním právním. *Lex mercatoria* ze své podstaty nedopadá na ty aspekty, které jsou životně důležité pro funkčnost státního zřízení – opět zejména ústavní právo a veřejnoprávní regulace.

Lze říci, že státní právo na svém území reguluje veřejnoprávní i soukromoprávní aspekty právních vztahů, je kompletní a obsahuje mechanismy k vyplnění vnitřních i vnějších mezer. Na cizím území se projeví skrze recepční normy domácího práva a vždy v mezích veřejného pořádku domácího práva. Naopak *lex mercatoria* nepřihlíží k teritorialitě a reguluje pouze vymezenou část soukromoprávních vztahů. Transnacionální povaha *lex mercatoria* není projevem absolutní autonomie *lex mercatoria* od státního práva, nýbrž překonáním plurality státních práv při zachování funkční příslušnosti k segmentu regulace – soukromoprávní obchodní vztahy s mezinárodním prvkem. Tedy segment funkční regulace, jak jej vnímáme již v době první fáze *lex mercatoria*, zejména v době čilého obchodního ruchu v italských městech.

Dále v této kapitole bude rozebrán komparativní charakter *lex mercatoria*. Pro zjednodušení v této části můžeme uvést, že v zásadě je komparativní charakter *lex mercatoria* roven (a) pluralitě pramenů *lex mercatoria*, kdy tato pluralita pramenů (b) zahrnuje jak nestátní prostředky, tak i státní právo a rozhodovací praxi, a (c) normy abstraktních pramenů *lex mercatoria* nejsou tvořeny zákonodárnou autoritou, ale vhodností normativu právní normy regulovat soukromoprávní obchodní vztahy s mezinárodním prvkem. Normativ *lex mercatoria* nakonec může být i vhodná právní norma státního práva. *Lex mercatoria* reaguje na státní právo a nesnaží se existovat absolutně mimo něj.

Obdobně je i státní právo nuceno reagovat na existenci některých principů vyjádřených v *lex mercatoria*. Z praktického pohledu můžeme tvrdit, že se tomu děje, neboť *lex mercatoria* vzniká z potřeby mezinárodního obchodu. Pokud státní právo na tyto potřeby nereaguje, pak je pro regulaci mezinárodního obchodu zastaralé. Mezinárodní obchodníci nebudou mít důvod využívat zastaralé právo a budou mít tendenci se takovému státu ve své činnosti vyhýbat. Odliv mezinárodního obchodu může poškozovat zájmy státu, a to jak v sociálním, tak ekonomickém smyslu.

Základním procesem reakce je **inkorporace**, převzetí právní normy řádným legislativním procesem do státního práva. Druhou formou je **respektování**<sup>282</sup> vztahů vyplývajících z daných norem cizího původu skrze charakter mezinárodní zvyklosti.<sup>283</sup>

Třetí formou (v oblasti mezinárodního obchodu nejrozšířenější) je **delegace**.<sup>284</sup> Státní právo uznává nestátní prostředky subsidiární aplikací v mezích kogentních norem. Platnosti nabývají nestátní prostředky skrze autonomii vůle stran.<sup>285</sup> Příkladem delegace jsou INCOTERMS, které regulují dílčí otázky obchodních doložek v mezích hmotného práva.<sup>286</sup> Delegace je svým charakterem pouze materiální změna jinak rozhodného práva. Sama o sobě není volbou práva, pouze dispozitivní úpravou právních vztahů.

Státní právo reaguje na nestátní formy práva skrze všechny tři procesy. Jednak legislativním procesem tvoří, mění nebo ruší domácí právní normy. Zároveň přiznává některým skutečnostem formu normativní zvyklosti, které se mohou strany dovolat skrze zmocnění vyjádřené ve státním právu. Nakonec domácí právo také deleguje některé otázky do působnosti jak své, tak i mimo pole své působnosti, přičemž nechává na vůli smluvních stran, které úpravě se hmotněprávně podřídí.<sup>287</sup>

Nestátní právo je tak skrze státní právo do jisté míry uznáváno, neboť nesoupeří o výkon suverénní státní moci, pouze reguluje funkčně definovaný soubor právních vztahů.<sup>288</sup>

<sup>282</sup> V angličtině označováno jako „deference“.

<sup>283</sup> Např. § 8 a 545 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, nebo čl. 9 Vídeňské úmluvy.

<sup>284</sup> Nebo také včlenění. Viz ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 224.

<sup>285</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 461.

<sup>286</sup> SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I. H. *Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 105.

<sup>287</sup> Např. přechod nebezpečí při koupi zboží regulovaný Vídeňskou úmluvou oproti delegované regulaci skrze INCOTERMS podmínky.

<sup>288</sup> „... the boundaries that matter within the global economy are those between different sectors of the economy, not those between different states“ – Viz MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 465.

### III.2.1 Snaha pozitivního práva o posun od subsidiární aplikace *lex mercatoria*

V oblasti smluv s mezinárodním prvkem<sup>289</sup> domácí právo obecně umožňuje volbu jiného státního práva. V případě členských států Evropské unie se jedná o možnost plynoucí z článku 3 ve spojení s článkem 2 nařízení Řím I<sup>290</sup>, potažmo v jejím předchůdci, v Římské úmluvě<sup>291</sup>.

Římská úmluva byla sjednána v období, kdy *lex mercatoria* nedosahovalo akademické nebo aplikační znalosti.<sup>292</sup> Ačkoliv článek 3 Římské úmluvy sám nedefinuje pojem právo, ve spojení s článkem 1 odst. 1 („*Tato úmluva se použije na závazky ze smluv, které mají vztah k právu různých zemí*“) je evidentní, že se předpokládá státní právo na kolizní úrovni. Římská úmluva umožňuje volbu státního práva<sup>293</sup> a nedovoluje volbu jiných forem práva.<sup>294</sup> Zpráva Giuliano-Lagarde<sup>295</sup> taktéž uvádí pouze možnost volby státního práva a souhlasí s pozitivistickým náhledem na kolizní právo jako na kolizi právních řádů. Možnost kolizní volby nestátního práva je hodnocena až v době příprav na modernizaci Římské úmluvy.<sup>296</sup>

<sup>289</sup> V případě, že mezinárodní prvek není přítomen nebo je zanedbatelný, může být provedena materiální volba práva, uplatnění zvoleného práva v mezích kogentních norem jinak aplikovatelného práva rozhodného.

<sup>290</sup> Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. 6. 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I).

<sup>291</sup> Úmluva ze dne 19. června 1980 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy.

<sup>292</sup> TANG, Z. S. Non-state Law in Party Autonomy – A European Perspective. *International Journal of Private Law*. 2012, roč. 5, č. 1, s. 25.

<sup>293</sup> BOELÉ-WOELKI, K. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts. *Uniform Law Review*. 1996, roč. 1, č. 4, s. 652, 664.

<sup>294</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. GREEN PAPER on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its modernisation. *EUR-Lex* [online]. 15. 1. 2003, s. 22 [cit. 16. 5. 2022]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=en>

<sup>295</sup> GIULIANO, M., LAGARDE, P. REPORT on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. *EUR-Lex* [online]. 1980 [cit. 3. 7. 2022]. Dostupné z: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=EN)

<sup>296</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. GREEN PAPER on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernisation. *EUR-Lex* [online]. 15. 1. 2003, s. 22 [cit. 16. 5. 2022]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=en>

Ve fázi přijímání nařízení Řím I Evropská komise v návrhu<sup>297</sup> k posílení autonomie smluvních stran<sup>298</sup> proaktivně nabídla možnost volby nestátního práva. Demonstrativně byly v návrhu uvedeny Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva nebo neurčitý budoucí předpis EU. *Lex mercatoria* bylo výslovně vyloučeno z možnosti volby z důvodu nedostatku své obsahové přesnosti.<sup>299</sup>

Přijaté znění nařízení Řím I neobsahuje rozšířenou kolizní možnost volby práva<sup>300</sup> a omezilo se na inkorporaci recitálu 13 redundantně zakotvujícího materiální volbu práva a recitálu 14 upravujícího možnost volby právního instrumentu EU, který bude obsahovat normy smluvního závazkového práva (včetně standardních smluvních podmínek), pokud takový instrument sám svoji volbu připustí.<sup>301</sup>

V českém právu, pro případy smluvních vztahů, na něž nedopadá přímá norma nebo norma práva Evropské unie, je obligační statut určen v souladu s § 87 zákona o mezinárodním právu soukromém<sup>302</sup>. Ačkoliv v případě absence volby zakotvuje zákon o mezinárodním právu soukromém obligační

<sup>297</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I). *EUR-Lex* [online]. 15. 12. 2005 [cit. 16. 5. 2022]. Dostupné z: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/com/com\\_com\(2005\)0650\\_/com\\_com\(2005\)0650\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0650_/com_com(2005)0650_en.pdf)

<sup>298</sup> „*S cílem dále posílit svobodné rozhodnutí stran klíčová zásada úmluvy.*“ – GIULIANO, M., LAGARDE, P. REPORT on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. *EUR-Lex* [online]. 1980, s. 5 [cit. 3. 7. 2022]. Dostupné z: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=EN); MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 458.

<sup>299</sup> Srov. s kapitolou 4 a 5 pro systémový rozdíl v nahlížení na Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT jako synonymum pro *lex mercatoria* ze strany Evropské komise, v době vydání Návrhu nařízení Evropského Parlamentu a Rady o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) (KOM(2005) 650 v konečném znění), a rozhodčí praxi.

<sup>300</sup> Alespoň takového, které by bylo uznáváno mezinárodním společenstvím. – Viz GIULIANO, M., LAGARDE, P. REPORT on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. *EUR-Lex* [online]. 1980, s. 5 [cit. 3. 7. 2022]. Dostupné z: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=EN)

<sup>301</sup> GRODL, L. Should the Discussion on Whether Non-state Law Might Be Elected as the Governing Law of Contract Be Silenced Forever? In: ROZEHNALOVÁ, N. (ed.). *Universal, Regional, National – Ways of Development of Private International Law in 21st Century*. Brno: Masarykova univerzita, 2020, s. 86–87.

<sup>302</sup> Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, ve znění pozdějších předpisů.



statut státního práva, není tak explicitně určeno pro volbu práva. V souvislosti s § 1 písm. a) zákona o mezinárodním právu soukromém je uváděno, že zvolit „*lze stejně jako v režimu nařízení Řím I jen platné právo některého státu či jeho složky mající vlastní právní řád, jak vyplývá z § 1 písm. a) a což potvrzují i formulace dalších ustanovení včetně odstavce 2*“<sup>303</sup>. Takto byla vykládána i předchozí právní úprava a není zřejmé, že by se zákonodárce snažil tuto koncepci měnit.<sup>304</sup>

Rozhodné právo v mezinárodním rozhodčím řízení je poté upraveno § 119 zákona o mezinárodním právu soukromém, kdy je umožněna volba cizího práva nebo zásad spravedlnosti s analogickým použitím úpravy ustanovení § 87 zákona o mezinárodním právu soukromém.<sup>305</sup>

Je evidentní, že v současnosti je umožněna pouze řádná volba cizího státního práva. A to i přestože diskuse při přijímání nařízení Řím I naznačovaly odsun od takto zavedené praxe. Možný posun ve vnímání kolizního práva je současně evidentní v rozšíření autonomie vůle ve volbě jiných forem práva dle článku 3 Haagských principů volby práva v mezinárodních obchodních smlouvách.<sup>306</sup>

Už jsme zmínili nutnost sledovat uplatnění nestátních prostředků ve fázi kontraktace a řešení sporů. Ve fázi kontraktační dávají uvedené procesy ve svém

<sup>303</sup> BŘÍZA, P. et al. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 534.

<sup>304</sup> „Z tohoto důvodu české soudy nemohou za kolizní volbu práva ve smyslu § 87 přijmout např. volbu práva šaria či principů UNIDROIT či jiných ‚nestátních‘ norem.“ – Viz BŘÍZA, P. et al. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 534; Také: „Samotné ustanovení § 87 je jednoznačně postaveno na kolizi právních řádů států.“ – Viz ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 236.

<sup>305</sup> „Odkaz na ZMPS je tedy třeba chápat jako odkaz na tuzemské mezinárodní právo soukromé, a to včetně unijních předpisů, na které ostatně i zákon sám odkazuje (srov. např. § 84). Z výše uvedené plyne, že ani když strany volbu práva neučinily, nemohou je místo nich vybrat rozhodci přímo, ale musí při jeho určení povinně postupovat podle tuzemských kolizních norem, v praxi půjde nejčastěji o nařízení Řím I, případně o nařízení Řím II.“ – Viz BŘÍZA, P. et al. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 694; K postavení předpisů unijního práva vůči mezinárodnímu rozhodčímu řízení srov. VLČEK, F. *Applicability of Rome I Regulation in International Commercial Arbitration*. In: ROZEHNALOVÁ, N. (ed.). *Universal, Regional, National – Ways of Development of Private International Law in 21st Century*. Brno: Masarykova univerzita, 2020, s. 350–365.

<sup>306</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. The Hague: The Hague Conference on Private International Law, 2015, 81 s.

souhrnu stranám možnost zdánlivě plně<sup>307</sup> kontraktace mimo státní právo. Tato zdánlivost je zejména s ohledem na úpravu vztahů *inter partes*, nikoliv na účinky *erga omnes*.<sup>308</sup> Na úrovni řešení sporů před obecnými soudy se ovšem dostáváme na aplikační úroveň umožňující pouze autonomii hmotněprávní, nikoliv kolizní. Je nutné tedy konstatovat, že doktrinální přístup uplatnění *lex mercatoria* před obecnými soudy je subsidiární. Souběžná či dokonce přednostní aplikace nemá v současné době logickou oporu v pozitivním právu.<sup>309</sup> Již předem lze říci, že aplikační otázka nestátních prostředků má své místo v rozhodčím řízení.

### III.2.2 Transnacionální charakter *lex mercatoria*

Již v kapitole o historii *lex mercatoria* bylo uvedeno několik přístupů k chápání transnacionálního charakteru. Tyto přístupy oscilují od sociologických východisek, přes funkční vymezení práva aplikujícího se v zájmových skupinách (kde forma vynucení je spíše svěřena jiným než mocenským prostředkům), až po autonomní systém práva regulující mezinárodní obchod se soustavou mezinárodních obchodních soudů. Je evidentní, zejména s přihlédnutím k vývoji posledních desítek let, že ne všechny tyto přístupy jsou způsobilé k užití. Náhled na transnacionální charakter nestátních prostředků prezentovaný v této publikaci je charakter funkční příslušnosti k segmentu regulace – soukromoprávní obchodní vztahy s mezinárodním prvkem, ve formě pramenů práva obsahujících normativní právní normy, zásady nebo principy vzniklé primárně z potřeb mezinárodního obchodu.<sup>310</sup> Takto využitá část práva příslušného k segmentové regulaci je funkčně autonomní na dalších částech práva v rozsahu, kdy nezasahuje do veřejného státního práva.

Navazujeme zejména na názory Löwenfelda, který obsahově vymezuje *lex mercatoria* jako právo složené ze zvyků, zavedené obchodní praxe, společenských pravidel, precedentů a státních práv. Aplikačně vymezuje *lex mercatoria*

307 ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 224.

308 *Ibid.*, s. 224, pozn. č. 614.

309 *Ibid.*, s. 234.

310 ALL, S. Transnational Commercial Law of Arbitration – Developments and Controversies. In: ZUMBANSEN, P. (ed.). *Oxford Handbook of Transnational Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 5, s odkazem na ZUMBANSEN, P. Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law. *European Law Journal*. 2008, roč. 8, č. 3, s. 417.

jako alternativu ke koliznímu určení rozhodného práva, kdy kolizní výběr rozhodného práva je často umělý a neprůkazný. Cílem Löwenfeldovy klasifikace je uchopit *lex mercatoria* jako způsob k aplikaci právních norem, které jsou konzistentní s potřebami a zvyky mezinárodního obchodu.<sup>311</sup> Na úrovni evropského rozhodčího prostředí můžeme zároveň vycházet z obsahového pojetí *lex mercatoria* – mezinárodní právo veřejné, unifikační mezinárodní smlouvy, obecné právní zásady, normy mezinárodních organizací, zvyky a obchodní zvyklosti<sup>312</sup>, formulářové smlouvy a rozhodčí nálezy<sup>313</sup> a současně také zahrnut i veřejný pořádek země uznání a výkonu nálezu<sup>314</sup>. Pravděpodobně nejdůležitější unifikační mezinárodní smlouvou je pro nás Vídeňská úmluva. Za důležitý pramen *lex mercatoria* ji považujeme především z důvodu komplexního zpracování sektorové úpravy a zakotvení povinnosti užití zásad k řešení možných interpretačních problémů<sup>315</sup> a mezer.

Funkčně reguluje *lex mercatoria* smluvní (a částečně delikttní) vztahy mezi obchodníky (nikoliv spotřebiteli) ve vztazích s mezinárodním prvkem. Z pohledu samotného *lex mercatoria* je relevance kladena na fakt, zda normy funkčně regulují mezinárodní obchodní vztahy, nikoliv jaký mají původ.<sup>316</sup> Zároveň, obecně přijímaný je fakt, že státní právo přednostně reguluje domácí transakce, nikoliv přeshraniční.<sup>317</sup> Dynamický vývoj mezinárodního obchodu je pak lépe regulován pružným transnacionálním právem, které nespolehá na „legislativní rychlost“ státního práva.<sup>318</sup> *Lex mercatoria* by mělo být schopno

<sup>311</sup> LÖWENFELD, F. A. *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View. Arbitration International*. 1990, roč. 6, č. 2, s. 144–145.

<sup>312</sup> Existuje i názor k vyčlenění obchodních zvyků z pramenů *lex mercatoria*, neboť nejsou externalitou smluvního vztahu mezi subjekty, ale naopak internalitou, a netvoří tak *erga omnes* pramen práva. Viz DERAIS, Y., SCHWARTZ, E. A. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 225.

<sup>313</sup> LANDO, O. *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. The International and Comparative Law Quarterly*. 1985, roč. 34, č. 4, s. 749–751.

<sup>314</sup> MUSTILL, J. *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. Arbitration International*. 1988, roč. 4, č. 2, s. 109.

<sup>315</sup> GARNETT, R. *International Arbitration Law: Progress Towards Harmonisation. Melbourne Journal of International Law*. 2002, roč. 3, č. 2, s. 412.

<sup>316</sup> „*All that matters is the functionality of the law for commerce.*“ – Viz MICHAELS, R. *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 463.

<sup>317</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Nestátní právo před českými soudy*. In: NECKÁŘ, J., RADVAN, M., SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J. (eds.). *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 732.

<sup>318</sup> *Ibid.*

efektivně odbourávat vlastní prameny nebo normy, které se nehodí k regulaci právního vztahu, a nahradit je jinou vhodnou alternativou. Funkčně autonomní *lex mercatoria* je stále právem vzniklým z obchodní praxe v interakci s normami státního práva, hmotného i procesního.<sup>319</sup>

Pro ukázkou je vhodné funkční autonomii *lex mercatoria* uvést na příkladu domácího práva a vnitrostátní transakce.

- a) Obchodní transakce mezi dvěma subjekty bude primárně regulována občanským právem. Obdobně pak obchodní transakce s mezinárodním prvkem může být regulována *lex mercatoria*. Obě vymezené části práva vstupují do regulace právního vztahu jako funkční segmentová úprava práv a povinností smluvních stran. V kontraktační fázi si ani smluvní strany nemusí uvědomovat konotace volby jednoho nebo druhého, dokonce ani nemusí takovou volbu do jisté míry vědomě regulovat. Ve fázi řešení sporu pak autoritativní orgán vykládá vzniklá práva a povinnosti podle dané segmentové právní úpravy. Autoritativní orgán nadto musí ze své pozice sledovat, zda se práva a povinnosti (nebo celý právní vztah) nedostává do rozporu s veřejnoprávní regulací. Pokud neexistuje rozpor s veřejnoprávní regulací je spor rozhodován čistě na základě funkční segmentové úpravy – státní občanské právo nebo *lex mercatoria*. Obě úpravy respektují možnou existenci jiných norem, aplikačně uplatnitelných přednostně, nicméně ve svém rozsahu tyto aplikačně přednostní normy neregulují. Naopak, nechávají danou regulaci na těch normách, které mají zájem být aplikovány přednostně, často i bez vůle a zájmu smluvních stran. V situaci, kdy do transakce vstupuje norma mimo funkční segmentovou úpravu (např. regulatorní povolení, embarga, rozpor s veřejným pořádkem, rozpor se základními zásadami) je její aplikace neomezena rozhodným právem (ať již občanské právo nebo *lex mercatoria*). Občanské právo i *lex mercatoria* se tak uplatní tam, kde jiné normy do soukromoprávního vztahu nevstoupí.
- b) Vnitřní a vnější limity jsou také obdobné. Vnější limit funkční segmentové úpravy *lex mercatoria* je vyjádřen skrze veřejné právo *lex fori*.<sup>320</sup>

<sup>319</sup> ZUMBANSEN, P. Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law. *European Law Journal*. 2008, roč. 8, č. 3, s. 402.

<sup>320</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 464–465; Také STONE SWEET, A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*, 2006, roč. 13, č. 5, s. 637.

Vnitřní limit poté vnějšími mezerami v obsahu *lex mercatoria*. Vnější mezery jsou vyplněny jinými prameny *lex mercatoria* nebo jinak určeným rozhodným právem. Obdobně se tomu děje u Vídeňské úmluvy. V úvahách o regulaci skrze segmentové občanské právo a *lex mercatoria* se Vídeňská úmluva pohybuje na hraně mezi domácím právem a nestátním prostředkem. Vídeňská úmluva je, dle naší definice, segmentová funkční regulace přeshraniční kupní smlouvy obsažená v domácím právu. Charakterem je mezinárodní unifikační smlouvou přímé metody regulace. Státní právo tak není čistě domácí právo. Státy přijímají i speciální hmotněprávní úpravy a odlišují smluvní vztahy s mezinárodním prvkem a bez něj.<sup>321</sup> V ohledu srovnání funkční autonomie Vídeňské úmluvy na státním právu a funkční autonomie *lex mercatoria* na státním právu, je analogie *lex mercatoria* s Vídeňskou úmluvou nedocenitelná. Vídeňská úmluva, funkčně segmentována na kupní smlouvu s mezinárodním prvkem, reguluje pouze specificky vymezenou část právních vztahů.<sup>322</sup> Vídeňská úmluva se (obdobně jako občanské právo) nevymezuje vůči jiným částem státního práva, pouze je aplikována přednostně při naplnění podmínky přítomnosti mezinárodního prvku. Vídeňská úmluva zakotvuje vyplnění svých vnitřních mezer<sup>323</sup> dle článku 7 odst. 2<sup>324</sup> přednostně obecnými zásadami Vídeňské úmluvy,<sup>325</sup> posléze státním právem<sup>326</sup> určeným na základě kolizních norem

<sup>321</sup> GAILLARD, E. Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? *Arbitration International*. 2001, roč. 17, č. 1, s. 61.

<sup>322</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 465.

<sup>323</sup> Otázky, které jsou v rozsahu Vídeňské úmluvy, ale nejsou výslovně upraveny.

<sup>324</sup> „Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.“

<sup>325</sup> U.S. District Court, Southern District of New York, United States, 20 August 2008, *Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq*, č. 6 Civ 12; Economic Court of the City of Minsk, Belarus, 10 April 2008, CLOUT case 961; Rechtbank Breda, the Netherlands, 27 February 2008, *Interland Chemie BV v. Tessenderlo Chemi BV*; č. 160136 / HA ZA 06-826; District Court in Bardejov, Slovakia, 29 October 2007, č. 1 Cb/282/2007; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 29 December 2006, č. 54/2006.

<sup>326</sup> „Only where no such general principles can be identified does article 7 (2) permit reference to the applicable national law to solve those questions, an approach to be resorted to ‘only as a last resort’.“ – Viz UNCITRAL. *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna: United Nations, 2016, s. 43.

sudiště.<sup>327</sup> Vypĺňování mezer Vídeňské úmluvy je forma přizpůsobení na vývoj nepředvídaný v době kontraktace Vídeňské úmluvy.<sup>328</sup> Vídeňskou úmluvu je nutné vykládat s ohledem na její unifikáční charakter a pro zachování předvídatelnosti omezit aplikaci národních právních řádů na nezbytné minimum.

Obecné zásady Vídeňské úmluvy<sup>329</sup> jsou v textu Vídeňské úmluvy vyjádřeny nepřímě. Jejich obsah je dovozován interpretací Vídeňské úmluvy, závaznými rozhodnutími vydanými na základě aplikace Vídeňské úmluvy nebo interpretací Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a Principů evropského smluvního práva.<sup>330</sup> Rozhodčí náleží vydaný v institucionalizovaném řízení pod *Netherlands Arbitration Institute* vyjádřil možnost využít některá ustanovení soukromých kodifikací Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT nebo Principů evropského smluvního práva pro vyjádření obecných zásad podle článku 7 odst. 2 Vídeňské úmluvy.<sup>331</sup> Ne pro jejich rozšíření, pouze pro získání normativních vět nevyjádřených zásad Vídeňské úmluvy. Obdobně i ICC ve svých nálezech některá ustanovení Zásad mezinárodních

<sup>327</sup> SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I.H. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 132.

