

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Disertační práce

Rok 2014

JUDr. Martina Doležalová

Mimosoudní řešení sporů se zaměřením na mediaci
Alternative Dispute Resolution focusing on Mediation

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracovala samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 30.4.2014

JUDr. Martina Doležalová

Poděkování

Autorka této práce děkuje svému kolegovi Patricku Van Leynseele, advokátu a partneru bruselské advokátní kanceláře Dal & Veldekens

a

prof. JUDr. Monice Pauknerové, DiS,

oběma za cenné konzultace i oponentní názory.

Obsah

I. Úvod	3
II. Jednotlivé způsoby mimosoudního řešení sporů.....	4
1. Institut Med-Arb:	6
A. Různé varianty Med-Arb.	10
B. Právní podstata Med-Arb	14
C. Důsledky v oblasti uplatnění Med-Arb	22
D. Koncept Med-Arb v Číně.....	31
E. Výhody procesu Med-Arb.....	34
F. Závěr	35
III. Pojem mediace, její právní aspekty	36
1. Role mediátora	37
2. Jmenování mediátora	41
3. Výběr mediátora	46
4. Fáze procesu mediace	50
A. Předběžné výměny	51
B. Proces mediace	54
C. Vykonatelnost mediačních dohod včetně vykonatelnosti mezinárodní	58
5. Role advokáta v mediaci	59
6. Náklady na mediaci	62
7. Etika v mediaci	65
8. On-line mediace (tzv. ODR)	72
9. Závěr	73

IV. Transpozice Směrnice č. 2008/52/EC do právních řádů oblasti civilního práva a do právní oblasti anglosaské	74
1. Rakousko	75
2. Itálie	81
3. Nizozemí	87
4. Německo	96
5. Francie	101
6. Belgie	108
7. Slovensko	112
8. Spojené království	116
9. Závěr	125
V. Česká právní úprava mediace	130
VI. Výběr ze zahraniční judikatury	140
VII. Etický kodex advokáta – mediátora	146

I. Úvod

Jako téma mé dizertační práce jsem si zvolila mimosoudní řešení sporů se zaměřením na mediaci. Práce je napsána k datu duben 2014.

Důvodů, proč považuji toto téma za vysoce aktuální, je hned několik: v první řadě jde o současnou aktuální situaci, kdy poměrně krátkou dobu platí zákon o mediaci (č. zákona 202/2012 Sb.), vydaný zejména na základě směrnice Evropské Unie č. 2008/52/ES ze dne 21.5.2008 a dále též 1. ledna začíná platit nový občanský zákoník (z.č. 89/2012 Sb.), který od základu mění východiska české civilistiky a vyžaduje změnu přístupu a uvažování všech, zejména právnických profesí.

Důraz se klade na dohodu jakožto optimální právní institut, od kterého se odvíjí jednotlivá práva a povinnosti stran. Kogentní ustanovení jsou ve srovnání s původním občanským zákoníkem výrazně potlačena a omezena. Celým novým občanským zákoníkem (dále jen NOZ) jako nit prostupuje snaha o spravedlivý, správný a hodnotově orientovaný výklad.

Za této společenské situace se jeví více než vhodné, aby zejména právnícká obec opětovně pochopila, a tím pak i podporovala, alternativní způsoby řešení sporu (ve smyslu alternaci k soudu), které akceptují vlastní odpovědnost stran za přijatá rozhodnutí na základě vlastní vůle. Podpořit tedy (a nyní mluvím za právníky) tuto odpovědnost stran za vlastní řešení sporů a „hlídat“ soulad jejich řešení s právem spíše než „velet do boje“ a čekat, že (s poměrně obtížnou předvídatelností v nových podmínkách) rozhodne soud.

Proč se strany obecně uchylují k mimosoudním způsobům řešení sporu? Zřejmě jde o rychlé a efektivní řešení sporu mimosoudní cestou, většinou i úspornější. Avšak zejména: jde vždy o proces v rukou stran, které samy nakonec narovnají své rozpory vzájemnou dohodou. Není rozhodováno o nich, ale rozhodují samy o sobě. V tom tkví právě jednoduchost a elegance tohoto řešení, tak oblíbeného zejména v obchodních, ale i rodinných sporech.

Ve světě (nejen zámoří ale i Evropa) lze zaznamenat stále vzrůstající tendenci a posilování těchto mimosoudních řešení sporů (anglicky: ADR = Alternative dispute resolutions). Zámoří uvádí statisticky až 90 % úspěšnost, Evropa pak 73 % úspěšnost těchto metod. Překvapivě vysokou úspěšnost v mimosoudních způsobech řešení sporu uvádí Slovinsko, Bulharsko či Rumunsko. Můžeme jen spekulovat, proč právě Česká republika je možná více než okolní země skeptická či laxní k těmto metodám.....

II. Jednotlivé způsoby mimosoudního řešení sporů

Způsobů, jak řešit spor mimosoudně, se v odborné literatuře uvádí relativně dost: od

- vyjednávání (strany ve sporu samy vyjednávají o svých sporných právech a povinnostech) - přes
- partnerství (úroveň vyjednávání se posouvá na úroveň nejvyšší – mezi partnery jednotlivých společností, firem, kanceláří), dále přes
- ombudsmana (poprvé do sporu vstupuje třetí strana, ombudsman, který představuje v zahraničí samostatný institut, využívaný v rámci vnitropodnikových sporů či sporů s veřejnou správou. Jeho úkoly a pravomoc jsou v jednotlivém případě závislé na instituci, pro kterou pracuje. V některých společnostech je jeho role prošetřující (stížnosti) a doporučující (doporučuje postupy řešení), v jiných je přímo aktivním zprostředkovatelem mezi znesvářenými stranami. Potud je role ombudsmana v zahraničí jiná než v České republice. Společné však oběma typům je fakt, že jde o proces nezávislého, dobrovolného a soukromého charakteru.

Dalším stupněm v pomyslném žebříčku jednotlivých způsobů mimosoudního sporu je tzv.

- konciliace, neboli řešení sporu za účasti 3. osoby, konciliátora. Konciliátorem je obvykle soudce (v zahraničí i aktivně pracující), nejde o pokus o smír (prétorský smír v rámci soudního řízení - jak je upravuje v §67 český občanský soudní řád). Konciliace je samostatným procesem v čele s konciliátorem – soudcem. Výsledkem je ideálně

dohoda, která však není vykonatelným právním titulem. Konciliace bývá někdy zaměňována s

- mediací, neboli řešením sporu za pomoci 3. osoby – mediátora. Tato osoba není vázána nijak na soud; obvyklým mediátorem nebývá soudce, ale často právník či příslušník jiné profese. Pokud mediátory bývají soudci, pak jde o osoby většinou v penzi (např. v Nizozemí), výjimkou je např. Slovinsko, kde mediují rovněž aktivní soudci (vedle svého úvazku na soudě). Mediaci se samostatně věnují v kapitolách následujících.

Za mediací následuje

- minitribunál (minitrial), forma, která je nejvíce užívána v USA. Sporné strany zde reprezentují zástupci stran, kteří si jmenují společně osobu třetí, která řízení vede. Sporné strany přednášejí svá stanoviska a předkládají důkazy. Ve své podstatě jde o soukromý ekvivalent soudnímu procesu, má formalizovaný a strukturovaný průběh, avšak s nezávazným výsledkem.

Pro kontinentální Evropu je zajímavějším a pro právníky i atraktivnějším institutem tzv.

- med/arb neboli mediace – arbitráž. Rozumí se jím jakýsi hybrid mezi mediací a arbitráží, který spočívá v tom, spor je nejprve projednán mediátorem, a pokud není dosaženo závěrečné dohody, předloží se k rozhodnutí arbitrovi, který ve věci finálně rozhodne. Tato metoda se snaží jak o dohodu mezi stranami tak zaručuje stranám výsledek. Obvyklým názorem je, že mediátor a arbitr nemá být jedna a tatáž osoba avšak objevují se i tendence k tomu, že při zachování určitých podmínek je možno obě role skloubit. K tomu viz níže.

Další odnoží, která se vykytuje, je tzv.

- arb/med neboli arbitráž-mediace. Arbitr na základě standartního arbitrážního řízení tj. výslechem stran svědků, studiem důkazních materiálů vynáší rozhodčí nález, ten však stranám nesděljuje okamžitě. Před jeho vynesemím dostávají strany sporu poslední příležitost ke vzájemné dohodě prostřednictvím mediace. A to proto, že jsou již dostatečně seznámeny s argumenty i důkazy protistrany, sdělenými v průběhu

rozhodčího řízení, existuje tedy možnost dohody ať už celkové či dílčí. Pokud k dohodě nedojde, rozhodce zveřejní rozhodčí nález, který je vykonatelným titulem.

Tradičním a dobře známým institutem navazujícím na uvedené typy mimosoudních řešení je

- arbitráž. Arbitrážní řízení je prvním řízením z uvedené plejády typů mimosoudních řízení, které končí vykonatelným titulem. Rovněž arbitráž je dobrovolným procesem řešeným nezávislymi a nestrannými rozhodci. Na rozdíl od mediace je zde garantován od samého začátku výsledek.

Pro ucelenost je vhodné zmínit, že pro srovnání by ve výčtu zařazení jednotlivých metod ADR by po arbitráži mohl být zmíněn soud (byť samozřejmě nejde o metodu ADR), a to proto, že postupně od vyjednávání přes další citované instituty (a konče arbitráží a soudem) vzrůstá prvek formalizace procesu řízení, nákladovosti, závaznosti řešení, pomalejšího řízení a rozdílnosti utajení (od diskrétního k veřejnému slyšení).

Své místo v tomto přehledu metod ADR stále více získává též tzv. Collaborative Law (CL), v překladu „Právo spolupráce“, někdy též nazývané „mediace bez mediátora“.

Pojďme se však blíže podívat na institut, který považuji za velmi zajímavý a perspektivní z hlediska uplatnění pro právní obci:

1. Institut Med-Arb:

Metoda Med-Arb byla už krátce zmíněna výše... zásadní v ní je, že rozhodce vystupuje jakožto právník a „soudce“, který své rozhodnutí zakládá na spise, na právech a povinnostech obou stran a na pravidlech dokazování; mediátor jedná především tak, aby znovu nastolil komunikaci a jejím prostřednictvím umožnil smluvní řešení sporu, a to se souhlasem obou stran a s přihlédnutím zejména k jejím potřebám a zájmům.

Jsou tyto techniky používané společně v rámci jednoho procesu neslučitelné? Lze funkci mediátora propojit s funkcí rozhodce? Stane-li se, že mediace nedospěje ke smírnému řešení, avšak strany projeví důvěru v osobu mediátora tím, že jej požádají, aby spor vyřešil místo nich tak, jak by to učinil rozhodce, je skutečně nutné, aby mediátor odmítl? Mohlo by být smluvní doložkou stanoveno, že spor bude řešen prostřednictvím mediace vedené mediátorem, který bude jmenován společnou dohodou, a v případě nezdaru pak prostřednictvím rozhodčího řízení, které bude vedeno touž osobou?

Smyslem tohoto rozboru je posoudit právní možnosti uplatnění tohoto procesu v českých podmínkách na základě právních přístupů a zkušeností v zahraničí¹. Důvodem je též to, že v zahraničí již tento institut funguje a dá se předpokládat, že je jen otázka času, kdy i v ČR bude existovat skutečná poptávka ze strany osob nebo podniků, které řeší nějaký spor: *„Máme problém, který nemůžeme vyřešit sami. Proto máme v úmyslu využít mediátora, což nám umožní podílet se na řešení problému; pokud se nám to nepodaří, chceme tohoto mediátora požádat, aby spor vyřešil místo nás právní cestou, aniž budeme muset všechno znovu vysvětlovat jiné třetí osobě. Důležitá je pro nás rychlost a účinnost“*.

Navrhuji tedy objasnit si základní pojmy:

Med-arb (zkráceno z mezinárodně používaného výrazu „Mediation-Arbitrage“) je způsobem řešení sporů, který propojuje mediaci s rozhodčím řízením. Cílem je pokusit se o vyřešení sporu smírnou cestou s pomocí mediátora, přičemž je zaručeno, že spor bude vyřešen i v případě nezdaru mediace – pokud fáze mediace nepovede ke smírné dohodě, mediátor se „změní“ v rozhodce a o sporu rozhodne sám. Jinými slovy, nejprve probíhá jednání se třetí osobou, a v případě neúspěchu tato třetí osoba, tedy mediátor, který již zná všechny náležitosti sporu, vyřeší spor tak, že rozhodne sám namísto obou stran.

¹ „La Med-Arb et ses dérivés. Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace“, in Liber Amicorum Georges-Albert Dal, pp.833-864, Larcier 2013

Na první pohled se tento postup jeví jakožto nanejvýš zajímavý, neboť dává přednost především hledání smírného řešení (společně nalezený smír), a přitom poskytuje záruku vyřešení sporu (právně závazný nález). Bohužel však klade i několik závažných právnických otázek, které mohou být znepokojující zejména v oblasti rozhodčího řízení. Na tyto otázky je třeba reagovat.

Jak tedy vlastně „Med-Arb“ probíhá?

Úvodem bychom měli upřesnit, že proces „Med-Arb“ se řídí pouze předběžnou dohodou stran; takovouto dohodou může být sepsání doložky v obchodní smlouvě (stejně jako je tomu u mediace či rozhodčího řízení), nebo, pokud spor již existuje, vyhotovení smlouvy, v níž strany sjednají způsob, jakým by měl být jejich spor vyřešen.

Na základě výše uvedené doložky či smlouvy se strany nejprve sejdou s mediátorem a pokusí se o vyřešení svého sporu. Mediační řízení probíhá obvyklým způsobem. Pokud strany dospějí ke shodě, řízení je ukončeno. V Belgii např. dále platí, že pokud je mediátor schválen Federálním výborem pro mediaci, podle článku 1733 belgického soudního řádu může dohodu mezi stranami případně schválit i soud. Obdobnou úpravu zná i české právo, kdy v § 30 zákona o mediaci stanoví: „Soud rozhodne o tom, zda schvaluje mediační dohodu uzavřenou podle zákona o mediaci, nejdéle do 30 dnů od zahájení smírného řízení.“

Během této fáze mediačního řízení může mediátor případně využít možnosti tzv. „odděleného jednání stran“, tedy uskutečnit setkání s každou stranou a jejími advokáty zvlášť, přičemž musí zachovávat specifický závazek týkající se důvěrnosti: informace, které zjistí během těchto soukromých schůzek, může sdělit druhé straně pouze se souhlasem strany, která tyto informace poskytla. Poznatky, které tímto způsobem získá, a diskuse, které může vést s každou stranou zvlášť, umožní mediátorovi získat lepší postavení, aby mohl stranám pomoci vzájemně komunikovat a nalézt společné řešení. Zejména v anglosaském prostředí bývá pravidlem, že mediační řízení velmi často probíhají formou opakovaných oddělených jednání, kdy se strany setkají pouze na začátku mediace a pak až poté, co se díky tzv. „shadow diplomacy“ vedené mediátorem podaří nalézt konečné řešení sporu.

Pokud jde konkrétně o med-arb, existuje názor, že tato situace umožňuje mediátorovi na strany lépe působit, neboť si strany uvědomují, že v případě nezdaru dobrovolného řízení by mohlo dojít k tomu, že bude mediátor muset spor vyřešit vydáním rozhodčího nálezu, takže se strany snaží být ve svých požadavcích skromnější, aby se očím budoucího rozhodce nejevily jako příliš náročné². Dokonce může nastat i taková situace, kdy oddělená jednání stran umožní mediátorovi, aby díky své znalosti spisu vyvíjel na jednotlivé strany určitý nátlak v tom smyslu, že je upozorní na slabé stránky jejich spisu, které by mohly v případě nezdaru mediačního řízení ovlivnit i podobu konečného rozhodnutí. Pro mediátora to znamená určitou možnost uplatnit „nátlakovou strategii“, která může uspišit přijetí dohody³.

Pokud strany nedospějí ke shodě, mediátor „převlékne kabát“ a stane se rozhodcem. Tato role mu umožní přijmout rozhodnutí, které bude pro obě strany závazné⁴.

Jedná se tedy o nástroj, který stranám zaručuje, že řízení bude ukončeno vyřešením jejich sporu, ať již svobodně ujednanou dohodou, nebo vydáním rozhodčího nálezu.

Mohli bychom se domnívat, že rozhodce bude moci vykonávat své úkoly snáze právě díky tomu, že v předchozí fázi jednal v úloze mediátora. Je tomu skutečně tak, neboť veškeré okolnosti sporu, jakož i postoje a návrhy stran již byly se vši pravděpodobností dostatečně objasněny ve fázi mediace. V okamžiku, kdy rozhodce zahájí tuto druhou fázi své práce, je tedy dobře obeznámen s celým spisem.

² B.J. ROTH, *Med-arb, arb-med, binding mediation, mediator's proposal and other hybrid process*, American Arbitration Association Advanced Mediator Training, 2009, s. 5.

³ Ráda bych v této souvislosti poukázala na skutečnost, že během jakékoliv mediace a zejména pak při příležitosti odděleného jednání stran mediátor uplatňuje (nebo může uplatnit) určitý nátlak na obě strany sporu. Cílem je přimět strany k tomu, aby přemýšlely o svých postojích a o tom, jakou vyjednávací strategii by měly uplatnit, chtějí-li umožnit nebo podpořit dosažení smírné dohody, v níž budou zohledněny zájmy všech zúčastněných osob.

⁴ K.M. BANKLEY, *Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the same neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case*, Baylor Law Revue, 2011, s. 323.

A. Různé varianty Med-Arb.

Odpověď na otázku, co vše Med-Arb zahrnuje, není snadná. V praxi existuje několik nástrojů, které kombinují techniky mediace a rozhodčího řízení. Prokázalo se totiž, že pokud se uplatní autonomie vůle stran, kterou např. v Belgii zavádí článek 1134 občanského zákoníku (a v České republice § 1 odst. 2 NOZ), mohou osoby, které řeší s pomocí svých právních poradců svůj spor, využít vlastní představivost, aby se pokusily nalézt cestu k trvalému řešení. Právě tato představivost stála u zrodu mnoha způsobů řešení sporů, které označujeme jako „alternativní“. Tyto způsoby často využívají mechanismů, které jsou blízké mediaci nebo s ní souvisí, a jejich uplatnění je vždy založeno na vzájemné dohodě mezi stranami.

Uvedme si několik případů, zejména z anglosaské praxe:

„*Arb-med*“ je v podstatě opakem techniky med-arb. Tento druh řízení strany zahajují jakožto rozhodčí řízení, které však mohou přerušit a pokusit se spor úplně nebo částečně vyřešit s použitím mediačních metod. Neutrální třetí osoba působí nejprve v rámci kontradiktorního rozhodčího řízení, aby pak v následné mediační fázi převzala aktivnější a důvěrnější úlohu. Pokud tato fáze nevede k dohodě, spor se znovu vrátí do fáze rozhodčího řízení a posléze je vyřešen vydáním konečného rozhodnutí⁵.

Platnost tohoto nástroje potvrdil odvolací soud v Hong Kongu v mnohokrát komentovaném rozsudku „Gao Haiyan“ ze dne 2. prosince 2011. Upozornil přitom také na případná rizika týkající se nestrannosti nebo zdání nestrannosti (v projednávaném případě bylo toto riziko prokázáno). K tomuto rozsudku viz dále.

Variantou, která se velmi podobá technice arb-med, je „*post-arbitration mediation*“. Fáze mediace probíhá až po fázi rozhodčího řízení, avšak dříve, než rozhodce oznámí své konečné rozhodnutí. Rozhodnutí v té době již existuje (v zalepené obálce), avšak není stranám oznámeno a uplatní se jedině za předpokladu, že se stranám

⁵ K obecnějšímu pojetí problematiky rozhodce v úloze zprostředkovatele smírného řešení sporu viz B. Ehle, „The arbitrator as a settlement facilitator“, *Walking a thin line: what an arbitrator can do, must do or must not do – sborník z konference CEPANI ze dne 29. září 2010*, Brusel, Bruylant, 2010, s. 77.

nepodaří dospět ke shodě. V opačném případě není rozhodnutí ani vydáno ani oznámeno stranám.

Dále bychom mohli uvést tzv. „*binding mediation*“, kdy strany požádají mediátora, aby vydal rozhodnutí, které pro ně bude závazné. Mediátor zde nejedná tak, jak by jednal rozhodce zkoumající spis v rámci čistě kontradiktorního řízení; zásady kontradiktornosti jdou zcela stranou⁶ a strany souhlasí s tím, aby byl vydáním rozhodnutí pověřen mediátor. Uplatnění této metody v našem právním prostředí by bylo bezpochyby spojeno s určitými problémy, neboť by se podobala spíše rozhodčímu řízení nebo závaznému rozhodnutí třetí osoby, která nesdělí své jméno a nemá v úmyslu se obtěžovat složitými náležitostmi a procesními zárukami, jež jsou ve výše uvedených řízeních nezbytné.

„*Non-binding med-arb*“ je metodou, která se velmi podobá metodě med-arb, až na jednu zvláštnost: mediace ani rozhodčí řízení nejsou vůči stranám závazné. Rozhodce má totiž vydat pouze posudek, kterým se strany mohou případně řídit, avšak nejsou jím vázány. Tento model se na první pohled může jevit jako nepřiliš užitečný, neboť zahájené řízení nekončí skutečným vyřešením problému. Přesto však může mít pro strany význam, a to s ohledem na vydaný posudek. Velmi podobnou technikou je tzv. „*hodnotící mediace (evaluative mediation)*“, při níž mediátor poskytne stranám posudek týkající se pravděpodobného výsledku jejich sporu u soudu. Obdobné formy takového posudku existují např. v Belgii – např. posudky tzv. Ombudsfijn, které nejsou pro strany závazné, avšak mají nespornou váhu a referenční hodnotu.

V rámci tzv. „*med-arb show case*“ oznámí třetí osoba během fáze rozhodčího řízení stranám svůj návrh rozhodnutí a vyzve strany, aby na něj reagovaly a poukázaly na případné nedostatky. Strany tak získávají příležitost pokusit se raději o nalezení smírného řešení, nebo se případně třetí osoba může rozhodnout, zda svůj postoj změní během konečného rozhodnutí, jež musí vydat.

⁶ B.J. ROTH, *Med-arb, arb-med, binding mediation, mediator's proposal and other hybrid process*, American Arbitration Association Advanced Mediator Training, 2009, s. 5.

„*Medaloo*“ (neboli „*mediation and last-offer arbitration*“) je variantou techniky med-arb nebo závazného rozhodnutí třetí osoby, při níž obě strany po neúspěchu mediační fáze navrhnou konečné rozhodnutí v šifrované podobě. Třetí osoba si má jeden z těchto návrhů vybrat a přijmout jej jakožto konečné rozhodnutí sporu: musí si však zvolit pouze jeden z těchto dvou návrhů, přičemž se musí přiklonit k tomu, který je nejbližší návrhu, jež by sama vybrala, pokud by neměla tato omezení. Výhodou této metody je, že přiměje strany k tomu, aby po ukončení mediační fáze předkládaly vážně myšlené a rozumné nabídky, neboť jsou si vědomy toho, že pokud tak neučiní, třetí osoba by mohla dát přednost postoji druhé strany.

„*Med-then-arb*“ je druh řízení, v němž strany zahájí mediaci a pokud se jim nepodaří spor vyřešit, pokračují fází rozhodčího řízení, avšak s jinou třetí osobou než s tou, která působila v úloze mediátora⁷. Oba výše uvedené způsoby řešení sporů jsou v tomto řízení uplatněny ve své nejčistší podobě. Tato metoda je často používána, aniž by nesla zmíněný název. Pokud totiž skončí mediační fáze nezdarem, strany svůj spor vyřeší buď u soudu nebo u rozhodce.

Dostí specifickou metodou je tzv. „*shadow mediation*“. V rámci této metody je jmenován mediátor pro fázi předcházející kontradiktornímu řízení, v níž hraje tradiční úlohu mediátora. Během fáze rozhodčího řízení (s jinou osobou rozhodce) má mediátor stínovou úlohu (shadow), přičemž je k dispozici pouze tehdy, pokud si strany přejí přerušit fázi rozhodčího řízení a projednat určitý konkrétní bod nebo celý rozsah sporu. Kontradiktorní fázi řídí rozhodce; mediátor působí „v záloze“ a získává informace o celém průběhu fáze rozhodčího řízení (jsou mu předkládány spisy a dokumenty, které si mezi sebou strany vymění, účastní se jednání v rámci rozhodčího řízení jakožto pozorovatel), pokud je však zahájena mediační fáze, neinformuje rozhodce o jejím průběhu: vůči rozhodci je povinen dodržovat zásadu důvěrnosti mediace stejně jako vůči všem třetím osobám. Problémy vyplývající z nedodržení zásady kontradiktornosti, které se projevují u metody med-arb, kdy působí mediátor a rozhodce v jedné osobě, zde neexistují. Nevýhodou jsou však samozřejmě vyšší náklady, neboť je nutné platit dvě třetí neutrální osoby – rozhodce a mediátora.

⁷ B.J. ROTH, *op cit.*, s. 6.

Další velmi podobnou variantou je „*co-med-arb*“. Tohoto řízení se již od počátku účastní jak mediátor, tak rozhodce. Rozhodce se však musí vzdálit v okamžiku, kdy strany požádají o oddělení jednání. V takovémto případě je přítomen pouze mediátor, což umožňuje zabránit vzniku problémů, které existují při uplatnění metody med-arb. Pokud nedojde ke shodě, mediátor se neúčastní porady a vydání rozhodčího nálezu.

Další metodou je tzv. „*evaluation-med-arb*“. Jedná se o druh řízení, v němž se technika med-arb doplní další fází nazvanou „*early neutral evaluation*“. Jde o možnost, kterou nabízejí soudy v mnoha státech USA, a sice požádat před zahájením řízení, aby spis analyzovala neutrální třetí osoba. Tato třetí osoba pomůže stranám zhodnotit silné i slabé stránky jejich věci dříve, než dojde k zahájení řízení, ještě během přípravné fáze (na jejíž význam je v řízeních u amerických soudů kladen značný důraz). Tato třetí osoba připraví písemné hodnocení, které může být na žádost stran předloženo; přičemž není povinna dodržovat veškerá procesní pravidla. Tuto metodu prosazuje především American Arbitration Association. Tato organizace však nepřipouští možnost, že by tato třetí osoba převzala také úlohu rozhodce⁸. Přestože výše uvedenou metodu používají i mnohé soudy, podle určitých pravidel musí být důvěrnost dodržena dokonce i v případě výsledku *early neutral evaluation*, který nesmí být zveřejněn během řízení, ledaže by se strany rozhodly jeho důvěrnost zrušit.

Existuje nepřehledné množství vzájemných kombinací těchto různých metod, které jsou v praxi také skutečně užívány. Byl popsán zajímavý případ⁹, v němž se strany rozhodly, že svůj spor vyřeší kombinací tří fází:

1. Neutrální posouzení spisu třetí osobou, které umožní stranám pokusit se o sjednání dohody;
2. Vzhledem k neúspěchu následných jednání převzala tatáž třetí osoba úlohu mediátora;

⁸ R.L. EBE, *A different approach conducting med-arb in complex commercial litigation matters*, Cooper, White and Cooper, 2012, s. 4.

⁹ R.L. EBE, *op cit.*, s. 5.

3. Během mediační fáze se nepodařilo dospět k dohodě, proto bylo ujednáno, že strany předloží poslední nabídku a pověří třetí osobu, aby z těchto nabídek vybrala tu, která se bude nejvíce blížit řešení, jaké by zvolila v úloze rozhodce. Na základě tohoto postupu došlo k vyřešení sporu.

Tento důmyslný mechanismus mohl být uplatněn pouze díky tomu, že strany důvěřovaly v neutralitu, nezávislost a čestnost třetí osoby. Strany se navíc mohly vyhnout nákladné alternativě, kterou představovalo rozhodčí řízení. Mohl být totiž zcela vypuštěn postup, při němž strany seznamují rozhodce s výsledky svědků a s projednanými skutečnostmi. Další výhodou je úspora času. V tomto konkrétním případě poukázalo provedené posouzení spisu i na zásadní otázky, na které strany původně nepomyslely¹⁰.

Neutrální posouzení může navíc všem zúčastněným umožnit, aby mohli rozhodovat o všech aspektech dané věci, aniž by museli podstoupit náročné soudní řízení, což zvyšuje účinnost tohoto postupu. Třetí osoba, která přebírá úlohu rozhodce, je již od počátku informována o všech detailech věci, o postojích stran i o slabinách i mezerách, které obsahují spisy obou stran.

Uvedený příklad velmi dobře vystihuje čistě smluvní povahu, jíž se alternativní způsoby řešení sporů vyznačují: strany mohou ujednat v podstatě cokoliv a pro řešení svých sporů si mohou vybrat jakýkoliv způsob, který považují za vhodný.

B. Právní podstata Med-Arb

Právní závaznost smlouvy

K využití rozhodčího řízení či obecněji alternativních způsobů řešení sporů dochází na základě vůle stran vyhnout se striktním náležitostem soudního řízení¹¹. Jak je známo, tato smluvní svoboda vychází ze zásady „*právní závaznosti smlouvy*“, kterou zavádí

¹⁰ R.L. EBE, *ibid.*

¹¹ V. D'HUART, *op. cit.*, „Modes alternatifs de règlement des conflits“, s. 12.

článek 1134 belgického občanského zákoníku a § 1724 českého NOZ. V oblasti mediace a rozhodčího řízení se tato zásada promítla do možnosti stran uspořádat výše uvedená řízení podle svých přání, avšak v mezích, jež umožňuje zákon.

Stejně je tomu i ve srovnávacím a mezinárodním právu: jednotlivé zákony upravující mediaci a rozhodčí řízení se navzdory rozdílům, které mezi nimi existují, obecně shodují v existenci zásady smluvní autonomie¹². Uveďme si příklad: tendence k prosazení a upřednostnění vůle stran se projevila v rozsudku odvolacího soudu kanadské provincie Ontario z roku 2007, *Marchese v. Marchese*¹³: zákon této provincie, který zakazuje rozhodcům vystupovat v úloze mediátora, vykládal soud v tom smyslu, že neupírá stranám možnost se tohoto zákazu vzdát v případě, že se rozhodnou pro uplatnění metody med-arb. Současně však je třeba poukázat také na to, že tentýž soud se naopak nevyjádřil k případnému dopadu, který by mohlo mít oddělení jednání stran ve fázi mediačního řízení¹⁴.

V belgickém právním řádu je tato svoboda určitým způsobem podmíněna¹⁵. Nejprve abstraktním způsobem, v tom smyslu, že „*individuální smlouvy se nesmí odchýlit od zákonů, jimiž je prosazován veřejný pořádek a dobré mravy*“¹⁶, a poté i konkrétně, tím, že zákonodárce podřídil mediační a rozhodčí řízení účinné kontrole ze strany soudů. Česká právní úprava pak hovoří v § 1725 věta druhá NOZ „V mezích právního řádu je stranám ponecháno na vůli svobodně si smlouvu ujednat a určit její obsah“ a ve vazbě na §1 odst. 2 „zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.“ Rovněž české právo podřizuje mediační a rozhodčí činnost kontrole ze strany soudů. Níže se proto budeme zabývat riziky, jimiž je ohroženo uznávání smluv ve vztahu k metodě med-arb.

¹² Vzorový zákon Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) o mezinárodním obchodním smírčím řízení, přijatý dne 24. června 2002, článek 6; O. CAPRASSE, „Le droit comparé dans la jurisprudence“, *Rev. dr. intern. comp.*, 2008, s. 349.

¹³ Court of Appeal for Ontario, *Marchese v. Marchese*, 18. ledna 2007, C45453, k dispozici na www.canlii.org.

¹⁴ B. LEON a A. PETERSON, „Med-arb in Ontario: Enforceability of med-arb agreement confirmed by Court of Appeal“, *New York Dispute Resolution Lawyer*, jaro 2009, n° 2/1, s. 92 až 94.

¹⁵ B. HANOTIAU a O. CAPRASSE, „Les droits de la défense dans la procédure arbitrale“, poznámka pod Cass. (kap. 1), 25. května 2007, *R.C.J.B.*, 2010, s. 453.

¹⁶ Článek 6 belgického občanského zákoníku.

Podmínka: Třetí osoba musí zachovat nezávislost a nestrannost

Tato podmínka musí být splněna při jakémkoliv zásahu třetí osoby, bez ohledu na to, jaký alternativní způsob řešení sporů si strany zvolily. Tato zásada je potvrzena ve velkém počtu mezinárodních a národních textů¹⁷. V Belgii je např. zakotvena v člancích 1726 (pro mediační řízení) a 1686 (pro rozhodčí řízení) soudního řádu; v ČR pak v §1 zákona č. 216/1994 Sb., ve znění pozdějších předpisů, zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů (dále jen ZoŘŘ) a §8 odst. 1 zákona č. 202/2012 Sb., o mediaci (dále jen ZM). Tuto nezávislost a neutralitu je ostatně nutné nejen zajistit, ale i projevit navenek¹⁸.

Z této podmínky vyplývá hlavní problém, který souvisí s odděleným jednáním stran během fáze mediačního řízení: na první pohled se může zdát, že třetí osoba si může jen stěží uchovat svou neutralitu, pokud pod podmínkou dodržení důvěrnosti získala informace, které nesmí během fáze rozhodčího řízení sdělit druhé straně. Pokud tato třetí osoba převezme úlohu rozhodce, mohla by být těmito důvěrnými informacemi ovlivněna¹⁹.

Informace získané v rámci rozhodčího řízení podléhají samozřejmě zásadě kontradiktornosti, stejně jako je tomu u soudních řízení. Rozhodce se při vydání svého nálezu opírá právě o tyto informace, nebo přinejmenším o ty z nich, které považuje za významné nebo rozhodující. Na základě těchto prvků se musí rozhodnout, které skutečnosti bude považovat za prokázané ze skutkového hlediska a odůvodněné z hlediska právního²⁰. Během diskusí vedených během mediační fáze a zejména během odděleného jednání stran mohl rozhodce v tehdejší úloze mediátora shromáždit určité „důvěrné“ informace (informace o skutečnostech, které nebudou v následných kontradiktorních rozpravách projednávány, nebo informace čistě emotivní povahy, na jejichž základě může rozhodce pociťovat k některé ze stran určitou sympatii či

¹⁷ Základní znění CCI, CEPANI, belgický soudní řád a mnoho dalších textů.

¹⁸ Stará zásada zní: „Justice must not only be done but must also be seen to be done“.

¹⁹ B. LEON & A. PETERSON, *Med-arb in Ontario: enforceability of med-arb agreement confirmed by the court of appeal*, Association of Corporate Counsel, s. 3.

²⁰ C. DE VERA, *Arbitrating harmony: 'med-arb' and the confluence of culture and rule of law in the resolution of international commercial disputes in china*, COLUMBIA JOURNAL OF ASIAN LAW, 2004, s. 158.

antipatii): často se stává, že si strany přejí prozradit mediátorovi v ústraní to, co si „skutečně“ myslí, nebo jaká je jejich motivace. Snaží se tak lépe objasnit své postoje a prosadit, aby se jednání, které jim mediátor pomáhá vést, vyvíjelo v jejich prospěch. Kromě toho se může stát, že mediátor bude moci pod podmínkou dodržení důvěrnosti prohlédnout či získat určité dokumenty.

Může dojít rovněž k tomu, že během této mediační fáze pocítí budoucí rozhodce více sympatií k některé ze stran a začne jí (určitým způsobem) stranit²¹, nebo že během jednání vyvíjí větší nátlak na jednu ze stran²².

Přestože totéž nebezpečí hrozí i u rozhodců, pravděpodobnost jeho vzniku je vyšší v případech, že v rámci sporu působil rozhodce nejprve v úloze mediátora: tato úloha mu totiž umožňuje navázání „bližšího vztahu“ se stranami, vůči nimž může dokonce působil jako důvěrník²³.

To však neznamená, že přichází o svou neutralitu. Jedná se o typický rys jednání mediátora, který lze označit jako „vícestranný postoj“: mediátor je bez problémů schopen prokázat, že vzal na vědomí existenci kontradiktorních stanovisek, která předložily strany, jakož i to, že tato stanoviska strany předložily zcela v dobré víře. Neutralita mediátora není přitom nijak ohrožena. Vše závisí na jeho postoji, jednání a komunikačních schopnostech... Vůči stranám i vůči výsledku sporu však neustále zachovává neutralitu, nezávislost a nestrannost. Strany tento postoj zaznamenají a v tomto smyslu jej i chápou.

Podrobněji je třeba se věnovat problematice odděleného jednání stran, a to jak v souvislosti s otázkou jednání osoby mediátora-rozhodce, tak i v souvislosti s otázkou, zda musí být získání důvěrných informací nezbytně považováno za porušení zásad spravedlivého procesu. Okolnost, že je mediátor informován o důvěrných záležitostech,

²¹ C. DE VERA, *ibid.*, s. 158.

²² Někteří odborníci se z těchto důvodů domnívají, že mediátora lze jen stěží považovat za skutečně „neutrálního“. Tato kritika vychází z neznalosti mediace i práva, neboť neutralita mediátora, projevující se nezávislostí a nestranností, je a musí zůstat jedním z typických rysů jeho práce. Skutečnost, že mediátor občas (nebo často) projeví v té či oné míře empatii vůči některé ze stran, nijak neohrožuje účinnost jeho zásahu.

²³ C. DE VERA, *ibid.*, s. 159.

vyvolává samozřejmě určité obavy. Přesto se však domnívám, že by neměla zabránit tomu, aby mediátor převzal úlohu rozhodce, alespoň za předpokladu, že budou splněny níže uvedené podmínky.

Podmínka 2: Strany musí mít možnost si sjednat, že si přejí, aby mediátor převzal v případě nezdaru mediace úlohu rozhodce

V okamžiku, kdy se mediátor ujme svého úkolu, se těší důvěře stran: důvěře ve svou nezávislost, nestrannost a schopnost pomoci stranám nalézt cestu k vyřešení sporu. Autorita mediátora je postavena právě na této důvěře. Pokud je průběh mediačního řízení příznivý, důvěra se postupně zvyšuje. Dokonce i v případě nezdaru mediace se neztídká stává, že strany projeví naprostou spokojenost s průběhem řízení a že mediátorovi vyjádří nejen své díky, ale i projevy důvěry. Může se ovšem stát i to, že tato důvěra se během mediačního řízení vytrácí, například proto, že jedna či obě strany vnímají určité jednání mediátora jako stranické. Tento případ lze řešit velmi jednoduše: strany jsou oprávněny v kterémkoliv okamžiku mediačního řízení ukončit (čl. 1731 odst. 2 třetí pododstavec belgického soudního řádu; §3 odst. 4 českého ZM).

Pro účely techniky med-arb můžeme z výše uvedeného vyvodit dva důsledky:

1. Pokud dojde z jakéhokoliv důvodu ke ztrátě důvěry, není podle mého názoru vhodné zahájit fázi rozhodčího řízení: pokud se strany nebo některá ze stran domnívají, ať již právem nebo neprávem, že třetí osoba, která působí jako mediátor, ztratila svou nezávislost či neutralitu, důsledkem bude ztráta důvěry v neutralitu téže třetí osoby, která má vystupovat v úloze rozhodce. Za takovýchto okolností by mediátor neměl přijmout úlohu rozhodce. I kdyby sám sebe vnímal jako neutrálního a nezávislého prostředníka, odlišný názor stran nebo některé ze stran musí být v tomto stadiu dostatečným důvodem k tomu, aby souhlasil se svým odvoláním (česká právní úprava hovoří ve svém § 5 odst. 3 ZoŘ o vzdání se funkce) – pokud by v této situaci zahájil rozhodčí řízení, stálo by nutně na vratkých základech a ovzduší nedůvěry by negativně poznamenalo celý průběh řízení.

2. Pokud strany naopak projeví při ukončení mediační fáze spokojenost s prací mediátora a potvrdí, že důvěřují v jeho schopnost zachovat svou neutralitu a nezávislost i během rozhodčího řízení, přestože jsou si vědomy toho, že proběhla oddělená jednání stran, o jejichž průběhu nejsou zcela informovány, není žádný důvod k tomu, aby toto řízení, jež si strany zvolily a v tomto stadiu potvrdily, nemohlo být dokončeno.

Přechod od jedné fáze k druhé představuje tedy v rámci řízení med-arb klíčový okamžik. V tomto okamžiku je zapotřebí, aby strany i třetí osoba potvrdily, že si přejí společně zahájit fázi rozhodčího řízení.

Je třeba ještě dodat, že souhlas stran se zahájením rozhodčího řízení musí být „informovaným“ souhlasem. V převážné většině případů by nemělo získání svobodného a informovaného souhlasu činit žádné zvláštní potíže, což platí rozhodně zejména v obchodních sporech, v nichž mají strany k dispozici advokáty. I za přítomnosti advokátů je však mediátor, který je kandidátem na rozhodce, nutně povinen informovat strany o tom, jaké následky bude mít jejich rozhodnutí zahájit rozhodčí řízení²⁴. Podle mého mínění musí strany upozornit zejména na následující skutečnosti:

1. ve srovnání s mediační fází nebudou již strany moci ovlivnit způsob, jakým bude spor vyřešen. Rozhodnutí bude od nynějška vyplývat z pravomoci, která je svěřena rozhodci;
2. během oddělených jednání stran mohl mediátor získat od některé ze stran informace, které není oprávněn sdělit druhé straně, přičemž v tomto stadiu nemůže vědět, zda se bude na tyto informace vztahovat po dobu jednání zásada kontradiktornosti; důvěrnou povahu informací sdělených během odděleného jednání stran může totiž případně zrušit pouze strana, která mu tyto informace poskytla;
3. během rozhodčího řízení vezme mediátor v úvahu pouze podání a důkazy, které jsou součástí spisu podléhajícího zásadě

²⁴ V určitém slova smyslu hraje rozhodce vůči stranám úlohu „pedagoga. Musí je požádat o souhlas s procesními pravidly, která budou uplatněna. Je zapotřebí, aby této diskusi se stranami věnoval dostatek času, aby jim vysvětlil výhody a nevýhody každé varianty, a pokud nejsou strany v těchto otázkách zajedno, měl by jim pomoci v tom, aby dosáhly shody, aniž by přitom vyvolal zbytečné problémy“, Catherine Kessedjan, „Principe de la contradiction et arbitrage“, Rev. Arb. 1995, s. 381.

kontradiktornosti, v té podobě, v jaké jej vyhotovily a vzájemně potvrdily strany;

4. strany jsou oprávněny kdykoliv mediátora odmítnout (což znamená, že s touto osobou nezahájí fázi rozhodčího řízení v rámci med-arb), pokud se obávají, že ztratil svou nezávislost či neutralitu;
5. že se mediátor podvolí odmítnutí vlastní osoby, pokud bude vyjádřeno před zahájením rozhodčího řízení jako takového;
6. pokud se naopak strany rozhodnou pro zahájení fáze rozhodčího řízení, musí se mít za to, že se vzdaly možnosti uplatnit ztrátu neutrality či nezávislosti rozhodce z jakýchkoliv důvodů, které souvisí s průběhem fáze mediačního řízení.²⁵

Pokud strany i po sdělení těchto upozornění potvrdí svou vůli zahájit rozhodčí řízení, je mediátor povinen dbát na to, aby písemně potvrdil, že strany projeví souhlas poté, co jim mediátor poskytl veškerá výše uvedená vysvětlení a upozornění v době před zahájením rozhodčího řízení jako takového.

Zbývá dále zjistit, zda je takto vyjádřený či potvrzený závazek skutečně platný, to jest, zda může zabránit tomu, aby byla proti budoucímu nálezu podána žaloba na jeho zrušení nebo aby byl uplatněn důvod pro odmítnutí jeho vykonatelnosti. V další části shrnuji právní aspekty, které považuji v této souvislosti za základní a které znázorňují přístupy dle zahraniční (belgické) právní úpravy.

