

VIII.3. Lex mercatoria – právo světových obchodníků

Historie jevu. Vedle tradičních koncepcí se v kontraktační a rozhodovací praxi setkáváme i s dalšími, tzv. netradičními koncepcemi, které staví soukromoprávní část práva mezinárodního obchodu do nového světla. Celá záležitost má rozměr nejenom teoretický, ale i navýsost praktický. Z pohledu praxe mezinárodního obchodu se tyto teorie mnohem lépe přibližují realitě mezinárodního obchodního styku, lépe "vnímají" dění v této oblasti. Rovněž některé rozhodčí soudy aplikují přímo právo vzniklé mimo zákonodárné iniciativy států, ať již jako celý soubor právních pravidel nebo jako jednotlivou normu. Ať již zaujmeme k tomuto jevu skeptický a kritický postoj, nebo naopak jej bezvýhradně přijmeme, nelze mu upřít to, že jde o jev, který je živý a životaschopný pokud jde o kontraktační a rozhodovací praxi.

Lex mercatoria, International Commercial Law, Law of International Trade, Transnational Law of International Trade Transaction - to vše jsou názvy mající za společný základ myšlenku existence svébytného systému norem, případně samostatného právního odvětví či dokonce systému práva upravujícího právní vztahy vznikající mezi mezinárodními obchodníky. Společným jmenovatelem norem je skutečnost, že nevznikly v rámci legislativní činnosti státu či států, ale mimo tuto činnost. A to jak v praxi samé (tedy výrazně živelně), tak i více či méně "uměle" v rámci činnosti různých mezinárodních organizací, obchodních komor atd.

Inspirace středověkým lex mercatoria. Inspirace k dnešním úvahám jsou hledány u středověkého lex mercatoria - zvláštního, a lze říci i autonomního (ve smyslu vztahu k právním řádům tehdy existujících státních útvarů), práva obchodníků, které se rozvíjelo na obyčejovém základě. Lex mercatoria se postupně formovalo na přelomu 11. a 12. století zejména v Evropě (droit des faires ve Francii, ius mercatorum v Itálii, ley merchant v Anglii). Dle některých poznatků nezůstávají stranou ani islámské země s bohatě rozvinutými obchodními styky jak na východ do Asie, tak na západ do Evropy. Rozvoj byl celkově podmíněn rozmachem vlastního obchodu v 11. století, rozkvětem středomořských obchodních center i velkými křižáckými výpravami.

Středověké lex mercatoria je obvykle vymezováno jako do určité míry jednotné právo obyčejového původu, mající "mezinárodní dosah". Za faktory přispívající k jeho formování jsou považovány:

- unifikující charakter práva význačných tržních míst (jako byly Benátky, Janov, Florencie, Milán, Troyes, Lagny, Frankfurt, Lipsko, Kijev atd.),
- existence zvláštních soudů - arbitrží, rozhodujících obchodní spory,
- aktivita veřejných notářů,
- univerzalita mořských obyčejů.

Zvláště zajímavé jsou z pohledu vlastních zájmů, potřeba následné "neformální" tvorby prvé dva faktory. Je nutné si uvědomit, že obchodování skrze tržní místa - typické pro středověký obchod - se sebou přinášelo zásadní problém rozdílného právního nazírání v jednotlivých oblastech. Přirozenou reakcí je vytváření zvláštních pravidel obchodování mezi obchodníky. V důsledku jejich existence tito nemusejí na novém tržním místě počítat i s novými tržními pravidly pro obchodování mezi sebou. Tyto normy jsou současně přirozenou cestou prosazovány obchodníky na dalších místech a tím dochází k jejich třibení a rozšiřování.

Vedle vlastní právní regulace však byly problémy podmíněny i komplikacemi v rozhodování sporů mezi obchodníky. Trhy trvaly po určité omezené období a obchodník, který poté cestoval dále, musel se jak domoci svého práva, tak i uplatnit svůj nárok. Nutnost

zajištění rychlého, minimálně formálního řízení ve kterém bude rozhodováno na základě lex mercatoria vedla obchodníky k tomu, že se obracejí kvůli řešení sporů na osoby z vlastních řad. Tato soukromá, případně soukromo-korporativní ujednání o příslušnosti k rozhodování sporů týkajících se obchodních záležitostí, jsou považována za počátek systému soukromého rozhodování sporů.

Středověké lex mercatoria se rozvinulo v systém obyčejových norem obecně uznávaných obchodníky a sloužících k rozhodování sporů mezi obchodníky u zvláštních arbitrážních soudů. Jeho vytváření bylo spontánní, neregulované "uměle".

Vznik národních kodexů – konec středověkého lex mercatoria. Stav do jisté míry jednotné (mezinárodní) regulace postavené na obyčejovém základě je narušován od konce 17. století vytvářením národních kodexů. Rušení místních trhů, vytváření jednotných národních vnitřních trhů vyžaduje následně i jednotnou vnitřní národní právní regulaci. Tento proces spolupůsobí následně při zániku středověkého lex mercatoria.