<sup>328</sup> *Ibid.*, s. 133.

<sup>329</sup> Zejména zásada autonomie vůle stran, dobré víry, estoppel, nemožnosti založit práva a povinnosti mimo smluvní strany smlouvy („*privity of contract*“), místa prodávajícího k určení měny, dělba důkazního břemeno, zásada plně náhrady škody, bezformálnosti, účinnost komunikace odesláním, zmírnění škod, vázanost zvyklostmi, možnosti započtení, právo odepřít plnění a zásada vzájemného plnění, právo na úrok, zásada vlastních nákladů, hardship, zásada *in favor contractus*. – Viz UNCITRAL. *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna: United Nations, 2016, s. 43–46; Jedná se pouze o zásady Vídeňské úmluvy. Zásady státního práva se neuzijí, neboť by to bylo v rozporu s jednotnou aplikací Vídeňské úmluvy. Je evidentní, že množství vlastních zásad Vídeňské úmluvy je omezené. Takovéto nastavení odpovídá výsledkům zkoumání *Mustilla*. – Viz MUSTILL, J. *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*. *Arbitration International*. 1988, roč. 4, č. 2, s. 86–119; Více k zásadám SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I.H. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 134–137.

<sup>330</sup> UNCITRAL. *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna: United Nations, 2016, s. 46.

<sup>331</sup> BERG, A.J. van den. *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXXII*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, s. 93–106; Také Netherlands 10 February 2005 Netherlands Arbitration Institute (interim award). *CISG Database* [online]. Para. 26 [cit. 26. 6. 2022]. Dostupné z: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html>

smluv UNIDROIT a Principů evropského smluvního práva uvádí na úroveň obecných zásad Vídeňské úmluvy.<sup>332</sup>

V jiných případech<sup>333</sup> byly Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT využity k potvrzení závěrů dosažených na základě výkladu Vídeňské úmluvy<sup>334</sup> nebo použity jako výkladová pomůcka za účelem přesného popisu obecné zásady Vídeňské úmluvy a dodržení jednotné aplikace Vídeňské úmluvy podle povinnosti dle článku 7 odst. 1.<sup>335</sup> Ačkoliv tedy Vídeňská úmluva nepočítá se soukromými kodifikacemi (unifikační projekty), rozhodčí praxí jsou využívány k doplnění vnitřních mezer Vídeňské úmluvy.<sup>336</sup> Tato tendence je pochopitelná. Unifikační projekty jsou založeny na komparativních studiích a zaručují určitou úroveň mezinárodní souladnosti.<sup>337</sup> Rozhodčí praxí také bylo hodnoceno, že jednodušší forma norem vyjádřených v Zásadách mezinárodních smluv UNIDROIT dává možnost seznámit se se záměrem abstraktních zásad obsažených ve Vídeňské úmluvě.<sup>338</sup>

<sup>332</sup> „*The Convention and its general principles, as presently elaborated in the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*“ – Viz ICC International Court of Arbitration – Basel 8128. UNILEX [online]. [cit. 3. 6. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/637>; Pro hlubší hodnocení Vídeňské úmluvy jako součásti *lex mercatoria* s odkazem na nálezy ICC č. 8128 viz WINNICK, K. International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria. *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 2014, roč. 15, č. 3, s. 866, 881–887.

<sup>333</sup> Final 9117. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 99–101; Rozsudek švýcarského Cour d’appel de Grenoble ze dne 23. 10. 1996, č. j. 94/3859, Clout no. 205; Nálezy Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce ze dne 19. 10. 2009, T–6/08, para. VI.2 2–3; Rozsudek belgického Cour de cassation ze dne 19. 6. 2009, sp. zn. C.07.0289.N; Nálezy Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft ze dne 15. 6. 1994, sp. zn. SCH–4366.

<sup>334</sup> PACE UNIVERSITY. *Review of Convention on Contracts for International Sale of Goods*. New York: Pace University, 1999, s. 203–204.

<sup>335</sup> Rozsudek Rechtbank Zwolle ze dne 5. 3. 1997, sp. zn. HA ZA 95–640. Také UNCITRAL. *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna: United Nations, 2016, s. 46.

<sup>336</sup> SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I. H. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 137.

<sup>337</sup> *Ibid.*, s. 131. Je nutné si ovšem uvědomit, že tyto unifikační projekty jsou z valné části vytvořené institucemi se základem v kontinentálním právu, tedy nemusí reflektovat nastavení a praxi v jiných smluvních státech mezinárodních úmluv.

<sup>338</sup> Nálezy China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC) ze dne 1. 9. 2004, CISG-online 1910, CISG/2004/07. Viz CISG/2004/07 (Partial Award). *CISG-online* [online]. [cit. 1. 9. 2022]. Dostupné z: <https://ciscg-online.org/search-for-cases?caseId=7827>

Vídeňská úmluva pak funkční autonomií od státního práva<sup>339</sup> respektuje autonomii vůle stran a práva a povinnosti vyplývající ze smlouvy. Na rozdíl od státního práva se aplikuje *ex officio* pouze pokud smluvní strany nezměnily účinky jednotlivých ustanovení nebo nevyloučily použití Vídeňské úmluvy jako celku.<sup>340</sup> Tento přístup je v souladu s uvedenými obecnými principy Vídeňské úmluvy.<sup>341</sup>

Je poté irrelevantní zkoumat, jak velký segment právních vztahů *lex mercatoria* pokrývá, neboť je vždy *a priori* zkoumán vlastní limit. Pokud je limit nalezen, pak je segmentová regulace ve své funkční autonomii doplňována jinými právními normami. I na výše uvedených příkladech je evidentní, že se svým rozsahem segmentové regulace překrývají nebo doplňují. Domácí občanské právo pokrývá většinu soukromoprávních vztahů, nicméně explicitně nereguluje ty s mezinárodním prvkem. Naopak Vídeňská úmluva reguluje úzký profil vztahů vyplývajících z kupní smlouvy za nutného předpokladu existence mezinárodního prvku. *Lex mercatoria* poté upravuje funkčně širší okruh právních vztahů než Vídeňská úmluva, ovšem užší než státní občanské právo.

Funkční autonomie segmentové regulace je tedy omezena nejenom vnitřními a vnějšími mezerami, ale i vstupem jiných norem do soukromoprávního vztahu. Do doby zjištění, že právní vztah naráží na vnitřní nebo vnější mezery Vídeňské úmluvy, nebo do doby vstupu jiných norem do právního vztahu bude právní vztah regulován Vídeňskou úmluvou bez přihlídnutí k jiným částem státního práva. Obdobně jako se chová Vídeňská úmluva ke státnímu právu se chová i *lex mercatoria* ke státnímu právu.

- c) Obecně, mezinárodní unifikační smlouvy zakotvují funkčně příslušné normy, jsou nezávislé na změnách domácího státního práva a aplikují se přednostně, pokud nejsou smluvně vyloučeny. Tyto normy jsou tak (teoreticky) aplikovány unifikovaně bez ohledu na sudiště. Korektivem aplikace těchto přímých norem je veřejné právo státu vydávajícího

<sup>339</sup> SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I.H. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 103.

<sup>340</sup> Čl. 6 Vídeňské úmluvy.

<sup>341</sup> SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I.H. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 105.



rozsudek nebo státu, v němž je žádáno uznání a výkon. Obdobně může být funkčně příslušné *lex mercatoria* aplikováno bez rozdílu sudiště (nebo místa rozhodčího řízení). Veřejné právo *lex arbitri*, *lex fori* a místa uznání a výkonu potom bude představovat korektiv aplikace *lex mercatoria*.

Pokud se vrátíme zpět na začátek této podkapitoly, můžeme finálně vymezit transnacionální charakter nestátních prostředků *lex mercatoria* jako funkčně autonomní, globalizované, transnacionální právo mezinárodních obchodních vztahů, které přebírá normy státní i nestátní. Zcela určitě se tak nejedná o názorový proud prezentující *lex mercatoria* jako hierarchicky autonomní systém práva *de iure*.

### III.2.3 Oblasti „projevu“ *lex mercatoria*

Bylo by zkratkovitě tvrdit, že transnacionální právo má svůj jasně ohraničený vstup do právních vztahů. Smluvní strany mohou svá práva a povinnosti podřídit státnímu právu i *lex mercatoria*, přičemž s velkou pravděpodobností nebude předmětem jejich zájmu, jakou formou se zvolené právo uplatní. Neřeší, zda se zvolené právo uplatní na úrovni kolizní nebo hmotněprávní.

Otázka úrovně aplikace zvoleného práva má těžiště ve fázi řešení sporů. Autoritativní orgán ve fázi řešení sporů vstupuje do řešení vzniklého sporu *ex post* a je vždy vázán normami mimo samotný právní vztah (normy *lex fori* nebo *lex arbitri*). Státy se zároveň v některých částech své regulace<sup>342</sup> vzdávají monopolu na rozhodování sporů a svěřují část svých pravomocí rozhodčímu řízení. Kompetence rozhodčího řízení je poté derivována z rozsahu svěřených pravomocí ze strany státu.<sup>343</sup>

Samotné moderní institucionální rozhodčí řízení se výrazně podobá soudnímu řízení. Nadto ovšem využívá privilegované možnosti, které státy svěřují pouze rozhodčímu řízení, nikoliv obecnému soudnictví.<sup>344</sup> Jedním z nich je právě odklon rozhodného práva od státního práva k rozhodování dle zásad spravedlnosti nebo na základě nestátních prostředků.

<sup>342</sup> § 2 odst. 1 a 2 zákona o rozhodčím řízení.

<sup>343</sup> TOTH, O. *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 174.

<sup>344</sup> ZUMBANSEN, P. Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law. *European Law Journal*. 2008, roč. 8, č. 3, s. 402.

Klíčovým hlediskem pro rozhodnutí o přesunu řešení sporu do rozhodčího řízení je vůle stran vyjádřená v rozhodčí smlouvě. Samotná rozhodčí smlouva je pak výchozím zdrojem pravomocí rozhodce, včetně implicitního podvolení se *lex arbitri* v otázkách, kde je rozhodce fakticky nebo právně omezen ve výkonu svých pravomocí.

Rozhodčí řízení tak zcela legitimně funguje „paraziticky“ na státu. Využívá státu, který je nutný pro své pomocné funkce nebo uznání a výkon nálezů. Naopak se zároveň snaží o snížení dosahu státního aparátu, a právě i v některých případech státního práva, na mezinárodní obchod.<sup>345</sup> Paraziticky je ovšem myšleno bez negativních konotací. Stát sám umožňuje existenci rozhodčího řízení, neboť tím sleduje své cíle – státní soudy jsou zahlceny spory k řešení a je výhodné přenechat spory zahrnující mezinárodní prvek, k němuž státní právo nemá natolik úzkou vazbu, jiným způsobům řešení.<sup>346</sup> Rozhodčí řízení, jakožto zásadně jednoinstanční forma řešení sporu bez možnosti meritorního soudního přezkumu, musí být schopno dostát řádnému *ex post* rozdělení nevyjasněných smluvních práv, povinností a rizik plynoucích ze smlouvy.<sup>347</sup> Rozhodci primárně odvozují svoji pravomoc z vůle stran a mají tak schopnost plně převzít delegovaný úkol kontroly právní nejistoty včetně nutné abstrakce, která je nezbytná pro uplatnění *lex mercatoria*. Tímto dochází k maximalizaci legitimního očekávání stran sporu.

Z výše uvedeného je proto rozhodčí řízení „*přirozenou jurisdikcí mezinárodní ekonomiky*“<sup>348</sup>, jež může využívat hmotné transnacionální právo *lex mercatoria* a tím překonat konflikty mezi státními úpravami.

Výhodou rozhodčího řízení je zejména selektivní výběr sporů a tím šetření nutnosti rozhodce znát veškeré právo nebo se tak alespoň chovat (jako se chová soudce).<sup>349</sup> Rozhodce by tak měl být znalcem sektorové regulace,

<sup>345</sup> STONE SWEET, A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*. 2006, roč. 13, č. 5, s. 627.

<sup>346</sup> *Ibid.*, s. 639.

<sup>347</sup> ELCIN, M. *Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice*. Florence: European University Institute, 2012, s. 191.

<sup>348</sup> BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 83; GOLDMAN, B. *Forum Internationale: Lex Mercatoria*. Deventer: Kluwer Law International, 1984, s. 8.

<sup>349</sup> V případech určení cizího rozhodného práva by měl soudce aplikovat dané právo včetně jeho zásad, východisek, na kterých je vystavěné, a s ohledem na judikaturu i doktrinnální uchopení. Vzhledem k rozdílům mezi právními řády je toto však prakticky nemožné.

pro kterou se rozhodne být arbitrem, ať už se jedná o státní právo často vole-  
ných států, soukromé kodifikace *lex mercatoria*, obchodní zvyklosti daného  
odvětví či porozumění daným sporům skrze praktické zkušenosti. Autonomní  
výklad soukromých kodifikací *lex mercatoria*, na něž se strany sporu odkazují,  
je jednodušší než výklad státní normy dopadající na mezinárodní obchod,  
ovšem včleněné do komplexu, který obsahuje zásady a východiska institutů  
nepatřících do podmnožiny norem mezinárodního obchodu. Aplikace tako-  
výcho kodifikací poté přináší i větší předvídatelnost a právní jistotu, neboť  
není zatížena státní judikaturou nezohledňující autonomní přístup k výkladu  
práva nebo mezinárodní prvek.

### III.2.4 Doktríny rozhodčího řízení

Obdobně jako bylo nutné vymezit možnosti uplatnění *lex mercatoria* na kolizní  
úrovni, je nutné představit doktrinální uchopení rozhodčího řízení. Rozhodčí  
řízení obsahuje dva základní prvky – jurisdikční prvek, získaný ze státního  
práva jako pravomoc rozhodovat spor, a smluvní prvek, který je získán z roz-  
hodčí smlouvy. Výše příklonu k jednomu z těchto prvků způsobuje rozdíl  
ve vnímání charakteru rozhodčího řízení, jinak nazýván doktrína rozhodčího  
řízení.<sup>350</sup> Doktrinální uchopení rozhodčího řízení nám zejména pomáhá roz-  
lišit rozsah pravomocí, kterým je rozhodčí soud nadán ve vztahu ke státnímu  
právu.

Diferenciace mezi jurisdikční, smluvní, smíšenou nebo autonomní doktrí-  
nou<sup>351</sup> má zásadní vliv na řešení konkrétních otázek řízení a na roli státu  
ve vztahu k rozhodčímu řízení.<sup>352</sup> Vazba prvků rozhodčího řízení a státu  
je ústředním bodem východisek, které jsou v této kapitole prezentovány.  
Je to právě teoretický základ uchopení rozhodčího řízení, na jehož základě  
může docházet k diametrálně odlišným řešením. Doktrinální východiska  
ovlivňují kvalifikaci rozhodčí smlouvy, postavení a odpovědnost rozhodce,

<sup>350</sup> RŮŽIČKA, K. K otázce právní povahy rozhodčího řízení. *Bulletin advokacie*. 2003, č. 5, s. 33. BĚLOHLÁVEK, A. J., PEZL, T. Postavení rozhodčího řízení v systému ochrany práv a ústavního pořádku České republiky a dalších zemí. *Právní rozhledy*, 2004, č. 7, s. 256–264.

<sup>351</sup> LEW, J. D. M. *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1978, s. 52 a násl.

<sup>352</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Hlavní doktríny ovládající rozhodčí řízení*. In: SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J. (eds.). *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 1858–1860.

konceptu rozhodčího nálezu, ale také (a zejména) rozhodné právo. Samotná koncepce rozhodčího řízení je pak ze své podstaty regulována státním právem a judikaturou obecných soudů<sup>353</sup> a není na státním právu nezávislá.

- a) **Jurisdikční doktrína** se objevuje v období centristických pozitivistických názorů v období před druhou světovou válkou. Jurisdikční doktrína odvozuje pravomoc rozhodčího řízení od státu (jurisdikční prvek)<sup>354</sup> a potlačuje smluvní prvek. Rozhodčí řízení je v této doktríně státním právem určený způsob řešení sporů, domácího i mezinárodního. Rozhodčí řízení je tak vždy lokalizované do místa státu a od práva daného státu jsou odvozeny procesní účinky rozhodčího řízení. Autonomie vůle stran je omezena na pouhou možnost podřízení se rozhodčímu řízení. Nicméně, další aspekty, včetně arbitrability sporu, jsou v dikci státního práva.<sup>355</sup> Stejně jako obecné soudy, i rozhodci mají v této teorii své fórum. Rozdíl mezi soudcem a rozhodcem je pouze ve faktu, že rozhodce je jmenován vůlí stran, zbylé pravomoci jsou vždy delegovány státním právem. Důsledkem jurisdikční doktríny je plná vázanost státním právem *lex arbitri*, a tedy i kolizními normami fóra.<sup>356</sup> Možnost volby rozhodného *lex mercatoria* je tak efektivně potlačena.<sup>357</sup>
- b) **Smluvní doktrína** naopak uznává pouze smluvní prvek, zejména ve formě extenzivní autonomie vůle stran. Ze smluvního prvku vyvozuje existenci rozhodčího řízení, ale zároveň i možnost denacionalizovat rozhodčí řízení mimo dosah státního práva. Smluvní doktrína představuje autonomii vůle stran jako základní východisko bez limity státním právem.<sup>358</sup> Tento koncept odmítá rozhodující vliv státního

<sup>353</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2008, s. 71.

<sup>354</sup> MANN, F. A. *Lex Facit Arbitrum*. In: SANDERS, P. (ed.). *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967, s. 159.

<sup>355</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Hlavní doktríny ovládající rozhodčí řízení*. In: SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J. (eds.). *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 1860.

<sup>356</sup> GRIVALSKÁ, A. *Rozhodčí řízení v České republice*. Diplomová práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2015, s. 8.

<sup>357</sup> *Ibid.*

<sup>358</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2008, s. 74.

práva na rozhodčí řízení<sup>359</sup> mimo vliv veřejného pořádku, arbitrability sporu a zrušení nebo výkon nálezu.<sup>360</sup> Je nutné uvést, že smluvní doktrína se omezuje na smluvní základ samotného rozhodčího řízení, nikoliv na projev a efekt rozhodčího nálezu.<sup>361</sup> Dle smluvní doktríny mají rozhodci volnost jednání v rozsahu rozhodčí smlouvy a mohou tak upravit jak procesní normy, tak právo rozhodné.<sup>362</sup> Moderní teorie smluvní doktríny od takto silné pozice upouští, nicméně i nadále vnímá rozhodčí řízení jako smluvní (hmotněprávní) institut podléhající úpravě civilního procesu se širokým uplatněním autonomie vůle.<sup>363</sup>

- c) **Smíšená doktrína** kombinuje prvky smluvní a jurisdikční doktríny a snaží se kompromisně vyvážit jejich příslušné nedostatky. Ve vnímání smíšené doktríny neexistuje rozhodčí řízení bez státu a státní právo tak svými účinky dopadá na možnost konání rozhodčího řízení a na účinky vydaného nálezu. Zároveň je však do popředí uváděn smluvní prvek a autonomie vůle stran k ovlivnění formy rozhodčího řízení<sup>364</sup> a určitých aspektů procesního řízení sporu. Této koncepci je připisován charakter *sui generis* procesního institutu, který má původ ve smlouvě a čerpá jurisdikční účinek ze státního práva.<sup>365</sup> Rozhodné právo je v této doktríně, obdobně jako u jurisdikční doktríny, regulováno státním právem.
- d) **Autonomní doktrína** je hraničním přístupem a odmítá všechny předchozí doktríny. Autonomní doktrína se snaží uchopit rozhodčí řízení jako celek, a to jako řízení *sui generis*.<sup>366</sup> Rozhodčí řízení je v tomto náhledu samostatným institutem mezinárodního práva a státní právo

<sup>359</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Hlavní doktríny ovládající rozhodčí řízení*. In: SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J. (eds.). *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno: Masarykova Univerzita, 2009, s. 1860–1861.

<sup>360</sup> RŮŽIČKA, K. *Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 22.

<sup>361</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2008, s. 74.

<sup>362</sup> *Ibid.*

<sup>363</sup> RŮŽIČKA, K. Otázce právní povahy rozhodčího řízení. *Bulletin advokacie*. 2003, č. 5, s. 33.

<sup>364</sup> LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A., KRÖLL, S. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003, s. 78–80.

<sup>365</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2008, s. 56–57.

<sup>366</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 22.

mu pouze pomáhá v plnění svých funkcí.<sup>367</sup> Ve veřejnoprávní úrovni formou investiční arbitráže je tato doktrína rozšířenější než v soukromoprávním pojetí.

Z výše uvedeného je evidentní, že jurisdikční doktrína dává minimum možností k volbě transnacionálního práva. Smluvní doktrína naopak ve svém důsledku ignoruje stát a jeho vliv na aspekty rozhodčího řízení a následnou kontrolu uplatnění základů spravedlnosti a výkonu nálezů. Smíšená teorie tedy vyznívá jako řádná koncepce mezinárodního rozhodčího řízení. Je ovšem poté vždy otázkou, nakolik se svým charakterem blíží koncepci smluvní (smluvní prvek) nebo jurisdikční doktríny (jurisdikční prvek).

Možnost rozhodování podle transnacionálního práva jde tedy ruku v ruce s volností přiznanou doktrínou aplikovanou na území *lex arbitri* rozhodčího řízení.

### III.2.5 Transnacionální rozhodčí řízení a role státu (státního práva)

Na první pohled se může zdát, že veškeré odůvodnění existence transnacionálního práva je zbytečné, neboť jsme zatím nenašli cestu pro jeho aplikaci mimo hmotněprávní úroveň.

Pozitivní státní právo v obecném soudnictví neumožňuje aplikaci nestátních forem práva na kolizní úrovni. Státní právo zásadně nediskriminuje cizí státní práva a umožňuje aplikaci cizího hmotného práva v mezích imperativních norem a veřejného pořádku. Ačkoliv by se mohlo zdát, že toto je umožněno abstraktním mezinárodním závazkem, platí, že k možnosti aplikace cizího hmotného práva je nutná existence domácí recepční normy.<sup>368</sup>

Rozhodčí řízení je naopak zásadně omezeno arbitrabilitou sporu. Další otázky rozhodčího řízení zůstávají na základě autonomie vůle regulovány minimálně. Jednou z těchto otázek je i vyvedení sporu mimo hranice státu k rozhodčímu řízení. Tímto postupem se otevírá cesta k rozhodčímu řízení, jehož *lex arbitri* je otevřené k aplikaci nestátních forem rozhodného práva.

Na úrovni nám blízké kontinentální Evropy se zaměříme na území Francie. Ačkoliv by se skok do cizího státu mohl zdát nelogický, odkazujeme

<sup>367</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2008, s. 77.

<sup>368</sup> Např. § 87 odst. 1 zákona o mezinárodním právu soukromém nebo článku 3 ve spojení s článkem 4 nařízení Řím I.

na Bělohávkovo hodnocení: „*Bez zohlednění široké a dlouhodobé mezinárodní praxe přitom obvykle nelze pochopit základní zákonitosti rozhodčího řízení. Jde totiž o oblast, která již svou historickou podstatou má natolik silné mezinárodní kořeny, že je jednoduše opominout nelze.*“<sup>369</sup> Francie je pro účely této publikace volena ze dvou důvodů. Za prvé, jak bude rozebráno dále, její právo umožňuje odklon od kolizního určení rozhodného práva v rozhodčím řízení. Za druhé je domovem ICC, jejíž rozhodovací praxe je předmětem našeho zkoumání. Zároveň, pro lepší orientaci v závěrech nutných k uchopení transnacionálnosti rozhodčího řízení a aplikace nestátních forem práva za právo rozhodné, komparujeme francouzskou legislativu s českou. Česká pozice je doktrinálně smíšená, tíhnoucí k jurisdikčnímu prvku. Nepřipouští tak aplikaci jiného rozhodného práva než kolizně určeného. Francouzská pozice je pro transnacionální uchopení výrazně zajímavější. Ostatně, již od počátku druhé fáze *lex mercatoria* bylo shledáváno, že nejširší uplatnění nalezne *lex mercatoria* skrze transnacionální mezinárodní rozhodčí řízení, ve kterém bude státní právo plnit pomocné a zbytkové funkce.<sup>370</sup> A právě ICC s francouzským *lex arbitri* toto plní.

