

## IV INTEGRAČNÍ POHLED NA NESTÁTNÍ PROSTŘEDKY A POZICE *LEX MERCATORIA*\*

### IV.1 Obecně k možným aplikačním schémátům

V úvodní části jsme naznačili základní směřování této kapitoly, a to včetně výzkumných otázek. Je to primárně uchopení na jedné straně transnacionální, odpoutané nebo převážně odpoutané od pozitivního práva konkrétního státu či států (myšleno od mezinárodních smluv), které bylo uvedeno v předchozí kapitole. Na druhé straně to je koncept integrující nestátní prostředky do rámce pozitivního práva státu či států, a to s využitím stávajících technik a konceptů na úrovni práva kolizního, hmotného, resp. snad i procesního. Tomu se budeme věnovat zde. Nejedná se však, podobně jako je tomu u transnacionálního konceptu, ani zde o jeden koncept či jedinou doktrínu. V tom je právě pojem *lex mercatoria*, jak jsme již mnohokrát uvedli, ošidný. V rámci obou námi zastávaných směrů existuje řada přístupů a teorií, lišících se v detailech či v přístupu jako takovém. Případně vykazujících větší či menší schopnost obstát v rozhodovacím procesu. A to například pro svou obtížnost uchopení, akademičnost apod. To, co je vedoucí pro zařazení do jednoho či druhého směru, jsou následující prvky: transnacionální a odpoutané od konkrétních úprav, nebo naopak odvozované od pozitivního práva a jeho zásad, a na něj i navázané.

V uchopení námi sledované problematiky hraje roli rovněž časové období. Přestože jak jednotlivé prostředky, tak i doktrinální uchopení se objevují dříve, jsou to především 60. léta 20. století a období následující. Tam vidíme onen myšlenkový intelektuální tlak a přetlak, který vyústil postupně v řadu konceptů i zacházení s nimi v rámci možnosti rozhodovacího či uznávacího procesu. A v pozdější době nastává také rozmach oněch nestátních prostředků, které se zabývají nikoli určitým institutem či otázkou, ale snaží se o koncepční uchopení celé oblasti. Jako je tomu např. u Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.

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

Naši problematiku uvedeme pohledem aplikačním a otázkou, jaké možnosti v užití nestátních prostředků regulace existují (při aplikaci na závazkové vztahy s mezinárodním prvkem), a to zejména v případech, kdy je spor řešen v rozhodčím řízení. Proč pohledem aplikačním? Důvod je zásadní. O existenci námi sledovaných nestátních prostředků nejsou pochybnosti. Existují, jejich obsah je identifikovatelný a jsou v různých polohách využívány – jak při kontraktaci, tak i při rozhodování případných sporů. To, co se liší, je jejich hodnocení a z toho vyplývající důsledky pro aplikaci při řešení případných sporů. A především zajištění jedné z hodnot, kterou by měla řešení přinášet – právní jistotu a předvídatelnost. Zde pokud se jedná o právní režim transakce. Jednou stránkou, kterou je nutné vnímat, je kontraktace a využití např. formulářů smluv či odkazu na obvyčeje, druhou potom jejich pozice ve fázi řešení sporů a jejich aplikační vyhodnocení rozhodujícím orgánem. Je to samozřejmě otázka rozhodného práva a smluvní svobody na jedné straně, nebo „odsun“ národního práva a respektování vůle stran, pokud jde o sféru soukromého práva.

Zásadní roli při hodnocení hraje doktrína, která je zastávána, a současně i její přijetí, resp. možnosti pro její přijetí v aplikační praxi. Bez tohoto přijetí zůstává celý myšlenkový konstrukt jen akademickým cvičením a vhodným tématem pro diskuse. Možných pozic, kdy vycházíme z pozitivního práva a využíváme nestátní prostředky, je v oblasti závazků s mezinárodním prvkem více. Vzájemně se prolínají a neexistuje jediný přístup.

Prvý, a pro nás do jisté míry základní aplikační pohled, je **pohled kolizního práva**. Tedy obecněji vazba mezinárodního práva soukromého a buďto jednotlivých nestátních prostředků, nebo celkového konceptu *lex mercatoria* jako souboru právních pravidel bez výběru jednotlivého prostředku. Na první pohled by se mohlo zdát bádání v této rovině nepropojitelné. A pokud i nahlédneme do starší literatury, je koncept *lex mercatoria* pojmáný jako soubor nestátních materiálních pravidel, existujících universálně, stavěn „proti“ konceptům vlastním mezinárodnímu právu soukromému, zejména potom právu koliznímu. Je to systém universálních prostředků vs. systém (národních, regionálních či mezinárodních) kolizních norem lokalizující právní vztahy do dosahu právních řádů jednotlivých států. Při bližším zkoumání, a to i s ohledem na legislativní návrhy týkající se kolizního uchopení

nestátních prostředků,<sup>593</sup> vidíme, že ve vnímání na jedné straně mezinárodního práva soukromého a na straně druhé nestátního práva (jako práva hmotného, materiálního) nastaly posuny. A propojení již není tím, co by bylo tabu a nespojitelné. Naopak. I když je výsledný produkt, jak uvidíme následně, spíše konzervativní v uchopení nestátních prostředků, samotná diskuse ukázala mnohé.

Další rovínou je rovina **unifikovaného materiálního práva**. Opět zde přichází do úvahy aplikace jednotlivého zvoleného prostředku v rámci hmotněprávní smluvní autonomie stran, nebo naopak využití celého souboru prostředků či jednotlivého prostředku, a to i bez odkazu s odůvodněními obhajujícími pozici soft law v různých podobách.<sup>594</sup> Včetně odůvodnění směřujícímu k existenci zmíněného konceptu *lex mercatoria*.

Opomenout není možné ani rovínu **procesního práva**. Zde konkrétně oblast rozhodčího řízení a přístupy k aplikaci práva či pravidel rozhodných pro meritum sporu. Jedná se jak o vyhodnocení přístupů typu *amiable compositeur* či rozhodování dle zásad ekvity, nebo možnosti opět dané na úrovni určení rozhodného práva, kde vedle již zmíněného pohledu kolizního a aplikace práva státu se uplatní rovněž jednotlivé prostředky nestátní. Právě již zmíněná specifika, která má či může mít zejména mezinárodní rozhodčí řízení s ohledem na výrazné zastoupení principu autonomie vůle, otevírá prostor i námi sledovanému přístupu.

Tedy dříve, než se vrátíme k hodnocení a uvedení našeho pohledu, pokusíme se provést jistou revizi aplikačních možností na námi sledované úrovni.

## IV.2 Mezinárodní právo soukromé vs. nestátní prostředky právní regulace

Rovína mezinárodního práva soukromého je rovínou lákavou, a to z řady důvodů. Již v naší práci věnované institutům mezinárodního práva soukromého a aplikaci práva, včetně nestátního, jsme se jí věnovali. Zde

<sup>593</sup> Na myslí tímto máme návrh na transformaci nařízení Řím I a diskusi s tímto spojenou. A vzorový dokument vzniklý na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého – Principy výběru rozhodného práva v mezinárodních obchodních smlouvách 2015.

<sup>594</sup> Jako další příklad je možné uvést vazbu Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží a např. Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.

si připomeneme jak některé ze závěrů, ke kterým jsme dospěli, tak i případně další posuny v uvažování zohledňující možnosti aplikace námi sledovaných prostředků.

