

## „LEX MERCATORIA“

M. GAUTIER BOURDEAUX

### ÚVOD

Existuje skutečně mezinárodní „Právo mezinárodního obchodu“? To je vlastně podstatou otázky týkající se „lex mercatoria“. Teoretické, ale také praktické debaty, která již asi třicet let zaměstnává právníckou veřejnost.

V roce 1964 profesor právníké fakulty z Paříže Berthold Goldman napsal článek, který vyšel v „Archives de philosophie du Droit“ pod názvem „Hranice práva a lex mercatoria“. Tento článek stavěl do popředí existenci nových, v mezinárodním obchodě specificky existujících norem. Všiml si rovněž existence subjektů, nadnárodních firem, které jsou, pokud jde o jejich činnost, vyňaty z vnitrostátních úprav jednotlivých států. Na základě toho tvrdil, že se objevilo nové právo, vlastní subjektům působícím v mezinárodním obchodě. Pro Goldmana je tento nový právní řád odlišný jak od vnitrostátních právních řádů, tak také od mezinárodního práva veřejného. Dle něj se skládá z transnacionálních norem. Takový je počátek teorie „lex mercatoria“.

Teorie „lex mercatoria“ je dílem francouzského univerzitního profesora Bertholda Goldmana. Zde je třeba uvést několik slov o tomto autorovi. Narodil se v roce 1913 v Bukurešti. Doktorem práv se stal v roce 1946 po obhájení doktorské disertační práce o právu odpovědnosti. V letech 1947 – 1981 působil jako profesor na právnických fakultách. V tomto období napsal 7 knih, četné články a ještě početnější poznámky k judikatuře v oblastech práva společností, mezinárodního práva soukromého, evropského obchodního práva, rozhodčího řízení a práva mezinárodního obchodu. Byl i vedoucím redaktorem právnických časopisů a encyklopedií.

Pokud jde o teorii „lex mercatoria“, i když může být Goldman určitě pokládán za duchovního otce tohoto učení, nesmíme zapomínat, abychom byli dokonale objektivní, že myšlenky ohlašující tuto tezi už byly vysloveny dříve.

Jako předchůdce teorie „lex mercatoria“ můžeme uvést universalistické teorie z dvacátých let, zvláště pak práce právních komparatistů z různých zemí.

Francouzský autor Philippe Kahn v práci „La vente commerciale internationale“ z roku 1961 poukázal na to, jak se v praxi pravidelně přijímané smluvní dokumenty postupně stávají pozitivním právem.

Anglický autor Clive Schmitthoff rovněž v témže roce vydal knihu o právu mezinárodního obchodu s podtitulem „A New Law Merchant“. Avšak tento anglosaský autor nešel až k povýšení „lex mercatoria“ na skutečné transnacionální právo a později se projevil jako odpůrce Goldmanových myšlenek.

Hypotéza „lex mercatoria“ dala vzniknout hojně právnícké literatuře a vášnivým debatám. Z hlediska čistě statistického je právě anglosaská literatura dnes nejbohatší. Pokud jde o podstatu, autoři se rozdělili. Někteří jsou této nové teorii nakloněni. Mezi nimi můžeme uvést řadu francouzských profesorů právnických fakult, odborníků na mezinárodní rozhodčí řízení nebo mezinárodní obchod, profesory Ph.Kahna, Ph.Foucharda, E.Gaillarda. Připojili se také cizí autoři. Lze uvést například P.Laliva ze Švýcarska nebo von Mehrena z USA. Jiní se proti této teorii ostře postavili. Ve Francii je to Paul Lagarde a ve Velké Británii hlavně lord Justice Mustill, vyhlášený zarytý nepřítel „lex mercatoria“ v pojetí francouzské teorie. Rovněž také kupříkladu profesor F.A. Mann. Uvedme ještě, aniž jde o vyčerpávající výčet, profesora Baxtera v Kanadě, který odmítá myšlenku „lex mercatoria“ složené z transnacionálních norem a který navrhuje různým státům, aby přijaly zákony nebo ratifikovaly mezinárodní úmluvy zvláště přízpusobené problémům mezinárodního obchodu. Nicméně přesto anglosaská a zejména anglická doktrína byla velkou většinou teorii „lex mercatoria“ spíše nepřátelská.

Po představení teoretických počátků „lex mercatoria“, je možné v první části tuto teorii hlouběji analyzovat. V druhé části se pak pokusíme o kritický přístup k „lex mercatoria“.

### I) TEORIE LEX MERCATORIA.

Hypotéza lex mercatoria byla formulována. Toto nové právo obchodníků však působí obtíže, pokud jde o přesné určení jeho obsahu.

#### A) HYPOTÉZA LEX MERCATORIA

Lex mercatoria je výtvořem doktríny. Přesto tvrdit, že takové transnacionální právo existuje, předpokládá také prokázat jeho pozitivitu. Tedy dokázat, že ho různé kompetentní soudní orgány připouštějí.

## I.A.1. „Lex mercatoria“ z hlediska doktríny.

Lex mercatoria byla potvrzena jedním historickým precedentem: římským „ius gentium“. Je-li vhodné nevyhledávat za každou cenu historickou „patinu“ v doktríně lex mercatoria, tento precedent nicméně zasluhuje, abychom se u něj zastavili, protože ukazuje, v čem mohly blízké kauzy v minulosti vyvolat účinky srovnatelné s dnešní lex mercatoria.