Francouzské právo zakotvuje dualistický režim pro domácí a mezinárodní rozhodčí řízení. Režim mezinárodního rozhodčího řízení je flexibilnější oproti domácímu.<sup>371</sup> Francouzské právo přiznává mezinárodnímu rozhodčímu řízení relativně širokou diskreci k určení rozhodného práva. Ustanovení článku 1511 francouzského občanského soudního řádu<sup>372</sup> stanoví použití právních norem *lex electa* nebo vhodných norem v případě neexistence volby, vždy však s ohledem na obchodní zvyklosti.<sup>373</sup> § 119 českého zákona o mezinárodním právu soukromém naopak stanovuje: „*Právem rozhodným pro spor je právo zvolené stranami. Pokud strany toto právo nezvolily, určí je rozhodci na základě ustanovení tohoto zákona.*“ V komparaci můžeme spatřit 3 významné rozdíly mezi českou a francouzskou úpravou.

<sup>369</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 659.

<sup>370</sup> TOTH, O. *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 93–94, s odkazem na GOLDMAN, B. *Forum Internationale: Lex Mercatoria*. Deventer: Kluwer Law International, 1984, s. 13–17.

<sup>371</sup> GAILLARD, E. France Adopts New Law On Arbitration. *New York Law Journal*. Roč. 245, č. 15, s. 1.

<sup>372</sup> Code de procédure civile.

<sup>373</sup> „*Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce.*“

**První rozdíl** se vztahuje k volbě práva. Český zákon o mezinárodním právu soukromém předpokládá volbu práva. Už v kapitole pojednávající o snaze odklonu od subsidiárního použití *lex mercatoria* jsme uváděli, že odkaz na právo je chápán jako odkaz na státní právo v kolizní úrovni. Naopak francouzská úprava využívá spojení „*règles de droit*“ – právní normy – umožňující na kolizní úrovni v rozhodčím řízení volbu nestátních forem práva, vč. *lex mercatoria*. Předpoklad volby právních norem, nikoliv právního řádu, dává stranám možnost volit i jiné než státní právo.<sup>374</sup>

**Druhý rozdíl** se poté vztahuje k právnímu vztahu bez volby práva. Český zákon o mezinárodním právu soukromém stanovuje povinnost určení rozhodného práva na základě norem obsažených v zákoně (příčemž normy obsažené v zákoně o mezinárodním právu soukromém atrahují i normy jiných kolizních předpisů, zejména nařízení Řím I). Pohybujeme se tedy i nadále v kolizním určení státního práva. Francouzská úprava navazuje na volbu právních norem, které rozhodce uzná za vhodné. Francouzský přístup se tak odpoutává od kolizního určení rozhodného práva a ponechává prostor pro určení nestátního práva na rovnocenné úrovni státnímu právu.

**Třetí rozdíl**, který ovšem ponecháváme stranou, je explicitní zakotvení povinnosti přihlídnout k obchodním zvyklostem. V českém právu se tato povinnost do právního vztahu včlení skrze kolizně určené rozhodné právo (např. § 545 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník). Francouzská i česká úprava pak v tomto ohledu stanovují obdobné podmínky.

Standardním jevem je také subsidiární regulace rozhodného práva v řádech rozhodčích soudů. S ohledem na výše popsané doktrinní uchopení rozhodčího řízení a vázanost státním právem může dojít ze strany rozhodčího soudu k zúžení pravomocí k určení rozhodného práva, nikoliv k rozšíření.

Pokud se zaměříme na rozhodčí řízení pod ICC, můžeme aktuální pravidla a pravomoc určení rozhodného práva najít v článku 21 *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce* (dále také jako „ICC pravidla“) z roku 2021.

ICC pravidla z roku 2021 využívají spojení „rules of law“ (anglická verze) „*règles de droit*“ (francouzská verze) namísto „law“ a „droit“. Článek 21

<sup>374</sup> GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 802.



ICC pravidel z roku 2021 tak v souladu s článkem 1511 francouzského občanského soudního míří k odbourání restrikcí nutnosti volby státního práva<sup>375</sup> v důsledku povinnosti využití kolizních norem<sup>376</sup>. Nedochází zde tedy k zúžení pravomoci dané francouzským *lex arbitri*.

Dle výkladu samotné ICC, „rules of law“ zahrnuje nekončící množství pramenů, včetně transnacionálního práva, které je též synonymem pro obecné principy mezinárodního obchodního práva nebo *lex mercatoria*,<sup>377</sup> Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva, INCOTERMS nebo aplikovatelné prameny mezinárodního práva veřejného (např. v investiční arbitráži).<sup>378</sup> Rozhodce tedy nemusí provádět určení rozhodného práva na základě kolizních norem *lex fori* nebo vhodné kolizní normy (na rozdíl od soudce, který je kolizní normou vázán), která zákonitě povede k určení státního práva.<sup>379</sup> Možnost nevyužít kolizní normy k určení rozhodného hmotného práva<sup>380</sup> pak jde ruku v ruce s užitím jiných metod určení rozhodného práva. Jedním z argumentů pro odbourání kolizních norem *lex fori* je i fakt, že rozhodčí řízení je s místem spojeno pouze dočasně a omezeně (viz otázka vyvedení sporu mimo hranice států, se kterými je právní vztah úzce spojen, pouze za účelem možnosti vedení rozhodčího řízení dle

<sup>375</sup> FRY, J., GREENBERG, S., MAZZA, F. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce, 2012, s. 222; EISEMANN, F. Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. *Droit et pratique du commerce international*. 1975, roč. 1, č. 3, s. 355–356.

<sup>376</sup> GRIGERA NAON, H. A. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration. In: *Recueil des cours 2001*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, Vol. 289, s. 213.

<sup>377</sup> JOLIVET, E. La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria*. *International Chamber of Commerce Digital Library* [online]. 29. 4. 2001 [cit. 5. 3. 2022]. Dostupné z: [https://library.iccwbo.org/dr-noaccount.htm?reqhref=/Content/dr/ARTICLES/ART\\_0462.htm](https://library.iccwbo.org/dr-noaccount.htm?reqhref=/Content/dr/ARTICLES/ART_0462.htm)

<sup>378</sup> FRY, J., GREENBERG, S., MAZZA, F. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce, 2012, s. 222; EISEMANN, F. Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. *Droit et pratique du commerce international*. 1975, roč. 1, č. 3, s. 222.

<sup>379</sup> Konečný nálezn ICC č. 1250 z roku 1964 viz GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 865; CRAIG, W. L., PARK, W. W., PAULSONN, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, Inc., 2000, s. 290.

<sup>380</sup> „the most authoritative present-day doctrine and international commercial arbitration jurisprudence admit that in determining the substantive law, the arbitrator may leave aside the application of the conflict rules of the forum“ – SANDERS, P. *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. IX. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, s. 129.

*lex mercatoria*).<sup>381</sup> Rozhodci proto inklinují spíše k rozhodování na základě legitimních očekávání smluvních stran namísto aplikace kolizních norem národních řádů.<sup>382</sup> Tímto pak presumují zamýšlený cíl smluvního vztahu v době vzniku smlouvy.<sup>383</sup> Zároveň také presumují, jaký byl nebo by býval byl zamýšlený cíl při určení rozhodného práva v případě, kdyby se smluvní strany touto otázkou zabývaly.<sup>384</sup> Rozhodci jsou tak oprávněni, pokud nejsou instruováni stranami sporu o opaku, k uplatnění transnacionálního práva.<sup>385</sup> ICC tak dává možnost uplatnit *lex mercatoria* jako rozhodné právo bez dalšího. Míra uplatnění je ovšem ovlivněna nadšením nebo skepticismem rozhodce do použití transnacionálního práva.

Přístup vyjádřený v článku 21 ICC pravidel z roku 2021 byl posléze přejat v článku 28 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení, článku 22.3 LCIA<sup>386</sup> Arbitration Rules z roku 2020, článku 27 odst. 1 SCC<sup>387</sup> Arbitration Rules z roku 2017, článku 31 odst. 1 ICDR<sup>388</sup> International Arbitration Rules z roku 2014, článku 24.1 DIS<sup>389</sup> Arbitration Rules z roku 2018, článku 27 odst. 1 VIAC<sup>390</sup> Vienna Rules of Arbitration z roku 2018, nebo článku 36.1 HKIAC<sup>391</sup> Administered Arbitration Rules z roku 2018.

V mezinárodním prostředí je pro transnacionální uchopení možné představit i článek 5 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím

<sup>381</sup> GOODE, R. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1997, roč. 47, č. 1, s. 28.

<sup>382</sup> DERAÏNS, Y. State Courts and Arbitrators. In: ICC. *Special Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's 75th*. Paris: ICC, 1999, s. 28.

<sup>383</sup> LA SPADA, F. The Law Governing the Merits of the Dispute and Awards Ex Aequo Et Bono. In: KAUFMANN-KOHLER, G., STUCKI, B. (eds.). *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*. Den Haag: Kluwer Law International, 2004, s. 130.

<sup>384</sup> Nález ICC č. 7110 z roku 1998 viz Partial 7110. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 47.

<sup>385</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Rome Convention – Rome I Regulation*. Huntington: Juris Publishing, 2010, s. 411–412; MAYER, P. Reflection on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law. *Arbitration International*. 2001, roč. 17, č. 3, s. 244.

<sup>386</sup> London Court of International Arbitration.

<sup>387</sup> Stockholm Chamber of Commerce.

<sup>388</sup> International Centre for Dispute Resolution.

<sup>389</sup> Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit.

<sup>390</sup> Vienna International Arbitral Centre.

<sup>391</sup> Hong Kong International Arbitration Centre.

řízení.<sup>392</sup> Tento Vzorový zákon byl jako modelový zákon adoptován 84 státy (ČR nikoliv). Článek 5 zakotvuje zákaz národních soudů v intervenci vůči rozhodčímu řízení v otázkách, které Vzorový zákon upravuje. Tento článek tudíž zamezuje národním soudům aplikovat zbytkovou pravomoc dle národních předpisů, vedoucí k ohrožení funkční autonomie vůle stran. Relevance Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení je evidentní v rozsahu jeho inspirace národních rozhodčích předpisů ve státech, kde nebyl adoptován jako celek<sup>393</sup> a zároveň jeho vliv na common law přístup k mezinárodnímu rozhodčímu řízení, kdy jím ovlivněný anglický *Arbitration Act 1996* v některých ohledech opustil dosavadní úpravu a harmonizoval mezinárodní rozhodčí řízení s úpravou přijímanou v zahraničí.<sup>394</sup>

Pro porovnání s českým přístupem, Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky v § 9 odst. 1 svého Řádu upravuje použití hmotného práva: „*Rozhodčí soud řeší spory podle hmotného práva, jímž se předmět sporu řídí, a v obchodních věcech též s přihlédnutím k obchodním zvyklostem.*“ Určení rozhodného práva je tedy nutné hodnotit dle zákona o mezinárodním právu soukromém. Je evidentní, že ICC, na rozdíl od Rozhodčího soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, inklinuje k větší možnosti uplatnění transnacionálního práva z důvodu své koncepce na pomezí smíšené a smluvní doktríny<sup>395</sup> jako transnacionální řešení sporů relativně nezávislé na státu.<sup>396</sup> Tento postoj ovšem neplyne z rozhodnutí samotné ICC, nýbrž z francouzského *lex arbitri*.

Pokud se vrátíme na začátek této kapitoly, nalézáme odpověď na otázku, kde je možné aplikovat transnacionální právo ve fázi řešení sporů. Bude se jednat primárně o rozhodčí řízení v místech, kde *lex arbitri* vnáší do rozhodčího řízení možnost určení rozhodného práva mimo rámec kolizního

<sup>392</sup> „*In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.*“ – Viz Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži z roku 1985, ve znění novely adoptované v roce 2006.

<sup>393</sup> Např. Finsko, Itálie, Nizozemsko, Čína, Švédsko.

<sup>394</sup> GARNETT, R. *International Arbitration Law: Progress Towards Harmonisation. Melbourne Journal of International Law*. 2002, roč. 3, č. 2, s. 408.

<sup>395</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 234.

<sup>396</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Hlavní doktríny ovládající rozhodčí řízení*. In: SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J. (eds.). *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno: Masarykova Univerzita, 2009, s. 1858–1860.

určení státního práva. V rozsahu této publikace se zaměříme právě na rozhodčí řízení konané pod záštitou ICC. Z pohledu diferenciací rozhodčího řízení na institucionalizované řízení a řízení *ad hoc* pouze uvádíme, že závěry zde uvedené se analogicky aplikují i na *ad hoc* řízení. Dále se jím ovšem nezábýváme nikoliv z důvodu rozdílnosti, ale z důvodu omezeného množství nálezů, které je možno analyzovat.

Státní právo ovšem nereguluje pouze možnost konání rozhodčího řízení a určení rozhodného práva. Už jsem zmínili, že rozhodčí řízení v některých aspektech spoléhá na státní právo a státní aparát. Státní podpora rozhodčího řízení je evidentní skrze základní východiska – uznání základních principů rozhodčího řízení, povinné uznání rozhodčí smlouvy<sup>397</sup> a uznávání a výkon rozhodčích nálezů s minimem možností odmítnutí výkonu nálezu. Těmito aspekty státní právo podporuje integritu rozhodčího řízení jako efektivního nástroje pro řešení sporů z přeshraničních obchodních vztahů.

S ohledem na širokou věcnou působnost článku I Newyorské úmluvy, a množství smluvních států, představuje Newyorská úmluva globální rámec k uznání a výkonu nálezů a formuluje tím určitý stupeň konvergence na mezinárodním poli.

Základní principy rozhodčího řízení ve formě zásady separability rozhodčí smlouvy, zásady „kompetenz-kompetenz“ a nemožnosti přezkumu rozhodčích nálezů v meritech<sup>398</sup> jsou obecně platné a přijímané. Princip autonomie vůle jako primární zásada transnacionálního rozhodčího řízení je evidentní zejména ve znění článku II odst. 1 a 3 Newyorské úmluvy. Článek II Newyorské úmluvy zakotvuje povinné uznávání rozhodčích smluv s naprostým minimem důvodů pro odmítnutí – neplatnost, neúčinnost nebo nezpůsobilost k použití. Rozhodné právo nemá přímou souvislost s rozhodčí smlouvou, už svým charakterem se jedná o rozdílné procesní a hmotněprávní instrumenty, pro úplnost

<sup>397</sup> Čl. II odst. 2 Newyorské úmluvy.

<sup>398</sup> Např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 21. 3. 2001, sp. zn. 21 Cdo 1511/2000; GARNETT, R. *International Arbitration Law: Progress Towards Harmonisation*. *Melbourne Journal of International Law*. 2002, roč. 3, č. 2, s. 402.

nicméně dodáváme, že volba nestátního prostředku za právo rozhodné není jedním z taxativních důvodů pro odmítnutí rozhodčího řízení.<sup>399</sup>

Transnacionální (či snad až delokalizované) pojetí mezinárodního rozhodčího řízení,<sup>400</sup> mimo dopad jurisdikční doktríny, umožňuje procesním stranám volbou jiných procesních předpisů derogovat účinek státních procesních norem.<sup>401</sup> Tato volba může směřovat vůči pravidlům institucionalizovaného rozhodčího soudu (např. ICC pravidla) nebo volbou vlastních pravidel (*ad hoc* řízení). Častým řešením je poté rozhodčí smlouva institucionalizovaného rozhodčího soudu s inkorporací procesních předpisů dané instituce odkazem. V případě derogace procesních norem *lex arbitri* a nezvolení jiných procesních norem mohou rozhodci postupovat podle obecných principů mezinárodního rozhodčího řízení.<sup>402</sup> Státní *lex arbitri* poté představuje zbytkové kogentní korektivy, které vyjadřují minimum<sup>403</sup> spravedlivé procesu a veřejného pořádku.

Veřejný pořádek bývá obecně dělen na tzv. hmotněprávní veřejný pořádek v aplikaci cizího hmotného práva a procesní veřejný pořádek pro situace uznání a výkonu cizího rozhodnutí.<sup>404</sup> Hmotněprávní veřejný pořádek je obecně

<sup>399</sup> K tomuto i závěry International Law Association z roku 1992. THE INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Committee on Transnational Rules in International Commercial Arbitration, Report of the 65th Conference held at Cairo, Egypt, 21 to 26 April 1992*. London: International Law Association, 1993, s. 7.

<sup>400</sup> Nejvyšší stupeň delokalizace může být spatřen u International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID. DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES. *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU*. Brussels: European Union, 2014, s. 230; Delokalizovaná jsou pak i specializovaná rozhodčí řízení, např. *ad hoc* rozhodčí řízení před Arbitrážním soudem pro sport (CAS), kdy k delokalizaci dochází ve způsobu rozhodování na místě odlišném od sídla rozhodčího soudu (např. při rozhodování v době konání Olympijských her). Sídlo rozhodčího soudu je tím unifikováno pro všechna rozhodčí řízení před Arbitrážním soudem pro sport. Další formou delokalizace je online dispute resolution (ODR). Viz MOSES, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 66–68.

<sup>401</sup> § 19 odst. 1 věta první zákona o rozhodčím řízení. Také *ex lege* derogace národních předpisů podle § 13 odst. 3 zákona o rozhodčím řízení.

<sup>402</sup> STŘELEČ, K. *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 114.

<sup>403</sup> § 18 zákona o rozhodčím řízení a srov. čl. 192 odst. 3 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht – IPRG*).

<sup>404</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. Výhrada veřejného pořádku hmotněprávního a procesního ve vztazích s mezinárodním prvkem. *Právník*. 2006, roč. 145, č. 11, s. 1267–1268.

diferencován na negativní veřejný pořádek,<sup>405</sup> který zabraňuje aplikaci cizí hmotněprávní normy, a pozitivní veřejný pořádek stanovující závaznou aplikaci cizího předpisu, nejčastěji veřejnoprávní povahy. Anglosaská doktrína nebo doktrína francouzská ovšem přistupují k institutu veřejného pořádku širěji.<sup>406</sup>

Vůle procesních stran váže rozhodce v rozsahu, ve kterém neodporuje závazným ustanovením *lex arbitri*. Rozhodce je poté v rozsahu svého oprávnění zmocněn postupovat v řízení i s ohledem na mezinárodně uznávané zvyklosti a zvyklosti osvědčené v řízeních před zahraničními stálými rozhodčími soudy.<sup>407</sup> Bělohlávek také uvádí, že transnacionální charakter rozhodčího řízení je „s ohledem na aplikaci mezinárodně uznávaných procesních pravidel zcela jistě dán a ostatně postupy (standards) UNCITRAL jsou toho živým a názorným příkladem“<sup>408</sup>, zároveň však uvádí, že jako takové nemůže stát mimo národní prostředí. Tento názor je zcela v souladu s vymezením transnacionálnosti rozhodčího řízení v této publikaci, neboť respektuje autonomii vůle stran, reflektuje mezinárodní charakter rozhodčího řízení a rovněž staví státní procesní právo do zbytkové formy.<sup>409</sup> Tato zbytková forma představuje jednak normy pro existenci rozhodčího řízení, a zároveň normy veřejnoprávního korektivu rozhodčího řízení.<sup>410</sup>

Konečně, uznání a výkon rozhodčího nálezu se vždy děje na území určitého státu. Tento fakt je nepopiratelnou skutečností a právo i doktrína na ni musí reagovat. U některých doktrín (autonomní nebo smluvní) se tímto dostáváme k jejich vlastním limitům.

<sup>405</sup> § 36 zákona o mezinárodním právu soukromém, čl. 21 nařízení Řím I.

<sup>406</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. Výhrada veřejného pořádku hmotněprávního a procesního ve vztazích s mezinárodním prvkem. *Právník*. 2006, roč. 145, č. 11, s. 1267–1268; KUČERA, Z., PAUKNEROVÁ, M., RŮŽIČKA, K. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň: Aleš Čeněk, s. r. o., 2015, s. 194, 235–245.

<sup>407</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1043.

<sup>408</sup> *Ibid.*, s. 680.

<sup>409</sup> Srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 4. 5. 2009, č. j. 68 Co 85/2009-221, k přednosti dohody stran před subsidiární aplikací zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu.

<sup>410</sup> Není tedy možné považovat rozhodčí řízení za nestátní nebo anacionální. – Viz BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 680, s odkazem na RENNSMANN, T. Anational Arbitral Awards – Legal Phenomenon or Academic Phantom? *Journal of International Arbitration*. 1982, roč. 15, č. 2, s. 37–65; PAULSSON, J. Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin. *International & Comparative Law Quarterly*. 1981, roč. 30, č. 2, s. 358 a násl.

Pokud se zaměříme na Newyorskou úmluvu a relativně malý prostor pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodčího nálezu, můžeme mezinárodní interakci rozhodčího řízení, států a nestátních prostředků hodnotit následovně:

- a) Existují státní práva povolující volbu práva mimo kolizní určení, tedy povolují i transnacionální právo jako právo rozhodné.
- b) Rozhodčí soudy s *lex arbitri* na území takového státu tuto možnost přejímají a dovolují volbu nebo určení transnacionálního rozhodného práva.
- c) Rozhodčí nálezy mohou být vydány na základě *lex mercatoria* (a to i bez povolení státního práva v bodech a) a b)).
- d) Národní soudy nemají ve fázi uznání a výkonu zahraničního rozhodčího nálezu pravomoc přezkoumávat nález v meritech. Limitovaný soudní přezkum rozhodčích nálezů podle Newyorské úmluvy, v rozsahu procesních pochybení na straně rozhodce, poskytuje mezinárodnímu rozhodčímu řízení nutnou autonomii podporující závaznost rozhodčího nálezu na strany sporu.<sup>411</sup> Přitom, obdobně jako u uznání rozhodčí smlouvy, uznání a výkon nálezu není v diskreci soudu, nýbrž je povinný podle článku V Newyorské úmluvy.
- e) Soudy států, které pozitivním právem povolují pouze kolizní určení státního práva, nemají pravomoc odmítnout uznání nebo výkon zahraničního rozhodčího nálezu s odůvodněním, že nález je založen na aplikaci transnacionálního práva.<sup>412</sup>

Státy tedy aktivně uznávají možnost rozhodování sporů dle *lex mercatoria*, i přestože v soudním řízení před obecnými soudy dané nepovolují. Uznávání rozhodčích nálezů se poté děje v mezích veřejného pořádku a arbitrability sporu.

Transnacionálnímu charakteru mezinárodního rozhodčího řízení také přispívá liberálnější přístup k uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů podle Newyorské úmluvy.

<sup>411</sup> ZUMBANSEN, P. Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law. *European Law Journal*. 2008, roč. 8, č. 3, s. 410.

<sup>412</sup> STŘELEČEK, K. *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 155, s odkazem na rozhodnutí hamburského Landesgerichtu z 18. září 2007, ve kterém byla zcela vyloučena možnost materiálního přezkumu rozhodčího nálezu.

Newyorská úmluva zakotvuje *ex officio* povinnost soudu odepřít uznání a výkonu pouze v rozsahu článku V odst. 2 Newyorské úmluvy<sup>413</sup> – neexistence arbitrability sporu podle práva, kde je uznání a výkon dožadován, nebo na základě výhrady veřejného pořádku. Většina důvodů pro odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu podle článku V odst. 1 Newyorské úmluvy jsou návrhové a jejich existenci musí procesní strana prokazovat v řízení o zastavení exekuce.<sup>414</sup> Newyorská úmluva tak intervenuje pouze v otázkách, které jsou pro stát zásadní. Zbylé otázky nechává v dispozici účastníkům vykonávacího řízení.

Je evidentní, že primárním účelem Newyorské úmluvy je efektivní existence transnacionálního systému rozhodování sporů, cirkulace nálezů a výkon vydaných rozhodčích nálezů. Účelem je všechny tyto skutečnosti efektivně zaručit bez velkých zásahů státního práva. Důvody pro omezení cirkulace mezinárodních rozhodčích nálezů jsou dvojího charakteru, (a) zásah do států regulovaných skutečností – arbitrabilita na straně dožádaného státu nebo výhrada veřejného pořádku, a (b) vážné překážky vztahující se k účastníkům, rozhodčí smlouvě, procesním podmínkám rozhodčího řízení, arbitrabilitě na straně vydávajícího státu nebo v procesním institutu právní moci nálezů. Státní právo funguje zbytkově pouze v rozsahu své pomocné funkce ve vymezení způsobu řízení o uznání a výkonu a samotného exekučního výkonu rozhodčího nálezů. V tomto ohledu je možné hovořit o harmonizaci na poli práva mezinárodního rozhodčího řízení.<sup>415</sup> Unifikace na poli práva mezinárodního rozhodčího řízení je poté dosažena v těch částech, kde Newyorská úmluva reguluje práva a povinnosti napřímo.

Konečnost rozhodčích nálezů a obecná náklonnost k výkonu nálezů podle Newyorské úmluvy, i moderní charakter rozhodčích zákonů dovolujících volbu nestátních prostředků naznačují důvěru států ve specializaci rozhodců k rozhodování směřujícího k udržení a zlepšení spontánního charakteru mezinárodního obchodu.<sup>416</sup> Tento závěr je ovšem také dvojího charakteru.

<sup>413</sup> Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 28. 1. 2004, sp. zn. 20 Cdo 456/2003.

<sup>414</sup> BRÍZA, P. et al. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 705.

<sup>415</sup> GARNETT, R. International Arbitration Law: Progress Towards Harmonisation. *Melbourne Journal of International Law*. 2002, roč. 3, č. 2, s. 405.