Obecně mohou, při plném či částečném využití kolizní metody či jiné obdobné metody pracující s „umístěním“ vztahu do dosahu právního řádu (bez omezení se na konkrétní úpravu, spíše pohledem induktivním), existovat následující varianty:

- a) **subsidiární aplikace**, tj. aplikace *lex mercatoria* či jednotlivého prostředku nestátní úpravy v mezích daných kogentními normami vnitrostátního práva určeného kolizní normou nebo s využitím jiných metod využívaných mezinárodním právem soukromým. Ať již metod<sup>595</sup> zabývajících se primárně umístěním smluvního vztahu do dosahu určitého právního řádu státu, nebo využitím unifikovaných materiálních norem (tzv. přímých norem). Naposledy uvedeným případem, týkajícím se jednotného práva a možnosti aplikace soft law, se budeme zabývat až v následující kapitole. Popsaná situace splývá s realizací rozsahu smluvní svobody.
- b) **přednostní aplikace** *lex mercatoria* znamenající, že na soukromoprávní vztahy obsahující mezinárodní prvek a spadající svým předmětem do této oblasti budou aplikovány tyto normy bez dalšího. Tedy jak v případech, kdy strany zvolí tento soubor pravidel či konkrétní prostředek, tak i tam, kdy by nestátní právo nevolilo. V tomto případě „stojíme“ na onom pomyslném opačném bodu oproti prvému přístupu.
- c) **rovnocenná aplikace**, tj. aplikace, kdy je *lex mercatoria*, resp. rovněž jednotlivý nestátní prostředek, rovnocenný s aplikací národního práva státu. Slovy mezinárodního práva soukromého – státní a nestátní právo jsou v kolizi. Tento případ je z daných možností nejzajímavější a v posledních letech se objevil i v úpravách obsahujících právě normy mezinárodního práva soukromého. Tento případ odpovídá využití autonomie vůle stran na úrovni mezinárodního práva soukromého, kdy nás neomezují kogentní normy jinak rozhodného práva.

**Ad a)** V tomto případě přecházíme z roviny mezinárodního práva soukromého do roviny hmotněprávní – na úroveň vnitrostátního práva (tam, kde

<sup>595</sup> Na myslí tím máme jiné metody, než jsou ty, které využívají kolizních norem a zacházejí „rovnocenně“ s právními řády.

byla aplikována metoda mezinárodního práva soukromého umístující právní vztah do dosahu konkrétního právního řádu) či unifikovaných hmotných norem. Tento případ činí v podstatě nejmenší problémy jak u soudů rozhodčích, tak u soudů státních v případě, kdy strany samy realizují volbu konkrétního prostředku, zasahujícího určitou otázku, a ten má být využit. Typicky volba INCOTERMS podmínky jako dodacích pravidel, dnes široce vyladěných v rámci národních úprav a s prostorem pro svou neproblémovou aplikaci. Nebo využití vzorových podmínek jako jsou ICC Force Majeure and Hardship Clauses 2020. S metodami na úrovni mezinárodního práva soukromého má tento přístup vlastně společný onen „úvod“ hledání rozhodného práva. Dále potom již přecházíme z roviny kolizní do roviny hmotněprávní autonomie a ověřování aplikace pohledem rámce kogentních (resp. i veřejnoprávních) norem. Jiné však může být využití ucelených souborů právních pravidel typu Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT či celý odkaz na aplikaci *lex mercatoria*. Závisí na rozsahu smluvní autonomie v rámci rozhodného práva (nebo i na kompaktnosti a způsobu uchopení závazkového práva na národní úrovni), zda se tak kompaktní prostředek jako jsou Zásady uplatní. Podobné je to i s kompaktními prostředky typu podmínky FIDIC, které nemusí v některých svých konstrukcích odpovídat např. reklamačním konstrukcím známým národním úpravám či běhu času atd. Rovněž v případě celkového odkazu na *lex mercatoria* je na váhách také to, jak soudce či rozhodce identifikuje tento soubor a jeho obsah. Což platí především pro soudy obecné.

Toto pojetí nepůsobí problémy z pohledu samotné metodologie aplikace tak, jak je přijímána mezinárodním právem soukromým. Problémy jsou posunuty dále. Tato metoda váže využití soft law na rozsah smluvní svobody stran v rámci rozhodného práva (vnitrostátního práva nebo unifikovaného). Tím je také zařazuje do rámce kogentních norem rozhodného práva. Druhým omezením je v případě celkového odkazu na *lex mercatoria* uchopení a výklad tohoto pojmu rozhodujícím orgánem. Zajímavé jsou možnosti, které přináší tento přístup ve vazbě nikoli na národní, ale na unifikované hmotné právo. Např. při vyplnění mezer či výkladu pojmů. Této otázce se budeme věnovat v samostatné kapitole na příkladu Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.

**Ad b)** Přednostní aplikace, která se uplatní nejenom v případě volby stranami, ale i v případech, kdy strany volbu nerealizovaly. Na rozdíl od obou dalších případů bez jakékoli opory v pozitivním právu konkrétního státu (tj. ani v materiálním, ani v mezinárodním právu soukromém). Přednost vyplývá z povahy tohoto systému norem. Tím se potom může v závislosti na zdůvodnění řadit do onoho druhého, námi vymezeného transnacionálního směru. Anebo závisí na hodnocení povahy mezinárodního rozhodčího řízení,<sup>596</sup> což by jej zařazovalo sice do námi sledované kategorie, ale s jiným odůvodněním. Zde jej uvádíme především proto, že z určitého pohledu je či může být při aplikaci využito i metod mezinárodního práva soukromého. I v jiných našich pracích jsme tento přístup považovali za teoreticky neodůvodnitelný. Byť je možné připustit, že vzhledem ke specifikům mezinárodního rozhodčího řízení není v praxi vyloučen.

**Ad c)** V podstatě „čistým“ přístupem na úrovni kolizního práva (či jiné obdobné metody využívané v mezinárodním právu soukromém) je tzv. rovnocenná aplikace jako případ, kdy je možné vedle právního řádu státu volit i nestátní právo jako celek či konkrétní prostředek, způsobilý daný segment smluvního práva regulovat. Podstatou tohoto přístupu je „srovnání pozic nestátního práva s právem státním, pozitivním“. Ono srovnání znamená – zjednodušeně řečeno – že se nestátní prostředky na jedné straně „zbavují“ dohledu kogentních norem konkrétní úpravy, na straně druhé lze předpokládat z pohledu procesní povinnosti rozhodujícího orgánu zjistit obsah nejen práva státu, ale i nestátního práva. Ona rovnocennost může mít dále dvě podoby: v prvním případě je tato možnost zachována jak stranám při volbě právního režimu, tak i rozhodcům, pokud strany volbu nerealizovaly; ve druhém typu je tato možnost zachována jen stranám. Rovnocennost může být posunuta i do roviny způsobu řešení sporů – v rámci rozhodčího řízení i v rámci řízení před soudy obecnými.

Významným pro daný případ je nejenom teoretický příklon a modelování aplikace pohledem doktríny, ale také existující právní úpravy, které ten či onen

<sup>596</sup> Zde míníme hodnocení mezinárodního rozhodčího řízení pohledem doktríny autonomní. Ta se objevila v 60. letech minulého století. Jejím výrazným zastáncem byla Rubellin-Devichi. Konkrétně potom v práci RUBELLIN-DEVICHI, J. *Essai sur la Nature de L'Arbitrage: Droit Interne et Droit International Privé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, 412 s.

model přijaly. Samozřejmě hovoříme o úpravách mezinárodního rozhodčího řízení. Historie přijímání nařízení Řím I nám ukazuje, že se teoretické „ledy“ pohnuly i v tradičním kolizním právu, které historicky vnímalo kolizi jako kolizi právních řádů. I když nakonec uvedené nařízení zůstalo na tradiční pozici, intelektuální stopa, která narušila ony pomyslné hranice tradiční doktríny, již zůstala.

Je tudíž vhodné alespoň krátce uvést příklady předpisů či vzorových zákonů, které „pracují“ či vážně zvažovaly pracovat s nestátními prostředky rovnocenně jako s pozitivním právem státu.