²⁵ Viz např. následující články belgického soudního řádu:

Čl. 1986 odst. 2 soudního řádu: „Strana může odmítnout rozhodce, jehož sama jmenovala nebo na jehož jmenování se podílela, pouze na základě důvodu, o němž se dozvěděla až po tomto jmenování.“

Článek 1979 soudního řádu: „Pokud strana se znalostí věci a bez zákonného důvodu nevznesla včas námitky vůči jakémukoliv nedodržení ustanovení k rozhodčímu soudu, má se za to, že se práva na námitku vzdala.“

Srovnání s pravidly, která uvedl francouzský kasační soud ve svých rozsudcích ze dne 11. července 2002 a ze dne 21. listopadu 2002 (Rev. Arb. 2004, s. 283): „S ohledem na to, že odvolací soud uvedl, že účastník řízení, který podal žalobu na zrušení rozsudku, se rozhodčího řízení aktivně účastnil, musí se mít za to, že se tento účastník vzdal práva uplatnit ve své žalobě podané proti tomuto rozsudku nedodržení ustanovení, na které se znalostí věci nepoukázal již během rozhodčího řízení“, a „Pokud se strana účastní rozhodčího řízení, aniž podala námitku, má se za to, že se vzdala práva uplatnit neplatnost rozhodčí doložky.“

Viz také C. App. Paříž, 18. ledna 2007, Rev. Arb. 2007, s. 134.

Pozornost si z právního pohledu zasluhují následující dva druhy problémů:

1. Může se stát, že bude rozhodčí nález, jehož vydáním bylo ukončeno řízení med-arb, zrušen nebo že bude zamítnuta jeho vykonatelnost z důvodu pochyb týkajících se nezávislosti nebo nestrannosti rozhodce? Musí se mít nutně za to, že mediátor-rozhodce, který vedl během mediační fáze oddělená jednání stran, porušil zásadu kontradiktornosti?
2. Má se mít za to, že došlo k porušení zásady důvěrnosti, pokud je rozhodce v době, kdy vede fázi rozhodčího řízení, seznámen s celým průběhem mediační fáze?

Výše uvedené otázky by měly být analyzovány s ohledem na pravidlo, podle něhož nejsou strany oprávněny k tomu, aby smluvně upravovaly režim neplatnosti, který je stanoven v zákoně, což znamená, že nemohou doplňovat či rušit důvody pro neplatnost, které jsou v něm stanoveny. Někteří autoři nicméně dodávají, že se strany mohou vzdát svých práv po vydání nálezu, za předpokladu, že nedojde k porušení veřejného pořádku²⁶. Je však samozřejmé, že strany nemohou využít smluvních ujednání k tomu, aby se vyhnuly dodržování pravidel.

Je přitom zajímavé, že ve Spojených státech amerických „*the biggest and most obvious concern with the med-arb procedure is the actual use of confidential mediation communications in fashioning an arbitration award*“²⁷. V americké judikatuře a právní teorii, které se týkají mediace a techniky med-arb, je totiž kladen důraz především na dodržení důvěrnosti, zatímco evropští autoři, kteří jsou zaměřeni mnohem více na teorii a procesní náležitosti, mají na zřeteli zejména dodržení práv na obhajobu a záruky nezávislosti a nestrannosti.

²⁶ B. HANOTIAU a O. CAPRASSE, *op. cit.*, „L’annulation des sentences arbitrales“, s. 417; G.-A. DAL a G. KEUTGEN, „L’ARBITRAGE EN DROIT BELGE ET EN DROIT INTERNATIONAL“, I (2006), s. 489; G. CLOSSET-MARCHAL, „Le juge étatique et l’instance arbitrale“, *J.T.*, 2010, s. 249.

²⁷ K. M. BLANKLEY, *op. cit.*, s. 332.

C. Důsledky v oblasti uplatnění Med-Arb

Skutečnost, že v mediační fázi proběhlo oddělené jednání stran, není sama o sobě v rozporu se zákonem. Není totiž sporu o tom, že podstata mediace spočívá v tom, že se neuplatní základní procesní zásady, včetně zásady kontradiktornosti²⁸. Problém vzniká až v okamžiku, kdy mediátor převezme úlohu rozhodce: vzhledem k tomu, že strany nejsou informovány o tom, co bylo mediátorovi řečeno nebo předloženo během těchto oddělených schůzek, nejsou samozřejmě s to poskytnout odpověď.

Pokud se strany dohodnou na počátku rozhodčí fáze na tom, že neuplatní důvody pro zrušení nebo pro neuznání na základě pouhé okolnosti, že mediátor převzal úlohu rozhodce poté, co vedl oddělená jednání stran, nemělo by (alespoň podle zahraniční právní úpravy) hrozit, že bude mediační rozsudek (nebo rozhodčí nález) zrušen²⁹. Neboť souhlas, který strany udělí, neznamená, že se strany ve fázi rozhodčího řízení bezpodmínečně vzdají dodržení zásady kontradiktornosti, nýbrž pouze to, že se strany vzdají práva uplatnit důvod, o němž věděly již v okamžiku, kdy potvrdily pravomoc mediátora-rozhodce. Jsou si vědomy toho, že jejich příští rozhodce mohl získat od druhé strany důvěrné informace, a tuto skutečnost berou na vědomí. Tím, že souhlasily se zahájením fáze rozhodčího řízení, již ostatně potvrdily, že nemají pochybnosti ohledně nezávislosti a nestrannosti rozhodce. V důsledku toho již nemohou uplatnit, že jim nebylo známo to, co mohlo být rozhodci řečeno v době, kdy jednal v úloze mediátora.

Ve světle toho, co bylo zmíněno výše, by měl být tento souhlas výslovný a měl by být udělen až poté, co mediátor-rozhodce vysvětlil stranám důsledky jejich rozhodnutí³⁰.

Další aspekt je tento: pokud je rozhodce oprávněn vydat závazný rozhodčí nález, přestože má k dispozici informace, na něž se během fáze rozhodčího řízení

²⁸ E. CHARPY, *op. cit.*, s. 123.

²⁹ D. C. ELLIOTT, *op. cit.*, s. 180.

³⁰ Viz také G. F. PHILLIPS, „Same-neutral med-arb: what does the future hold?“, *New York Dispute Resolution Lawyer*, jaro 2009, č. 2/1, s. 77 až 79.

nevztahovala zásada kontradiktornosti, je i přesto oprávněn zohlednit je v konečném rozhodnutí? Nebo se jich musí naopak dobrovolně vzdát, aby neovlivnily přímo ani nepřímo jeho nález?

K tomu je možno dodat, že rozhodce, který je povinen dodržovat právní pravidla včetně pravidel dokazování³¹, má sice povědomí o určitých skutečnostech, které mu některá ze stran sdělila během odděleného jednání pod podmínkou dodržení důvěrnosti, avšak při vydání svého nálezu tyto prvky nezohlední, pokud nebyly sděleny druhé straně. Není oprávněn poukazovat na tyto prvky ve svém nálezu ani se jich dovolávat pro účely odůvodnění nálezu.

Pokud jedná rozhodce výše uvedeným způsobem, jeho postavení se neliší od postavení soudce (nebo rozhodce), jemuž bylo předloženo podání, které nesmí využít z důvodu, že toto podání bylo předloženo nesprávným způsobem, neboť se na něj vztahovala povinnost zachování důvěrnosti: přestože se s tímto podáním seznámil dříve, než se vyjádřil k otázce důvěrnosti, musí v takovémto případě nařídit, aby bylo toto podání vyjmuta z jednání, a zaváže se, že jej nebude brát v potaz. Za takovýchto okolností je při přípravě svého rozsudku nebo nálezu povinen „zapomenout“ na vše, co se mohl dočíst nebo co mu mohlo být řečeno o podání, které bylo prohlášeno za důvěrné.

Tentýž postup lze zcela bez problémů uplatnit i pokud jde o „důvěrné“ informace, s nimiž se rozhodce seznámil v mediační fázi řízení med-arb. Není vůbec důležité, zda tyto informace získal prostřednictvím dokumentu, jež následně nevyužije, nebo prostřednictvím ústní komunikace během odděleného jednání stran: prostě tyto informace ve svém výroku nezohlední.

Článek V odst. § první pododstavec písm. b) Newyorské úmluvy stanoví, že uznání a výkon cizího nálezu se zamítnou, pokud strana prokáže soudu, „že nemohla uplatnit své důvody“. Tento článek neukládá dodržení dalších podmínek. Úmluva se nezmiňuje ani o dopadu na rozhodčí nález, ani o vědomí protiprávnosti³². Neexistence

³¹ Stanovená v čl. 1700 odst. 3 belgického soudního řádu.

³² G.-A. DAL a G. KEUTGEN, *op. cit.*, s. 549.

dalších podmínek je však nahrazena zavedením hlavních zásad, které určují obecného ducha úmluvy. Celým textem totiž prolíná zásada „*favor arbitrandum*“, která ukládá soudům povinnost posuzovat rozhodčí nálezy pružně a podpořit jejich výkon³³.

Tato zásada tedy opravňuje soudy k tomu, aby zamítly rozhodčí nález pouze v případě, že došlo k závažnému porušení kontradiktornosti, a pokud je konstatováno, že toto porušení způsobilo straně, která na ně poukázala, podstatnou újmu³⁴. Tuto myšlenku prosazují zejména americké soudy, v jejichž judikatuře se uvádí, že strany nemohou očekávat stejné zacházení, jakému by byly vystaveny v soudním řízení, a to právě proto, že se rozhodly soudního řízení nevyužít³⁵.

Domnívám se tedy, že rozhodčí nález vydaný na závěr řízení med-arb, který spadá do působnosti Newyorské úmluvy, by měl být posuzován stejně, jak by tomu mohlo být podle belgického práva.

Mnozí odborníci poukazují v mezinárodní právní teorii na problémy, které vznikají při použití techniky med-arb v rovině „*natural justice*“ a „*due process*“ (anglické výrazy označující zásadu kontradiktornosti)³⁶. Proslulý americký mediátor D. Plant definoval ve své knize *We must talk because we can*³⁷ osm pravidel, jejichž dodržení je nezbytné pro zajištění úspěchu med-arb. Uveďme si třetí a čtvrté z těchto pravidel, která výstižně shrnují řešení, které je navrhováno výše:

„Third – In the event that the arbitrator must resume the arbitral role after participating in settlement discussions, the arbitrator should undertake to decide the matter only on the merits and only on the record. The arbitrator must take special care not to add subconsciously to the arbitration record as a result of information acquired informally and off the record during settlement discussions.

³³ B. DUQUESNE a B. HANOTIAU, *op. cit.*, s. 310.

³⁴ B. HANOTIAU a O. CAPRASSE, „Arbitrability, Due Process, and Public Policy under article V of the New-York Convention“, *Journal of International Arbitration*, 2008, sv. 5, s. 727; B. DUQUESNE a B. HANOTIAU, *ibidem*, s. 311.

³⁵ B. HANOTIAU a O. CAPRASSE, *op. cit.*, poznámka pod Cass., 25. května 2007, s. 462.

³⁶ D. C. ELLIOTT, *op. cit.*, s. 176; J. LACK, *op. cit.*, s. 144.

³⁷ D. W. PLANT, *We must talk because we can*, Kluwer Law International, 2009, s. 188.

Fourth – The parties must expressly agree in writing or on the record that the arbitrator’s participation in settlement discussions will not be asserted by any party as grounds for disqualifying the arbitrator or for challenging any award rendered by the arbitrator (unless, for example, on its face it is apparent that the award is based on information outside the record and learned by the arbitrator during settlement discussions).“

Záruky nezávislosti a nestrannosti

Platnost rozhodčího nálezu, jehož vydáním je ukončeno řízení med-arb, musí být posuzována také s ohledem na splnění požadavků nezávislosti a nestrannosti. Připomeňme si, že tyto požadavky platí jak pro mediaci (§8/1a českého ZM), tak i pro rozhodčí řízení (§1a ZoRŘ).

Jaký mají tyto zásady základ? V případě rozhodčího řízení vyplývají ze „soudní“ funkce, kterou musí rozhodce převzít a která vyžaduje, aby strany měly plnou důvěru v jeho integritu. V případě mediace se jedná spíše o formální povinnost než o schopnosti, které musí mediátor splňovat. Postoj, který musí zaujímat mediátor, nesmí být direktivní a musí se vyznačovat neutralitou, což je v souladu s pravidly jednání, jež se týkají konkrétně mediace a jež vyžadují, aby mediátor projevoval zdrženlivost a aby se vyvaroval projevů souhlasu či nesouhlasu, poskytování posudků, odhadování výsledků, navrhování řešení atd., což platí zejména pro tzv. „facilitativní“ způsob mediace.

Nezávislost a nestrannost rozhodce mohou být prověřovány *a priori* i *a posteriori*.

Kontrola *a priori*: kontrolu *a priori* představuje povinnost oznámení³⁸. Tato povinnost existovala již v mnohých právních předpisech, např. ve vzorovém zákoně UNCITRAL i ve francouzském právu³⁹. Byla uplatňována i v praxi mnoha belgických

³⁸ J. VAN COMPERNOLLE, *op.cit.*, s. 27.

³⁹ L. BERNHEIM - VAN DE CASTEELE, *op.cit.*, s. 514.

rozhodčích orgánů, které tuto právní mezeru vyplnily⁴⁰. Také *International Bar Association*⁴¹ ji zahrnuje do svých *Guidelines on Conflicts of Interest*, aby pomohla rozhodcům určit situace, které musí být stranám oznámeny⁴².

Kontrolu lze provést rovněž *a posteriori*, a to prostřednictvím mechanismu odmítnutí⁴³, který může být uplatněn kdykoliv během řízení, od okamžiku jmenování rozhodce až do okamžiku vydání nálezu⁴⁴, pokud po jeho jmenování přetrvávají oprávněné pochyby týkající se jeho integrity. Česká právní úprava zde hovoří o „vzdání se funkce rozhodce ze závažných důvodů nebo se souhlasem stran“ (§5 odst.3 ZoŘŘ).

Na rozdíl od nestrannosti však např. právo na odmítnutí dle belgické právní úpravy nepředstavuje zásadu veřejného pořádku. Strany jsou oprávněny se tohoto práva vzdát a pochybení rozhodce přijmout⁴⁵. Přitom je zapotřebí rozlišovat dvě různé situace. Zaprvé, strany mohou rozhodce odmítnout pouze z důvodů, o nichž se dozvěděly až po jeho jmenování a poté, co proběhl postup oznámení *ab initio*, který souvisí se jmenováním rozhodce. V opačném případě se má za to, že se tohoto práva vzdaly. Pokud vzniknou následně během řízení pochybnosti, bez ohledu na to, zda je sdělil rozhodce stranám nebo zda je strany sdělily samy, lze žádost o odmítnutí přijmout pouze v případě, že některá ze stran sdělí rozhodci důvody odmítnutí do patnácti dnů (čl. 1687 odst. 2 písm. a).

V současnosti nepatří neexistence nezávislosti či nestrannosti mezi důvody zrušení nálezu, a to ani podle českého ani podle belgického práva. Opačně je tomu v právních řádech jiných zemí, například Francie či Velké Británie⁴⁶. Podle některých autorů⁴⁷ mohou strany požádat o zrušení nálezu na základě důvodu vycházejícího z porušení veřejného pořádku.

⁴⁰ G.-A. DAL a G. KEUTGEN, *op. cit.*, s. 219.

⁴¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, schváleno dne 22. května 2004.

⁴² C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, „The arbitrator as a neutral third party“, s. 47.

⁴³ J. VAN COMPERNOLLE, *op.cit.*, s. 28.

⁴⁴ D. MATRAY a A.-J. VAN DEN BERG, *ibidem*, s. 95.

⁴⁵ G.-A. DAL a G. KEUTGEN, *op. cit.*, s. 265.

⁴⁶ C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, „The arbitrator as a neutral third party“, s. 61.

⁴⁷ B. HANOTIAU a O. CAPRASSE, *op. cit.*, „L’annulation des sentences arbitrales“, s. 417; J. VAN COMPERNOLLE, *op.cit.*, s. 29.

V této souvislosti je třeba zmínit českou úpravu tzv. nepodjatosti (§8 ZoŘŘ), kterou je třeba odlišit od výrazu nestrannosti. Nikoli nestranný přístup rozhodce může být často důsledkem jeho podjatosti. Nepodjatost ve smyslu §8 a 11 ZoŘŘ je sledována mechanismy zejména podle §12 tj. povinnost rozhodce vzdát se funkce i po jeho určení či jmenování, pokud takové okolnosti vyšly najevo a §31 pís.c), tj. zrušení rozhodčího nálezu soudem v tomto případě. Podjatost je vnímána coby objektivní nestrannost, zatímco nestrannost je subjektivní kategorií. K vyloučení rozhodce tak z preventivních důvodů dochází v případě podjatosti.

Co z toho plyne pro metodu med-arb ?

Zásady, jimiž se řídí technika med-arb, přinejmenším na první pohled narušují záruky nezávislosti a nestrannosti. V mediační fázi nevznikají žádné větší problémy. Naopak ve fázi rozhodčího řízení zřejmě existují dva zdroje problémů. Na jednu stranu platí, že technika med-arb může již ze své podstaty vyvolávat pochybnosti týkající se (zdání) trvalé nezávislosti mediátora-rozhodce. Během samotné mediace, ale především během oddělených jednání stran se stává, že mediátor-rozhodce udržuje se stranami blízké vztahy a v důvěrném ovzduší s nimi sdílí informace osobní povahy, které by již z povahy věci nezjistil, pokud by měl pouze úlohu rozhodce. Odmítnutí bývá proto často požadováno v případě, že daný rozhodce již o dotyčném sporu nebo o souvisejícím sporu rozhodoval v dřívějším rozhodčím řízení⁴⁸. Na druhou stranu lze nestrannost mediátora-rozhodce zpochybnit i z důvodu jeho jednání během mediace. Přestože je pravdou, že práce mediátora se řídí zejména zásadou neutrality, mediátor se jen stěží může zdržet veškerých projevů sympatií k názorům či návrhům, které strany vyjadřují⁴⁹.

Navzdory obtížím uvedeným shora se domnívám, že z pohledu dodržení zásad není platnost metody med-arb nepřijatelná. Již dříve jsme totiž poukázali na skutečnost, že k odmítnutí může dojít pouze z důvodů, které nebyly straně známy před jmenováním rozhodce⁵⁰. Okolnost, že strany souhlasily při ukončení fáze mediace s pokračováním

⁴⁸ J. VAN COMPERNOLLE, *op.cit.*, s. 26.

⁴⁹ D. C. ELLIOTT, *op. cit.*, s. 177.

⁵⁰ G.-A. DAL a G. KEUTGEN, *op. cit.*, s. 265.

činnosti mediátora-rozhodce, lze jen stěží posuzovat jinak než jako projev důvěry v nezávislost a nestrannost mediátora, kterému bylo umožněno, aby i navzdory případným známkám opačného jednání převzal úlohu rozhodce. V tomto okamžiku měly strany příležitost nesouhlasit s tím, aby se této úlohy ujal. Pokud se rozhodly tak neučinit v daném okamžiku, musí být zbaveny možnosti tak učinit po zahájení rozhodčího řízení, pokud by přitom poukazovaly na to, že nezávislost či nestrannost neexistovala v době, kdy rozhodce jednal jako mediátor.

Dodržování veřejného pořádku

V případě mediace je známo, že jedním z důvodů, které umožňují zamítnout schválení mediační dohody, zrušit rozhodčí nález nebo zamítnout jeho uznání, je porušení veřejného pořádku (v ČR např. §31g ZoŘŘ ve vztahu ke sporům ze spotřebitelských smluv). V případě rozhodčího řízení patří tento důvod i podle Newyorské úmluvy mezi důvody, které může soud uplatnit z moci úřední⁵¹.

Co se týče dohody uzavřené v rámci řízení med-arb, problém tkví v samotné povaze norem veřejného pořádku, od nichž se nelze v žádném případě odchýlit⁵².

Mohly by tudíž strany ustanovení týkající se nedodržení zásad nezávislosti a nestrannosti obejít a pouze uplatnit důvod vycházející z porušení veřejného pořádku? B. Hanotiau a O. Caprasse odpověděli na tuto otázku na základě konkrétního příkladu⁵³, a sice tak, že „*co se týče veřejného pořádku, důvod vycházející z porušení práva na obhajobu patří mezi důvody, které mohou být uplatněny pouze v rámci, jež zavedl zákonodárce. Pro účely uplatnění tohoto důvodu uložil zákonodárce lhůtu tří měsíců. Tato lhůta nesmí být obcházena jinými cestami, tedy ani uplatněním porušení práva na*

⁵¹ Články 1717, 1721 a 1733 belgického soudního řádu; Úmluva o uznávání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, podepsaná dne 10. června 1958 v New Yorku, čl. V odst. 2 písm. b).

⁵² B. HANOTIAU a O. CAPRASSE, *op. cit.*, „L'annulation des sentences arbitrales“, s. 418.

⁵³ Odpověď, kterou poskytli B. Hanotiau a O. Caprasse, se týká staršího zákonného režimu. Podle zákona z roku 2013 musí být všechny důvody pro zrušení uplatněny do tří měsíců (čl. 1717 odst. 4 belgického soudního řádu).

obhajobu jakožto porušení veřejného pořádku".⁵⁴ Veřejného pořádku se tedy lze dovolávat pouze v rámci zákonem stanovených vzorců.

V zahraniční právní teorii zabývající se rozhodčím řízením, lze v rámci kontroly rozhodčího nálezu sankcionovat pouze závažné porušení veřejného pořádku⁵⁵. Výstižný je v tomto smyslu výrok J. Van Compernelle: „*Požadavky týkající se nestrannosti a nezávislosti rozhodce mají kogentní povahu; nelze se od nich odchýlit, pokud je zjevné, že strana neměla možnost se těchto požadavků se znalostí věci platně vzdát.*“⁵⁶. Totéž konstatování vyplývá i z judikatury francouzského kasačního soudu, který opakovaně zamítl opravné prostředky, které se dovolávaly porušení norem veřejného pořádku během rozhodčího řízení na základě odmítnutí, k nimž došlo v dřívější době⁵⁷.

Povinnost zachování důvěrnosti

Důvěrnost je jedním z pilířů, o něž se mediační řízení opírá. Průběh tohoto řízení, stejně jako rozhovory, které byly během něj vedeny, nelze uplatnit v pozdějších soudních či rozhodčích řízeních⁵⁸. Tuto zásadu zavedl do mediačního řízení jak belgický, tak i český i evropský zákonodárce (článek 7 směrnice z roku 2008⁵⁹). Kromě toho existuje i „přísnější“ povinnost zachování důvěrnosti, která stanoví, že mediátor nesmí zveřejnit informace a důvěrné údaje, které mu byly sděleny během oddělených jednání stran⁶⁰.

Není třeba zdůrazňovat, že povinnost zachování důvěrnosti je po celou dobu řízení med-arb dodržována stále stejným způsobem. Otázka tkíví v tom, jakým způsobem strany, a zejména pak mediátor-rozhodce, využijí informací, které byly

⁵⁴ B. HANOTIAU a O. CAPRASSE, *op. cit.*, poznámka pod Cass., 25. května 2007, s. 468 a 469.

⁵⁵ B. HANOTIAU a O. CAPRASSE, *op. cit.*, „Arbitrability, Due Process, and Public Policy...“, s. 739.

⁵⁶ J. VAN COMPERNOLLE, *op.cit.*, s. 29.

⁵⁷ M. BANDRAC, „L’irrecevabilité devant le juge de l’annulation des moyens non invoqués devant les arbitres“, poznámka pod Cass. (kap. 2), 11. července 2002, 21. listopadu 2002, 10. července 2003 a 20. listopadu 2003, *Rev. arb.*, 2004, s. 283 až 291.

⁵⁸ Článek 1728 belgického soudního řádu; viz také P. VAN LEYNSEELE a F. VAN DE PUTTE, „Médiation: confidentialité et responsabilité“, *J.T.*, 1999, s. 254 a 255.

⁵⁹ Článek 7 směrnice Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech, *Úř. věst.*, L. 136, 24. května 2008.

⁶⁰ J. CRUYPLANTS, M. GONDA a M. WAGEMANS, *op. cit.*, s. 130.

poskytnuty během mediace, ať již během společných nebo oddělených jednání. Je a priori zakázáno tyto informace zveřejňovat, a to jak během mediace, tak i po jejím ukončení. Znamená to tedy, že v okamžiku, kdy mediátor převezme úlohu rozhodce, je povinen „zapomenout“ na vše, co se odehrálo během mediace? To by přece zjevně postrádalo smysl: strany se přece rozhodly využít postupu med-arb právě proto, že si přály zabránit tomu, aby musely rozhodci znovu vysvětlovat vše, o čem s ním již dříve hovořily v době, kdy jednal jako mediátor...

Ani strany, ani mediátor-rozhodce nemohou překročit rámec toho, co je povoleno zákonem⁶¹. Znamená to, že obsah diskusí, které proběhly během mediační fáze, se nesmí během rozhodčí fáze využít. **Rozhodce musí dbát na to, aby jeho rozhodčí nález obsahoval pouze ty prvky, které strany předložily během rozhodčího řízení.** Tato povinnost se však týká pouze sdělení (písemných a ústních), která byla učiněna „v souvislosti s přípravou a výkonem mediace“ §9 odst. 1 českého ZM. Dokumenty (ve smyslu součástí spisu) nezískají důvěrnou povahu pouze z toho důvodu, že byly předloženy nebo projednávány během mediační fáze.

Během řízení med-arb může tedy rozhodce zohlednit pouze součásti spisu, který mu byl předložen a který nesmí obsahovat nic z toho, co bylo řečeno během mediační fáze.

Strana, která se však účastní řízení med-arb, nebude zajisté vůči mediátorovi naprosto naivní, neboť je jí známo, že mediátor může následně převzít úlohu rozhodce. Pokud má některá ze stran k dispozici skutečně důvěrné informace, které by mohly pomoci mediátorovi v jeho práci, avšak mohly by mít negativní dopad na rozhodčí nález, je více než pravděpodobné, že je mediátorovi neposkytne tak, jako by to učinila v případě, že by k tomu byla vyzvána v rámci „prosté“ mediace. Z tohoto důvodu je možné, že bude mediace méně účinná. Na druhou stranu však mediační praxe prokazuje, že vyjma návrhů, které jsou strany připraveny vznést během řízení, nedochází pokaždé – nebo alespoň často – k tomu, že by během mediace existovaly skutečně důvěrné informace, nebo že by si tyto informace zachovaly svou důvěrnou povahu, pokud mediátor sdělí straně, která mu tyto informace poskytla, že by bylo jisté

⁶¹ B. EHLE, *op. cit.*, s. 92.

vhodnější, kdyby tyto informace sdílela i s druhou stranou a umožnila tak další pokrok ve vzájemném jednání.

A poslední zásada: kterákoliv ze stran je oprávněna rozhodnout o zrušení důvěrnosti všech nebo některých informací. V takovémto případě lze tyto informace využít během rozhodčího řízení⁶². Pokud některé dokumenty či některá sdělení takto ztratí svou důvěrnou povahu, mediátor-rozhodce je může využít pro účely vydání rozhodčího nálezu, za předpokladu, že byla stranám poskytnuta možnost se k tomuto bodu vyjádřit.

D. Koncept Med-Arb v Číně⁶³

Pojďme se pro zajímavost **podívat na situaci v Číně, neboť Čína je domovskou zemí pro mediaci.**

Koncept mediace se zde odvíjí od filosofie Confucia: „harmonie je ctnost“ a hlavním cílem je usmířit strany a dosáhnout snížení počtu soudních sporů. Mediace nemá v Číně pouze dlouhou historii, hrála a hraje důležitou roli právě ve způsobu řešení sporů. Ze studií vyplývá, že mediační služby v Číně dosáhly čísla přes 29 milionů „občanských“ mediací v uplynulých 5 letech, z čehož téměř 28 milionů případů bylo úspěšných (96%).

Pro oblast obchodní mediace byla zřízena organizace s názvem CCPIT/CCOIC Mediační centrum, která zaujímá čelní místo při poskytování mediačních služeb v oblasti obchodní mediace. Byla zřízena v roce 1987 a je první a největší institucí tohoto druhu, která současně řeší případy přeshraniční. V současné době má toto centrum 43 poboček po celé Číně. Současně toto centrum spolupracuje a zakládá síť mediace po celém světě. Od svého zřízení CCPIT mediační centrum projednalo přes 12.000 případů z 50 zemí světa s úspěšností přes 70%. Toto CCPIT spolu s CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission) též rozvíjejí Med-

⁶² B.C. BARTEL, *op.cit.*, s. 687.

⁶³ Konference Světového fóra mediačních center UIA – Lisabon 2012, - podklady

Arb a kombinace Arb-Med a hodnotí je velmi přínosně. V kontextu čínské praxe Med-Arb znamená, že pokud se objeví spor, strany nejprve podstupují mediaci. Poté, co je mediace ukončena, ať už úspěšně či nikoli, zahajuje se arbitrážní řízení. Obvykle v tomto modelu nejde o jednu a tutéž osobu; též organizace poskytující tyto služby mohou být odlišné. Prakticky, pokud strany v mediačním procesu nedojdou k dohodě, CCPIT Mediační Centrum iniciuje rozhodčí řízení.

Pro úspěšně vedené mediace CCPIT Mediační Centrum také uskutečňuje následné arbitrážní řízení, pokud strany mají zájem. Článek 28 jejich „Mediačních Pravidel“ stanoví, že „Jakákoli ze stran je oprávněná se obrátit s žádostí o arbitrážní řízení na CIETAC. Strany souhlasí s tím, že se podvolí předsedovi arbitrážní komise a ten jmenuje jednoho arbitra, který se bude řídit obsahem získané mediační dohody. Tato procedura bude provedena vhodným způsobem a může se lišit od standartních pravidel Arbitrážní komise. Rozhodčí nález je pak konečný a pro obě strany závazný. Zavedením rozhodčích doložek do dohod o provedení mediace tak CCPIT zajišťuje možnost získat vykonatelný titul, a pro mezinárodní strany sporu může být výkon těchto titulů zajištěn na základě Úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (New Yorská úmluva). V tomto případě je následné rozhodčí řízení více pružné, jednodušší, časově i finančně úsporné. Rovněž lze konstatovat, že je tato kombinace stále více populární a oblíbená za uplynulé roky.

Metoda Arb-Med se rozvíjela od 60. let z klasického rozhodčího řízení. V této metodě je zahájeno nejprve rozhodčí řízení, během kterého arbitr provádí mediaci. Po mediaci, ať už úspěšně či nikoliv, pokračuje rozhodčí řízení. Při této metodě arbitr současně vystupuje v roli mediátora a též organizace, která tuto službu poskytuje, je stejná.

Metoda Arb-Med může být pouze opřena o souhlas stran a jasný pohled na fakta a právní otázky rozhodcem. Rozhodce vede strany k dosažení dohody flexibilní cestou mediace a vyhlásí rozhodčí nález v duchu dohody z mediace vzešlé. Strany mohou vyloučit rozhodčí řízení, jestliže byla dohoda provedena či její provedení zajištěno. Typickým znakem metody Arb-Med je „přepnutí“ osoby mediátora do arbitra, kde arbitr jedná nejprve jako mediátor a po mediaci se navrácí k roli arbitra.

Existuje zjevně mnoho výhod Arb-Med: za první dvě řízení se mohou spojit do jedné; za druhé, úspěšnost Arb-Med je vyšší než pouhé mediace; za třetí dohoda

dosažená v tomto procesu je přeměněna do rozhodčího nálezů, který je vykonatelný, a v neposlední řadě tato metoda šetří čas i peníze obou stran. Statisticky je dokázáno, že tato metoda je široce přijímána čínskými i zahraničními stranami a nadšeně též rozhodci. **Tato praxe je nazývána „Orientální zkušenost“ a obrací na sebe pozornost celého světa.** Tato praxe také ukazuje, že **jednotlivé metody mohou kombinovat jedna druhou tak, aby plně uspokojovaly různé potřeby stran a podporovaly celkovou kvalitu způsobů řešení sporu.** Přesto, i zde lze vysledovat určité výzvy: jedna by například mohla směřovat do oblasti možného porušení zásady Natural Justice. Lze však argumentovat, že mediační proces sám a závěrečná dohoda jsou založeny na konsenzu stran, a tím nedochází k porušení tohoto principu. Ve smyslu Med-Arb a Arb-Med, souhlas stran by mohl být považován jakožto výjimka z tohoto principu. Jak však je zmíněno výše, obojí metody Med-Arb a Arb-Med jsou vedeny na bázi vzájemné dohody umožňující arbitru jednat jako mediátor. A dále, založeno na základě souhlasu stran, arbitrový oddělený schůzky s jednou stranou a vynesení arbitrážního nálezů v souladu (a v intencích) vzešlé dohody jsou výrazem a výkonem dohody. Není rozdílu, zda v rámci Arb-Med či Med-Arb, základem je vyřešit spor vzájemným souhlasem obou stran, ne arbitrážním rozhodnutím, proto právo stran na spravedlivý proces a právo na vyjádření se není porušeno. Jinou otázkou zůstává, jak je to s otázkou záměny rolí mediátora a arbitra v Arb-Med a Med-Arb procesu. Lze odpovědět, že v čínském pojetí je opět prvotním východiskem souhlas stran se vzájemnou záměnou rolí. **V Med-Arb procesu obvykle není arbitr mediátorem. I když si strany vyberou mediátora též za arbitra, je arbitrova role omezena na vynesení arbitrážního nálezů v souladu s dohodou dosaženou v mediačním řízení.** Takže problém opět odpadá. V Arb-Med procesu je role mediátora asistovat stranám v dosažení dohody a role arbitra je vynést arbitrážní nález jako nezávislé třetí strany. Proces Arb-Med vyžaduje, aby arbitr znal rozdíly mezi těmito dvěma rolemi a aby tyto rozdíly byly známy též stranám. Během vlastního mediačního procesu arbitr pouze vyjadřuje své porozumění a návrhy coby mediátor, zatímco finální rozhodnutí je v rukou stran. Pokud mediace neskončí dohodou, arbitr pokračuje v arbitrážním procesu, a v této fázi má arbitr právo ovlivnit případ. Zde a proto je tu zřejmá hranice mezi mediátorem a arbitrem. Mohou existovat také legitimní obavy, že by arbitr mohl být ve svých rozhodnutích předpojatý po té, co získal informace v mediaci. Jak je však

známo, dohledový mechanismus soudu zajišťuje, že fakta a důkazy, na základě nichž byl vynesena arbitrážní nález, musí být získány na základě spravedlivého slyšení a řádného tvrzení obou stran; toto zajišťují Etický kodex rozhodce a Pravidla arbitrážní i mediační institucí CCPIT; CIETAC tím, že stanoví, že tam, kde mediace neuspěla, nesmí být názor, pohled či stanovisko stran či návrhy vyjadřující přijetí či nepřijetí některou stranou ve fázi mediace uplatněny v následujícím řízení rozhodčím, soudním či jiném. Co se týče jakýchkoli vědomých či podvědomých předsudků arbitrů (jelikož znají hranice nároků obou stran) dle mého názoru více záleží na profesní kvalifikaci a morální úrovni rozhodce, než na tom, zda byl v té samé věci mediátorem. Toliko asijský pohled na Arb-Med a Med-Arb.

Pojďme se podívat, které **významné zejména anglosaské instituce upravují Med-Arb**: CEDR, CPR, ABA, SMC-SIAC, CIARb, ICC (ICC Arbitration and ADR Rules 2012). Ve všech se dočítáme, že tato řízení lze uskutečnit za podmínky – porozumění stran – souhlasu stran – a dovedností mediátora / rozhodce.

Rovněž je potřeba poukázat na dvě významná rozhodnutí v této věci:

1) případ *Marchese vs. Marchese* 2007 – Ontario, Kanada a

2) případ *Gao Hsiyan z Xie Heping vs. Keeneye Holdings Ltd.* 2011.

V případě Ad 1) *Marchese* odvolací soud stanovil, že dohoda vzešlá z procesu Med.Arb byla vykonatelná navzdory tomu, že zde existovalo ustanovení, které zakazovalo arbitrům, aby prováděli v rámci arbitrážního řízení byť jen částečně mediaci.

V případě Ad 2) *Keeneye* bylo judikováno, že při splnění určitých parametrů arbitři mohou v rámci arbitrážního řízení zastávat též roli mediátorů.

Vždy je třeba vycházet z kulturního kontextu.

Shrňme si tedy

E. Výhody procesu Med-Arb

- flexibilita
- účinnost
- šetří čas i peníze
- podporuje a iniciuje dohodu stran

- umožňuje finální rozhodnutí
- je využívána až v cca 40% případů u organizací, které tuto metodu nabízejí.

Nevýhody procesu Med-Arb:

- oddělená jednání (caucus) v mediaci
- jaký důkazní materiál je poskytnut mediátorovi
- tlumí otevřenost stran při mediaci
- otázka kdo rozhodne, kdy již nastal problém a strany by měly započít s arbitrážním řízením?
- mediátor v roli rozhodce
- je Med-Arb mediace se „zbraní v ruce?“
- jde o riziko s nebezpečím nebo „dozrání“ situace s příležitostí?
- specifika směrem k vydání arbitrážního nálezu
- časté vnímání předsudků, nedostatku spravedlnosti, nerovnosti

F. Závěr

Měli bychom si zejména uvědomit, že ve sporech lze dosáhnout mnohem větší účinnosti tím, že je vydáním rozhodnutí pověřena stejná třetí osoba, jaká se pokusila pomoci stranám vyřešit jejich spor smírnou cestou. V takovémto případě je totiž zcela eliminována nutnost opakovaně vysvětlit celý spis rozhodci. **V obdobné situaci se ostatně ocitá soudce – který poté, co se bezúspěšně pokusil o smír, o nějž jej strany požádaly, vyřeší jejich spor sám.**

Lze tedy potvrdit, že okamžik, kdy mediační fáze přechází ve fázi rozhodčího řízení, je skutečně klíčový. Mediátor musí zaručit, aby

1. strany, které mají v úmyslu potvrdit jeho úlohu rozhodce, získaly veškeré informace o všech aspektech a dopadech svých rozhodnutí, včetně

možnosti ihned odmítnout rozhodce v případě, že mají pochybnosti ohledně jeho neutrality a nezávislosti;

2. byla přijata nezbytná ustanovení týkající se důvěrných informací, jež mohl mediátor získat: buď mohou strany zrušit důvěrnou povahu informací, jež samy poskytly, nebo tyto informace zůstanou důvěrné a rozhodce je nebude zohledňovat;
3. bylo písemně potvrzeno, že se strany vzdávají práva uplatnit jakýkoliv důvod pro zrušení, který by se týkal funkce mediátora, kterou předtím rozhodce vykonával.

Není pochyb o tom, že musí být dodrženy požadavky neutrality, nezávislosti a kontradiktorní povahy řízení. Dodržení těchto požadavků však musí být ověřováno s ohledem na vůli, kterou projeví strany, které se účastní řízení med-arb, což znamená, že způsob, jakým je toto dodržení projevováno, musí být posuzován s určitou mírou flexibility.

Zbývá ještě zjistit, jaký osud bude mít řízení, pokud bude rozhodce odmítnut. Lze připustit, aby byla doložka týkající se med-arb nutně vykládána jako záměr stran účastnit se rozhodčího řízení, byť s jiným rozhodcem, pokud bude bývalý mediátor odmítnut? Odpověď na tuto otázku není zcela jednoznačná. Nejvhodnější je vyřešit tuto otázku přímo v dané doložce.

III. Pojem mediace, její právní aspekty

Čím je mediace charakteristická, jaký má průběh? Jaké jsou její základní stavební prvky z pohledu práva?

Typické pro mediaci je, že v ní neexistují striktní procesní pravidla, která by bylo třeba bezpodmínečně dodržet. Resp. těchto pravidel je ve srovnání s jinými typy řízení velmi málo. Mediátor má relativní volnost, aby si upravil sám ve spolupráci se

stranami organizaci své role tak, jak považuje za vhodné. Praxe však ukazuje, že ať tak učiní jakýmkoli způsobem, existuje řada kroků, které musí být uskutečněny ve správném pořadí, aby měl proces mediace rozumnou šanci na úspěch. Uvedené vychází ze zkušeností jak z obchodní tak rodinné mediace a sporech v těchto oblastech. Bez ohledu na některé větší rozdíly mezi oběma typy mediací lze obecně říci, že budou dodržovány podobné techniky a řízení procesu.

V jakých případech je tedy mediace vhodná, kdy lze věc navrhnout k mediaci?

Mediace je možná ve všech oblastech, kde mohou strany svobodně zacházet se svými vlastními právy⁶⁴. Tam, kde tato podmínka splněna není (typicky např. v oblasti správního práva, spory související s otcovstvím či ve věcech veřejného pořádku) však možná není (viz mediabilita – kap.V této práce).

Mediace může být zahájena dobrovolně - z podnětu stran, dále z podnětu soudu nebo může být nařízena povinně zákonem.

1. Role mediátora

Obecně lze konstatovat, že role mediátora představuje roli neutrální osoby, která stranám pomáhá v jejich komunikaci, jehož cílem je vyřešení existujícího sporu.

V podstatě musí stranám pomoci v jejich hledání smírného urovnání rozporů. Nesoudí strany, ani jejich chování; nerozhoduje o jejich příslušných právech a povinnostech; (v zásadě) nevydává stanovisko k právním otázkám či skutečnostem; nejedná jako právní zástupce účastníků. V ideálním případě – přinejmenším v modelu facilitativní mediace – by dokonce ani nenavrhoval či nenabízel stranám řešení, které se jim z jejich hlediska jeví nejlepší, ale pomáhal by při vytváření podmínek, za kterých by strany samy ve vzájemné spolupráci našly své vlastní řešení, které by podle svého uvážení považovaly za nejvhodnější.

Mediátor je vedoucí osobou procesu, ve kterém hrají jednání, psychologie a komunikační techniky stejně důležitou roli, jako zákonnost a historie vztahu mezi

⁶⁴ Jarroson Ch., "La médiation", Gaz. Pal., 22 août 1996, str. 36-6.

stranami. Mediátor bude věnovat pozornost jak vyřčeným slovům, tak neverbálnímu jednání. V oblasti komunikace musí být profesionál; musí být schopen naslouchat, pozorovat, adaptovat se, měnit strategii při konfrontaci s měnícím se lidským chováním⁶⁵.

Pokud má dojem, že reakce projevená jednou ze stran nebyla druhou stranou správně pochopena (dobrovolně či nedobrovolně), nebo byla pochopena jen zčásti, bude ji muset objasnit. Pokusí se vyjasnit všechny okruhy nepochopení a zajistí, aby zmizely. Když bude shrnovat projev jedné strany pomocí techniky „přeformulování“, ujistí se, že způsob, jakým věc formuloval, skutečně odpovídá poskytnuté zprávě. Přitom bude věnovat maximální pozornost všem typům reakcí (verbálním či neverbálním) všech osob zapojených v procesu mediace: zkušení mediátoři vědí, že neverbální reakce mohou odkrýt mnoho z toho, co má jedna strana skutečně na mysli, ale co nechce nezbytně vyjádřit slovy.

Mediátor nemá pravomoc jakkoli a k čemukoli strany nutit či je jakkoli sankcionovat. Opírá se pouze o důvěru, kterou v něj strany vkládají. Jeho jediná pravomoc je odvozena od jeho morální autority a od přísné neutrality, které musí po celou dobu dodržovat. Důvěra stran legalizuje jeho zasahování a jeho roli. Mediátor ví, a strany ví, že kterákoli strana může v kterékoli fázi mediaci ukončit, pokud nebude některý z účastníků spokojen s tím, jak se věci vyvíjejí. Jakkoli rozporuplně to může vypadat, sama skutečnost, že kterýkoli účastník může mediaci kdykoli ukončit, představuje jeden z nejefektivnějších nástrojů mediátora. Umožní mu to neustále stranám připomínat, že pokud nepřizpůsobí svá stanoviska, hlediska či přístupy, bude proces zablokován a nebude možno očekávat žádný uspokojivý výsledek.