<sup>416</sup> ELCIN, M. *Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice*. Florence: European University Institute, 2012, s. 185.



Je nutné se ovšem vrátit na začátek a poznamenat, že v případě uznání a výkonu rozhodčího nálezu není nutné diferencovat, jaký mělo rozhodčí řízení doktrinální základ. Newyorská úmluva neobsahuje důvod pro odepření uznání a výkonu (resp. zrušení rozhodčího nálezu soudem a zastavení nařízeného výkonu rozhodnutí) pro situace, kdy bylo rozhodováno podle hmotného práva, podle něhož nemělo nebo nesmělo být rozhodováno. *Lex mercatoria* se tak může dostat do role rozhodného práva i postupem rozhodce *contra legem*.

### III.2.6 Prameny *lex mercatoria* pohledem transnacionálního rozhodčího řízení

Předchozí kapitoly představily transnacionální charakter *lex mercatoria* a jeho uplatnění v transnacionálním rozhodčím řízení před ICC. Víme tak, jaké nestátní právo se může využít, a v jaké formě rozhodování sporů je jeho využití povoleno. Zároveň víme, jakým způsobem reguluje státní právo možnosti aplikace nestátních prostředků, samotné rozhodčí řízení, i jak přistupuje k uznávání a vykonávání nálezů založených na nestátních prostředcích.

V této části publikace se budeme zabývat určením obsahu pramenů nestátních prostředků, zejména těch částí *lex mercatoria*, které jsme označili za soukromé kodifikace transnacionálních pramenů *lex mercatoria*. Důvod zaměření na tuto část pramenů je trojí – oproti pramenům typu obchodních termínů a standardizovaných obchodních podmínek jsou méně kazuistické, je zde možnost relativně analytické redukce obsahu těchto pramenů do zřetelně formulovaných právních norem a mnohost nálezů, na kterých se dají vystavět logické argumenty.

Hodnocení uplatnění pramenů *lex mercatoria* na hmotněprávní úrovni jsme již částečně řešili. Hmotněprávní aplikace je bezproblémová jak v transnacionálním přístupu, tak, jak bude ukázáno, i v tom integračním. Kolizní úroveň uplatnění, jak ji známe z obecného soudnictví, *de facto* neexistuje. Státní právo podrobené zkoumání v této publikaci ji buďto neumožňuje, nebo naopak opouští kolizní určení ve prospěch určení vhodných právních norem. Tendence ke koliznímu určení nestátního práva můžeme sledovat na úrovni Haagských principů volby práva v mezinárodních obchodních smlouvách, nicméně současné právní prostředí s ním nijak dále nepracuje. Rozhodčí

praxe je ovšem abstraktnější v odůvodnění volby práva. Dále v této práci si tak ukážeme, že i určení vhodných norem může splývat s kolizním určením rozhodného práva, přičemž často tím dochází k postavení *lex mercatoria* právě na úroveň kolizně určovaného práva. Odbourává se tím v prostředí rozhodčího řízení základní paradigma mezinárodního práva soukromého o kolizním střetu čistě státních práv.

Od aplikační stránky je ovšem nutné odlišit obsahovou část rozhodného práva. Co se týče *lex mercatoria*, můžeme konstatovat následující:

- a) **Psané prameny *lex mercatoria* a kodifikované soubory norem *lex mercatoria*** (izolovaně jako jednotlivé prameny) nezpůsobují problém v hodnocení svého obsahu, neboť svou formou připomínají psané státní právo.
- b) **Obecné právní zásady a principy** nezpůsobují problém v hodnocení svého obsahu, neboť jsou svým charakterem maximy práva a existuje k nim relativně velké množství podpůrných materiálů.
- c) **Mezinárodní obchodní zvyklosti (obyčeje)** mohou svým spontánním charakterem způsobovat problémy v identifikaci obsahu. Principiálně by měly odrážet konzistentní, jednotnou praxi zavedenou mezi obchodníky obecně či praktikovanou v rámci dané komodity nebo typu obchodu. Pohled na obyčeje se ovšem může měnit nejenom sektorově, ale i uvnitř jednoho sektoru. Definiční znaky např. článku 9 odst. 2 Vídeňské úmluvy už *a priori* předpokládají, že zvyklosti nemusí být vždy známy, z toho důvodu zakotvuje princip předpokládané znalosti nebo dodržování zvyklosti pouze zpravidla.
- d) ***Lex mercatoria* jako celek transnacionálního práva** způsobuje výrazné problémy v identifikaci normativního obsahu. Prameny *lex mercatoria* nemají svoji hierarchii, neregulují aplikační přednost a v zásadě si v různých částech vzájemně odporují.

Problémy se zjištěním normativního obsahu *lex mercatoria* shledáváme tedy pouze za situace, kdy dochází k volbě rozhodného *lex mercatoria* jako celku. Z toho důvodu se zaměříme na model přístupu rozhodce k otázce zjištění rozhodných norem za účelem podřazení právního vztahu pod tyto normy a autoritativního nalezení rozhodného práva ve sporu.

Základem tohoto modelu přístupu rozhodce k otázce zjištění rozhodných norem za účelem podřazení právního vztahu pod tyto normy a autoritativního nalezení práva ve sporu je metoda funkční právní komparace, která staví obchodní okolnosti do porovnání s mnohostí pramenů transnacionálního práva a syntetizuje tyto prameny do vhodných právních norem. Komparace a následná syntéza se odehrává s ohledem na sociologický kontext norem.<sup>417</sup> Význam této metody je spojen s kulturní a právní rozmanitostí rozhodčího řízení a schopností komparativního přístupu zajistit hmotněprávní spravedlnost procesním stranám z různých právních prostředí.<sup>418</sup> Analogicky můžeme odkázat na autonomní výklad práva Evropské unie, který je ve své podstatě obdobou metody funkční právní komparace.

Pohledem na moderní mezinárodní rozhodčího řízení a judikaturu ICC docházíme k závěru, že *lex mercatoria* už nenaplnuje definiční znaky své třetí fáze. Pozvolným přechodem se tak dostáváme do nové – čtvrté – fáze. S odkazem na hodnocení jednotlivých fází *lex mercatoria* v historické kapitole se čtvrtá fáze definuje jako fáze, která:

- a) **ze třetí fáze přejímá** přesun řešení sporů na institucionalizované rozhodčí soudy jako ústřední formu řešení mezinárodních obchodních sporů;
- b) **ze třetí fáze odmítá** dogmatické omezení pramenů *lex mercatoria* na kodifikované soubory norem. Kodifikované soubory norem hodnotí čtvrtá fáze *lex mercatoria* pouze jako jeden z mnoha pramenů regulace transnacionálního práva;
- c) **z druhé fáze přejímá** náhled na funkční vymezení *lex mercatoria* a navazuje na *Goldstajna* a *Smithoffa*, kdy transnacionálnost není rovna úplné autonomii od státního práva. Charakter transnacionálnosti získává opuštěním státních právních systémů v situacích, kde je národní zákonodárce bez zájmu regulovat dané právní vztahy,<sup>419</sup> nereaguje

<sup>417</sup> BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 44–53.

<sup>418</sup> BERGER, K. P. International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *American Journal of Comparative Law*, 1998, roč. 46, č. 1, s. 131.

<sup>419</sup> ROZEHNALOVÁ, N. Nestátní právo před českými soudy. In: NECKÁŘ, J., RADVAN, M., SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J. (eds.). *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 734.

na vývoj mezinárodního obchodu, nebo kdy recepční normou svolí k odklonu od státního práva projevem autonomie vůle stran;

- d) **obecně nadále respektuje**, že *lex mercatoria* je stále podmíněně odvozeno od státního práva.<sup>420</sup> Ostatně toto teoretického uchopení je české právní vědě známo, když „*lex mercatoria respektuje skutečnost, že žijeme v době národních právních řádů, je z nich odvozeno a respektuje suverenitu států. Vztah mezi lex mercatoria a národním právem je vztahem koexistence*“<sup>421</sup>.
- e) **z římskoprávního *lex mercatoria* přejímá** prétorský přístup k aplikaci plurality právních řádů.

Souhrnem výše uvedeného může *lex mercatoria* nabýt dvou podob – hmotněprávního *lex mercatoria* jako práva rozhodného, nebo metody funkční právní komparace. Oba projevy mají svá pravidla a charakteristiku.

### III.2.7 Hmotněprávní *lex mercatoria* čtvrté fáze a metoda funkční právní komparace

Prvním (základním) projevem *lex mercatoria* čtvrté fáze je charakter hmotněprávního rozhodného práva. *Lex mercatoria* v tomto náhledu může vystupovat jako hmotné rozhodné právo bez dalšího; primární pramen, který je doplněn v rozsahu svých mezer jinak rozhodným státním právem; nebo jako mezinárodně-obchodní korektiv k jinak rozhodnému státnímu právu.<sup>422</sup> Míra autonomie *lex mercatoria* jako rozhodného práva, nebo naopak subsidiární užití vždy závisí na aplikovaném *lex arbitri*, typu rozhodčího řízení a zejména vůli stran sporu.

Druhým (metodickým) projevem *lex mercatoria* čtvrté fáze je určení rozhodného práva ze strany rozhodce. Tato forma nastupuje chronologicky po interpretaci doložky o volbě práva a před určením rozhodného práva, přičemž se uplatní pouze v případech, kdy není explicitně zvoleno státní právo. Takového důsledku může být dosaženo implicitní volbou, negativní volbou, nebo skrze diskreci rozhodce a nastane zejména, pokud neexistují silné vazby na konkrétní státní právo a spor je tudíž natolik mezinárodní, že jediným objektivně vhodným způsobem rozhodování je oproštění se od státního

<sup>420</sup> ROZEHNALOVÁ, N. Nestátní právo před českými soudy. In: NECKÁŘ, J., RADVAN, M., SEHNÁLEK, D., VALDHANS, J. (eds.). *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008.

<sup>421</sup> Ibid.

<sup>422</sup> ELCIN, M. *Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice*. Florence: European University Institute, 2012, s. 314.

práva a kolizního způsobu určení práva (které by vedlo k uplatnění státních norem, jež jsou s ohledem na mezinárodní obchodní praxi nevhodně).

Platí, že pokud má rozhodné právo být transnacionální právo (nebo jím být ovlivněno), musí být metoda funkční právní komparace vždy provedena. Rozhodčí praxe ovšem i k této otázce přistupuje vždy na základě uvážení rozhodce, a jak už bylo zmíněno, zejména dle jeho nadšení nebo skepticismu pro transnacionální právo. Na rozdíl od izolovaných Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT, Principů evropského smluvního práva nebo Trans-lex principů, které jsou komparativním souborem norem a zásad *lex mercatoria*, charakter metody funkční právní komparace je reflektován skrze pravomoc rozhodce k odvození věcného řešení za situace uplatnění vhodných transnacionálních norem na předmět sporu užitím komparativních metod. Neplatí tak, že je nutno určit rozhodné právo na základě kolizních norem *lex arbitri*, neboť takové určení může vést v mezinárodním rozhodčím řízení k uplatnění norem, které nejsou uznávány v širším prostředí mezinárodního obchodu (nebo jsou již překonány).<sup>423</sup>

Strany sporu volbou rozhodného práva vyjadřují limity pro aplikaci pramenů práva. Volbou státního práva dávají rozhodci najevo uplatnění pouze pramenů státního práva. Naopak volbou transnacionálního práva vyjadřují přesun do plurality pramenů mezinárodního obchodu. Nejasnost takové volby ovšem může vést k popření plánovaného smyslu a cíle. V nálezu ICC č. 7319<sup>424</sup> byla hodnocena doložka: „*This agreement shall be construed in accordance with and governed by laws and regulations applying to members of the European Economic Community.*“ Rozhodčí soud shledal tuto volbu jako neurčitou a vycházel z tradičního kolizního pravidla nejužšího vztahu.<sup>425</sup> Na základě kolizního řešení určil irské právo. Rozhodčí soud vyjádřil ve svém odůvodnění názor, že implicitní určení nestátního práva musí podléhat přiměřené jistotě, že daná volba byla opravdu úmyslem smluvních stran. Argumentace ohledně rozhodného práva byla v nálezu prezentována s odkazem na článek 68 smlouvy

<sup>423</sup> GAILLARD, E. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? Arbitration International*. 2001, roč. 17, č. 1, s. 62.

<sup>424</sup> Nález ICC č. 7319 z roku 1992. *Partial 7319. ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1994, roč. 5, č. 2, s. 56 a násl.

<sup>425</sup> Obecně ke koliznímu řešení nejužšího vztahu jako únikové doložky viz VALDHANS, J. *Odcytlky od neutrálního kolizního řešení*. Habilitační práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2019, s. 112 a násl.

o vybudování Eurotunelu<sup>426</sup> a volby *tronc commun*. Rozhodčí soud zhodnotil, že na rozdíl od doložky o volbě práva v případě Eurotunelu, nebyla volba práva v daném případě dostatečně konkrétní. Rozhodčí soud ovšem v dané věci zcela opomněl reflektovat historii kontraktace doložky o volbě práva. První návrh doložky o volbě práva obsahoval volbu irského práva s případným doplněním práva a předpisů Společenství (kaskádovitá volba práva s primátem státního práva). Volba irského práva byla v dalších návrzích odstraněna. Rozhodčí soud tak svým rozhodnutím vytvořil stav, kterému se prokazatelně snažily smluvní strany vyhnout. Z odůvodnění nálezu je ovšem evidentní, že důvodem pro únik do kolizního řešení byla nejistota ohledně obsahu *lex mercatoria*.<sup>427</sup> V době rozhodnutí (1992) nebyly přístupny žádné soukromé kodifikace *lex mercatoria* a je tak otázkou, zda by bylo ve věci rozhodnuto jinak v dnešní době.

Pokud je nahlíženo na *lex mercatoria* jako na metodu funkční právní komparace, nikoliv jako na ucelený a neměnný obsah transnacionálního práva, tak jak prezentuje třetí fáze *lex mercatoria*, není nutné rozlišovat mezi soukromými kodifikacemi *lex mercatoria* a nepsanými obchodními zvyky. Obojí je pouze jedním z pramenů transnacionálního práva, nikoliv závaznou normou (pokud není jako taková explicitně zvolena).<sup>428</sup> Tento přístup kopíruje Lowenfeldův pohled na *lex mercatoria* jako na interpretační nástroj, který zaručuje právní legitimitu výkladem národních řádů ve světle konzistence s přijímanými mezinárodními zvyky,<sup>429</sup> ovšem rozšířený o další prameny transnacionálního práva jako jsou další nestátní prostředky a rozhodčí praxe.

Každý z pramenů *lex mercatoria* vstupuje do hodnocení rozhodce určitou intenzitou a svým způsobem utváří rozhodné právo. Transnacionální *lex mercatoria* tedy může být pojmově chápáno jako právo sporů vyplývajících

<sup>426</sup> Eurotunel (Channel Tunnel) smlouva ze dne 13. 8. 1986 mezi společnostmi Eurotunnel a Transmanche Link.

<sup>427</sup> Partial 7319. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1994, roč. 5, č. 2, s. 56 a násl.

<sup>428</sup> Fassberg je toho názoru, že kodifikované normy *lex mercatoria* ztrácejí interpretační schopnost, neboť k jejich užití je nutno přesvědčení rozhodce, že konstituují obchodní zvyk, nebo že byly inkorporovány do smlouvy. Tento problém je pak při nahlížení na *lex mercatoria* jako na metodu rozhodování odbourán. FASSBERG, C. W. *Lex Mercatoria – Hoist with Its Own Petard?* *Chicago Journal of International Law*. 2004, roč. 5, č. 1, s. 78.

<sup>429</sup> LÖWENFELD, F. A. *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*. *Arbitration International*. 1990, roč. 6, č. 2, s. 147; 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.

z mezinárodních obchodních vztahů tvořené na základě hmotněprávních i procesněprávních principů zajišťujících, že smlouva mezi stranami sporu je primárním pramenem práv, povinností a alokace rizik.<sup>430</sup>

### III.2.8 Postup rozhodce metodou funkční právní komparace

Aktivní role rozhodce<sup>431</sup> v aplikaci metody funkční právní komparace spočívá ve výběru vhodných rozhodných norem na předmět sporu a je omezena čtyřmi faktory.

- a) **Prvním (hmotněprávním) omezením** je zásada autonomie vůle smluvních stran. Autonomie vůle stran může být projevena vymezením rozsahu pramenů pro komparaci, např. na úrovni několika států, regionu, oblasti, odvětvím. Projev autonomie vůle může naopak směřovat i k určení *lex mercatoria* bez omezení. Výběr několika právních řádů se nemusí projevit taxativním výčtem právních řádů, může jít o omezení formou selekce principu, zásady nebo doktríny známé pouze několika státním právům.<sup>432</sup> Interpretace vůle stran tak bude primárním faktorem k určení pramenů, které podléhají komparaci k určení rozhodných norem *lex mercatoria*.

V případech explicitní volby jedné ze soukromých kodifikací je legitimně očekávané aplikovat takto zvolené rozhodné normy bez ohledu na možné rozdílné přístupy jiných soukromých kodifikací. Rozhodce přitom nebude oprávněn přihlížet k nálezům, které aplikují prameny *lex mercatoria* upravující danou právní otázku odlišně. Může

<sup>430</sup> GRIGERA NAÓN, H. A. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration. In: *Recueil des cours 2001*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, Vol. 289, s. 339.

<sup>431</sup> Označováno také jako „tools of construction“. – Viz LIUKKUNEN, U. *Lex Mercatoria in International Arbitration*. In: KLABBERS, J., PIIPARINEN, T. (eds.). *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 215.

<sup>432</sup> *Ibid.*, s. 63; Např. nálež ICC č. 5163 (aplikace principů a zásad společných Egyptské arabské republice a USA) viz GAILLARD, E. Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 1995, roč. 10, č. 2, s. 225, nebo GAILLARD, E. Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts. *International Business Lawyer*. 1999, roč. 27, s. 215; nebo nálež ICC č. 6378 (aplikace principů společných západní Evropě) viz GAILLARD, E. The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law. In: NEWMAN, L. W., HILL, R. D. (eds.). *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*. New York: JurisNet, LLC, 2004, s. 201.

ovšem využít i ty, které sice založily rozhodnutí na jiném pramenu *lex mercatoria*, ten ovšem reguluje otázku materiálně stejně. Tyto případy analogického hodnocení nálezů jsou časté ve vztahu k souladným normám Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a Principů evropského smluvního práva.

Naopak v případech volby transnacionálního *lex mercatoria* jako celku, tedy v podobě jeho mnohosti pramenů, by bylo v rozporu s legitimním očekáváním smluvních stran vyvozovat důsledky směřující proti základním právním zásadám (např. zneplatnění smluvního vztahu jako zásah do zásady *favor contractus*) z důvodů vystavených na normách jednoho z pramenů *lex mercatoria*, ačkoliv další prameny tuto otázku řeší opačně a šetří tyto základní právní zásady.

- b) **Druhým (hmotněprávním i procesním) omezením** jsou vyjádřené postupy, principy a omezení v rozhodčí smlouvě. Rozhodce tato přání smluvních stran interpretuje na základě mezinárodně přijímaných interpretačních pravidel,<sup>433</sup> včetně zavedené praxe stran, historie kontraktace smlouvy, i skutečností uváděných v procesních podáních po zahájení rozhodčího řízení.<sup>434</sup> Tyto instrukce mají přednost před uvážením rozhodce z důvodu výše uvedeného principu autonomie vůle smluvních stran a smluvní svobody. Strany mohou samotnou aplikaci *lex mercatoria* vyloučit v průběhu procesních podání, zejména v situacích, kde nebyla provedena volba práva a rozhodce procesní strany informuje o úmyslu podřídit vztah *lex mercatoria*.<sup>435</sup>

Vyjádřené instrukce mohou nabývat různých forem. Pravděpodobně nejjednodušším omezením bude hierarchické uspořádání rozhodných práv, kdy jedno nastupuje v případech, kdy druhé určitou právní otázku nereguluje. Zde se uplatní princip *dépeçage*, známý i obecnému mezinárodnímu právu soukromému. Tento přístup není cizí ani koliznímu určování rozhodného práva na základě kaskádovitých kolizních norem. Rozsah každé kaskádovité kolizní normy efektivně pokrývá

<sup>433</sup> LANGEN, E. *Transnational Commercial Law*. Leiden: A. W. Sijthoff, 1973, s. 203–211.

<sup>434</sup> Rozhodce ovšem nemusí dbát na podání v případech, kdy je volba práva provedena dostatečně určitě již ve smlouvě. Nález ICC č. 10335 z roku 2000 viz ICC International Court of Arbitration 10335. *UNILEX* [online]. [cit. 19. 7. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/699>

<sup>435</sup> STŘELEČ, K. *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 121.



právní otázku, tedy přesně tu skutečnost, kterou se snaží obsáhnout i rozhodce.

Méně častým jevem bude tzv. *trunc commun*, tedy výběr právních norem totožného charakteru mezi vybranými právními řády.<sup>436</sup> Tento přístup byl zvolen v článku 68 smlouvy o vybudování Eurotunelu<sup>437</sup> pro nalezení společných (totožných) principů anglického a francouzského práva. K vyplnění mezer mělo poté dojít na základě mezinárodního obchodního práva aplikovaného národními a mezinárodními rozhodci.<sup>438</sup> Zde můžeme typově spatřit i napojení hierarchickým uspořádáním pramenů transnacionálního práva. Právě pojem mezinárodní obchodní právo aplikovaný národními a mezinárodními rozhodci je neurčitý a nutně vede ke komparativnímu hodnocení obsahu. V tomto případě metoda funkční právní komparace prvotně identifikuje *trunc commun* principy anglického a francouzského práva, a poté, v případě mezer, identifikuje obsah mezinárodního obchodního práva aplikovaného národními a mezinárodními rozhodci (tedy *lex mercatoria*).

Po fázi výběru vhodných rozhodných norem přechází rozhodce do fáze hodnocení těchto norem v kontextu celého rozhodovaného případu. Primárně rozhodce hodnotí, zda zvolené normy naplňují základní právní principy – zejména legitimní očekávání stran. Tato fáze dává rozhodci relativně silné postavení v možnosti subjektivní selekce norem natolik vhodných k řešení sporu, že může v krajních situacích dojít k výběrové diskriminaci norem zakotvených v omezeném množství pramenů.<sup>439</sup>

Úkolem rozhodce je tedy postupovat s ohledem na mnohost pramenů *lex mercatoria*. Na základě rozličných pramenů – soukromých kodifikací, rozhodčích nálezů, státního práva, mezinárodních smluv – komparativně dovodit přílehlavé normativní právní pravidlo, které může být rozhodnou normou pro předmět sporu. Rozhodce tedy aktivně

<sup>436</sup> NOUEL, P. “Cartesian Pragmatism”: Looking for Common Principles in French and English Law. *International Business Lawyer*. 1996, roč. 24, s. 22.

<sup>437</sup> Eurotunel (Channel Tunnel) smlouva ze dne 13. 8. 1986 mezi společnostmi Eurotunnel a Transmanche Link.

<sup>438</sup> Např. *ad hoc* nálezy ze dne 17. 11. 1994 viz BERG, A.J. van den. *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXI*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1996, s. 21.

<sup>439</sup> GAILLARD, E. Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? *Arbitration International*. 2001, roč. 17, č. 1, s. 63–64.

hodnotí, zda právní pravidlo, kterého se strany dovolávají nebo které bylo identifikováno z rozličných pramenů práva, reflektuje normu odpovídající mezinárodně-obchodnímu trendu, který je mezinárodně uznáván.<sup>440</sup> Rozhodce ovšem nesmí postupovat „unáhleně“ a v rozporu s vůlí stran.<sup>441</sup>

- c) Výběrem vhodných norem k řešení sporu ovšem metoda funkční právní komparace nekončí. **Třetím (hmotněprávním) omezením** je projev mezinárodního a transnacionálního veřejného pořádku.<sup>442</sup> Obdobně jako v obecném soudním řízení aplikujícím normy veřejného pořádku, i *lex mercatoria* obsahuje normy transnacionálního veřejného pořádku. Normy transnacionálního veřejného pořádku vyjadřují meze samotného rozhodného práva. Příkladem může být založení nulity smlouvy v případě korupce na straně smluvních stran jako přímo aplikovatelná norma transnacionálního veřejného pořádku *malum in se*.<sup>443</sup> Bělohávek za transnacionální veřejný pořádek považuje „zásady, které představují mezinárodní konsensus jako univerzální standardy a přijímané normy chování, které je třeba za všech okolností dodržovat. Jedná se o soubor základních zásad přirozeného práva, principů mezinárodní spravedlnosti, *ius cogens* v mezinárodním právu a obecných zásad principů morálky přijímaných státy, které jsou označovány jako civilizované státy“<sup>444</sup> podle článku 53 Vídeňské úmluvy o smluvním právu a článku 38 odst. 1 písm. c) Statutu Mezinárodního soudního dvora.
- d) **Čtvrtým (funkčním) omezením** je samotná nekompletnost *lex mercatoria*. Státní právo vystupuje v metodě funkční právní komparace formou svého komplementárního charakteru,<sup>445</sup> vyplňuje mezery

<sup>440</sup> GAILLARD, E. Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? *Arbitration International*. 2001, roč. 17, č. 1, s. 64–65.

