

2. 1. 2004

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria - část III.

Význam lex mercatoria souvisí s nevýhodami použití kolizních norem mezinárodního práva soukromého, resp. hmotného práva. Co se týče nejvýznamnějších výhrad vůči kolizním normám, je možno uvést především to, že nejsou schopny zohlednit kvalitu hmotných norem, na které odkazují. U principu neužšího spojení, zejména v rámci složitých kontraktů (například u smluv investičního charakteru), dochází k narušování ekonomické jednoty a podřizování jednotlivých smluv různým právním řádům, eventuálně je snaha o podřízení všech smluv režimu smlouvy hlavní.

Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria - část III.

6. Limity kolizních a hmotných norem národního (mezinárodního) práva

Význam lex mercatoria souvisí s nevýhodami použití kolizních norem mezinárodního práva soukromého, resp. hmotného práva. Co se týče nejvýznamnějších výhrad vůči kolizním normám, je možno uvést především to, že nejsou schopny zohlednit kvalitu hmotných norem, na které odkazují. U principu neužšího spojení, zejména v rámci složitých kontraktů (například u smluv investičního charakteru), dochází k narušování ekonomické jednoty a podřizování jednotlivých smluv různým právním řádům, eventuálně je snaha o podřízení všech smluv režimu smlouvy hlavní. Ani toto řešení přitom nemusí být ve svých důsledcích ideální, neboť, jak bylo uvedeno, těžiště souboru kontraktů se může nalézat jinde než ve smlouvě „hlavní“ (příkladem jsou například investiční smlouvy stavebního charakteru, kde těžiště může být v sub-kontraktech, ale i např. tzv. koncesní smlouvy).

Co se týče samotného hmotného práva, na které kolizní norma odkazuje, národní právní řády se mohou jevit nedostatečné při regulaci smluv transnacionálního charakteru. Kromě toho, když má být např. použito cizího práva provedeno soudem fora, tento často není schopen jej použít v celku jako lex cause, se všemi principy a zásadami, které nejsou explicitně vtěleny do lex cause (nicméně se uplatňují), tak jak by jej použil soud lex cause. Naopak, soud fora je ovlivňován právním klimatem vlastního právního prostředí.

Ani jiné, moderní postupy neposkytují zásadní řešení - výše uvedený tzv. „better-law approach“ v rámci kolizního práva, hledající nejlepší právo podle hmotně právních principů (tedy obsahu samotného práva) je příliš vágní a neurčitý, vedoucí až k rozhodování ex aequo et bono (stejný nedostatek vykazují tzv. Ausweichklauseln), a hlavně směřuje proti principům kolizního práva, které je v zásadě vůči kvalitě hmotných norem indiferentní. Dále je možno uvést tzv. doktrínu comity, založenou na přátelském akceptování cizího práva. I tato koncepce je příliš široce pojata a ne dost dobře aplikovatelná na jednotlivé případy, navíc je podmíněna existencí skutečného zájmu na použití daného práva („genuine interest“), jehož podmínky a obsah jsou těžko definovatelné.

Rovněž jiná alternativní řešení, jakési „obohacování“ kolizních pravidel hmotnými normami, které vede k nepřijatelné roli soudce jako „policy makera“ a k aplikaci pouhé ekvity, resp. k příklonu k všeobecným právním zásadám, není dostačující. Tyto principy jsou totiž pouze částí souboru principů autonomního transnacionálního obchodního práva. Opět se zde objevuje základní rozpor vztahu hmotného práva a mezinárodního práva soukromého, kde nedostatky či limity jednoho jsou doplňovány normami druhého, avšak s rozporuplnými výsledky. Ani speciální hmotné normy pro mezinárodní obchod neřeší problémy spjaté s kolizním právem - nacionalizace, aplikace lex cause soudem fora a celkově ne zcela dostatečná schopnost národního právního řádu mezinárodně kooperovat mohou naopak situaci ještě více komplikovat. Navíc tyto normy zůstanou spojeny s reputací daného právního řádu, větší či naopak menší kvalitou práva a jeho (někdy nedostatečné) reflexi moderních trendů v mezinárodním obchodě.