Mediátor pracuje tak, že se zaměřuje ve své činnosti na zájmy a potřeby stran, a tím se snaží působit na strany, aby přistoupily k jednání. Právě to, že akcentuje potřeby a zájmy namísto příslušných práv a povinností, že se bude neustále snažit přimět strany, aby přistoupily k jednání - tím přiměje strany, aby více myslely na výhody, které vzniknou v budoucnosti v důsledku bezprostředně a svobodně přijatého řešení, než na to, co považují – správně či mylně – za svá práva a povinnosti, odvíjející se z minulosti, či na to, co by mohly získat v případě soudního řízení, které by jejich odpůrce prohrál.

⁶⁵ "Les secrets de la communication", R. Bandler et J. Grinder, éd. Actualisations, 1982.

Úloha mediátora se bude lišit v závislosti na řadě specifických aspektů sporné věci: charakter sporu; způsob, jakým strany přistupují k mediaci, účastní se jí a získávají z ní zkušenosti; úroveň jejich vzdělání; jejich osobnost; jejich kulturní zázemí; jejich společenské a kulturní hodnoty a prostředí, ve které se spor vyvíjí⁶⁶; charakter mediačního procesu⁶⁷; jazykové bariéry, které mohou existovat; hierarchie v týmu každé strany; morální a společenský vliv, který může mediátor uplatnit vůči stranám a jejich představitelům (tento vliv mohl hrát svou roli, když si strany vybíraly mediátora), atd.

Všechna shora zmíněná hlediska, ale rovněž jeho zkušenosti a osobnost, bude mediátor vést v tom smyslu, zda bude ve své práci více či méně „direktivní“. Buď nechá diskusi mezi stranami „plynout“, nebo naopak, pokusí se převzít vedoucí úlohu, aby stranám zabránil, aby se neztratily v kolotoči projevů a řečí, které vyvolají hněv a zabývají se spíše „problémem“ než „řešením“. Navrhne, aby rozhovory pokračovaly na společném jednání, nebo požádá, aby se mohly setkat odděleně (oddělené jednání v mediace se nazývá caucus). Vyvine vliv v tom směru, že budou strany požádány, aby se zabývaly svými různými názory - postoji⁶⁸; stanoví pravidla komunikace (kdo hovoří a kdy: strany nebo jejich advokáti? Mluví strany spolu vzájemně, nebo mluví na mediátora?). Požádá strany, aby přemýšlely též o jiném řešení, které by bylo odlišné od těch, která již byla naznačena (tzv. brainstorming) a které by bylo logickým důsledkem zákonných či smluvních pravidel; pokusí se rozšířit rozsah rozhovorů (tzv. technika increase the pie), atd.

Mediátor je zásadním pilířem a oporou při pomoci stranám ve stanovení jejich priorit. Při vědomí toho, že mediace může být úspěšná, pouze pokud každá strana nalezne v řešení výhodu⁶⁹, je důležité, aby byly strany schopny určit, co je zásadní (co musí absolutně získat), co je důležité, na čem mají menší zájem a co je bezvýznamné (tzv. BATNA, WATNA). Mediátor, který je schopen správně analyzovat tyto hodnoty a

⁶⁶ V některých společnostech (např. v Japonsku či Africe) existuje skutečná kultura jednání a kompromisů. V tomto ohledu viz publikace Davida W. Ausburgera, *Mediace střetů napříč kulturami /Conflict mediation across cultures*, Westminster, John Know Press (1992).

⁶⁷ Mediace, která se uskuteční v „institucionálním“ prostředí (např. v případě sociálních střetů a mediace ve státních podnicích) se bude značně lišit od čistě komerční mediace.

⁶⁹ Mediátor tak hledá řešení „vyhrát-vyhrát“, na rozdíl od dynamiky „vyhrát-prohrát“, která je typická pro soudní řízení.

způsob, jakým je strany vnímají, získá nejdůležitější věc, která mu později pomůže předložit řešení: hlavní (nebo někdy vnímanou jako hlavní) věc, kterou jedna strana získá, může být druhou stranou vnímána jako něco nedůležitého. První řešení, třebaže částečné či malé, může vyvolat dynamiku orientovanou na řešení, která příznivě ovlivní zbytek celého procesu mediace.

Mediátor je ten, který bude rovněž a hlavně věnovat pozornost správnému vývoji procesu mediace. Zajistí, aby atmosféra a duch diskuse byly konstruktivní a klidné. Zasáhne (jemně nebo silněji, bude-li to nutné), pokud strany nebudou dodržovat pravidla komunikace, která vysvětlil na začátku procesu (po získání předchozího souhlasu stran). Dá přednost odůvodněným racionálním rozhodnutím před těmi, která jsou činěna příliš emocionálně.

Nebude se snažit potlačovat emoce, které budou během diskuse vyjadřovány, zcela naopak: velmi často emoce signalizují pozornému mediátorovi „skryté informace“, které vezme v úvahu a u kterých požádá o vyjasnění buď při společné schůzce nebo při poradě se stranou (viz oddělená jednání – caucus).

Několikrát byl již zmíněn tzv. caucus neboli oddělená jednání mediátora se stranami - pojďme se na tento institut podívat blíže:

Tento institut je snad v největší míře používán v anglosaském prostředí mediace; někde dokonce tak intenzivně, že téměř vymýtá společná setkání stran s mediátorem. Nevýhodou těchto oddělených jednání je bezpochyby obava ze ztráty důvěry mediátora coby osoby nezávislé a nestranné nebo obavy ze ztráty důvěry v samotný proces mediace. Oddělená jednání též mohou bránit samotné iniciativě stran v hledání svého vlastního řešení. Jde o ve své podstatě nebezpečnou techniku, která však má své klady a smysl. Jaké to jsou? V první řadě vždy je vhodné použít caucus tehdy, pokud má mediátor za to, že jedna ze stran není schopna nebo váhá říci něco, co je pro samotnou mediaci podstatné; dále je to ideální místo, kde by strany mohly prodiskutovat své nejlepší alternativy k vyjednávání, tzv. BATNA. A v neposlední řadě, mediátor může přimět strany, aby si strany uvědomily, jaké jsou jejich reálné šance. Naopak, caucusu by se nemělo používat, pokud jde o věci, které by mohly být bez obav řečeny v plénu. Je to tedy technika, které je třeba používat opatrně.

2. Jmenování mediátora

Mediace na základě zákona

Po přijetí Směrnice EP a Rady č. 2008/52/ES ze dne 21. května 2008, která uložila členským státům implementovat ji do svých právních řádů do 21. května 2011 lze nyní již konstatovat, že naprostá většina členských zemí EU již má své vlastní zákonné úpravy mediace v netrestních věcech (viz dále kap.IV této práce).

Soudní mediace

Soudní mediace v tomto kontextu je chápána jako mediace navržená nebo nařízená (v některých státech) soudcem ve sporu, který má projednat⁷⁰.

Liší se tak od smíru uzavřeného prostřednictvím soudce, jak uvádí § 731 až 733 belgického soudního řádu, který ponechává na iniciativě stran, zda předložit svůj spor soudci, který vykonává smírčí roli dříve než zahájí soudní řízení; v české úpravě se jedná o § 67 OSŘ upravující tzv. přetorský smír.

Mediace nemá za cíl zbavit soudce jeho smírčí pravomoci nebo pravomoci rozsoudit věc, ale představuje spíše doplněk k jeho funkci⁷¹⁷².

Když soudce pověřuje třetí osobu mediační misí s cílem pokusit se dosáhnout smíru mezi stranami, nedeleguje na ni svou ústavní pravomoc rozhodovat. Naopak, hraje užitečnou úlohu ve správě justice, když se pokouší nalézt nejlepší řešení podle konkrétní situace stran⁷³. Soudce nemá žádný druh monopolu na smír. Za okolností, kdy soudce není schopen pomoci stranám, aby samy našly řešení, nebrání článek 11 belgického soudního řádu, aby soudce delegoval roli smírčí osoby na třetí stranu⁷⁴. Rovněž česká právní úprava výslovně ve svém občanském soudním řádu (§ 100 odst.2) a v ZM reaguje na mediaci třetích osob z podnětu soudu. Tato třetí osoba, mediátor,

⁷⁰ Francouzský zákon ze dne 8. února 1995, článek 21-5 (ve znění Nařízení z 16.11.2011), stanoví, že „v případě dohody (tj. dosažené v rámci procesu mediace), ji mohou strany předložit soudci, který ji uzákoní“ – v Quebecu, zákon ze dne 1. září 1997 nařizuje manželům, kteří se chtějí rozvést (pokud mají děti), aby se zúčastnili informační schůzky o mediaci dříve, než jde věc k soudu. Informační schůzka se může konat před podáním žádosti o rozvod. Strany se pak mohou svobodně rozhodnout, zda budou v procesu mediace pokračovat či jej zastaví.

⁷¹ Npř., Ligot F., "Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords", Ann. dr., 1996, s. 113.

⁷² Viz článek I. Van Kerkhove, s. 249.

⁷³ Ligot F., *op. cit.*, s. 103.

⁷⁴ de Leval G., "Réflexion sur la médiation civile", in Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir, s. 33.

nebude činit žádná závazná rozhodování v žádné právní ani skutkové otázce. Nemá žádnou jurisdikční pravomoc.

Stále více soudců pozitivně reagují na žádosti stran, aby se mohly pokusit o mediaci dříve, než požádají o soudní rozhodnutí. Někteří soudci navrhnou pokus o mediaci, pokud vidí, že se komunikace mezi stranami stala nemožnou, a pokud jsou přesvědčeni, že pro zajištění jejich zájmů a zájmů jejich dětí je nutná trvalá harmonizace jejich vztahu. Rozhodnutí soudce ve věci může být odloženo a může se čekat do doby, než se ukáže, co přinese mediace⁷⁵.

Česká úprava soudní mediace (mediace z podnětu soudu) stanoví následující principy:

- Jednak zakládá poučovací povinnost soudu v rámci přípravy jednání § 114a odst.2 nově pís. b) OSŘ (soud upozorní účastníky na možnost využití mediace podle zákona o mediaci, je-li to vhodné) a dále v rámci úpravy § 99 OSŘ (soudní smír).
- Jednak soudu umožňuje nařídit první setkání se zapsaným mediátorem (§ 100 odst.2 OSŘ) v rozsahu 3 hodin a přerušit řízení, nejdéle však na dobu 3 měsíců. Po uplynutí 3 měsíců soud v řízení pokračuje.
- Nařídit první setkání s mediátorem lze též v rámci §114c odst.3 (nově pís. d) OSŘ v rámci přípravného jednání, je-li to účelné a vhodné.
- Odmítne-li se účastník bez vážného důvodu zúčastnit prvního setkání s mediátorem nařízeného soudem, soud nemusí výjimečně přiznat náhradu nákladů řízení, a to zcela nebo zčásti (§150 OSŘ).

⁷⁵

Charleroi, 23. prosince 1998, nepublikováno, rep. 1294.

- Náklady nařízeného prvního setkání s mediátorem podle § 100 odst.2 nebo § 114c odst.3 pís.d OSŘ platí strany; stát je platí pouze za účastníka osvobozeného od soudních poplatků (§140 odst.3 OSŘ).
- Odměna pro mediátora podle zákona o mediaci za první setkání s mediátorem nařízené soudem podle § 100 odst.2 je jedním z druhů nákladů řízení (§ 137 odst.1 OSŘ).
- Jestliže je řízení přerušeno podle § 110 OSŘ, pokračuje v něm soud na návrh po uplynutí 3 měsíců. Soud může na návrh, jsou-li pro to závažné důvody, a i bez návrhu v případě, že to odůvodňují zájmy nezletilého dítěte, pokračovat v řízení i před uplynutím této lhůty. Není-li návrh na pokračování v řízení podán do 1 roku, soud řízení zastaví.

A nakonec

- Soud rozhodne o tom, zda schvaluje mediační dohodu uzavřenou podle zákona o mediaci nedéle do 30 dnů od zahájení smířčího řízení (§ 67 odst. 2 nově OSŘ).

V neposlední řadě je třeba zmínit provázanou motivační úpravu zákona o soudních poplatcích (zákon č. 549/1991 Sb. ve znění pozdějších předpisů), který ve svém § 10 odst. 7 umožňuje vrátit 80% již zaplaceného soudního poplatku v případě schválení smíru mezi účastníky řízení před tím, než je ve věci samé rozhodnuto.

Dobrovolná mediace

Dobrovolná mediace, chápaná jako snaha a dobrá vůle, kterou dvě strany vyjádřily svou ochotu zkusit mediaci, je nejvhodnější: dobrá vůle je tím pravým základem mediace.

S touto dobrou vůlí může přijít kterákoli strana nebo jejich právní zástupci⁷⁶ nebo strany společně.

Vůle stran může být vyjádřen dvěma způsoby:

1. *Mimosmluvně*

Strany se mimo smlouvu společně dohodnou, že mediace představuje nejvhodnější způsob, jak vyřešit jejich rozpory. Tato ochota může být vyjádřena před, během nebo i po soudním řízení. Jakmile takováto dohoda existuje, doporučuje se stranám podepsat, spolu s mediátorem, kterého si strany zvolily, smlouvu o provedení mediace, která vysvětlí podrobnosti procesu, do kterého vstupují.

2. *Smluvní doložka*

Doložka ve smlouvě může zajistit, že v případě sporu se strany nejprve pokusí vyřešit své rozpory mediací. V době podpisu smlouvy je nezbytný, alespoň částečně, duch spolupráce mezi stranami. Je to nejvhodnější doba k dohodě, že v případě sporu, který strany nebudou moci vyřešit vzájemným jednáním, požádají strany o zásah mediátora předtím, než podniknou další právní či soudní kroky. Vzhledem k tomu, že mediace zůstává v podstatě dobrovolným procesem, tato doložka musí být považována za závazek stran pokusit se o mediaci jako prostředek alternativního řešení sporů před využitím jiných prostředků⁷⁷. Několik soudních rozhodnutí prosadilo takovéto mediační doložky. Článek 1725§2 belgického soudního řádu např. stanoví, že pokud je podána soudní žaloba za situace, kdy jsou strany vázány mediační doložkou, bez toho, že by před podáním žaloby došlo k pokusu o mediaci, může žalovaný požádat soud o zastavení soudního řízení a o nařízení, aby strany přistoupily k mediaci dříve, než bude soudní řízení pokračovat. Jedná se o efektivní způsob vymáhání mediační doložky. Strany to nutí, aby se alespoň společně s mediátorem sešly na společném jednání, dříve než zahájí soudní řízení (nebo v něm budou pokračovat).

Obdobný přístup např. potvrdil Rozsudek Kasačního soudu (Cour de Cassation) ve Francii, z 8.4.2009 č.j. 08-10866, který rozhodl o zamítnutí odvolání proti rozhodnutí soudu, kterým byla zamítnuta žaloba z důvodu nepřipustnosti s odůvodněním, že nebyla

⁷⁶ Viz Descoteaux, S. "*Les avocats et la médiation*", in *Développements récents en droit familial*, Služba neustálého školení při Advokátní komoře v Quebecu, ed. Y. Blois, 1991; Roy S., "*La médiation et le rôle du conseiller juridique*"

⁷⁷ H. de Kovachich, H. Clavier, P. Renaud, M. Esposito, *Guide pratique de la médiation*, 1997, ed. Carswell, str. 39.

vyčerpána povinná mediace jakožto způsob řešení sporu, která vyplývá z ustanovení smlouvy mezi stranami. Kasační soud tak vyslovil názor, že pokud smlouva předpokládá, že intervence obchodního soudu je možná jen v případě nezdaru nebo odmítnutí mediace, jedna smluvní strana nemůže odmítnout předem proces mediace, který dosud nebyl zahájen.

Naopak, přístupy jiných zemí jsou odlišné, např. Rozhodnutí italského Ústavního soudu z 24. 10. 2012 stanovuje ohledně povinného nařízení mediace za nezákonný italský dekret (nařízení) č. 28 ze dne 4.3.2010 stanovující mediaci jako povinnou proceduru pro řešení určitých typů sporů (čl. 5.1 nařízení) v obchodních a občanských věcech. Podle tohoto italského dekretu se původně bez absolvování této povinné mediace nebylo možno obrátit na soud.

Česká úprava rovněž stanoví v § 3 odst. 4 zákona o mediaci, že „Mediátor je povinen strany konfliktu výslovně poučit o tom, že zahájením mediace není dotčeno právo stran konfliktu domáhat se ochrany svých práv a oprávněných zájmů soudní cestou...“.

V mediační doložce by měly strany určit, jaká bude role mediátora, jaká jsou mediační pravidla a jaké podmínky v oblasti důvěrnosti informací se na celý proces mediace budou vztahovat. V tomto ohledu je zjevně nejsnazší uvést, že mediace proběhne v souladu s mediačními pravidly konkrétní mediační instituce. V takovém případě budou mediační pravidla této instituce „začleněna“ v mediační doložce. (k mediační doložce viz níže).

Pokud bude mediace úspěšná, strany podepíší mediační dohodu dle §7 ZM (nebo např. dohodu o vyrovnání ve smyslu paragrafu 2044 belgického občanského zákoníku).

Mediační doložka může být definována jako závazek použít služby mediátora za účelem přátelského urovnání sporu, který může vzniknout v souvislosti s plněním smlouvy. Jedná se tak o závazek vyjednávat⁷⁸, jehož porušení může mít za následek náhradu škody z důvodu porušení smlouvy⁷⁹.

⁷⁸ Viz Cedras I., "L'obligation de négociation", *Quart. Rev. Comm. Right*, 1985, str. 265 ; Liège, 16 ledna 1998, J.L.M.B., 1998, str. 589 ; Forges, M. "Principes applicables à la rupture et à l'aménagement conventionnel

Co se týče znění mediačních doložek, lze vysledovat, že v mezinárodních smlouvách často a k nevýhodě všech zúčastněných mediační doložky postrádají ustanovení o místě a jazyku ADR řízení. Vyplatí se též použít doložky odkazující na ADR Pravidla institucí, např. doporučené znění doložky instituce ICC zní: „ V případě sporu vzniklého z nebo v souvislosti se smlouvou se strany dohodly, že záležitost postoupí k řízení o urovnání podle ADR pravidel ICC. Pokud nebude spor urovnán podle uvedených pravidel do 45 dní od podání Žádosti o ADR nebo do doby, na jaké se strany písemně dohodnou, bude spor pravomocně urovnán podle Rozhodčích pravidel ICC jedním nebo několika rozhodci, kteří budou jmenováni podle uvedených Rozhodčích pravidel.“

Jak již bylo výše v části Med- Arb zdůrazněno, i když mediace nevyústí v podepsání dohody, strany se dozvědí spoustu informací o sporu, o zájmech stran, o možných oblastech společné dohody a o síle vlastních argumentů. To stranám umožní lépe se připravit na rozhodčí řízení a u ICC instituce např. bude výsledkem efektivnější i nákladově příznivější rozhodčí řízení.

3. Výběr mediátora

Je zcela zásadní, aby bez ohledu na druh mediace (dobrovolná nebo soudní), si strany zvolili mediátora, v kterého mohou mít naprostou důvěru.

Vždy je potřeba, a pokud jde o mediace z podnětu soudu zejména, aby soudci i strany mohly prokázat, že spory jsou předloženy kvalifikovaným mediátorům, na které se budou vztahovat příslušné etické kodexy chování. Kvalifikace, přísná důvěrnost (mlčenlivost) a neutralita mediátorů jsou některá základní kritéria, která by měla být vzata v úvahu, aby nedošlo k případnému pokračování soudního řízení poté, co je zahájena mediace.

⁷⁹ *des pourparlers en droit belge*", Ann. dr. Louvain, 1995, str. 439 ; Van Oevelen, "*Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over commerciële contracten*", D.A.O.R., 1990, kniha 14, str. 43-63.
Újma způsobená porušením závazku využít služeb mediátora by měla být analyzována jako ztráta příležitosti dosáhnout urovnání. Nejvyšší soud připustil, že ztráta příležitosti může způsobit újmu, která opravňuje k zaplacení odškodnění (Cass. 19. října 1973, Pas., 1973, I, s. 298). V rozhodnutí ze dne 4. března 1975 (Pas., 1975, I, s. 682), nejvyšší soud rovněž uvedl, že ztráta příležitosti narovnání mezi manželi může způsobit škodu.

V Belgii např. bude vzhledem k malému počtu mediátorů zkušených v občanských a obchodních věcech vybírán někdo, jehož osobnost a osobní kvality byly uznány v jiných funkcích, a kdo úspěšně absolvoval zvláštní školení v mediaci. Jeho schopnost zvládnout konflikt, jeho důvěryhodnost, jeho nestrannost a jeho schopnost empatie by neměly být stranami zpochybňovány⁸⁰.

V českých podmínkách zase, kde zkušeností je obecně velmi málo v praktikování mediace, lze zase situaci při výběru vhodné osoby řešit výběrem ze seznamu mediátorů na internetových stránkách Ministerstva spravedlnosti ČR (dále jen Msp), či pokud je žádoucí, aby byla osoba zdatná současně v právu, na internetových stránkách České advokátní komory (dále jen ČAK).

Při výběru vhodných kandidátů k mediaci v oblasti mezinárodních obchodních sporů lze identifikovat tato objektivní kritéria, zjistitelná např. z životopisů či počátečních rozhovorů ať již osobních či např. pomocí skypu, je-li mediátor ze zahraničí:

- **Zjišťování kvalifikace mediátora prostřednictvím jednostranné komunikace s mediátorem** – na rozdíl od arbitrážního řízení, kdy je zakázána jednostranná komunikace s arbitrem, v mediaci je umožněno kontaktovat mediátora předem, pokud jde o projednání jakéhokoli aspektu sporu.
- **Dostupnost** – jedna z prvních věcí, kterou je třeba zjistit, je možnost mediátora dostavit se v daný čas na dané místo.
- **Způsobilost v mediaci – školení a certifikace** – Nekvalifikovaný mediátor může způsobit mnoho škody počínaje tím, že strany odejdou v lepším případě s nepochopením svého nedorozumění, což je odradí od dalšího vyjednávání až po neúmyslně vystupňovaný spor na vyšší úroveň než by byl, pokud by se byla mediace nikdy neuskutečnila. Při zjišťování způsobilosti je třeba se zaměřit na následující informace : - přidružení k mediační instituci, - certifikace příslušným orgánem, a -účast na kvalifikovaných medičních kurzech konaných pod záštitou uznávaného poskytovatele, instituce.

⁸⁰ Viz níže využití předběžné schůzky, během které se strany setkají s možným mediátorem, a případně se rozhodnou, že si vyberou někoho jiného.

- **Zkušenosti z práce mediátora** – např. na základě referencí kolegů, apod. Ideálně by měl mediátor být schopný i ochotný sdělit své praktické zkušenosti v oblasti mediace. Většinou postačuje zkušenost s vedením mediací v daném oboru, např. obchodní mediace, i když třeba pouze ve sporech s domácími spornými stranami.
- **Styl mediace** – zde je míněno, zda strany i mediátor budou očekávat buď evaluativní styl, tj. proces orientovaný na skutečnosti a právo na základě konkrétní expertízy daného sporu, nebo styl facilitativní, tj. proces s pohledem do budoucnosti, který bude zaměřen na mezilidské vztahy a otázky související se vztahy. Pokud není vyjasněna tato otázka předem, může být proces pro obě strany zklamáním.
- **Různé mezinárodní styly** – je rozdíl ve stylu mediátorů z jurisdikce kontinentální evropské, která klade důraz na společná jednání a společnou mediaci a těch z jurisdikce anglosaské – obyčejového práva, kteří využívají oddělených jednání, tzv. caucusů, kdy pak mediace mají často podobu pouze střídavých jednání s oběma stranami, kdy někdy nedojde vůbec ke společnému setkání. Strany se pak mohou často cítit až manipulovány.
- **Jazyková znalost, tlumočníci a spolumediatóři** – mediátor by měl být schopný konverzace v jazyce, ve kterém jsou schopny strany sporu komunikovat ; to by mělo být dostatečné ; není podstatné, aby mediátor mluvil rodným jazykem obou stran, nebo jen jedním z nich, rovněž by požadavek jazykové znalosti v rodném jazyce všech účastníků složité multinárodní mediace mohl výrazně zúžit okruh vhodných mediátorů, aniž by to výrazně přidalo na hodnotě. U tlumočnicků je v tomto ohledu velmi vhodné, aby tlumočnick prošel alespoň základním kurzem mediace, jelikož tlumočení mediace představuje zcela specifický tlumočnický úkon, který je náročný zejména po stránce zachování neutrality a povahy mediace jako takové. Je třeba zdůraznit v této souvislosti, že neutralita tlumočnicka musí dosahovat úrovně neutrality mediátora. Tlumočnicka má z tohoto důvodu vybírat samotný mediátor a jeho odměna by měla být hrazena jako součást odměny mediátora, nikoli stranami. Tlumočnickovi je také třeba v rámci přípravy mediace předat základní fakta, terminologii a popřípadě jiné, pro mediaci relevantní dokumenty.

Pokud se nevyužije služeb tlumočnicka, lze též jazykovou bariéru vyřešit přizváním spolumediátora (co-mediator). Ten je využitelný rovněž při možných kulturních, či genderových, nejen jazykových problémech, které by se daly očekávat.

- **Národnost** – otázka národnosti v mediaci je důležitá, avšak z jiného pohledu než u arbitra v kontextu arbitrážního řízení. U arbitrážního řízení platí, že arbitr nesmí být stejné národnosti jako strany, alespoň bez souhlasu těchto stran. U mediace by na národnosti mediátora mělo záležet pouze v rozsahu, ve kterém strany věří, že to bude prospěšné a že jim to pomůže vyřešit jejich spor ; dále, je-li obava z kulturní citlivosti ; a v neposlední řadě může být někdy výhodou, že mediátor je stejné národnosti, jako jedna ze stran. Druhá strana si pak vybírá dle svých preferencí...
- **Kulturní povědomí** – Kultura v naprosté většině sporů není příčinou sporů ; její pochopení však může zlepšit šance na jejich urovnání. Příčinou sporů většinou bývají finanční otázky, rozdílné názory na skutkový děj či na důsledky platnosti smluv.
- **Předmět (oblast) mediace** – Někdy strany chtějí mít přímo mediátora současně odborníka např. na právo určitého státu, kterým se řídí smlouva, či odborníka na finanční či stavební problematiku.

Instituce v oblasti mediačního řízení, kterými lze také řešit výběr mediátora

Využití institucí, které vedou seznamy mediátorů, se jeví jako optimální varianta. Zmínit můžeme např. CEDR v Londýně, JAMS ve Spojených státech, Česká advokátní komora v Praze. Tyto zasílají stranám seznam vhodných kandidátů, často i bez poplatků. Některé instituce rovněž nabízejí konkrétní mediátory pro úzce specificky zaměřené mediace, např. GAFTA pro spory ohledně komodit a zásílání, WIPO pro spory z duševního vlastnictví.

Lze také využít služeb rozhodčích institucí, které zároveň nabízejí mediační služby : ICC, ICDR, LCIA ; rovněž Rozhodčí komora v Milánu a CMAP v Paříži. Instituce jsou výhodné pro strany i z pohledu administrativních a logistických potřeb, vyjednávají

odměnu mediátora, zorganizují společnou schůzku a zařizují veškerý servis ohledně fakturace a platby. Rozhodčí instituce však mají obvykle menší zkušenosti s mediací než specializované mediační instituce. Při výběru mediátora nevybírají povětšinou ze svých seznamů, ale snaží se vně nalézt nejvhodnějšího kandidáta. Tyto instituce také většinou účtují stranám poplatek za vyhledání mediátora a seznam stranám nezašlou, dokud strany této instituci mediaci nežadají a nezapojí se do procesu.

V této souvislosti bych ráda zmínila snahu o mezinárodní certifikaci mediátorů, na myšlence které byl v Nizozemsku založen v roce 2007 Mezinárodní institut pro mediaci (IMI), který propaguje mezinárodní mediační standardy a certifikuje « minimální způsobilost » mediátorů na celém světě. Vyvinul etické a kvalifikační standardy pro mediátory a obecně pro certifikaci mediátorů v několika jurisdikcích ve světě.

Pro úplnost lze s rozvojem internetových technologií hledat databázi mediátorů též internetových portálech www.IMImediation.org, dále www.mediate.com a www.adrblogs.com.

4. Fáze procesu mediace

V okamžiku kdy dojde k dohodě stran o mediaci a jakmile se strany dohodnou na výběru mediátora, zorganizuje mediátor jednotlivé fáze procesu mediace, počínaje úvodním kontaktem mezi ním samotným a stranami a podpisem smlouvy o provedení mediace. Odborníci, kteří píšou o mediaci, rozlišují mezi 5 až 7 kroky v procesu mediace. Hlavní účel identifikace fází spočívá v důkladnosti, s kterou musí být každá z nich prováděna a v uvědomění si důležitosti jejich chronologického pořadí. Mediace musí být organizována metodicky, aby mediátorovi a stranám logicky umožnila vyvíjet se směrem k uspokojivému řešení⁸¹.

Obecně řečeno, fáze mediačního procesu budou velmi podobné, ať se jedná o rodinnou mediaci nebo o občanskou či obchodní věc.

Jistě budou existovat rozdíly, kromě jiného v souvislosti s trváním celého procesu. V rodinné mediaci bude jistě řada setkání o délce jedné až jedné a půl hodiny,

⁸¹ H. de Kovachich, op.cit. s.71.

kteřá budou rozložena na dobu několika měsíců. To v rodinné oblasti zaručí reálné šance na úspěch. Naopak, v občanských a obchodních věcech bude celý proces soustředěn do několika hodin či dnů (což je sám o sobě argument k přesvědčení stran, aby se obrátily na mediaci coby rychlou a efektivní metodu).

S výjimkou předběžné fáze jsme určili následující fáze, z nichž prvních pět představuje mediaci v úzkém slova smyslu.

A. Předběžné výměny

V podstatě budou během těchto fází provedeny dvě věci: telefonické rozhovory a případně předběžná schůzka.

a) Telefonický rozhovor

Ze svého vlastního podnětu nebo na základě výběru učiněného ve spolupráci s mediačním centrem jedna ze stran nebo její právní zástupce zkontaktuje telefonicky mediátora a požádá jej o případnou předběžnou schůzku, zvláště pokud se jedná o první zkušenost některé ze stran s mediací. Český zákon o mediaci takovou schůzku vždy předvídá u mediací vyvolaných z podnětu soudu. Informativní schůzka je v tomto případě omezena dobou do tří hodin a je za ni účtována předeepsaná hodinová sazba.

Na této schůzce mediátor proces vysvětlí. Podle své vlastní osobní intuice a poté, co vyslechne každou stranu, vyzve strany poté již přímo k mediačnímu procesu, a to k jednání buď samostatnému nebo společnému⁸².

Během této úvodní informativní schůzky se mediátor omezí na poskytnutí informací o procesu mediace, aniž by stranám dovolil zabývat se podrobnostmi jejich sporu. Rovněž se pokusí sestavit harmonogram procesu.

Pokud jsou strany s procesem mediace již obeznámeny, je důležité, aby se mediátor omezil na získání základních informací o věci a nastavil časový harmonogram

⁸² Quebecký zákon ze dne 1. září 1997 uzákonil informační schůzku jako povinnou v rodinných věcech. Je bezplatná.

schůzek a jednání. Nesmí riskovat svou nestrannost či neutralitu ani jejich vnímání tím, že zahájí proces bez správného nastavení.

b) Předběžná schůzka

Tato první předběžná schůzka není pro řádný proces mediace povinná. Je však doporučována, neboť pro strany to představuje příležitost setkat se s mediátorem. První kontakt se stranami je velmi často zásadní. Nastavuje tón budoucích schůzek. Umožňuje mediátorovi získat kontrolu nad procesem, dostat se blíže ke stranám a začít pracovat, nastolit vhodné klima důvěry v proces: mediátor „připravuje stůl“⁸³.

Během schůzky mediátor zjišťuje očekávání stran bez toho, že by jim odporoval a bez toho, že by se pokoušel jim cokoli vysvětlovat. Musí začít chápat širší spektrum, co by strany nazvaly urovnáním nebo přijatelným řešením, čeho se skutečně snaží dosáhnout.

Mediátor poté připomene nebo vysvětlí základní pravidla řádného procesu mediace. Strany budou vyzvány, aby buď okamžitě podepsaly smlouvu o provedení mediace nebo aby si odnesly návrh smlouvy o provedení mediace, kterou mediátor sám připravil, a prostudovaly si ji a podepsaly před nebo na prvním skutečném mediačním jednání.

Bývá stanoveno datum první schůzky. Mediátor stranám sdělí, který dokument si přeje vidět (bude-li takový dokument existovat) před schůzkou nebo během ní. Může se stranami rovněž projednat, jaké jsou jejich možnosti, co se týče doby trvání celého procesu.

Řada mediátorů dává přednost tomu, že nechce obdržet žádné dokumenty týkající se sporu. Ze zkušenosti vědí, že pokud budou číst takové dokumenty, mohly by u nich vzniknout předsudky ohledně sporu, které by mohly být pro proces mediace škodlivé. Vědí, že dokumenty a spisy stran jim poskytnou pohled na příslušná stanoviska stran, podle zákona i podle skutečností, a rizikem je, že by mu bylo umožněno pouze částečné nahlédnutí do spisu strany, a strany by se pokusily ovlivnit čtení spisu ze strany mediátora. Mediátoři si jsou vědomi, že jim tyto spisy a dokumenty

⁸³ Lévesque, J., *Métodologie de la médiation familiale*, Québec, Edisem Eres, 1998, s.88.

poskytnou určité informace o předchozí historii stran a o jejich příslušných stanoviscích, ale nebude to úkon „orientovaný na řešení“, což musí být základní zájem mediátora. Spisy se týkají minulosti; mediátoři jsou nasměrováni do budoucnosti.

c) Smlouva o provedení mediace

Smlouva o provedení mediace je dokument, ve kterém mediátor specifikuje strany a spor a uvádí pravidla, kterými se strany budou řídit během procesu mediace. Smlouva by měla obsahovat alespoň následující náležitosti, přestože např. sám český zákon je v tomto ohledu výrazně skoupější...Doporučují se tedy uvést všechny následující skutečnosti:

- Specifikace stran, jejich právního zástupce a mediátora;
- Charakter sporu - postačí shrnutí;
- Upozornění, že mediace je dobrovolný proces: bude připomenuto, že strany (a v některých zemích i mediátor) mohou proces kdykoli přerušit.
- Doložka o důvěrnosti (mlčenlivosti) informací: mediátor (v některých jurisdikcích i strany), a rovněž všechny osoby, které se účastní procesu, se zavazují, že zachovají přísnou důvěrnost o všem, co bude během procesu řečeno či napsáno;
- Akceptace možností organizovat oddělená jednání, tzv. caucusy;
- Připomenutí role mediátora a jeho neutrality a nestrannosti;
- Dohoda mezi stranami o dočasném zastavení všech soudních řízení (v Česku jde o stavení promlčecích a prekluzivních lhůt ze zákona v okamžiku zahájení mediačního řízení, tj. podpisem této smlouvy) s vyhrazením práva zahájit takové řízení nebo v něm pokračovat, pokud se nepodaří dosáhnout řešení formou mediace;
- Právo stran konzultovat věci s jejich právními zástupci, pokud se tito nezúčastní osobně mediačních schůzek;
- Maximální doba trvání mediace;
- Odměna mediátora odvozená od hodinových sazeb, metoda platby a kdo bude za platbu odpovědný;
- Podpis a datum podepsání.

Smlouva obsahuje smluvní rozsah mediace. Zakládá vymahatelná práva a povinnosti stran.

S výjimkou situace, kdy se strany dohodnou jinak, není samotná smlouva o provedení mediace důvěrného charakteru. V případě neúspěšné mediace může být později nutné, že strany budou muset prokázat, že se pokusily věc urovnat formou mediace. V závislosti na zákonném nebo soudním systému to může být nutné, aby se strany vyhnuly sankcím za to, že se o mediaci nepokusily (viz dále výběr ze zahraniční judikatury – kap.VII této práce), nebo aby prokázaly stavení běhu promlčecích a prekluzivních lhůt.

B. Proces mediace

a) První fáze: validace procesu

Samotná mediační schůzka se uskuteční v místě, na kterém se strany dohodnou - buď v kanceláři mediátora, v kanceláři jedné ze stran, nebo na neutrálním místě.

Aby se proces mediace správně rozvíjel, je důležité, aby zvolené místo bylo vhodné (stranám příjemné) a aby mediátor vyzval strany k obsazení místa u stolu dle zasedacího pořádku, který sám určí (závisí na osobnosti stran sporu a počtu osob, které se schůzky zúčastní). Mediátoři všeobecně dávají přednost tomu, aby ti zástupci stran, kteří mají rozhodovací pravomoci, seděli blízko k němu a naproti sobě, takže může probíhat snadná trojúhelníková komunikace mezi mediátorem a těmito rozhodujícími osobami.

Během první fáze procesu mediace mediátor ověří, že strany nebo jejich zástupci mají nezbytná oprávnění k urovnání sporu. Mediátor stranám připomene zásady důvěrnosti a objasní roli každého účastníka v mediaci. Zvláště bude trvat na své vlastní roli coby facilitátora v komunikaci mezi stranami, na své roli průvodce procesem. Uvede jasné rozdíly mezi rolí mediátora a soudce nebo rozhodce.

Vyjádří poté své očekávání, že strany budou spolupracovat a přistoupí k věci s „otevřenou myslí“. Připomene jim, že proces mediace musí zůstat civilizovaný a že

očekává, že strany budou postupovat podle pravidel slušného chování a komunikace. To však nesmí omezit otevřený charakter diskuse. Během první fáze je hlavním cílem mediátora získat důvěru stran a nastavit jim takové prostředí, aby vysvětlily svá příslušná stanoviska v uvolněné a spolupracující atmosféře. Rovněž si zajistí jejich souhlas s pracovními pravidly, která nastíní.

Na rozdíl od běžného chování před soudy či rozhodci by se v procesu mediace neměla vyskytovat soudní formalita a strnulost.

b) Druhá fáze: vysvětlení skutečností a okolností

Během této fáze začne mediátor objasňovat některé body diskuse, které byly identifikovány již během jeho prvního kontaktu se stranami. Stručně shrne spor, tak jak existuje.

Poté strany požádá, aby vysvětlily své stanovisko a způsob, jak vidí skutečné okolnosti sporu. Obvykle, pokud se mediační schůzky zúčastní advokáti, budou tito advokáti požádáni, aby skutečnosti vysvětlili objektivně, bez obhajování věci svého klienta. Klient bude požádán, aby objasnil určité skutkové body a odpověděl na otevřené otázky mediátora nebo ostatních účastníků.

Cílem mediátora na konci této fáze je mít zmapované všechny sporné položky, jak ty zjevné, tak ty nevyjádřené, které ovlivňují úsudek stran. Mediátor se pokusí za spolupráce stran vytvořit seznam různých sporných bodů. Tento seznam strany potvrdí, aby byl rozsah diskuse pro všechny účastníky jasný.

c) Třetí fáze: vytvoření alternativ

Jakmile strany vysvětlí skutečnosti a předmět sporu každý ze své perspektivy, a dále jakmile budou mediátorovi jasná fakta sporu – ale pouze až poté – pak zahájí mediátor diskusi o možných alternativách, různých možných řešeních, která mohou nebo nemusí splňovat odlišné zájmy a očekávání stran (tzv. brainstorming). Je to doba spontánního hledání nápadů. Všechny druhy nápadů by měly být prodiskutovány bez kritiky či souhlasu. Mediátor si musí zachovat svou image nestrannosti a udržovat

neutrální přístup ve vztahu k různým alternativám, které budou strany formulovat⁸⁴. V této době je úloha advokátů nebo právních zástupců zejména důležitá, protože jejich znalost právních nebo technických aspektů soudních sporů jim umožní spolupracovat na formulaci důvěryhodných alternativ.

d) Čtvrtá fáze: rozhodování

Každá alternativa bude muset být vyhodnocena a umístěna na pohyblivou stupnici subjektivní důležitosti, kterou jí strany přiřazují.

Mediátor navrhne způsob jednání a bude se snažit dovést strany k závěrům.

Během této fáze, pokud strany narazí na problém s odkrytím svých preferencí či stanovisek, je může mediátor vyslechnout na samostatném jednání (caucus), aby jim sám mohl porozumět a pomoci stranám pochopit, jak se dívat na každou alternativu nebo jak formulovat důvěryhodné návrhy či protinávhrhy, což pomůže, aby nebyl rozhodovací proces zablokován. Pomůže stranám s porovnáváním různých návrhů, uvede je, bude je analyzovat. Pomůže jim přijít s odpovídající a konstruktivní odezvou a s formulací⁸⁵.

Mediátor bude věnovat pozornost vyvážení sil, odlišným cílům stran a „taktice“, kterou každá ze stran používá. Vytváření či zachování atmosféry spolupráce je součástí jeho úkolu. Zejména – což se vztahuje na celý proces mediace – se bude zabývat emocemi stran; způsob, jakým jsou odkrývány a které základní napětí je vysvětluje. Mediátor stranám rovněž připomene jejich osobní zájmy a potřeby, zaměří je na různé alternativy, které jsou součástí diskuse.

Za pomoci mediátorovy znalosti a pochopení všech stanovisek stran, jejich zájmů a potřeb, strany vyloučí určité alternativy a ponechají si ty, které jim připadají, že nejlépe odrážejí jejich společnou vizi, cíle, a které umožňují spravedlivé a vyvážené řešení sporu.

e) Pátá fáze: mediační dohoda; její přezkoumání – podpis dohody

⁸⁴ H. de Kovachich, Guide pratique de la médiation, s.78

⁸⁵ H. de Kovachich, Guide pratique de la médiation, s.79

Po čtvrté fázi mediátor shrne a vyjasní různé body, na kterých se strany dohodly, a začne formulovat nástin návrhu dohody, která bude odrážet rozhodnutí, ke kterým strany dospěly. Mediační dohodu nebo jiný typ dohody mohou sepsat buď právní zástupci stran pod vedením mediátora, nebo pokud tak strany požadují, tak ji může sepsat sám mediátor.

Tento návrh dohody poté strany a jejich právní zástupci přezkoumají.

Právní zástupci poskytnou svá stanoviska a ujistí se, že jejich klienti plně pochopili její právní důsledky a práva a povinnosti, které obsahuje. Jejich zapojení je důležité, aby byla minimalizována ztráta budoucích práv a aby došlo k vyloučení pochybností o pochopení dohody⁸⁶.

Všechny strany nakonec dohodu podepíší, a to společně s mediátorem, který tím stvrzuje, že k dohodě došlo v rámci mediace.

Pokud se právní zástupci stran mediace nezúčastní, bude mediátor mít strany k tomu, aby nechaly návrh dohody přezkoumat svým právním zástupcem. Mediátor by uvítal, kdyby mohl hovořit s advokáty stran, aby vysvětlil souvislosti a důvod, proč je předložená dohoda pro jejich klienty přijatelná. Nebudou-li advokáti stran přítomni mediačním jednáním, nemusí plně pochopit důvody, proč se strany rozhodly vyřešit své spory tímto způsobem.

f) Po mediaci: další sledování

Po ukončení mediace je samozřejmě možné dohodu opětovně upravit dalším vyjednáváním stran eventuálně další mediací za účasti třetí osoby - mediátora.