<sup>441</sup> STŘELEČ, K. *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráž – systémový pohled*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 137.

<sup>442</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 531.

<sup>443</sup> Konečný nálezh ICC č. 13515 z roku 2006 – Final 13515. *Special Supplement 2013: Tackling Corruption in Arbitration*, 2013, s. 66 a násl.

<sup>444</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 530.

<sup>445</sup> DALHUISEN, J. *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010, s. 322.

*lex mercatoria* a vytváří tak v souhrnu koherentní právní systém.<sup>446</sup> Státní veřejné právo si ovšem i nadále udržuje určitou úroveň primární regulace *lex mercatoria*.<sup>447</sup> Státní právo dává prostor pro uplatnění transnacionálních norem *lex mercatoria* a zároveň se zbytkově uplatní v otázkách neregulovaných normami *lex mercatoria*.<sup>448</sup> Takové pojetí je plně v souladu s nestátním charakterem Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a Principů evropského smluvního práva, které jsou z principu nekompletní a vyžadují v dílčích otázkách formu doplnění.<sup>449</sup>

Metoda funkční právní komparace je tak *de facto* reflexí přístupu *praetora peregrinuse* v aplikaci *ius honorarium*, které regulovalo spory s cizinci. Aplikace *ius honorarium* se vyznačoval třemi kroky – *adiuvare*, *supplere* a *corrigere* – interpretace, suplementace a korekce. *Praetor peregrinus* nevytvářel nové hmotné právo, neboť to stále existovalo skrze *ius civile*, nicméně svojí autoritativní rozhodovací pravomocí vytvářel typově nové následky (sekundární povinnosti) odvíjející se od porušení primárních hmotných norem. Sekundární povinnosti pak existovaly v kontrastu k *ius civile* a svým charakterem jej doplňovaly nebo měnily.<sup>450</sup>

<sup>446</sup> GOODE, R. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1997, roč. 47, č. 1, s. 33. Také GOODE, R. Rule, Practice, And Pragmatism In Transnational Commercial Law. *International & Comparative Law Quarterly*. 2005, roč. 54, č. 3, s. 552; Tento jev je možné spatřit v nálezu ICC č. 9117, ve kterém by kolizní normy určily rozhodné ruské právo, rozhodčí soud ovšem státnímu právu příznal pouze zbytkovou roli ve prospěch (i) smluvních podmínek, (ii) obchodních zvyklostí, (iii) Vídeňské úmluvy a (iv) *lex mercatoria* ve formě Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT. Final 9117. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 99 a násl; Přijímanou doktrínu můžeme také najít v nálezu SCC No. 117/1999, ve kterém rozhodčí soud hodnotil absenci volby práva jako implicitní určení neutrálního řešení, které může být dosaženo pouze právem, které našlo své místo v mezinárodních smlouvách aplikovatelných ve státech účastnících se mezinárodního obchodu a v Zásadách mezinárodních smluv UNIDROIT. Jako zbytkové normy pak bylo určeno právo místa rozhodčího řízení, tedy švédské právo z důvodů neutrality (ne objektivní, nýbrž subjektivně určené ve vztahu ke stranám sporu). ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *Stockholm Arbitration Report 2002:1*. Stockholm: Juris Publishing, 2002, s. 65.

<sup>447</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 467.

<sup>448</sup> GOODE, R. Rule, Practice, And Pragmatism In Transnational Commercial Law. *International & Comparative Law Quarterly*. 2005, roč. 54, č. 3, s. 552.

<sup>449</sup> VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J. (eds.). *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 41.

<sup>450</sup> ELCIN, M. *Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice*. Florence: European University Institute, 2012, s. 337.

Na rozdíl od aplikace rozhodného státního práva určeného na základě obecných kolizních norem<sup>451</sup> představuje metoda funkční právní komparace přístup k aplikaci neutrálních hmotných norem na předmět sporu. Následkem by mělo být dobrovolné podřízení se rozhodčímu nálezu namísto nutnosti uznávat a vykonávat nález skrze národní soudy.<sup>452</sup>

### III.2.9 Vliv transnacionálních kodifikací na postup rozhodce a řešení rozporů mezi nimi

Jak jsme již uvedli v předcházejících kapitolách, oproti standardizovaným obchodním podmínkám jsou soukromé kodifikace méně kazuistické, dávají možnost relativně analytické redukce obsahu do zřetelně formulovaných právních norem a váže se k nim rozhodovací praxe, na které se dají vystavět logické argumenty. Zároveň, organickým vývojem *lex mercatoria* a snahou přizpůsobit amorfní nepsané principy a zásady formě státního práva, je právě kodifikace norem do právního souboru logickým krokem.

Soukromé kodifikace nejsou kompletním právním řádem ani všeobslhlým seznamem norem transnacionálního *lex mercatoria*. Soukromé kodifikace jsou pouze jedním z pramenů, které rozhodce v metodě funkční právní komparace *lex mercatoria* užívá k určení vhodných rozhodných norem. Jednotlivé soukromé kodifikace se mohou bez dalšího aplikovat jako právo rozhodné pouze z vůle stran. Naopak tam, kde vůle stran absentuje v určení jasného pramene *lex mercatoria* a dochází k volbě „mezinárodního práva obchodníků“, „transnacionálního práva“, „mezinárodního obchodního práva aplikovaného národními a mezinárodními rozhodci“, „*lex mercatoria*“ apod., je nutné analyticky přistoupit k určení vztahů mezi jednotlivými prameny. Soukromé kodifikace fungují jako zjednodušení pro rozhodce, protože odvedly většinu komparativní práce. Soukromé kodifikace již kvalitativně a kvantitativně zhodnotily doktríny, státní právo, nestátní prostředky, transnacionální právo, soudní rozhodnutí i rozhodčí nálezy a vyvodily z nich obecná, mezinárodně přijímaná pravidla. Zároveň daná pravidla prezentují ve světle komentáře

<sup>451</sup> Např. nález ICC č. 9419 z roku 1998. Final 9419. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 105.

<sup>452</sup> BERGER, K.P. International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *American Journal of Comparative Law*, 1998, roč. 46, č. 1, s. 131.

a zdrojových materiálů, čímž dávají rozhodci možnost hodnotit, zda je dané pravidlo aplikovatelné na individuální předmět sporu.<sup>453</sup>

Aktivním přístupem k hodnocení norem soukromých kodifikací rozhodce respektuje autonomii vůle smluvních stran. Rozhodce zejména nesmí zaměňovat odkaz na celé *lex mercatoria* s určitou soukromoprávní kodifikací, aniž by toto řádně odůvodnil. Mezisektorová politizace je odstraněna aktivní rolí rozhodce, kdy dochází ke zhodnocení jak obecných kodifikací, tak i speciálních předpisů (např. Jednotná pravidla pro záruky vyplatitelné na požádání (URDG 758) pro bankovní záruky). Tímto postupem je eliminováno rozhodování bez zohlednění sektorových zvyklostí a rozdílů v soukromých kodifikacích *lex mercatoria*.<sup>454</sup> S tímto ovšem již zde uvádíme, že metoda funkční právní komparace bude z důvodu komparativního charakteru soukromých kodifikací mnohdy směřovat k uplatnění soukromé kodifikace jako celku. Důvodem pro uplatnění jedné ze soukromých kodifikací bude názor rozhodce o vhodnosti takového souboru představovat rozhodné normy transnacionálního *lex mercatoria*. Tento názor se odráží i v rozhodčí praxi. Nález ICC č. 15089<sup>455</sup> uvádí tři důvody na podporu volby Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT jako práva rozhodného splyvajícího s *lex mercatoria* – Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT představují přepracování moderního závazkového práva založeného na komunitě vyspělých obchodních národů, jsou rozpracovány komentářovou a výkladovou literaturou i nespočtem rozhodčích nálezů a byly podpořeny ze strany UNCITRAL. Současně, soukromé

<sup>453</sup> Zde se liší přístup v rozhodování dle *lex mercatoria* od *amiable compositeur*, kde obsah *lex mercatoria* nezávisí na vůli rozhodce, nýbrž rozhodce je aktivní ve vyhledávání správného rozsahu *lex mercatoria*. Rozhodce tak nemůže uplatňovat své subjektivní názory na spravedlnost na předmět sporu. K *amiable compositeur* obecně GARAJOVÁ, M. Rozhodování podle zásad spravedlivosti v případech dotknutých korupcí v mezinárodní obchodní arbitráži. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2019, roč. 27, č. 2, s. 231–235; ANDERSON, N. C. *Awards According to the Length of an Arbitrator's Foot? Equity Clauses, Amiable Composition and Awards Made Ex Aequo et Bono*. 2005, LLM research paper, Victoria University of Wellington, Law Faculty.

<sup>454</sup> OKWOR, A. *Lex Mercatoria as Transnational Commercial Law: Is the Lex Mercatoria Preferentially for the 'Mercatocracy'?* In: ANDENAS, M., ANDERSEN, C. B. (eds.). *Theory and Practice of Harmonisation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, s. 402.

<sup>455</sup> Nález ICC č. 15089 z roku 2008. ICC International Court of Arbitration 15089. *UNILEX* [online]. [cit. 12. 9. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/1440>

kodifikace jsou ze strany ICC označovány za nedílný pramen *lex mercatoria*.<sup>456</sup> ICC hodnotí, že Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT odráží obecné zásady platné pro smluvní závazky,<sup>457</sup> zejména s ohledem na komparativní začlenění a hodnocení rozhodčí praxe.<sup>458</sup> Zároveň, Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT jsou z pohledu samotné ICC srovnatelné s volbou *lex mercatoria* nebo obchodních zvyklostí bez dalšího.<sup>459</sup> Je ovšem s podivem, že je tato praxe ze strany ICC připuštěna. Samy ICC předpisy důsledněji rozlišují prameny transnacionálního práva na obecné zásady a principy v mezinárodním obchodním právu (*lex mercatoria*), obchodní zvyklosti a Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT. Pro srovnání rozdílů mezi rozhodčí praxí s nestátními ICC prostředky např. článek 1 *ICC Model International Franchising Contract*<sup>460</sup> a článek 2 *ICC Distributorship Model*<sup>461</sup>.

Důležitým aspektem, který napomáhá aplikaci soukromých kodifikací, je také navyšování legitimacy *lex mercatoria*. Soukromé kodifikace výrazně napomáhají uniformní aplikaci obecných zásad *lex mercatoria* na mezinárodní úrovni.<sup>462</sup>

<sup>456</sup> GÉLINAS, F., MARRELLA, F. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration-Introduction and Preliminary Assessment. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 26–32.

<sup>457</sup> Partial 7110. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 47; ICC International Court of Arbitration, Paris 7375. *UNILEX* [online]. [cit. 21. 4. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=625>; ICC International Court of Arbitration, Paris 8261. *UNILEX* [online]. [cit. 21. 4. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/624>; Final 8331. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 65–68; Final 8502. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 72–74; Nález ICC č. 8503 z roku 1996 viz Unidroit Principles of International Commercial Contracts/Principes D'unidroit Relatifs aux Contrats Du Commerce International. *Uniform Law Review*. 2000, roč. 5, č. 4, s. 824–825.

<sup>458</sup> Nález ICC č. 9797 z roku 2000. Final 9797. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2001, roč. 12, č. 2, s. 89.

<sup>459</sup> Srov. nálezy ICC č. 7110 z roků 1995, 1998, 1999 viz Partial 7110. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 47, a ICC International Court of Arbitration 10021. *UNILEX* [online]. [cit. 3. 7. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/832>; ICC International Court of Arbitration 9479. *UNILEX* [online]. [cit. 3. 7. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/680>

<sup>460</sup> „This Agreement is governed by the rules and principles of law generally recognized in international trade together with the UNIDROIT principles on International Commercial Contracts.“

<sup>461</sup> „Any questions relating to this Agreement which are not expressly or implicitly settled by the provisions contained in this Agreement shall be governed, in the following order: 1) by the principles of law generally recognized in international trade as applicable to international distributorship contracts, 2) by the relevant trade usages, and 3) by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, with the exclusion – subject to Article 18. 2. hereunder – of national laws.“

<sup>462</sup> MOSES, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 69.

Tímto překonávají jeden z nejčastějších důvodů pro odmítání aplikace *lex mercatoria* – neznalost obsahu (viz odmítnutí aplikace nestátních prostředků v Římské úmluvě nebo nařízení Řím I).

V zásadě se může stát, že prameny *lex mercatoria* (soukromé kodifikace navzájem nebo soukromé kodifikace s jiným pramenem *lex mercatoria*) budou ve vzájemném rozporu. Nebude se tak dít v nejzákladnějších principech (např. *pacta sunt servanda*), ani v jejich celém rozsahu, pouze ve specifických případech. Důvody k tomuto mohou být přímočaré. Vídeňská úmluva byla přijata jako mezinárodní smlouva a její obsah je závazný i na kolizní úrovni. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT komparativně hodnotí právo vyspělých států světa. Principy evropského smluvního práva jsou stále svým obsahem kodifikací evropského smluvního práva, ačkoliv hodnotí i prameny mimo EU. Trans-lex principy nakonec pramení toliko z rozhodčí praxe a doktrinárních přístupů. Pokud by všechny tyto prameny vedly ve všech otázkách ke stejnému řešení, pak by nebyla nutnost existence *lex mercatoria*, právo by bylo zákonitě harmonizované. Jsou to právě nuance rozdílných přístupů k právním otázkám v podkladových materiálech jednotlivých pramenů, které způsobují rozdílnou právní úpravu.

Není předmětem této publikace poukázat na veškeré možné rozpory, proto budeme hodnotit pouze vybrané otázky. Na tomto výběru prezentujeme, jakým způsobem může být jeden právní vztah řešen. Řešení rozporů je poté oním výsledkem metody funkční právní komparace – aktivním výběrem vhodných norem ze strany rozhodce.

- a) **Náhrada škody při porušení smlouvy a limitace náhrady skrze předvídatelnost vzniku škody.** Tato otázka je regulována ve všech pramenech – věta druhá článku 74 Vídeňské úmluvy<sup>463</sup>, článku 7.4.4 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT<sup>464</sup>, článku 9:503 Principů evropského

<sup>463</sup> „Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.“

<sup>464</sup> „The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.“

smluvního práva<sup>465</sup> a VII.2 Trans-lex principů<sup>466</sup>. Zatímco Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva a Trans-lex principy shodně regulují vyšší formu limitace skrze standard předvídatelnosti vzniku škody („likely to result“), Vídeňská úmluva operuje s nižší formou limitace na úrovni standardu předvídatelnosti možného následku („possible consequence“). Standard dle Vídeňské úmluvy pak zahrnuje následky předvídatelné v daném smluvním vztahu ve vztahu ke ztrátě, nikoliv k porušení smlouvy (čímž zakotvuje vlastní normativní limit), přičemž není rozhodné, zda taková pravděpodobnost přesahuje určitou míru.<sup>467</sup> Ustanovení Vídeňské úmluvy tak představuje širší standard pro uplatnění odpovědnosti za škodu.<sup>468</sup>

Paradoxní situací je, že další pramen *lex mercatoria*, rozhodčí praxe, může tyto rozdíly stírat. Rozhodce je tak nucen nejenom spoléhat na soukromé kodifikace, ale přihlídnout i k aktuálnímu rozhodčímu trendu. Nález ICC č. 10346<sup>469</sup> s odkazem na článek 7.4.4 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT odkázal nikoliv na vyšší standard předvídatelnosti („likely to result“), nýbrž na standard obdobný tomu ve Vídeňské úmluvě („possible consequence“). K opoře pro tento závěr odkázal na anglický common law precedent *Hadley v Baxendale*.<sup>470</sup> Jakkoli nález ICC č. 10346

<sup>465</sup> „The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.“

<sup>466</sup> „Claims for damages are limited to the loss which the non-performing party foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being the likely result of its non-performance.“

<sup>467</sup> SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I. H. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 1078–1079, s odkazem na FARNSWORTH, E. A. Damages and Specific Relief. *The American Journal of Comparative Law*. 1979, roč. 27, č. 2/3, s. 247, 253.

<sup>468</sup> BLASE, F., HÖTTLER, P. Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC). *Pace Law School Institute of International Commercial Law* [online]. [cit. 30. 1. 2022]. Dostupné z: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blase3.html>; FERRARI, F. Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law. *Louisiana Law Review*. 1993, roč. 53, č. 4, s. 1268.

<sup>469</sup> Nález ICC č. 10346 z roku 2000. Final 10346. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2001, roč. 12, č. 2, s. 106–115.

<sup>470</sup> Rozhodnutí Exchequer soudu ze dne 23. 2. 1854, sp. zn. [1854] EWHC J70, (1854) 156 ER 145, 9 ExCh 341, (1854) 23 LJ Ex 179, 18 Jur 358, [1843-60] All ER Rep 461, které stanovuje hranici pro náhradu škody ve výši takové škody, kterou mohly považovat strany v době uzavření smlouvy za pravděpodobnou při jejím porušení. Výše této pravděpodobnosti pak není určena.



interpretuje článek 7.4.4 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT spíše podle standardu Vídeňské úmluvy, samotná Vídeňská úmluva neuznává plnou aplikaci *Hadley v Baxendale*.<sup>471</sup> V dalších nálezech ICC jsou pak článek 7.4.4 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a článek 74 Vídeňské úmluvy interpretovány jako obsahově totožné.<sup>472</sup>

Je evidentní, že komparativní analýzou si rozhodčí praxe dotvořila vlastní přístup k limitaci náhrady skrze předvídatelnost vzniku škody. Aplikace pouze jednoho z pramenů by tak mohla způsobit použití rozhodné normy, která nemusela být stranami předvídána.

- b) **Hardship (*rebus sic stantibus*)**. Vídeňská úmluva hardship výslovně neupravuje.<sup>473</sup> Obsahová regulace ztíženého provedení závazku je ovšem shodně vyjádřena v článku 6.2.1 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT<sup>474</sup> a článku 6:111 odst. 1 Principů evropského smluvního práva<sup>475</sup>. Trans-lex principy obecnou regulaci ztíženého provedení obligace neobsahují, je nutné tedy vycházet z obecné právní zásady *pacta sunt servanda*, na které jsou Trans-lex principy vystavěny.

Jednotlivé soukromé kodifikace zakotvují akcesorické výjimky, které modifikují smluvní vztah *ex post* a umožňují zatížené straně požadovat obnovení jednání o smlouvě. Těmito ustanovení jsou článek 6.2.2 ve vztahu k článku 6.2.3 odst. 1 Zásad mezinárodních smluv

<sup>471</sup> FERRARI, F. Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law. *Louisiana Law Review*. 1993, roč. 53, č. 4, s. 1265–1269; FERRARI, F. *Hadley v Baxendale* v Foreseeability under Article 74 CISG. In: SAIDOV, D., CUNNINGTON, R. (eds.). *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008, s. 305 a násl.

<sup>472</sup> Např. nález International Centre for Settlement of Investment Disputes ze dne 30. 10. 2017, č. ARB/11/19.

<sup>473</sup> Hardship by tak mohl být subsumován pod článek 79 Vídeňské úmluvy. Viz čl. 3.1 a 3.2. CISG ADVISORY COUNCIL. *CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*. Wuhan: CISG Advisory Council, 2007, 14 s.; Tento přístup by měl být kompromisem mezi přísným francouzským přístupem k *force majeure* a shovivavým německým pravidlem *Störung der Geschäftsgrundlage*. LANDO, O. A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles. *Uniform Commercial Code Law Journal*. 2004, roč. 37, č. 2, s. 37–38. Také HONNOLD, J. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1982, s. 542.

<sup>474</sup> „Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.“

<sup>475</sup> „A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.“

UNIDROIT, článek 6:111 odst. 2 Principů evropského smluvního práva, a článek VIII.1 ve vztahu k článku VIII.2 písm. a) Trans-lex principů.

Zatímco Principy evropského smluvního práva a Trans-lex principy regulují definiční předpoklad časového hlediska vzniku události zakládající hardship (právo na obnovení jednání o smlouvě) shodně tak, že tato událost musí nastat po uzavření smlouvy.<sup>476</sup> Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT předpokládají vznik události zakládající hardship po uzavření smlouvy, nebo i před uzavřením smlouvy, pokud se stala známou druhé straně až po jejím uzavření. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT tím efektivně rozšiřují časový definiční předpoklad vzniku události.

K rozporu pak přispívá i rozhodčí praxe, která předepisuje obsahově hodnotit povahu faktických změn ve smluvním závazku, konkrétní typ smlouvy, přihlížet k požadavku spravedlnosti i okolnostem individuálního případu.<sup>477</sup> Z formálního hlediska rozhodčí praxe vykládá nutnost vzniku události pro přiznání práva na obnovení jednání o smlouvě po uzavření smlouvy (odlišně od Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT).<sup>478</sup> Rozhodčí praxe také v souladu s předmětnými soukromými kodifikacemi uvádí, že faktická obtížnost plnění smlouvy není sama o sobě rozhodující pro vznik hardship.<sup>479</sup> Skutečnost zakládající hardship nemusí být jednorázová, nýbrž i postupné změny mohou nabýt v souhrnu takové míry,<sup>480</sup> která založí vznik práva na obnovení jednání. Rozhodčí praxe tímto interpretuje definiční znaky hardship uvedené v soukromých kodifikacích.

<sup>476</sup> Čl. 6:111 odst. 2 písm. a) Principů evropského smluvního práva, VIII.1 bod ii) Trans-lex principů.

<sup>477</sup> Nález ICC č. 1512 z roku 1976 viz SANDERS, P. *Yearbook Commercial Arbitration. Vol. I.* Deventer: Kluwer B. V., 1976, s. 129.

<sup>478</sup> Nález ICC č. 16369 z roku 2011, para. 112–113. ICC Award No. 16369, YCA 2014. *Trans-Lex* [online]. [cit. 9. 3. 2022]. Dostupné z: [https://www.trans-lex.org/216369/\\_/icc-award-no-16369-yca-2014-at-page-169-et-seq/](https://www.trans-lex.org/216369/_/icc-award-no-16369-yca-2014-at-page-169-et-seq/)

<sup>479</sup> Nález Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (São Paulo, Brazil) ze dne 9. 2. 2009, sp. zn. N° 1/2008; Také ICC International Court of Arbitration, Zürich 8486. *UNILEX* [online]. [cit. 15. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/630>

<sup>480</sup> ICC Award No. 16369, YCA 2014. *Trans-Lex* [online]. Para. 112 [cit. 9. 9. 2022], Dostupné z: [https://www.trans-lex.org/216369/\\_/icc-award-no-16369-yca-2014-at-page-169-et-seq/](https://www.trans-lex.org/216369/_/icc-award-no-16369-yca-2014-at-page-169-et-seq/)

Nález ICC č. 6281<sup>481</sup> na rozdíl od Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT podporuje výklad dle Vídeňské úmluvy tak, že hardship je mezní možnost v případě, kdy nemohly být skutečnosti zakládající hardship předpokládány už v době kontraktace smlouvy.

- c) **Náležitost nabídky.** Článek 14 Vídeňské úmluvy uvádí základní znaky určitosti nabídky k tomu, aby mohla být řádně přijata a mohly nastoupit její právní účinky („*essentialia contractus*“). Má se za to, že přijetí nabídky bez základních znaků nemá právní účinek. Jedním ze základních znaků je kupní cena určená výslovně, nepřímou nebo ustanovením umožňujícím její určení. Naproti tomu článek 2. 1. 2 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT, článek 2:201 odst. 1 Principů evropského smluvního práva, ani článek IV.2.1 Trans-lex principů pojmový znak určení ceny neobsahují. Jediným definičním znakem k řádnému vzniku smlouvy přijetím je určitost nabídky.

Implicitní určení ceny ve smyslu věty druhé článku 14 odst. 1 Vídeňské úmluvy může vycházet ze zavedené praxe stran.<sup>482</sup> V případech zavedené praxe stran je náležitost uvedení ceny podle článku 14 Vídeňské úmluvy ve spojení s článkem 8 odst. 3 Vídeňské úmluvy<sup>483</sup> vyžadována pouze v případech odchýlení se od této praxe. Neurčitost ceny není možno zhojit postupem dle článku 55 Vídeňské úmluvy k vyplnění mezer a smlouva *de lege* nevznikla.<sup>484</sup>

Z ustálené rozhodčí praxe vyplývá i možnost odložit určení ceny ujednáním o jejím pozdějším určení.<sup>485</sup> Rozhodčí praxe také připouští

<sup>481</sup> Nález ICC č. 6281 z roku 1989. ICC Court of Arbitration – Paris 6281/1989. *UNILEX* [online]. [cit. 3. 6. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/11>

<sup>482</sup> NEUMAYER, K. H., MING, C., DESSEMONTET, F. *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*. Lausanne: CEDIDAC, 1993, čl. 14, poznámka 7.