19. století přináší nové impulsy pro rozvoj ekonomiky a obchodu. Rozvoj průmyslové výroby, postupné vytváření mezinárodního trhu podmíněné rychlým rozvojem zámořského obchodu s Amerikou, to vše „tlačí“ i na oblast právní. Stále silněji je pocíťován úzký rámec národních právních řádů. Odrazy všech těchto procesů lze vidět i v oblasti právní.

Na jedné straně lze na straně teorie zaznamenat mimořádný zájem o tzv. mezinárodní právo soukromé. Zejména ve dvacátých letech 20. století se objevuje i zájem o sjednocování hmotného národního práva. To vše je doprovázeno na straně druhé vytvářením zvláštních obyčejových úprav. Důvodem je nedostatečnost národních úprav pro oblast zámořského obchodu i pro obchod vůbec. Právní úpravy „nastavené“ na jinou ekonomickou realitu neodpovídají potřebám a stupni rozvoje bouřlivě se rozvíjejících ekonomických vztahů.

V podstatě již od konce minulého století, v souvislosti s podstatným vzrůstem strojní velkovýroby a rozvojem mezinárodního obchodu, se objevují úvahy o existenci **mezinárodně jednotného práva** v této oblasti.

Například **E. Lambert** hovořil o právu mezinárodních společností (*droit corporatif international*), které má vlastního ducha, metody i sankce. Jeho autonomii viděl v působení tří skutečností: arbitráže rozvíjené uvnitř společenství, kodifikaci zvyklostí či kodifikaci typového kontraktu. Toto právo mezinárodní společnosti (rozumí se obchodníků), které vzniklo z potřeb hospodářské povahy, bez zásahu státu, má schopnost rozšiřovat se svobodně bez ohledu na hranice.

Žák E. Lamberta - **M. Ishizaki** - poukázal na skutečnost, že toto právo se rozvíjí mimo dosah kontroly a sankcí státu. Vzhledem k dispozitivnímu charakteru norem upravujících smlouvy a vzhledem k možnostem řešení sporů před rozhodci, se tyto vztahy vymykají kontrole státu.

Podobně poukázal i **H. Grossmann - Doerth** na skutečnost, že státní právo (tj. právo vytvářené skrze stát či jeho instituce) je pro mezinárodní obchod pramenem s minimálním významem. Toto konstatování dokazoval na situaci v zámořském obchodě, kde jsou nejvýznamnější otázky upraveny pomocí dispozitivních norem. Vzhledem k jejich nevyhovujícímu obsahu jsou v praxi nahrazovány firemními formuláři (tj. podmínkami, které v obchodním obratu mezi sebou navzájem používají firmy), klauzulemi (tj. typovými smluvními doložkami) a společenským právem (tj. klauzulemi, které strany nemusí formulovat, neboť tuto formulaci samy realizovaly). Proto, aby bylo možné se oddělit od výše uvedeného státního práva, je nutné se oddělit i od jeho ducha. Nové právo světového zámořského obchodu je tak pomocí klauzule o řešení sporů pomocí arbitráže oddělováno od specifík soudního řízení jednotlivých států a tím i od vnášení národních specifík skrze či pomocí soudce.

Renesanci těchto myšlenek - a jak bývá především uváděno - "počátek procesu znovuoživení mezinárodního charakteru obchodního práva" představují 60. léta.

Vývoj koncepce lex mercatoria v období od 60. let minulého století. Pokus o exaktní přehled současných názorů je obtížný, ne-li nemožný. Jak vzhledem k šíři názorového proudu, teoretickým východiskům jednotlivých autorů, tak i tomu, že celý myšlenkový proud prošel určitým vývojem - od nadšení a potřeby odpoutání se od vnitrostátního práva až po určitý skepticismus dnešních dní a návrat k vazbám na vnitrostátní právo, a po spíše než hledání teoretický čistých řešení nalezení spíše pragmatického přístupu k možnostem aplikace daného souboru norem před orgány, které mají rozhodovací pravomoc. Např. vývoj v ES pokud jde o transformaci úmluvy Řím I do nařízení a umožnění přímé aplikace Principů evropského smluvního práva je toho příkladem.

Při bližším zkoumání tohoto myšlenkového proudu je třeba si uvědomit, že doktrinální východiska se u jednotlivých autorů liší. V důsledku toho se odlišuje i uvedení pramenů lex mercatoria a možností aplikace. To, v čem se autoři napříč proudem shodují, je schopnost tvorby pravidel přiznaná i jinému subjektu než je stát či státy, a způsobilost souboru těchto pravidel regulovat vztahy mezi mezinárodními obchodníky.

Bezesporu ke skupině zakladatelů myšlenkového proudu patří **C.M. Schmitthoff** a **A. Goldštajn**. Názor reprezentovaný C.M.Schmitthoffem a A. Goldštajnem ve své podstatě vychází ze specifík kolizní úpravy vztahů s mezinárodním prvkem, specifík způsobu řešení sporů v mezinárodním obchodě a společného sdílení některých obecných zásad právních.