Zpět k soudům nebo rozhodčímu řízení v případě neúspěchu mediace:

⁸⁶ H. de Kovachich, Guide pratique de la médiation, s.81

Přestože je úspěšnost mediace vysoká⁸⁷, může se stát, že strany nebudou schopné dohodnout se na něčem, co bude pro obě strany zásadní, nebo budou schopny dosáhnout pouze částečného řešení.

Řešení bude částečné, pokud budou vyřešeny pouze některé sporné body, protože nebylo nalezeno žádné celkové řešení nebo protože se strany nakonec dohodly projednat pouze některé omezené aspekty svého sporu a ostatní předložit soudu.

Ostatní části sporu budou vyřešeny prostřednictvím soudů nebo rozhodčího řízení, podle toho, jak se strany rozhodnou, nebo jak uvádí jejich dohoda. Pokud bylo takové řízení zahájeno před procesem mediace, bude poté pokračovat.

C. Vykonatelnost mediačních dohod včetně vykonatelnosti mezinárodní

Pokud dojde k mediaci v době, kdy již soudní řízení bylo zahájeno, ale přerušeno na dobu mediačního řízení, a pokud strany dospěly k dohodě, bude tato předložena soudu ke schválení formou soudního smíru. To samé se týká případů, kdy bude jejich řešení pouze částečné. Schválením dohod soudním smírem se dohody stávají vykonatelné.

U mediací dobrovolných – z podnětu samotných stran – lze vykonatelnost mediačních dohod zajistit sepsáním dohod u notáře tzv. notářským zápisem dohod s doložkou vykonatelnosti.

V mezinárodním měřítku je zásadní otázkou zajištění mezinárodní vykonatelnosti takových dohod vzešlých z mediace. V rámci členských zemí Evropské unie je možné v této souvislosti poukázat na nařízení ES č. 44/2001 ze dne 22.12.2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (tzv. nařízení Brusel I) nebo nařízení Rady ES č. 2201/2003, týkající se manželské a rodičovské odpovědnosti (nařízení Brusel II bis), resp. na nařízení Rady ES

⁸⁷ J. Brett, Z. Barsness & S. Goldberg: “Efektivnost mediace: nezávislá analýza případů řízených čtyřmi hlavními poskytovateli služeb”, Negotiation Journal, červenec 1996, 259 ukazuje úspěšnost 78 %

č.4/2009 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností.

Tato nařízení platí mezi všemi členskými státy EU s výjimkou Dánska. K těmto nařízením lze obecně říci, že rozhodnutí vydané jedním členským státem bude uznané druhým členským státem, aniž by bylo požadováno zvláštní procesní řízení. Je však nutno mít na zřeteli možnost použít výhrady veřejného pořádku jako odpíracího důvodu uznání takové dohody ve státě, v němž se o uznání žádá.

5. Role advokáta v mediaci

Někteří právníci, a někteří advokáti zejména, považují mediaci za zásah do oblasti, kterou z podstaty své profese považují za čistě „svoji“ oblast – a to oblast vyjednávání⁸⁸. Někteří na první pohled dokonce považují mediaci za nebezpečí, které hrozí právnícké profesní identitě a budoucí existenci právnícké profese. Nespátřují v ní příležitost, ale naopak hrozbu. Proč je tomu tak, že nepřítel mediace bývají právě často právníci? Z hlediska historického vývoje mediace a úloze právníků v ní lze vysledovat takové důvody, jako je nedostatek znalostí o mediaci, neochota být otevřen novým věcem, nedůvěra a až podezírání ze zbytečného navyšování finanční zátěže sporů, a tím pádem snaha preferovat autoritativní rozhodnutí. Mnoho právníků či advokátů v mediaci spatřuje oslabení své pozice coby strážců spravedlnosti se specifickými znalostmi řešení sporů. Vnímají zásah třetí neutrální osoby jako snížení své veřejné vážnosti a oslabení svého postavení coby odborníků na strategii a vyjednávání. Argumentují často, že není potřeba nic měnit na tradičním způsobu řešení sporů, že pokud vyjednávání probíhá náležitým způsobem, mediace nemá přidanou hodnotu. Advokáti nejsou často ochotni ztratit kontrolu nad procesem ve své kauze ve prospěch nezávislé třetí osoby. Jsou zvyklí uvažovat v kategoriích výhra – prohra u soudu a proces mediace pak považují za projev slabosti, který není „brán vážně“. Naštěstí však se postupně odborné názory mění až do roviny, zda mediace může vůbec uspět bez podpory právníků...že mediátorem by měl být právě schopný právník, který dokáže hbitě identifikovat jádro sporu a vést na úrovni jednání ve směru ke stranám i

⁸⁸ Viz E. Galton: “Representing clients in mediation”, American Lawyer Media, 1994.

jejich zástupcům. Že osoba mediátora musí být pozitivní a kreativní a schopna vyvést jednání z patové situace. Že nestačí pouhé „oscilování“ od strany ke straně a naléhání na placení více či akceptování méně. Stále více je mediace vnímána jako nová příležitost pro budoucnost právní kultury a pro ukotvení postavení právníků jako profesionálních řešitelů sporu. Následování podporou ze stran akademiků právnické obce postupně právníci převzali vedoucí úlohu v procesu mediace.

Vraťme se však k roli advokáta v mediaci – I když se většina advokátů často sama snaží oprostit jednání od emocí a pomoci stranám najít společnou řeč, primární rolí každého advokáta je pomoci svému klientovi v boji o jeho stanovisko. Výjimečně může za určitých zvláštních okolností zastupovat obě strany, všeobecně však bude zastupovat pouze jednu stranu a po celou dobu bude stanovisko této strany obhajovat.

Jaká je tedy role advokáta (tj. právního zástupce strany – ne mediátora) v procesu mediace?

a) PŘED mediací

Pokud v jednání dojde k bezvýchodné situaci, je role advokáta velmi důležitá. Před zahájením žaloby hraje stále užitečnou (a placenou) roli⁸⁹. Jeho povinností je, aby jeho klient pochopil, že existují alternativní způsoby k řešení věci před samotným podáním k soudu. Pokud je klient ochoten zvážit takovou alternativu, připraví spis s vyznačením sporných bodů a objasní, co by bylo přijatelné dle jeho názoru. Uspořádá dokumenty, pomůže s výběrem mediátora, a co možná nejobjektivněji připraví prezentaci různých aspektů případu. Poskytne svému klientovi objektivním a profesionálním způsobem radu, jaké by byly pravděpodobné výsledky případu, pokud by byl projednáván soudem⁹⁰.

b) BĚHEM mediace

V oblasti rodinné se advokát většinou mediačních schůzek nezúčastní, ale slouží jako „právní záštita“: ověří právní a daňové aspekty mediace a pochopení navržené či

⁸⁹ P. Shaposnick, Le rôle e l'avocat en médiation, in Journal du Barreau de Montréal, 15-5-98.

⁹⁰ P. Shaposnick, op.cit.

dosažené dohody. Během mediace, na žádost mediátora, advokát pomůže vyjasnit stanoviska stran a právní aspekty, které jsou (musí) být součástí diskuse⁹¹. Jeho role bude důležitá, protože mediátor se bude chtít opřít o advokáta, pokud v diskusi dojde k určitým právním či technickým problémům. Vzhledem k tomu, že mediátor musí zůstat neutrální a neměl by dávat přednost řešení, které by bylo pro jednu stranu výhodnější než pro druhou, požádá raději zkušený mediátor strany, aby si nechaly poradit od svých příslušných právních zástupců. U některých schůzek v rámci rodinné mediace může být vhodné, aby se schůzky zúčastnili rovněž advokáti, a to v okamžiku, kdy se diskuse zaměří na právně - majetkové aspekty.

V obchodních věcech se ve většině případů advokáti zúčastní mediační schůzky jako právní zástupci svého klienta.

Očekává se pak od nich dodržování těchto tří jednoduchých pravidel:

1. Nechat mediátora, aby vedl proces;
2. Nechat klienty, aby byli v diskusi stěžejními osobami;
3. Nesnažit se „vyhrát“ spor za každou cenu, čímž by ohrozili případné alternativy celkového řešení⁹².

Advokáti by si měli uvědomit, že jejich rolí v mediačním procesu je pomoci svým klientům dosáhnout dohody. Nejsou tam proto, aby „bojovali“ s druhou stranou, ale aby spolupracovali s mediátorem a svým klientem. Advokáti rovněž poskytují svým klientům rady, co se týče zákonnosti a vykonatelnosti různých možností řešení, jež jsou během mediace probírány. Úloha advokáta by se tak mohla stát primárně důležitou, protože pomáhá svému klientovi, mediátorovi a případně i druhé straně. Bude-li vykonána dobře, je role advokáta v mediaci přínosem.

Mediace jistě není jedinou alternativou soudního sporu. Mělo by však být povinností advokáta informovat své klienty o její existenci a vysvětlit ji svým klientům jako jednu z alternativ.

⁹¹ Simon Descoteaux, op.cit. s.115.

⁹² Viz odkazy Serge Roy v „La médiation en matière commerciale - Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux“ Association Henri Capitant, L.Baudouin, Ed. Yvon Blay, s. 237; Norman Brand "Výuka používání procesu mediace – průvodce pro advokáty" Arbitration Journal, prosinec 92, svazek 47, č.4, s.12

6. Náklady na mediaci

a) Porovnání

Je obtížné poskytnout výši přesných nákladů na mediaci, jelikož každý sporný případ je jiný.

Z pohledu stran je zřejmé, že pokud bude mediace úspěšná, bude z finančního hlediska vnímána jako výborné řešení. V takovém případě nebudou žádné nebo téměř žádné soudní náklady, odměna advokáta, odměna znalců, atd., nebo se takovými budoucím nákladům strany přinejmenším vyhnou. Náklady na mediaci (odměna advokáta a odměna mediátora – o odměnu mediátora se většinou strany dělí rovným dílem) budou představovat pouze zlomek toho, co by stálo soudní řízení.

Pokud na druhou stranu mediace nepřinese řešení, náklady vynaložené na mediaci navýší celkové finanční zatížení sporu.

Vezmeme-li v úvahu statistiky výsledků mediací, které existují, a pokud víme, že mediace přináší řešení ve třech ze čtyř případů, docházíme k závěru, že stojí za to mediaci zkusit, tj. pokud obě strany vnímají, že prvky sporu naznačují, že lze dospět k projednávanému řešení.

Kromě toho, zkušenosti ukazují, že i neúspěšná mediace může mít svou hodnotu: všeobecně, proces vysvětlování a pochopení, který byl často vyvolán během procesu mediace, zvýší šance na úspěšnou dohodu v pozdější fázi nebo může pomoci v tom, že se strany vyhnou přístupu a stanoviskům založeným na nedůvěře či snad až pomstě.

b) Odměna mediátora

Skutečností podepřenou příslušnými právními předpisy i etickými kodexy je, že mediátor může být odměňován pouze na bázi hodinové sazby. Většina mediačních pravidel a etických pravidel mediátorů mu zakazují, aby účtoval jakýkoli druh „odměny

za úspěch⁹³. Pokud by bylo mediátorovi umožněno fakturovat vyšší poplatky v případě úspěchu, bylo by to stejné, jako kdyby měl osobní zájem na řešení. Ztratil by tak svou neutralitu: riskoval by, že bude tlačit na strany, aby uzavřely urovnání „za každou cenu“ i v situacích, kdy nechtějí, ani nejsou připraveny tak učinit.

Mediační centra všeobecně používají strukturu odměn (poplatků), která bere v úvahu dva prvky. První představuje platbu Centru na pokrytí jeho vlastních nákladů (všeobecně stanovenou podle pohyblivé stupnice v závislosti na částce, která je v sázce). Druhý představuje odměnu mediátora. Tyto poplatky jsou stanoveny jako hodinová sazba (částka se může odvíjet od pohyblivé stupnice v závislosti na částce, která je v sázce) nebo jako denní sazba či půldenní sazba.

Mediátoři často souhlasí, že první schůzka se stranami (buď společná, nebo samostatná) jim bude účtována, pouze pokud budou souhlasit, že se pokusí o mediaci. Česká úprava však ukládá zaplatit mediátorovi za první informační schůzku k mediaci v rozsahu do tří hodin předem vyhláškou stanovenou sazbu 400,- Kč/ 1 hodinu, to však pouze v případě soudem nařízené mediace.

V každém případě by smlouva o provedení mediace podepsaná mezi stranami a mediátorem měla jasně uvádět, jak bude vypočítána odměna mediátora a jeho náklady, a kdo je bude hradit. Strany se mohou případně dohodnout, jako součást svého celkového urovnání, že si rozdělí zatížení, které představuje odměna mediátora a jeho náklady, jinak. Opět, česká úprava v této souvislosti stanoví, že mediátor má právo na úhradu nákladů, které mu vznikly v souvislosti s prováděním mediace (ne tak však již v rámci informační schůzky k mediaci), pokud nebyly výslovně zahrnuty v odměně mediátora. Odměna mediátora je zároveň zahrnuta do nákladů řízení v řízení před soudem.

V některých zahraničních odborných člancích se nově objevují úvahy (a nejen úvahy nýbrž i promítnutí těchto úvah do Pravidel některých mediačních institucí) týkající se připuštění odměn mediátora v závislosti na výsledku mediace. Pojďme se

⁹³ Např. čl. 8.3. etických pravidel BBMC; Komentář k článku 8 společného etického kodexu American Arbitration Association, the American Bar Association a the Society for Professionals in Dispute Resolution; Viz rovněž H. de Kovachich a spol., „Guide pratique de la médiation”, op.cit. 66.

blíže zabývat důvody a hlavně předpoklady, za kterých by taková ujednání byla přijatelná i po etické stránce:

Předpokladem je v první řadě nutnost, aby mediátorovo jednání nebylo ovlivněno vědomím, že v případě úspěchu dostane vyšší odměnu než v případě neúspěchu. V zahraničí však (a zejména v obchodních sporech) se stává, že stranám se někdy zdají odměny mediátora počítané podle hodinových sazeb nepřiměřeně nízké v porovnání s hodnotou, kterou přičítají intervenci mediátora, a která jim pomohla dojít spolu s druhou stranou k dohodě. To, co se od mediátora očekává, je v první řadě opravdová snaha a využití všech schopností, aby stranám pomohl dojít k dohodě. Strany budou ochotny dát mediátorovi vyšší odměnu v tomto případě, než když se bude mediátor snažit tvrdošijně pomoci stranám tím, že jim bude hledat řešení, které nebude mít významný přínos.

Pokud tedy bude připuštěno, že tento druh odměny je akceptovatelný, je třeba vypořádat se s následujícími otázkami⁹⁴:

1. Měla by být odměna závislá na výsledku resp. způsob jejího stanovení určen již při uzavírání smlouvy o provedení mediacce, tj. dopředu ?
2. Je třeba definovat, co je to úspěšné řešení - je to pouhé sepsání mediační dohody či je úspěšné řešení měřeno jinak, např. určitým prvkem představujícím součást sporu, což však může každá ze stran vnímat jinak ?
3. Kdo a kdy určí výši odměny závislé na výsledku mediace, pokud by to nebylo upraveno ve smlouvě o provedení mediace ?
4. Kdo a jak se bude podílet na placení odměny mediátorovi ? Je možno připustit, aby to byla jen jedna ze stran, což by znamenalo zřetelný zásah do mediátorovi neutrality ?

Základním pravidlem při řešení těchto otázek je vždy dodržení základního pravidla o tom, že mediátor nesmí být zaujatý výsledkem své činnosti a že je vždy a pouze na stranách, aby určily vhodnost, způsob i výši tohoto způsobu řešení.

⁹⁴ „Několik úvah o odměně mediátorů za úspěch“ – Van Leynseele, P.; Bulletin advokacie 6/2013

Tyto teorie odpovídají na tyto otázky následovně :

- Tuto možnost by měla umožňovat Pravidla mediačních institucí, která jsou pro danou skupinu mediátorů závazná.
- O přijatelnosti tohoto způsobu odměňování rozhodují pouze a jedině strany mediace
- Strany tuto skutečnost zhodnocují dvakrát : poprvé při podpisu smlouvy o provedení mediace, kdy se tato možnost ve smlouvě principiálně připouští ; a podruhé se k ní strany vrací až po uzavření závěrečné mediační dohody, tj. po úspěšné mediaci.
- Strany musí být přesvědčeny, že mediátor si vyšší odměnu zaslouží.
- Výše odměny závislé na výsledku je tak určena až po skončení mediace.

O tom, že tyto úvahy jsou už realitou, svědčí např. Pravidla mediace belgického arbitrážního a mediačního centra CEPANI, a to zpracováním změny od 1.1.2013.

7. Etika v mediaci

Mediace má svá vlastní etická pravidla. Zahrnují různé aspekty: neutralita, nestrannost, způsobilost a důvěrnost jsou hlavní z nich; vyhýbání se střetu zájmů, odměna a další jsou od nich potom odvozeny. Všechny si zaslouží několik slov vysvětlení.

Základním principem je, že mediátor, bez ohledu na způsob jmenování ať už stranami či soudem, musí být neutrální a nezávislý na všech stranách mediace a na orgánech, které ho jmenují (strany, soudy nebo mediační instituce), a že musí být vnímán jako neutrální a nezávislá osoba. Etická pravidla, která musí po celou dobu dodržovat, jsou toho zárukou. Pokud nebudou přísně dodržována, mohou strany celý proces zpochybnit, nebo v něj ztratit důvěru. To by bylo škodlivé pro mediaci v daném případě i pro mediaci všeobecně.

Nezávislost a neutralita

Vzhledem k typickému způsobu, jímž mediátor do sporu zasahuje, rozlišujeme dva hlavní aspekty, a to nezávislost a nestrannost.

Během celého procesu se mediátor musí zdržet veškerých projevů souhlasu či nesouhlasu, měl by se zdržet připomínek nebo doporučení, které by ukazovaly na zaujatost. Jeho přístup musí být v každém případě „zprostředkující“, nedirektivní. Musí jednat neutrálně a musí být vidět, že jedná neutrálně.

Nezávislost mediátora je základem důvěry, která je v mediátora vkládána. Vzhledem k tomu, že nemá žádnou pravomoc k vyřešení sporu, může mu strana vytknout i sebemenší zdání ztráty nezávislosti nebo nestrannosti. Může tak ztratit důvěru stran v jeho schopnosti pomoci jim nalézt řešení, které bude přijatelné pro všechny strany.

Nezávislost a nestrannost nejsou jediným pilířem mediátora; mají rovněž funkční aspekt. Velmi často strany požádají mediátora o jeho názor buď na právní či skutkové aspekty sporu, na to, jak si myslí, že by soud rozhodl, nebo na to, co by mohlo být považováno za dobré nebo přijatelné řešení. Často se stává, že strany vyvíjejí na mediátora tlak, aby přišel s nápady, návrhy či řešeními; mohou ho požádat, aby „rozhodl“ místo nich. Mediátor je ve značném pokušení vyhovět a vystoupit ze své absolutní neutrality a vyjádřit své vlastní pohledy nebo názory na věc. Ačkoli to samo o sobě není zakázáno, musí si mediátor uvědomit, že pokud to učiní, riskuje ohrožení celého procesu; strany nebo jedna z nich (ta, kterou by názory mediátora nepodpořily), by mohly na mediátora náhle pohlížet jako na osobu, která ztratila svou neutralitu, a ztratily by tak víru v mediátora a v celý proces.

Odvolání na jeho nezbytnou nezávislost a neutralitu mediátorovi umožňuje odolat těmto požadavkům stran.

Neutralita a nezávislost jsou základem, na kterém je vybudována důvěra stran v mediátora. Z toho důvodu se opatrný mediátor zdrží riskování, aby je neztratil, nebo aby na něho nebylo pohlíženo jako na osobu, která je ztratila. Pokud má pocit, že musí odpovědět na žádost stran o vyjádření názorů, návrhů nebo řešení, učiní tak s maximální opatrností poté, co se sám ujistí, že to je opravdu to, co obě strany chtějí a že obě

chápu, že cokoli on řekne, není nic jiného, než součást diskuse, kdy stranám zůstává pod kontrolou konečné řešení, které nemusí být to, o kterém je sám mediátor přesvědčen, že by bylo to správné řešení.

Tyto aspekty jsou všeobecně zakotveny jak v zákonech nebo v pravidlech mediace. Jsou rovněž zdůrazněny všemi existujícími etickými pravidly, která existují po celém světě⁹⁵.

Česká právní úprava specifikuje pouze povinnost mediátora být nestranný (§ 8/1c ZM), zejména v souvislosti s případem, stranami sporu nebo jejich zástupci. Tento požadavek bude zahrnut rovněž do Etického kodexu pro advokáty-mediátory, který zvažuje vydat Česká advokátní komora (o tom viz kapitola VII této práce).

Neexistence absolutní nezávislosti a neutrality může mít mnoho aspektů. Nelze je shrnout, protože vždy budou záviset na přesných okolnostech případu, na stranách, jejich zástupcích, advokátech a znalcích, kteří jsou do případu zapojeni a na osobním a profesionálním zájmu každého tohoto jednotlivce. Lze však zmínit nejdůležitější kategorie:

- mediátor se nesmí mediace zúčastnit, v případě, kdy má s některou ze stran osobní či obchodní vztahy;
- mediátor nesmí působit ve sporu, pokud by mu mohl výsledek mediace přinést přímou či nepřímou výhodu;
- mediátor nesmí působit ve sporech, v nichž některou ze stran zastupoval některý z jeho spolupracovníků nebo společníků, a sice v jiném postavení než v postavení mediátora.

V této souvislosti je třeba zdůraznit aktivní zachování transparentnosti. Mediátor musí strany před počátkem mediace nebo i během procesu mediace (pokud to vyžadují okolnosti) bez odkladu upozornit na všechny skutečnosti, o nichž by se mohlo předpokládat, že mohou vyvolat pochybnosti o jeho nezávislosti či nestrannosti, a musí se zdržet zahájení mediace nebo pokračování v mediaci, pokud nezíská od stran souhlas

⁹⁵ Např. Belgický Etický kodex pro akreditované mediátory (vypracovaný Federální komisí pro mediaci v roce 2007) stanoví, že se mediátor nesmí pokoušet urovnat spor, pokud není schopen jednat nezávisle a nestranně, jak je vyžadováno, vzhledem k osobním, hmotným či morálním zájmům.

v tomto smyslu poté, co je bude plně informovat o okolnostech, které mohou vyvolat pochybnosti o jeho nezávislosti a neutralitě.

Střet zájmů

představuje situaci, kdy může dojít k zpochybnění nezávislosti nebo neutrality mediátora. To se stane, pokud se osobní zájmy mediátora kříží se zájmy stran nebo jedné z nich, a v důsledku toho hrozí ztráta neutrality a nestrannosti. Mediátor by tedy neměl nic zatajovat ohledně možného střetu zájmů, aby strany mohly posoudit, zda věří, že je mediátor schopen jednat nezávisle a neutrálně. Praxe dokazuje, že strany, které si zvolily svého mediátora, tuto transparentnost oceňovaly. Výsledkem je posílení důvěry, kterou vkládají v mediátora, od něhož očekávají neutrální pomoc při vyřešení svého sporu.

Příkladů etických pravidel o střetu zájmů je řada:

- **Brussels Business Mediation Center např. (od roku 2011 pod názvem „b Mediation“)** zavádí následující pravidla chování v případech střetu zájmů.

Povinností mediátora je, aby sám jako první subjektivně posoudil, zda je schopen vykonat svou činnost nezávisle a nestranně. Pokud si mediátor v průběhu mediace uvědomí, že již není schopen zaručit svou nezávislost a nestrannost, musí to oznámit stranám a jako mediátor odstoupit. Nemusí přitom vysvětlovat důvody svého odstoupení. Chrání tak zájmy té ze stran, s níž měl bližší vztahy.

Mediátor se nesmí zúčastnit mediace, pokud je tato účast neslučitelná s jeho vlastními zájmy, pokud zastupuje některou ze stran či osob, které jsou stranám blízké, nebo pokud jednal v jakémkoliv postavení jménem některé z těchto osob, a mohl tímto způsobem získat důvěrné informace týkající se sporu.

Pokud mediátor vykonává svou profesi společně s dalšími osobami, ať již jakýmkoliv způsobem, zdroje střetu zájmů se týkají i těchto dalších osob.

V souvislosti s výše uvedeným pravidlem týkajícím se zachování důvěry je nezbytné, aby poté, co strany obdrží takovéto informace, sdělily, zda hodlají důvěry, o

nichž se dozvěděly, brát v úvahu či nikoliv, a zda trvají na tom, aby jim mediátor nadále pomáhal s řešením jejich sporu.

- **Kodex CMAP**

Kodex CMAP je formulován obdobně jako kodex bMediace: mediátor musí sdělit stranám i CMAP veškeré okolnosti, které by mohly v očích stran vyvolat pochybnosti o jeho nezávislosti a/nebo jeho nestrannosti. Svou úlohu může začít plnit (nebo v jejím plnění pokračovat) až na základě rozhodnutí Výboru pro schvalování a jmenování a s písemným souhlasem všech stran.

I v tomto případě musí mediátor podepsat prohlášení o nezávislosti. Pokud mediátor v průběhu mediace zjistí existenci nějakého prvku, který by mohl narušit jeho nezávislost a /nebo jeho nestrannost, musí o ní uvědomit strany. V plnění svých úkolů může poté pokračovat až na základě písemného souhlasu stran. V opačném případě musí přerušit mediaci a bude nahrazen jiným mediátorem.

Tato pravidla uvedená pro ilustraci jsou uplatňována i v mnohých dalších kodexech mediátorů či etických kodexech. Podobná pravidla lze například nalézt ve Standardu III kodexu mediátorů, který přijaly v roce 2005 American Arbitration Association, American Bar Association a Association for Conflict Resolution (tři nejvýznamnější americké instituce v oblasti mediace). V zásadě se zde stanoví, že mediátor musí oznámit existenci situací střetu zájmů nebo i pouhých náznaků jejich existence. Musí se snažit získat informace o veškerých možných střetech zájmů (např. ve své vlastní advokátní společnosti). Po informování stran o takovýchto okolnostech se tyto strany mohou dohodnout, že bude jednat nebo pokračovat v jednání jako mediátor. Tyto povinnosti přetrvávají po celou dobu trvání mediace. Pokud se lze oprávněně domnívat, že je střetem zájmů ohrožena integrita procesu, je mediátor povinen odstoupit, pokud jej o to strany požádají.

Po ukončení mediace se mediátor zdrží veškerých styků s účastníky v jakékoli věci, která by mohla dát podnět k obavám o poctivosti mediace. V těchto standardech však není stanovena doba, po kterou se musí mediátor uvedeným způsobem zdržet jednání. Tato doba musí být „přiměřená“, což znamená, že budou zváženy konkrétní okolnosti

podle různých měřítek, jako je doba od konce mediace, povaha dalších styků a služeb, které mají být poskytnuty, atd.

Mlčenlivost (důvěrnost) v mediaci

Důvěrnost mediace je základním pilířem mediace, neboť strany v mediačním řízení prezentují to, co by ve veřejném soudním řízení neuvedly. Nabízejí se potom ty možnosti řešení, které by nikdy nepřicházely v úvahu, pokud by strany neměly jistotu, že to, co bylo řečeno v mediačním řízení, se v eventuelním následném soudním řízení již nesmí veřejně sdělit.

Rozlišuje se hmotně-právní rovina důvěrnosti, která zahrnuje okruh adresátů, kterému je určena: strany, ostatní mediátoři, právní poradci stran, pomocný personál (překladaelé, sekretářky, ...), ale též soudci (u soudních mediací).

Dále je to procesně-právní rovina, která dále rozlišuje, zda jde o ta omezení, která zakazují jedné straně odvolávat se na určitou skutečnost, či na omezení použití určitých důkazů, resp. jejich zákaz v ev. soudním řízení.

Vedle těchto dvou rovin omezení existuje úprava mlčenlivosti svědků, tedy např. mediátorů, právních poradců a zúčastněných třetích stran.

V Evropském etickém kodexu mediátora se k tomuto uvádí, že mediátor považuje za důvěrné veškeré informace, které souvisí s mediací, či z ní vzešly, včetně informace, že se mediace bude konat či se již konala, pokud nejde o informace, které jsou v rozporu se zákonem či veřejným pořádkem. Jakákoli informace sdělená mediátorovi jednou ze stran nesmí být sdělena druhé straně s výjimkou jejího souhlasu nebo pokud tak ukládá zákon.

Členským státům má být dáno k úvaze, zda-li rozsah důvěrnosti mediace stanoví legislativními prostředky či pouze jejich rozsah ponechá dohodě mezi stranami či zvolí kombinaci obou.

Pramenem důvěrnosti v mediaci je zejména jeho zákonná úprava, smlouva o provedení mediace, úprava provedená stavovskými předpisy (např. pro advokáty), case law (v ČR nikoli), či etické kodexy jiné instituce, kterou si strany zvolily. Je zjevné, že zde mohou vzniknout otázky konfliktů práva – např. mezi pravidly stanovenými etickými kodexy citovaných institucí; dále mezi vzdálenými přístupy, které uplatňují země s tradicí common law a země s civilně zaměřeným právem.

Samotná smlouva o provedení mediace není předmětem mlčenlivosti, ledaže si tak strany samy stanovily. Rovněž závěrečná dohoda vzešlá z mediace nepodléhá mlčenlivosti.

Co tedy podléhá mlčenlivosti? Jednak veškeré písemnosti o proběhlé mediaci, veškerá ústní komunikace v průběhu mediace. Dále platí zákaz pro mediátora působit v roli svědka v případném soudním řízení; ani soud nesmí požadovat předložení dokumentů z mediace.

V českém právu se ze zákona povinnost zachovávat mlčenlivost týká všech skutečností, o nichž se mediátor dozvěděl v souvislosti s mediací. Mlčenlivosti mohou zprostit mediátora pouze všechny strany sporu. Povinnost mlčenlivosti stíhá ze zákona pouze mediátora, strany nikoli. Doporučuje se strany zavázat mlčenlivostí ujednáním ve smlouvě o provedení mediace, např. pod sankcí smluvní pokuty. Zprostit mlčenlivosti mohou mediátora pouze všechny strany sporu. Ze zákona dochází k prolomení mlčenlivosti mediátora pouze v případě obrany sebe sama před soudem (jiným orgánem) či v kárném řízení (u ČAK – pro advokáty). U advokátů – mediátorů se uplatní prolomení mlčenlivosti ve vztahu k trestnímu zákonu (č. 40/2009 Sb.) a zákonu o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu (č. 253/2008 Sb. ve znění pozdějších předpisů) jako u advokátů nemediátorů per analogiam. Sankcí při nedodržení povinnosti mlčenlivosti je v ČR jednak možná náhrada škody, jednak jde o správní delikt; v případě advokáta pak jde nikoli o správní delikt, ale nastupuje kárné řízení u ČAK.

8. On-line mediace (tzv. ODR)

Pro úplnost materie považuji za důležité zmínit poměrně novou verzi mediace, a to mediaci tzv. on-line, neboli mediaci po internetu (skypu apod.). Jde o mediační řízení, které využívá prostředků informačních technologií a dálkové komunikace a které nahrazuje či doplňuje tradiční proces mediace (proces off-line).

Ač se to jeví téměř absurdní, aby mediace, která spočívá v osobním přístupu mediátora ke stranám, byla prováděna on-line, praxe svědčí pro opak. Sama jsem on-line mediaci ještě neprováděla, avšak dovedu si v teoretické rovině představit situace, kdy by se o ní dalo uvažovat⁹⁶:

- strany mediace jsou od sebe či od mediátora daleko geograficky vzdáleny a tradiční mediace by nebyla možná či by byla spojena s nepřiměřenými náklady. Často se tak stává např. v případech nákupu / objednávky přes internet, kdy mají obě strany přístup na internet a další vzájemné vztahy se nepředpokládají.
- Strany se obávají přímého osobního kontaktu, ale přesto mají zájem řešit spor smírnou cestou.
- Existují problémy s časovým harmonogramem, je obtížné sladit diáře všech zúčastněných.

Podmínkou je kromě minimální počítačové gramotnosti stran i mediátora a jejich přístupu na internet též schopnost komunikovat písemně ve společném, předem dohodnutém jazyce nebo zajistit nezbytné překlady. Je též zapotřebí zachovat mlčenlivost a ochránit komunikační styk pomocí hesel nebo jiného systému zabezpečení, aby bylo zajištěno soukromí komunikujících osob on-line. Je též nezbytné domluvit se na pravidlech mediace, která bude zahrnovat např. frekvenci kontrol elektronické komunikace a reakce na sdělení.

⁹⁶ „Mediace on-line v kontextu zákona o mediaci“ – Gertner L.; Bulletin advokacie 6/2013:

9. Závěr

Ve Spojených státech amerických, v Kanadě, v Evropě i jinde v současné době existuje nepřehlédnutelný trend ve prospěch mediace. Jsem přesvědčena, že strany budou stále více preferovat nesvárlivý způsob řešení jejich sporů, raději než by vydávaly vysoké finanční částky za soudní spory, kdy se musí potýkat s celkovou nejistotou ohledně výsledku a kdy musí čekat na řešení po několik let. Jak je ze shora uvedeného zřejmé, neexistuje přesné pravidlo, které by stanovilo, kdy by mělo dojít k pokusu o mediaci. Jsem přesvědčena, že o mediaci je možno se pokusit ve většině případů, před, během či dokonce i po soudním řízení. Ideálně by mediace měla být zahájena, jakmile se strany při jednáních dostanou do bezvýchodné situace, bez ohledu na to, v jaké fázi soudního řízení se spis nachází. Dobrá víra a ochota stran nalézt vhodné řešení jsou nejdůležitější prvky.

Společnosti a fyzické osoby mají řadu důvodů, proč preferovat mediaci oproti soudnímu řízení: zachování obchodních vztahů, ochrana pověsti, uchování konfliktu v tajnosti, zajištění ekonomických zájmů spíše než právního postavení, vyhledání rychlého a efektivního řešení. Někdy pro mediaci svědčí i složitost případu, protože analýza a pochopení otázek, které jsou zásadní, bude často důkladnější, než to, co by strany získaly od soudců, kteří mají vždy omezený čas a prostředky k získání hlubokého pochopení příslušných otázek.

Ale především, mediace, konsenzuální proces od začátku do konce, umožňuje stranám udržovat si kontrolu nad svým vlastním procesem. Nebude to třetí strana, soudce, rozhodce, znalec, atd., kdo jim vnutí řešení – dobré nebo špatné. Z pohledu stran je to zásadní výhoda.

Mediace má rovněž svá omezení. Někdy je potřeba mít rozsudky, aby byl nastaven precedent nebo soudní vymáhání práv. Soudní řízení může být argumentem při jednání. Někdy strany jednoduše nemusí mít zájem na vyjednaném řešení. Není pochyb, že mediace může „rozplést“ zablokované situace, ale strany sporu nejsou vždy ochotné samy investovat do řešení svých vlastních sporů. Jak jsme viděli, mediace vyžaduje, aby klienti byli a zůstali zapojeni do řešení svého sporu a vyžaduje určitou schopnost komunikace a otevřenou mysl či skutečnou vůli ke smíru, která ne vždy existuje. Někdy

bude pro stranu jednodušší, když ponechá věc v rukou svého právníka, zůstane pasivní a bude čekat, dokud soudce nevyneseme rozsudek.

IV. Transpozice Směrnice č. 2008/52/EC do právních řádů oblasti civilního práva a do právní oblasti anglosaské⁹⁷

Následující část práce předkládá komparatistický náhled do přístupů osmi níže jmenovaných zemí EU, jak transponovat směrnici č. 2008/52/EC Evropského parlamentu a Rady, o určitých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech, do svých právních řádů. Je třeba zmínit, že ač tak směrnice uložila všem členským státům EU učinit tak do 21. května 2011, stále některé ze zemí EU mediaci dodnes zákonně neupravily.

Také na samotnou směrnici je třeba nahlížet jako na kulminaci dlouhého procesu podpory prostředků alternativního řešení sporů směrem k zajištění lepšího přístupu ke spravedlnosti občanů EU a k vytvoření evropského "prostoru spravedlnosti" ("Area of justice"). Právní úprava provedená směrnicí totiž upravuje jak mediaci mimosoudní, tak z podnětu soudu, mediaci přeshraniční, aplikovatelnou však i na vnitrostátní spory. Směrnice osvětluje základní pojmy v mediaci (čl. 3 směrnice) a rovněž základní principy mediace: dobrovolnost, důvěrnost a též otázku zásadního významu – vykonatelnost mediačních dohod. Specifikuje účinky mediace na běh promlčecích a prekluzivních lhůt (čl. 8). Dále zahrnuje též propagaci mediace mezi občany, soudními institucemi a praktikujícími mediátory; důraz klade rovněž na kvalitu mediace jako základní parametr pro její využívání v rámci EU.

Mediace je rychlým a nenákladným způsobem řešením sporů v občanských a obchodních věcech, respektujícím potřeby a zájmy stran sporu jak v domácích, tak

⁹⁷ „Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of Mediations in EU“ – Directorate General pro Internal Policies – Policy Dpt. C – Citizen´s Rights and Constitutional Affairs; January 2014

přeshraničních sporech. Proto směrnice upravuje pouze základní a minimální právní rámec národních právních úprav mediace v domácích a přeshraničních občanských a obchodních sporech. Tento právní rámec se týká jak mimosoudní mediace, tak mediace z podnětu soudu.

A právě tento minimální a pouze základní rámec vede k řadě pochybností ze stran národních legislativ při implementaci tohoto předpisu a v konečném důsledku k některým zásadním odlišnostem v jednotlivých úpravách, které mohou mediaci a její použití zejména v přeshraničních sporech značně omezovat.

Tato část popisuje právní situaci v jednotlivých členských zemích a poukazuje na to, čeho již bylo dosaženo a které reformy je třeba ještě na evropské úrovni přijmout.

Jako první ze zemí, kterým se níže věnuji, jsem zvolila Rakousko, protože jeho právní úprava stála vzorem pro českou právní úpravu zákona o mediaci a vychází z ní. Přebíral se jednak celý koncept právní úpravy, tj. že zákon upravuje pouze určitý výsek mediace, nikoli mediaci jako takovou. Je možno tedy poskytovat mediační služby i mimo rámec zákona; pak však s jinými důsledky.

Na okraj je třeba zmínit i to, že kromě mediace Rakousko upravuje aktivně i jiné metody ADR (jako např. conciliaci); nenajdeme nikde však upraven jejich vzájemný vztah. Strany mají právo volby použitého prostředku ADR tam, kde procedurální předpisy ukládají povinnost před zahájením soudního řízení podstoupit ADR řízení.

1. Rakousko

Právní rámec

Mediace byla zákonně upravena v Rakousku již před tím, než byly započaty evropské práce na směrnici o mediaci. Rakouský „Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen“ nabyl účinnosti již v roce 2004.

Tento zákon zřídil Poradní výbor pro mediaci při federálním ministerstvu spravedlnosti a upravil požadavky a proces zápisu do seznamu mediátorů. Zakotvil

požadavky na vzdělávací instituce a výcvik v mediaci; zřídil seznamy těchto vzdělávacích institucí. Dále zakotvil práva a povinnosti registrovaných mediátorů; zavedl stavení promlčecích dob v mediaci v civilních věcech.

Shora citovaný zákon o mediaci je doprovázen v tom samém roce 2004 Nařízením federálního ministra spravedlnosti týkajícím se požadavků na vzdělávání pro registrovaného mediátora, které stanovilo minimální počet hodin výcviku a to ve výši 200 – 300 jednotek teorie a 100 jednotek praktického výcviku.

Jelikož Rakousko již vyvinulo národní standardy pro registrované mediátory, dříve než doznalo povinnosti implementovat do svého zákonodárství evropskou směrnici o mediaci, legislativní práce s implementací spojené byly učiněny k datu r. 2011, a to zvláštním zákonem O určitých aspektech přeshraniční mediace v občanských a obchodních věcech v EU („Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der Grenzüberschreitenden Mediation in Zivil – und Handelssachen in der Europäischen Union“), a to aby zajistil minimální standardy pro mediace včetně těch, které končí dohodami sepsanými neregistrovanými mediátory. Oblast aplikace podle tohoto zákona je identická s evropskou směrnicí a týká se pouze přeshraničních případů v rámci EU. Pro přeshraniční mediace mimo rámec EU se použije zákon z roku 2004.

Předmět mediací

Zahrnují se sem mediace rodinné, nájemní, pracovní, sousedské, majetkové.

Mlčenlivost

Zákon o mediaci z roku 2004 ve svém článku 18 zakládá absolutní mlčenlivost registrovaných mediátorů. Musí uchovat v tajnosti veškeré informace, které mu strany sdělily. Pokud by tuto povinnost porušil, může být stíhán za porušení této povinnosti. Této povinnosti jej strany nemohou zbavit. Pozdější zákon o mediaci pak doplnil, že mediátor nesmí jako svědek vystupovat v následném občanském (či obchodním) soudním řízení ani v arbitráži. Toto pravidlo má své výjimky stanovené v zákoně.

V souladu s touto povinností stanoví čl. 320(4) občanského soudního řádu, že svědectví registrovaného mediátora je nepřípustné.

Strany sporu nejsou zavázány ze zákona mlčenlivostí, pouze pokud jim tak ukládá smlouva. Rovněž mlčenlivosti nepodléhá neregistrovaný mediátor; ten nepodléhá rovněž zákazu svědčit u soudu (arbitráže). Avšak registrovaný mediátor – např. advokát může podléhat mlčenlivosti na základě svého stavovského předpisu.

Rovněž smí registrovaní mediátoři poskytnout svědectví v trestních případech; toto právo se týká rovněž neregistrovaných mediátorů.

Dobrovolná vs. povinná mediace

Mediace v Rakousku je založena na principu dobrovolnosti stran se jí podrobit. Existuje jen malé množství nařízené mediace a ani směrnice, resp. její implementace tuto situaci nezměnila. Na mediaci se odkazuje v řadě právních předpisů, a to jak formou dobrovolnou tak povinnou.

Co se týče rakouského procesního předpisu, ve třech případech se odkazuje na mediaci, i když ne výslovně: článek 204 občanského řádu stanoví, že soud se má kdykoli pokusit o dohodu mezi stranami; dále musí strany informovat o institucích, kde se lze kvalifikovaně pokusit o vyřešení sporu. A nakonec předpis hovoří o zápisu z jednání na žádost stran, pokud strany dojdou k dohodě.

Další právní předpis, tzv. nesporný zákon („Ausserstreitgesetz“; Act on Non – Contentious Proceedings) upravující oblast rodinnou a pozemkovou, dvakrát odkazuje na mediaci: čl. 13(3) stanoví, že soud vždy musí postupovat směrem k dohodě stran, a to v jakékoli fázi řízení. Článek 29 pak prohlašuje, že pokud se dá očekávat mezi stranami dohoda, pak soud přeruší řízení na dobu 6 měsíců (pokud by tím však nebyly ohroženy zájmy jedné ze stran). Rakouský Nejvyšší soud prohlásil ve svém rozsudku, že mediace nesmí být povinná pro rodiče ve sporu o péči o dítě, a to i kdyby to mělo být pro dítě v nejlepším jeho zájmu.

Ale existují zde případy povinné mediace: např. v sousedských sporech musí strany před zahájením soudního řízení kontaktovat registrované mediátory či konciliační

výbory. Soudní řízení může být zahájeno pouze po třech měsících od začátku mediačního řízení.

Rovněž pracovní právo zakládá situace, kdy konzultace s konciliačním výborem nebo registrovaným mediátorem je povinná (např. žaloby týkající se pracovně a tělesně postižených zaměstnanců). Přednost před registrovanými mediátory však dostávají tradiční konciliační řízení před Federálním úřadem racionálních služeb. Rovněž se v praxi příliš neuplatnila mediace v případech nové formy výpovědi z učebního poměru.

Informační mediační setkání

Soudy mohou informovat strany o možnostech, které nabízejí služby v oblasti mimosoudního řešení sporů. Avšak rozsah informací, které soud poskytne, je ponechán na úvaze soudu.