Byť nakonec výsledný legislativní produkt nepřekročil hranice mezi nestátními pravidly a právem státu, je třeba uvést jako první příklad návrh nařízení Řím I.<sup>597</sup> Předpisu, který je základem pro určení rozhodného práva pro smlouvy v členských státech Evropské unie<sup>598</sup> s výjimkou Dánska.<sup>599</sup> Naopak Spojené království Velké Británie a Severního Irska, které sice vystoupilo z Evropské unie, převzalo nařízení Řím I do vlastní legislativy.<sup>600</sup> Zelená kniha k transformaci úmluvy do nařízení<sup>601</sup> přinesla první vážné diskuse o zakotvení pozice vybraných nestátních prostředků – konkrétně Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a Principů evropského smluvního práva – tím, že jedna z otázek tam uvedených, položila dotaz týkající se aplikace mezinárodních úmluv, které nevstoupily v platnost, a rovněž vybraných obchodních podmínek. V následujícím návrhu nařízení z roku 2005 sice nebyla povolena aplikace *lex mercatoria*, ale konkrétně výše uvedené soubory

<sup>597</sup> Následně přijato jako nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008, o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy.

<sup>598</sup> ROZEHNALOVÁ, N. Preamble. In: ROZEHNALOVÁ, N. et al. *Nařízení Řím I. Nařízení Řím II. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 7–11.

<sup>599</sup> Dánsko je vázáno vůči státům Evropské unie Úmluvou o právu rozhodném pro smlouvy z 19. 6. 1980, tzv. Římskou úmluvou. Blíže viz ROZEHNALOVÁ, N. Úvod k oběma nařízením. In: ROZEHNALOVÁ, N. et al. *Nařízení Řím I. Nařízení Řím II. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. XXI.

<sup>600</sup> Spojené království po ukončeném přechodném období do 21. 12. 2020, kdy se uplatňovala v oblasti rozhodného práva nařízení, ke kterým Spojené království optovalo, převzalo obsah Nařízení Řím I i Nařízení Řím II do vlastní legislativy (UK Exit Regulation 2019/834 a další doplňky).

<sup>601</sup> Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations Into a Community Instrument and Its Modernisation. COM(2002) 654 final. *EUR-Lex* [online]- [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=en>

právních pravidel, pravidelně považované za součást *lex mercatoria*, byly při volbě práva postaveny na roven právu státu.<sup>602</sup> Zejména pokud jde o Principy evropského smluvního práva, promítly se do tohoto názoru právě snahy o zúročení práce Landoovy pracovní skupiny, která návrhy Principů vytvořila.<sup>603</sup> Nicméně Principy evropského smluvního práva se spíše než souborem pravidel, využívaných obdobně jako je tomu u Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT, staly základem pro další pokračující komparativní práce směřující možná v budoucnu k jednotnému evropskému předpisu.<sup>604</sup>

Návrh nařízení vyvolal řadu zcela rozdílných postojů – vstřícných i kritických. Nakonec zástupci států toto, lze snad říci i převratné řešení, nedoporučili. Důvodů byla celá řada. Od námitek týkajících se absence demokratického principu při tvorbě těchto norem až po důvody spíše legislativně-technické. Námitky se týkaly také nevyhodnocení vazeb k právu jednotlivých států. Dle našeho názoru byl návrh problematický spíše s ohledem na výběr prostředků. Řada z nestátních úprav, jako jsou například podmínky FIDIC pro oblast investičních dodávek či Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy, zůstala mimo diskusi. Přitom se nesporně jedná o úpravy, které zaznamenaly větší rozšíření než ty, které měl navrhovatel na mysli. A u FIDIC padá i námitka toho, že by nebyly způsobilé být plným obligačním statutem. Nakonec z poměrně ambiciózního návrhu zůstal jen bod 13 preambule. Ten však, byť nestátní prostředky připomíná, je jen vyjádřením jejich inkorporace do rámce jinak rozhodného právního řádu.<sup>605</sup>

<sup>602</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I). COM(2005) 650 final. *EUR-Lex* [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:EN:PDF>

<sup>603</sup> Oficiální název komise byl Commission on European Contract Law (CECL). Existuje řada rezolucí Evropského parlamentu, které daly rámec práci této Komise. Příkladem je možné zmínit European Parliament Resolution of 12 December 2007 on European contract law.

<sup>604</sup> Její práce pokračovaly dále pracemi Study group on a European Civil Code. Výstupem bylo rozsáhlé komparativní dílo Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). *KU Leuven* [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: [https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/european-private-law\\_en.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/european-private-law_en.pdf)

<sup>605</sup> Blíže viz ROZEHNALOVÁ, N. Článek 3. In: ROZEHNALOVÁ, N. et al. *Nariženi Řím I. Nariženi Řím II. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 42 a násled.



Další z aktů, který by mohl poznamenat např. budoucí legislativu států a tím i případnou možnost rovnocenného zacházení nestátních prostředků s právem státu, jsou Haagské principy volby práva v mezinárodních obchodních smlouvách (či dále v kontextu Principy). Jedná se dokument, který byl jako vzorové právo přijat v roce 2015 Haagskou konferencí mezinárodního práva soukromého.<sup>606</sup> Obecně zajímavý je tento dokument pro intenzivní debatu napříč řadou států a tím i pro příspěvek na úrovni mezinárodního práva soukromého, pokud jde o možnosti sblížení vnitrostátních či regionálních úprav.<sup>607</sup> Současně se objevují první úpravy, které právě s inspirací těchto Principů uvedly možnost aplikace nestátního práva obecně.<sup>608</sup>

Pro nás je samozřejmě zajímavý článek 3, který pracuje s nestátním právem a odkazem na něj. Konkrétně zní: „*Article 3 – Rules of law: The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.*“

Článek 3 rozšiřuje možnosti volby práva dle článku 2 a předpokládá využití nejen před soudy rozhodčími, ale i před soudy obecnými. Jaký je jeho výklad?<sup>609</sup>

<sup>606</sup> Hague Conference on Private International Law [online]. HCCH [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <http://www.hcch.net>

<sup>607</sup> Přínosná v tomto směru je komparativní práce na úrovni principů a národní legislativy GIRSBERGER, D., GRAZIANO, T., NEELS, J. L. *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2021, 1251 s. Dále k významu viz NEELS, J. L. The Nature, Objective and Purposes of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts. In: ŠARČEVIĆ, P. et al. (eds.). *Yearbook of Private International Law. Vol. XV 2013/2014*. München: Sellier European Law Publishers, 2014, s. 45–56.

<sup>608</sup> Bahrain: Law No. (6) of 2015 On Conflict of Laws in Civil and Commercial Matters with a Foreign Element, čl. 4. Neoficiální anglický překlad je dostupný z Law No. (6) of 2015 On Conflict of Laws in Civil and Commercial Matters with a Foreign Element [online]. *Bahrain Business Laws* [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://bahrainbusinesslaws.com/laws/Conflict-of-Laws-in-Civil-and-Commercial-Matters>; Znění článku: „*Parties may agree to choose the applicable law, and may agree to choose International Trade Law and its customs.*“

<sup>609</sup> K historii vzniku a současně i k aspektům výkladu daného článku viz dokumenty k přijímání dostupné z: Choice of Law in International Commercial Contracts Section [online]. HCCH [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-law-principles>; Dále také podrobnou analýzu historie přijímání a možného výkladu: SAUMIER, G. The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract. *Brooklyn Journal of International Law*. 2014, roč. 40, č. 1, s. 1–29.