Základní prvky lex mercatoria vidí Schmitthoff v:

- existenci autonomie vůle stran,
- prosazování zásady pacta sunt servanda,
- rozvoji mezinárodní obchodní arbitráže.

V souvislostech s dalším rozvojem a výstavbou nového lex mercatoria klade důraz na rozvoj komparatistiky.

A. Goldštajn pro další rozvoj lex mercatoria vymezil jako základní spolupůsobení tří skupin faktorů: právních, ekonomických a sociologických. Z faktorů **právních** vyzdvihuje zejména:

- dispozitivní charakter obecného závazkového práva,
- nepřiměřenost vnitrostátních úprav vzhledem k potřebám úpravy mezinárodních obchodních transakcí,
- podobnost institutů obchodního práva v jednotlivých státech,
- pozitivní klima národního práva vůči arbitráži,
- limitované účinky ordre public.

Síla a účinky **ekonomických a sociologických faktorů** spočívají ve zvláštní povaze jak obchodního, tak zejména mezinárodního obchodního práva. Celá tato sféra je mimořádně citlivá na změny v oblasti politické, ekonomické i společenské. Pohyb v těchto sférách se odráží i do závazkových vztahů.

Původ práva mezinárodního obchodu odvozují Goldštajn i Schmitthoff ze dvou zdrojů:

- mezinárodní legislativy (tj. mezinárodních smluv jak platných, tak i těch, které se doposud platné nestaly), a
- mezinárodních obchodních obyčejů.

Právo mezinárodního obchodu je v řadě jejich prací uváděno jako autonomní právo mezinárodního obchodu. Nicméně vlastní vztah k národním právním řádům, zejména pak otázka "separace" od nich je značně kontroverzní. Například Schmitthoff uvádí, že "transnacionální právo je rozvíjeno paralelismem jednání v různých národních právních řádech ve sféře dispozitivního práva". Cílem paralelismu je usnadnit mezinárodní obchodní výměnu ustanovením jednotných norem, které budou regulovat smluvní vztahy. Svůj autonomní charakter získává toto právo opuštěním národních

právních systémů. Podmíněně je založeno (odvozeno) na národním právu, nicméně je mezinárodně obchodní praxí rozvíjeno v těch sférách, kde jsou národní zákonodárci bez zájmu. Lex mercatoria respektuje skutečnost, že žijeme v době národních právních řádů, je z nich odvozeno a respektuje suverenitu států. Vztah mezi nimi je vztahem koexistence. Je však nutné vzít do úvahy, že lex mercatoria nedává odpověď na všechny otázky. Tyto vztahy jsou ve fázi vývoje. Konkrétní důsledky dopadu této teorie na závazkový vztah lze dokumentovat například na Goldštajnově pojetí. Dle něj je mezinárodně (transnacionálně) situovaný závazkový vztah řízen:

- mezinárodními obchodními obyčejí,
- mezinárodní legislativou,
- rozhodnutím mezinárodní obchodní arbitráže,
- národním právem jednak skrze ordre public, jednak skrze vyplnění mezer kontraktu.

Ph. Kahn, B. Goldmann. Zejména pro Francii je typický směr vycházející ze sociologického a institucionálního přístupu k právu. Toto učení představuje mezinárodní společenství obchodníků, anebo přinejmenším určité zájmové skupiny jako je svaz obchodníků se zemědělskými produkty, surovinami anebo například bankovní sektor, jako plně samostatnou instituci (strukturu), uvnitř níž určité hospodářské svazy přejímají společenskou autoritu a udávají rozhodující tón pro regulaci. Podstatou existence takové společnosti je její solidarita. Uvnitř komunity požívají vlastní orgány obchodníků silnou autoritu. Vydáváním formulářových podmínek či smluv vykonávají v zásadě zákonodárnou činnost. Existence vlastních arbitrážních orgánů zabezpečuje aplikaci těch norem, které jsou společenstvím vytvářeny. Obchodní společenství disponuje - dle příznivců této koncepce - také řadou neformálních donucovacích prostředků jako jsou penále, disciplinární opatření, zanesení do rejstříků, vyloučení ze společenství a další neformální sankce.

Přestože jsou základní cíle obou zmiňovaných směrů stejné, v dílčích otázkách se liší. V první řadě je to ve výchozích bodech obou směrů. Zatímco první vychází z norem bezprostředně daných nejen společenstvím obchodníků, ale i státem, druhý vychází z existence a aktivity společenství obchodníků, tj. sociálních skupin stojících mimo stát. Další rozdíl je dán v samotných pramenech úpravy. Zde například Goldmann zcela vylučuje normy státního a mezistátního původu. Zdůrazňuje fakt, že lex mercatoria je tvořeno normami, jejichž předmět je většinou - pokud ne výlučně - transnacionální, a jejichž původ je obyčejový a tedy spontánní.