Náklady mediace (pobídky) a sankce

Jelikož účast na mediaci je zásadně dobrovolná, nejsou v Rakousku zakotveny žádné sankce nebo negativní následky pro strany, které se mediace účastní, či se jí neúčastní v dobré víře. Ani v právních předpisech nenalezneme jakékoli pobídky směrem k mediaci.

Soudní mediace

Soud musí v rodinných a nemovitostních věcech usilovat o uzavření smíru; a je k tomu oprávněn v jakékoliv fázi soudního řízení; pokud je to vhodné, informuje strany o institucích, které poskytují kvalitní služby ADR.

S výjimkou pracovních a sousedských sporů zde neexistuje obecné schéma soudem „nařízené“ mediace. V roce 2008 však obchodní soud ve Vídni zahájil pilotní projekt, který měl pozitivní ohlas.

Rakouský právní rámec celkově vybízí k sepsání dohody kdykoli v rámci soudního řízení. A to, zda pracuje se stranami směrem k dohodě sám či nabídne

informace o institucích nabízejících mediační služby, záleží (s výjimkami uvedenými shora) pouze na osobním přístupu soudce.

Vykonatelnost

Rakousko umožňuje v souladu s čl. 6 směrnice a následně článkem 433a občanského soudního řízení nazvaného Dohoda o mediaci, aby strany nechaly mediační dohodu schválit jakýmkoli soudem, a tento soud posoudí její soulad s právem. Pokud tomu tak je a soud dohodu schválí, je vykonatelná, a to bez ohledu na to, zda byla uzavřena před zaregistrovaným či nezaregistrovaným mediátorem.

Vzdělání a akreditace mediátorů

Požadavky na vzdělání a výcvik mediátorů stanoví federální ministerstvo spravedlnosti, které současně vydává „seznam registrovaných mediátorů“. Podmínkou zápisu je věk 28 let; musí jít o osobu profesně vzdělanou a důvěryhodnou. Tím se stane úspěšným složením písemných zkoušek a dodáním certifikátu o přihlášení se k příslušnému Etickému kodexu mediátorů. Povinné je také profesní pojištění mediátora. Registrace na seznamu MSP je platná na dobu 5 let. Může být obnovena na dalších 10 let, pokud uchazeč prokáže účast na dalších 50 hodinách následného výcviku během 5 let.

Vzdělání registrovaných mediátorů a závěrečné zkoušky jsou jak teoretické tak praktické. Teoretická část zahrnuje obecně 150 hodin tréninku v následujících oblastech: úvodní a historická pasáž o mediaci, mediační proces, metody a fáze mediace, komunikační dovednosti, analýzu konfliktu, rozsah použití, teorie osobnosti, etické otázky a právní rámec. Praktická část pak obsahuje praktické případové studie, skupinovou práci se stejnou sociální skupinou osob, psychologická a osobnostní témata.

Dále, specializovaná organizace pro soudní mediaci (Verband für Mediation gerichtssanhängiger Verfahren) pracuje na speciální certifikaci pro mediátory napojené na soud, předpokladem které je složení zvláštních zkoušek.

Povinnost advokátů informovat klienty o mediaci

Nehledě na málo oblastí, kde je použití metod ADR povinné, rakouské právo neobsahuje obecnou povinnost informovat klienty o možnostech ADR, jejich výhodách či nevýhodách jako alternativě k soudnímu řízení. Advokáti (resp. obecně právníci) by měli mít obecné povědomí o mediaci. Např. stavovská Směrnice pro výkon advokacie, článek XII (§63-65) popisují parametry výkonu funkce advokáta - mediátora, pokud by v této roli měl advokát vystupovat.

Právní zástupci v mediaci

Účast externích právníků v mediaci není povinná. Ani zákon z roku 2004, ani zákon „implementační“ neukládá jakýmkoli odborníkům přímou účast na mediaci. Tito profesionálové však musí následovat etické i jiné standardy svých profesí. Např. rakouský zákon o advokacii ukládá advokátovi jako prvnímu zástupci dodržovat jak vlastní stavovská pravidla profesní etiky tak současně ukládá advokátovi – mediátorovi dodržovat principy mediace jako nezávislost, neutralitu a nestrannost mediátora. Mediátoři a advokáti jsou rozdílné profese, mající své nezaměnitelné úlohy, i když mají mnoho společného. Proto je mediace vyučována na rakouských univerzitách, právnických fakultách. Popis základních práv a povinností registrovaných mediátorů, tak jak je uvedeno v čl. I zákona o mediaci, pomáhá vymezit rozdíly mezi rolí mediátora v mediaci a ostatních účastníků v mediaci a jsou v zásadě totožná s těmi ustanoveními, která má český zákon o mediaci.

Statistika

K datu duben 2012 bylo v Rakousku 2 377 registrovaných mediátorů zapsaných v seznamu vedeném ministerstvem spravedlnosti; z toho většina žen (1418 žen; 959 mužů).

Statistiky jsou k dispozici pouze pro státní sektor, a hovoří zejména pro rodinnou sféru; průměrná délka mediace zde činí 7,5 hodiny. Počet mediací se vykazuje za rok 500 až 2000.

2. Itálie

Stupeň regulace

Italský parlament se pokoušel mediaci regulovat po desetiletí. Poprvé byla mediace zmíněna v italském Občanském zákoníku v roce 1865. V roce 1931 byla mediace využívána v souvislosti s ustanoveními o veřejném pořádku. V roce 1940 byla mediace přidána do občanského soudního řádu jako interní proces pro soudce a v 60. letech se začala mediace v Itálii využívat v pracovněprávních sporech. V souladu se zákonem č. 533 byli mediace a smírčí řízení v roce 1973 zavedeny do Občanského soudního řádu. V prosinci roku 1993 zřídila obchodní komora mediační a arbitrážní komisi za účelem řešení sporů mezi společnostmi navzájem a společnostmi a jejich klienty. **V roce 2003 bylo vydáno legislativní nařízení č. 5/2003, na základě kterého byly spory v určitých věcech finančních a ve všech věcech obchodních řešeny za pomoci mediace.**

I když byla mediace v určitých oblastech využívána do roku 2003, široká veřejnost ji jako metodu alternativního řešení sporů nevyužívala. Do povědomí veřejnosti se mediace dostala až po vydání Evropské směrnice o mediaci a její implementaci. V červnu 2009 vydal italský parlament legislativní nařízení č. 69, které uznalo mediaci jako možné řešení občanskoprávních a obchodních sporů. Italský parlament zmocnil italskou vládu k vydání legislativního nařízení o mediaci. Díky vydání tohoto nařízení došlo v roce 2010 k uzákonění legislativního nařízení č. 28.

21. března 2011 vstoupila v účinnost ustanovení o mandatorní mediaci. V té době bylo v Itálii od stran ve sporech občanskoprávních požadováno, aby vyzkoušely mediaci před tím, než mohly jít k soudu. Výsledkem těchto nových pravidel bylo, že vedoucí italská právnická organizace OUA zpochybnila legislativní nařízení č. 28. Podle právníků OUA porušovalo legislativní nařízení č. 28 článek 24 italské Ústavy. Článek 5.1 v ní říká, že: „Za účelem ochrany svých práv může podle občanského a správního práva jít kdokoli s případem k soudu.“

OUA se s tímto případem obrátila na italský Ústavní soud, který shledal, že článek 5.1 neporušuje článek 24 italské Ústavy. Místo toho shledal, že článek 5.1

porušuje článek 77, který říká, že: „ Vláda nesmí bez souhlasu Parlamentu vydat legislativní nařízení, které má váhu zákona.“ V usnesení soudu stálo, že zákon byl schválen „nad rámec zákonodárné moci“. Požadavek na předběžnou mediaci byl obsažen ve vládním nařízení (legislativní nařízení č. 28/2010). Jeho vydání ale nebylo zmíněno v nařízení Parlamentu (zákon č. 69/2009), které k vydání detailních pravidel mediace zmocňovalo exekutivní sféru.

Nutno podotknout, že Ústavní soud neshledal porušení článku 24 článkem 5.1. Soud nepohlížel na mandatorní mediaci jako na porušení Evropské směrnice o mediaci nebo jako na porušení italské Ústavy. Kvůli článku 77 italské Ústavy byl článek 5.1 vyloučen, což mělo za následek zastavení prakticky všech mediačních řízení v Itálii. Dokonce i těch, pro které se strany rozhodly dobrovolně.

Po zastavení mediačních řízení docházelo k dalšímu zahlcení soudů. Italská ministryně spravedlnosti, Anna Maria Cancellieri, začala původní pravidla mediace přepisovat, přidala do nich možnost mandatorní mediace a učinila i další úpravy, aby vyřešila problém s přetížením soudů. Výsledkem je, že spory, které se týkají nehod motorových vozidel, jsou od mandatorní mediace osvobozeny. Obě strany sporu mohou také mediační proces v počáteční fázi ukončit a zaplatit pouze symbolickou částku za vzniklé náklady, a to v případě, že jsou přesvědčeny, že dosažení dohody je nepravděpodobné (tzv. mediace opt-out). Nová pravidla obsahují také některé pobídky a sankce, které budou popsány dále v textu.

21. června 2013 schválila italská vláda legislativní nařízení č. 69. Tato nová mediační pravidla Parlament dne 9. srpna 2013 uzákonil a 20. září 2013 vstoupila nová pravidla v platnost.

Pravidla mandatorní mediace byla znovu uvedena v článku 5, 1bis, legislativního nařízení č. 28. Článek 5, 1bis bude platný do září 2017. Dva roky po jeho vstoupení v platnost, tedy v září 2015, provede ministerstvo spravedlnosti průběžné vyhodnocení pravidel mandatorní mediace.

Ačkoli se mediace řídí zákonem, mediační proces je regulován organizacemi mediátorů. Předpisy vydané organizacemi mediátorů musí obsahovat pravidla uvedená

v legislativním nařízení č. 28. Jsou jimi důvěrnost, nestrannost mediátora, délka mediačního procesu a asistence právního zástupce.

Případy, které mohou nebo by měly být mediovány

Mediační procesy obsažené v legislativním nařízení č. 69, které zahrnují jak přeshraniční tak vnitrostátní spory, se vztahují pouze na práva a stížnosti, se kterými mohou strany svobodně nakládat oproti právům, se kterými jednotlivci svobodně nakládat nemohou. Těmi jsou např. věci z rodinného práva.

Podle článku 5 jsou následující věci předmětem mandatorní mediace: nájmy, pozemkové právo, rozdělení majetku, dědictví, pronájmy, půjčky, půjčovny, lékařské a zdravotnické zanedbání péče, pomluva v tisku, smlouvy, pojištění, bankovníctví a finance. Nová legislativa představuje nová pravidla mediace. Rovněž představila mediaci dobrovolnou, kterou lze využít v jakýchkoli občanskoprávních a obchodních věcech výše neuvedených.

Jednotný versus dvojí systém

Itálie má monolitický systém regulace mediace, což znamená, že se v přeshraničních sporech uplatňuje stejná legislativa jako ve sporech vnitrostátních.

Důvěrnost

Důvěrnost v mediaci se řídí zákonem. Podle článku 9 legislativního nařízení č. 28 je každý účastník mediace včetně stran, právního poradce a mediátora povinen zachovat důvěrnost. Tato povinnost se vztahuje i na zdokumentovaná vyjádření a informace získané v průběhu mediačního procesu. Pokud strany dají souhlas se zveřejněním informací, je mediátor zproštěn povinnosti zachovat důvěrnost. Mediátor je rovněž zproštěn povinnosti zachovat důvěrnost v případě, že by utajením informací došlo k porušení zákona. Podle článku 10 legislativního nařízení č. 28 a

článku 200 italského trestního řádu nesmí být po mediátorovi požadováno svědectví u soudu ve věci, kterou se dozvěděl v průběhu mediace.

Dobrovolná versus mandatorní

V souladu s novým legislativním Nařízením vlády č. 69 jsou nyní mediace pro již dříve vyjmenované případy povinné.

Informační schůzka k mediaci

Při mandatorní mediaci je obsah prvního setkání informativní. V průběhu setkání vysvětlí mediátor funkci mediace a její průběh. Poté vyzve strany a jejich právní zástupce, aby se vyjádřili k možnosti zahájení mediačního procesu. Pokud strany souhlasí, mediace se zahájí.

Motivace a sankce

Pro strany neexistuje motivace, aby spor řešily mediací. Existují ale finanční podněty pro dosažení mediační dohody. Článek 17 Nařízení č. 28 uvádí, že veškeré úkony a dokumenty, které se vztahují k mediaci, jsou osvobozeny od kolokovního, daní a ostatních poplatků. Dále je konečná dohoda osvobozena od registrační daně, a to do maximální výše 51.646 EUR.

Článek 20 legislativního Nařízení stranám přiznává slevu na dani z poplatku za mediaci, pokud je dosaženo dohody. Sleva se odvíjí od výše zaplacené částky. V případě úspěšné mediace je to 500 EUR. Pokud mediace skončí neúspěšně, sleva na dani se sníží o polovinu. Pro případ, že je spor vyřešen mediací, existuje finanční motivace v podobě 25% kompenzace nákladů za advokáta.

Podle nových mediačních pravidel, která nedávno vstoupila v platnost, jsou strany pobízeny k pokračování v mediačním procesu. Jakmile se strany rozhodnou mediační proces ukončit, je mediátor oprávněn navrhnout způsob řešení sporu. Pokud to jedna strana odmítne a případ jde k soudu, který rozhodne stejně, jak navrhoval

mediátor, může dát soudce k úhradě veškeré poplatky straně, která navrhované řešení mediátora odmítla.

Článek 8.5 legislativního Nařízení č. 28, který byl dříve z nařízení vyjmut, uvádí sankce udělené soudem. Tyto sankce byly znovu zavedeny novým legislativním nařízením. Podle článku 8.4 může soudce presumovat určité důkazy v následném soudním procesu. Dále může soud udělit sankce stranám, které se o mediaci nepokusí. Soudce může nařídit sankce (finanční „doplatek“) straně, která se bez jakéhokoli odůvodnění odmítne zúčastnit mediačního procesu. Tento doplatek se rovná správnímu poplatku za soudní řízení a je odváděn státu. Nařízení doplatku by pro dotyčnou stranu znamenalo poplatek v dvojnásobné výši.

Pokud je najat právník, musí klienty písemně informovat o možnosti mediace jako alternativy soudního řízení. Právník musí klienty také informovat o daňových úlevách, pokud se rozhodnou pro mediaci. V případě, že právník klienty o tomto neinformuje, mohou klienti vypovědět smlouvu s právníkem o právním zastoupení.

Soudem navržená mediace

V souladu s novými pravidly jsou soudci oprávněni nařídit stranám mediaci, a to v jakékoli fázi sporu. Podle charakteristiky případu může soudce strany vyzvat, aby v mediaci pokračovaly, a to i v případě odvolání.

Vymahatelnost

Mediační dohoda je automaticky vymahatelná. Pokud strany dospěly k dohodě, je vše shrnuto v zápisu. Zápis musí podepsat mediátor, strany a jejich právní zástupci. Poté je zápis přiložen k dohodě. Podle článku 12 legislativního nařízení č. 28 může každá ze stran mediační dohodu předložit soudu již k výkonu rozhodnutí (stejný režim jako vykonatelné soudní rozhodnutí). Když dohoda porušuje veřejný pořádek nebo zákon, soudce ji nepřijme.

Vzdělávání a akreditace mediátorů

Pro vzdělávání mediátorů a jejich akreditaci existuje podrobná právní úprava. Organizace mediátorů registrované u ministerstva spravedlnosti řídí certifikaci „svých“ mediátorů. Mediátor může provozovat mediaci pouze, je-li registrován u některé z mnoha organizací mediátorů uznaných ministerstvem. Organizaci mediátorů mohou založit místní advokátní komory, obchodní komory a různé profesní organizace. Před zahájením činnosti ale musí být registrovány u italského ministerstva spravedlnosti. Podle článku 16 legislativního Nařízení č. 28 se vede seznam organizací autorizovaných nabízet akreditační vzdělání pro mediátory.

Mediátoři musí absolvovat školení v délce 50 hodin. Každé dva roky jsou povinni absolvovat další vzdělávání v délce minimálně 18 hodin. Dále musí mít mediátor absolvované tříleté vysokoškolské vzdělání nebo musí být zapsán v profesní organizaci mediátorů. Po nově certifikovaných mediátorech se požaduje, aby asistovali zkušeným mediátorům minimálně u 20 mediací, a to v průběhu prvních dvou let od získání certifikátu.

Kromě požadavků uvedených v zákoně, má každá organizace mediátorů ještě vlastní požadavky.

Povinnost advokáta informovat klienty

Advokáti mají povinnost informovat klienty o možnosti mediace a pokusit se vyřešit spor mediací. Strana sporu může totiž smlouvu s advokátem vypovědět v případě, že advokát neposkytne detailní informace o mediaci. Toto nařízení má významný dopad na podporu mediace.

Právní zastoupení v mediaci

Ještě než vstoupila nová pravidla v platnost, byly strany vyzývány, aby si k jednání přizvaly právního zástupce. V souladu s novými pravidly uvedenými v Nařízení je nyní přítomnost právního zástupce povinná.

Statistika

Vzhledem k tomu, že nová pravidla začala platit teprve nedáno, neexistují statistiky, které by dokládaly výsledky změn. Existují ale statistiky, které dokládají dopad prvních pokusů o mandatorní mediace v Itálii. Podle oficiálních vládních statistik bylo od března 2011 do října 2012, tedy od doby, kdy byly zavedeny mandatorní mediace, iniciováno 220 000 mediačních řízení. Skoro polovina těchto případů byla vyřešena, jakmile žalovaná strana s mediací souhlasila. To je neuvěřitelný úspěch v porovnání s obvyklou lhůtou tří let, po kterou se čeká na soudní rozhodnutí. V případě odvolání se tato doba může prodloužit až na 9 let.

Ostatní

Itálie se ukázala jako opravdový „průkopník“ v oblasti mediace, a to na mnoha úrovních. Zaprvé, jedno pravidlo způsobilo, že počet mediačních řízení byl nejvyšší z celé EU. Zadruhé, když bylo toto pravidlo zrušeno, prakticky všechna mediační řízení byla zastavena. To potvrzuje jeho důležitost.

Veškeré další pobídky k využití mediace v rámci italského práva zůstaly od března 2010 až doposud nezměněny. Nárůst počtu mediačních řízení ale neovlivnily. Prosazení mandatorní mediace mělo navíc v prvním i druhém stádiu pozitivní výsledky. V březnu 2011 se původně zanedbatelný počet mediací zvýšil na několik tisíc měsíčně. Když se v březnu 2012 mandatorní mediace začala vztahovat i na spory vzniklé z nehod motorových vozidel a spory ve věcech, které se týkají spoluvlastnictví, počet mediací překročil 12 000 za měsíc. Tato čísla každý měsíc rostla až do doby, kdy rozhodnutí ústavního soudu mediaci téměř zastavilo.

3. Nizozemí

Stupeň regulace (extenzivní versus limitovaná)

Přijetí směrnice přimělo rovněž nizozemskou vládu k zákonné regulaci mediace. Zákon (zákon č. 32.555) tak jak byl představen ministerstvem bezpečnosti a

spravedlnosti, byl původně přijat poslaneckou sněmovnou v roce 2011, následně ale vzbudil znepokojení v senátu. Nový zákon totiž zahrnoval nová pravidla. Jsou jimi: stavení promlčecích lhůt; možnost, aby soudce doporučil mediaci ve všech případech, a to na základě nového ustanovení v občanském soudním řádu, výsada mediátorů nemuset odhalit informace získané v průběhu mediačního procesu, zbavení povinnosti stran i mediátora svědčit v občanskoprávních a obchodních sporech nebo arbitráži. S ohledem na vykonatelnost písemných dohod bylo třeba vyplnit mezeru v zákoně a **v rozvodových řízeních postoupených k mediaci byla dohoda vzešlá z mediace automaticky vykonatelná.** Důležité bylo, že se zákon neomezoval na mediace v přeshraničních sporech.

Přidáním nového ustanovení do návrhu zákona se vláda dokonce pokusila omezit počet mediátorů povinných zachovat mlčenlivost. Tento článek zavazoval mediátora k mlčenlivosti pouze v případě, že důvěrný charakter mediace byl výslovně dohodnut. Nebylo ale jasné, kdo bude kvalifikován jako mediátor. Na rozdíl od označení „Mediátor nizozemského mediačního institutu – Netherlands Mediation Institute Mediator“ není označení „mediátor“ není nijak chráněno. Označení „Mediátor nizozemského mediačního institutu“ je registrováno jako kolektivní značka a používat jej smí pouze mediátor registrovaný u tohoto institutu. Jako problematické se jeví i dokazování existence dohody o zachování důvěrnosti. Zákon totiž písemnou formu těchto dohod nevyžaduje.

Výše zmíněné obavy vedly ministra bezpečnosti a spravedlnosti ke stažení zákona a k předložení zákona nového. Návrh nového zákona se více zaměřil na obsah evropské směrnice a implementace této směrnice se omezila na přeshraniční spory. Nový zákon č. 33.320 prošel poslaneckou sněmovnou i senátem beze změn a v platnost vstoupil 15. listopadu 2012 (Nizozemí směrnicí implementovalo před stanovenou lhůtou).

Ministr bezpečnosti a spravedlnosti nedávno zveřejnil doplňkovou legislativu, která kromě jiného reguluje standardy kvality. Informoval také o národním registru mediátorů, který funguje od roku 2014 a oznámil předložení tzv. private member's bill on mediation. Poprvé v historii se v Nizozemí v oblasti mediace očekává zvýšená legislativní aktivita. Podle nově zpracované agendy (Innovatieagenda rechtsbestel,

2011) chce ministr bezpečnosti a spravedlnosti podporovat mimosoudní řízení, a to formou posílení pozic profesních a obchodních komisí ve sporech a úpravou arbitrážního řízení. Ministr se také bude snažit o bližší seznámení jednotlivců, společností a vládních organizací s mediací a učinit ji tak zcela běžnou záležitostí. Stanovení požadavků na kvalitu, dohled nad dodržováním kvality, podmínky pro zápis do seznamu mediátorů, ochrana důvěrnosti a právo jednotlivce na podání stížnosti a/nebo na zahájení disciplinárního řízení v této souvislosti budou dále regulovány.

Po implementaci doplňkového zákona se mezi odborníky praktikujícími mediací bude popis konkrétních pravidel a jejich dodržování dít na základě samoregulace. Ministr také zvažuje vytvoření diferencovaného schématu poplatků pro osoby, které hledají právní pomoc. Nižšími poplatky chce klienty motivovat k využití mediace. Soudní stav bude klást větší důraz na postoupení případů k mediaci. Strany budou standardně schopny analyzovat spor a stanovit si priority.

Případy, které jsou mediovány

V Nizozemí jsou mediovány následující typy případů: výpovědi ze zaměstnání, rozvod a opatrovnictví, nájemní spory, spory s vládou, sousedské spory, obchodní spory, případy postoupené pojistiteli právní pomoci, provize za zprostředkování nájmu. Mediáci také využívají odborové instituce, výbory pro spory, vládní instituce, ombudsman, komunity a obchodní sféra.

Jednotný versus dvojitý systém

Mediace se v Nizozemí řídí duálním systémem, což znamená, že v současnosti se zákonem o mediaci řídí pouze přeshraniční spory. Do budoucna bude zákon pravděpodobně upraven tak, aby se jím mohly řídit i spory vnitrostátní.

Důvěrnost

Pokud jde o důvěrnost v mediaci, rozhodla se holandská legislativa chránit ji pouze částečně. Důvěrnost se tedy týká jen těch práv a povinností, na kterých se strany dobrovolně dohodly. Pouze strany samotné mohou rozhodnout, zda bude mediátor muset toto ochranné opatření dodržovat či nikoli. **V případě, že se strany dohodnou, že ujednání o mlčenlivosti v dohodě neuvedou nebo toto ujednání vynechají, může být mediátor povolán k soudu jako svědek.**

Před implementací směrnice neexistovala v holandském občanském právu opatření, která by se týkala důvěrnosti. To proto, že bylo běžnou praxí dát klauzuli o důvěrnosti do smlouvy o provedení mediace. Tato klauzule zajišťovala stranám i jejich mediátorům určitou míru zachování mlčenlivosti. Navzdory faktu, že by soudce klauzuli o důvěrnosti uznal jako legitimní důvod nevypovídat, nebyla tato formálně vyžadována.

Nedostatek zákonných podmínek chránících důvěrnost byl jedním z důvodů k úpravě článků 165 a 1041 (arbitráž) občanského soudního řádu. Článek 165 odst. 3 nyní říká, že: „Pokud se strany a mediátor na důvěrnosti výslovně dohodnou, mohou zachovat mlčenlivost. Ta jim umožňuje nevypovídat nebo neposkytnout důkazy ve věcech týkajících se mediace. Jedná se pouze o dobrovolně ujednaná práva a povinnosti.“ **Článek II, bod C občanského soudního řádu dále zdůrazňuje, že strany a mediátor jsou zbaveni povinnosti vypovídat u soudu nebo poskytovat informace vztahující se k mediaci pouze v případě, že se na důvěrném charakteru mediace výslovně dohodli.**

Právo na důvěrnost obsahuje dvě výjimky. Jedna vyplývá z veřejného pořádku a je jí ochrana zájmů dětí nebo ochrana mentální či fyzické integrity jednotlivce. Druhá výjimka vyplývá z nutnosti zveřejnit obsah mediační dohody, aby mohla být efektivně vykonána.

V prohlášení, které se týká neutrality mediátora podle článku 165.1, uvedl Nizozemský nejvyšší soud, že důvěrnost je pro mediaci esenciální, a že je otevřený k přijetí ochrany důvěrnosti přímo v zákoně. Jelikož někteří mediátoři vlastní certifikát a splňují požadavky kvality, zatímco jiní se stali mediátory ad hoc, rozhodl soud, že by

ochrana důvěrnosti pro všechny byla neúměrná. Kromě toho je zde problém s dokazováním existence dohod o zachování mlčenlivosti, protože zákon písemnou formu těchto dohod nevyžaduje.

Veškeré obavy vedly ministra bezpečnosti a spravedlnosti ke stažení zákona a k předložení zákona nového. Návrh nového zákona se více změřil na obsah směrnice a implementace této směrnice se omezila na přeshraniční spory. Nový zákon č. 33.320 prošel poslaneckou sněmovnou i senátem beze změn a v platnost vstoupil 15. listopadu 2012 (Nizozemí směrnicí implementovalo před stanovenou lhůtou).

Dobrovolná versus mandatorní

V Nizozemí je mediace založena na dobrovolnosti a může být zahájena dvěma způsoby: (i) mimosoudně a (ii) soudně. Pokud vezmeme v úvahu rozhodnutí Nizozemí pro politiku dobrovolné mediace, v občanském zákoníku ani v občanském soudním řádu není ustanovení, které vyžaduje účast na mediaci. Hlavním důvodem, proč v občanskoprávních a obchodních sporech mandatorní mediace neexistuje, je předpoklad, že mediace bude úspěšná v případě, že s ní budou obě strany souhlasit, než kdyby do ní byly nuceny.

Informativní schůzka k mediaci

V mimosoudních mediacích nehraje soudce ani jeho intervence žádnou roli, jelikož strany jdou přímo za mediátorem. V soudních mediacích může soudce stranám doporučit, aby využily mediátora. Doporučení může být dvojího druhu: (i) soud může stranám mediaci navrhnout v dopise (písemný návrh) a (ii) soud může navrhnout mediaci v průběhu slyšení (ústní návrh). V případě písemného návrhu obdrží strany dopis ještě před slyšením u soudu. Dopis má pobízet strany, aby zvážily mediaci. Spolu s dopisem je zasílána brožura a krátký dotazník, které mají stranám pomoci v rozhodnutí, zda si pro vyřešení svého sporu zvolí mediaci či nikoli. Pokud strany souhlasí, že se o mediaci pokusí, je případ o tři měsíce odložen. Právě tento časový úsek je často potřeba na celou mediaci.

V případě soudem navržené mediace je za její administraci odpovědný soudní úředník. Pro strany je také první kontaktní osobou, na kterou se se svými dotazy ohledně jim navržené mediace mohou obrátit.

Motivace a sankce

Propagace mediace na celostátní úrovni byla provázena dvěma finančními pobídkami: (i) dočasným finančním stimulem, který kompenzoval některé náklady na mediaci v případech navržených soudem a (ii) představením právní pomoci v mediaci. Dočasný finanční stimul (2005-09) mohly využívat strany, které neměly nárok na využití právní pomoci. V praxi toto opatření znamenalo 2,5 hod mediace zdarma.

Finanční stimul byl v dubnu 2010 ukončen, protože splnil svůj účel. Mediace se dostala do širšího povědomí a finančních pobídek už nebylo třeba. Většina občanů již věděla, že mají možnosti zvolit si mediaci jako alternativu k soudnímu řízení.

V protikladu k dočasnému stimulu představilo Ministerstvo spravedlnosti trvalé finanční opatření pro strany, které si mediaci nemohou dovolit, a to formou poskytnutí právní pomoci. Právní pomoc v mediaci může být poskytnuta: (i) manželům či osobám, které žijí ve společné domácnosti a rodinám s pouze jedním rodičem, jejichž roční (hrubý) příjem je nižší než 34.700 EUR a (ii) osobám, které žijí samy a jejich roční (hrubý) příjem činí méně než 24.600 EUR. Existuje také možné zažádat si o drobný finanční příspěvek (ve výši 50 – 101 EUR) v závislosti na délce mediace a na výši příjmů stran.

Některé náklady na soudní mediaci hradí soudy, a to formou úředníka, který se na mediaci specializuje a pomáhá jak stranám, tak soudci. Náklady na mediaci navrženou soudem hradí nejen soudy ale i strany. Částka, kterou strany za mediaci zaplatí, se neřídí zákonem, nýbrž se odvíjí od možnosti získat právní pomoc. V případech, ve kterých je právní pomoc využita, zaplatí strany relativně nízké poplatky.

Soudem navržená mediace

Nizozemské soudnictví zavedlo návrh na postoupení případu k mediaci na všech soudech první instance a na všech odvolacích soudech. To znamená, že případ je možno postoupit k mediaci vždy, když se pro ni zdá být vhodný.

Historie tohoto vývoje začala v 1999. V tomto roce zveřejnil ministr spravedlnosti dopis parlamentu, který nesl název Více cest ke spravedlnosti. Pro období let 2000 - 2002 tak chtěl nastínit nový pohled na mediaci v Nizozemí. V kombinaci s významnou reformou justice (Justice dvacátého století) vedl tento dopis k celostátním experimentům se soudní mediací. Jejich závěrem byl fakt, že prostor pro vyjednávání existuje před soudním řízením i v jeho průběhu. Implementace soudem navržených mediací proběhla v roce 2004, když bývalý ministr spravedlnosti oznámil svou podporu zavedení mediace na celostátní úrovni. Na základě uvedených závěrů a ministrovu podpory byl v roce 2005 implementován institut soudem navržené mediace. Od roku 2007 byl institut soudem navržené mediace na všech soudech. Od roku 2007 mohou všechny soudy navrhnout případy k mediaci, pokud se jim pro ni zdají vhodné, i když ne na mandatorním základě.

Vymahatelnost

Podle článku 279(4) občanského soudního řádu mohou strany v dohodě uvést výsledky úspěšné mediace (vaststellingsovereenkomst). Tuto dohodu lze na přání stran notářsky potvrdit. Pokud bylo dosaženo dohody v mediaci navržené soudem, lze ji uvést do zápisu, rozhodnutí nebo nařízení (obdoba schválení dohody soudem).

Dohodu podepíší obě strany nebo jejich zástupci. Pokud jedna ze stran nedostojí svým závazkům uvedeným v mediační dohodě, může druhá strana (díky notářskému potvrzení, soudnímu zápisu, soudnímu rozhodnutí nebo soudnímu nařízení) vymáhat dodržení smlouvy přímo přes soudního vykonavatele.

Vzdělávání a akreditace mediátorů

Požadavky na vzdělání a akreditaci mediátora se momentálně neřídí zákonem. Privátní sektor a asociace mediátorů určují minimální kritéria kvalifikace pro získání akreditace jako (registrovaný nebo certifikovaný) mediátor. NMI (Nizozemský mediační institut) hraje v určování minimálních norem kvality pro mediátory zásadní roli. Za prvé sdružuje všechny profesionální mediátory a za druhé kontroluje a zajišťuje kvalitu služeb poskytovanou registrovanými mediátory.

Ten, kdo se chce nechat zapsat do celostátního registru mediátorů vedeného Nizozemským mediačním institutem, musí splňovat následující požadavky:

- a. absolvování kurzu pro mediátory uznaného NMI
- b. úspěšné absolvování testu znalostí a zvládnutí role mediátora v hrané scéně
- c. absolvování minimálně 9 mediací (celkem 36 hodin za jednu mediaci) každé tři roky
- d. účast na supervizních sezeních (mediačních sezeních, kde kolegové mediátoři pozorují práci mediátora). Na základě tohoto pozorování implementuje mediátor návrhy na zlepšení své práce.

Všichni mediátoři, kteří působí v soudně navržených mediacích, musí být registrováni u NMI. Aby mediátoři mohli dostávat odměnu za poskytnutou právní pomoc (legal aid), musí dodržovat pravidla uvedená v zákoně o právní pomoci. Tato pravidla stanoví minimální požadavky pro zápis do registru mediátorů u Rady pro právní pomoc.

Povinnost advokáta informovat klienty

Povinnosti právních zástupců nebo jiných odborníků, kteří se účastní mediace, se neřídí žádnými pravidly ani předpisy.

Právní zastoupení v mediaci

Mediace se může zúčastnit i externí právní poradce. Není to ale povinné.

Statistika

Podle výroční zprávy Rady pro justici z roku 2010, bylo 51.690 mediačních případů z podnětu soudu. Většina těchto případů se týkala rodinného práva/rozvodů (66%). V menším rozsahu byla mediace využívána v případech z oblasti obchodního práva (5%), pracovního práva/propuštění ze zaměstnání (4%), sousedských sporů (2%) a nájemních sporů (2%).

V oblasti správního práva v soudem navržených mediacích tvořily největší skupinu případy, které se týkaly daní/financí (29%) a případy, které se týkaly práva sociálního zabezpečení (23%). Menší skupinu v této oblasti tvořily případy, které se týkaly zákona o státní službě (7%) a obecné spory namířené proti vládě (10%). Podle čísel uvedených v Mediačním monitoru vzniká nejvíce sporů v oblasti rodinného práva (33%), v oblasti pracovního práva (25%), v oblasti správního práva (8%), v oblasti obchodního práva (8%) a v oblasti sousedských vztahů (15%).

Podle zprávy zveřejněné Nizozemským mediačním institutem v roce 2011 byl počet mediací v roce 2011 také 51.690. Ze všech mediováných případů tvořily rodinné spory 33%, pracovní spory 25%, komunitní spory 18% a vládní, obchodní a ostatní spory 8%. V roce 2011 vytvořil Nizozemský mediační institut také krátký dotazník, ve kterém od mediátorů zjišťoval informace o přeshraničních sporech. Z celkem 4.493 mediátorů jich 1.154 odpovědělo. Podle této skupiny respondentů vzrostl celkový počet přeshraničních mediací z 2.655 v roce 2010 na 4.200 v roce 2011. V případě vnitrostátních sporů je situace stejná jako v případě sporů přeshraničních. Většina se jich týká rodinného práva (44%), pracovního práva (22%) a obchodního práva (19%).

Na základě výroční zprávy holandské justice z roku 2012 se počet soudem nařízených mediací v roce 2012 snížil na 11% (v porovnání s roky předešlymi). Největšího snížení počtu soudem navržených mediací se dočkaly případy z oblasti správního práva (snížení o 44%), a z oblasti finančního práva (snížení o 62%). Jedním z hlavních důvodů pro takové snížení bylo zavedení „nového přístupu k případům“ (nieuwe zaaksbehandeling). V případech soudem navržené mediace bylo součástí nového přístupu v oblasti správního a finančního práva zrušení zasílání informačního dopisu. Jako další důvody pro snížení počtu soudem nařízených mediací uvádí výroční zpráva justice zrušení dočasného finančního stimulu; fakt, že čím dál více lidí jde

rovnou k mediátorovi, než aby se obrátili na soud, který by jim mediaci doporučil; podporu mechanismů alternativního řešení sporů jinou formou a aktivnější role soudců v urovnání sporů.

Ostatní

Díky politice, která občanům na mediaci přispívala, aktivní spolupráci justice v oblasti vývoje schémat pro soudem navrženou mediaci, různým pilotním projektům a proaktivní roli asociací sdružujících mediátory se mediace stala plně akceptovanou alternativou „tradičního“ soudního řízení. V Amsterdamu je příkladem alternativního přístupu pilotní projekt zaměřený na mediaci v trestních věcech. Cílem tohoto projektu je sledovat, jak může mediace pozitivně ovlivnit počet recidiv, snížení nákladů a míru uspokojení obětí kriminálních činů. Program se také zaměřuje na mediační setkání, která mohou napomoci k obnově vztahů mezi oběťmi a pachateli.

4. Německo

Stupeň regulace

Německý zákon o mediaci, který nabyl účinnosti 26.7.2012 je základním pramenem práva v německé právní úpravě mediace. Před tímto datem existovala pouze roztržštěná právní úprava na národní i federální úrovni. Většina ustanovení byla k nalezení v soukromých úpravách profesních a spotřebitelských organizací.

Článek 1 výše citovaného zákona stanoví základní právní rámec tím, že jednak akceptuje jednotlivá doporučení uložená Evropskou směrnicí, ale i jde dále, neboť se vztahuje vedle přeshraničních též na domácí spory. Zahrnuje pravidla pro mediační proces, střet zájmů u mediátora, mlčenlivost a požadavky na vzdělávání.

Předmět mediace

Zákon o mediaci v Německu nerozlišuje mezi různými typy sporů, které jsou či nejsou vhodné pro mediaci. Je stanoveno, že se mediace vztahuje na všechny spory s výjimkou mediací prováděnou soudci – konsiliátory.

Jednotný či dvojitý režim

Jak již bylo zmíněno výše, zákon se vztahuje jak na domácí, tak na přeshraniční spory. Existuje tedy jednotný systém.

Mlčenlivost

Mlčenlivost mediátora je upravena v článku 4 zákona, ale existují zde 4 následující důvody prolomení povinnosti mlčenlivosti mediátora:

- 1) z důvodu výkonu rozhodnutí může být nutné zbavit mediátora mlčenlivosti
- 2) z důvodu veřejného zájmu
- 3) z důvodu zájmu dítěte
- 4) z důvodů zachování fyzické či psychické integrity jedince.

Dále se mlčenlivost netýká věcí notoricky známých. Je však zásadní informace, že **mlčenlivost se týká pouze mediátora, nikoli stran či dalších osob**. Pokud mají být i tyto osoby vázány mlčenlivostí, je tuto povinnost třeba sjednat ve smlouvě o provedení mediace před samotným mediačním procesem. Rovněž rozsah takto sjednané mlčenlivosti je určen smlouvou.

Je třeba dodat, že všichni mediátoři jsou vyňati z povinnosti svědčit v následném soudním či arbitrážním řízení. V civilních věcech však mohou strany zprostit mediátora tohoto zákazu svědčit.

Dobrovolná vs. mandatorní

V Německu je mediace čistě dobrovolný proces. Podle zákona o mediaci mediace nemůže být nařízena zákonem ani soudem, a to ani před či během soudního řízení. Soud může doporučit mediaci, ale strany s ní musí souhlasit.

I když zákon o mediaci neukládá povinnou mediaci před soudním řízením, je legislativně umožněno jednotlivým zemím, aby si povinnou mediaci zavedly do svého zákonodárství, a to v předsoudní fázi u sporů, kdy výše předmětu sporu nepřesahuje 750,- EUR (tzv. „malé spory“), u sporů sousedských, u určitých sporů porušujících listinu základních práv a svobod a u sporů týkajících se pomluv.

Informativní setkání k mediaci

V Německu neexistuje povinnost takováto setkání absolvovat, a to ani před soudním řízením či jako úvod k mediaci. Výjimkou jsou pouze rodinně-právní spory.

Finanční pobídky a sankce

V současné době neexistují přímé právní či finanční pobídky k účasti na mediaci. Ale jednotlivým zemím se umožňuje takovéto opatření přijmout na základě článku 7 novely zákona o soudních poplatcích. Jde např. o zrušení či snížení výše soudních poplatků, pokud je žaloba stažena zpět poté, co došlo k uzavření dohody jako výsledku mediace.

Rovněž se uvažovalo o zavedení finančních sankcí pro ty, kteří se odmítnou účastnit mediace. Tato úprava však přijata nebyla a soud tak učinit nemůže. Rovněž se neuplatní sankce ze zákona v případě, že mediace není provedena v dobré víře.

Soudní nařízení mediace

Podle občanského soudního řádu může soud navrhnout, aby se strany pokusily o mediaci, ale strany s ní musí souhlasit. Soudce může odkázat k tzv. soudní konciliaci

vedené soudcem. Též je soudu umožněno navrhnout spor k mediaci vedené mimosoudním mediátorem.

Vykonatelnost

V Německu neexistuje automatická vykonatelnost dohod vzešlých z mediace. Nicméně každá mediační dohoda je závazná jako každá jiná smlouva. Pokud by si tak strany nepřály (aby byla smlouva nezávazná), muselo by se tak výslovně stanovit ve smlouvě.

V Německu existuje několik způsobů, jak učinit dohodu vykonatelnou – schválením notářem, soudem (pro mediace vedené v současném soudním řízení), je možno použít metodu med – arb, která ukončí mediaci řízením arbitrážním s vykonatelným arbitrážním nálezem nebo může být závěrečná dohoda sepsána právními poradci stran a pak uložena a zaznamenána u příslušného krajského soudu či schválena specializovaným úřadem (či osobou) – u tzv. Gütestelle.

Všechny shora citované metody učiní dohodu vykonatelnou; tak jako kterékoli soudní rozhodnutí.

Vzdělání a akreditace mediátorů

V současnosti platí, že každá mediační organizace (centrum) má vlastní pravidla akreditace „svých“ mediátorů. Požadavky na vzdělání jsou různé, vzdělání čítá maximálně 200 hodin výcviku u hlavních mediačních center.

Připravuje se však nový vzdělávací systém na základě nového právního předpisu. Bude se týkat požadavků na základní vzdělání a praktický výcvik v mediaci, kvalifikaci lektorů a náležitosti závěrečných zkoušek (současný nácvik dokonce počítá s výcvikem o 80 hodin kratším než obsahují současné vedoucí mediační organizace). Nové nařízení bude obsahovat také přechodná ustanovení pro posouzení kvalifikace mediátorů, vzdělaných před tímto datem.

Toto nařízení, které musí být účinné od roku 2014, zavede dvě kategorie mediátorů v Německu: certifikované a necertifikované mediátory.

Povinnost advokátů informovat své klienty o mediaci

Podle § 1 odst. 3 Pravidel profesionální etiky advokátů, musí tito poskytovat rady svým klientům, jak řešit své právní problémy, a to tím nejvhodnějším způsobem. Proto budou navrhopvat řešení konfliktu mediací tehdy, pokud půjde o ten nejvhodnější způsob řešení jejich sporu. Tato povinnost byla posílana poslední novelou občanského soudního řádu z r. 2012. **Podle ní ve výroku musí soud uvést, zda bylo před podáním soudní žaloby přistoupeno k mediaci či jinému řešení cestou ADR.**

Účast externích právních zástupců v mediaci

Účast advokátů při mediaci není povinná, ale je povolená. Ve sporech obchodních a přeshraničních bývá standardní účast jak advokátů, tak daňových poradců. **Tito poradci jsou však vždy považováni za třetí strany a jejich účast musí být odsouhlasena druhou stranou, a to před zahájením mediace.**

Statistiky

V Německu se často termín „mediace“ a „konciliace“ zaměňuje. V obou případech jde o přátelské urovnání sporu za účasti 3. osoby. I když v Německu nejsou v současné době známy statistiky o mediaci samotné, existují statistiky o konciliaci. Například v roce 2011 proběhlo 12.252 případů konciliací (státem schválenými), z toho 53,1% případů vyřešeno smírně. Odhaduje se, že mediací z podnětu soudu je ročně cca 10.000 – 15.000 v celém Německu. V Dolním Sasku například z cca 2.400 soudních mediací bylo úspěšně vyřešeno 80%.