Znamená skutečně to, co se jeví, že by mohl znamenat? Výkladových potíží zde máme více. Jsou to:

- termín „rules of law“ a jeho význam. I přes jisté debaty je zřetelné, že tento termín, zaužívaný v rozhodčím řízení,<sup>610</sup> je v tomto dokumentu vnímán obdobně. Je stavěn oproti termínu „právo“ jako termínu odkazujícímu na pozitivní právo státu. Byl odmítnut návrh na jeho definování přímo v Principech. Jisté vysvětlení, odkazující právě na onen „nestátní původ“, se objevilo v komentáři, který Principy doprovází. Současně ovšem, na rozdíl od pravidelného uchopení v rámci rozhodčího řízení, obsahuje samotný článek 3 další znaky, které musí tato právní pravidla splňovat pro to, aby byla aplikována zaměnitelně s právem státu. Tato pravidla jsou určena pouze pro případ volby stranami.
- akceptace těchto právních pravidel na mezinárodní, nadnárodní nebo regionální úrovni. Jasně jsou z tohoto pohledu odmítnuty ty, které se pohybují jen a pouze na úrovni národní, a rovněž jsou odmítnuta pravidla vycházející ze smlouvy jako takové. Z uvedeného požadavku vyplývá jistá požadovaná mezinárodnost daných právních pravidel.
- naplnění podmínek „neutrální a vyrovnaná“. Otázkou je, zda přijetí daného kritéria znamená kvalitu právní, resp. jaké „odchytky“ jsou dovoleny na základě jednání stran. Odchytky z oné rovnováhy, které vlastně nemusí být v daných pravidlech, ale mohou vyplývat z individualizovaných částí smlouvy. Anebo toto kritérium je spíše odrazem ideově politických požadavků tak, jak se nám objevují např. v legislativě směřované ke spotřebitelům. Tento požadavek také odůvodňuje i vymezení jisté kategorie pravidel jako odpovídající tomuto požadavku – např. Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT či případů, kdy mezinárodní úmluvy nebyly konkrétním státem ratifikovány.<sup>611</sup> Řadu takových příkladů nám nabízí právě organizace UNIDROIT.<sup>612</sup>

<sup>610</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 256–266.

<sup>611</sup> MARSHALL, B. The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2018, roč. 66, č. 1, s. 180–182; UNCITRAL, HCCH and UNIDROIT: Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales. *United Nations* [online]. S. 27 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/tripartiteguide.pdf>

<sup>612</sup> Viz seznam instrumentů UNIDROIT – Instruments. *UNIDROIT* [online]. [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://www.unidroit.org/instruments/>; Jedná se jak o modelové úpravy (např. franchising), tak přímo o návrhy mezinárodních smluv jako je tomu v případě finančního leasingu či faktoringu.

- u využívání nestátních prostředků je kritizována nerovná pozice, může při převzetí do právní úpravy působit výkladové potíže.
- možný zákaz či naopak oprávnění dané právem fóra. Poslední část ustanovení je zjevně rozhodující – zůstává na mezinárodním právu soukromém fóra, zda onu pozici jako takovou připustí. Samozřejmě, nelze čekat od vzorového dokumentu více. Uvedený požadavek, který může být vnímán jak pozitivně, tak negativně, nám ukazuje na nutnost formulování vlastních požadavků při převzetí do právní úpravy.

Vzorový zákon je pouze a jenom vzorovým zákonem. To, co ukázal, nicméně není nevýznamné. Opět se objevila silná diskuse na téma nestátních prostředků. Opět se objevily argumenty a nepřímou byla potvrzena pozice v rozhodčím řízení. To, co se ukázalo jako rozporuplné, bylo vymezení prostředků. V podstatě tento dokument zůstal na pozicích nepřijatých úmluv a komparativně vzniklých akademických souborů právních pravidel. Což je příliš úzký přístup, pokud jej konfrontujeme s vymezením pravidel jako mezinárodních, nadnárodních nebo regionálních. A zejména praxí. Na mysl máme především podmínky typu FIDIC, pro něž rámec určitého práva nemusí být vhodným právním pozadím. Tedy pokud bychom nesměřovali ke kombinaci těchto podmínek a např. Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT. To, co je ovšem zřetelné, je nepřijetí aplikace *lex mercatoria* jako konceptu. V tom se shodují Principy s návrhem nařízení Řím I. A v tom se jeví koncept dále jako neprůchodný.

Další ze vzorových zákonů, které výrazně ovlivnily národní legislativy a využily vytvoření prostoru pro aplikaci nestátních prostředků, je Vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení. I když typově spadá do oblasti určení rozhodného práva, uvedeme jej v části věnované mezinárodnímu rozhodčímu řízení.

### **IV.3 Unifikované materiální právo vs. nestátní prostředky právní regulace**

Druhou možností využití nestátních prostředků, resp. i odkazu na *lex mercatoria* jako celku, je vazba na pozitivní hmotné právo. V námi sledovaných případech na právo unifikované. Jedná se o pozici omezenou oproti možnosti aplikace na úrovni kolizní, resp. na úrovni úvah o rovnocennosti práva státního

a soft law, existencí kogentních norem, které unifikovaná úprava využívá. Tato kombinace materiální unifikované úpravy a nestátních prostředků nemusí být pro praxi, jak uvidíme dále, nezajímavá. Ono vzájemné doplnění se tam, kde se jedná např. o dynamickou problematiku jako je tomu u přepravy zboží či platební prostředky, představuje živoucí a životaschopný mechanismus. Mechanismus, kdy unifikovaná úprava představuje onen základní právní rámec a nestátní prostředek, díky své povaze reflektuje změny v prostředí.

Existuje celá řada mezinárodních úmluv, které se pokoušely o vytvoření unifikované úpravy smluvního práva, resp. konkrétního smluvního typu. Tyto snahy zaznamenáváme na různých úrovních od 20. let minulého století a nesporně souvisí i s komparativními pracemi, které se snaží dokázat blízkost zdánlivě rozdílných právních systémů v případech konkrétních institutů.<sup>613</sup> Nicméně úspěchů v této oblasti příliš mnoho není. V podstatě lze jmenovat – pokud nebereme do úvahy regionálně omezené unifikace – jen úpravy v oblasti kupní a přepravní smlouvy. S tím, že jak pokud jde o rozšíření, tak pokud jde o samotnou úpravu, je to Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží<sup>614</sup>, která poměrně podrobně a se snahou o co maximální úpravu institutu koupě-prodej zboží obsahuje námi sledovanou problematiku. Rovněž diskuse, které se týkají této problematiky nestátního práva, jsou pochopitelně nejrozsáhlejší právě v tomto případě. Proto námi sledovanou problematiku budeme demonstrovat na jejím příkladu. Byť nezajímavými nejsou ani unifikace přepravních smluv.<sup>615</sup>

<sup>613</sup> Nelze na tomto místě nezmínit komparativní práci Rabela, která se stala po řadu desetiletí významným zdrojem pro další práce vedoucí k unifikovaným úpravám a ovlivňujícím v pozitivním slova smyslu unifikace kupní smlouvy. Jde o práci RABEL, E. *Das Recht des Warenkaufs: eine rechtsvergleichende Darstellung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1936, 533 s.

<sup>614</sup> Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 160/1991 Sb., o sjednání Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.

<sup>615</sup> Především: vyhláška ministra zahraničních věcí č. 11/1975 Sb., o Úmluvě o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční nákladní dopravě (CMR); vyhláška ministra zahraničních věcí č. 8/1985 Sb., o Úmluvě o mezinárodní železniční dopravě (COTIF); vyhláška ministra zahraničních věcí č. 27/1968 Sb., o Úmluvě o sjednocení některých pravidel o mezinárodní letecké dopravě prováděné jinou osobou než smluvním dopravcem, doplňující Varšavskou úmluvu; sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 123/2003 Sb., o Úmluvě o sjednocení některých pravidel o mezinárodní letecké dopravě.

Jaké možnosti dané Vídeňskou úmluvou jsou příznivé pro využití nestátního práva? Do úvahy lze vzít, dle našeho názoru, následující:

- a) povahu Úmluvy a jejích jednotlivých ustanovení, která je vyjádřena především v článku 6;
- b) vyplnění mezer úmluvy tak, jak je Vídeňská úmluva uvádí především v článku 7 odst. 2;
- c) obchodní zvyklosti tak, jak jsou vymezeny zejména v článku 9.