Shrneme-li například Goldmannovy myšlenky týkající se vymezení lex mercatoria, lze uvést, že *"lex mercatoria je systémem obecných principů a obyčejových norem, spontánně aplikovaných či vypracovaných v rámci mezinárodního obchodu, bez odvolávání se na jednotlivé systémy národních právních norem"*. Na tento systém nahlíží - zejména ve svých pozdějších pracích - nikoli již jako na neúplný, rozvíjející se proces nevedoucí ke vzniku autonomního systému práva, ale hovoří o lex mercatoria jako o systému nenárodního - avšak nekompletního práva.

Transnacionální směr - M.J. Bonell, E. Langen. V tomto případě je do jisté míry absurdní, že i když je transnacionální směr zařazován jak příznivci, tak odpůrci teorie lex mercatoria do této koncepce, sami jeho protagonisté hovoří o pouhé pracovní metodě a pokud se o lex mercatoria zmiňují, tak pravidelně jako o předmětu své kritiky. Podstatu rozdílu vidí v tom, že jimi vytvořené řešení není lex mercatorium, tj. svébytné právo, ale mezinárodně spojené státní právo, případně jak jsem uvedla již výše, o pracovní metodu řešení sporů překračujících hranice jednoho státu.

E. Langen míní termínem "transnational commercial law" soubor všech norem, které platí stejně nebo podobně pro určité právní situace ve sféře dvou či více národních jurisdikcí.

Jestliže si strana zvolila výslovně či mlčky transnacionální obchodní právo nebo jestliže se jeví prima facie, že má být toto aplikováno, potom, v souladu s novou metodou, by měla následovat uvedená pořadí soudního uvážení:

- jako výchozí by měl soudce vzít své vlastní právo,
- současně musí ohodnotit rozhodnutí z pohledu tohoto práva co do slučitelnosti se zahraničním právem,
- jeví-li se slučitelným, aplikuje domácí právo s tím, že se odvolává na slučitelnost za účelem větší přesvědčivosti,
- nejeví-li se domácí právo slučitelným, musí soudce usilovat o přesné určení rozdílů a naleznout rovnováhu, pokud je to možné, v dosahu dotčených dispozitivních norem dvou právních řádů. Rozhodnutí tohoto druhu není rozhodnutím v důsledku aplikace cizího práva, ale zůstává rozhodnutím na základě domácího práva, protože zůstává v doméně domácích dispozitivních norem. Jen v určitých případech, které jsou v obchodním právu komparativně vzácné, kde vzetí do úvahy domácího či cizího ordre public zabraňuje rozhodnutí v souladu s transnacionálním obchodním právem, je soudce donucen realizovat volbu národního práva a v souladu s ním rozhodnout.

Zatímco Langen výrazně tenduje k řešení na základě mezinárodně účinných obecných právních zásad, lze u **Bonella** nalézt spíše úvahy směrem k aplikacím zvyklostí a obyčejů v mezinárodním dosahu a k řešení opouštějícím půdu tradičních kolizních řešení.

Například otázku platnosti zvyklostí, praktik atd. uvádí následovně.

1. Bez problémů jsou případy, kdy strany samy odkázaly na tyto prostředky, neboť je obecně uznávaným principem, že strany mohou v rámci své autonomie na místo výslovných smluvních klauzulí odkázat na normy odvozené z dalších pramenů.
2. Chybí-li odkaz, je situace obtížnější a platnost klauzulí, podmínek, formulářů atd. musí být řešena ad hoc, na základě obecně uznaných nebo transnacionálních kritérií a principů. Situace je dokumentována například u obecně známých vykládacích pravidel typu INCOTERMS a vzorových smluv. Zatímco u prvních se takřka všechny pozitivní úpravy kloní k tomu, uznávat jejich platnost i bez výslovného odkazu stran je-li příslušný termín použit, u druhých bude záviset na jejich původu a známosti.

Otázka vztahu tohoto transnacionálního řešení a vnitrostátního práva je rozporná. Transnacionální řešení se pokouší ponechat stranou sociálně politické faktory dotčených právních řádů a snaží se o "projítí" národními právy. Cenné ovšem je, že v rámci této koncepce je pro dokreslení její funkčnosti nabízena řada soudních rozhodnutí zvažujících právě toto nadnárodní řešení.