## a) Precedent ius gentium

Římské právo bylo vytvořeno a vyhrazeno pro římské občany. Obtíže tohoto stavu se projeví, jakmile se Řím a jeho obchod rozšířily mimo Latium. Obchodní úkony s neobčany, například se zbytkem Itálie, s Galíí nebo s Řeckem, byly nemožné.

Římské občanské právo nebylo navíc v té době přizpůsobeno obchodu: bylo stále poznamenáno svým zemědělským a náboženským původem. Připomeňme například, že jediná osoba, která mohla provádět obchodní úkony, byl „pater familias“. Bylo tak vhodné se informovat za účelem zjištění, zda obchodní partner je nebo není sám způsobilý k obchodnímu jednání. Také musíme poukázat na to, že řízení bylo archaické a vyžadovalo slavnostní formu.

Proto se vyvinulo paralelní právo, „ius gentium“. Toto právo bylo právem, které si každá osoba odnášela s sebou mimo svou obec. Skládalo se z norem obecných pro všechny osoby a umožňovalo tak cizincům, aby měli v Římě vůbec nějaká práva. Toto „ius gentium“ umožnilo vlastní obchodní styk mezi římskými občany a cizinci.

Tento termín však nelze zaměňovat s pojmem „práva národů“, které známe ze 17. a 18. století a které se rovná mezinárodnímu právu veřejnému.

„Ius gentium“ se vyznačovalo minimálním formalismem a také tím, že ponechávalo velký prostor dobré víře a přirozené spravedlnosti (ekvitě).

Stejně tak existuje jedna soudní instituce pro římské občany – městský prétor, a jedna pro cizince nebo pro úkony mezi Římany a cizinci – cizinecký prétor.

Paralely s moderní lex mercatoria jsou zjevné, protože tato teorie spočívá na myšlence, že se má vyvinout určité právo vedle práv států, právo více přizpůsobené mezinárodnímu obchodu.

## b) Nové lex mercatoria

Moderní teorie lex mercatoria spočívá na existenci norem, které jsme nazvali transnacionálními. A právě tento výraz, transnacionální normy, zasluhuje dvě poznámky:

- za prvé ukazuje, že máme co dělat s jiným právem, než je právo jednotlivých států, a současně právem odlišným od mezinárodního práva veřejného.
- za druhé je lepší dávat přednost výrazu transnacionální právo před výrazem anacionální právo, které by se oddělovalo od jakéhokoli národního práva. Důvodem je, že lex mercatoria se částečně zakládá, jak dále uvidíme, na zásadách společných pro různé právní systémy. Transnacionální právo si tedy „vypůjčuje“ (nebo má vypůjčovat) od různých práv států.

V hypotéze existence „lex mercatoria“ se tedy objevují dvě hlediska. Na jedné straně se „lex mercatoria“ skrývá za existencí praxe, která se osvobozuje od vnitrostátních práv. Na druhé straně vychází ze spíše teoretické představy, podle níž má „lex mercatoria“ tvořit nový právní řád.

1. Rozbor praxe dokazuje reálnou existenci vůle osvobodit se od norem vnitrostátního původu a uniknout pravomoci státních soudů. Četné příklady nám umožňují, abychom toto tvrzení s jistotou prokázali.

– V prvé řadě prokazuje vůli uniknout vlivu státu téměř systematická přítomnost rozhodčích doložek v určitých smlouvách. Rozhodčí doložky jsou doložky, kterými strany předpokládají, že případné spory budou podrobeny pravomocí rozhodčího soudu a v důsledku toho vyňaty z pravomoci státních soudů.

Přítomnost těchto doložek je potvrzena ve smlouvách uzavřených zpracovateli ropy. Kupříkladu jedna britská statistická studie vypracovaná v roce 1979 ukázala, že pokud vznikly spory, byly z větší části (76%) urovnány mezi stranami smírně. Nedošlo-li ke smírnému urovnání, ale k spornému řízení, rozhodoval většinou rozhodčí soud.

Stejně tak tomu je u francouzských smluv o poskytnutí nákupního úvěru, určených k umožnění cizímu dovozci, aby získal majetek nebo službu od francouzského dodavatele. Ručí-li za tyto smlouvy Francouzská pojišťovací společnost pro zahraniční obchod, sjednává tato úvěrově pojišťovací společnost, jednajíc jménem francouzského státu, rozhodčí doložku, která předpokládá mezinárodní rozhodčí řízení. Spor je pak rozhodován rozhodčím soudem složeným v souladu s rozhodčím řádem Mezinárodní obchodní komory a zasedajícím většinou v Paříži.

– Za druhé dokazují *státní smlouvy*, kde jednou ze stran je stát, vůli praxe

osvobodit se od vnitrostátních právních řádů. Strany takové smlouvy totiž často vylučují aplikaci zákona konkrétního státu a odkazují ve svých doložkách o volbě právního řádu („*electio iuris*“) na *lex mercatoria*.