Co se týče přímo použitelných norem mezinárodních úmluv, tyto instrumenty trpí jak mezerami právní úpravy, tak i omezeným počtem států ochotných být úmluvou vázán, což je ještě zdůrazněno systémem výhrad coby výsledkem kompromisu různých postojů. Výhrady, spolu s různými verzemi některých úmluv (a různými státy vázanými tou kterou verzí) ještě více ztěžují přehlednost právní úpravy. Ve svém důsledku tyto nedostatky komplikují celou situaci, která jednoznačně nespěje k univerzálnímu a dostatečně obsáhlému systému přímo použitelných norem v oblasti smluvního práva.

Decentralizace a privatizace tvorby práva je patrná v snahách, jejichž výrazem jsou např. Zásady mezinárodních obchodních smluv vypracovaných UNIDROIT, tedy PICC, pracích Komise Spojených národů pro mezinárodní obchodní právo - UNCITRAL, či ICC. Jedná se o formulace obecných podmínek, standardizovaných smluv, zvyklostí a praxe atd.

7. Snahy o formulování nenárodních pravidel mezinárodního obchodu

7.1. Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT (PICC)

Systematickým modelem pro zkoncipování Zásad mezinárodních obchodních smluv (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - PICC) byl americký Restatement of the Law of Contracts z roku 1932 (Restatement). Mezi identické elementy obou instrumentů patří fakt, že se v obou případech jedná o psané právo, dále existence komentářů, jakož i příkladů z praxe. Restatement vyšel z myšlenky shrnout právo tak jak je, ne tak jak má být, a vlastně tak reprodukovat common law. Praktická uplatnitelnost záležela na autoritě orgánu, který ho vytvořil, tedy Amerického právního institutu (American Law Institute) - americké soudy se odkloňují od Restatementu jenom ve dvou procentech případů. Ve výjimečných případech však Restatement zahrnuje i právo de lege ferenda, a to podle principu analogie, stanoviskem ke vzájemně sporným rozhodnutím apod.

Kromě Restatementu je možno se rovněž zmínit o plánu Rady vzájemné hospodářské pomoci k vytvoření všeobecného práva mezinárodních obchodních smluv, které by zahrnovalo takové otázky jako uzavírání, obsah a plnění smluv, změny v obsahu a subjektech, promlčení, započtení, neoprávněné obohacení atd. Úvahy na toto téma přerušili společenské změny v bývalých socialistických státech na konci minulého století.

PICC spadá do rámce snah o zkoncipování jednotného Evropského občanského zákoníku (European

Civil Code), a vytvoření pracovní skupiny Evropské akademie právníků z oblasti soukromého práva, a to na základě rezoluce Evropského Parlamentu z roku 1989. Jako legislativní model pro základní schéma coby výchozího bodu jednotného Evropského občanském zákoníku sloužila část italského Občanského zákoníku (stojící mezi civil law a common law) a Smluvní zákoník (Contract Code) podle McGregora pro Anglickou právní komisi (English Law Commission). Práce na Evropském občanském zákoníku dostali nový impuls několika rezolucemi Evropského parlamentu o potřebě zintenzivnění práce na zákoníku.

Co se týče dalších pokusů v této oblasti, v celosvětovém rozměru je možno dále uvést projekt pod názvem Společné jádro právních systémů (the Common Core of Legal Systems), vypracovaný v americké Cornell Law School. Projekt vychází ze „společného jádra“ s odkazem na čl. 38 Mezinárodního soudního dvora, které je údajně identifikovatelné v rámci národního právního řádu. Jádrem zájmu v rámci projektu byla oferta a akceptace. Jednalo se o komparativní práci, jejíž výsledek má pro formulaci lex mercatoria velký význam, avšak má i závažné nedostatky. Nevychází z psaného práva, nemá skutečně globální charakter (nezahrnuje např. islámské právo, právo Afriky, Latinské Ameriky a Asie). Problémem je zde výklad čl. 38 Mezinárodního soudního dvora ve vztahu k otázce, zda mají být do projektu zahrnuty všechny právní systémy, tj. každý z nich, nebo nikoliv.