Globální právo a lex mercatoria. Do jisté míry souvisí s transnacionální koncepcí globálního práva. Je představována zejména **G. Teubnerem**. Pracují s ní i další autoři jako např. **F. Snyder** upozorňující na specifiku současných ekonomických vztahů jako vztahů globalizovaných. Teubner vychází z myšlenky, že nejvhodnější právní regulací pro globální ekonomické vztahy je globální právní řád (global legal order). Jako příklad globálního práva je uváděno právě **lex mercatoria**. Toto právo se odvíjí mimo oficiální státní či mezinárodní struktury. Základním nástrojem a centrem zkoumání je smlouva. Toto právo má řadu znaků: jeho hranice nejsou omezeny teritorií států (jako je tomu u práva státního), ale působením různých specializovaných svazů obchodníků a profesionální komunity. Pramenem není státní legislativa, ale spíše (v souladu s jeho teorií autopoiesis) strukturální propojení práva s trvajícím globalizovanými procesy. Toto právo není propojeno s politickými strukturami, ale spíše s jinými sociálními oblastmi. Sestává se ze série principů, které jsou flexibilní a adaptabilní vůči ekonomickým potřebám. Vzhledem k absenci vztahu k politickým strukturám či jiným sociálním procesům, je decentralizované (zjevně pokud jde o jeho vznik, pozn. autora) a je nehierarchické.

Je pochopitelné, že výše uvedené směry a jednotliví zmínění autoři nevyčerpávají zdaleka dosah a obsahovou bohatost teorie *lex mercatoria*, ani výčet příznivců. Námatkově je možné jmenovat **O. Landoa, B.v.Hoffmanna, B. Cremadese, S.Plehna, K. Siehra** a další, kteří s většími či menšími sympatiemi o této problematice hovoří.

Jak uvidíme i dále, další vývoj v této oblasti je vývojem výrazně pragmatickým. Je poznamenán snahou o vytváření do jisté míry umělých ucelených souborů právních pravidel, které mají schopnost regulovat určitý vztah bez nutnosti odkazu k národnímu právu. Tzn. bez nutnosti pomoci poměrně složitých úvah na úrovni norem mezinárodního práva soukromého vyhledat právo, zjistit jeho obsah a aplikovat jej na daný vztah. Součástí nového vývoje je i jistá „**koexistence s mezinárodním právem soukromým**“. Tímto rozumíme skutečnost, kdy na základě využití volby práva si strany mohou zvolit nikoli a pouze právo státu, ale i *lex mercatoria* či jednotlivou normu nestátního původu. Tato možnost je zakotvena i do některých právních řádů či řádů rozhodčích soudů. Do budoucna nelze vyloučit zakotvení i do transformovaného nařízení Řím I. Toto vše je zajímavé právě v souvislosti s mezinárodním právem soukromým, neboť *lex mercatoria* vznikalo do jisté míry právě v konkurenci s ním.

Součástí *lex mercatoria*. Za jednotlivé součásti tohoto souboru právních pravidel jsou zpravidla považovány:

1. **mezinárodní obchodní zvyklosti.** V rámci nich je dále rozlišováno mezi zvyklostmi formulovanými (kam jsou řazeny zvyklosti následně formulované vlivnou mezinárodní agenturou typu Mezinárodní obchodní komora v Paříži) a neformulovanými (respektive spíše písemně nezachycenými a uměle nedopracovanými). K první skupině patří typicky například INCOTERMS, RAFTD, Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy. Je zjevné, že právě tato skupina norem původně zvyklostního charakteru, hraje v současnosti významnou roli při regulaci vztahů.

2. **obecně uznané právní principy či zásady.** Tento termín je chápán různě široce. Některými autory je chápán obdobně smyslu čl. 38 (1)(c) Statutu Mezinárodního soudního dvora jako obecné zásady právní uznané civilizovanými národy. Další vymezení vyplývají z komparativního srovnání právních řádů či systémů. K formulaci dochází jak na základě komparativistiky spíše literární, tak i při rozhodovací praxi a komparaci v rámci tohoto procesu. Řadě obecných zásad má svůj původ v právu římském. V novějších pracích se hovoří i úžeji o obecných principech smluvního práva a i o obecných principech *lex mercatoria* jako o principech, na kterých je tento soubor vystavěn.

Za základní princip, který vůbec umožňuje úvahy o tomto systému norem, je nutné samozřejmě považovat **princip autonomie vůle** promítnutý do oblasti závazkového práva principem **smluvní svobody stran**. Pokud jde o další, pak například K.P. Berger uvádí v publikaci věnované mezinárodní ekonomické arbitráži (viz. literatura v úvodu práce) celou sérii principů "mezinárodního ekonomického práva - *lex mercatoria*", které dokumentuje jak na rozhodovací praxi a nálezích publikovaných zejména Rozhodčím soudem při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži, tak i na jejich vyjádření dané jinými dokumenty. Tento přehled, který pro zajímavost uvádíme, je poměrně zajímavou směsí obecných zásad právních, principů, které se vžily v oblasti soukromého práva, principů, na kterých jsou postaveny některé unifikované úpravy atd. Lze připustit, že určitou míru společného vnímání právních hodnot představují.