*Státní smlouva* je taková smlouva, která je uzavřena mezi státem a cizím podnikatelem, investorem. Může jít například o smlouvu o postavení továrny dodané na klíč nebo o smlouvu o vybudování silniční infrastruktury. Při takových smlouvách je tedy řešení spočívající ve volbě práva státu nevhodné, protože se zde proti sobě staví protichůdné a nesmiřitelné zájmy: na jedné straně se stát bude snažit vnutit své vlastní právo, protože se domnívá, že jeho zákony budou více ochraňovat jeho zájmy. Na druhé straně soukromý podnikatel odmítá zákony tohoto státu, svého smluvního partnera. Musíme konstatovat, že má všechny důvody k obavám, že by stát mohl vědomě manipulovat svým vlastním právem a unikl tak některým svým smluvním závazkům. Aniž by sáhl až k vyvlastnění či znárodnění, může stát přijmout celou řadu opatření, která zvrátí smluvní rovnováhu v jeho prospěch, jako například zákaz repatriace zisků podnikatelem dosažených nebo tvrdé zvýšení daní. Stát má dokonce možnost rozhodnout, že nově přijatá opatření budou mít zpětnou platnost, a bude tak zvyšovat jejich nedobrou účinek na cizí podnik. Uvedme ještě, že nelze v praxi uvažovat o řešení spočívajícím v určení neutrálních zákonů, to znamená zákonů státu, které by se normálně neaplikovaly. Je tedy málo pravděpodobné, že se jednou setkáme s francouzsko-českou státní smlouvou podrobenou anglickému nebo španělskému právu! Ostatně žádný stát téměř nikdy nepřijme podrobení se cizímu právu z důvodů mezinárodní prestiže. Proto státní smlouvy často stanoví, že se budou řídit nikoli státním právem, ale *lex mercatoria*, to jest obecnými zásadami práva mezinárodního obchodu.

– Za třetí je to pak nedávný vynález záruk na první požádání, který dokazuje tvořivou roli a životnost mezinárodní praxe a její schopnost vytvářet instituce přizpůsobené jejím potřebám. Tyto záruky se v různých národních právech připojily k existujícím osobním zárukám. Směřují dokonce k vykročení z mezinárodní praxe a k návratu do praxe vnitřní, což nejde bez četných obtíží.

2. Rozbor praxe navíc dokazuje, že vlastní praxe směřuje nejen k přijetí specifických smluvních norem a k osvobození se od vnitřních doplňujících zákonných ustanovení, ale také že pojímá nové normy jako dostačující samy o sobě; jako vytvářející nový právní řád. Můžeme zde předložit dva příklady.

– První se týká takových bankovních závazků, jako jsou dokumentární akreditivy a záruky na první požádání. Velmi málo bank totiž určuje právo rozhodné pro tyto instrumenty. Pokud jde o dokumentární akreditivy, smlouvy odkazují přímo či nepřímo na Jednotná pravidla a zvyklosti Mezinárodní obchodní komory. Praktičtí

z bank chápou patrně tyto všeobecně aplikovatelné normy jako samy o sobě dostačující. Pokud jde o záruky na první požádání, zdálo by se, že se strany většinou spokojí se slovem daným bankéřem, že zaplatí na první požádání. Nepokládají patrně za nutné odvolávat se na právo státu, všeobecná zásada „*Pacta sunt servanda*“ se jim zdá dostatečná, aby zaručila výkon bankovního závazku. Tyto bankovní smlouvy tak působí dojmem, že se pohybují v nějakém transnacionálním právním řádu, mimo legislativu státu.

– Druhý příklad souvisí znovu se státními smlouvami. Viděli jsme totiž, že většina těchto smluv předpokládala, že spory mají být podrobeny pravomoci rozhodčího soudu, a že řada z nich se neřídila zákony státu, ale podrobovala se všeobecně známým obecným zásadám práva. I zde se projevuje vůle stran vyhnout se právům států ve prospěch transnacionálního právního řádu.

Nabízí se tedy otázka, jak je *lex mercatoria*, vzniklá z vůle praxe, vnímána v pozitivním právu.

#### *I.A.2. Lex mercatoria před rozhodcem a před soudcem.*

a) V první řadě dodává četné příklady aplikace *lex mercatoria* mezinárodní arbitráž.

Zde je třeba nicméně upřesnit, že nesmíme směřovat aplikaci *lex mercatoria* rozhodcem s tím, že rozhoduje jako *amiable compositeur*. Někdy totiž strany svěřují rozhodci posláni rozsuzovat spor jako *amiable compositeur*, a tím mu ponechávají možnost rozhodovat podle ekvity nebo – což není vůbec totéž – vynechat či zmírnit řešení, které dává právo.

Vidíme zde zřetelný rozdíl v teorii, který staví *lex mercatoria* proti pravomoci rozhodce rozhodovat jako *amiable compositeur*. V prvním případě se totiž rozhodce opírá o právní normy, i když nikoli státního práva, zatímco v druhém případě rozhodce odůvodňuje svůj nálezný základě čisté ekvity.

b) Velký počet právních řádů dnes připouští, aby se rozhodci odvolávali na *lex mercatoria*.