Rovněž je kritizováno nezohlednění sociální podmíněnosti práva a vyloučení od počátku vzájemné podmíněnosti práva a sociální reality, což vede k absenci poznatků z praxe mezinárodního obchodu. Dále je namítáno přílišné omezení se na technickou stránku smluvního práva, na uzavírání smluv, především však zanedbání interakce mezi všeobecnými právními zásadami a konkrétními normami - projekt volil jenom přísně induktivní přístup, od jednotlivostí k obecným principům. Naopak obousměrnost pohybu zohlednil právě UNIDROIT při přípravě PICC, když do komparativní práce zahrnul kontext zásad a souvztažnost pravidel a zásad. Jako příklad může posloužit princip force majeure, který je možno posoudit jenom v kontextu jiného principu, pacta sunt servanda.

Inherentním cílem UNIDROIT bylo vytvořit základ pro „zákon o mezinárodním světovém obchodním právu“. U zdroje PICC stál René David s myšlenkou přijetí PICC mezinárodní organizací, za účasti národních zákonodárců jenom v rámci uplatňování výjimek a výhrad, s automatickou inkorporací do národního práva, a závazným charakterem norem. Další návrhy následně předpokládali vytvoření tzv. Unii pro Ius Commune (Union for Ius Commune)[1]. Později závazný charakter ustoupil do pozadí a výše uvedené návrhy s nimi. Oživila myšlenka Restatementu, uznávající jeho význam pro vývoj a evoluci všeobecných zásad pro celosvětové “ius gentium”.

Při pracích na PICC bylo zastoupeno padesát států. Pracovní skupina započala činnost v roce 1980 a výsledek své činnosti předložila v roce 1994. Práce vycházela z metodologie funkční komparace, čehož výsledkem je konsolidace a kodifikace, včetně modifikace některých pravidel Úmluvy OSN o mezinárodní koupi zboží (Vídeňská úmluva). Do komparativního procesu byli zahrnuti i zákoníky bývalých socialistických států omezující autonomii smluvních stran, avšak s moderní úpravou pro zahraniční obchod zohledňující „právní soutěživost“ na mezinárodních trzích.[2]

Práce UNIDROIT byly dále ovlivněny instrumenty jako INCOTERMS, Všeobecné podmínky pro dobavu a montáž pro dovoz a vývoz strojů a zařízení (General Delivery and Assembly Conditions for the Import and Export of Machines and Plants), Podmínky pro smlouvy (mezinárodní) pro stavební práce organizace FIDIC (FIDIC Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering) a podmínky pro smlouvy v zahraničním obchodě v rámci RVHP. Pro UNIDROIT byli relevantní rovněž práce Landovi komise v oblasti evropského smluvního práva (Landovy zásady).

7.1.1. Obsah PICC

Princip Restatementu, tedy postupného, opatrného pohybu („gently push“) byl přijat i zde, t.j. byl zohledněn budoucí možný vývoj. Obdobný přístup je znatelný např. i v Návodech Světové banky o zacházení s přímými zahraničními investicemi (the World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment). Nicméně Restatement je ryze americkou záležitostí, navíc metodologie Restatementu je založena na stare decisis doktríně, autoritativní síla Restatementu je zde proto vyšší. Navíc PICC ani - a to zcela záměrně - neznají tzv. „notes“, kdežto 2. Restatement a rovněž Landovy zásady ano.