V již zmíněné publikaci jsou uváděny následující: *bona fides*; *pacta sunt servanda*; *culpa in contrahendo*; neplatnost smlouvy porušující dobré mravy; zákaz neoprávněného obohacení se; vyšší moc; *hardship*; *violenti non fit iniuria*; *dui tacet consentire videtur*; *nulus commodum capere potest de injuria sua propria*; na řízený zájem skupiny společností je nahlíženo jako na kontraktující v zájmu všech členů skupiny; organizace s vlastnickým podílem státu nemůže uniknout výkonu svých závazků odkazem na imunity

nebo vnitrostátní právo; aplikace práva, se kterým má vztah nejužší spojení; favor negotii; lex contractus je nezměnitelné; lex contractus má být aplikováno v podobě v jaké existuje v době konání procesu; clausula rebus sic stantibus; exceptio non adimpleti contractus; oprávnění strany odstoupit od smlouvy, pokud druhá strana způsobila její podstatné porušení; non concedit venire contra factum proprium; povinnost informovat druhou stranu ihned o obtížích vznikajících v průběhu existence smlouvy; ztráta práva reklamovat vady zboží po uplynutí dvou let od převzetí zboží; rozložení měnových rizik v souladu s článkem VIII 2(b) Smlouvy o mezinárodním měnovém fondu; estoppel; předpoklad profesionální kompetence smluvní strany; závazek mírnit ztráty; smlouvy mají být utvářeny ut res magis valeat quam pereat a contra proferentem; lex specialis derogat legi generali; falsa demonstratio non nocet; actori incumbi probatio; res inter alios acta alteri non nocet; závazek platit úroky je dán výši pro banky úvěrové v místě sídla věřitele; náhrada škody nesmí být vyšší než ztráta; škoda vzniklá porušením smlouvy je limitována předvidatelností důsledků porušení; zásada kontinuity odpovědnosti v případě sukcese společnosti de facto; připuštění nepřímého důkazu; připuštění prima facie důkazu; odpovědnost zakladatelů společnosti za jednání v průběhu preinkorporační fáze; odpovědnost nové entity za smlouvy uzavřené jejími zakladateli; přednostní aplikace zvyklostí a obyčejů zvláštního odvětví obchodu; závazek platit kompenzaci pro případ vyvlastnění.

3. Další velmi výraznou součástí jsou **institucionalizované produkty smluvní svobody** jako jsou formulářové smlouvy či obchodní podmínky vytvářené samozřejmě nikoli na úrovni dvou smluvních stran a pro jejich konkrétní právní vztah, nýbrž pro obecné použití a nekonkretizované případy. Zde zvláště zajímavým produktem jsou formulářové smlouvy vytvářené mezinárodními organizacemi jako jsou podmínky EHK OSN, FIDIC, WIPO, GAFTA atd. Zajímavým produktem jsou i tzv. guide, tedy právní návody. Tyto v oblastech kontraktačně složitých velmi výrazně ovlivňují postupy v kontraktaci, následnou formulaci smlouvy a celkový náhled na povahu transakce.

4. S tím vším souvisejí i uměle vzniklé **soubory zásad mezinárodních smluv** či smluvního práva vytvářené nikoli na bázi zástupců států, nýbrž soukromě. Na mysli tím máme konkrétně Principy Evropského smluvního práva či Zásady mezinárodních obchodních smluv vypracované organizací UNIDROIT. Je zajímavé, že oba dva soubory se současně hlásí k lex mercatoria a ztotožňují se s tímto jevem a pokoušejí se najít svou aplikaci v rámci tohoto systému.

Způsoby aplikace lex mercatoria. Lze rozeznat následující možnosti využití lex mercatoria v rozhodovací praxi:

a) **subsidiární aplikaci**, tj. aplikaci lex mercatoria v mezích daných kogentními normami práva určeného kolizní normou nebo jinak. Tento případ nečiní žádné problémy ani u soudů rozhodčích, ani u soudů státních v případě, kdy strany samy realizují volbu lex mercatoria. Toto pojetí je nejméně vstřícné k možnosti aplikace lex mercatoria a omezuje ji na rozsah smluvní svobody stran v rámci vnitrostátního práva.

b) aplikaci, kdy je lex mercatoria **rovnocenné s aplikací národního práva** některého státu. Tento případ je velmi vstřícný k myšlence lex mercatoria a současně vzhledem k formulaci některých zákonů o rozhodčím řízení přijatých například v některých evropských státech velmi reálný. Tento případ má dále dvě varianty. V prvním případě je tato možnost zachována jak stranám při volbě právního režimu, tak i rozhodcům, pokud strany volbu nerealizovaly, ve druhém případě úprav je tato možnost zachována jen stranám. Příkladem prvé, k lex mercatoria zjevně tolerantnější možnosti, jsou z nám známých úprav například úpravy mezinárodního rozhodčího práva ve Francii, Švýcarsku, Nizozemí. Příkladem úpravy druhé jsou rozhodčí zákony přijaté v Německu a Itálii.

c) **přednostní aplikace** lex mercatoria znamenající, že na soukromoprávní vztahy obsahující mezinárodní prvek a spadající svým předmětem do této oblasti, budou aplikovány tyto normy bez dalšího. Tzn. na rozdíl od předchozích případů bez jakékoli opory v pozitivním právu konkrétního státu, přednost vyplývá z povahy tohoto systému norem. Tento případ nepovažujeme z našeho pohledu nazírání na právo za teoreticky zdůvodnitelný, nicméně nikoli za v praxi nemožný pokud jde o rozhodování před některými rozhodčími soudy či rozhodci ad hoc.