**Ad a)** Je to princip autonomie vůle, který ovládá Úmluvu jako celek a umožňuje využití i jiných prostředků právní regulace tam, kde si je strany zvolí. Na rozdíl od případů uváděných v předchozí kapitole, zde se jedná o autonomii na úrovni hmotněprávní. To je nutné mít na mysli, pokud hodnotíme význam propojení státního a nestátního práva.

Základní uchopení obsahuje článek 6. V souladu s ním: „*Strany mohou vyloučit použití této Úmluvy nebo, s výjimkou článku 12, kterébokoli jejího ustanovení nebo jeho účinky změnit.*“<sup>616</sup> Jsou to strany Vídeňské úmluvy, které mohou „disponovat“ s úpravou jako celkem.<sup>617</sup> Interpretace jejich vůle se řídí článkem 8. K dispozici, ať již plnému vyloučení či vyloučení některých částí, může dojít při uzavření smlouvy nebo poté, co došlo ke změně smlouvy. Opinion č. 16 uvádí možné varianty, kdy lze pohledem článku 8 uvažovat o vyloučení úmluvy: výslovné vyloučení, volba práva nesmluvního státu či volba zákona či kodexu, který výslovně nahrazuje aplikaci úmluvy. Naopak nepostačuje například pouze volba práva smluvního státu či volba práva platného na územní jednotce smluvního státu. Toto odpovídá jak převládajícím názorům v literatuře, tak i judikatuře národních soudů.

Jaké jsou meze autonomie vůle stran, a tudíž i případného využití nestátních prostředků? Prvou je sama věcná působnost Vídeňské úmluvy (články 1–3; články 4 a 5). Další vyloučení jsou dána povahou ustanovení (články 89–101,

<sup>616</sup> Využito zejména CISG-AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014. *CISG Advisory Council* [online]. [cit. 21. 8. 2022]. Dostupné z: [http://ciscac.com/file/repository/CISG\\_AC\\_Opinion\\_no\\_16.pdf](http://ciscac.com/file/repository/CISG_AC_Opinion_no_16.pdf)

<sup>617</sup> Ač je to ku podivu, je Úmluva např. i v českém prostředí vylučována. Důvodem je často neznalost Úmluvy a příklon k národnímu právu. Z hlediska formulačního jde o jednoduché doložky výslovně vylučující Úmluvu a uvádějící jako rozhodné české právo. Z rozhodčí praxe autorky naopak tam, kde nedochází k výlučnému vyloučení, je rozhodováno dle Vídeňské úmluvy a v mezerách dle smlouvy či národního práva.

kteřé obsahují závěrečná ustanovení, která nejsou v dispozici stran). Výslovně je z dispozice vyňat článek 12 a společně s ním i články 11, 29 a část II tam, kde se týkají formy. Z povahy věci je dle našeho názoru vyloučen i článek 28, který je v dispozici národních soudů a v podstatě se týká procesních možností transformace nároku na naturální plnění.<sup>618</sup>

Promítneme-li danou možnost do využití nestátních prostředků, teoreticky přichází do úvahy více variant. V první řadě to je plné vyloučení Vídeňské úmluvy jako celku a výslovné nahrazení přímo nestátním prostředkem. Do úvahy by přicházely v tomto případě ucelené soubory jako jsou Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT. Což může být problematické při konkurenci s vnitrostátním právem. Nahradit lze ovšem i jednotlivé části Úmluvy. A samozřejmě i jednotlivá ustanovení, která mohou být změněna či nahrazena přímo odkazem na daný prostředek. Typickým příkladem jsou INCOTERMS a využití konkrétních doložek namísto některých článků kapitoly IV.

V praxi je zřetelně nejvýznamnější situace využití změn či vyloučení jednotlivých ustanovení právě s využitím konkrétního nestátního prostředku. Plné vyloučení, jak ukazuje zkušenost, je spíše nahrazováno využitím vnitrostátního práva než nestátních prostředků. Je otázkou, zda by národní soudy v případě vyloučení Vídeňské úmluvy a jejího nahrazení např. Zásadami mezinárodních smluv UNIDROIT neuvažovaly spíše o „návratu“ k rámci vnitrostátního práva cestou užití norem mezinárodního práva soukromého než o přímém užití nestátního prostředku. Byť typu Zásad. V případě rozhodčího řízení, pokud by strany vyloučily Vídeňskou úmluvu a zvolily např. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, lze do jisté míry předpokládat, že mohou akceptovat s využitím autonomie vůle stran tuto volbu bez nutného rámce vnitrostátního práva.<sup>619</sup> Ostatně tím se dostáváme do pozice konkurence norem mezinárodního práva soukromého a nestátního práva. Tedy pozice uvedené v předchozí kapitole věnované mezinárodnímu právu soukromému. Na druhé straně, a to je trefné přirovnání, slovy Audita, Vídeňská úmluva není určena pro soutěž s nestátním právem. Naopak jde spíše o vzájemné

618 KOMISE OSN PRO MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ PRÁVO (UNCITRAL). *Výběr z rozhodovací praxe ke Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží 2012*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 52–53.

619 GABRIEL, H. D. The Use of the UNIDROIT Principles as Neutral Law in Arbitration. *Journal of Arbitration Studies*. 2013, roč. 23, č. 3, s. 43–45.

doplnění a interakci.<sup>620</sup> Současné plné vyloučení a náhrada přichází do úvahy jen u souborů právních pravidel. Ty jediné mohou obsáhnout obdobnou problematiku jako již uvedená Vídeňská úmluva.

**Ad b)** Přirozené, a na první pohled se nabízející, je využití *lex mercatoria* či jednotlivých nestátních prostředků pro vyplnění mezer Vídeňské úmluvy. Zejména prostředky typu Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva či další obdobné, které splňují podmínky toho, aby mohly působit jako obligační statut, by mohly „dodat“ onu obecnou část či pozadí, které z větší části Vídeňské úmluvě, která je formulována jako praktický prostředek právní regulace mezinárodní kupní smlouvy, chybí. Argumenty týkající se tak vágnosti a neúplnosti *lex mercatoria* s těmito jednotlivými nestátními prostředky padají. Nejsou o nic méně či více mezerovité než národní úpravy. Jak to ovšem s vyplněním mezer Úmluvy je?

Vyplnění mezer závisí na tom, o jaký typ mezery se jedná. Zda jde o mezery vnější (*intra legem* mezery) či o mezery vnitřní (*praeter legem* mezery).

Vídeňská úmluva obsahuje mechanismus vyplnění vnitřních mezer v prvé řadě v článku 7 odst. 2. V souladu s ním: „*Otázky spadající do předmětu úpravy této Úmluvy, které v ní nejsou výslovně řešeny, se řeší podle obecných zásad, na nichž Úmluva spočívá, nebo, jestliže takové zásady chybějí, podle ustanovení právního řádu rozhodného podle ustanovení mezinárodního práva soukromého.*“ Toto ustanovení je třeba vidět ve spojitosti s článkem 6, který uvádí princip autonomie vůle stran jako vedoucí princip Vídeňské úmluvy. Strany tak pro vyplnění těchto v podstatě vnitřních mezer mohou uvedené nestátní prostředky využít. Může se jednat o různé doložky, které výslovně pro vyplnění uvádějí uvedené soubory nestátních pravidel anebo obecně odkazují na zásady mezinárodního obchodního styku či platné mezi obchodníky. Např. se může jednat o doložku: „*This contract shall be governed by the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) interpreted and supplemented by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016).*“<sup>621</sup>

<sup>620</sup> AUDIT, B. The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria. In: CARBONNEAU, T. E. (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. New York: Juris Publishing, 1998, s. 175.