5. Francie

Právní rámec mediace

Francie experimentuje s různými zákonnými úpravami mediace od počátku devadesátých let 20. st. V současnosti mediaci upravuje zákon, přesto však pravidla nejsou nijak rigidní. Mediace v občanských a obchodních sporech probíhá v souladu s postupy soudně nařízené mediace a řídí se „zákonem 1995“, přijatým 8. února 1995. Přesto, že jsou k dispozici rozmanité nástroje mediace, posledních zhruba 15 let se ukazuje, že mediace není ve Francii příliš oblíbeným nástrojem řešení sporů, a to zejména v komerčních kauzách.

I přes relativně omezenou úspěšnost soudní mediace se tato v posledních letech těší trvalé pozornosti. Francouzská vláda přijala 16. listopadu 2011 zákon (Ordonnance No. 2011-1540, zákon z r. 2011), který implementuje ustanovení evropské směrnice. Tento předpis je výsledkem dlouholeté práce orgánů veřejné správy, soudů a právníků formou konzultací a studií. Konkrétně *Státní rada (Conseil d'Etat)* Francouzské republiky předložila v r. 2009 obširnou zprávu, ve které vyzývá vládu ke zlepšení a harmonizaci právního rámce pro mediaci. Novější studie z 29. července 2009, rovněž pocházející od *Conseil d'Etat* s názvem *Développer la médiation dans la cadre de l'Union européenne* (Rozvoj mediace v rámci Evropské unie), obsahuje seznam kritérií, která dávají mediaci pevný rámec. Kromě toho studie zmiňuje všechny soudobé systémy mediace.

Zákon odráží úmysl francouzské vlády rozšířit mediaci na občanskoprávní spory a obchodní spory v rámci Francie i v přeshraničním měřítku. Zjednodušil mediaci a její postupy stanovením společných pravidel pro dobrovolnou mediaci, přátelské nebo mimosoudní vyrovnání a soudní mediaci. Zákon definuje mediaci podobně jako směrnice, tj. že jde o „strukturovaný proces, ať ho budeme nazývat jakkoli, ve kterém se dvě nebo více stran sporu snaží dosáhnout dohody a následné urovnání sporu za pomoci třetí strany, mediátora, kterého si strany zvolí, anebo ho s jejich souhlasem vybere soud.“ Navzdory takto široce pojaté definici se soudní i dobrovolná mediace stále řídí zvláštními předpisy. Soudní mediace se řídí články 131-1 až 131-15 Občanského soudního řádu a zákonem z r. 1995. Nový zákon novelizoval OSŘ novými

ustanoveními v člancích 1530 až 1535, která upravují zvláště smluvní (dobrovolnou) mediaci.

Okruh sporů vhodných pro mediaci

Článek 1.2 evropské směrnice uvádí, že se vztahuje na „na přeshraniční spory v občanských a obchodních věcech s výjimkou sporů týkajících se práv a povinností, o kterých nemohou strany podle rozhodného práva rozhodovat samy“. V souladu se směrnicí lze ve Francii pomocí mediace řešit obchodní a občanskoprávní spory, včetně přeshraničních a mezinárodních. Článek 22 zákona z r. 1995 vymezuje spory, jež mediací řešit nelze, protože o nich strany nemohou podle rozhodného práva rozhodovat samy. Patří sem mimo jiné spory týkající se uznání otcovství, důchodů a dědictví. Výrazným trendem ve Francii je příklon k mediaci v řešení rodinných, pracovněprávních, obchodních a správních sporů.

Jednotný versus duální systém

Francie má jednotný systém předpisů upravujících mediaci, tj. právní předpisy týkající se mediace upravují mediaci ve vnitrostátních i přeshraničních sporech. Francouzská vláda s odvoláním na úvodní ustanovení směrnice rozšířila její působnost i na vnitrostátní spory, s výjimkou pracovněprávních a správních sporů.

Mlčenlivost

Francie klade velký důraz na mlčenlivost. Nový zákon stanoví, že mediační proces je pokládán za důvěrný, pokud se strany nedohodnou jinak. Pokud mediaci nařídí soudce a strany s ní souhlasí, je vyžadována mlčenlivost, v souladu s články 131.14 OSŘ a článkem 24 zákona z r. 1995. Zatímco povinnost mlčenlivosti vztahuje směrnice pouze na mediátora a administrativní pracovníky, ve Francii se tato povinnost vztahuje k celému procesu mediace.

Dobrovolná versus soudem nařízená mediace

Ve Francii je mediace dobrovolná a není zde silná vůle po zavedení povinné mediace nebo urovnání, jelikož je mediace většinově vnímána jako dobrovolná volba stran. Tudíž by jí měla být ponechána co nejvyšší míra volnosti. Podle Magendieho

zprávy vyjádřila většina členů pracovní skupiny nesouhlas se zavedením povinného systému soudně nařízené mediace. Další členové skupiny ovšem vyslovili názor, že příjemci bezplatné právní pomoci by se mediace měli účastnit povinně.

Přes veškerou skepsi vůči povinnému systému se nyní tento ve Francii testuje. Nedávno vláda přijala zákon, podle kterého se účastníci jistých typů rodinných sporů musí účastnit mediace. Pokud strany tomuto závazku nedostojí, může soudce jejich požadavky vůči soudu zamítnout jako nepřijatelné. Článek č. 15 zákona 1862/2011 ze 13. 12. 2011 stanovuje dobu platnosti tohoto opatření, a to od 31. 5. 2013 do 31. 12. 2014. Zákon z 16. května 2013 se týká pouze dvou Vrchních soudů ve Francii, v Bordeaux a Arras.

Před přijetím zákona z r. 2011 neexistovala obecná povinnost stran sporu účastnit se mediace. Pracovní skupina Magendieho zprávy doporučila dát soudcům pravomoc pozvat si strany a vyzvat je k účasti na mediaci jako možnosti řešení sporu. Předpokládají se i sankce za nedodržení této povinnosti. Konkrétně skupina doporučila, aby v případech, kdy soudce navrhne mediaci, vyzve strany k setkání a zvážení této možnosti řešení sporu a strana odmítne o mediaci uvažovat, nebude mít nárok na zaplacení nákladů řízení dle článku 700 OSŘ. Někteří autoři ovšem namítli, že postih vůči straně, která odmítne mediaci, je neslučitelný s koncepcí mediace jako konsensuálního procesu. Je skutečně dost pravděpodobné, že strany, které vstoupí do mediace z donucení, nebudou s to spolupracovat do té míry, která je potřebná pro to, aby byla snaha korunována úspěchem.

V současnosti soudci nemohou po stranách požadovat účast na mediaci, ani je procedurálně či finančně trestat za její odmítnutí. U některých soudních dvorů se však testuje systém „obou stran“, při kterém se oběma stranám nabízí možnost zvážit mediaci před prvním soudním jednáním ve věci.

Informativní mediační schůzky

Od účinnosti zákona z r. 2011 mohou soudy ve Francii ve všech jednáních, jejichž součástí je předběžný pokus o smír, nařídit stranám sporu setkat se s mediátorem a získat informace o mediaci.

Finanční pobídky a sankce

Ve Francii se zpravidla nepracuje s finančními pobídkami či sankcemi. Zákon nicméně v některých případech počítá s možností zavést tyto pobídky nebo sankce v budoucnosti. Jedinou již existující pobídkou je možnost schválení mediační dohody soudem, čímž se tato stává vykonatelnou.

Soudem nařízená mediace

Koordinátoři mediace, včetně soudců, mohou ve Francii vydat pouze obecné doporučení k účasti na mediaci, nemohou ji stranám nařídít. Zákon dává soudcům v občanskoprávních sporech právo jmenovat mediátora kdykoli během soudního řízení, strany však musí před zahájením mediace s účastí na mediaci souhlasit. Tento souhlas udělují procedurální dohodou, která se uzavírá před soudcem. Soudce nemá povinnost strany odkázat na mediaci, má pouze možnost volby tak učinit. Pokud strany odmítnou, soudní řízení pokračuje.

Před rokem 1995 bylo běžnou praxí soudů odkázat některé spory na řízení o smíru za asistence třetí strany, a to přesto, že OSŘ takovou možnost explicitně neobsahoval. Například kasační soud (*Cour de cassation*) v r. 1987 rozhodl, že je v pravomoci soudů odkázat spory na mediaci na základě článku č. 21 OSŘ, který stanovuje, že „součástí mandátu soudce je i smír mezi stranami“. Zákon z r. 1995 vytvořil jasnější rámec a pevnější právní základ pro soudní příkaz.

Zákon z r. 2011 nyní vymezuje soudní příkaz k mediaci v součinnosti s dalšími zákony. Článek 22 zákona z r. 2011 a OSŘ stanovují podmínky, za kterých mohou občanskoprávní soudy odkázat spor k mediaci, délku mediace a podmínky ukončení mediace. Podle článku 22 zákona z r. 1995 může soudce jmenovaný pro řešení občanskoprávního nebo obchodního sporu po získání souhlasu stran jmenovat soudního mediátora. Pouze kasační soud nemůže odkazovat spory na mediaci, jelikož jeho náplní není spory řešit, nýbrž zkoumat uplatňování práva na soudech nižšího stupně.

Zákon z r. 1995 stanovuje, že soud může kdykoli na žádost jedné strany nebo z podnětu mediátora mediaci ukončit. Soudce následně stanoví náklady mediace a odměnu mediátora, o které se mohou strany libovolně podělit. Pokud se nedohodnou, náklady se rozdělí stejným dílem, ledaže by to soud shledal s ohledem na finanční

situaci stran nespravedlivým. Pokud strany během mediace dospějí k dohodě, musí ji předložit soudci ke schválení.

Vykonatelnost

Francie pokládá dohody o urovnání vzešlé z mediace za plně účinné. Ve většině případů je mediační dohoda právně závazná. K její vykonatelnosti je třeba schválení soudcem.

Před přijetím zákona z r. 2011 závisel postup a podmínky vykonatelnosti dohody na tom, zda šlo o dobrovolnou nebo soudní mediaci. Pokud šlo o soudní mediaci, dohodu museli všichni účastníci sporu předložit ke schválení soudci. Soudce ověřil, zda byla ochráněna práva všech účastníků a mohl dohodu zamítnout nebo schválit dle vlastního uvážení. Jakmile byla dohoda soudcem schválena, stala se soudním výrokem a nebylo možno ji rozporovat. Tato kvalifikace byla často kritizována, jelikož mediační dohody se z definice týkají sporných záležitostí.

Pokud bylo dohody dosaženo v rámci dobrovolné mediace, je mediační dohoda považována za tzv. *transakci*. *Transakce* jsou ze zákona „smlouvy, kterými strany ujednávají vzniklé spory, nebo brání vzniku možného sporu“. Aby byla transakce platná, musí být dohoda písemná a musí se týkat těch práv, o kterých mohou strany samy rozhodovat. Právní účinky transakce jsou stejné jako u soudního rozhodnutí. Podle článku 2052 OZ „mají transakce právní účinky res judicata konečného soudního rozhodnutí“, tj. nelze se proti nim odvolat ani je anulovat. Platnost těchto dohod lze tedy zpochybnit pouze z několika málo důvodů, které uvádí články 2053 až 2057, mimo jiné z důvodu uzavření pod nátlakem nebo podvodným způsobem. Pokud tedy předpokládáme, že dohoda je platná, je možné ji vymáhat žádostí předloženou předsedovi příslušného soudu první instance.

V zájmu sjednocení postupu při soudní a dobrovolné mediaci doporučila *státní rada (Conseil d'Etat)* ve své zprávě k implementaci evropské směrnice přidání nového článku do OSŘ v části věnované soudní mediaci, podle kterého může strana sporu se souhlasem ostatních stran předložit dohodu o urovnání ke schválení předsedovi prvoinstančního tribunálu.

Aby bylo možno ověřit platnost mediační dohody kdykoli během soudního řízení, doporučila Magendieho zpráva doplnění OSŘ o ustanovení, které dává právo

příslušnému soudci nařídit během odvolacího řízení (*conseiller de la mise en état*) přezkoumání platnosti mediační dohody. Ustanovení však do OSŘ včleněno nebylo a tudíž se tento postup uplatňuje pouze v menšině případů.

Podle zákona z r. 2011 je možno mediační dohodu, ať už je výsledkem soudní nebo dobrovolné mediace, předložit soudci ke schválení (*homologaci*). Tímto se dohoda stává vykonatelnou. Toto ustanovení platí i zpětně a vztahuje se na všechny mediační dohody uzavřené mezi 21. květnem 2011 a nabytím účinnosti zákona z r. 2011. Od účinnosti zákona uvádí článek 1534 OSŘ o dobrovolné mediaci, že kterákoli ze stran může se souhlasem ostatních požádat o homologaci dohody soudem. Článek 1535 OSŘ dále uvádí, že v případě mezinárodní dobrovolné mediační dohody, která je vykonatelná v jednom členském státě EU se tato uzná a stane vykonatelnou i ve Francii.

Školení a akreditace mediátorů

Francouzská legislativa vyžaduje od mediátorů odbornou přípravu a/nebo kvalifikaci. Žel, stanovená pravidla jsou do minimální, a tudíž nedostatečná pro profesionální vedení mediace. Navzdory tomu zákon z r. 2011 stávající pravidla nijak nezměnil. Neexistuje celostátně platný etický kodex pro mediátory. Každé sdružení má vlastní pravidla a požadavky ve vztahu k akreditaci. Většina požaduje praxi, některá hodnocení kvality výkonu. Navíc požadují některá sdružení i písemnou zkoušku. OSŘ stanovuje jisté kvalitativní požadavky pro proces mediace, jejichž naplnění se od mediátorů očekává. Článek 131-5 stanovuje pět podmínek pro práci soudního mediátora: (i) bezúhonnost, trestní i disciplinární, (ii) morální integritu, (iii) kvalifikaci pro konkrétní mediovanou kauzu, (iv) prokázání příslušné odborné přípravy nebo praxe v mediaci, (v) nestrannost. Pro třetí a čtvrtý bod jsou stanoveny pouze minimální a velice vágní standardy. Žádná navazující nebo doplňující ustanovení taktéž neexistují. Nikde není stanoven počet hodin odborné přípravy. Od přijetí nové vyhlášky nyní OSŘ obsahuje specifické požadavky na školení a akreditaci klasických mediátorů, které jsou podobné těm, které jsou stanoveny pro soudní mediátory. Podle článku 1533 nesměl být mediátor trestně stíhán ani být v kárném řízení, musel být pro danou kauzu kvalifikovaný a mít dostatek odborných znalostí a zkušeností v mediaci. Kromě toho museli mediátoři v některých oblastech disponovat zvláštní kvalifikací, např. v pracovněprávních vztazích, kde musí mediátor mít příslušnou praxi.

Magendieho zpráva navrhla, aby v připravované chartě mediátorů bylo zahrnuto ustanovení o povinnosti mediátora získat příslušnou kvalifikaci a akreditaci. Článek č. 2 připravované charty hovoří vedle obecného požadavku na odbornou přípravu a zkušenosti mediátora také o kvalifikaci pro věcný obsah kauzy. Na požádání musí mediátor prokázat i celoživotní vzdělávání v mediaci.

Další opatření přijatá v poslední době svědčí o tom, že mediátoři budou v budoucnosti pracovat pod bdělým dohledem příslušných úřadů. K 1. lednu 2009 vláda zveřejnila vyhlášku o statutu národního školicího střediska pro soudce (Ecole Nationale de la Magistrature) z 31. 8. 2008. Vyhláška mimo jiné stanovuje, že tato instituce má poskytovat odbornou přípravu osobám mimo soudcovský stav, které mohou pracovat jako mediátoři nebo smírčí soudcové.

V r. 2011 vydala Francouzská federace mediačních center celostátní seznam mediátorů, aby „poskytla spolehlivý a kontrolovaný seznam mediátorů v mediačních centrech a sdruženích pro mediaci ...a dala tak k dispozici nástroj pro řízení a usnadnění procesu mediace“ a zajistila „bezpečnost mediace pro uživatele“. V zájmu zlepšení kvality mediace federace navrhuje vytvoření celostátního dozorčího orgánu, který by dohlížel na mediační praxi ve Francii a zajistil dodržování etických norem v mediačních centrech.

Informační povinnost právníků vůči klientům

Ve Francii nemají právní zástupci povinnost informovat před zahájením soudního řízení své klienty o možnosti mediace.

Právní pomoc při mediaci

Legislativa ve Francii nestanovuje povinnosti právních zástupců a dalších profesionálů v mediaci jako takové. Právní zástupce může být u mediace přítomen, není to však povinné. Rozhodnutí o jeho přítomnosti náleží stranám a mediátorovi.

Statistika

V současnosti nejsou k dispozici žádné oficiální statistiky k mediaci ve Francii. Nicméně *Rapport Guinchard 2008* uvádí, že v 1,5% kauz u odvolacích soudů byl určen mediátor, u občanskoprávních sporů u soudů prvního stupně to bylo 1,1% případů.

Další faktory

Příkladem další iniciativy je mediace online. 7. dubna 2009 podepsal Pařížský odvolací soud experimentální úmluvu s Fórem pro práva k internetu, které vzniklo v r. 2004. Úmluva umožnila vznik iniciativy v řešení kauz obchodování po internetu a poskytování internetových služeb, ve kterých je alespoň jeden účastník fyzická osoba.

6. Belgie

V Belgii upravuje mediační řízení federální zákon – občanský soudní řád (Code judiciaire). Proto se mediační proces neliší země od země.

Ustanovení o mediaci byla zakomponována do občanského soudního řádu v únoru 2005 formou novelizace tohoto předpisu. Tato novela rozšířila rozsah mediace ze sporů rodinných na všechny typy občanských a obchodních mediací. Mediaci bylo podle této novely možno zahájit v jakékoli fázi soudního řízení a před jakýmkoli typem soudu s výjimkou Nejvyššího soudu Belgie (Cour de Cassation) a před Tribunal d'arrondissement, které oba řeší pouze právní a jurisdikční otázky.

Ve všech ostatních případech lze mediaci zahájit před, během, i po soudním řízení. O výběru mediátora si strany rozhodují samy nebo se obrátí na třetí stranu (např. instituci), která vybere mediátora.

Z mnoha důvodů Belgie formálně neimplementovala nijak směrnici o mediaci. Tyto důvody se týkaly zejména toho, že Belgie již prakticky měla vše ohledně mediace implementováno. Belgická vláda tedy poslala Evropské komisi oficiální notifikaci, že není potřeba tuto směrnici implementovat. Je tedy faktem, že belgická legislativa je plně kompatibilní se směrnicí o mediaci. Nicméně následně bylo navrženo několik mediací posilujících prvků, avšak není dosud známo, zda budou přijaty.

Soudní mediace

Soud může dle občanského soudního řádu poslat strany k mediaci v jakékoli fázi soudního řízení. Podnět k mediaci může vzejít jednak od stran sporu, jednak od soudce

se svolením stran. **Tak je mediace v Belgii výlučně dobrovolný proces, i když soudce mediaci iniciuje.**

Pokud jde o podnět stran, ten probíhá tak, že strany společně sepíší návrh na mediaci a doručí ho soudnímu úředníkovi. Pokud strany tak požadují, soudní řízení se přerušuje, o čemž úředník strany oficiálně uvědomí. Pokud již soudní řízení bylo zahájeno, žádají strany o mediaci předsedajícího soudu. Soudce pak jmenuje akreditovaného mediátora, pokud si strany nenavrhnou svého (byť neakreditovaného). Soudce s tím musí souhlasit, leda by tato osoba neměla dostatečné schopnosti vést úspěšně mediaci. Soudce také určí dobu trvání mediace (maximálně však do 3 měsíců) a datum pokračování soudního řízení v případě, že mediace bude neúspěšná.

Mlčenlivost

Mlčenlivost je v Belgii (a nejen zde) jeden z nejdůležitějších aspektů mediace. Podle článku 1728 občanského soudního řádu (Code judiciaire) jsou dokumenty vytvořené v mediačním procesu a tvrzení učiněná při něm tajná. Žádné z těchto dokumentů nesmí být použity jako důkaz v jiných řízeních- soudních, správních či arbitrážních. Jedinou výjimkou je prolomení mlčenlivosti nutné pro výkon mediační dohody. To však vyžaduje souhlas stran.

Článek 1728 výše uvedeného soudního řádu dále chrání mlčenlivost ustanovením, které neumožňuje mediátoru ani stranám a svědkům či jiným osobám podílejícím se na mediaci svědčit v občanském i správním řízení ohledně informací, které získali v mediačním procesu. Článek 1728 také stanoví, že strany mají povinnost zachovat mlčenlivost, i kdyby s nimi nebyl uzavřen zvláštní závazek mlčenlivosti. Porušení této povinnosti vede k deliktní odpovědnosti.

Vykonatelnost mediačních dohod

V Belgii je většina dohod vykonatelných jako každá jiná smlouva. Mohou být zneplatněny z důvodu nezákonnosti, podvodného jednání, chyb či pohrůzek násilí. Mediační dohody mohou sloužit jako podklad soudnímu rozhodnutí a až poté jsou

vykonatelné. Pravidla pro vykonatelnost se podle belgického práva liší podle toho, zda-li jde o dobrovolnou či soudní mediaci. Dobrovolná mediace, která vyústí v úspěšnou mediační dohodu může být schválena soudem, pokud byla dosažena přičiněním akreditovaného mediátora. Dohoda případně ke schválení tomu soudci, který je příslušný uvedený typ sporu rozsoudit. Schválená dohoda má pak právní účinky rozsudku.

Pravidla pro výkon rozhodnutí jsou jednodušší při soudní mediaci. Pokud je mediace z části či cele úspěšná, strany (resp. i pouze jedna strana) mohou žádat soudce, který mediaci nařídil, o schválení této dohody. Soudce pak má sedm dní na to, aby dohodu schválil. Důvodem pro neschválení dohody pak může být rozpor s veřejným pořádkem. Pokud bylo dosaženo dohody pouze částečné, v ostatním probíhá standardní soudní řízení.

Vliv na běh promlčecích dob

Podle článku 1730 belgického občanského soudního řádu stavení promlčecích lhůt začíná okamžikem, kdy jedna strana obdrží doporučený dopis od druhé strany o vůli mediovat a trvá po dobu jednoho měsíce. Podle článku 1731/3 občanského soudního řádu pak podpisem smlouvy o provedení mediace dochází k pokračování stavení těchto lhůt po celou dobu trvání mediace (pokud nedojde k uzavření smlouvy o provedení mediace, trvá doba stavení promlčení jen tento jeden měsíc). Pokud mediace proběhla a nedošlo k uzavření závěrečné dohody, prodlužuje se stavení promlčecí lhůty o další jeden měsíc.

Belgický přístup ke stavení promlčecích dob je plně kompatibilní s Evropskou směrnicí a cíli evropské legislativy – je zajištěno stavení promlčení po dobu, kdy se strany věnují mediaci. Proto není zapotřebí další implementaci směrnice v této oblasti.

Požadavky na strany a právníky doporučovat možnost ADR

V Belgii nejsou strany povinny uvažovat o mediaci jako o nutné volbě ani právníci nejsou vázáni jasnou etickou normou informovat klienty o mediaci. Avšak

existuje zde značná snaha a úsilí o propagaci mediace po internetu, a to díky oficiální Federální mediační komisi a ministerstvu spravedlnosti. Rovněž aktivity mnoha soudů a advokátních komor jsou pozoruhodné.

Požadavky na strany účastnící se mediace

Mediace je vždy dobrovolný proces v Belgii, v belgické právní úpravě žádné požadavky na mandatorní mediaci nenajdeme. Belgické právo rozlišuje mezi dobrovolnou a soudní mediací, což však nebrání existenci třetí kategorie, takzvané ad hoc mediací, nikde neupravenou. Ani soudní mediace však nemůže být stranám nařízena bez souhlasu stran.

Akreditační požadavky pro mediátory

V roce 2005 byl novelizován belgický občanský řád – zavedl ustanovení o mediaci a vytvořil Federální mediační komisi. Tato komise je nadána zásadní pravomocí akreditovat mediátory a organizace, které nabízejí vzdělávací služby na úseku mediace. Rovněž stanovuje kritéria pro tuto akreditaci podle různých typů mediace a vytváří etický kodex. Tyto požadavky stanoví článek 1726 belgického soudního řádu takto: kandidát na mediátory musí prokázat dostatečnou profesní zkušenost ve svém oboru a prokázat dostatečnou zkušenost nutnou pro úspěšnou praxi mediátora; musí garantovat nezávislost a nestrannost; nesmí být odsouzen za trestný čin, který by byl v rozporu s postavením mediátora; rovněž nesmí být v kázeňském či správním řízení, které by mohlo ohrozit jeho funkci mediátora.

Mediátoři také musí splňovat požadavky trvalého a průběžného vzdělávání; základní trénink čítá 40 hodin. Těchto 40 hodin musí být následováno dalšími 60 hodinami ve vybrané specializaci.

Akreditace není podmínkou vykonávat funkci mediátora. Například soud může jmenovat neakreditovaného mediátora pro svůj případ, pokud si tak strany přejí.

Povinnosti mediátora

Občanský soudní řád nedefinuje výslovně povinnosti mediátora. Stanoví se však, že mediátor jmenovaný soudem má zvláštní povinnost napsat soudci krátkou zprávu o tom, zda došlo k závěrečné dohodě. Pokud by došlo k misinterpretaci faktické situace či prozrazení skutečností, krytých mlčenlivostí, ponese deliktní odpovědnost. V oblasti mimosoudní mediace pak povinnosti mediátora obsahují statuty mediačních institucí, jako například povinnost podepsat závazek (deklaraci) nezávislosti, informovat o možné jakékoli závislosti a promptně reagovat na každou žádost o mediaci.

Povinnosti právních zástupců a ostatních účastníků mediace

V Belgii je účast právních zástupců povolena v rámci mediačních jednání, avšak není povinná. Rozsah mlčenlivosti je však stejný jako u mediátora či u stran.

Programy soudní mediace

V Belgii neexistují specifické programy mediace napojené na soudy. Avšak na jednotlivých soudních stupních lze vysledovat značnou aktivitu soudců podporující smírné řešení sporu, často až navrhuující stranám rozumná řešení. Některé obchodní soudy jsou též velmi aktivní v konciliaci a v určitých případech též odkazují na mediaci.

7. Slovensko

Mediace na Slovensku je založena na principu dobrovolnosti. Slovensko přijalo zákon o mediaci již v roce 2004 pod číslem 420/2004 Zb.; tj. ještě mnoho let před implementací Evropské směrnice.

Mediace je tedy již řadu let integrální součástí slovenského právního řádu; je zmíněna v mnoha zákonech i formách. Původní zákon o mediaci z roku 2004 byl již několikrát novelizován, nejvýznamnější novela je z roku 2010, která byla přijata za účelem implementace Evropské směrnice. Ostatní novely rozšířily působnost zákona na

přeshraniční případy, upravily povinnost mlčenlivosti, změnily ustanovení týkající se zahájení mediace a založily povinné vzdělávání mediátorů.

Zatímco zákon o mediaci upravuje mediační proces jako takový, slovenský občanský soudní řád upravuje mediaci nebo jiná jí podobná řízení v souvislosti se soudním řízením, a to před nebo během procesu.

Soudní mediace

Soud smí stranám navrhnout mediaci, ale nemůže ji stranám nařídit. Podle § 99/1 slovenského občanského soudního řádu soud vždy zajišťuje možnost uzavření smíru mezi stranami.

§ 67 tohoto zákona pak umožňuje soudu navrhnout stranám konciliaci (jakožto samostatné smířčí řízení sui generis) před soudním řízením a pokud strany dosáhnou dohody, soud ji může schválit.

Jiným přístupem je mediace: § 99/1 tohoto občanského soudního řádu speciálně odkazuje na možnost, aby soud podle okolností navrhl stranám řešit spor mediací a přizval strany k informační schůzce se zapsaným mediátorem; § 99 nyní zmocňuje soud schválit mediační dohodu jako smír.

Mlčenlivost

Povinnost mlčenlivosti zavazuje jak mediátora, tak strany zúčastněné na mediaci včetně všech osob na mediaci se podílejících (na rozdíl od české zákonné úpravy, která k mlčenlivosti zavazuje pouze mediátora a osoby zúčastněné na mediaci, nikoli však strany), aby zachovali mlčenlivost během celého mediačního procesu. Výjimkou jsou pouze nebezpečí ohrožení života, zdraví či narušení veřejného pořádku. Další výjimkou je pak situace, kdy je žalován sám mediátor za porušení povinností; pak pouze v nevyhnutelném rozsahu mohou být odtajněny informace sloužící na jeho obranu.

Vykonatelnost mediačních dohod

Slovenský zákon o mediaci používá termín „mediační dohoda“ jak pro smlouvu o provedení mediace, tak pro výslednou mediační dohodu. V této souvislosti § 7/1 zákona o mediaci zmocňuje strany k tomu, aby svůj spor ze smluv řešily prostřednictvím mediace. **Podle § 13/4 tohoto zákona pak strany mohou souhlasit, aby jejich spor řešilo určité mediační centrum.** Mediační dohoda musí dále obsahovat zákonné požadavky (§15/1 zákona), které pokud smlouva obsahuje, je pak smlouva považována za závaznou.

K zajištění vykonatelnosti je třeba splnit požadavky, které stanoví § 15/2 zákona o mediaci, tj. že k vykonatelnosti je třeba notářského zápisu s doložkou vykonatelnosti či **schválení soudem ve formě smíru „či rozhodčím orgánem“, zřejmě tedy formou med arb.**

Vliv mediace na stavení promlčecích dob

Podle § 14/2 zákona o mediaci je mediace zahájena uložení dohody o zahájení mediace do Notářského centrálního registru listin, a to na základě písemné dohody o mediaci. Účinek tohoto podání je stejný jako podání žaloby na soud: přestávají běžet promlčecí a prekluzivní lhůty. § 14/3 se dále týká situace, kdy mediace byla vedena v jiném členském státě EU a jejím vlivu na běh promlčecích lhůt ještě před tím, než bylo zahájeno soudní či arbitrážní řízení. Podle tohoto ustanovení se posoudí uplynutí lhůt podle práva členského státu EU, kde došlo k mediaci.

Toto ustanovení je důležité z hlediska případné jiné zahraniční úpravy promlčení než jakou má slovenské právo, pokud pak soudní či arbitrážní řízení podléhá slovenskému právu.

Požadavky na strany a jejich právní zástupce ve vztahu k volbě mediace

Soudce řešící spor se snaží strany přimět ke smíru (jak bylo již zmíněno výše), eventuálně může soud stranám doporučit mediaci, kterou povede mediátor zapsaný na seznamu vedeném slovenským ministerstvem spravedlnosti.

Strany nemají povinnost podstoupit mediaci podle slovenského práva. To se však netýká případů závazků z mediačních doložek ve smlouvách.

Akreditační požadavky na mediátora

Akreditace mediátorů podléhá zákonné úpravě. Mediátor musí splňovat předpoklady stanovené zákonem, aby mohl být následně zapsán do seznamu mediátorů, vedeném Ministerstvem spravedlnosti SR. Musí absolvovat mediační kurz, který obsahuje výuku právních aspektů vztahujících se k mediaci, interpersonální komunikaci, řešení sporů a etiku. Kurz musí být ukončen zkouškami u akreditované instituce. Seznam těchto akreditovaných vzdělávacích institucí vede ministerstvo spravedlnosti. **Podle zákona o mediaci obsahuje základní kurz 100 hodin** (s výjimkou právníků, zde se studium práva započítává do celkového rozsahu počtu hodin). **Zákon rovněž ukládá povinné průběžné profesní vzdělávání v rozsahu nejméně dva výukové semináře během pěti let.**

Povinnosti mediátora

Podle § 4/2 zákona o mediaci musí mediátor svou práci vykonávat nezávisle, nestranně a s odbornou péčí. Mediátor musí strany poučit o právech, dotčených mediací. Pokud vzniknou otázky týkající se mediátorovy nestrannosti, musí mediátor strany bez zbytečného odkladu informovat o všech rozhodných skutečnostech, které mohou být důvodem pro vyloučení mediátora z mediace. Pokud mediátor porušil tyto, či jiné zákonné povinnosti, odpovídá stranám za způsobenou škodu podle obecných ustanovení odpovědnosti za škodu.

Povinnosti právních zástupců a dalších účastníků v mediaci

Pokud se strany nedohodnou jinak, strany i každý další účastník mediace pozvaný mediátorem musí zachovat mlčenlivost o všech skutečnostech vzešlých najevo během mediace.

Systém soudní mediace

Současné znění občanského soudního řádu dává soudci na výběr, zda doporučí stranám mediaci k řešení jejich sporu. Byl učiněn však pouhý pokus učinit setkání s mediátorem povinným. Platí však pouze ustanovení § 67 občanského soudního řádu o možnostech smířčího řízení, které předchází soudnímu řízení a které provádí soud. **Součinnost ani přítomnost účastníků však nelze žádným způsobem vymáhat (§68/3 tohoto řádu).**

8. Spojené království

Stupeň regulace (intenzivní vs. omezený)

Spojené království v současnosti nemá žádný zákon o mediaci, který by upravoval mediační praxi. Neexistuje ani státní dozor nad odbornou přípravou, výkonem mediace či jmenováním mediátora. Existuje však iniciativa ve prospěch mediace a její popularizace, a to jak na straně soukromého podnikání, tak veřejné správy a justice.

Mediace se opírá o rozhodnutí soudů v jednotlivých kauzách, což vede k nepřehlednosti v některých aspektech mediace, např. v otázce zachování mlčenlivosti. Mediaci znají právníci a obchodní sféra, řadovým občanům je prakticky neznámá. Od zahrnutí mediace do systému občanského práva v r. 1997 soudcovský stav mediaci podporuje a propaguje. Její popularizaci pomáhá i samotný systém občanskoprávního soudnictví. Přesto se paradoxně mediace nepříliš využívá. Od implementace směrnice v Anglii a Walesu je mediace v popředí zájmu iniciativ v občanskoprávním soudnictví, veřejné správě, charitách, daňové správě, pracovněprávních tribunálech i oblastech soukromého podnikání.

Systém alternativního řešení sporů byl zaveden před 15 lety. Zákon o občanskoprávním řízení z r. 1997, čl. 12, zavedl pravidla OSŘ, kterýchžto cílem je rozhodovat spravedlivě, vést řízení aktivně, vyzývat strany k nápomoci soudům a zároveň podporovat alternativní způsoby řešení sporů. Přestože OSŘ vyžaduje, aby soudci a advokáti informovali klienty o ADR, podporovali ho, stále ještě končí mnoho

kauz zbytečně u soudu. V poslední době proto Ministerstvo spravedlnosti uvažuje o zavedení „mechanismu nebo kroku, který by zajistil využití alternativních způsobů řešení, a tím i soudní projednání kauz pouze v nejnútnejších případech“.

Směrnice se ve třech od sebe odlišných jurisdikcích (Anglie a Wales, Skotsko a Severní Irsko) zaváděla odlišně. Ve Walesu byla zavedena pouze v občanskoprávních a obchodních přeshraničních sporech pomocí dvou statutárních nástrojů: nařízení (Regulation) o mediaci přeshraničních sporů (směrnice EU) a pozměňovací předpisů v občanskoprávním řízení.

V Skotsku i Severním Irsku byla směrnice zavedena pouze pro mediaci přeshraničních kauz (na rozdíl od mediace vnitrostátních kauz). Ve Skotsku byla směrnice implementována pomocí nařízení (Regulation) o mediaci přeshraničních sporů z r. 2011. Tím nabyly účinnost články 7 směrnice (mlčenlivost mediátorů a důvěrnost mediace) a byly navrženy změny ve prospěch prodloužení promlčecí lhůty v celé řadě zákonů (čl. 8 směrnice). Nařízení se nezmiňuje jmenovitě o žádném jiném článku směrnice. Ani ve Skotsku case law týkající se mediace neexistuje, mlčenlivost se řídí různými předpisy a různá ustanovení OSŘ se ve Skotsku neuplatní. Kromě toho existují rozdíly ve vedení a „terminologii“ soudního procesu a ve stanovení výše náhrady nákladů řízení ve prospěch vítězné strany.

V Severním Irsku byla směrnice zavedena v r. 2011 formou nařízení o mediaci v přeshraničních kauzách, pravidel the Court of the Judicature a pozměňovacích návrhů k OSŘ. Tím nabyly účinnost články 7 směrnice a v devíti případech byly navrženy změny ve prospěch prodloužení promlčecí lhůty v celé řadě zákonů dle čl. 8 směrnice.

Předmět mediace

Ve Spojeném království lze za pomoci mediace řešit tyto typy sporů: obchodní, občanskoprávní, přeshraniční, trestní kauzy a drobné nároky.

Mlčenlivost

V Anglii a ve Walesu je důvěrný charakter mediace jedním z jejích pilířů a soudy se proto ve všeobecnosti velice zdráhají povinnost mlčenlivosti sebemeně narušit. Ustanovení 9 a 10 nařízení o přeshraničních sporech konvenují článku č. 7 směrnice. Ustanovení č. 9 chrání právo mediátora nevydat důkazy získané během mediace v občanskoprávním přeshraničním sporu (a rozhodčím řízení). Ustanovení 10 (b) uvádí, že podstatné pro to, zda mediátor má nebo nemá porušit mlčenlivost, je, zda poskytnutí nebo zveřejnění důkazů získaných během mediace „je nutné z důvodů vyššího veřejného zájmu“. Toto ustanovení je v souladu s čl. 7 a poskytuje mediátorům v občanskoprávních a obchodních sporech větší ochranu než pravidlo „v zájmu spravedlnosti“, který platí v čistě vnitrostátních sporech.

Právo nevydat důkazy pocházející z mediace má své výjimky, např. když jde o závažný delikt, jakým je dohoda pod nátlakem nebo podvod. Výjimka z pravidla zachování mlčenlivosti byla učiněna i v případě *Farm Assist* č. 2 z r. 2009. Soudce zde rozhodl, že důkazní materiál pocházející od mediátora je přípustný, pokud soudce shledá, že je to „v zájmu spravedlnosti“. Na rozhodnutí soudu reagovala Rada pro mediaci v občanskoprávních sporech doporučením zpřísnit ustanovení ve smlouvě o provedení mediace tak, aby mediátoři byli více chráněni před vynuceným předložením důkazů pro další soudní nebo rozhodčí řízení. Konkrétně Rada doporučila přeformulování ustanovení tak, aby namísto „související se sporem“ rozšířila formulaci i na „vzešlé ze sporu nebo mediace nebo související se sporem a s mediací“.

Nejasné zůstává (v souvislosti s právem neposkytnout důkazní materiál, které platí pro účastnické strany) postavení mediátora. Ustanovení 10(a) nařízení o mediaci v přeshraničních sporech totiž nyní ujasňuje, že přinejmenším v přeshraničních sporech je pro předložení důkazů potřebný souhlas všech účastníků sporu. Toto však automaticky neznamená, že totéž platí pro vnitrostátní kauzy. Během konzultace (the Consultation) Ministerstvo spravedlnosti navrhlo ustanovení podobná těm, které platí pro přeshraniční spory a která poskytují mediátorům a poskytovatelům mediace větší ochranu před vynuceným poskytnutím důkazů též ve vnitrostátních občanskoprávních sporech.

Další anomálie tkví v tom, co se rozumí předmětem možného prolomení mlčenlivosti. Zatímco čl. 7 směrnice hovoří v souvislosti s mlčenlivostí o „informaci, která vzejde z procesu mediace nebo v souvislosti s ní“, ustanovení č. 10 nařízení o přeshraniční mediaci tuto formulaci nepřevzalo a hovoří o „důkazním materiálu v mediaci“. Toto rozlišení napovídá, že by se měla brát v úvahu i přípustnost a relevance důkazů. Vznikají obavy, že soudce by mohl rozhodnout, že nějaká skutečnost je „důkazem v mediaci“, žádat jeho předložení a to přesto, že (a) může jít o důvěrné neveřejné sdělení strany mediátorovi a (b) smlouva o provedení mediace, podepsaná předem stranami sporu i mediátorem, výslovně zakazuje zveřejnění takovéto informace.

Dobrovolná vs. nařízená účast v mediaci

Mediaci si strany volí jako proces, do kterého vstupují dobrovolně. Jedinými případy soudní mediace v Anglii a Walesu jsou určité případy stížností a drobných nároků do 10 000 GBP (s výjimkou žalob na opravu obydlí a odškodnění za osobní újmu, kde je hranice stanovena na 1000 GBP). Stěžovatelé jsou odkazováni na mediaci před podáním stížnosti. To však neznamená, že by mediace byla povinná. Je ovšem osloven mediátor s dotazem, zda je mediace pro řešení sporu vhodná.

Kromě drobných nároků může soud pozastavit jednání a umožnit stranám mediaci. Toto však není příkaz k mediaci. Pokud soud uzná za vhodné, vybídne strany k použití ADR.

Informační a hodnotící schůzky k mediaci

Soudy mohou mít k dispozici letáčky s informacemi o mediaci i dotazníky k zjištění, zda se kauza hodí pro mediaci. Podle OSŘ mají být strany soudem vybídnuty k ADR, pokud to soud pokládá za vhodné. Soudy se však zpravidla zdráhají zajít dál a nutit strany k tomuto kroku. V rodinných sporech se navíc obecně od všech zúčastněných stran očekává, že před tím, než se obrátí na soud, absolvují informační schůzku a uváží možné ADR, pokud je k tomu mediátor vyzve.

Pobídky a sankce

Strana, která se bez udání rozumného důvodu odmítne účastnit mediace, může po ukončeném soudním řízení na svoji neochotu značně finančně doplatit. Obecně

v Anglii a Walesu platí, že kdo prohraje, ten platí. Rozhodnutí je v rukou soudu, který bere v úvahu chování a úsilí účastníků směřující k vyřešení sporu, a to před zahájením soudního řízení i během něj. Pokud soud dospěje k závěru, že strana bezdůvodně odmítla ADR, je v jeho pravomoci zohlednit to v přiznání náhrady nákladů na soudní řízení. Soudy disponují metodickým pokynem, který bere v úvahu tyto faktory: povahu sporu, věcnou podstatu, jiné metody použité při pokusu o smír, případnou disproportionalitu nákladů na mediaci, zpoždění řízení kvůli mediaci a reálnost naděje v mediaci na úspěch. Účelem pokynů je pomoci ovlivnit strany v prospěch účasti na mediaci.

V říjnu 2013 Odvolací soud rozšířil pokyny a „důrazně vyzval účastníky občanskoprávních soudních řízení k ADR v jakékoli formě i během již započatého soudního řízení, a to i v případech, kdy by odmítnutí ADR mělo pádné důvody“. Bylo rovněž rozhodnuto, že „role soudu v podpoře větší proporcionality v občanskoprávních soudních sporech je v současné ekonomické situaci tak důležitá, že je správné ji umocnit sankcí, která ...bude motivací pro ostatní (...operates pour encourager les autres)“.