Pokud jde o francouzské právo, na stranu použití *lex mercatoria* rozhodcem se staví dva rozsudky kasačního soudu: rozhodnutí z 9. prosince 1981 (potvrzující výrok pařížského odvolacího soudu z 12. června 1980) a rozhodnutí z 22. 10. 1991. V první věci potvrdil kasační soud, že rozhodci se mohli rozhodnout aplikovat na spor „zásady obecně použitelné v mezinárodním obchodu“. Tím, že to udělali, nezneužili pravomocí rozhodců rozhodovat jako *amiable compositeur*. Jinak řeče-

no, nerozhodovali podle ekvity, ale aplikovali právní normu, přičemž se na takové zásady odvolávali. Ve druhém případě potvrzuje kasační soud ještě zřetelněji, že rozhodci tím, že se odvolávali na „obecné zásady smluv použitelné v mezinárodním obchodu“, plnili ve skutečnosti své poslání, které spočívá v definování práva rozhodného na spor před jeho rozhodnutím. Kasační soud tak připouští, aby se rozhodci odvolávali na obecné zásady práva mezinárodního obchodu jako práva aplikovatelného na mezinárodní smlouvu. Jestliže nepřátelé *lex mercatoria* mají tendenci vykládat tyto rozsudky restriktivně, musíme konstatovat, že formulace kasačního soudu právem dovoluje stoupencům *lex mercatoria*, aby svou teorii podpořili důležitým kamenem.

Rakouský odvolací soud naopak rozsudkem z 29. února 1982 rozhodl částečně zrušit rozhodčí nález, který se rozhodl „vynechat jakýkoli odkaz na specifické zákonodárství a aplikovat *lex mercatoria*“. Podle vídeňského soudu měl rozhodčí soud určit aplikovatelné právo státu a neodvolávat se na „*lex mercatoria*“, která je kvalifikována jako „světové právo nejisté platnosti“. I když tento výrok neznamená úplné odsouzení *lex mercatoria*, i stoupenci této teorie slevili ze svých názorů. Přesto byl tento rozhodčí nález předložen také francouzským soudům za účelem jeho uznání. Rozhodoval kasační soud, který v roce 1984 souhlasil, byť v nepřilíš jasné formulaci, aby byl tento nález uznán, ačkoli byl předtím v Rakousku zamítnut. Jak to napsal Berthold Goldman, tento případ byl skutečnou bitvou soudů o *lex mercatoria*. Rakouský soudce odvolacího soudu ji přitom odmítl, francouzský soudce ji potvrdil.

Celkově lze říci, že dnes se pozice rakouského soudce jeví jako menšinová. Jedno ustanovení francouzského práva, nakloněné *lex mercatoria*, má dnes totiž velkou odezvu: jde o článek 1496 Občanského soudního řádu, který ponechává rozhodci veškerou volnost ve výběru rozhodných právních norem. Toto ustanovení je interpretováno jako umožňující rozhodci, aby se právoplatně odvolával na „*lex mercatoria*“. Podobnou formulaci a výklad přejaly mnohé cizí právní řády: libanonský soudní řád z roku 1983, holandský občanský soudní řád z roku 1986, švýcarský zákon z roku 1987, alžírský soudní řád z roku 1993, egyptský zákon z roku 1994 a italský občanský soudní řád. Samo anglické právo uznává rozhodčí nálezy založené na *lex mercatoria*.

Organizace jako Institut mezinárodního práva nebo *International Law Association* dnes ostatně připomínají možnost rozhodce uchýlit se k *lex mercatoria* a právní hodnotu na ní založeného nálezu.

I když pozitivní právo potvrzuje mezinárodní arbitráž odvolávající se na *lex mercatoria*, přesto se objevují obtíže, jde-li o určení jejího obsahu.

## I.B. OBSAH LEX MERCATORIA

*Lex mercatoria* postihuje terminologická rozkolísanost a její obsah se mění podle autorů. Většinou se soudí, že *lex mercatoria* se skládá především z obecných zásad nebo zvyklostí kodifikovaných soukromými organizacemi, které odpovídají spontánnímu právu, vzešlému přímo z praxe. Můžeme se rovněž domnívat, že *lex mercatoria* se skládá také z ustanovení norem vztahujících se k mezinárodnímu obchodu, ať už jde o mezinárodní úmluvy nebo ustanovení vnitrostátního práva, která se týkají mezinárodních obchodních vztahů.

### I.B.1. Spontánní právo

Toto spontánní právo se skládá jednak z obecných zásad práva, jednak ze zvyklostí mezinárodního obchodu.

#### a) Obecné zásady práva.

Mezinárodní rozhodčí soudy objevily obecné zásady práva mezinárodního obchodu. Některé z nich mají proměnlivý význam. Můžeme mezi nimi uvést nejprve zásadu „*pacta sunt servanda*“; dále pak zásadu „dobré víry ve smluvních vztazích“. Mimo to například „povinnost znovu projednat dlouhodobé smlouvy“, „povinnost minimalizovat škody“ nebo konečně „nenamítatelnost korupčních smluv“.

Celkem se v seznamu, který sestavil lord Mustill, vypočítává asi dvacet těchto zásad. Odtud pramení kritika, kterou tento autor formuloval: „dvacet zásad objevených během třiceti let trvání *lex mercatoria*, jak slabá bilance“. Tuto kritiku však musíme relativizovat. Není totiž třeba držet se sestavování nějakého seznamu zásad, protože užívání obecných zásad práva vyplývá především, jak to připomíná francouzský autor E. Gaillard, z metody.