<sup>621</sup> UNIDROIT zpracovala řadu doložek upravujících jejich aplikaci. Včetně námi uvedených. – UPICC Model Clauses. Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *UNIDROIT* [online]. [cit. 15. 8. 2022]. Dostupné z: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses/>

Jinou otázkou je, zda je lze využít i tam, kde by je strany výslovně neuvedly. To je jeden z problémů, které jsou diskutovány. A to právě v souvislosti s přímým použitím oněch Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT, které dle některých autorů mohou být považovány právě za vyjádření oněch obecných zásad a je možné je vztáhnout i na obecné zásady, na nichž Úmluva spočívá. Pokud se jedná o mezery vnější, jako jsou typy smluv vyloučené články 2 a 3 a otázky vyloučené z dosahu Úmluvy jako jsou články 4 a 5, nemůže být využit mechanismus článku 7 odst. 2. Využito bude jiného mechanismu – aplikace předpisů mezinárodního práva soukromého místa řešení sporu. Prostor pro využití nestátních prostředků právní regulace je tak zjevně jen u mezer vnitřních.

**Ad c)** Postavení zvyklostí obsahuje článek 9. Ten rozlišuje mezi zvyklostmi a mezinárodními obchodními zvyklostmi. Zvyklosti jsou regulovány v odst. 1 a jsou využity v rámci přímé autonomie vůle stran (strany si je dohodly). Mezinárodní obchodní zvyklosti, nazývané někdy normativními zvyklostmi, jsou upraveny, včetně znaků, které musí vykazovat, v odstavci 2. Naopak u nich je presumovaná vůle stran o jejich použití. Zvyklost tak lze výslovně včlenit (odstavec 1), nebo naopak vyloučit (odstavec 2). Samotné postavení zvyklostí při regulaci vztahu omezují dvě zcela rozdílné skutečnosti. V prvé řadě je to snižující se význam tradičních, nepsaných zvyklostí a jejich nahrazení spíše obchodními termíny či výslovnou vůlí stran ve smlouvě, které uchovávají obsah tohoto pravidla. Omezení také poskytuje článek 4, který rovněž dopadá na platnost zvyklostí. Tím je posouvá do posuzování vnitrostátním právem. Jak již bylo uvedeno v úvodu, a zde jen připomínáme, zvyklosti mohou sloužit jak k úpravě práv a povinností stran, tak mohou hrát roli při interpretaci jednání stran.

#### **IV.4 Rozhodčí řízení vs. nestátní prostředky právní regulace**

Třetí oblast, která nás zde zajímá, již byla vlastně naznačena mnohokrát. Ano, je to otázka práva rozhodného pro meritum sporu v případě, kdy je spor řešen před rozhodci, resp. rozhodčími senáty. Již v úvodní kapitole jsme naznačili, proč je uchopení mezinárodního rozhodčího řízení tak příznivé k otázce volnějšího přístupu k uchopení cesty k rozhodnému právu a vlastně i k aplikaci nestátních pravidel různého typu. V prvním případě to je určení



rozhodného práva pro meritum sporu a prostor, který je zde dán právě pro využití nestátního práva. Ve druhém to je otázka zvláštních případů zvoleného rozhodování jako je *amiable compositeur*, rozhodování dle ekvity či další obdobné způsoby. Tedy způsoby, které přímo vylučují využití vnitrostátního práva. A tudíž se objevuje možný prostor pro využití nestátních prostředků. Pro obě možnosti je rozhodující princip autonomie vůle stran a dispozice, které v mezinárodním rozhodčím řízení přináší.

Princip autonomie vůle stran, který se promítá jak do konceptu,<sup>622</sup> tak do řady otázek spojených s mezinárodním rozhodčím řízením, vytváří příznivé prostředí pro úvahy o využití nestátního práva v řízení rozhodčím oproti řízení před soudy obecnými. Obecně jsme na ony příznivé momenty týkající se užití rozhodného práva pro meritum sporu poukázali v úvodní pasáži.

Cest k využití *lex mercatoria*, resp. konkrétního prostředku nestátní regulace, je více. V prvé řadě je to „pohyb“ na úrovni mezinárodního práva soukromého a výběr soft law či *lex mercatoria* stranami namísto národního práva. Nejen literatura, nýbrž i některé statistiky mezinárodních rozhodčích institucí ukazují, že se v určitém procentu případů strany uchylují přímo k nestátním prostředkům. Nicméně tvrdá data neexistují. Na rozdíl od řízení soudního nám k přesnému uchopení chybí, vzhledem k tomu, že většina rozhodčích institucí nezveřejňuje data a u arbitráží *ad hoc* rovněž neexistují, zveřejněná rozhodnutí či alespoň statistické údaje o způsobu určení rozhodného práva. V podstatě lze jen říci, že tato varianta není vyloučena a existuje. Odkázat lze např. na statistiky Mezinárodního rozhodčího soudu při Mezinárodní obchodní komoře. V posledních deseti letech se data pohybují od 1 % do 3 % případů, kdy nebylo využito vnitrostátního práva, ale namísto něj některého z nestátních prostředků. A to v různých podobách. Jde sice o poměrně zanedbatelné procento případů, nicméně tato varianta je u tohoto prestižního soudu využívána.<sup>623</sup>

<sup>622</sup> Zpravidla se objevuje následující členění konceptů rozhodčího řízení, které ovlivňují řadu navazujících otázek. Jedná se o koncept jurisdikční, smluvní, smíšený a autonomní. – ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. Praha: Wolters Kluwer, 2013, s. 71–80.

<sup>623</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *International Chamber of Commerce (ICC) – Dispute Resolution 2019 Statistics*. Paris: International Chamber of Commerce, 2020, 29 s. V podstatě podobné v dalších verzích. Rovněž v literatuře zmíněná rozhodnutí viz např. CONNERTY, A. *Lex Mercatoria: Reflections from an English Lawyer*. *Arbitration International*. 2014, roč. 30, č. 4, s. 701–720.

Současně se ve všech statistikách Mezinárodního rozhodčího soudu při Mezinárodní obchodní komoře objevuje konstatování, že nejsou zachyceny aplikace nestátních prostředků v rámci námi uváděné varianty č. 2, tj. v rámci autonomie vůle stran na úrovni hmotného práva – vnitrostátního či mezinárodního.

Zde nás zajímá aplikace nestátního práva rovnocenně s právem státním. A to nikoli před soudy obecnými, ale rozhodčími. Již v úvodní kapitole jsme se zmínili o Vzorovém zákonu UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení z roku 1985, doplněném v roce 2006. Předpisu, který se stal vzorem pro úpravy moderního rozhodčího řízení prakticky na celém světě. Ať již byl převzat z větší či menší části do národních úprav, což byl případ i České republiky, nebo došlo k inspiraci pro jednotlivé instituty. Pro naše zkoumání je zajímavý článek 28 odst. 1. Ten hovoří ve vazbě na možnost volby práva stranami nikoli o volbě práva, nýbrž o volbě právních pravidel – rules of law. V důvodové zprávě je potom přímo vysvětleno, co toto znamená.<sup>624</sup> Na rozdíl od termínu „právo“ se zde jedná o normy zaštitěné nikoli státní mocí. Přípravné materiály k předpisu ukazují, jak rozdílné výklady se objevily při diskusi o termínu. Od nyní obecně vnímaného uchopení až k „pouhému“ *dépeçage*.<sup>625</sup>

Uvedený termín se nám objevuje jak v řadě národních úprav, tak i v případech rozhodčích pravidel rozhodčích institucí. Přehledové tabulky k převzetí článku 28 odst. 1 Vzorového zákona UNCITRAL, uvedené v příloze publikace Bindera, ukazují na řadu států, které termín „rules of law“ převzaly do své národní úpravy.<sup>626</sup> Byť není ovšem zřetelné, jak jej interpretují. To je nutné si uvědomit. Podobné lze nalézt i v analytickém materiálu Haagské konference mezinárodního práva soukromého.<sup>627</sup>

<sup>624</sup> UNCITRAL. *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. New York: United Nations, 2012, s. 121; Rovněž viz BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021, s. 2870–2872.