<sup>483</sup> Rozsudek francouzského Cour d'appel de Paris ze dne 18. 11. 2009, č. 8/07829, ve kterém bylo rozhodnuto, že zavedená praxe ceny mandlí ve výši 0,019056 € za kus byla platná i pro novou smlouvu, ve které nebyla cena explicitně uvedena ani v nabídce, ani v akceptaci.

<sup>484</sup> DIMATTEO, L. A., DHOOGHE, L., GREENE, S., MAURER, V. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. *Northwestern Journal of International Law and Business*. 2004, roč. 34, s. 342.

<sup>485</sup> Nález Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry ze dne 3. 3. 1995, č. 309/1993.

ujednat cenu jako provizorní s možností její pozdější změny.<sup>486</sup> Oba přístupy efektivně umožňují obejít definiční znak určitosti ceny ve smyslu Vídeňské úmluvy.

Některé formy neurčitosti nabídky mohou být zhojeny skrze další články soukromých kodifikací (např. článek 5.1.7 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT k určení ceny) nebo (obdobně jako v případě Vídeňské úmluvy) zavedenou praxí stran. Komentář k IV.2.1 písm. b) Trans-lex principů uvádí, že ačkoliv není cena v článku IV.2.1 písm. b) Trans-lex principů explicitně uvedena, na základě interpretace dle zásady *essentialia negotii* se v případě kupní smlouvy bude jednat o splatnou a určitou cenu tak, aby přijetí nabídky mohlo proběhnout bez dalšího. Zároveň ale uvádí, že je možné řádně uzavřít smlouvu bez uvedení splatné ceny, pokud si to strany výslovně ujednají. Tímto se Trans-lex principy liší od Vídeňské úmluvy, která takové ujednání nepřipouští. Aplikačně se tedy Trans-lex principy blíží rozhodčí praxi. Je možné identifikovat patrný konflikt pramenů *lex mercatoria*. Vídeňská úmluva vyžaduje větší obsahové náležitosti nabídky. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva, Trans-lex principy i rozhodčí praxe kladou nižší nároky na smluvní strany a poskytují možnost doplnění obsahových náležitostí po vzniku smlouvy.

- d) **Interpretace důležitých obsahových náležitostí smlouvy.** Rozhodčí praxe hodnotí smlouvu jako neplatnou a nepřipouští interpretaci nejdůležitějších obsahových náležitostí smlouvy, pokud každá ze stran v obsahu nabídky protiplnění shledává zcela rozdílné skutečnosti.<sup>487</sup> Otázkou je, nakolik zde rozhodčí praxe bere ohled na zásadu *in favorem negotii*. Zásada *in favorem negotii* je obecnou zásadou mezinárodního obchodního práva, a tudíž i součástí *lex mercatoria*. Svůj odraz našla v soukromých kodifikacích – článek 5:106 Principů evropského smluvního práva, článek 4.6 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a článek IV.5.3 Trans-lex principů.

<sup>486</sup> Nález ICC č. 8324 z roku 1995 viz DIMATTEO, L. A., DHOOGHE, L., GREENE, S., MAURER, V. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. *Northwestern Journal of International Law and Business*. 2004, roč. 34, s. 338.

<sup>487</sup> Nález Iran-US Claims Tribunal ze dne 3. 12. 1985, č. 34.

Mimo již uvedené jsou mezi obecné zásady *lex mercatoria* řazeny i zásada dobré víry ve smyslu článku 4.1 až 4.8 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT<sup>488</sup> a povinnost zmírnění škod<sup>489</sup>. Rozhodci by měli k těmto zásadám přihlížet při aplikaci rozhodného práva s ohledem na to, zda zvolené rozhodné právo neodporuje těmto zásadám natolik, že je nutné zvážit odmítnutí a nahrazení rozhodného práva.

V nálezu ICC č. 8540 byla hodnocena zásada platnosti smlouvy. S odkazem na počet možných aplikovatelných právních řádů na předmět sporu byla zhodnocena nemožnost uplatnění práva, které by způsobilo neplatnost smlouvy nebo jejích klíčových ustanovení. Tento názor byl povinností rozhodce přihlížet k ustanovením smlouvy a mezinárodním zvykům podpořen dle článku 13 odst. 5 ICC pravidel z roku 1988.<sup>490</sup> K tomuto je rovněž nutné připomenout, že mezinárodní obchodní zvyklosti mohou být převzaty i z dalších pramenů *lex mercatoria*, aniž by tyto prameny byly přímo aplikovatelné jako normy rozhodného práva. Ukázkou převzetí mezinárodní zvyklosti z jiného pramene *lex mercatoria* je nález ICC č. 12494. V daném došlo k aplikaci norem Vídeňské úmluvy na předmět sporu s odkazem na jejich obecnou platnost, čímž dosahují znaku normativnosti mezinárodní zvyklosti. Takto hodnocené mezinárodní zvyklosti jsou aplikovatelné skrze povinnost rozhodce přihlídnout ke zvyklostem (jak dle řádu rozhodčího řízení, tak práva *lex arbitri*).<sup>491</sup> Je nutné poznamenat, že obchodní zvyklosti za situace volby státního práva nedisponují aplikační předností před státním právem. Naopak představují implicitně inkorporované smluvní ustanovení, ke kterým musí být přihlíženo.<sup>492</sup>

<sup>488</sup> Nález ICC č. 8908 z roku 1999. Final 8908. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 86; Tento nález kromě dobré víry také opakuje interpretační funkci Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.

<sup>489</sup> Nález ICC č. 9594 z roku 1999. Final 9594. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2001, roč. 12, č. 2, s. 73 a násl.

<sup>490</sup> Nález ICC č. 8540 z roku 1996. ICC International Court of Arbitration, Paris 8540 [online]. *UNILEX* [cit. 25. 2. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/644>

<sup>491</sup> Nález ICC č. 12494 z roku 2008. Partial 12494. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2008, roč. 19, č. 1, s. 126.

<sup>492</sup> LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A., KRÖLL, S. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003, s. 419.

Je zřejmé, že v případě státního práva aplikujícího Vídeňskou úmluvu nebo v případech přímo aplikovatelné Vídeňské úmluvy, se mohou závěry lišit od závěrů na základě aplikace Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT, Principů evropského smluvního práva nebo Trans-lex principů. I toto je ovšem legitimním očekáváním smluvních stran. Jsou to ostatně strany, které svým jednáním přijímají rizika plynoucí z volby amorfního, transnacionálního rozhodného práva a rozhodce není oprávněn překračovat jejich vůli. Naopak je povinen naplnit i ta očekávání smluvních stran, která se nezdaří být z pohledu nezaujaté osoby nejsprávnější nebo nejlogičtější.

### III.3 Uplatnění transnacionálních nestátních prostředků v rozhodčí praxi

Pohledem na statistiky rozhodčích soudů je evidentní, že nestátní formy práva v roli rozhodného práva jsou využívány minimálně. Statistickou situaci využití nestátního práva na materiální úrovni nehodnotíme.

Za rok 2019 bylo u ICC podáno 869 návrhů na zahájení rozhodčího řízení.<sup>493</sup> Z tohoto počtu pak 88 % sporů obsahovalo volbu rozhodného práva. Volba byla provedena ve prospěch 124 státních práv, přičemž nejčastěji voleným bylo anglické právo.<sup>494</sup> Pouze 1 % smluv obsahovalo doložku volby jiné formy práva (např. Vídeňská úmluva, Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva, mezinárodní obchodní právo, OHADA (*Organisation for the Harmonisation of Corporate Law in Africa*) právo, INCOTERMS nebo explicitně *lex mercatoria*).<sup>495</sup>

<sup>493</sup> S ohledem na institucionalizované rozhodčí soudy je možné za rok 2019 hovořit o 6232 řízeních – CIETAC (2962), ICDR (993), ICC (842), LCIA (317), HKIAC (265), DIS (153), SCC (152), SCAI (82), a VIAC (64). BOUSSIHMAD, M., ALTENKIRCH, M. International Arbitration Statistics 2018 – Another Busy Year for Arbitral Institutions [online]. *Global Arbitration News*. 2. 7. 2019 [cit. 20. 7. 2022]. Dostupné z: <https://globalarbitrationnews.com/international-arbitration-statistics-2018-another-busy-year-for-arbitral-institutions/>

<sup>494</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *International Chamber of Commerce (ICC) – Dispute Resolution 2019 Statistics*. Paris: International Chamber of Commerce, 2020, s. 15; FRY, J., GREENBERG, S., MAZZA, F. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce, 2012, s. 222–223.

<sup>495</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *International Chamber of Commerce (ICC) – Dispute Resolution 2019 Statistics*. Paris: International Chamber of Commerce, 2020, s. 15.

Za rok 2020 bylo u ICC podáno 946 návrhů na zahájení rozhodčího řízení.<sup>496</sup> 95 % sporů obsahovalo volbu práva ve prospěch 127 státních práv. Nejčastěji volené právo bylo obdobně jako v roce 2019 právo anglické.<sup>497</sup> Na rozdíl od roku 2019, 2 % sporů obsahovala doložku volby nestátních prostředků.<sup>498</sup>

Pro srovnání, *The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* eviduje za rok 2021 165 návrhů na zahájení rozhodčího řízení, přičemž mezinárodní právo bylo zvoleno v 1 případě (ovšem zde se jednalo o investiční arbitráž), INCOTERMS byly zvoleny v 1 případě, Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT v 1 případě a Vídeňská úmluva ve 2 případech.<sup>499</sup>

*International Law Association* ovšem uvádí, že prakticky každý spor přináší právní otázky, na které musí rozhodce hledat vhodné rozhodné právo,<sup>500</sup> nejen ty, ve kterých není rozhodné právo zvoleno.

Tato kapitola má za cíl analyzovat přístup rozhodčí praxe (zejména ICC) při aplikaci *lex mercatoria*. V první řadě se tato kapitola bude zabývat aplikací *lex mercatoria* v případech rozhodčích nálezů vydaných před účinností ICC pravidel z roku 1998. Dále bude zkoumán vstup *lex mercatoria* do sporu po účinnosti ICC pravidel z roku 1998 formou explicitní nebo implicitní volby. Poté bude hodnocena situace absence volby práva a možnosti k aplikaci *lex mercatoria* na předmět sporu za situace, kdy volba práva nebyla provedena. Finálně bude hodnocen vliv *lex mercatoria* při jinak určeném rozhodném státním právu.

### III.3.1 Negativní volba *lex mercatoria* před účinností ICC pravidel z roku 1998

V kapitole věnované transnacionálnímu pohledu na nestátní prostředky bylo uvedeno, že aplikace *lex mercatoria* skrze ICC pravidla a francouzské *lex arbitri* je neoddiskutovatelnou součástí moderního mezinárodního rozhodčího

<sup>496</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics*. Paris: International Chamber of Commerce, 2021, s. 9.

<sup>497</sup> *Ibid.*, s. 17.

<sup>498</sup> *Ibid.*

<sup>499</sup> SCC STATISTICS 2021. *The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* [online]. [cit. 1. 10. 2022]. Dostupné z: <https://sccinstitute.com/statistics/>

<sup>500</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *FINAL REPORT Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*. Rio de Janeiro: International Law Association, 2008, s. 6.

řízení. Ne vždy tomu tak bylo a takové tvrzení je poplatné pouze po roce 1998. Před účinností ICC pravidel z roku 1998 neměly strany ani rozhodci možnost volby *lex mercatoria* nebo jiných nestátních norem. Článek 13 odst. 3 ICC pravidel z roku 1988 stanovil „*strany mají možnost určit právo, které má rozhodce použít na podstatu sporu*“ a pro případ, že strany takové právo neurčí rozhodci „*použijí právo určené na základě kolizní normy, kterou považují za vhodné*“. Rozhodci tak stále nebyli vázáni kolizní normou *lex arbitri*, tak jak jsou rozhodci v řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR, nicméně neměli možnost kolizní určení v případě neexistence volby práva pominout.

Výrazným rozhodnutím ve směru aplikace *lex mercatoria* před účinností ICC pravidel z roku 1998 je nález ICC č. 7375 z roku 1996 vydaný mezi íránskou a americkou stranou.<sup>501</sup> ICC pravidla z roku 1988 předepisovala určit rozhodné právo na základě vhodné kolizní normy. Objektivním testem bylo na základě kolizní normy nejužšího vztahu určeno americké právo.<sup>502</sup> Rozhodci nicméně po aplikaci objektivního testu přistoupili ke zjištění vůle smluvních stran. Prvotně rozhodci zhodnotili, že neexistence výslovné volby práva se nutně nemusí rovnat úplné absenci volby. Naopak, volba práva může proběhnout i implicitně. Poté rozhodci zhodnotili, že neexistence explicitní volby práva je tzv. „*shouting silence*“<sup>503</sup> každé smluvní strany o neochotě podřídit se státnímu právu druhé strany. Absence explicitní volby práva je tak implicitní negativní volbou práva, implicitním obsahem smlouvy a vyloučením státního rozhodného práva. Zároveň dodali, že implicitní negativní volba neopravňuje rozhodce rozhodovat *amiable compositeur*, podle zásad spravedlnosti nebo *ex aequo et bono*.<sup>504</sup> Jestliže implicitní negativní volba zakazuje užití státního práva jedné ze smluvních stran a objektivní test vedl k americkému právu, objektivně určené rozhodné právo nemohlo být použito. Jako alternativní rozhodné právo byla hodnocena volba neutrálního státního práva,

<sup>501</sup> ICC International Court of Arbitration, Paris 7375. *UNILEX* [online]. [cit. 21. 4. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=625>

<sup>502</sup> *Ibid.*, para. 241.

<sup>503</sup> „*must be viewed as a ‘shouting silence’, at least an ‘alarming silence’, ‘un silence inquiétant’; thus, a silence which must ring a bell and requires the tribunal to look ‘behind’ so as to understand why the Parties have failed to include the obvious*“ – viz ICC International Court of Arbitration, Paris 7375. *UNILEX* [online]. Para. 277 [cit. 21. 4. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=625>

<sup>504</sup> *Ibid.*, para. 318.



*trunc commun a lex mercatoria*. Po hodnocení těchto možností rozhodci zvolili *lex mercatoria* jako jediné řešení, které objektivně a spravedlivě šetří práv a subjektivních očekávání obou stran. Je nutné si ovšem uvědomit, že pokud by na základě objektivního testu bylo zjištěno jiné státní právo než právo jedné ze stran, implicitní negativní volba by toto nemohla ovlivnit a zjištěné státní právo by bylo aplikovatelné.

Rozhodčí praxe se interpretací neexistence volby práva za implicitní negativní volbu práva vymanila z nutnosti aplikovat kolizní normy. Tento přístup v moderním ICC rozhodčím řízení není nutný. Nicméně i v dnešní době by bylo možné takový přístup aplikovat na článek 28 odst. 2 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži.<sup>505</sup>

*Obiter dictum* byl tento přístup hodnocen a schválen v nálezu ICC č. 8540 z roku 1996.<sup>506</sup> Zde byli rozhodci nuceni reagovat na situaci, kdy kolizní určení rozhodného práva na základě práva nejužšího vztahu vykazovalo značné obtíže. Rozhodčí praxe tak naznačila, že pokud právní vztah nevykazuje jednoznačné vazby ani k jednomu z možných rozhodných práv, mají rozhodci pravomoc únikově přistoupit k rozhodování dle *lex mercatoria*.

Zjevnou skepsi k výše uvedeným závěru lze spatřit v nálezu ICC č. 9419 z roku 1998, v němž rozhodce hodnotil samotnou existenci *lex mercatoria*. Po svém hodnocení se přiklonil k závěru, že žádné právo jako *lex mercatoria* neexistuje, a odmítl jej aplikovat na předmět sporu.<sup>507</sup>

Další využívanou metodou k obejití kolizního určení rozhodného práva (avšak s menší přesvědčivostí) bylo určení *lex mercatoria* skrze článek 13 odst. 5 ICC pravidel z roku 1988.<sup>508</sup> Článek 13 odst. 5 stanovil, že bez ohledu na další články ICC pravidel rozhodce vždy „*zohlední ustanovení smlouvy a příslušné obchodní zvyklosti*“.

<sup>505</sup> BERGER, K. P. *International Economic Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1993, s. 560.

<sup>506</sup> Nález ICC č. 8540 z roku 1996. ICC International Court of Arbitration, Paris 8540. *UNILEX* [online]. [cit. 25. 2. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/644>

<sup>507</sup> Nález ICC č. 9419 z roku 1998. Final 9419. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 105.

<sup>508</sup> ERDEM, H.E. The Role of Trade Usage in ICC Arbitration. In: LÉVY, L., DERAÏNS, Y. (eds.). *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*. Paris: Editions A. Pedone, 2011, s. 250.

Spor v nálezu ICC č. 8502 z roku 1999<sup>509</sup> obsahoval kupní smlouvu obsahující volbu INCOTERMS 1990 pro úpravu otázky ceny a UCP 500 pro úpravu otázky vyšší moci (oba prostředky jsou v dnešní době vnímány spíše hmotněprávně než kolizně). Další rozhodné právo nebylo zvoleno. Rozhodci vyložili tuto volbu dílčích nestátních prostředků jako volbu obchodních zvyklostí a obecných zásad mezinárodního obchodu podle ustanovení článku 13 odst. 5 ICC pravidel 1988. Kromě uplatnění Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT jako kodifikovaného znění obecných zásad mezinárodního obchodu rozhodci také aplikovali Vídeňskou úmluvu jako obecně přijímanou úpravu norem mezinárodní kupní smlouvy. To i přes fakt, že Vídeňská úmluva byla účinná pouze v místě kupujícího, nikoliv prodávajícího.<sup>510</sup> Je diskutabilní, nakolik by se Vídeňská úmluva uplatnila v případě, že by rozhodci zvolili kolizní metodu s hraničním určovatelem místa prodávajícího. I zde by se dalo uvažovat o aplikaci Vídeňské úmluvy skrze článek 13 odst. 5 ICC pravidel z roku 1998 jako přihlídnutí k obchodní praxi. Otázkou ovšem zůstává, zda by tento postup nevyžadoval přesvědčivější odůvodnění.

V nálezu ICC č. 9474 z roku 1999<sup>511</sup> rozhodce posoudil, že pokud se jednotlivé smlouvy v komplexním smluvním vztahu řídí nestátními prostředky – Vídeňská úmluva určená výslovně, nikoliv jako součást státního práva, a UCP 600, je toto implicitním projevem vyloučení státního práva nejen pro jednotlivé smlouvy, ale i pro celý smluvní vztah (hlavní smlouvu), aniž by bylo nutné státní právo vyloučit explicitně. Pokud sektorové regulace neupravují všechny právní otázky hlavní smlouvy, je poté namíste použít *lex mercatoria*. Obdobně bylo rozhodnuto i v nálezu ICC č. 7235.<sup>512</sup>

ICC pravidla před účinností verze z roku 1998 formálně nedovolovala přímou aplikaci rozhodného *lex mercatoria*. Rozhodci, kteří tíhli k aplikaci nestátních prostředků tak byli nuceni hledat způsoby, jak obejít svoji povinnost

509 Nález ICC č. 8502 z roku 1999. Final 8502. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 72–74.

510 Ibid.

511 Nález ICC č. 9474 z roku 1999. ICC International Court of Arbitration (Paris) 9474. *UNILEX* [online]. [cit. 19. 3. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=690>

512 ERDEM, H.E. The Role of Trade Usage in ICC Arbitration. In: LÉVY, L., DERAÏNS, Y. (eds.). *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*. Paris: Editions A. Pedone, 2011, s. 250.

kolizního určení rozhodného práva. Jako dva hlavní přístupy jsme z rozhodčí praxe identifikovali hodnocení absence volby státního práva jako tichou derogaci státních práv smluvních stran a volbu nestátních prostředků skrze článek 13 odst. 5 ICC pravidel z roku 1988 jako obchodní zvyklosti. Za nestátní prostředky poté byly využívány jak soukromé kodifikace norem *lex mercatoria*, tak hmotněprávní sektorové úpravy INCOTERMS nebo jiná ICC pravidla, ale i Vídeňská úmluva, aniž by byla nutně účinná ve státech obou smluvních stran.

Přístup ICC se nicméně od účinnosti ICC pravidel z roku 1998 změnil a nově dovoluje volbu vhodných rozhodných norem namísto nutnosti kolizního určení rozhodného práva. Tato změna samozřejmě vycházela z možnosti *lex arbitri* a směřovala k posílení zásady autonomie vůle stran, která je v rozhodčím řízení obecně a široce akceptována.<sup>513</sup> V dnešní době se tak rozhodčí nemusí upínat ke složité argumentaci, do jaké míry strany nevyčteně volily *lex mercatoria*, nebo zda se obchodní zvyklosti mohou vztahovat na předmět sporu bez dalšího.

### III.3.2 Explicitní nebo implicitní volba *lex mercatoria* po účinnosti ICC pravidel z roku 1998

Článek 17 odst. 1 ICC pravidel z roku 1998 uvádí, že strany „*se mohou svobodně dohodnout na právních normách, které má rozhodčí soud použít na podstatu sporu*“ a v případě, že volba práva nebyla provedena, má rozhodčí soud „*použít právní normy, které považuje za vhodné*“. Současná ICC pravidla z roku 2021 přejímají nezměněně toto ustanovení v článku 21 odst. 1.

Od účinnosti ICC pravidel z roku 1998 tedy platí, že nestátní prostředky mohou být řádně zvoleny nebo určeny za právo rozhodné. Rozhodčí praxe se i tak musí vypořádat se specifickými situacemi.

Je obecně přijímáno, že v případě explicitní volby *lex mercatoria*, bez odkazu na státní právo, indikují strany své očekávání rozhodování podle norem s oporou v mezinárodně přijímaném obchodním styku. Výhodou takové volby nestátního práva je uniformní aplikace nezávislá na zvlátnostech

<sup>513</sup> UNITED NATIONS. *UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Dispute Settlement International Commercial Arbitration. Law Governing the Merits of the Dispute*. Geneva & New York: United Nations, 2005, s. 8.

jednotlivých státních práv. Uniformní aplikace bere v úvahu potřeby mezinárodních vztahů a umožňuje spravedlivé rozhodování i v oblastech, které mohou být nadměrně spojeny s koncepčními rozdíly (např. pojišťovnictví). Umožňují tedy najít spravedlivé a pragmatické řešení konkrétních situací.<sup>514</sup>

Mezinárodní rozhodčí řízení bez větších problémů i nadále umožňuje presumpci volby *lex mercatoria* skrze negativní volbu práva z důvodů existence mezinárodního prvku, neexistence slabší smluvní strany a vůle stran denacionalizovat spor prorogací k rozhodčímu řízení.<sup>515</sup> Má se za to, že denacionalizací sporu k rozhodčímu řízení mimo země, které se sporem souvisejí, vyjadřují strany neutralitu hmotněprávního i procesněprávního rámce svého smluvního vztahu.<sup>516</sup> Opěrným argumentem pro transnacionální rozhodování v denacionalizovaném rozhodčím řízení může být i fakt, že strany určily jak místo rozhodčího řízení ve třetí zemi, tak i rozhodce ze třetích zemí.<sup>517</sup>

Vše uvedené, i díky ustanovení francouzského *lex arbitri* a ICC pravidel, vede k závěru, že hypotetická volba práva je v rozhodčím řízení povolena. V rámci soudního řízení a nařízení Řím I je nutno dodat, že hypotetická volba práva povolena není.<sup>518</sup>

V nálezu ICC č. 12111<sup>519</sup> bylo zvoleno rozhodné mezinárodní právo. Ve svých procesních podáních v průběhu sporu nedošly strany ke shodě ohledně otázky obsahu rozhodného práva, zároveň ale explicitně odmítly použití státního práva. Rozhodce zhodnotil, že legitimní očekávání stran

<sup>514</sup> Nález ICC č. 8385 z roku 1997. ICC Award No. 8385, Clunet 1997. *Trans-Lex* [online]. [cit. 16. 6. 2022]. Dostupné z: <https://www.trans-lex.org/208385>; CRAIG, W.L., PARK, W.W., PAULSONN, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, Inc., 2000, s. 332–334; Nález ICC č. 14208/14236 z roku 2008. Partial 14208/14236. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2013, roč. 24, no. 2, s. 70.

<sup>515</sup> BERGER, K.P. *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. *American Journal of Comparative Law*, 1998, roč. 46, č. 1, s. 144–145.

<sup>516</sup> Partial 7110. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 47.

<sup>517</sup> Nález ICC č. 8261 z roku 1996. ICC International Court of Arbitration, Paris 8261. *UNILEX* [online]. [cit. 21. 4. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/624>

<sup>518</sup> BLESSING, M. *Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law*. In: BERG, A.J. van den. (ed.). *Planning Efficient Proceedings, The Law Applicable in International Arbitration X, Vienna, 1994*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1994, s. 407.

<sup>519</sup> Nález ICC č. 12111 z roku 2003. Partial 12111. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2010, roč. 21, č. 1, s. 78.