Pokud tedy strana zamýšlí odmítnout účast na ADR, měla by, na základě výše uvedeného, vzít na vědomí tyto výzvy:

- a) nebuďte lhostejní k nabídce účasti na ADR,
- b) odpovězte písemně bez prodlení a vysvětlete dopodrobna, jasně a s ohledem na pokročilost soudního řízení, proč není ADR vhodné
- c) pokud je třeba, obraťte se na protistranu a pohovořte s ní o jakýchkoli informacích nebo důkazech, které by mohli být při ADR (např. mediaci) zdrojem problémů a zvažte možnosti, jak tyto problémy odstranit.
- d) neodmítejte zcela možnost ADR pro případ, že by jiná než nabízená metoda, případně ADR v jiné fázi procesu, mohlo být přínosem.

Soudy mohou kromě uvalení sankcí v závěru soudního řízení zvážit a použít i další postupy. V r. 2013 Vrchní soud Jejícího Veličenstva (EWHC) v případě týkajícím se

prodeje produktu pojištění odmítl nárok strany poté, co v ADR byla odmítnuta nabídka plného odškodnění.

Soudně nařízená mediace

Přestože soudy mají vybízet strany k ADR kdykoli je to vhodné, obvykle však nechtějí zajít tak daleko, aby účast na mediaci vynucovaly. Nechtějí totiž porušit právo strany obrátit se na soud, které jim zaručuje Evropská úmluva o ochraně lidských práv. Tento argument lze však považovat za obsolentní - předně i v případě, že by si soudce vynutil účast stran na mediaci, nemůže si vynutit samotné urovnání sporu. Dále je mediace dobrovolná a řídí se pravidlem, že strany mají mít právo pokusit se o urovnání sporu, aniž by se k soudu v případě nedosažení smíru nebo odmítnutí urovnání jednou ze stran dostaly informace z mediace. Příklad se pak vrací k soudu bez nepříznivých důsledků. Vynucená mediace nenahrazuje právo stěžovatele na soudní proces, je pouze další možností, které může stěžovatel využít.

Možnost zavedení povinné mediace u soudů jednotlivých hrabství (county courts) v kauzách o hodnotě do 100 000 GBP se setkala v r. 2011 s velkým odporem soudců. Namítali, že „podstatou mediace je dobrovolnost“. I když Ministerstvo spravedlnosti uznalo, že povinná mediace by neměla žádný bezprostřední přínos, vyjádřilo naději, že by mohli soudci s větší ochotou nařizovat mediaci v drobných nárocích víceméně automaticky.

V posledních letech se stále více pozornosti věnuje problému disproportionality soudních poplatků u stran, které potřebují finanční pomoc (legal aid). Soudy jsou ochotny se stále více ve věci přímo angažovat a panuje shoda v tom, že reforma v této oblasti je nezbytná. Lze však těžko předvídat, k čemu konkrétně dojde.

Vykonatelnost

Článek č. 6 směrnice žádá, aby každý členský stát přijal mechanismus, který učiní mediační dohodu vykonatelnou, pokud si to obě strany přejí. V Anglii a ve Walesu byl tento mechanismus vytvořen přijetím dodatku č. 2 k pozměněnému OSŘ. Pravidlo 78.24 stanovuje, že je možné podat žádost podle platného OSŘ, čl. 23. Pokud

jde o přeshraniční spory, je možné se obrátit na soud se žádostí podle čl. 78.24, v souladu s novým druhem soudního příkazu, příkazu o vykonatelnosti mediační dohody (mediation settlement enforcement order, MSEO). Mediační dohoda se přiloží k MSEO a soud bude žádat důkazy výslovného souhlasu stran s podáním žádosti o vykonatelnost.

MSEO umožňuje v případě neplnění dohody jednou stranou druhé straně požádat o urychlené soudní rozhodnutí. Pokud strana nezíská souhlas druhé strany, případně ho nedoloží, nezíská MSEO, což ovšem neznamená, že je mediační dohoda nevykonatelná. Poškozená strana by musela podat stížnost na základě samotné mediační dohody, případně na základě porušení původní smlouvy, která byla předmětem sporu. Podle čl. 6.1 směrnice nelze příkaz vydat, pokud je jeho obsah v rozporu se zákony členského státu, kde se žádost podává, případně kde zákony neumožňují jeho vykonatelnost. Během konzultace MS navrhlo přijetí ustanovení podobného znění jako ta, která upravují vykonatelnost písemné dohody o narovnání v přeshraničních sporech také pro vnitrostátní občanskoprávní a obchodní spory.

Odborná příprava a akreditace mediátorů

Spojené království neupravuje mediaci formou zákona ani v Anglii ani ve Walesu, neexistuje ani dozorčí orgán, který by plošně dohlížel na akreditaci. Po mediátorech se nevyžaduje právní vzdělání, nicméně v mediaci se pohybuje řada zkušených právníků se zkušenostmi u soudu. Málokterý má zkušenost s mimosoudními dohodami (*transactions*). Mediátoři ani nemusí být členy instituce akreditované CMC (Rada pro mediaci v občanskoprávních sporech, Civil Mediation Centre, Spojené království). CMC zastupuje zájmy 80 poskytovatelů mediačních služeb v občanskoprávních, obchodních a pracovněprávních sporech. U těchto poskytovatelů je akreditovaných asi 6000 mediátorů. CMC má systém pro akreditaci poskytovatelů mediačních služeb. Ministerstvo spravedlnosti považuje tento systém za záruku kvality ve smyslu čl. 4 směrnice.

Od 11. ledna 2012 musí instituce pro získání akreditace sdružovat nejméně 6 vyškolených mediátorů pro oblast občanskoprávních nebo obchodních sporů. Tito musí

být absolventy odborného kurzu zaměřeného na etiku, teorii mediace, mediační praxi, vyjednávání a cvičnou mediaci. Pokud mediátor nemá právnické vzdělání, musí navíc před první mediací prokázat základní povědomí o smluvním právu.

Poskytovatel musí ověřit, zda mediátor prošel odbornou přípravou a je akreditován u renomované vzdělávací instituce. Příprava musí zahrnovat hodnocení výkonu a minimální počet hodin školení a cvičné mediace (dodávna to bylo 24 hodin, nyní se žádá 40 hodin).

Poskytovatelé musí mít závazný etický kodex, který je přinejmenším stejně přísný jako evropský etický kodex pro mediátory z r. 2004. Musí mít rovněž vypracovaný postup pro podání stížností, seznam stížností a záznamy o jejich řešení. Na řešení stížností musí být stanovena lhůta. Rovněž musí mít systém zpětné vazby, který umožňuje stranám a mediátorům vyjádřit se ke kvalitě mediace.

Mediátoři musí mít za sebou určitý počet občanskoprávních a obchodních mediací (noví členové 3, stávající 2) za posledních 12 měsíců tak, aby se před akreditací nebo jejím obnovením zajistila dostatečná praxe mediátora. Členové musí dále ročně absolvovat minimálně 6 hodin dalšího profesního vzdělávání.

Poskytovatelé jsou běžně pojištěni proti škodám z nedbalosti v mediaci až do výše 1 000 000 GBP. Žádají také pojištění odpovědnosti po svých členech ve stejné nebo větší výši (pokud pracuje na sporech, ve kterých jde o vyšší částky).

Poskytovatelé také disponují přiměřeným administrativním zázemím a systémem přidělování sporů náležitě vyškoleným, zkušeným a zdatným mediátorům. Poskytovatelé musí každý rok žádat o znovupřidělení akreditace.

Vláda opakovaně potvrdila, že MS bude ve spolupráci s CMC usilovat o posílení procesu akreditace. Naznačila, že by se akreditace pro mediátory v občanskoprávních a obchodních sporech mohla stát povinnou. Nastavila by se také jasné pravidla jak pro odbornou přípravu, tak pro poskytování mediačních služeb. Časem by se mohlo změnit

i to, že CMC nedisponuje žádnými nástroji vůči nezávislým mediátorům, resp. mediátorům spolupracujícím s institucemi, které nemají akreditaci CMC. V návaznosti na čl. 4 nebyla v Anglii a Walesu přijata žádná další legislativa týkající se školení mediátorů nebo přijetí etického kodexu v oblasti vnitrostátní i přeshraniční mediace.

Povinnost právníků informovat klienty o možnosti mediace

Podle ustanovení OSŘ z r. 1997 mají advokáti povinnost informovat klienty o ADR v rané fázi řízení. OSŘ vyzývá soudy i strany sporu k aktivní účasti na řízení, což dává advokátům povinnost klienty o ADR informovat.

Mediace po internetu

Mediace po internetu je jako nástroj ADR využívána zřídka, s výjimkou drobných nároků. Z odhadem 10 000 drobných nároků bylo dle údajů zveřejněných před přijetím směrnice v Anglii a Walesu 96% vyřešeno po telefonu, což stranám ušetřilo čas i peníze. Mimo drobných nároků se však mediace po internetu v současnosti nepoužívá často.

Statistické údaje

Oficiální statistiky o počtech a úspěšnosti mediací neexistují. Existují však různé neformální studie. Podle auditu mediací Centra pro účinné řešení sporů (CEDR, Centre for Effective Dispute Resolution) z r. 2012 se ročně mediací řeší 8000 občanskoprávních a obchodních sporů o celkové hodnotě 7,5 ml. GBP. 90% dospěje k dohodě, 70% z toho na prvním sezení nebo krátce poté. Nejdůležitějším faktorem úspěchu byla příprava klientů, mediátorů a právníků (v uvedeném pořadí) na mediaci. CEDR odhaduje, že „včasnějším vyřešením sporů, které by jinak skončily u soudu, odvětví mediace v obchodních sporech ušetří britské ekonomice 2 miliardy GBP, což je vyčíslení hodnoty manažerského času, narušených vztahů, ztráty produktivity a nákladů soudního řízení.

CMC hlásila za r. 2010 7 628 mediací (meziroční nárůst o 22 %), z toho 6 813 mediací se týkalo občanskoprávních a obchodních sporů. Podle ministerstva spravedlnosti na víc v r. 2010 bylo 75 % občanskoprávních sporů vyřešeno před

zahájením soudního řízení. Ministr vnitra Kenneth Clarke v tom vidí dalších „potenciálních 87 000 kauz, které bylo možno vyřešit mediací, pokud by se k ní přikročilo častěji“. Pokud je tento předpoklad správný, zavedení informačních schůzek o mediaci by vedlo k desetinásobnému nárůstu kauz vhodných pro mediaci.

Ministr spravedlnosti Jackson citoval v r. 2012 výzkumnou zprávu, podle které díky vybídce soudců k ADR vzrostl počet obchodních sporů řešených mediací v r. 2012 v Anglii a Walesu v r. 2012 o 141%.

V poslední evropské studii srovnávající finanční a časové náklady mediace a soudního řízení je uvedeno, že soudní řízení v Anglii a Walesu trvá kolem 333 dní a stojí průměrně 51 000 EUR, zatímco mediace trvá kolem 87 dní a stojí zhruba 9000,68 EUR. Studie dále srovnávala, jak i nízká procentuální úspěšnost mediace stále vede ve srovnání se soudním řízením k úsporám nákladů a času. V celoevropském měřítku by podle studie už 19% úspěšnost vedla k časovým úsporám a 24% k nákladovým. Tyto odhady jsou velice blízké vlastním výpočtům britského NKÚ. Podle studie jsou náklady na klienta používajícího právní pomoc v mediaci 535 GBP, v soudním řízení je to 2 823 GBP. Průměrná doba trvání mediace byla podle NKÚ 110 dní, u soudního řízení to bylo 435 dní u srovnatelných sporů.

9. Závěr

Analýza právní úpravy mediace v různých zemích poukazuje na podstatné odlišnosti v implementaci Směrnice o mediaci (dále jen směrnice). Např. některé země se rozhodli aplikovat směrnici výhradně pro přeshraniční spory, takže založily dvojí právní režim; zatímco ostatní země aplikovaly směrnici i na domácí spory.

Ještě větší prostor pro rozdílné implementační přístupy vyústil v rozdílné přístupy, co se týče využití mediace ve srovnání s využitím klasické litigace. Zatímco článek 5 směrnice umožnil členským státům zavést prvky povinné mediace, a to včetně sankcí, evropská tradice dobrovolného přístupu k mediaci zásadně převážila na legislativní úrovni. Ale i ty země, které aplikovaly mandatorní prvky mediace, šly

rozdílnou cestou. Pouze Itálie zavedla povinnou účast v mediaci jakožto předstupeň k soudnímu řízení v poměrně široké škále sporů. Jiná země, Velká Británie, se o to pokoušela u sporů pod určitou peněžní hodnotou, ale ne dlouho; Francie se pokouší o povinnou mediaci v určitých oblastech sporů. Jiné země zase namísto toho zavedly povinné informační schůzky stran a mediátora o mediaci. A v neposlední řadě je třeba zmínit finanční pobídky (vrácení části soudních poplatků) některých zemí na místo „povinných“ mediací.

Ze statistik však také vyplývá, a to je podstatné a současně též rozčarováním, jak nízké procento svědčí o reálném využití mediace. Jde o množství méně než 1% ve srovnání s počtem případů řešených soudně na úrovni celé EU. Což je mnohem méně, než by mělo být a je to zarážející vzhledem k úspoře peněz a času ve srovnání s řízením soudním. Na základě odhadů uskutečněných stovkami národních expertů, pokud by všechny případy, které mají jít k soudu, podstoupily mediaci, znamená již pouhý devíti procentní úspěch v mediaci časové úspory. A to proto, že každý časový nárůst byť i neúspěšné mediace, která musí pokračovat k soudu, je vyvážena mnohonásobně větší časovou úsporou každé úspěšné mediace, která strany uchrání před soudem.

V řadě statistik a analýze závěrů je konstatováno, že existující legislativní přístupy nepodporují příliš užití mediace. Např. úroveň ochrany mlčenlivosti nemá podstatný vliv na počet mediací. Naopak, většina dotázaných zemí udávala, že mlčenlivost je zaručena ve všech případech a též v zemích, kde se vykázalo i méně než 500 mediací za rok. Rovněž iniciování mediací soudem mělo malý efekt i tam, kde jinak soudci vykazovali velmi aktivní přístup k mediaci. Malé číslo vykazují též domácí mediace, kde např. vymožení mediačních dohod je relativně méně náročné. Rovněž mediační akreditační systém se neukazuje být dostatečným faktorem, který by dokázal znesvářené strany přilákat, i když tyto systémy samotné jsou považovány za dostatečné; dokonce naopak: tam, kde jsou akreditační standardy považovány za vysoké, je méně mediací. Země, kde je rozšířen pobídkový systém více než jinde jako motivace pro ty, kteří se rozhodli využít ADR, rovněž nezaznamenaly výraznější nárůst mediací. Což potvrzuje, že jen samotný pobídkový systém v této ekonomicky obtížné době neobstojí. Systém mediace on-line je hodnocený jako téměř neexistující ve většině členských zemí a ani není příliš dostupný. V zemích, kde právníci mají ze zákona informativní

povinnost o mediaci ve vztahu ke svým klientům, rovněž výrazný efekt zaznamenaný nebyl. To samé se dá říci obecně o povinných informačních mediačních sessích.

Shrnutě, všechny tyto pokusy, byť byly aplikovány v maximální možné míře, nestačí samy o sobě k rozvoji mediace v evropském měřítku.

Je velmi signifikantní, že jediná země EU s více než 200.000 mediací za rok, Itálie, sama považovala za důvod podstatného číselného vzestupu povinné nařízení mediace jakožto podmínky pro následné soudní řízení v určité kategorii případů. (Dříve v Itálii tento počet dosahoval pouze pár tisíců). Tato logická přímá souvislost je dále potvrzena faktem, že v období říjen 2012 – září 2013, kdy mediace jako povinná fáze před soudním řízením byla italským ústavním soudem zrušena, se počet mediací opět vrátil k původním číslům. Tento počet opět narostl na desítky tisíc za měsíc, kdy byl obnoven požadavek mandatorní mediace.

Nejen tato italská zkušenost potvrzuje a strmě vzrůstající čísla to dokládají, že mandatorní prvky v mediaci – to, co dříve bylo absolutně tabu – je nyní přijatelné pro většinu osob. Stává se i trendem, že návrh revize směrnice o mediaci bude založen na těchto mandatorních prvcích, které se tím stanou základem evropské politiky prosazování ADR metod. Pokud se týká rozsahu, v jakém je uvažováno zavést mandatorní prvky, zřetelné preference dotázaných směřují k nařízení mediace před podáním žaloby alespoň v určitých typech sporů.

Při hlubším výzkumu předložených údajů se však ukazuje, že by byla vhodnější tzv. „zmírněná“ forma mandatorní mediace. Rozumí se jí kombinace povinné účasti na informativních mediačních sessích a mandatorní mediace s možností opt – out (tj. s možností vyloučit finanční náklady na mediaci během tohoto prvního setkání, pokud sporné strany neuvažují dál v procesu pokračovat). Pokud by byly tyto dvě možnosti aplikovány současně v kombinaci obou, zaznamenávají větší ohlas. Tj. vést sporné strany k tomu, aby si alespoň společně sedly a zvážily vážně mediaci. K této zmírněné formě mediace lze říci, že se k ní přiklánějí i ti, kteří odmítají zásadně jakékoli mandatorní elementy v mediaci.

Pokud porovnáme výběr mezi oběma shora uvedenými možnostmi, zřetelně dominuje mediace s opt – out. V zemích, kde volba směřovala spíše pro druhou

možnost, je počet mediací velmi nízký; a následně zástupci těchto zemí zde horovali pro silnější pobídky. A nakonec, a asi i nejdůležitějším, je fakt, že model mandatorní mediace s opt – out vykazuje pozitivní výsledky, jak dokládá případ Itálie, kde je tato možnost zakotvena v zákoně.

Na základě shora uvedeného se zde rýsují dvě možnosti postupu na legislativní úrovni:

1) Legislativními opatřeními jednotlivých zemí EU zavést mandatorní mediaci pro určité typy případů s možností opt – out.

2) EU by stanovila určitý plánovaný minimální počet mediací za rok na jednotlivou zemi. Tato promediační politika nepotřebuje pak žádnou legislativní úpravu.

Tímto by došlo ke sblížení jednotlivých politik členských zemí EU. Na závěr je možno zhodnotit, že mezi respondenty existuje velká podpora nelegislativním opatřením pro rozvoj mediace. Tyto metody směřují jak na rozvoj informací o mediaci, tak na podporu stran mediaci podstupovat. Výsledky tohoto však předem nelze odhadnout ani definovat. Obecně však ze studie vyplývá, že je zapotřebí lepší regulace – regulace, která jde dále za hranici pouhého prvního setkání s mediátorem za účelem získání informací.

Pozornosti si v neposlední řadě zaslouží návrhy řešení jednotlivých respondentů z jednotlivých zemí, jak spatřují řešit zintenzivnění pobídek k mediaci. Tyto návrhy lze rozdělit na pobídky legislativního rázu a nelegislativního rázu.

Následující výčet pobídek je seřazen odshora dolů podle podpory jednotlivých zemí na nejvíce podporované (odshora) po méně podporované (dolů):

1. Legislativní podněty:

- provést pobídky pro strany, které se rozhodly podstoupit mediaci
- vyžadovat povinné mediační informativní sesse

- učinit mediaci povinnou ve vhodných případech s možností tzv. opt – out, (tj. s možností vyloučit finanční náklady na mediaci během tohoto prvního setkání, pokud sporné strany neuvažují dál v procesu pokračovat).
- učinit mediaci povinnou pro určitou kategorii případů
- přiznat soudcům oprávnění nařídít stranám mediaci
- vyžadovat, aby advokáti (obecně poradci stran) informovali strany o možnostech mediaci podstoupit
- učinit mediaci povinnou pro „silnější“ stranu ve sporu např. banky, pojišťovny apod.
- vyžadovat, aby „silnější“ strana, která by odmítla se účastnit mediace, uvedla písemný důvod
- hodnotit produktivitu soudců též s ohledem na nařízený počet mediací
- zavést sankce za odmítnutí strany účastnit se povinné mediace
- vyžadovat po soudcích, aby vysvětlili, proč věc neposlali k mediaci
- vyžadovat, aby jednotlivé členské státy stanovily minimální počet případů, které mají být každoročně mediovány
- vyžadovat posouzení závěrečné mediační dohody třetí osobou, které by se zaměřilo na případné porušení zákona v této dohodě
- vyžadovat, aby bylo uloženo povinné právní zastoupení stran u mediace

2. Nelegislativní návrhy:

- zřídit na právnických VŠ a Univerzitách mediační vzdělávací program (též pro obchodní VŠ apod.)
- vyvíjet a zavádět pilotní projekty v oblasti podpory občanské a obchodní mediace
- rozvíjet na evropské úrovni program „týden dohody“ pro širokou veřejnost k podpoře výhod mediace

- vytvářet na evropské úrovni pro příslušníky určitých průmyslových odvětví „mediační závazky“ k užití mediací jakožto způsobu řešení sporů
- jmenovat národní mediační ambasadory coby veřejné činitele, kteří by podporovali užití mediace a vzdělávali ostatní
- vytvořit na evropské úrovni ADR instituci, která by propagovala mediaci
- vytvořit jednotnou evropskou certifikaci mediátorů na úrovni EU

V. Česká právní úprava mediace

Dnem 1. září 2012 nabyl účinnosti zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a změně některých zákonů. Zákon (níže zvaný též mediační zákon) byl přijat po dlouhých diskuzích a je výsledkem rozsáhlého kompromisu. Úprava v této oblasti již byla nezbytná, a to jak z důvodu umožnění alternativního způsobu řešení sporů jejich stranám mimosoudní cestou, tak i z důvodu nutnosti plnění závazků členství České republiky v Evropské unii. Unie před třemi lety přijala směrnici upravující přeshraniční mediaci v občanských a obchodních věcech (směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES ze dne 21. května 2008), kterou měly členské státy implementovat do 21. května 2011. Česká republika původně neměla v úmyslu v připravovaném mediačním zákoně zohlednit přeshraniční prvky, nicméně tak později učinila a vyhnula se tak nutnosti budoucí novelizace jiných předpisů, a tím i dalšímu tříštění právní úpravy.

Jak probíhala mediace do nabytí účinnosti zákona o mediaci? Mediační činnost bylo (a je samozřejmě i nyní mimo rámec zákona o mediaci) možné v České republice vykonávat již dříve, a to na základě živnostenského oprávnění v podobě tzv. volné živnosti. V podstatě tak mohl být mediátorem kdokoliv, kdo si takovou živnost zaregistroval. Tedy nejen právník či psycholog, ale prakticky i osoba bez jakéhokoliv vzdělání. Mediátoři nemuseli podstoupit žádné speciální školení, stát také jejich vzdělání nijak negarantoval. Mediace také dosud nebyla nikde definována, ani nebyl popsán její postup, resp. začátek mediačního procesu či jeho konec. Nebylo proto divu, že české soudy v činnosti mediátorů neměly příliš velkou důvěru.

Mediace se u nás sice zatím využívala spíše v trestním řízení (zákon č. 257/2000 Sb., o probační a mediační službě), ale v poslední době se k ní strany stále častěji uchylují i v občanských a obchodních sporech. Mají možnost se obrátit na jakoukoliv osobu, která bude podle jejich názoru schopná smírně vyřešit jejich spor. Ta zároveň se stranami sporu uzavře v úspěšném případě dohodu, kterou si strany mohou nechat schválit soudem jako soudní smír. Strany také mohou formou notářského nebo exekutorského zápisu se svolením k vykonatelnosti získat smluvní exekuční titul zaměřený na splnění pohledávky (případně jiného nároku), která je obsažena v mediační dohodě. Promlčecí doba se v průběhu takového mediačního procesu nestaví. Tolik tedy stávající stav mimo režim zákona o mediaci.

Nový mediační zákon zavedl především do té doby chybějící definici mediace (§ 2 písm. a.), podle níž se mediací rozumí „postup při řešení konfliktu za účasti jednoho nebo více mediátorů, kteří podporují komunikaci mezi osobami na konfliktu zúčastněnými tak, aby jim pomohli dosáhnout smírného řešení jejich konfliktu uzavřením mediační dohody“ a stanoví především, že předmětem úpravy je pouze mediace prováděná tzv. zapsanými mediátory. (Nezapsaní mediátoři tak nadále mohou existovat a fungovat v dosavadním právním režimu, jak bylo již zmíněno výše).

Zákon také definuje osobu mediátora (§ 2 písm. c.) ve smyslu tohoto zákona; rozumí se jím fyzická osoba, která je zapsána do seznamu mediátorů vedeným Ministerstvem spravedlnosti. Pro zapsání na tento seznam musí uchazeč splnit stanovené předpoklady (§ 16), a to způsobilost k právním úkonům, bezúhonnost, vysokoškolské vzdělání a složení zkoušky mediátora nebo uznání kvalifikace podle jiného předpisu. Tato osoba také nesmí být pět let před podáním žádosti vyškrtuta ze seznamu kvůli tomu, že závažným způsobem nebo opakovaně přes písemné upozornění Ministerstva spravedlnosti porušila povinnosti mediátora stanovené tímto zákonem. Ve výše zmíněných podmínkách tedy zákon přináší dlouho očekávanou změnu, spočívající v povinnosti příslušného vyškolení osob, jež mají vykonávat činnost zapsaného mediátora. Pouze tak může stát zaručit, že jím zapsaný mediátor bude schopen poskytovat kvalitní a spolehlivé řešení sporů.

Zákon dále upravuje základní zásady mediačního řízení (§§ 3 – 7), jeho zahájení a ukončení, včetně uzavření závěrečné mediační dohody a jejích podstatných

náležitostí. Další pravidla stanovena nejsou, a to záměrně, aby byl umocněn prvek neformálnosti, na níž se tento druh řízení zakládá. Příliš mnoho podmínek a zákonem stanovených náležitostí mediačního procesu by totiž mohly mít za následek skutečnost, že strany nakonec nedospějí k dohodě nebo že k ní sice dospějí, ale soud ji neschválí, protože v některých svých částech detailní zákonné podmínky porušila.

Novinkou této relativně nové legislativy je také stavení promlčecí a prekluzivní doby, které je od 1. ledna 2014 obsaženo v § 647 NOZ. Toto ustanovení v této souvislosti však staví běh těchto lhůt nejen u mediace, ale u jakéhokoli mimosoudního jednání, ať už s asistencí zapsaného mediátora (či jen mediátora či kohokoli jiného) nebo u jednání neasistovaného žádnou třetí osobou. U mediace je stanoveno, že běh lhůt se staví okamžikem podpisu smlouvy o provedení mediace, tj. okamžikem zahájení mediačního řízení (§4 odst.1 ZM).

Mediační zákon ve svých zbývajících ustanoveních upravuje další související otázky:

Mlčenlivost v mediaci

Povinnost mlčenlivosti stíhá podle české právní úpravy pouze mediátora a osoby na mediaci zúčastněné, a to ve fázi jak přípravy tak průběhu mediace. Strany sporu lze naproti tomu k mlčenlivosti zavázat pouze smluvně, např. ustanovením o smluvní pokutě v případě jejího porušení. Rozsah této povinnosti je stanoven v § 9 mediačního zákona; prolomení zásady mlčenlivosti je dále u advokátů – mediátorů vykládán obdobným způsobem jako prolomení mlčenlivost v případě výkonu advokacie.

Vykonatelnost mediačních dohod

Mediační dohoda musí obsahovat podpis mediátora a stran konfliktu a musí být opatřena datem uzavření. Jsou-li splněny tyto formální požadavky, soud do 30ti dnů od zahájení smírčího řízení rozhodne, zda-li dohodu schválí či nikoli. Vykonatelný titul lze získat též notářským zápisem se svolením k vykonatelnosti.

Soudní mediace

V oblasti tzv. soudní mediace, neboli mediace z podnětu soudu, lze zejména zmínit § 100 odst. 2 OSŘ, který umožňuje nařídít soudci první setkání se zapsaným mediátorem v rozsahu 3 hodin a přerušit řízení, nejdéle však na dobu 3 měsíců. Odměna činí Kč 400,-/ 1 započatou hodinu (§ 15 vyhl. 277/2012 Sb.). Tato odměna je jedním z druhů nákladů soudního řízení (§ 100 odst. 2 OSŘ). Odmítne-li se účastník bez vážného důvodu účastnit prvního setkání s mediátorem nařízeného soudem, soud nemusí výjimečně přiznat náhradu nákladů řízení, a to zcela nebo zčásti (§ 150 OSŘ).

Změna zákona o soudních poplatcích

Změna zákona o soudních poplatcích (zákon č. 549/1991 Sb.) byla další (vedle úpravy stavení promlčení a prekluze) motivační úpravou, která měla napomoci uvedení mediace do praxe. § 10 odst. 7 umožňuje vrátit 80 % již zaplaceného soudního poplatku stranám v případě schválení smíru mezi účastníky řízení před tím, než je ve věci samé rozhodnuto. Za prétorský smír pak soud vybere poplatek ve výši Kč 1000,- bez zřetele na předmět mediační dohody (bod 2 položky 9 sazebníku).

Obecně lze shrnout, že díky nové legislativě bude Česká republika poskytovat stranám sporu možnost zachování kontroly nad řešením jejich konfliktu a dosažením výsledku, možnost snížení vzájemného napětí a pocit soukromí. Na rozdíl od soudního řízení také strany, ale i stát (který většinou nebude muset do sporu vstupovat prostřednictvím soudů), finančně ušetří.

Transpozice evropské Směrnice o mediaci do české právní úpravy

Česká republika svým zákonem o mediaci plně transponuje evropskou směrnici zmíněnou v úvodu této kapitoly. Není předmětem tohoto textu srovnávat zde jednotlivá ustanovení směrnice a českého mediačního zákona. Není také nutné zmiňovat odlišnost směrnice spočívající ve skutečnosti, že upravuje mediaci pouze v přeshraničních sporech; český zákon pokrývá jak domácí tak mezinárodní mediaci, ať již jde o unijní

mediaci, mediaci v rámci Evropského hospodářského prostoru, nebo o plně mezinárodní mediaci (zákon o mediaci se však v některých otázkách výslovně vztahuje pouze na EU, např. v § 19 upravuje působení hostujícího mediátora z jiného členského státu EU; zde je také stanovena jediná kolizní norma tohoto zákona, která určuje české právo jako právo rozhodné pro činnost hostujícího mediátora).

Zajímavé srovnání se nabízí rovněž v oblasti tzv. **mediability**⁹⁸ neboli přípustnosti mediace pro určitý typ sporu: rozsah působnosti českého zákona je zde navíc širší než ten, který upravuje směrnice. Pokrývá totiž veškeré netrestní věci, tedy občanskoprávní, rodinné, pracovní, obchodní i správní (tam však pouze v těch případech, kdy jsou strany v rovném postavení, tj. jde o spory soukromoprávního charakteru, kdy správní orgán nevykonává veřejnou moc). Směrnice by se oproti tomu neměla vztahovat na spory, kde o právech a povinnostech nemohou strany podle rozhodného práva rozhodnout samy, tedy zejména v některých rodinných a pracovněprávních věcech. Dále by se neměla vztahovat na předšmluvní jednání ani na adjudikační řízení (např. některá řízení o soudním smíru, řízení o spotřebitelských stížnostech, rozhodčí řízení nebo znalecká určení), ani na řízení vedená osobami nebo subjekty, které vydávají formální doporučení ohledně řešení sporu, ať už právně závazná či nikoli (čl. 11 preambule směrnice). Dalším limitem, který je potřeba zvážit, je právní řád státu, na jehož území má být dohoda uznána, případně vykonána. Zde je nutno mít na zřeteli možnost použít výhrady veřejného pořádku jako odpíracího důvodu uznání takové dohody ve státě, v němž se o uznání žádá.⁹⁹ Dalším limitem je též obecně veřejné právo – směrnice se nevztahuje na přeshraniční spory zejména ve věcech daňových, celních a správních.

Co se týče **rozhodného práva v mezinárodní mediaci**¹⁰⁰ (jedna ze stran má obvyklý pobyt či bydliště v jiném státě, ev. je tato smlouva uzavírána v zahraničí), je třeba prioritně posoudit způsobilost stran uzavřít jak smlouvu o provedení mediace tak mediační dohodu, pokud se k ní dospěje. Tato způsobilost stran se posoudí podle zákona č. 91/2012 Sb., kdy kritériem bude obvyklý pobyt účastníků (stran) mediace. V dalším sledu je třeba rozlišit hmotněprávní normy v uzavíraných smlouvách

⁹⁸ Mezinárodní mediace a české právo – Právní rozhledy 1/2013 – Pauknerová, Pfeiffer

⁹⁹ Čl. 34 odst. 1 nařízení Brusel I, čl. 23 písm. a) nařízení Brusel II bis.

¹⁰⁰ Mezinárodní mediace a české právo – Právní rozhledy 1/2013 – Pauknerová, Pfeiffer

(hmotněprávní prvky smlouvy o provedení mediace, mediační dohoda, vliv mediace na běh promlčecích a prekluzivních lhůt) a procesněprávní normy (ustanovení o výkonu činnosti mediátora, či náhrada nákladů řízení). Zatímco pro otázky hmotněprávní si strany mohou zvolit rozhodné právo (a nezvolí-li jej, pak se určí zejména na základě kolizních norem zakotvených v nařízení Řím I), ohledně promlčecích lhůt lze odkázat na speciální § 29 zákona o mediaci, podle něhož promlčecí lhůta ani lhůta pro zánik práva neběží ohledně práv, která jsou předmětem mediace v případě, že je mediace vedena v jiném členském státě podle právních předpisů tohoto členského státu. Naopak, u procesních otázek je třeba vycházet z práva místa uzavření smlouvy.

Vzhledem však k možné vykonatelnosti mediační dohody coby hmotněprávního institutu se jeví jako značně nepraktické, aby si strany volily rozhodné právo v mediačním řízení. Rozhodným by mělo být právo státu, na jehož území bude požadováno, aby byl obsah písemné mediační dohody učiněn vykonatelným. Jelikož v ČR je třeba pro získání vykonatelného titulu nechat smlouvu schválit formou soudního smíru či sepsáním notářského zápisu se svolením k vykonatelnosti, jeví se jako vhodné podrobit mediace vedené v ČR českému právu, byť budou probíhat mezi osobami s bydlištěm či obvyklým pobytem v různých státech.

Mediační dohody, které jsou uzavírány na území třetích států (tj. mimo státy EU a EHP) a které jsou v souladu s vnitrostátní úpravou těchto států exekučními tituly, není možno na území ČR vykonat dle unijních nařízení, ale je třeba postupovat podle zákona č. 91/2012 Sb. či relevantních mezinárodních smluv.

Směrnice v dalším zdůrazňuje, aby členské státy vynaložily veškeré prostředky, které považují za vhodné, na podporu odborné přípravy mediátorů a zavádění účinných mechanismů kontroly kvality poskytovaných mediačních služeb (čl. 4). Kromě již zmíněných požadavků, které musí podle nového českého zákona mediátor splňovat, lze v této souvislosti v rámci plnění evropské směrnice ještě zmínit dohled vykonávaný Ministerstvem spravedlnosti. To také vede seznam mediátorů, pořádá zkoušky a vykonává další činnosti přidělené do jeho působnosti § 24. Ve vztahu k advokátům, kteří chtějí být mediátory, resp. kteří se jimi již stali, vykonává obdobnou činnost Česká advokátní komora. Zajišťuje vzdělávání advokátů v této oblasti, pořádá pro ně zkoušky

a vykonává dohled nad činností advokátů-mediátorů namísto Ministerstva spravedlnosti. Advokáti mediátoři také budou podléhat kárnému řízení u České advokátní komory, nevztahuje se na ně ustanovení o správních deliktech (hlava III).

Závěrem je možno konstatovat, že dle slov autorů zákona, ministerstva spravedlnosti, „si zákon o mediaci v netrestních věcech vysloužil prvenství v poměru jeho rozsahu a náročnosti schvalování. Návrh zákona byl třikrát projednáván v Legislativní radě vlády. Projednávání návrhu bylo přerušováno zejména kvůli nepochopení tohoto, v českém právním řádu nového institutu, a jeho zaměňování s vykonatelným prétorským smírem. Velké pochyby panovaly kolem osoby mediátora jako osoby soukromého práva, jeho postavení a možnosti řešit spor. Mnozí totiž vnímali mediaci jako novou formu řízení - panovalo přesvědčení, že spory je nezbytné v souladu s tradicí kontinentálního práva rozhodovat autoritativně a že výsledkem mediace má být vykonatelný exekuční titul. Padaly dotazy, zda bude proti mediační dohodě přípustná ústavní stížnost či jiné opravné prostředky a varovalo se před tím, že alternativní vedení sporů může vést k omezování přístupu ke spravedlnosti před soudem“.

Doslova boj mezi právníckou a neprávníckou lobby prolínal a do jisté míry stále prolíná aplikací zákona o mediaci v praxi. Nevůle vidět rozdíly mezi rodinnou mediací, kde převažuje práce s emocemi, a tedy je zde dominantní pole působnosti pro psychology a sociální pracovníky a na druhé straně obchodní či občanskou mediací, kde pro úspěšné zvládnutí sporu je neodmyslitelnou součástí kvalifikovaná analýza sporu právníkem, vedla a vede ke zbytečným přehmatům a nedomyšleným závěrům už při samotné formulaci zákona. Zmiňme v této souvislosti tolikrát napadanou odpovědnost mediátora za obsah mediační dohody, resp. za soulad závěrečné mediační dohody s platným právem: tlakem neprávní lobby došlo k tomu, že bylo v Parlamentě z návrhu zákona vypuštěno ustanovení o tom, že (jediný) mediátor –advokát je za tento soulad se zákonem odpovědný. Takže současná dikce §3 odst. 3 ZM pouze zní: „ Za obsah mediační dohody jsou odpovědné pouze strany konfliktu“. Tuto, až dle mého názoru, až absurdní situaci, kdy strany jdoucí za advokátem – mediátorem právem očekávají, že závěrečná dohoda, ke které by strany pod vedením mediátora měly dospět, bude minimálně nadána všemi znaky, charakteristickými pro její soulad se zákonem, se dozvědí, že ale za tuto dohodu advokát-mediátor neodpovídá, byla nucena řešit Česká

advokátní komora ve svém etickém kodexu advokáta-mediátora. Vyřešila to tak, že na nesoulad se zákonem, pokud by na takovém řešení sporu strany trvaly, musí advokát - mediátor strany upozornit a v případě, že ani to strany nepřesvědčí o nutnosti změny, je to považováno za projev nedůvěry stran k mediátorovi, což je jeden ze dvou důvodů, kdy může mediátor mediaci z vlastní vůle ukončit. Mediátor – advokát totiž vedle svého působení coby mediátor stále zůstává advokátem (jde o jeho tzv. „jinou“ činnost advokáta ve smyslu §56 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii), a není tedy možno připustit, navíc zejména za platnosti nového občanského zákoníku (č. 89/2012 Sb.), který posiluje odpovědnost odborníků za svou činnost (§5 zákona č.89/2012 Sb.) výklad opačný.

Dá se rovněž dovodit, že dohody, které neprávnickí odborníci v mediaci uzavřou se stranami v rozporu se zákonem, soud ani notář následně neschválí, tedy se nestanou vykonatelným právním titulem, a tedy jejich existence je pak pochybná, což zpětně neprospívá ani stranám, ani pověsti mediace jako takové. Naštěstí krok České advokátní komory ve formě etického kodexu advokáta-mediátora v tomto směru snad zabrání tomu, co lze označit slovy, že „s vaničkou se podařilo též vylít i dítě“...

Je rovněž pravdou, že se Česká advokátní komora usilovala o to, aby dohody sepsané advokátem mediátorem byly automaticky vykonatelné poukazujíc na to, že např. rozhodce žádné kvalifikační předpoklady prokazovat ve smyslu zákona č. 216/1994 Sb.,ZoŘŘ nemusí, zatímco zákon o mediaci požaduje nejen VŠ vzdělání v magisterském studijním programu, ale rovněž předpokládá příslušné vzdělání v mediaci ukončené náročnou zkouškou. Advokáti, kteří tuto úspěšně podstoupí, by dle jejího názoru měli mít možnost poskytnout svým klientům komfort v sepsání takové dohody s doložkou vykonatelnosti.

Spory o výslednou podobu zákona se rovněž týkaly možnosti, aby závěrečnou dohodu mohl sepsat sám advokát- mediátor; neprávnická lobby i tomuto logickému vyústění chtěla zabránit, poukazujíc na to, že závěrečnou dohodu by měl sepsovat pouze někdo další, pokud již ne právní zástupci stran. Zde naštěstí převládl názor, že advokátům-mediátorům vskutku tuto dovednost nelze upřít a že je možno, aby takovou dohodu sepsal, navzdory tomu, že zákon ve svém §8/2 zakazuje mediátorovi poskytovat právní služby ohledně konfliktu, ve kterém vede nebo vedl mediaci.

V neposlední řadě velké obavy neprávnické lobby vzbudil dohled a zkoušky pořádané pro advokáty – mediátory Českou advokátní komorou. Obava nad „hladkým“ průběhem zkoušek pořádaných Komorou pro své členy šla až tak daleko, že tříčlenné zkušební komise pro mediační zkoušky mají to samé personální složení zkušebních komisařů jako na ministerstvu spravedlnosti a rovněž znění zkušebních otázek je totožné. Je pravdou, že Komora měla v této souvislosti původně za to (a praxe ve světě tomu tak nasvědčuje), že je třeba odlišovat mediaci v rodinných a obchodních sporech, že je skutečností, že mediace prováděná právníky je spíše evaluativní než facilitativní, a že klienti vyhledávající pomoc advokátů-mediátorů očekávají jiný typ služeb a mediace, než jak je tomu u neprávnických profesí.

V březnu t.r. jsem se zúčastnila konference Světového fóra mediačních center UIA v Texasu (Houston), kde tradice mediace je již 20ti letá a kde (navzdory jinému systému common law) se potvrzuje, že mediace prováděná advokáty má svá specifika, která netřeba potlačovat, naopak, je třeba z nich pro klienta vytěžit maximum. Kombinování metod facilitace a evaluace, oddělených jednání a role mediátora, který „hodnotí“ z právního pohledu pozice stran a pak na jejich „slabinách“ konstruuje taktiku jednání, je přesně to, co obchodní klientela vyžaduje. Domnívám se, a zprávy i z jiných evropských zemí (např. Slovinsko) to potvrzují, že toto je správná cesta rozvoje mediace – respektovat odlišné pohledy na mediaci obchodní a občanskou od mediace rodinné či komunitní, se všemi důsledky: počínaje odlišnou metodou, kterou se mediace vedou až po jiné profesní zázemí osob mediátorů.

Snaha o českou cestu unifikace těchto požadavků, nerespektování jejich odlišností u zkoušek mediátora na ministerstvu spravedlnosti od zkoušek na České advokátní komoře vedou dle mého názoru k popírání smyslu a principu mediace už ve fázi jejího začátku.

Závěr:

Lze tedy již nyní vytipovat oblasti vhodné ke změně: některé formou změn zákona, některé pouhou změn výkladu a postupu ministerstva spravedlnosti: v první řadě návratem navrhovaných oprávnění advokátů-mediátorů do zákona (zákonou formou

potvrdit odpovědnost advokáta za soulad závěrečné dohody s právem, umožnit na žádost stran sepsat dohodu advokátem ve formě vykonatelného právního titulu, stanovit pro určitý okruh právních vztahů mediaci povinnou před soudním řízením, zvýšit odměnu mediátora v případech nařízené mediace soudem u prvního setkání s mediátorem z částky Kč 400,- za jednu hodinu na částku alespoň plně pokrývající náklady mediátora s touto schůzkou);

změnami formou výkladu a postupu ministerstva spravedlnosti zejména mímím změny ve složení zkušebních komisí k mediačním zkouškám na České advokátní komoře, kdy vyhláška č.212/2012 Sb., (která stanoví, že tříčlenná zkušební komise se skládá ze dvou odborníků na mediaci a jednoho zástupce ministerstva spravedlnosti; hlasování probíhá formou prosté většiny) umožňuje jmenovat komisi způsobem 2 advokáti-mediátoři, odborníci na mediaci a 1 zástupce ministerstva spravedlnosti (členy zkušebních komisí i na Komoře jmenuje ministerstvo spravedlnosti), čímž by došlo k posílení právního vnímání u mediačních zkoušek a do jisté míry potlačení přehnaného psychologického prvku při zkouškách, který vede k tomu, že zkoušky na Komoře skládá ani ne třetina absolventů vzdělávacích kurzů s odůvodněním, že jsou adeпти příliš zaměřeni na právo a ne na psychologickou část zkoušky.