Po zkušenostech s Vídeňskou úmluvou nebo Haagským Jednotným zákonem a Vzorovým zákonem UNCITRAL, PICC neznají definici termínu „mezinárodní smlouva“ (to souvisí s významem principu autonomie volby práva, jakož i snahou vyhnout se kogentním pravidlům národního práva, která by byla s definicí v rozporu). Pracovní skupina UNIDROIT ale uznala, že je třeba dát konceptu „mezinárodní smlouvy“ co nejširší interpretaci. Dále PICC neobsahují definici termínu „obchodní smlouvy“, pouze vylučují ze svého záběru spotřebitelské smlouvy.^[3] Široké pojetí obchodních smluv dále zamlžilo rozlišování klasických obchodních smluv od „equity investments“. Obdobný problém je možno pozorovat u definování termínu „investice“ v rámci bilaterálních investičních instrumentů, tedy rozlišení tzv. běžných obchodních smluv od smluvních vztahů spadajících pod režim investiční ochrany^[4].

Jedním z nejdůležitějších principů PICC jsou principy in favorem validitatis a favor contractus. Význam zásad je podtržen v tom, že mnohé z nich mají přednost před specifickými ustanoveními kapitol PICC 2 - 7. Mají samozřejmě i funkci vyplňování mezer, a to podle čl. 1.6 (2); některé zásady však nejsou explicitně vyjádřeny a je třeba je interpretovat, a to bez příklonu k domácímu právu. Oficiální komentář UNIDROIT k tomu je analogický článku znění 7.2 Vídeňské úmluvy.^[5]

Nejdůležitějšími zásadami PICC jsou: zdůraznění významu PICC jako Magna Charta mezinárodního smluvního práva (čl. 1.1), pacta sunt servanda (čl. 1.3), a dobrá víra a poctivé jednání (čl.1.7). Jedná se o spojení zásady dobré víry s poctivým jednáním v mezinárodním obchodě, tedy o standardy a principy platné pro danou komunitu, v tomto případě v prostředí mezinárodního obchodu, bez odkazu na národní právní řády. Článek 1.7 pak souvisí s pravidlem dodržováním zvyklostí podle čl. 1.8 (v souladu s čl. 9 Vídeňské úmluvy, s tím rozdílem, že subjektivní test „rozumnosti“ (reasonableness) je nahrazen objektivním testem; na druhé straně, na rozdíl od Landových zásad, blanketní ustanovení typu definice termínu „rozumnost“ zde není.^[6]

Rozumnost je třeba vnímat relativně k principům dobré víry, poctivého jednání, a důvěry jako základního stavebního kamene lex mercatoria. Tyto zásady se navíc musí uplatnit v rámci pravidel výkladu faktických a právních úkonů podle čl. 4 PICC. Co se týče principu pacta sunt servanda, ten má přednost před zohledněním ekonomických těžkostí druhé strany při plnění; PICC jenom uznávají relevanci „hardship“ principu (čl. 6.2.1 PICC). Tento přístup je v souladu s Návodem Mezinárodní obchodní komory o „force majeure“ a „hardship“^[7]. Pro výklad pravidel ve světle zásad má také velký význam oficiální komentář PICC, a samozřejmě, především rozhodování arbitrářů.

PICC jsou dispozitivního charakteru. Článek 1.5 dovoluje vyloučit použití PICC nebo jednoho či více jeho pravidel, a to i implicitně, s výjimkou některých ustanovení, kde to lze očekávat (odstoupení od smlouvy v případě podvodu podle čl. 3.8 a 3.19 atd.); jedná se o situace narušení rovnosti stran a

autonomie, jejíž ochrana je součástí transnacionálního veřejného pořádku. Národní i transnacionální ordre public má přitom podle čl. 1.4 PICC vždy přednost před všemi ustanoveními PICC.

7.1.2. Možnosti použití PICC, forma odkazu

Co se týče rozsahu a forem použití PICC, např. Evropská federace stavebního průmyslu (FIEC) připravuje tzv. „reference memorandum“, odkazující na PICC, které má být použito k přípravě smluv o výstavbě. To dokládá možnosti samoregulace a harmonizace mezinárodního obchodního práva, jelikož PICC mohou sloužit, mimo jiné, jako návody. Další formou použití PICC je odkaz na PICC; preambule PICC přitom umožňuje i odkaz na všeobecné principy práva, *lex mercatoria* a podobně[8]. Nicméně např. pro německou právní doktrínu tento odkaz neznamena odkaz na *lex mercatoria*, resp. znamená odkaz na ekvitu. Jinak tento přístup byl přijat při výše uvedené Channel Tunnel Arbitration a jinde.