<sup>625</sup> 326th Meeting [online]. *UNCITRAL* [cit. 12. 8. 2022]. Dostupné z: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/326meeting-e.pdf>

<sup>626</sup> BINDER, P. *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019, 1092 s.

<sup>627</sup> RADIC, I. Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration. *HCCH* [online]. Příloha č. 1 a 4 [cit. 1. 5. 2022]. Dostupné z: <https://assets.hcch.net/docs/cc410cd1-252c-4b38-8acf-198f26c2f0b0.pdf>

Vedle této cesty, kdy existuje přímo uvedená varianta pro volbu stranami, existují další zvláštnosti v určování rozhodného práva, které mohou ovlivnit aplikaci nestátních prostředků. Jsou to jednak možnosti dané na výběr stranám, pokud jde o využití norem mezinárodního práva soukromého. Na rozdíl od řízení soudního, které je zpravidla ovládáno zásadou aplikace *lex fori* kolizních norem, v případě rozhodčího řízení se objevují s akcentem na princip autonomie vůle stran i varianty jiné. Konkrétně možnost využít i jiných souborů kolizních pravidel, než jsou ty platné v místě rozhodování sporu. To navíc s tím, že rozhodčí řízení nemá tak pevnou vazbu s místem geograficky uchopeným jako má řízení soudní. Další z variant je tzv. *voie directe*. Tedy určení rozhodného práva přímou cestou, nikoli úvahami na úrovni mezinárodního práva soukromého. To se týká v tomto případě postupu rozhodců tam, kde strany právo nevolily.<sup>628</sup> Tyto způsoby, byť jsou založeny na autonomii vůle stran, neústí či nemusí ústit do aplikace *lex mercatoria*.

Druhá z cest je využití zvláštních způsobů řešení v rozhodčím řízení jako jsou *amiable compositeur*, *ex aequo et bono*, rozhodování dle zásad spravedlnosti atd. Je otázkou, zda i zde je viděna vazba k využití nestátních prostředků právní úpravy, resp. *lex mercatoria*. Tedy nakolik oprávnění rozhodovat např. jako *amiable compositeur* dává rozhodci dispozici rozhodovat dle *lex mercatoria*. Diskuse v tomto směru vyznívají různě.<sup>629</sup>

Naše odpověď zní trochu šalamounsky – ne i ano. Ono „ne“ se týká především povahy těchto zvláštních případů rozhodčího řízení. Dnes jsou pravidelně připuštěny právními úpravami rozhodčího řízení či pravidly rozhodčích

<sup>628</sup> K problematice užití různých systémů kolizních předpisů a k oné *voie directe* v určení rozhodného práva viz BOŘN, G. B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021, s. 2852–2854. Rovněž k otázce tzv. kumulativního užití kolizních předpisů viz *ibid.*, s. 2857–2860.

<sup>629</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J. Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur. In: BĚLOHLÁVEK, A. J., ROZEHNALOVÁ, N. (eds.). *Čzech (č& Central European) Yearbook of Arbitration*. New York: JurisNet, LLC, 2013, roč. 3, s. 25–51; MANIRUZZAMAN, A. F. M. The Arbitrator's Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo et Bono in Decision Making. *Mealey's International Arbitration Report*. 2003, roč. 18, č. 12, s. 1–8; HERBOCZKOVÁ, J. Amiable compositeur v mezinárodním rozhodčím řízení. *Právní rozhledy*, 2008, č. 17, s. 632–633; KARIMI, M., KASHANI, J., NASIRAN NAJAF ABADI, D. Arbitration on the Basis of “Equity”, “Amiable Composition”, and “Lex Mercatoria”. *International Relations Research Quarterly*, 2019, roč. 32, č. 9, s. 215–238; WEINBERG, K. S. Equity in International Arbitration: How Fair is Fair – A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition. *Boston University International Law Journal*. 1994, roč. 12, č. 1, s. 227–254.

institucí. Jejich realizace ovšem předpokládá jednak dovolenost (místa realizace rozhodčího řízení a místa uznání a výkonu rozhodčího nálezu), jednak dohodu stran. Chybí-li některá z těchto podmínek, rozhodčí řízení je postiženo vadou a lze očekávat zásah moci veřejné v rámci prostředků jako je zrušení rozhodčího nálezu či odepření uznání a výkonu. Ono „ano“ se týká naopak cesty rozhodování, kdy v rámci rozhodování dle zásad spravedlnosti či jinak mohou být využity pro posuzování případu i např. principy sdílené doktrínou *lex mercatoria* – autonomie vůle, *pacta sunt servanda* atd. Současně posuzování určení rozhodného práva nespadá do otázek uváděných jako ty, které by spadaly pod „kontrolu“ moci veřejné cestou již uvedeného zrušení rozhodčího nálezu či odepření uznání a výkonu. Závěr lze učinit následující. Oba instituty nelze ztotožňovat.<sup>630</sup> Jsou rozdílné jak co do své povahy (procesní institut vs. určení a využití práva), tak i přípustnosti. Mohou vykazovat některé styčné plochy a v konkrétních případech lze dospět i k využití některých nestátních prostředků. Nicméně, dle našeho názoru, přímá vazba a propojení neexistují.

#### IV.5 „Ano či ne“ a/nebo „kdy a jak“ – namísto jednoduchého dílčího závěru

Máme-li formulovat závěrečnou otázku, kterou uzavřeme naše úvahy, mohli bychom v jisté parafrázi využít slov Dassera<sup>631</sup>, která zazněla před více než 40 lety: problémem není ano či ne pro využití nestátních prostředků pro právní regulaci smluv, potažmo využití *lex mercatoria*, nýbrž zda, jak, případně s jakými omezeními. Tím je položena i otázka týkající se účelu *lex mercatoria* jako kvaziprávního systému konkurujícího právu státu. Tedy otázka zcela pragmatická a nezatížená tvrzenými či naopak vyvracenými mýty, fantaziemi

<sup>630</sup> V tomto směru výstižně Ritlewski: „Zatímco u rozhodování dle zásad spravedlnosti rozhodce podobně jako zákonodárce tvoří pravidlo, musí tam, kde přiblíží k *lex mercatoria*, působit jako soudce.“ – RITLEWSKI, K. Die Lex Mercatoria in der schiedsgerichtlichen Praxis. *Zeitschrift für Schiedsverfahren*. 2007, roč. 5, č. 3, s. 137.

<sup>631</sup> DASSER, F. *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 296 a násl.

a fikcemi existence autonomních společenství:<sup>632</sup> je soubor právních pravidel způsobilý regulovat smlouvy s přeshraničním přesahem?

Z toho všeho následně vyplývá i závěr týkající se povahy *lex mercatoria* – pouhý soubor nestátních prostředků právní úpravy či právní systém? A současně je třeba se zabývat i vazbou na státní právo a v některých konceptech uvedenou autonomií.