(potvrzené v jejich procesních podáních) spočívalo v odmítnutí státního práva. Doložka o volbě práva byla z tohoto důvodu vyložena jako volba *lex mercatoria*. Po rozhodnutí o volbě *lex mercatoria* rozhodce hodnotil, nakolik ho strany omezily v rozhodnutí o obsahu *lex mercatoria*. Strany svým jednáním před podáním návrhu na zahájení rozhodčího řízení ani v procesních podáních neinstruovaly rozhodce k selektivnějšímu hodnocení pramenů *lex mercatoria*. Metodou funkční právní komparace byly za nejvhodnější soubor norem pro regulaci soukromoprávních smluv s mezinárodním prvkem zvoleny Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT. *Obiter dictum* rozhodci odmítli použití Principů evropského smluvního práva, ačkoliv na ně bylo žalobcem odkazováno. Principy evropského smluvního práva nebyly v době kontraktace ani rozhodčího řízení účinné. Nemohly tedy nabýt všeobecné známosti, jak je předpokládáno pro účinnost obchodních zvyků. Rozhodci by tímto překročili své oprávnění a zasáhli do legitimního očekávání stran, pokud by rozhodovali i podle Principů evropského smluvního práva.

Podle názoru Gaillarda ovšem neúčinnost mezinárodní smlouvy nebo nestátního prostředku v době kontraktace nebrání aplikaci v rozhodčím řízení.<sup>520</sup> Tento názor je překvapivý zejména s ohledem na nemožnost stran sporu o takto vznikajícím instrumentu vědět a reflektovat jej při svých úvahách o *ex post* rozložení práv, povinností a rizik vyplývajících ze smlouvy. Argumentem pro uplatnění instrumentů, které nebyly účinné v době kontraktace, je názor, že mezinárodní instrumenty, stejně jako soukromé kodifikace *lex mercatoria*, jsou většinou produktem komparativních analýz přístupů jednotlivých států.<sup>521</sup> Nejsou tak právní novotou a jejich charakter je indukce mezinárodně přijímané úpravy. Analogicky by se snad dalo i připustit, že soudní řízení také probíhá podle práva účinného v době řízení, nikoliv v době kontraktace. Nově přijaté mezinárodní smlouvy i změny rozhodného práva tak vstupují do smluvního vztahu navzdory faktu, že nebyly účinné v době uzavření smlouvy.

<sup>520</sup> GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 874.

<sup>521</sup> BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, s. 2650.

Výslovná volba mezinárodního práva za situace, kdy se strany během rozhodčího řízení neshodnou na obsahu této volby a zároveň nedošlo k volbě státního práva, se pro smlouvy s mezinárodním prvkem rovná volbě *lex mercatoria*.<sup>522</sup>

Pokud je rozhodné právo určeno odkazem na více než jeden pramen, je nutná perfektní interpretace doložky ze strany rozhodce k určení legitimního očekávání stran.

V nálezu ICC č. 8264<sup>523</sup> byla provedena volba alžírského práva a obecných zásad práva a mezinárodních obchodních zvyklostí. Rozhodci zhodnotili volbu jako kumulaci pramenů práva bez určení aplikační přednosti jednoho pramene. Obecné zásady práva a mezinárodní obchodní zvyklosti vyjádřené v Zásadách mezinárodních smluv UNIDROIT byly aplikovány na předmět sporu, aniž by existovala jejich reflexe ve zvoleném alžírském právu, které v dílčích otázkách neobsahovalo vhodnou regulaci.<sup>524</sup>

Hierarchické uspořádání pramenů práva bylo hodnoceno v nálezu ICC č. 7365,<sup>525</sup> ve kterém volba práva omezila obecné zásady práva a mezinárodní obchodní zvyklosti na subsidiární a komplementární použití k jinak rozhodnému íránskému právu. Rozhodci tak zhodnotili, že užití zvyklostí a obecných zásad je možné pouze k doplnění státního práva. Jako obecné zásady práva a mezinárodní obchodní zvyklosti poté aplikovali Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT. Bez ohledu na povinnost přihlížet ke zvyklostem dle ICC pravidel došli rozhodci k názoru, že uplatnění dílčích norem Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT je možné pouze v případech neexistence regulace státního práva.<sup>526</sup> Rozhodci argumentovali šetřením legitimního očekávání, když aplikovali přednostně íránské právo i v bodech, kde íránské právo odporovalo mezinárodní obchodní praxi.

Je obecně přijímáno, že v případě paralelní (nikoliv kaskádovité nebo hierarchické) volby vícera pramenů práva (např. státní právo, přiměřená očekávání

<sup>522</sup> Nález ICC č. 12111 z roku 2003. Partial 12111. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2010, roč. 21, no. 1, s. 78.

<sup>523</sup> Nález ICC č. 8264 z roku 1999. Final 8264. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 62 a násl.

<sup>524</sup> *Ibid.*

<sup>525</sup> Nález ICC č. 7365 z roku 1997. ICC International Court of Arbitration, Paris 7365/FMS. *UNILEX* [online]. [cit. 18. 2. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/653>

<sup>526</sup> Čl. 5.1, 5.2, 6.2.3, 7.3.6 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.

stran s ohledem na cíle, důvody a účely smlouvy, obecné zásady právní, zavedená praxe v mezinárodním obchodě) se jedná o určení pramenů práva, které je rozhodce povinen použít pro metodu funkční právní komparace. Je důležité tedy interpretovat doložku o volbě práva k identifikaci, zda je provedena i volba aplikační přednosti jednoho či více pramenů.

Naopak, pokud strany v doložce o volbě práva určí pouze komplementární povahu obecných zásad mezinárodního práva a obchodních zvyklostí (hierarchické uspořádání pramenů práva) je rozhodce povinen zásady a zvyklosti uplatnit pouze na otázky, které nejsou upraveny zvoleným státním právem.

V případech rozporné úpravy mezi obecnými zásadami mezinárodního obchodního práva nebo obchodních zvyklostí a státním právem závisí posouzení otázky přednosti na uvážení rozhodce. Na jednu stranu má aplikační přednost státní právo na základě autonomie vůle vyjádřené skrze hierarchické uspořádání pramenů práva v doložce o volbě práva, na druhou stranu je rozhodce vázán např. článkem 21 odst. 2 ICC pravidel z roku 2021 a měl by vždy přihlížet k obchodním zvyklostem.

Je zároveň důležité hodnotit, jakou formou dochází k vyplnění mezer *lex mercatoria*. V nálezu ICC č. 11018<sup>527</sup> bylo zvoleno rozhodně *lex mercatoria*. V průběhu řízení vyvstala otázka neplatnosti smlouvy z důvodů nezákonnosti. Žádný pramen *lex mercatoria* ovšem tuto otázku nereguloval. Rozhodci tak byli nuceni nad rámec rozhodného *lex mercatoria* hledat vhodné normy, na základě kterých mohla být tato dílčí otázka rozhodnuta. Metoda funkční právní komparace bere v ohled mnohost pramenů *lex mercatoria*, a to včetně vhodných státních práv. Na základě této metody došli rozhodci k výběru vhodného francouzského práva, které obsahovalo natolik rozvinutou úpravu neplatnosti smlouvy z důvodu nezákonnosti, že mohlo být bez dalšího použito k rozhodnutí předmětné otázky.<sup>528</sup>

<sup>527</sup> Nález ICC č. 11018 z roku 2002. ICC International Court of Arbitration 11018. *UNILEX* [online]. [cit. 6. 6. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/1420>

<sup>528</sup> JOLIVET, E. L'Harmonisation du Droit OHADA des Contrats: L'Influence des Principes d'Unidroit en Matière de Pratique Contractuelle et D'Arbitrage. *Uniform Law Review*. 2008, roč. 13, s. 143.

V rozsahu pramenů rozhodného práva může rozhodce hrát i aktivní roli. V nálezu ICC č. 9474<sup>529</sup> obsahovala rozhodčí doložka určení spravedlivého rozhodnutí, které by bylo možné zaměnit i s rozhodováním *ex aequo et bono*. Rozhodčí soud ve fázi interpretace takové doložky navrhl stranám sporu rozhodování dle obecných zásad a pravidel mezinárodních smluv. Tento návrh byl stranami sporu akceptován. Ve svých podáních pak strany bez rozdílu argumentovaly Vídeňskou úmluvou i vybranými ustanoveními soukromých kodifikací *lex mercatoria* (Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva, i americký *Uniform Commercial Code*). Rozhodci přijali všechny tyto prameny a vycházeli z nich při svém rozhodování.<sup>530</sup>

V případech, kdy jsou procesní podání ohledně volby práva v části odporující a v části shodné, je rozhodce oprávněn vyvodit konsenzus pouze o části pramenů práva. V nálezu ICC č. 15089 navrhovala každá strana primárně své státní právo. Obě strany ovšem uvedly jako alternativní řešení transnacionální právo. Žalující strana uvedla *lex mercatoria*, žalovaná poté Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT. Ačkoliv žalující strana vyjádřila obavy z neznámosti Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT, tyto byly nakonec určeny jako právo rozhodné s ohledem na jejich unifikační charakter.<sup>531</sup> V tomto případě je evidentní snaha rozhodců o volbu takového pramene, který je jednoduchý v určení obsahové části a taková praxe je připuštěna.<sup>532</sup>

Již jsme uvedli, že na rozdíl od soudního řízení není rozhodčí řízení vázáno kolizními normami. Tento fakt se může projevit nejenom v rozsahu volby rozhodného práva, ale může ovlivnit i situace vyplnění mezer jiných prostředků. Příkladem může být článek 7 odst. 2 Vídeňské úmluvy, který předpokládá určení práva „*podle ustanovení právního řádu rozhodného podle ustanovení*

<sup>529</sup> Nález ICC č. 9474 z roku 1999. ICC International Court of Arbitration (Paris) 9474. *UNILEX* [online]. [cit. 23. 4. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=690>

<sup>530</sup> Nález ICC č. 9474 z roku 1999. ICC International Court of Arbitration (Paris) 9474. *UNILEX* [online]. [cit. 23. 4. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=690>

<sup>531</sup> Nález ICC č. 15089 z roku 2008. Case Summaries. *Uniform Law Review*. 2013, roč. 18, č. 1, s. 182–183.

<sup>532</sup> Srov. nálezy ICC č. 7110 z roků 1995, 1998, 1999 viz Partial 7110. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 47, a ICC International Court of Arbitration 10021. *UNILEX* [online]. [cit. 3. 7. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/832>; ICC International Court of Arbitration 9479. *UNILEX* [online]. [cit. 3. 7. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/680>



*mezinárodního práva soukromého*“ k vyplnění vnitřních mezer. Ustanovení mezinárodního práva soukromého v rozhodčím řízení nutně nesplyvá s kolizním řešením. Úprava jinak rozhodného práva může tedy v rozsahu článku 7 odst. 2 směřovat i k určení *lex mercatoria*. Tento závěr je potvrzen rozhodčí praxí v nálezu ICC č. 11849.<sup>533</sup>

### III.3.3 Absence volby práva

V případech provedené volby práva (byť negativní) dochází k určení materiálních pramenů dostupných pro určení rozhodného práva metodou funkční právní komparace. Strany tímto vyjadřují svá očekávání pro kontrolu práv, povinností a alokace rizik vyplývajících z otázek neregulovaných smlouvou napřímo.<sup>534</sup>

Pokud ovšem strany neprovedly žádnou volbu práva, a to ani v procesních podáních, nezbývá rozhodci než se uchýlit k jiným způsobům určení rozhodného práva. Jak již bylo představeno, moderní mezinárodní procesní úpravy rozhodčího řízení přenáší rozhodnutí na rozhodce, který je povinen aplikovat vhodné právní normy dle svého uvážení.<sup>535</sup> Rozhodci proto mají tendenci rozhodovat spíše na základě legitimního očekávání stran než na základě použití kolizních norem, přičemž se řídí povinnostmi jednat jako zástupci zamýšleného účelu smluvního vztahu stran v době uzavření smlouvy.<sup>536</sup> Rovněž musí věnovat náležitou pozornost tomu, jaký byl nebo by býval byl zamýšlený účel při určování rozhodného práva, kdyby strany sporu tuto

<sup>533</sup> Nález ICC č. 9474 z roku 1999. ICC International Court of Arbitration 11849. *UNILEX* [online]. [cit. 18. 2. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1159>; BERG, A. J. van den. *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXXII*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, s. 153.

<sup>534</sup> ELCIN, M. *Lex Mercatoria in International Arbitration Theory and Practice*. Florence: European University Institute, 2012, s. 273.

<sup>535</sup> Čl. 21 odst. 11 ICC pravidel z roku 2021, čl. 22.3 LCIA Arbitration Rules z roku 2020, čl. 27 odst. 1 SCC Arbitration Rules z roku 2017, čl. 31 odst. 1 ICDR International Arbitration Rules z roku 2014, čl. 24.2 DIS Arbitration Rules z roku 2018, čl. 27 odst. 2 VIAC Vienna Rules of Arbitration z roku 2018, čl. 36.1 HKIAC Administered Arbitration Rules z roku 2018. Naproti tomu existují úpravy preferující určení rozhodného práva na základě kolizních pravidel, např. čl. 28 odst. 2 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení z roku 1985.

<sup>536</sup> LA SPADA, F. The Law Governing the Merits of the Dispute and Awards Ex Aequo et Bono. In: KAUFMANN-KOHLER, G., STUCKI, B. (eds.). *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*. Den Haag: Kluwer Law International, 2004, s. 130.

otázku řešily.<sup>537</sup> Rozhodci jsou nadáni rozličnými metodami k určení rozhodného práva, včetně přednostního použití obchodních zvyklostí.<sup>538</sup> Vždy musí ovšem dbát, že jejich rozhodnutí není v rozporu s veřejným pořádkem. Zejména pokud použijí normy nestátního původu.

Dvě hlavní metody pozorované v rozhodovací praxi ICC jsou starší metoda (i) nepřímé kumulace kolizních norem a novější metoda (ii) přímé volby (*voie directe*).

**Metoda nepřímé kumulace kolizních norem.** Metodou nepřímé kumulace kolizních norem dochází k hodnocení vhodných kolizních norem, které jsou součástí právních řádů spojených s předmětem sporu.<sup>539</sup> Rozhodci hodnotí každý právní řád, jenž má spojitost s daným sporem (např. právní řády obvyklého bydliště stran, místa plnění smlouvy, místa úkonu). Rozhodce na průsečíku kolizních norem několika právních řádů zjišťuje (pravděpodobná) legitimní očekávání stran sporu. Samozřejmě se využívá určení rozhodného práva bez dalších a zpětných odkazů. Tato metoda je běžně užívanou v ICC rozhodčím řízení<sup>540</sup> za situace, kdy rozhodci nechtějí opustit kolizní určení práva ve prospěch metody funkční právní komparace.

Výhoda metody nepřímé kumulace kolizních norem spočívá v určitém stupni legitimizace zvoleného rozhodného práva formou kumulace právních řádů. Zejména za situace, kdy rozdílné právní řády svými kolizními normami vedou ke stejnému rozhodnému právu.

Ačkoliv metodu nepřímé kumulace kolizních norem označujeme za starší, je jedinou přípustnou ve smyslu článku 28 odst. 2 Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži.<sup>541</sup>

Ideálním výsledkem metody nepřímé kumulace kolizních norem je zjištění neexistence kolizního konfliktu. Stav, kdy všechny hodnocené právní řády

<sup>537</sup> Partial 7110. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 47.

<sup>538</sup> Např. čl. 21 odst. 2 ICC pravidel z roku 2021.

<sup>539</sup> GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 872.

<sup>540</sup> CRAIG, W. L., PARK, W. W., PAULSONN, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, Inc., 2000, s. 326.

<sup>541</sup> „*Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.*“

určují stejné rozhodné právo.<sup>542</sup> Druhým, stále ideálním jevem je neexistence hmotněprávního konfliktu na úrovni rozdílných rozhodných práv, která připadají v úvahu na základě identifikovaných kolizních norem.<sup>543</sup> Druhá varianta ovšem předpokládá hmotněprávní znalost rozhodných práv.

Tendence k obcházení kolizního určení rozhodného práva je zřejmá. Kolizní právo mezinárodního práva soukromého není harmonizované, natož unifikované (s výjimkou regionálních unifikací). Jednotlivé kolizní normy v metodě nepřímé kumulace kolizních norem mohou zákonitě odkazovat na rozdílná práva. Rozhodce je pak postaven před rozhodnutí, které kolizně určené právo bude aplikovat. Standardně se bude jeho rozhodnutí řídit výběrem nejčastěji odkazovaného práva<sup>544</sup> nebo volbou hmotně nejvhodnějšího práva podle norem rozhodčích pravidel.<sup>545</sup> Dochází tak k poměrování dvou zásad – legitimního očekávání stran a zásady volby vhodného práva (nikoliv v zásadě kolizně) dle norem *lex arbitri*.

V případě existence konfliktu mezi jednotlivými kolizními normami (a pokud rozhodce jinak nezvolí vhodné právo podle rozhodčích pravidel) můžeme hovořit pouze o kumulaci na vstupu, nikoliv na výstupu. Pro meritorní rozhodnutí musí vždy dojít k výběru jednoho kolizního řešení a rozhodnutí sporu

<sup>542</sup> GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 872; Např. náleží ICC č. 6149 z roku 1990, ve kterém rozhodčí soud hodnotil kolizní normy práva místa rozhodčího řízení, obvyklých bydlišť stran, místa kontraktace a doručení, vč. mezinárodních instrumentů (např. Hague Convention of 15 June 1955 on the Law Applicable to International Sales of Goods). Všechny hodnocené prameny odkazovaly na stejné hmotné právo. Nález ICC č. 5314 z roku 1988 viz BERG, A. J. van den. *Yearbook Commercial Arbitration Volume XX*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1995, s. 41–57.

<sup>543</sup> CRAIG, W. L., PARK, W. W., PAULSONN, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, Inc., 2000, s. 327 s odkazem na náleží ICC č. 1525 z roku 1969, ve kterém bylo zjištěno, že není nutné určit právní řád, kterým se bude řídit otázka promlčení pohledávky. Pohledávka, která byla předmětem sporu, mohla podléhat promlčení lhůt 2 let dle tureckého práva nebo 3 let dle československého práva. Neboť byla pohledávka plněna ve lhůt kratší než 2 roky, nebylo nutné určovat, jakým rozhodným právem se tato otázka řídí, neboť výsledek by byl bez rozdílu.

<sup>544</sup> FERRARI, F., SILBERMAN, L. Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting It Wrong. In: FERRARI, F., KRÖLL, S. (eds.). *Conflict of Laws in International Arbitration*. New York: New York University, 2019, s. 288–290.

<sup>545</sup> LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A., KRÖLL, S. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003, s. 17 a násl.

na základě hmotného práva kolizní normou určeného.<sup>546</sup> Další kolizní normy podporující zvolený závěr jsou argumentačně pomocné. Kolizní normy, které odkazují na jiné právo, jsou pak odmítnuty pro jejich nevhodnost v individuálním posuzovaném případě. Užití kolizních norem v metodě nepřímé kumulace norem zákonitě vede k určení státního práva, nikdy k *lex mercatoria*. Hraniční určovatel kolizních norem vždy určuje teritorium s vlastním právním řádem.<sup>547</sup>

Nad výše uvedené, metoda nepřímé kumulace kolizních norem umožňuje odklon od kolizních norem právních řádů spojených s předmětem sporu. Rozhodce se může ve svém určení odklonit i ke kolizním normám, které představují obecný trend v mezinárodním právu soukromém – kolizní normy všeobecně přijímané na úrovni států, mezinárodních organizací nebo v mezinárodních smlouvách.<sup>548</sup> Výhodou tohoto odklonu je tak vnesení maximálního množství mezinárodně přijímané praxe pro odbourání stavu rozhodování podle nevhodně zvoleného hmotného práva.<sup>549</sup>

I přestože využití kolizních norem v metodě nepřímé kumulace kolizních norem zákonitě vede k určení státního práva, *lex mercatoria* může fungovat jako doplňkové právo skrze *lex arbitri*. Tento závěr je uveden v nálezu ICC č. 5314,<sup>550</sup> ve kterém bylo na základě kolizní normy nejvyššího vztahu určeno rozhodné právo státu Massachusetts (USA). K tomu bylo ovšem určeno, že *lex mercatoria* je součástí rozhodování sporu jako doplňkové právo na základě povinnosti rozhodce brát při rozhodování v potaz obchodní zvyklosti. V nálezu ICC č. 12193 rozhodčí soud přikročil k extenzivnějšímu výkladu a aplikoval *lex mercatoria* a Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT pro ověření, že kolizně určené státní právo odpovídá mezinárodní obchodní

<sup>546</sup> BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, s. 2649.

<sup>547</sup> BRIGGS, A. *The Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 28.

<sup>548</sup> Nález ICC č. 7329 z roku 1994, ve kterém došlo ke zhodnocení obecného trendu v Haagské úmluvě 1978 (Hague Convention on the Law Applicable to Agency) a Římské úmluvě, ačkoliv nebyly přímo aplikovatelné na daný spor. BERG, A. J. van den. *Yearbook Commercial Arbitration Volume XV*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1990, s. 70; Nález ICC č. 9420 z roku 1998.

<sup>549</sup> CRAIG, W. L., PARK, W. W., PAULSONN, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, Inc., 2000, s. 327.

<sup>550</sup> Nález ICC č. 5314 z roku 1988; BERG, A. J. van den. *Yearbook Commercial Arbitration Volume XX*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1995, s. 38 a násl.

praxi. Zároveň je užil jako rozhodné právo pro doplnění mezer státního práva.<sup>551</sup>

Pro úplnost dodáváme, že i ICC praxe, po vzoru anglických soudů, v některých případech přihlížela k místu rozhodčího řízení jako k faktoru pro hodnocení volby práva. V nálezu ICC č. 9771<sup>552</sup> došel rozhodce k názoru, že volbou místa rozhodčího řízení ve Stockholmu dávají strany sporu implicitně najevo volbu švédských kolizních norem pro určení rozhodného práva. Tento přístup ovšem v současném moderním mezinárodním rozhodčím řízení odmítáme. Určení místa řízení nemusí být nutně vybráno s cílem podrobit se kolizním normám daného místa. Místo řízení může být geografický kompromis mezi sídly stran<sup>553</sup> nebo zvoleno čistě nahodile.<sup>554</sup> Presumpci místa rozhodčího řízení za volbu práva s odkazem na kontinentální doktrínální přístup<sup>555</sup> opustila česká doktrína,<sup>556</sup> odborná literatura i rozhodčí praxe v dalších nálezech. Exces v určení rozhodného práva na základě místa rozhodčího řízení byl napraven v nálezu ICC č. 9875. Licenční smlouva mezi japonskou a francouzskou stranu neobsahovala volbu práva. Rozhodčí soud došel k závěru, že volba neutrální země místa rozhodčího řízení v Belgii nemůže být hodnocena jako implicitní volba belgického hmotného nebo kolizního práva.<sup>557</sup> Tyto závěry byly potvrzeny i v nálezu ICC č. 12193, ve kterém rozhodčí soud odmítnul určení místa rozhodčího řízení v Basileji jako volbu švýcarského kolizního práva.<sup>558</sup>

Přístup metody nepřímé kumulace kolizních norem je třeba odlišit od přístupu určení rozhodného práva podle kolizní normy vhodné pro daný

<sup>551</sup> Např. náhrada škody v případě odstoupení od smlouvy.

<sup>552</sup> BERG, A. J. van den. *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXIX*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2004, s. 52 a násl.

<sup>553</sup> BRÍZA, P. *Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 43.

<sup>554</sup> REDFERN, A., HUNTER, M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2004, s. 143.

<sup>555</sup> GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 788.

<sup>556</sup> KUČERA, Z., PAUKNEROVÁ, M., RŮŽIČKA, K. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň: Aleš Čeněk, s. r. o., 2015, s. 135.

<sup>557</sup> Nález ICC č. 9875 z roku 1999. Partial and Final 9875. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2001, roč. 12, no. 2, s. 96.

<sup>558</sup> Nález ICC č. 12193 z roku 2007. Final 12193. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2008, roč. 19, č. 1, s. 122 a násl.

předmět sporu určené z diskrece rozhodce,<sup>559</sup> který se v poslední době začíná uplatňovat po vzoru Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži.<sup>560</sup> Vždy bude záležet na odůvodnění, jak moc se rozhodce zabýval dalšími kolizními normami, či přistoupil k výběru vhodné kolizní normy bez dalšího.