Rozhodce tyto zásady vyvozuje ve vztahu k poslání, které mu strany svěřily. Tak je může vyvodit studiem srovnávacího práva, studiem mezinárodní judikatury, jako například judikatury mezinárodního soudního dvora nebo studiem doktríny.

K obecným zásadám práva se připojují zvyklosti mezinárodního obchodu.

#### b) Zvyklosti mezinárodního obchodu.

Všimněme si, že mezinárodní smlouvy dnes téměř systematicky uvádějí, že bude vhodné při jejich výkladu vzít v úvahu zvyklosti, to znamená zvyklosti mezinárodního obchodu. Jestliže jsme uvedli tuto skutečnost, musíme konstatovat, že řada soukromých organizací kodifikovala zvyklosti mezinárodního obchodu v ur-

čitých oblastech. Tyto normy se hodí k tomu, aby je strany smluvně přijaly. Jsou velmi rozmanité.

Tento jev dobře ilustrují Jednotná pravidla a zvyklosti Mezinárodní obchodní komory týkající se dokumentárních akreditivů. Bankovní instituce jedné země se k nim mohou připojit buď po jednotlivých bankách, nebo jako celek. Zjišťujeme tedy, že tyto Jednotné normy a zvyklosti, které existují od roku 1933 a jsou pravidelně vydávány, jsou všeobecně uznávány. Existovala jedna významná výjimka, pokud jde o všeobecnou platnost těchto norem, a to Čínská lidová republika. Dnes se však také velké čínské ústavy k těmto normám připojily.

Jiný příklad takových kodifikovaných zvyklostí nám dávají INCOTERMS Mezinárodní obchodní komory. Jde o termíny vydávané pravidelně od roku 1936 a aplikovatelné v mezinárodních prodeích zboží. Tyto termíny umožňují prostě určit, v které chvíli probíhá přenos vlastnictví zboží a přenos břemene rizik. Představíme-li si, že český vývozce prodává nějaký hmotný statek francouzskému dovozci, zboží musí být dopraveno po silnici až na vídeňské letiště, potom letecky na letiště Roissy ve Francii a konečně po silnici až do pařížského skladu nákupce, uvádí-li smlouva pouze, že jde o prodej „v továrně“ nebo prodej „EXW“ (ex work), budou obě strany vědět, že povinností prodejce je dodat své zboží ve své vlastní továrně, přičemž výdaje na přepravu a její rizika nese francouzský nákupce. Uvádí-li smlouva naopak, že jde o prodej „FCA“, bude český prodejce vědět, že bude muset dodat zboží až na výchozí letiště (v našem případě do Vídně). Pokud jde o francouzského nákupce, bude vědět, že převezme náklady dopravy na svůj účet od tohoto letiště. Existují samozřejmě další četné doložky.

Práce Mezinárodní obchodní komory je základní, ale neměla by zastínit práci dalších organizací, zvláště anglosaských. Je tak třeba zmínit „International Law Association“, která vypracovala Yorská a Antverpská pravidla o haváriích v námořní přepravě. Stejně tak je možné uvést „London Corn Trade Association“, která vypracovala typové smlouvy používané v mezinárodním obchodu s obilninami. Připomeňme také pravidla „International Swap Dealers Association“ pro swapové smlouvy. Tato pravidla jsou užívána pro většinu smluv, jimiž si dva vypůjčovatelé vyměňují služby splácení svých dluhů.

Musíme však upřesnit, že kodifikovanými zvyklostmi rozumíme ve skutečnosti soukromé kodifikace, které se časem stávají skutečnými zvyklostmi. Francouzská judikatura tak o Pravidlech Mezinárodní obchodní komory o dokumentárním akreditivu ušoudila, že mají nejen smluvní charakter, ale platí dnes také jako obyčejové pravidlo. Pařížský obchodní soud například rozhodl, že se Jednotné normy a zvyklosti aplikují jako obyčejové pravidlo, není-li ve smlouvě výslovný opačný odkaz.

Pokud jde o kasační soud, ten se na články norem Mezinárodní obchodní komory odvolal třikrát a ukázal tak, že nabyly závazné obyčejové hodnoty.

Tato judikatura dobře ukazuje, že všechny tyto různé normy nejsou vlastně kodifikovanými zvyklostmi, ale že tvoří soukromé kodifikace, které reagují na potřeby praxe. Kodifikace, které mají schopnost stát se skutečnými zvyklostmi. Důkazem toho je, že tyto normy nebo typové smlouvy nemají vždy úspěch v mezinárodní praxi, jejíž smlouvy se někdy neodvolávají na normy, které jsou považovány za málo přizpůsobené. Normy Mezinárodní obchodní komory o zárukách na první požádání nám poskytují dobrý příklad této situace. První normy, vypracované v roce 1978, doporučovaly takzvané smluvní záruky, které více chránily zájmy vývozce. Dovožci ale vyžadovali skutečné záruky na první požádání a vývozci neměli na vybranou: jestliže chtěli získat trh, museli dovozci dodat záruku, kterou žádal, a nemohli tedy dodržovat normy Mezinárodní obchodní komory. Tyto normy byly tedy takovým neúspěchem, že Mezinárodní obchodní komora musela sepsat nové, přizpůsobené potřebám praxe. Nové normy, nazvané „Jednotná pravidla pro záruky na požádání“, vstoupily v platnost v roce 1992. Je ještě příliš brzo, abychom mohli říci, zda bude jejich úspěch nepopiratelný nebo ne.