Je pravdou, že zkoušky mediátora na ministerstvu spravedlnosti, které zkouší neadvokáty v mediaci, vykazují ještě menší procento úspěšnosti: zde však je důvodem v naprosté většině případů nepochopení podstaty sporu a nezvládnutí příslušného postupu vedoucího k cíli. Zde adeпти akcentují psychologickou práci s emocemi, která však, pokud jde o spor obchodní, nedostačuje ke zvládnutí causy.

Domnívám se, že tyto mé zkušenosti z titulu předsedkyně zkušební komise pro zkoušky z mediace jak na Komoře tak na ministerstvu spravedlnosti odůvodňují závěr o potřebném respektování specifik profesí právnícké a neprávnícké při výkonu mediace a jejího typu. Domnívám se též, že důvody, pro které mediace byla uzákoněna, tj. mj. odbřemenění justice, podtrhují nutnost zajištění kvalitních výstupů z mediace, tj. jejich soulad s právem.

Trendem v poslední době je i v ČR snaha posílit alternativní způsoby řešení sporu. Do dvou let má být připravena dle plánů ministerstva spravedlnosti novela občanského soudního řízení, která by měla být velmi vstřícná nejen mediaci, ale i

dalším způsobům řešení sporu. Pokud shrneme to, co zaznívá ze zahraničí, ať už viz judikát francouzského kasačního soudu (viz kap. VI – Výběr ze zahraniční literatury) o tom, že je-li ve smlouvě mezi stranami sjednána mediační doložka a jedna ze stran ji následně nerespektuje a obrací se rovnou se svým nárokem na soud, tak soud žalobu zamítne s odůvodněním, že strany neabsolvovaly mediaci ve smyslu mediační doložky (obdoba právního režimu rozhodčí doložky), či ať už závěry publikované v evropské studii o dopadu směrnice o mediaci na právní úpravy jednotlivých zemí s návrhem na posílení mediace v tom duchu, že by mělo dojít k nařízení mediace soudem v určitých typech případů (viz Závěr kap. IV bod 9 této práce) s možností opt-out (opět viz i zkušenosti v Itálii – viz kap.IV bod 2), bude i v tomto směr nutná novelizace zákona o mediaci i občanského soudního řádu. I v ČR (nejen v Itálii) však bude dle mého názoru velmi problematické zajistit soulad takto nařízené soudní mediace s ústavním pořádkem ČR.

VI. Výběr ze zahraniční judikatury

V České republice zatím neexistuje (vzhledem k nedávnému nabytí účinnosti zákona č. 202/2012 o mediaci účinného k 1. 9. 2013) příslušná judikatura. Lze se přesto inspirovat zahraniční judikaturou, a to zejména v následujících oblastech zákona:

1) K § 3 zákona Základní ustanovení - odstavec 4 zní:

„Před zahájením mediace je mediátor povinen poučit strany konfliktu o svém postavení při mediaci, o účelu a zásadách mediace, o účincích smlouvy o provedení mediace a mediační dohody, o možnosti mediaci kdykoliv ukončit, o odměně mediátora za provedenou mediaci a o nákladech mediace. Mediátor je povinen strany konfliktu výslovně poučit o tom, že zahájením mediace není dotčeno právo stran konfliktu domáhat se ochrany svých práv a oprávněných zájmů soudní cestou a že za obsah mediační dohody jsou odpovědné pouze strany konfliktu.“

K tomu uvádí zahraniční judikatura následující, které lze obecně nazvat absencí dobré víry:

Rozsudek odvolacího soudu 8. obvodu, Spojené Státy Americké (United States Court of Appeals for the Eight Circuit), čj.: 00-2776, ze dne 5. listopadu 2001, Nick v. Morgan Food; <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1402417.html>

Odvolací soud potvrdil rozsudek okresního soudu, ve kterém soud odvolateli uložil peněžní sankci za absenci dobré víry v procesu alternativního řešení sporů (v konkrétním případě mediaci) a za navýšení nákladů sporu podáním návrhu na soudní přezkoumání (Motion for Reconsideration). Absence dobré víry v konkrétním případě spočívala mj. v nedodržení povinnosti dodat memorandum (= podepsat smlouvu provedení mediaci) minimálně 7 dnů před zahájením prvního mediačního sezení a v minimální účasti v průběhu mediačního řízení.

Další příklad absence dobré víry:

Rozsudek Konkursního soudu New York, Spojené Státy Americké (United States Bankruptcy Court, New York), čj.: 424 B.R. 76 (2010), ze dne 5. února 2010; AT Reynolds and Sons, Inc.; <https://www.courtlistener.com/nysb/augS/in-re-at-reynolds-sons-inc/>

Konkursní soud uložil bance Wells Fargo sankci za absenci dobré víry v procesu mediaci spočívající v liknavém přístupu a obstrukčním jednání (např. neúčast kompetentních osob oprávněných jednat za společnost, nevstřícnost k jakýmkoli návrhům druhé strany, osočování mediátora, apod.). Wells Fargo byla uložena povinnost uhradit náklady mediaci včetně nákladů mediátora a druhé strany.

Následující příklad je možno obecně zahrnout pod přístup k soudu:

Rozsudek Kasačního soudu (Cour de cassation), Francie, čj.: 08-10866, ze dne 8. dubna 2009; Bulletin 2009, I, No. 78

Kasační soud rozhodl o zamítnutí odvolání proti rozhodnutí soudu, kterým byla zamítnuta žaloba z důvodu nepřipustnosti s odůvodněním, že nebyla vyčerpána povinná mediace, jakožto způsob řešení sporu, jež vyplývá z ustanovení smlouvy mezi stranami. Kasační soud tak vyslovil názor, že pokud smlouva předpokládá, že intervence obchodního soudu je možná jen v případě nezdaru nebo odmítnutí mediace, jedna smluvní strana nemůže předem odmítnout proces mediace, který doposud nebyl zahájen.

Další příklad týkající se přístupu k soudu:

Rozhodnutí italského Ústavního soudu ze dne 24. 10. 2012 ohledně povinného nařízení mediace; G.U. 12/12/2012; viz též <http://www.altalex.com/index.php?idnot=60417>

Italský Ústavní soud prohlásil dne 24. 10. 2012 za nezákonný italský dekret (nařízení) č. 28 ze dne 4. 3. 2010 stanovující mediaci jako povinnou proceduru pro řešení určitých typů sporů (článek 5. 1 nařízení) v obchodních a občanských věcech. Původně se bez absolvování této povinné mediace nebylo možno přímo obrátit na soud.

2) K § 9 zákona Povinnost mlčenlivosti mediátora –tento zní:

„(1) Mediátor je povinen zachovávat mlčenlivost o všech skutečnostech, o nichž se dozvěděl v souvislosti s přípravou a výkonem mediace, a to i po vyškrtnutí ze seznamu. To platí i v případě, že nebyla uzavřena smlouva o provedení mediace.

(2) Povinnosti mlčenlivosti mohou mediátora zprostit pouze všechny strany konfliktu. Smrtí, prohlášením za mrtvého nebo zánikem některé ze stran konfliktu přechází právo zprostit mediátora mlčenlivosti na jejího právního nástupce.

(3) Povinností mlčenlivosti není mediátor vázán v rozsahu nezbytném pro řízení před soudem nebo jiným příslušným orgánem, je-li předmětem řízení spor plynoucí z výkonu činnosti mediátora mezi ním a stranou konfliktu anebo jejím právním nástupcem a dále v rozsahu nezbytném pro svou obranu v rámci výkonu dohledu nad činností mediátora nebo v kárném řízení.

(4) Povinnost mlčenlivosti mediátora se vztahuje obdobně též na osoby, které se s mediátorem podílejí na zajištění přípravy a průběhu mediace.

(5) Ten, kdo je mediátorem podle právních předpisů jiného členského státu, nesmí být nucen porušit povinnost mlčenlivosti v rozsahu, v jakém je mu uložena právními předpisy jiného členského státu, na jejichž základě poskytuje své služby.“

K tomu uvádí zahraniční judikatura:

Rozsudek Nejvyššího soudu státu Indiana (The Indiana Supreme Court), Vernon v. Adam J. Acton, čj.: 49S02-9809-CV-488, ze dne 30. června 2000;

<http://www.in.gov/judiciary/opinions/archive/06300001.bed.html>

Nejvyšší soud rozhodl o zrušení rozsudku Vyššího soudu, jímž bylo rozhodnuto o povolení vykonat ústní předběžnou mediační dohodu. Nejvyšší soud dospěl k závěru, že ustanovení pravidel alternativního řešení sporu týkající se povinnosti mlčenlivosti se vztahují a zahrnují též ústní dohodu, ke které došlo v průběhu mediace.

Další příklad:

Rozsudek odvolacího soudu 10. Obvodu, Spojené státy americké (United States Court of Appeals for the Tenth Circuit), J. Michael Hand v. Walnut Valley Sailing

Club ze dne 4. dubna 2012 /Odvolací soud 10. Obvodu je jedním z jedenácti federálních Odvolacích soudů v USA; výše už je jen Nejvyšší soud –pozn. /

<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca10/11-3228/11-3228-2012-04-04.html>

Odvolací soud potvrdil rozsudek okresního soudu, kterým tento soud zamítl žalobu z důvodu porušení povinnosti mlčenlivosti o průběhu mediace žalobcem. V průběhu soudního řízení byla žalobci (člen jachtařského klubu) a žalovanému (jachtařský klub) nařízena mediace, jíž se oba zúčastnili, leč bez výsledku (spor se týkal ukončení členství žalobce v jachtařském klubu). Žalobce posléze informoval členy jachtařského klubu o průběhu mediace včetně detailů. Soud z tohoto důvodu zamítl žalobu pro porušení povinnosti mlčenlivosti v mediačním řízení

3) K § 10 zákona Odměna a náhrada nákladů mediátora – tento zní:

„(1) Mediátor má právo na sjednanou odměnu za provedenou mediaci a na náhradu sjednaných hotových výdajů. Hotovými výdaji jsou zejména cestovní výdaje, poštovné a náklady na pořízení opisů a kopií. Mediátor může od stran konfliktu žádat přiměřenou zálohu na odměnu za provedenou mediaci a náhradu sjednaných hotových výdajů.

(2) Není-li ve smlouvě o provedení mediace sjednáno jinak, hradí strany konfliktu sjednanou odměnu mediátora za provedenou mediaci a náhradu jeho sjednaných hotových výdajů rovným dílem.

(3) Nařídil-li soud účastníkům řízení první setkání s mediátorem a nedohodnou-li se účastníci řízení s mediátorem jinak, náleží mediátorovi odměna stanovená prováděcím právním předpisem. Tuto odměnu hradí strany konfliktu rovným dílem.

(4) Je-li mediátor plátcem daně z přidané hodnoty, náleží mu k odměně za provedenou mediaci a k náhradě hotových výdajů také náhrada za daň z přidané hodnoty, kterou je mediátor povinen z odměny a náhrady hotových výdajů odvést.“

K tomu uvádí zahraniční judikatura:

Rozsudek Odvolacího soudu (Supreme Court of Judicature Court of Appeal), Velká Británie, Hasley v. Milton Keynes General NHS Trust, čj.: B3/2003/1458 a B3/2003/1582 ze dne 11. května 2004; <http://court-appeal.vlex.co.uk/vid/and-52571548>

- a) Judikát podává přehled, v kterých případech doporučit mediaci, a to včetně odkazů na případy projednávané Evropským soudem pro lidská práva (oddíly 4-11),**
- b) Dále řeší důvody, pro které náklady soudního řízení má uhradit strana, která ve sporu vyhrála, pokud se odmítla pokusit o mediaci před zahájením soudního řízení (oddíl 12-16)**
- c) Stanoví, že pravidlo ad b) výše má své limity, zejména pokud jde o situaci, na základě které není zcela jasný obsah zákona (viz závěry sekce 79 - do konce)**

Odvolatelé se odvolali proti rozhodnutí soudu, jímž byly povinováni k zaplacení nákladů úspěšné straně přesto, že úspěšná strana odmítla podstoupit mediaci a v soudním řízení následně vyhrála spor.

Bylo povinností neúspěšné strany dokázat, proč by měl existovat odklon od všeobecného pravidla o nákladech v podobě zásady osvobodit úspěšnou stranu od některých nebo všech jejích nákladů a to proto, že odmítla souhlasit s alternativním řešením sporu (ADR). Základním principem je, že takovýto odklon není opodstatněný, pokud nebylo prokázáno, že úspěšná strana jednala bezdůvodně, když odmítla souhlasit s alternativním řešením sporu.

Při hodnocení, zda strana jednala bezdůvodně, by soud měl zhodnotit každý případ individuálně a dále by měl vzít v potaz charakter sporu, jeho skutkovou podstatu, do jaké míry došlo k pokusům o jiné způsoby řešení sporu, zda by byly náklady ADR příliš vysoké a konečně vyhlídky úspěchu ADR.

Odvolání bylo zamítnuto z důvodu, že odvolatel neprokázal, že druhá strana jednala bezdůvodně.

VII. Etický kodex advokáta – mediátora

V roce 2008 přijala Evropská unie Etický kodex mediátora, který, jak je stanoveno v jeho preambuli, zakotvil principy chování určené jednotlivým mediátorům, kdy je na jejich dobrovolnosti a vlastní odpovědnosti, zda se k němu přihlásí či nikoli. Tyto principy jsou použitelné na každý druh mediace v obchodních či občanských věcech.

V kapitole III této mé dizertační práce již zmiňuji etiku mediátorů a zaměřuji se z ní zejména na stěžejní principy, tj. nezávislost a nestrannost (resp. možný střet zájmů) mediátora. **Evropský etický kodex** však zahrnuje podstatně širší spektrum oblastí, které upravuje: v úvodní části např. způsobilost mediátorů, kdy je těžiště zaměřeno na povinnou odbornou přípravu a průběžné povinné vzdělávání, na to, aby mediátor vždy pečlivě vyhodnotil své schopnosti mediovat každý konkrétní případ a sdělil stranám, jaké má vzdělání i praxi v oblasti mediace. Kodex rovněž dbá na profesionální, pravdivou a čestnou reklamu mediátora. Neopomíjí též předem strany poučit o nákladech mediace a o povinnosti zajistit si akceptaci stran v této otázce.

V další části se Evropský etický kodex věnuje samotnému procesu mediace – mediátor se vždy musí ujistit, že strany sporu rozumí jak procesu mediace tak roli mediátora i úloze stran v něm. Proces musí vést přiměřeným způsobem reflektujícím možné nerovné postavení stran, rychlost i mlčenlivost všech zúčastněných osob na mediaci. Speciálně se zmiňuje možnost vést oddělená jednání se stranami sporu, kde se modifikuje a posiluje mlčenlivost mediátora. Proces musí být rovněž spravedlivý; vyzdvihuje se možnost mediátora strany informovat a proces ukončit, pokud dochází k takovému urovnání sporu, které se mediátorovi zdá být z hlediska okolností případu a posuzovací pravomoci mediátora nevymahatelné nebo nezákonné či má mediátor za to, že další **pokračování** mediačního procesu pravděpodobně nepovede k urovnání sporu.

Zdůrazňuje se, že strany (na rozdíl od mediátora) mohou od mediace kdykoli a bez jakéhokoli odůvodnění odstoupit.

Nemalý prostor je věnován důležité části procesu, a tou je ukončení procesu. Zdůrazňuje se, že závěrečná dohoda je vědomým a informovaným souhlasem všech stran. Mediátor má rovněž poučovací povinnost, a tou je informovat strany na jejich žádost o tom, jak mohou formalizovat svou dohodu a jaké možnosti jsou ji učinit vymahatelnou.

Samostatnou partii pak představuje část týkající se mlčenlivosti, kterou však rozebírám podrobně i v aplikaci na české právní podmínky v části II této práce.

Vzhledem k duálnímu postavení advokátů – mediátorů, resp. vzhledem k odlišnému postavení obou dvou profesí, je zřetelně patrná snaha některých advokátních komor (např. České advokátní komory), stejně jako i jiných mezinárodních advokátních organizací (např. FBE - Federation Barreaux d'Europe) upravit zásadní specifika tohoto střetu obou profesí (a dále též možného střetu s různými jinými mediačními centry a asociacemi, která disponují zase svými různými kodexy chování) s cílem vyloučit tyto střety u svých členů.

FBE má např. v úmyslu zavázat všechny své členy – advokátní komory a jejich členy - advokáty – k dodržování předpisu (stavovského), který vychází z pravidel evropského Etického kodexu mediátorů, upraveného pro potřeby výkonu advokátní profese. Jde o 10ti stránkový materiál, který obecným způsobem aplikuje Evropský etický kodex na advokátní profesi, samozřejmě bez jednotlivých národních specifik v oblasti advokátního práva.

Česká advokátní komora paralelně v současné době (v dubnu t.r.) přijala formou stanoviska sekce ADR (poradní orgán představenstva) etický kodex advokáta – mediátora, který by měl upravit specifika výkonu praxe mediátora - advokáta při současném zachování povinností stanovených advokátním etickým kodexem. Východiskem při jeho úpravě byl Evropský etický kodex mediátora, zákon č. 202/2012 Sb., o mediaci a vlastní etický kodex advokáta. Prozatím byl přijat doporučující formou s tím, že po určité zaváděcí době bude zvaženo jeho předložení ke schválení

představenstvu formou stavovského závazného předpisu, neboť se ozývají hlasy z odborných sekcí ČAK k úpravě obdobných etických kodexů i pro další činnosti advokáta, zejména rozhodce či insolvenčního správce. Otázka těchto kodexů by pak měla být upravena komplexně.

Etický kodex advokáta – mediátora se dle jeho autorů a navrhovatelů proto soustředí pouze na úpravu odlišností, které jsou pro výkon této profese signifikantní. Požadavkem rovněž bylo, aby šlo o úpravu rozsahově co nejkratší, neboť se dá předvídat obdobný požadavek pro speciální úpravu etických kodexů rozhodce či insolvenčního správce, jak je zmíněno výše.

Je nutno též předeslat, že subjektem úpravy není každý advokát – mediátor, ale jen tzv. advokát – zapsaný mediátor, tj. osoba v režimu zákona o mediaci, zapsaná v seznamu mediátorů vedeném Ministerstvem spravedlnosti.

Na co je tedy třeba se dle mého názoru coby spoluautorky tohoto kodexu soustředit? Co odlišuje kodex chování mediátora – advokáta od etického kodexu advokátům vlastního?

1. Jde o vymezení nezávislosti a nestrannosti a z toho vyplývajících konsekvencí
2. Jde o specifika v samotném průběhu procesu mediace a možnosti jejího ukončení z podnětu mediátora
3. V oblasti poučovací povinnosti před zahájením procesu mediace a v oblasti vlastní reklamy mediátora
4. V oblasti nakládání s důvěrnými informacemi od jedné ze stran v rámci oddělených jednání

a nakonec

5. Rozvedení zákonem připouštěné formulace možnosti prezentace vlastního právního názoru mediátora v procesu mediace.

Ad 1)

K nezávislosti a nestrannosti: zákon o mediaci ve svém §8 odst. 1 písm. a) stanoví, že „mediátor je povinen provádět mediaci osobně, nezávisle, nestranně a s náležitou odbornou péčí“.

§ 8 odst. 1 písm. c) ZM dále stanoví, že „mediátor je povinen bez zbytečného odkladu informovat strany konfliktu o všech skutečnostech, pro které by se zřetelem na jeho poměr k věci, ke stranám konfliktu nebo k jejich zástupcům mohl být důvod pochybovat o jeho nepodjatosti“.

Mediátor musí strany před počátkem mediace nebo i během procesu mediace (pokud to vyžadují okolnosti) **spontánně upozornit na všechny skutečnosti**, o nichž by se mohlo předpokládat, že mohou vyvolat pochybnosti o jeho nezávislosti či nestrannosti, a musí se zdržet zahájení mediace nebo pokračování v mediaci, **pokud nezíská od stran souhlas v tomto smyslu poté**, co je bude plně informovat o okolnostech, které mohou vyvolat pochybnosti o jeho nezávislosti a neutralitě.

Ustanovení o nezávislosti formulované v Evropském etickém kodexu mediátora by bylo možno dle mého názoru v zásadě přizpůsobit do advokátního etického kodexu mediátora následovně:

„Pokud se před zahájením mediace či v jejím průběhu vyskytnou skutečnosti, které dle rozumného uvážení mediátora mohou mít vliv na nezávislost mediátora nebo zapříčinit střet zájmů mediátora a některé ze stran konfliktu, je mediátor povinen sdělit tyto skutečnosti stranám konfliktu. Zahájit mediaci či pokračovat v mediaci bude mediátor oprávněn pouze za předpokladu, že všechny strany konfliktu přes dotčené skutečnosti vyjádří souhlas s tím, aby mediace byla zahájena, resp. aby v ní bylo pokračováno. K těmto skutečnostem mohou za určitých okolností patřit například:

- a) bližší osobní nebo obchodní vztahy s některou ze stran konfliktu,
- b) skutečnost, že některé ze stran konfliktu poskytoval v téže věci nebo ve věci související právní služby mediátor nebo advokát, s nímž mediátor vykonává advokacii společně, nebo v případě mediátora, který je zaměstnaným

advokátem, advokát, který je jeho zaměstnavatel, anebo advokát, který je zaměstnancem stejného zaměstnavatele.“

Povinnost sdělit stranám konfliktu skutečnosti shora uvedené platí po celou dobu trvání mediace.

Mediátor musí ve vztahu ke stranám konfliktu vždy jednat nestranně a usilovat o to, aby jeho nestrannost byla zřejmá.“

K tomuto tématu je vhodné připomenout ustanovení § 8 odst. 2 ZM, které stanoví, že „mediátor však nesmí poskytovat právní služby ohledně konfliktu, ve kterém vede nebo vedl mediaci nebo činil kroky k přípravě mediace“. A contrario tedy lze dovodit, že lze poskytovat nejprve právní službu a následně vést mediaci, a to za situace, že stranám konfliktu bude tato skutečnost předem oznámena a tyto strany s mediací za těchto okolností budou souhlasit.

Po ukončení mediace se mediátor zdrží veškerých styků s účastníky v jakékoli věci, která by mohla dát podnět k obavám o poctivost mediace. Není však stanovena doba, po kterou se musí mediátor uvedeným způsobem zdržet jednání. Tato doba musí být „přiměřená“, což znamená, že budou zváženy konkrétní okolnosti podle různých měřítek, jako je doba od konce mediace, povaha dalších styků a služeb, které mají být poskytnuty, atd.

Nezávislost i nestrannost mediátora se promítá rovněž logicky do oblasti odměňování mediátora.

Standardně je odměna mediátora nastavena hodinově, ev. půldenní či denní sazbou, nicméně v zahraničí poslední dobou sílí tendence k přípuštění rovněž odměny závislé na výsledku mediace – zejména v obchodních věcech, pokud s tímto způsobem odměňování zásadně všechny strany konfliktu ve smlouvě o provedení mediace souhlasí. Toto je však možné jedině pod podmínkou, že konkrétní výše této odměny bude dohodnuta až po dosažení závěrečné dohody, pokud se k ní dospěje, a to písemně na základě dodatku ke smlouvě o provedení mediace, pokud s tím strany budou nadále

souhlasit. (Tento způsob odměny je již schválen např. v belgickém CEPANI – Centru pro mediaci a arbitráž).

K odměně za úspěch v mediaci blíže viz kap.III této dizertační práce.

Do Etického kodexu advokáta-mediátora navrhuje tudíž následující znění:

„Odměna mediátora je sjednána dohodou stran konfliktu a mediátora. Odměna může být stanovena rovněž v závislosti na výsledku mediace, a to za podmínky, že s tím všechny strany konfliktu souhlasí a že výše takto stanovené odměny bude dohodnuta až po uzavření mediační dohody v dodatku ke smlouvě o provedení mediace.“

Ad 2)

K průběhu a ukončení mediace:

Evropský etický kodex mediátora je možno českým zákonem o mediaci modifikovat dle mého názoru následovně:

Průběh mediace

„(1) Mediátor vede mediaci s přihlédnutím k okolnostem případu, včetně možného nerovného postavení stran konfliktu, a zohledňuje společné zájmy stran konfliktu, včetně potřeby pro strany uspokojivého řešení konfliktu, lze-li s ohledem na okolnosti případu k vyřešení konfliktu v rámci mediace dospět. Strany konfliktu se mohou dohodnout s mediátorem na způsobu, jakým bude mediace vedena, jinak vede proces mediace mediátor při aplikaci metod a způsobů, které s ohledem na okolnosti případu a charakter mediace považuje za vhodné a účelné, a to včetně oddělených jednání.

(2) Mediátor vytváří takové podmínky a vede mediaci takovým způsobem, aby každá ze stran konfliktu měla možnost se procesu mediace aktivně účastnit a podílet se na tvorbě dohody, a to v přiměřeně srovnatelném rozsahu. Mediátor však nenese odpovědnost za to, pokud strana konfliktu této možnosti nevyužije.

(3) Bude-li to s ohledem na okolnosti případu a cíle mediace vhodné a účelné, mediátor poučí strany konfliktu o tom, že

- a) mediace směřuje k takovému řešení konfliktu, které je v rozporu se zákonem, anebo že
- b) další pokračování mediace zjevně nepovede k vyřešení konfliktu při naplnění principů mediace.

(4) Mediátor přiměřeně informuje strany konfliktu o zákonné a stavovské úpravě mediace.

(5) Mediátor poučí strany konfliktu o tom, že mohou být při mediačním setkání doprovázeny svým právním zástupcem. V případě, že si některá ze stran konfliktu přeje přítomnost svého právního zástupce při mediačním setkání, je mediátor povinen toto přání strany konfliktu respektovat a tomuto právnímu zástupci účast umožnit.“

(Odůvodnění: K bodu 3 tohoto článku třeba zdůraznit vazbu poučovací povinnosti advokáta – mediátora na ustanovení § 3 odst. 3 ZM; tj. že za obsah dohody jsou odpovědny pouze strany konfliktu. Pokud totiž advokát – mediátor usoudí, že dochází k takovému řešení konfliktu, které je v rozporu se zákonem, je oprávněn o tom strany konfliktu poučit. Toto poučení tak chrání strany mediace současně před tím, že by takovou nezákonnou dohodu soud následně neschválil (§ 30 odst. 2 ZM), pokud by mu byla předložena ke schválení za účelem získání vykonatelného právního titulu.)

Ukončení mediace

„(1) Mediátor je oprávněn mediaci ukončit pro narušení nezbytné důvěry, a to zejména trvají-li strany konfliktu i přes poučení podle čl. viz shora odst. 3 na takovém vyřešení konfliktu, které je v rozporu se zákonem.

(2) Strany konfliktu mohou od mediace kdykoli a bez jakéhokoli odůvodnění odstoupit.

(3) Je-li to s ohledem na okolnosti případu, možnosti strany, přítomnost právních zástupců apod. vhodné a účelné, mediátor doporučí stranám, aby si mediační dohodu sepsaly samy či její sepsání svěřily právním zástupcům, či jiné vhodné třetí osobě. Mediátor je oprávněn mediační dohodu stran o vyřešení jejich konfliktu sepsat sám, a to na žádost či se souhlasem všech stran konfliktu. V takovém případě bude mediátor povinen postupovat tak, aby mediační dohoda odpovídala vůli a dohodě všech stran konfliktu vyjádřené stranami v závěru mediace a byly nadále respektovány veškeré principy mediace.

(Odůvodnění: Pokud však strany konfliktu trvají i přes poučení (viz výše odst.3) na takovém vyřešení konfliktu, které je v rozporu se zákonem, je mediátor oprávněn mediaci ukončit pro narušení nezbytné důvěry (§6 odst. 2 ZM) - narušení nezbytné důvěry je totiž jedním ze dvou důvodů, pro které může mediátor – vedle nesložené zálohy jednou ze stran – ukončit již zahájenou mediaci. Na rozdíl od stran konfliktu, které mohou od mediace odstoupit kdykoli a bez jakéhokoli odůvodnění.

Pokud jde o ukončení mediace, mediátor může a nemusí také sepisovat mediační dohodu. Pokud ji však sepisuje, je povinen postupovat tak aby mediační dohoda odpovídala vůli všech stran konfliktu vyjádřené v závěru mediace).

Ad 3)

V oblasti povinností před zahájením mediace je možno opět vyjít z Evropského etického kodexu a uložit advokátovi – mediátorovi, aby na požádání mohl mediátor stranám konfliktu poskytnout informace o své dosažené kvalifikaci v oboru mediace.

Navrhuje se tedy znění: „Advokát, který je zapsaným mediátorem ve smyslu zákona č. 202/2012 Sb. o mediaci a o změně některých zákonů – zákona o mediaci (dále jen „mediátor“), je povinen na požádání poskytnout stranám konfliktu informace o své dosažené kvalifikaci v oboru mediace“.

Oblast „Propagace služeb“ mediátora lze dle mého názoru vypustit, neboť je tato oblast dostatečně upravena etickým kodexem advokátním, a to i pokud jde o způsob i rozsah sebe prezentace.

Ad 4)

V oblasti nakládání s důvěrnými informacemi lze vyjít z dikce zákona o mediaci (§ 9), který zavazuje k povinnosti mlčenlivosti pouze mediátora (nikoli strany konfliktu) a jehož rozsah je vymezen na všechny skutečnosti, o nichž se dozvěděl v souvislosti s přípravou a výkonem mediace, a to i po vyškrtnutí ze seznamu.

Není tedy třeba tuto skutečnost opakovat do stavovské úpravy mediace.

Je však třeba dle mého názoru doplnit, že „informace poskytnuté mediátorovi jednou ze stran konfliktu jako důvěrné nesmí být bez jejího souhlasu poskytnuty ostatním stranám konfliktu.“ Jedná se o úpravu mlčenlivosti pro oddělená jednání, tzv. caucus – opět citováno z Evropského etického kodexu.

Ad 5)

K možnosti prezentace právního názoru mediátora v procesu mediace na věc stran konfliktu nebo její některou dílčí otázku – zákon tuto možnost připouští (§ 8 odst. 2 ZM), musí být zdůrazněno mediátorem, že je jeho právní názor nezávazný.

Navrhuje se tedy: „Vysloví-li v souladu se zákonem o mediaci mediátor v průběhu mediace svůj právní názor na záležitost či dílčí právní otázku, které přímo či nepřímo souvisí s předmětem sporu, je mediátor zároveň povinen strany konfliktu poučit o skutečnosti, že jeho právní názor je z hlediska případného budoucího řešení konfliktu soudní cestou, či v rámci rozhodčího řízení, nezávazný.“

Shrnutí

Má práce se zaměřuje na problematiku v českém prostředí poměrně novou, a to mediaci v netrestních věcech, upravenou zákonem č. 202/2012 Sb. Zařazuji ji do systému jednoho z několika alternativních způsobů řešení sporu, z čehož v první části analyzuji metodu med-arb. Jedná se o metodu pro právníky atraktivní, avšak často zapovídanou pro možný rozpor s etickými pravidly. Činím tak na základě srovnání s belgickou právní úpravou a analyzuji její přípustnost v českém právním prostředí. Docházím k závěru, že za splnění určitých podmínek je možné tuto metodu uplatnit.

V druhé části analyzuji samotný mediační proces se zaměřením na jeho právní aspekty. Věnuji se tak zejména náležitostem smlouvy o provedení mediace, soudní mediací a její úpravou v českém zákoně, mediačními doložkami, specifiky mezinárodních mediací a otázkami vykonatelnosti mediačních dohod včetně vykonatelnosti mezinárodních. Věnuji se výběru mediátora, zejména u mezinárodních mediací i zahraničním institucím v oblasti mediace. Nemalou pozornost upínám k roli advokátů v mediaci coby profesionálních vyjednavců a otázce nákladů mediačního řízení s novým trendem v zahraničí – otázce success (satisfaction) fee. Rovněž akcentuji etiku a mlčenlivost advokáta, základní pilíře činnosti mediátora.

Třetí část mé práce věnuji komparační studii vybraných zemí, a to v oblasti civilního práva (Rakousko – které stálo svou právní úpravou vzorem pro českou právní úpravu mediace, Itálie - země, která si prošla fází tzv. povinné mediace před soudním řízením, Nizozemí – jedna z nejprogresivnějších zemí v oblasti mediace, Německo - se zkušenostmi s tzv. právníkou mediací, Francie, Belgie – na řadě míst této práce srovnávám její právní úpravu s českou právní úpravou, Slovensko – zajímavé z hlediska zcela odlišného přístupu k mediaci) a v právní oblasti anglosaské (UK). Jedná se o země, které považuji za natolik rozdílně implementující Evropskou směrnici o mediaci č. 2008/52/EC, že jejich porovnáním si lze učinit představu o tom, jak rozdílně může mediace fungovat v evropských zemích. Věnuji se závěrům v tom smyslu, čeho již bylo dosaženo a které reformy bude Evropská komise zvažovat při posílení tohoto mimosoudního institutu směrem k evropským zemím: jde zejména o možnost nařídit povinnou mediaci pro určitou kategorii případů s možností opt-out a dále stanovit z roviny EU určitý minimální počet mediací za rok na jednotlivou zemi.

Poslední, čtvrtá část mé práce pak analyzuje českou právní úpravu, zasazuje ji do náročné doby jejího přijímání Parlamentem a její ovlivnění bojem mezi právnickou a neprávnickou lobby. Výsledkem je kompromisní úprava zákona o mediaci její prováděcí vyhlášky. Navrhuji ve své práci úpravy de lége ferenda i úpravy, které nejsou potřebné být řešeny změnou zákona, ale jen výkladem jednotlivých ustanovení tak, aby jeden z cílů přijetí evropské úpravy směrnice o mediace a následně českého zákona o mediaci - odbřemenění justice – byl naplněn ve větší míře než doposud. Věnuji se též otázce rozhodného práva v mezinárodních mediacích.

Práci doplňuji o výběr ze zahraniční judikatury, neboť česká judikatura dosud zcela chybí. Věnuji se též použitelnosti některých judikátů v českém právním prostředí.

Závěr tvoří analýza etického kodexu advokáta-mediátora, který bude aktuálně publikován jako stanovisko Sekce ADR coby poradního orgánu představenstva České advokátní komory směrem k advokátům - zapsaným mediátorům. Tento kodex by měl být praktickým vodítkem pro advokáty - zapsané mediátory, jak reagovat na střety těchto obou profesí ve světle Evropského etického kodexu mediátora, etického kodexu advokáta a zákona o mediaci. Jedná se zejména o vymezení nezávislosti a nestrannosti a z toho vyplývajících konsekvencí, o specifika v samotném procesu mediace a možnosti jejího ukončení z podnětu mediátora a rozvedení zákonem připuštěné formulace možnosti prezentace vlastního právního názoru mediátora v procesu mediace.

Summary

My work focuses on a subject matter that is relatively new in the Czech environment. It is mediation in civil (noncriminal) matters, as governed by Act 202/2012 Coll. I classify it as one of the several methods of alternative dispute resolution. In the second part of my work I analyze the med-arb method. This method is attractive for lawyers, but often barred due to the potential conflict with rules of ethics. My analysis is based on a comparison with the Belgian legislation and I analyze its admissibility in the Czech legal environment. I conclude that under certain conditions this method can be used.

The third part of my work analyzes the mediation process itself, and specifically focuses on its legal aspects. I further elaborate on the detailed provisions of the Agreement to

Mediate, court-ordered mediation and its regulation in the Czech law, mediation clauses, the specific aspects of international mediation and issues of enforceability of mediation agreements, including cross-border enforceability. I discuss the selection of a mediator, especially in international mediations and international institutions in the field of mediation. I pay considerable attention to the role of lawyers in mediation as professional negotiators and to the cost of the mediation process taking into account the new trend abroad - the so called success (satisfaction) fees. I also accentuate ethics and lawyer's confidentiality as the basic pillars of the work of a mediator.

The fourth part of my work includes a comparative study of selected countries, in the field of civil law (Austria - which became a model for the Czech mediation legislation, Italy - a country that has undergone a phase of mandatory mediation before litigation, Netherlands - one of the most progressive countries in the field of mediation, Germany - with experience with the so called lawyer mediation, France, Belgium - at many places of this work, I compare the Belgian legislation with the Czech legislation, Slovakia - an interesting case, considering its completely different approach to mediation), and the Anglo-Saxon law (UK). These countries have implemented the EU Mediation Directive 2008/52/EC so diversely, that their comparative study can give us an idea of how differently mediation can operate in European countries. My conclusions then examine what has been achieved and which reforms the European Commission will consider in strengthening this extra-judicial tool for the European countries: it especially concerns the possibility to order mandatory mediation for a particular category of cases with an opt-out and to set at the EU level a minimum number of mediations per year for a single country.

The fifth part of my work then analyzes the Czech legislation, puts it in the context of the challenging times of its adoption by the Parliament, and further analyzes the influence of the struggle between legal and non-legal lobby. The result is a compromise wording of the Act on Mediation and its implementing regulations. In my work, I suggest adjustments *de lege ferenda* as well as amendments that do not require any changes of the law, but that can be addressed through the interpretation of individual provisions, so that one of the objectives of the adoption of the Mediation Directive and subsequently of the Czech Act on Mediation - i.e. lightening the burden of the justice

system - is achieved to a larger extent than what is now the case. I also discuss the issue of applicable law in international mediation.

I complemented my work with a selection of foreign cases, as the Czech case law has been completely missing so far. I also consider the applicability of some court rulings in the Czech legal environment.

My work ends with an analysis of the Code of Conduct for Lawyers-Mediators, which will be published as an opinion of the ADR section as an advisory body to the Board of the Czech Bar Association, which will apply to lawyers - registered mediators. This Code of Conduct should be a practical guide for lawyers - registered mediators as to how they should respond to the conflicts of these two professions in the light of the European Code of Conduct for Mediators, the Code of Ethics for Lawyers and the Act on Mediation. It concerns, in particular, the definition of independence and impartiality and the resulting consequences thereof, the specifics of the mediation process and the possibility of terminating the process at the mediator's initiative. It also concerns the elaboration of the wording admitted by law, of the possibility for the mediator to present his legal opinion in the course of the mediation process.

Seznam zkratek

ZM – z.č.202/2012 Sb., o mediaci a o změně některých zákonů

ZoŘŘ – z.č.216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů

OSŘ – z.č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

MŠP – Ministerstvo spravedlnosti ČR

ČAK – Česká advokátní komora

Seznam použité literatury a pramenů vč. elektronických zdrojů

- „La Med-Arb et ses dérivés. Plaidoyer pour un mode de résolution des conflicts efficace“, in Liber Amicorum Georges-Albert Dal, pp.833-864, Larcier 2013
- Komentář k zákonu o rozhodčím řízení – nakladatelství Beck 2012; Bělohávek
- Komentář k zákonu o mediaci – nakladatelství Beck 2013; Doležalová, Hájková, Potočková, Štandera
- Konference Světového fóra mediálních center UIA – Lisabon 2012, Houston (Texas) 2014 - podklady
- „Mediace v právním prostředí“ – nakladatelství Beck, Právní rozhledy, 12/2012, Doležalová M., Van Leynseele P.
- „Jednat nebo nejednat se stranami odděleně, to je otázka“ – Garby T.; Bulletin advokacie 6/2013
- „Tlumočení v rámci mediace“ - Holub Š.; Molnár B.; Bulletin advokacie 6/2013
- „Role ministerstva spravedlnosti při přípravě zákona o mediaci“ – Korbel F., Prudíková D.; Bulletin advokacie 6/2013:
- „Několik úvah o odměně mediátorů za úspěch“ – Van Leynseele,P.; Bulletin advokacie 6/2013
- „Mediace on-line v kontextu zákona o mediaci“ – Gertner L.; Bulletin advokacie 6/2013:
- Evropský etický kodex mediátora;
http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm
- Etický kodex advokáta – mediátora; sekce ADR ČAK; materiál do představenstva ČAK na květnové zasedání 2014
- Civil and Commercial Mediation in Europe – National Mediation Rules and Procedures I; Esplugues C., Iglesias J.L.; Palao G.; Intersentia 2013
- „Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of Mediations in EU“ – Directorate General pro Internal Policies – Policy Dpt. C – Citizen’s Rights and Constitutional Affairs; January 2014

- International Arbitration and Mediation, A Practical Guide-Wolters Kluwer 2010, McIlwrath,Savage
- ADR in Business, Practice and Issues across Countries and Cultures, Volume II – Wolters Kluwer, Arnold Ingen-Housz
- Mezinárodní mediace a české právo – Pauknerová, Pfeiffer - Právní rozhledy 1/2013
- Mezinárodní mediace z pohledu práva České republiky – Vybíral- Obchodní právo 12/2012
- K novému zákonu o mediaci s přihlédnutím ke vztahům s mezinárodním prvkem – Vybíral – Obchodní právo 7-8/2012

Anotace

Tato disertační práce se zaměřuje zejména na problematiku v českém prostředí poměrně novou, a to na mediaci v netrestních věcech, upravenou zákonem č. 202/2012 Sb. Autorka ji zařazuje do systému jednoho z několika alternativních způsobů řešení sporu, z čehož v druhé části analyzuje metodu med-arb.

Ve třetí části analyzuje samotný mediační proces se zaměřením na jeho právní aspekty.

Čtvrtá část této práce je věnována komparační studii vybraných zemí, a to v oblasti civilního práva (Rakousko, Itálie, Nizozemí, Německo, Francie, Belgie, Slovensko) a v právní oblasti anglosaské (UK)

Pátá část práce pak analyzuje českou právní úpravu. Autorka navrhuje ve své práci úpravy de lége ferenda i úpravy, které nejsou potřebné být řešeny změnou zákona, ale jen výkladem jednotlivých ustanovení.

Práci doplňuje o výběr ze zahraniční judikatury, neboť česká judikatura dosud zcela chybí.

Závěr tvoří analýza etického kodexu advokáta-mediátora, který bude aktuálně publikován směrem k advokátům - zapsaným mediátorům.

Abstract

This dissertation focuses in particular on a subject matter, that is relatively new in the Czech environment. It is mediation in civil (noncriminal) matters, governed by Act 202/2012 Coll. The author classifies it as one of the several methods of alternative dispute resolution. In the second part of her work she analyzes the med-arb method.

In the third part of the dissertation, the author analyzes the mediation process itself, and specifically focuses on its legal aspects.

The fourth part of the dissertation includes a comparative study of selected countries, in the field of civil law (Austria, Italy, Netherlands, Germany, France, Belgium, Slovakia) and the Anglo-Saxon law (UK).

The fifth part of the dissertation analyzes the Czech legislation. The author suggests adjustments de lege ferenda as well as amendments that do not require any changes of the law, but that can be addressed through the interpretation of individual provisions.

The author complements her work with a selection of foreign cases, as the Czech case law has been completely missing so far.

The work ends with an analysis of the Code of Conduct for Lawyers-Mediators, which will be currently published for lawyers - registered mediators.

Klíčová slova – Key words

Med-Arb

Arb-Med

Mediace - Mediation

Advokát-Mediátor – Lawyer - Mediator

Etický kodex advokáta – mediátora – Code of Conduct for Lawyers- Mediators

Mediační doložka – Mediation Clause

Odměna za úspěch v mediaci – Success (Satisfaction) Fee in Mediation

Smlouva o provedení mediace – Agreement to Mediate

Vykonatelnost mediační dohody – Enforceability of Mediation Agreement

Zapsaný mediátor – Registered Mediator