Způsob odkazu na lex mercatoria. V praxi a v literatuře komentující tento jev jsou uváděny různé případy formulace odkazu na lex mercatoria.

V zásadě nejčastější případ je formulace, kdy si strany namísto volby některého národního právního řádu odkazují na "**lex mercatoria**" a výslovně uvádějí tento termín. I když tento název je v praxi užíván, jde především o termín užívaný akademiky a v odborné literatuře. V praxi bývá odkaz formulován jako odkaz na "**mezinárodní obchodní zvyklosti**", na "**právo platné mezi mezinárodními obchodníky**", na "**obecné zásady právní platné mezi mezinárodními obchodníky**". Tento jev je velmi často podpořen i v oblasti tzv. diagonálních smluv, kde jednou ze stran je stát a druhou soukromá osoba, investor, koncesionář apod. V těchto případech se často setkáváme s netradičními doložkami, které odkazují na soubory právních pravidel nespádající ani do oblasti mezinárodního práva veřejného, ani do oblasti vnitrostátního práva.

Zajímavým se jeví případ zmíněný již výše a využívající ucelené soubory právních norem. Tyto v zásadě „samoregulovatelně“ uvádějí vymezení aplikace lex mercatoria.

Principy Evropského smluvního práva v čl. 1-101 odstavec 3 uvádějí:

" Tyto Principy mohou být aplikovány:

a) jestliže si strany dohodly, že jejich smlouva má být řízena obecnými principy právními, lex mercatoria, nebo obdobně,..."

Další z aktuálních souborů jsou **Zásady mezinárodních obchodních smluv** vypracovaných v rámci UNIDROIT.

Tyto rovněž uvádějí v preambuli v odstavci třetím:

" Mohou být aplikovány jestliže si strany dohodly, že jejich smlouva bude řízena obecnými principy právními, lex mercatoria atd.....".

Není vyloučeno, aby aplikace lex mercatoria byla dovozena z doložek jiného typu. O lex mercatoria se hovoří nejčastěji v souvislosti s rozhodováním jako *amiable compositeur*. Rozhodování tohoto typu je rozhodováním dle právních pravidel, které soud považuje za přiměřené. Vychází z této premisy, názory uváděné v odborné literatuře hovoří o tom, že pouze autorizace rozhodovat jako **amiable compositeur** umožňuje aplikovat lex mercatoria. V případech rozhodování dle **equity** či rozhodování dle **zásad spravedlnosti** anebo **ex aequo et bono** je lex mercatoria odmítáno. Nicméně, a na to je třeba nezapomenout, není možné totožňovat rozhodování dle lex mercatoria jen s rozhodováním jako *amiable compositeur*.

Exkurz do rozhodování dle lex mercatoria. Vzhledem k tomu, že veřejně rozšířené a pravidelně publikované jsou většinou jen rozhodčí nálezy u RS MOK v Paříži, je tento exkurz vybrán z ročenek tímto soudem publikovaných.

Konečný rozhodčí nále v případě č. 9246 z 8.3.1996, místo řízení Paříž, RS u MOK v Paříži, předmět řízení nárok na zaplacení provize ze smlouvy mezi principalem (Egypt) a výlučným obchodním zástupcem (Rakousko) jako žalujícím.

Při řízení u prvního senátu (Řád rozhodčího soudu v Paříži umožňuje postoupit řešení druhému senátu) byly poplatky příznány. Ve druhém stupni vedle dalších námitek znovu uplatněných se objevila i otázka práva rozhodného. Smlouva mezi stranami neurčila rozhodné právo. Žalující mínil, že pokud smlouva byla uzavřena v Egyptě, částečně tam byla i plněna, a navíc jedna strana je Egyptan, potom má být uplatněno egyptské právo. Druhá strana nic nenamítala, avšak ani nenavrhovala. Rozhodci nepřijali argumentaci první strany a rozhodli v souladu s Řádem o rozhodném právu tak, že se rozhodci sami výslovně rozhodli rozhodovat dle lex mercatoria, zde vymezeného jako "*the body of rules of international commerce which have been developed by practise and affirmed by the national courts (lex mercatoria)*."

Konečný rozhodčí nález č. 8365/1996, RS při MOK v Paříži. Spor se týkal bankovní garance uzavřené mezi německou a španělskou bankou. Ve smlouvě byla doložka podřizující smlouvu „mezinárodnímu právu“. Rozhodci ji interpretovali jako „výběr rozhodného práva obsahující mezinárodní obchodní zvyklosti a obecné zásady právní (lex mercatoria).