### *I.B.2. Mezinárodní úmluvy a vnitrostátní normy týkající se mezinárodního obchodu.*

Teorie lex mercatoria se stává rozporuplná, pokud jde o zahrnutí do norem vycházejících z mezinárodních úmluv a významných vnitrostátních norem vztahujících se na mezinárodní obchod do jejího obsahu. Aniž bychom chtěli vstupovat do této diskuse, uveďme pouze, že odpověď na tuto otázku se mění podle toho, jestli autoři jsou nebo nejsou odborníky na mezinárodní rozhodčí řízení. Odborníci většinou soudí, že lex mercatoria je především výtvozem rozhodce, který ji vyvozuje z obecných zásad, případně z mezinárodních úmluv či vnitrostátních norem. Podle našeho názoru však přesto musíme tuto příliš omezenou představu o lex mercatoria opustit. Tak například praxe a vnitrostátní judikatura jsou různé kroky, které přispěly ke zformulování práva záruk na první požádání. Do stavby lex mercatoria mohou tedy přidat kámen i vnitrostátní normy, stejně jako mezinárodní úmluvy.

## **II) KRITICKÉ POZNÁMKY K LEX MERCATORIA**

Lex mercatoria se stala předmětem kritických připomínek. Než se jim však budeme věnovat, musíme nejprve smést ideologické kritiky, které proti ní mohly být

formulovány. Řada autorů totiž tvrdila, že *lex mercatoria* je výmyslem bohatých zemí, mocných obchodníků, aby zabránili legitimním očekáváním rozvojových zemí. Přesto však nic nedokazuje, že by *lex mercatoria* aplikovaná rozhodci nepřála rozvojovým státům v jejich sporech s obchodníky. Jeden slavný rozhodčí nález tak v roce 1983 nedal za pravdu mnohonárodní společnosti ve prospěch státu Kamerun, ve jménu povinnosti nic neskrývat smluvnímu partnerovi. Takové zásady, jako „dobrá víra“ nebo „*pacta sunt servanda*“, jsou totiž ideologicky neutrální.

Mimo tuto ideologickou kritiku byly formulovány různé připomínky pragmatického nebo teoretického charakteru.

## II.A. PRAGMATICKÉ POZNÁMKY

Mezi pragmatickými poznámkami, které byly vysloveny, jsou některé pro *lex mercatoria* nepříznivé, zatímco další jsou jí naopak příznivé.

### 1. Nepříznivé poznámky.

V boji proti teorii Bertholda Goldmana byla formulována dvě konkrétní tvrzení: *lex mercatoria* je mýtus, existují pouze *leges mercatoriae*. Dále se toto právo obchodníků jeví jako obzvláště neúplné.

#### a) Existence „*leges mercatoriae*“.

Odpůrci *lex mercatoria* zdůrazňují, že *lex mercatoria* netvoří v žádném případě jednotný celek, ale že se tu projevují odchylky jak odvětvové, tak geografické.

Odvětvové odchylky jsou potvrzeny: neexistuje jedno právo mezinárodního obchodu, ale práva aplikovatelná na různá odvětví mezinárodního obchodu. Existují-li tak u dokumentárního akreditivu všeobecně aplikovaná Jednotná pravidla Mezinárodní obchodní komory, jeví se tyto normy pouze jako úprava velmi specifické bankovní operace, která je nezávislá na ostatních zvyklostech mezinárodního obchodu. Stejně tak se jeví zvláště specifickou řada zvyklostí, například ty, které existují v určitých odvětvích činnosti, jako je prodej obilí nebo kávy.

Vedle odvětvových odchylek se projevují rovněž geografické odchylky zvyklostí. Smlouvy uzavřené mezi Spojenými státy a Čínou se nemohou řídit stejnými zvyklostmi, jako smlouvy mezi Spojenými státy a Argentinou. Stejně tak se před převratem, který zasáhl východní země, naráželo většinou na odmítnutí úpravy rozhodčího řízení Mezinárodní obchodní komory a předpokládalo se často rozhodčí řízení podrobené úpravě Obchodní komory ve Stockholmu. Existovaly tedy speci-

fické postupy ve smlouvách mezi východem a západem, které dokazují rozmanitost „*leges mercatoriae*“. Tyto odchylky vadí tím spíše, že se toto právo obchodníků jeví jako neúplné.