**Přímá metoda (*voie directe*)**<sup>561</sup> je označována za poslední, nejmodernější stupeň evoluce v určení rozhodného práva v mezinárodním rozhodčím řízení.<sup>562</sup> Z povahy věci tedy není přímá metoda vázána kolizními normami, které jsou projevem státní suverenity.<sup>563</sup>

Z přístupu převzatého ze soudního řízení, kdy se určení rozhodného práva děje dle (i) subjektivní vůle stran a v případě absence subjektivního prvku (ii) objektivní mechanickou aplikací kolizních norem fóra, se rozhodčí řízení přesunulo do modernějšího pojetí. Mechanické pojmové subsumpce se v rozhodčím řízení ukazují jako nedostatečné<sup>564</sup> a přeshraniční vztahy vyžadují více pozornosti, než může uplatnění kolizních norem v některých případech nabídnout.<sup>565</sup> V rozhodčím řízení je tak stále primární subjektivní vůle stran, nicméně v případě její absence nastupuje určení rozhodného práva skrze

<sup>559</sup> Nález ICC č. 17507 z roku 2016. Final 17507. *ICC Dispute Resolution Bulletin*. 2016, č. 1, s. 125.

<sup>560</sup> GAILLARD, E. 2018 LALIVE LECTURE: The Myth of Harmony in International Arbitration. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 2019, roč. 34, s. 564.

<sup>561</sup> TOTH, O. *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 206; LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A., KRÖLL, S. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003, s. 434–436; GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 876–877; BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, s. 2646–2647; GAILLARD, E. The Role of The Arbitrator in Determining the Applicable Law. In: NEWMAN, L. W., HILL, R. D. (eds.). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Huntington: Juris Publishing, 2004, s. 456–457.

<sup>562</sup> DERAINS, Y., SCHWARTZ, E. A. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 240.

<sup>563</sup> LEW, J. D. M. Relevance of Conflict of Law Rules in the Practice of Arbitration. In: BERG, A. J. van den. (ed.). *Planning Efficient Proceedings, The Law Applicable in International Arbitration X, Vienna, 1994*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1994, s. 447.

<sup>564</sup> PETSCHKE, M. A. International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory. *Michigan State Journal of International Law*. 2010, roč. 18, č. 3, s. 453; GOODE, R. Rule, Practice, And Pragmatism In Transnational Commercial Law. *International & Comparative Law Quarterly*. 2005, roč. 54, č. 3, s. 543.

<sup>565</sup> BLESSING, M. Choice of Substantive Law in International Arbitration. *Journal of International Arbitration*. 1997, roč. 14, č. 2, s. 42.

objektivní diskreci rozhodce.<sup>566</sup> Přímá metoda proto dává rozhodci prostor pro volbu vhodného rozhodného práva na základě vlastního uvážení.<sup>567</sup>

Přímá metoda může vést, v mezích *lex arbitri* a pravidel rozhodčího řízení,<sup>568</sup> k aplikaci státního i transnacionálního práva. Rozhodce může při uplatnění přímé metody identifikovat systém práva obsahující kolizní normu, kolizní normu napřímo nebo napřímo určit vhodné právo či dokonce samostatné právní normy.

Přímá metoda může často splývat s implicitním určením rozhodného práva. Jejich rozdílná klasifikace tak bude záležet na odůvodnění zvoleného rozhodného práva. Příklad můžeme pozorovat v nálezu ICC č. 9875 ve věci licenční smlouvy mezi japonskou a francouzskou stranou. Rozhodčí soud měl obtíže nalézt rozhodující faktory, které by pomohly určit rozhodné státní právo. Rozhodci nakonec došli k závěru, že státní rozhodné právo není vhodné pro soubor licenčních smluv uzavřených po celém světě. Jako nejvhodnější se naopak jeví transnacionální *lex mercatoria*.<sup>569</sup>

V nálezu ICC č. 8540 byla předmětem sporu předběžná nabídková smlouva bez volby práva. Akcesorická dohoda o mlčenlivosti obsahovala volbu práva státu New York (USA). V souladu s názorem vyjádřeným u implicitní volby práva, dílčí smlouvy ovlivňují smlouvu hlavní. Nejvhodnějším rozhodným právem na hlavní smlouvu bylo zvoleno právo státu New York (USA). K tomu nicméně rozhodčí soud *obiter dictum* rozvedl svůj názor a uvedl, že „*v mezinárodní obchodní transakci, jako je tato smlouva, kde strany neuvedly rozhodné právo a kde existuje mnoho rozdílných vazeb na mnoho různých právních systémů, jsme toho názoru, že mezinárodní rozhodčí jsou plně oprávněni obrátit se na obecné právní zásady*“<sup>570</sup>. V situacích obtížného určení rozhodného práva jsou tedy rozhodci oprávněni aplikovat *lex mercatoria*.<sup>571</sup>

<sup>566</sup> TOOTH, O. *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 206.

<sup>567</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Rome Convention – Rome I Regulation*. Huntington: Juris Publishing, 2010, s. 414.

<sup>568</sup> V tomto ohledu se projevují doktrinární základy rozhodčího řízení.

<sup>569</sup> Nález ICC č. 9875 z roku 1999. Partial and Final 9875. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2001, roč. 12, no. 2, s. 96.

<sup>570</sup> Nález ICC č. 8540 z roku 1996. ICC International Court of Arbitration, Paris 8540. *Trans-Lex* [online]. [cit. 25. 2. 2022]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/644>

<sup>571</sup> *Ibid.*

V nálezu ICC č. 11265 aplikoval rozhodčí soud *lex mercatoria* na základě vůle stran podrobit se nestátnímu prostředku INCOTERMS a neexistence úzkého vztahu k žádnému státnímu právu.<sup>572</sup>

Obdobně jako u metody nepřímé kumulace kolizních norem, kde mohou rozhodci použít pro komparaci i kolizní normy mimo rámec právních řádů se spjitostí s daným sporem, i metoda přímá může vést až k aplikaci nepředvídatelných předpisů. V nálezu ICC č. 12494 využili rozhodci svoji pravomoc k určení vhodných norem a takto určili normy kolizní. Z důvodu mezinárodního trendu v kolizním přístupu zvolili aplikaci nařízení Řím I, a to i za situace, kdy ani jedna ze smluvních stran neměla bydliště v Evropské unii.<sup>573</sup>

### III.3.4 Volba státního práva a projev *lex mercatoria*

V případě volby rozhodného státního práva je možnost k rozhodování podle *lex mercatoria* silně omezena. Již v předchozích kapitolách jsme hodnotili případy, kdy *lex mercatoria* (zejména Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT) vstupuje do řízení formou nahrazení norem státního práva, které neodpovídají mezinárodně přijímané obchodní praxi. V současné rozhodčí praxi se *lex mercatoria* projeví zejména skrze článek 21 odst. 2 ICC pravidel z roku 2021.

Předmětem nálezu ICC č. 9473 bylo hodnocení rozdílného postavení rozhodce vůči soudci. Rozhodčí soud došel k závěru, že rozhodce nedisponuje mandátem k interpretaci a rozvoji státního práva. S přihlédnutím k článku 13 odst. 5 ICC pravidel z roku 1988 dospěl rozhodčí soud k názoru o nutnosti uplatnění striktní doktríny legitimního očekávání stran<sup>574</sup> a odmítnul aplikovat státní právo pro rozpor s textací, cíli a vyjádřenými očekáváním stran ve smlouvě.<sup>575</sup>

<sup>572</sup> Nález ICC č. 11265 z roku 2003. Final 11265. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2010, roč. 21, č. 1, s. 68.

<sup>573</sup> MAYER, P. The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator. In: DERAIS, Y., LÉVY, L. (eds.). *Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*. Paris: International Chamber of Commerce, 2011, s. 54.

<sup>574</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Rome Convention – Rome I Regulation*. Huntington: Juris Publishing, 2010, s. 416.

<sup>575</sup> GRIGERA NAÓN, H. A. *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*. Heilderberg: Mohr Siebeck, 1992, s. 276.



Ustanovení smlouvy samotné představuje v rozhodčím řízení základní pramen práva *inter partes*.<sup>576</sup>

Závěr o uplatnění striktní doktríny legitimního očekávání stran je dle našeho názoru aplikovatelný pouze v rozsahu základních zásad transnacionálního práva. V daném případě se jednalo o zásadu *in favorem negotii*.<sup>577</sup>

K zásadám mezinárodního závazkového práva bylo přihlédnuto i v případě nálezu ICC č. 9651, kdy byla hodnocena před smluvní fáze smlouvy obsahující volbu švýcarského práva. Rozhodčí soud na základě výkladu švýcarského práva shledal, že i před smluvní fáze se řídí volbou práva. Nicméně před meritorním rozhodnutím hodnotil soulad švýcarského práva (pouze v rozsahu otázky závaznosti volby práva i na před smluvní okolnosti) se zavedenou mezinárodní praxí. S odkazem na články 1.7, 4.1 a 4.2 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT rozhodčí soud shledal soulad švýcarského práva se zavedenou mezinárodní praxí a odůvodnil, že průměrný podnikatel legitimně očekává rozsah volby práva na všechny okolnosti plynoucí ze smlouvy, tedy i na před smluvní fázi. Meritorní částí sporu poté byly záruky obsažené ve smlouvě, které neodpovídaly skutečnosti. S ohledem na základní zásadu odstoupení od smlouvy pro úmyslný podvod vyjádřenou v člancích 2.1.15 odst. 2, 3.8 a 3.9 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT (která je společná většině vyspělým právním řádům), posoudil rozhodčí soud, že zvolené švýcarské právo v regulaci této otázky odpovídá zavedené mezinárodní praxi. Rozhodčí soud aplikoval švýcarské právo beze změny.<sup>578</sup> *Lex mercatoria* tedy vystupovalo výlučně jako komparativní pramen pro hodnocení rozhodného práva s mezinárodní praxí.

Otázka je, jak by se rozhodčí soud zachoval v případech nesouladu mezi rozhodným právem a mezinárodní praxí. Za takové situace je vždy nutné individuálně hledat hranici, pro kterou je daný nesoulad už nepřijatelný. Má se za to, že samotná rozdílnost hmotněprávní úpravy rozhodného práva, mimo otázky obecných zásad, nezakládá možnost odmítnout provedenou volbu práva ve prospěch *lex mercatoria*.

<sup>576</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. *Rome Convention – Rome I Regulation*. Huntington: Juris Publishing, 2010, s. 417.

<sup>577</sup> *Ibid.*, s. 414.

<sup>578</sup> Nález ICC č. 9651 z roku 2000. Final 9651. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 78–81.

V tomto ohledu se vyjádřil i nález ICC č. 9029, kdy rozhodčí soud zakázal dovolávat se neúčinnosti volby státního práva v případech, kdy by pro jednu stranu plynuly příznivější hmotněprávní následky v případě aplikace *lex mercatoria*.

Jako chybný závěr rozhodčího soudu uvádíme nález ICC č. 9029. Rozhodčí soud hodnotil obchodní zvyklosti v restriktivním smyslu a nedostal své povinnosti přihlížet mezinárodním zvykům ve smyslu článku 13 odst. 5 ICC pravidel z roku 1988. Rozhodčí soud se vůči aplikační přednosti obchodních zvyklostí vymezil pouze skrze národní procesní předpis, když uvedl, že článek 834 italského občanského soudního řádu (účinného v době vydání nálezu) nestaví obchodní zvyklosti do aplikační přednosti před italské právo, nebo povinnost k nim přihlížet. Naopak, v nálezu ICC č. 8873 rozhodčí soud obchodní zvyklosti vyložil relativně extenzivně.<sup>579</sup> Smlouva uzavřená mezi španělskou a francouzskou stranou obsahovala volbu španělského práva. V průběhu procesních podání jedna ze stran navrhovala španělské rozhodné právo pouze pro otázky neregulované obchodními zvyklostmi a ustanoveními smlouvy podle článku 13 odst. 5 ICC pravidel z roku 1988. Druhá strana navrhovala aplikaci španělského práva bez ohledu na obchodní zvyklosti. Jako důvod pro odmítnutí obchodních zvyklostí argumentovala neexistencí zákonné normy španělského práva, která by přihlédnutí k obchodním zvyklostem vyžadovala. První ze stran tedy navrhovala španělské právo jako právo zbytkové pro právní otázky neregulované smlouvou a obchodními zvyklostmi, druhá ze stran postupovala v souladu s názorem, který rozhodci vyslovili i v nálezu ICC č. 9029. S odkazem na článek 13 odst. 5 ICC pravidel z roku 1988 rozhodčí soud odůvodnil, že není vázán státním právem v otázce faktické možnosti uplatnění obchodních zvyklostí. K tomuto poté přistoupil i k hodnocení Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži<sup>580</sup>, která na základě účinnosti ve státech obvyklého bydliště obou stran představuje unifikované přímé normy jejich státních práv. Článek VII odst. 1 věta druhá Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži upravuje povinnost přihlížet k ustanovením smlouvy a k obchodním zvyklostem. Rozhodčí soud tedy tuto povinnost dovodil jako povinnost aplikovat obchodní zvyklosti

<sup>579</sup> Final 8873. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 82.

<sup>580</sup> Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži z roku 1961.

před zvoleným rozhodným právem, ovšem pouze v mezích kogentních norem jinak rozhodného státního práva.<sup>581</sup>

S otázkou obsahu státního práva se pojí i jejich kogentní charakter. Trendem moderního mezinárodního rozhodčího řízení je povinnost rozhodce respektovat kogentní normy zvoleného rozhodného práva. A to i za situace, kdy státní právo plní pouze funkci zbytkové normy pro doplnění mezer *lex mercatoria*.<sup>582</sup> Závěr ohledně nutnosti přihlížet ke kogentním ustanovením potvrzuje náleží ICC č. 16981. Rozhodce má povinnost respektovat kogentní normy zvoleného práva,<sup>583</sup> nikoliv však jiné, neboť rozhodčí řízení nevykonává spravedlnost jménem konkrétního státu, naopak ji vykonává pouze v rozsahu práva zvoleného smluvními stranami.<sup>584</sup> Mezinárodní rozhodčí řízení tedy derivuje svoji pravomoc z vůle stran<sup>585</sup> a nevystupuje jako ochránce veřejného pořádku a imperativních norem práva státu<sup>586</sup> jiného než státu zvoleného práva.

Troufáme si ovšem tvrdit, že moderní pojetí mezinárodního rozhodčího řízení spěje o krok dál. Pozitivní povinnost respektu kogentních ustanovení zvoleného státního práva by *a priori* nemělo omezit rozhodce v přihlídnutí k dalším kogentním normám. Rozhodce by měl respektovat a aplikovat kogentní normy transnacionálního veřejného pořádku<sup>587</sup> i kogentní normy<sup>588</sup>, které se mohou legitimně projevit ve fázi uznání a výkonu rozhodčího

581 Final 8873. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 82.

582 Nález ICC č. 8873 z roku 1997. Final 8873. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 82.

583 Nález ICC č. 16981 z roku 2012. Final Award in Case 16981. *ICC Dispute Resolution Bulletin*. 2016, č. 1, s. 120; LEW, J. D. M. *Transnational Public Policy: Its Application and Effect by International Arbitration Tribunals*. Madrid: CEU Ediciones, 2018, s. 11.

584 BANSAL, S. The Dampening Effect of 'Foreign' Mandatory Laws. *Asian International Arbitration Journal*. 2018, roč. 14, č. 2, s. 169.

585 CORDERO-MOSS, G. Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration. In: *Recueil des cours 2014*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015, Vol. 372, s. 129, 194.

586 CARDUCCI, G. The Impact of the EU 'Rome I' Regulation on International Litigation and Arbitration, A-National Law, Mandatory and Overriding Rules. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2011, roč. 22, č. 2, s. 35; HOLTZMANN, H. M., NEUHAUS, J. E. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1995, s. 764.

587 TERAMURA, N. *Ex Aequo et Bono as a Response to the 'Over-Judicialisation' of International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020, s. 141–143, s odkazem na náleží ICC č. 15972 z roku 2011. Final Award in Case 15972. *ICC Dispute Resolution Bulletin*. 2016, č. 1, s. 92.

588 Nález ICC č. 16981 z roku 2012. Final Award in Case 16981. *ICC Dispute Resolution Bulletin*. 2016, č. 1, s. 120.

nálezu,<sup>589</sup> zejména normy místa, kde je místo výkonu nálezu presumováno skrze legitimní očekávání (bydliště neúspěšné strany<sup>590</sup>).

Rozhodci zároveň nepodléhají kontinentálnímu uchopení zásady *iura novit curia*,<sup>591</sup> a nejsou v aplikaci státního práva vázáni existující judikaturou. Soudce podléhající kontinentální zásadě *iura novit curia* je vázán kolizními normami tuzemského práva, které jsou součástí jeho *lex fori*, nicméně určené zahraniční hmotněprávní normy je povinen vyhledávat *ex offi*. Z těchto důvodů s nimi nakládá jako s právem, nikoliv skutečností. Tímto se tak odlišují od anglosaského přístupu, kde soudce není povinen bez návrhu aplikovat kolizní normy a určené rozhodné právo se prokazuje jako skutečnost.<sup>592</sup>

Rozhodci jsou ovšem o to více nadáni možností abstraktního hodnocení vhodné judikatury i bez ohledu na její původ. Předmětem nálezu ICC č. 10346 byl spor ze smlouvy obsahující volbu kolumbijského práva. Smlouva zároveň obsahovala ustanovení o náhradě škody odpovídající doktríně anglosaského práva a svým obsahem neodpovídalo kolumbijskému právu. Neboť neexistoval vztah mezi předmětným ustanovením a kolumbijským právem, došli rozhodci k tomu, že kolumbijská judikatura není dostatečná k posouzení právních otázek vyplývajících z ustanovení o náhradě škody, zejména pro posouzení otázky předvídatelnosti přímé škody. Rozhodčí soud hodnotil otázku předvídatelnosti přímé škody podle anglického rozsudku *Hadley proti Baxendale* a článku 7.4.4 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT. Tímto postupem došlo ze strany rozhodčího soudu k naplnění legitimního očekávání stran sporu skrze odmítnutí aplikace rozhodného práva v právních otázkách, kde by taková aplikace směřovala proti smyslu a účelu smlouvy.

Z uvedených nálezů je evidentní, že rozhodci oscilují na hranici závaznosti obchodních zvyklostí. Můžeme shledávat jak interpretační, tak normativní

<sup>589</sup> Nález ICC č. 15977 z roku 2011. Partial Award in Case 15977. *ICC Dispute Resolution Bulletin*. 2016, č. 1, s. 95; TERAMURA, N. *Ex Aequo et Bono as a Response to the 'Over-Judicialisation' of International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020, s. 138.

<sup>590</sup> Nález ICC č. 11761 z roku 2003. Final Award in Case 11761. *ICC Dispute Resolution Bulletin*. 2016, č. 1, s. 112.

<sup>591</sup> FERRARI, F., CORDERO-MOSS, G. *Iura Novit Curia in International Arbitration*. Huntington: Juris, 2018, 534 s.

<sup>592</sup> PAUKNEROVÁ, M. Aktuální otázky používání zahraničního práva v soudním a v rozhodčím řízení. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 12, s. 1277–1278.

funkci, která může vést až k odmítnutí hmotněprávní úpravy zvoleného státního práva. Odmítnutí zvolené hmotněprávní úpravy je ovšem dle našeho názoru možné pouze v odůvodněných případech, v případě porušení základních zásad transnacionálního práva, a vždy s ohledem na legitimní očekávání stran.

### III.4 Dílčí závěr

Závěrem kapitoly, která se týká transnacionálního přístupu k nestátním prostředkům, je zcela určitě konstatování, že existují i jiné cesty uchopení těchto prostředků, než je obecný integrační pohled. Transnacionální i integrační přístup sdílí základní prvek určení rozhodného práva. Rozchází se však ve způsobu, jakým tyto normy rozhodného práva určují. Primární rozdíl je evidentní již z konstrukce možnosti uplatnění jednotlivých přístupů v dílčích autoritativních řízeních. Obecný, integrační přístup je způsobilý se uplatnit jak v rozhodčím řízení, tak v obecném soudním řízení bez dalšího. Transnacionální přístup toliko pouze (v rozsahu současné doktríny) v rozhodčím řízení. A to nikoliv plošně, nýbrž výhradně v rozhodčím řízení, kde tomu státní *lex arbitri* dovolí. Samozřejmě je tato úvaha platná v mezích autonomie rozhodců, kdy není rozhodování dle *lex mercatoria* (bez vůle stran nebo možnosti svěřené národním právem) efektivně sankcionovatelné skrze odmítnutí uznání a výkonu takového nálezu.

Nejvýznamnější myšlenkou transnacionálního přístupu je aplikace transnacionálního práva pro mezinárodní obchodní vztahy a odbourání nutnosti hodnotit, nakolik vyhovující jsou kolizní normy určující státní právo k regulaci přeshraničních vztahů či řešení merita sporu. Je nutné si také uvědomit, že zkoumáme pouze situace, kdy dochází ke sporu ze vzniklého přeshraničního vztahu. Do doby vzniku sporu, který je autoritativně rozhodován, může být regulace vztahu relativně neomezená a zvenčí do něj vstupují pouze normy takového charakteru, které se uplatní bez ohledu na doktrínu i vůli stran (imperativní normy, mezinárodní kogentní normy, normy státního nebo mezinárodního veřejného pořádku).

Samotný transnacionální přístup je poté podmíněn několika faktory. Primárním faktorem je autonomie vůle stran ve volbě rozhodčího řízení jako autoritativního způsobu řešení sporu. Ano, dílčí normy nestátních

prostředků mohou být uplatněny na hmotněprávní úrovni i v integračním pohledu, nicméně transnacionální přístup jde o krok dál. Reguluje výběr rozhodného práva z množiny pramenů, bez ohledu na jejich normotvůrce, vždy s ohledem na vůli stran a jejich legitimní očekávání. Transnacionální přístup pak odbouráním mechanických kolizních norem získává jednak širší způsob určení rozhodného práva, jednak větší množství pramenů doplněných zejména o rozhodčí nálezy, mezinárodní úmluvy, funkčně přílehavé normy cizích právních řádů, soukromé kodifikace *lex mercatoria* nebo judikaturu cizích národních soudů.

Zároveň je nutné si uvědomit, že autonomie vůle stran není absolutní. A pokud pomíneme speciální rozhodčí soudy tvořené na úrovni mezinárodního práva veřejného, ani seberegulace rozhodčích soudů není absolutní. Obě má svůj základ v národním právu, resp. přesněji v právu platném na určitém území. Toto právo musí umožnit přesun řešení sporu do rozhodčího řízení a zároveň umožnit rozhodovat dle práva určeného mimo kolizní úroveň (ať už se jedná o zásady spravedlnosti nebo *lex mercatoria*).

Třetím faktorem je vůle stran k uplatnění transnacionálního přístupu na jejich spor. A zde může vznikat ona vyšší forma nejistoty oproti obecnému přístupu mezinárodního práva soukromého. Pokud strany sporu provedou volbu rozhodného práva samy, přejímají na sebe rizika z této volby vyplývající. Pokud ovšem volbu neprovedou, možnosti rozhodce v řízení, kde státní právo *lex arbitri* umožňuje transnacionální přístup, jsou výrazně větší. Soudce je nucen rozhodné právo vždy určit na kolizní úrovni, tedy s určením státního práva. Rozhodce ovšem není vázán kolizní normou a ze své diskrece může určit vhodné rozhodné právní normy. Tam, kde strany sporu (explicitně nebo implicitně) určí nestátní prostředky jako právo rozhodné, případně neprovedou volbu vůbec, postupuje rozhodce v transnacionálním rozhodčím řízení metodou funkční právní komparace, která spočívá ve výběru vhodných rozhodných norem na předmět sporu.

Čtvrtým faktorem, mimo vůli stran sporu, je inklinace rozhodce k uplatnění nestátních prostředků. Metoda funkční právní komparace i nadále umožňuje kolizní určení vedle dalších možností určení rozhodného práva. Zde se poté rozhodce vždy pohybuje na balancování možností svěřených

ze zákona a rozhodčích pravidel, svého přesvědčení a legitimního očekávání stran a jejich vyjádřené vůle.

Zejména historicky se druhá fáze vývoje *lex mercatoria* snažila představit rozhodování podle nestátního práva jako rozhodování zcela nezávislé na státu a státním právu. Z vývoje posledních desetiletí je ovšem evidentní, že transnacionální přístup se nesnaží být zcela nezávislý na státním právu. Autonomně funguje pouze v mezích státním právem svěřených. Integrační pohled je ze své povahy obecný, respektuje doktrinární uchopení kolizních pravidel jako výchozí metody mezinárodního práva soukromého a je využitelný bez ohledu na místo a způsob řešení sporu. Transnacionální pohled je naopak velmi specifický, tvořený mezinárodní obchodní komunitou pro sebe samu a musel si najít místo, kde se bude moci legálně uplatnit. Ono místo uplatnění je zcela podmíněno objektivní stránkou odklonu řešení sporu do transnacionálního rozhodčího řízení s *lex arbitri* povolujícím rozhodování dle nestátních prostředků a zároveň subjektivní stránkou, kdy strany sporu zvolí nestátní prostředky za právo rozhodné (nebo alespoň absentují ve volbě rozhodného státního práva). Tato kumulace podmínek představuje veskrze velmi omezený prostor pro uplatnění rozhodování dle *lex mercatoria* v rozhodčím řízení, nicméně jak bylo představeno, rozhodčí praxe s tímto přístupem relativně často pracuje.