Při zodpovězení a formulování našeho přístupu sehrávají roli tři determinanty:

- růst veřejnoprávní regulace v oblasti mezinárodních ekonomických vztahů. A to jak na mezinárodních, regionálních či vnitrostátních úrovních.<sup>633</sup> Veřejnoprávní regulace je nedílnou součástí dnešního obrazu světa. Od pozitivního uchopení směrem k liberalizaci a předvídatelnosti systému až k negativním opatřením typu embargo zasahují soukromoprávní vztahy a jejich realizaci a vytvářejí onen rámec, v němž se tyto pohybují. Nejen vztahy vnitrostátní, ale i vztahy s mezinárodním prvkem jsou jí podřízeny. Byť naposledy uvedené v závislostech poněkud jiných. Soft law či nestátní prostředky spolu se způsobem řešení sporů nejsou způsobilé tuto legislativu odklonit.
- existence kolizní metody, resp. metod mezinárodního práva soukromého jako způsobu určení právní regulace pro soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem. Ta je nesporně v jistém protikladu k existenci nestátního práva, pokud se jedná o účel a uchopení vztahů. V tradičním pojetí mezinárodní právo soukromé spíše „umísťuje“ vztahy do dosahu národního práva. Tato lokalizace je v protikladu s vytvářením universální úpravy. S tím lze souhlasit. Na druhé straně – jak jsme to viděli především při hledání rozhodného práva pro řízení před rozhodci – není ona koexistence vyloučena.

<sup>632</sup> Nelze nepoukázat na výstižný název publikace WILKINSON, V.L.D. *The New Lex Mercatoria – Reality or Academic Fantasy?* *Journal of International Arbitration*. 1995, roč. 12, č. 2, s. 103–117. Ostatně nechtěně se autorka přiblížila problému s podobným názvem článku ROZEHNALOVÁ, N. *Lex mercatoria – fikce či realita?* *Právník*. 1998, roč. 137, č. 10, s. 932–952. Dochází ovšem k poněkud odlišným závěrům o významu. Podobně také SCHERNER, K.O. *Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision?* *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*. 2001, roč. 118, č. 1, s. 148–155.

<sup>633</sup> K otázce působení státu na úrovni mezinárodní i národní při formulaci veřejnoprávní regulace s dopadem do soukromoprávní sféry zejména BASEDOW, J. *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015, s. 349–504.

- ideová východiska a přístup k hodnocení práva. To je nesporně další determinanta buďto otevření se aplikace, či naopak. Vedle oněch spíše normativních a technických znaků je to příklon k uchopení práva jako společenského jevu, které může ovlivnit námi sledovanou oblast.

Nesporné ano zaznívá tam, kde máme hovořit o existenci jednotlivých nestátních prostředků právní regulace smluv v přeshraničním styku. A to ať již daný jev označíme obecně nestátním právem – soft law, nestátními prostředky právní regulace či dovozujeme z existence jednotlivých prostředků koncept *lex mercatoria* jako transnacionálního práva, tak nepopíráme existenci jevu. Tyto prostředky v různých podobách existují a jsou využívány jak ve fázi formulování smluv, tak ve fázi řešení sporů. A to jak před soudy obecnými, tak před soudy rozhodčími. Ono „ano“ se vztahuje také k posunům, které v oblasti vztahů překračujících hranice jednotlivých států existují. Od obchodních obyčejů s často vágním obsahem k souborům právních pravidel (kam řadíme i formulářové obchodní podmínky typu FIDIC atd.) upravujících nejenom jednotlivou otázku či problém, nýbrž uchopujících koncepčně daný vztah. Jde o posun kvalitativní. Posun, který znamená, že ony prostředky se mohou pohybovat nejen uvnitř rámce daného právní úpravou vytvořenou státem, ale také samy onu právní úpravu vytvářejí. Tyto prostředky v různých podobách – a ve zvláštní části alespoň na některé z nich poukážeme – jsou nedílnou součástí právní regulace smluv v přeshraničním styku. To je nezpochybnitelné. A lze říci, že v některých oblastech, jako je např. u kupních smluv dodací podmínka či platební podmínky, obecně do jisté míry i vytlačují regulaci státní. To platí také tam, kde existují komoditní korporace vytvářející své podmínky i rozhodčí soud pracující na jejich základě. Ostatně v další části máme uveden případ mezinárodní organizace GAFTA.

Otázkou je odkaz. Ten je vhodný výslovně s poukazem na konkrétní prostředek. Obecný odkaz na *lex mercatoria* nemusí být srozumitelný a pro všechny stejně pochopitelný. Obsah tohoto nestátního souboru pravidel je vágní a nemusí být pro strany předvídatelný v okamžiku uzavírání smlouvy. Pokud se ovšem nepohybují v konkrétní společné oblasti a onen termín jednoznačně neoznačuje formulářové podmínky, obyčeje či různé principy ovládající danou oblast.

Otázka onoho „zda“ jsou tyto prostředky způsobilé nahradit regulaci státní není tak jednoznačná. Jak vyplývá z předchozích částí, některé ze zdrojů nesporně ano. Případně jejich kombinace je způsobilá mnohem lépe, než je tomu u regulace státní, upravit předmětný právní vztah. Může jít o kombinace typu Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT a Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží; Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT a INCOTERMS; formulářové smlouvy a Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT. Kombinace mohou být různé. Současně ovšem jiné nikoli, neb jsou omezeny jen na dílčí aspekty. Typicky INCOTERMS. Anebo jsou spíše jistým modelem pro úpravu jako jsou Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy.

Nejsložitější je nesporně ono „jak“ a „kde“. Což spolu souvisí. Je zřetelné, že z řady důvodů je příznivější prostředí mezinárodního rozhodčího řízení. Což ovšem neznamená, že se nutně na něj musí omezovat. Právě v našem integračním konceptu není vyloučena aplikace prostředků i před soudy obecnými.

Východiskem našeho integračního konceptu je princip autonomie vůle stran a jeho pronikání do všech složek právní regulace – procesní, kolizní i materiální. Vycházíme zde z pozitivního práva a role státu. *Lex mercatoria* existuje v rámci těchto mezí. A ty jsou různě uchopeny v závislosti na východisku, které přijmeme. Jiné je východisko na úrovni kolizní, jiné na úrovni materiálního práva, jiné na úrovni procesního práva. Představa existence společenství obchodníků s vlastní právotvornou – dovoluujeme si říci primární – mocí je v dnešní době, regulující z řady stran oblast práva, nereálná. Ano, v rámci mezí vytvářených autonomií vůle stran, a je třeba říci, že onen posun ze státu na subjekty působící v dané oblasti a vzájemné respektování se – to je onen základ, který je vhodný a živoucí pro oblast mezinárodního obchodování. Je dnes prakticky nepředstavitelné, aby existovaly vhodné národní či mezinárodní předpisy, které by byly schopny regulovat např. komoditní obchody. A tak je možné pokračovat dále do dalších oblastí vztahů. Zpravidla smlouvy typu franchising, faktoring, leasing atd. jsou upravovány na úrovni státu v oblasti soukromoprávní jako inominátní smlouvy. Proto i zde je prostor právě pro různé nestátní úpravy, které mnohdy vytvářejí i jistý uchopitelný vzor transakce. Onen posun ze státu na soukromé subjekty, ona existence

otevřených systémů a kooperace mezi nimi je způsobilá přinést pro obchodníky jistou předvídatelnost a odhadnutelnost právní regulace.

Onen přístup integrační, za jaký jsme označili naše směřování,<sup>634</sup> je přístup, který vychází z rámce principu autonomie vůle stran. Je obecně přijatelný, na rozdíl od konceptů jiných. Byť „rozdrobený“ ve vazbě na přístup různých právních úprav – vnitrostátních, regionálních a v nejlepším případě mezinárodních. Ono vlastně onen rozdíl v úpravách národních je dalším argumentem, proč nikoli v jiných pozicích, než o kterých jsme hovořili. Není to totiž všeobjímající koncept shody, který by byl základem a východiskem vazby mezi státním a nestátním právem.

---

<sup>634</sup> Domníváme se, že lze hovořit i o funkční symbióze tak, jak je to uvedeno u některých autorů. Např. CIURTIN, H. A Quest for Deterritorialisation: The “New” Lex Mercatoria in International Arbitration. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. 2019, roč. 85, č. 2, s. 137. V podstatě i my zde hovoříme o symbióze obou souborů – státního i nestátního.