#### b) Neúplnost „*lex mercatoria*“.

Pro nepřátele „*lex mercatoria*“ má být „*lex mercatoria*“ jen jakýmsi souborem neurčitých zásad, které nestačí k vytvoření úplného právního systému. Důkazem toho má být, že připustí-li soudce, aby se rozhodce odvolával na *lex mercatoria*, nelze ještě uvažovat o tom, že by se sám rozhodl *lex mercatoria* přímo aplikovat. Ve francouzském právu máme zajisté výrok odvolacího soudu z roku 1989, který se rozhodl aplikovat „*lex mercatoria*“ ve věci dokumentárního akreditivu. Tento výrok je však osamocený. Bude-li si soudce přát aplikovat zvyklosti kodifikované soukromou organizací, bude muset jít oklikou přes vnitrostátní právo. Jsou-li například normy Mezinárodní obchodní komory o dokumentárním akreditivu aplikovatelné, je to proto, že smlouva se na ně explicitně nebo implicitně odvolává a že vnitrostátní aplikovatelné právo připouští závaznou sílu smlouvy.

Tyto poznámky, které jsou pro *lex mercatoria* nepříznivé, však narážejí na poznámky bojující v její prospěch.

### 2) Příznivé poznámky.

Ve prospěch *lex mercatoria* si všimneme, že *lex mercatoria* často odpovídá jak potřebám stran, tak potřebám rozhodce.

#### a) Potřeby stran.

Konstatovali jsme již důvody, pro které strany dávaly přednost podřízení státních smluv *lex mercatoria*. Pragmatické poznámky příznivé *lex mercatoria* však volají po konkrétním příkladu: je to příklad eurotunelu, tunelu pod kanálem La Manche, který spojuje Paříž s Londýnem železniční cestou.

Tento tunel musel zavést různá kompromisní řešení. Nejde jen o technické a ekologické zvláštnosti, jako například provoz vlaků, které na francouzském úseku jedou vysokou rychlostí a pak poskytují příležitost v poklidu oceňovat krásy anglického venkova. Tunel představuje i zvláštnosti právní. Jednou z nich je doložka stanovící, že rozhodčí soud příslušný pro rozhodování případných sporů bude muset aplikovat „zásady společné pro anglický a francouzský právní řád“ a, budou-li chybět, „zásady práva mezinárodního obchodu“. Jde tu o originální řešení, které

je projevem jistého druhu „karteziánského pragmatismu“ odpovídajícího potřebám stran.

Také rozhodce však potřebuje *lex mercatoria*.

#### b) Přání rozhodce.

Pokud jde o přání rozhodce, vnučuje se zde jedna zcela konkrétní poznámka: jestliže se někdo nabídne za rozhodce, přijme takové posláním jedině tehdy, má-li možnost vyslovit se podle práva (nebo práv), které zná. Měl-li by rozhodovat podle cizích práv, posláním nepřijme. Samozřejmě však své posláním přijme, půjde-li o rozhodování s odkazem na obecné zásady práva mezinárodního obchodu. Výhoda *lex mercatoria* se rýsuje přímo před očima.

Ať jsou však tyto praktické výhody jakékoli, vyvolává *lex mercatoria* stále přizívanou teoretické úvahy.

### B) TEORETICKÉ ARGUMENTY.

Byly formulovány dvě poznámky teoretické povahy:

1. uchýlení se k tomuto transnacionálnímu právu je někdy odmítnuto v určitých situacích, ve kterých se jeho užití zdá nemístné (abusivní).
2. vyslovovat se k *lex mercatoria* znamená také formulovat definici právní normy.

#### 1) Nemístné užívání *lex mercatoria*

Jak to ukázal E. Gaillard, můžeme mluvit o abusu v užívání *lex mercatoria* ve dvou typech situací.

a) Konstatovali jsme především, že rozhodce někdy použil „*lex mercatoria*“, aby nemusel aplikovat právo zvolené stranami. Takové použití mezinárodního práva obchodníků je potom sporné. Nejde nicméně o diskreditaci *lex mercatoria* touto kritikou, protože platí pouze pro nemístné užívání obecných zásad práva mezinárodního obchodu.

Například v jednom nálezu vyneseném v roce 1992 tvrdil rozhodčí soud, že egyptské právo, které si strany zvolily, nezná problém začátku splácení úroků. Rozhodl tedy, že je pro výpočet úroků vhodné opřít se o zásady práva mezinárodního obchodu. Kdo má uvěřit, že egyptský soudce se nikdy nevyslovuje k výpočtu

úroků? Postup soudu není v tomto případě normální a navíc chce zjevně odmítnuté právo potlačit.

b) Dále bylo možno kritizovat *lex mercatoria* tvrzením, že *lex mercatoria* umožňuje oživit teorii „smlouvy bez zákona“. Víme totiž, že v padesátých letech probíhala diskuse, která měla zjistit, zda strany mohou jít až k předpokladu, že smlouva si stačí sama o sobě a že není od této chvíle podřízena žádnému právu. Dnes je však tato teorie „smlouvy bez zákona“, „samoregulovatelné smlouvy“ odsouzena většinou právních řádů. Je tedy uchýlení se k tomuto transnacionálnímu právu obchodníků nemístné? Tento argument nepřesvědčí, neboť v Goldmanově systému je *lex mercatoria* skutečným právem. Neměli bychom tedy tvrdit, že smlouva, která se řídí *lex mercatoria*, není podřízena žádnému právu.

Zbývá nám tedy ověřit, zda má *lex mercatoria* skutečně charakteristické rysy právní normy.