Konečný rozhodčí nález č. 5953/1989, RS při MOK v Paříži. Spor se týkal dodávek uhlí mezi americkou a španělskou společností. Rozhodci ve zdůvodnění o rozhodném právu uvedli, že strany si nezvolily žádné rozhodné právo. Vzhledem k této absenci bude spor řešen v souladu s „zvyklostmi mezinárodního obchodu jinak známými také jako lex mercatoria“.

Mezitimní rozhodčí nález v případě č. 5314 z roku 1988, rozhodovaný RS při MOK v Paříži, místo řízení Ženeva, předmět sporu neplacení tzv. royalties z licenční smlouvy a náhrada škody. V tomto případě žalovaný (Itálie) požadoval aplikaci lex mercatoria začleňující obecné principy práva a ekvitu, žalující požadoval aplikaci amerického práva obecně a specificky práva státu Massatschusses (USA). Mezitimním rozhodčím nálezem rozhodl senát po zvažování nejprve kolizní problematiky tak, že rozhodným právem bude obecně americké právo a právo státu Massachusetts zvláště, doplněné pokud to bude nutné o lex mercatoria. V odůvodnění shledal prameny lex mercatoria v obchodních zvyklostech a v zásadách obecně použitelných v mezinárodním obchodě.

Mezitimní rozhodčí nález v případě č. 6149 z roku 1990, rozhodovaný RS při MOK v Paříži, místo řízení Paříž, předmět sporu neoprávněné obohacení se a promlčení nároku ze tří souvisejících kupních smluv. V tomto případě při posuzování otázky rozhodného práva bylo navrhováno žalujícím lex mercatoria v podobě rovnající se Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží z roku 1980. Samozřejmě za situace, kdy obě sporné strany nepocházely ze států, které jsou smluvními stranami této úmluvy (Korea, Jordánsko). V tomto případě došlo k odmítnutí aplikace, nikoli však argumentace strany. Důvodem byla skutečnost, že se strany měly výslovně shodnout.

K uznání lex mercatoria státními (obecnými) soudy. Případ Pabalk Ticare v. Norsolor byl ve své době velmi citován a vyvolal v zemi svého vydání v Rakousku velké diskuse. Slouží příznivcům lex mercatoria jako jeden z příkladů uznání rozhodčího nález postaveného na lex mercatoria a to bez výslovné volby stranami, aniž by rozhodci měli zmocnění rozhodovat jako amiable compositeurs. I bez ohledu na mimořádně silné kritiky, došlo v tomto případě ze strany nejvyšší soudní instance k uznání lex mercatoria a k jeho zaštitění donucovací pravomocí soudů. V případě Norsolor S.A. v. Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi byl spor rozhodnut Rozhodčím soudem při MOK (místo zasedání byla Vídeň) nikoli dle národního hmotného práva, nýbrž dle zásady dobré víry inspirované lex mercatoria. Strana, která ve sporu podlehla, napadla rozhodčí nález z řady důvodů u obecného soudu. Jedním z důvodů pro který bylo žádáno zrušení byla i skutečnost, že nebylo rozhodováno dle národního práva. Soud v obou instancích k této otázce uvedl, že nedošlo k porušení norem ZPO a to mimo jiné i s odkazem na řád RS při MOK, který mimo jiné dovoľoval rozhodování dle amiable compositeur. I když výsledek byl z pohledu aplikace lex mercatoria příznivý - rozhodčí nález nebyl z tohoto důvodu zrušen - zdůvodnění nebylo nejšťastnější. Je však nutné uvést, že vzhledem k novému znění řádu RS při MOK v části rozhodného práva by zjevně pozice rozhodčího nálezu byla dnes výrazně silnější a nebylo by nutné si uchýlovat k rozhodování dle amiable compositeur.

Dalším citovaným případem, kde došlo k tomu, že se Nejvyšší soud vyjádřil k otázce lex mercatoria v souvislosti s uznáním a výkonem rozhodčího nálezu vydaného na základě

Evropské dohody o mezinárodní obchodní arbitráži, je Itálie. Jde o případ August Topfer and. Co.GmbH.v. Fratelli Damiano Corte di Cassazione. Corte di Casazione vyšel ze stanoviska, že lex mercatoria existuje, přestože jde jen o podobu obyčejových pravidel s proměnlivým obsahem. Obchodníci zúčastnění na mezinárodním obchodě sice představují společnost, která nemá jasnou a pevnou strukturu a instance. Tato společnost nemá suverenitu a ani možnost vynucení dodržování svého práva skrze mocenský aparát. Proto se s výkonem obrací na státní moc. Z tohoto případu bývá vyvozováno, že pokud jde o rozhodčí nálezy postavené na lex mercatoria silou vůle stran, nepředstavují tyto žádné riziko odmítnutí výkonu. Ostatní otázky zůstávají zatím otevřené.

Rovněž je nutné zvážit i důvody, pro které může dojít k odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu. Pokud tuto otázku zvážíme na úrovni mezinárodních úprav (Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů), žádný z důvodů nevede přímo k vyloučení aplikace lex mercatoria pro riziko z neuznání.