#### 2) Rozbor právní normy.

Právní norma se tradičně vyznačuje tím, že vychází z veřejné autority, že ji lze sankcionovat a že tvoří soudržný a úplný systém. Může se tedy zdát, že *lex mercatoria* tyto charakteristické rysy uvádí v pochybnost.

##### a) Právní norma by měla vycházet z veřejné autority.

Protivníci „*lex mercatoria*“ soudí, nejčastěji implicitně, že „*lex mercatoria*“ nemůže existovat, protože nevychází z veřejné autority.

Tento argument můžeme přebít, protože řada proudů filozofie práva na jedné straně nesouhlasí s názorem, že právní norma by měla vycházet z veřejné autority. Tak je tomu například u Savignyho německé historické školy, pro kterého je právo produktem historie, duše lidu, nebo u různých sociologických proudů, které v právu vidí výtvar společnosti. Všimneme si ostatně, že téměř veškeré právní systémy, dokonce i ty, které jsou založeny na systému přísně dodržujícím zákony, přijímají existenci obyčejně jako pramene práva.

Na druhé straně Goldman a autoři – příznivci „*lex mercatoria*“ tvrdí, že nevychází-li „*lex mercatoria*“ z veřejné autority, vychází přesto z autority: profesionální autority společnosti obchodníků. Na tento argument se samozřejmě odpovědělo, že stejnorodá profesionální autorita neexistuje, ale že existují společnosti obchodníků velmi rozmanité a značně různorodé.

Diskuse o jiném rysu právní normy však vyznívá ve prospěch *lex mercatoria*: jde o existenci sankcí.

## b) Právní normu by mělo být možno doprovázet sankcemi.

U protivníků *lex mercatoria* panuje názor, že právní norma předpokládá existenci státních sankcí. Mělo by tedy být nutné opřít se o veřejnou sílu. Jeden autor tak tvrdí, že produkuje-li mafie normy a obratně je sankcionuje, nejde přesto o právní normy. Ani tento argument není relevantní.

Za prvé se tvrdilo, a patrně právem, že právní norma není nutně doprovázena sankcemi. Důkazem toho je mezinárodní právo veřejné, neboť toto právo často není vybaveno sankcemi; je poznamenáno malou efektivitou. Přesto nebude nikdo popírat, že jde skutečně o právo; uvědomíme si to prostým konstatováním, že se nikde nevyučuje na sociologických ani teologických fakultách, ale právě na právnických fakultách.

Za druhé, vezmeme-li v úvahu, že právní norma předpokládá sankce, musíme konstatovat, že v mezinárodním obchodu existují mimostátní sankce. Společnost obchodníků ukládá své vlastní morální sankce, které však časem mají finanční důsledky. Zjišťujeme ostatně, že většina rozhodčích nálezů je spontánně vykonávána, což dobře ukazuje váhu této „*societas mercatorum*“.

Třetí rys, který by právní norma měla vykazovat, vyvolává pak další otázky, pokud jde o „*lex mercatoria*“: právní norma by měla tvořit úplný systém.

## c) Právní norma by měla být systémem.

Odpůrci *lex mercatoria* jí vyčítají její obzvláště neurčitý obsah. Trvají navíc na tom, že *lex mercatoria* zahrnuje velmi různé prameny. Tato tvrzení jsou nepopíratelná. Protože však *lex mercatoria* zatím není úplným a stejnorodým systémem, musíme z toho vyvozovat, že netvoří skutečně právní řád? Odpověď na tuto otázku není jednoduchá, protože žádný tvořící se systém není od počátku dokonalý. Stačí představit si nějakou novou společnost, která se objeví na pustém ostrově, pravidla budou postupně vypracovávána a vytvoří až časem úplný a soudržný systém. Můžeme tedy říci, že různorodost *lex mercatoria* je důsledkem toho, že *lex mercatoria* není ještě dotvořena.

Na závěr rozboru uvedme, že představa, kterou má o *lex mercatoria* každý právník, je zjevně diktována úvahami politické filozofie, které jsou každému vlastní. Proti sobě se tu totiž stavějí dvě představy o právu, dvě koncepce státu. Pro příznivce *lex mercatoria* může právo vznikat spontánně. Stát není všemocný, jeho úloha při vytváření právních norem není nezbytná a jeho zákonodárná činnost není nutně nejpodstatnější. Naopak pro odpůrce *lex mercatoria* neexistuje spása mimo právo státu. Proti sobě se tak staví jistá forma právního liberalismu a koncepce právního etatismu.

Teorie „*lex mercatoria*“ je součástí každodenního života mezinárodního rozhodce ve věcech státních smluv a je většinou připouštěna různými právními řády. Tato teorie, která mohla být před dvaceti lety ještě popírána, se dnes realizuje.

(Překlad M. Šedová)

## SUMMARY

„*Lex Mercatoria*“

*Lex mercatoria* is a part of an international judge's every-day routine concerning international treaties. This positive situation makes realization of the theory that was still being denied some 20 years ago possible. French university scholar Berthold Goldman is considered the inventor of this theory. However the text contains opinions expressed earlier by some other experts in comparative legal studies.

The article deals with „*lex mercatoria*“, i.e. with problems concerning law of international trade. The author touches upon a deep analysis of this theory and also mentions critical views of its opponents. Pragmatic remarks and comments are mentioned as well.