Základním problémem při odkazu na *lex mercatoria* (nebo příbuzný termín) je posouzení, zda se jedná o kolizní nebo materiální volbu. Berger uvádí v této souvislosti zajímavou interpretaci Římské úmluvy, totiž že termín „law“ nemusí znamenat nutně volbu práva, ale i možnost volby *lex mercatoria* (což je ale odpůrci *lex mercatoria* vnímáno jako „rules of law“) s tím, že při neučinění volby platí jenom kolizně určené národní právo.[9] U otázky volby *lex mercatoria* je nutné uvést, že PICC jsou možným pramenem *lex mercatoria*, nicméně nejsou *lex mercatoria* jako takovým; pravidlo podle *lex mercatoria* se tedy použije jako součást *lex cause*, avšak ne automaticky jako pravidlo pouze podle PICC. V každém případě, jak bylo již naznačeno, podle určitých interpretací je *lex mercatoria* autonomní právní systém[10].

PICC jako zdroj *lex mercatoria* se dále mohou uplatnit v případě tzv. „documentary gap“, kdy relevantní pravidlo rozhodného práva není možno zjistit; zde je výhoda oproti všeobecným právním zásadám, neboť PICC existují v písemné podobě. PICC se rovněž mohou uplatnit při interpretaci a doplnění mezinárodních hmotných unifikací, které jinak obecně podléhají nebezpečí tzv. „Heimwärtsstreben“, tedy snaze přizpůsobit interpretaci norem národnímu právnímu řádu. Odkaz tohoto druhu je možno nalézt v čl. 7.1 Vídeňské úmluvy, zdůrazňující mezinárodnost úmluvy a potřebu podporovat jednotnost použití Vídeňské úmluvy při jejím výkladu. Příkladem může sloužit ustanovení o úrocích v čl.7.4.9 PICC, ze kterého vycházel nálezn Mezinárodní obchodní komory[11], i když tribunál jej použil jenom jako inspiraci, ne doslovně; tento princip stojí i za zásadou podle čl.7.2 Vídeňské úmluvy.[12] Zde se nabízí paralela mezi vztahem PICC jako pramene *lex mercatoria* a mezinárodní úmluvou na straně jedné, a tzv. soft law (jako jsou výše uvedené Návody Světové banky) a závazných investičních instrumentů, např. dvoustranných smluv o ochraně investic, na straně druhé.

Dále je podle některých názorů možno použít PICC jako prostředek pro mezinárodně užitečnou interpretaci národních zákonů[13] (což není v preambuli uvedeno), a to s ohledem na údajnou neschopnost domácího práva plně reflektovat specifika mezinárodních transakcí. Metodologickým základem by zde měla být komparativní a v omezené míře i anticipační metoda výkladu. Tento přístup je však obhájitelný jenom pokud by se jednalo o využití *lex mercatoria* v rámci použití jinak rozhodného práva, kterým by bylo cizí národní právo, kdy se zohledňuje mezinárodní charakter případu a soud má očekávatelnou snahu dojít ke spravedlivému rozhodnutí zohledňující sociálně-ekonomický rozměr případu.[14] V tomto kontextu by využití *lex mercatoria* mělo nepochybně význam pro jeho další rozvoj.

Tento přístup je do určité míry podporován např. nizozemskou právní doktrínou. PICC zde sehrávají významnou roli nejenom při tvorbě, ale i interpretaci nového nizozemského práva. Podporu tímto směrem je možno pozorovat i v rámci německé právní doktríny, s ohledem na vnímání všeobecných zásad ve vztahu k obecným smluvním podmínkám, jakož i s ohledem na uznání role arbitrážních rozhodnutí[15]. PICC samozřejmě můžou mít roli i jako modelový zákon, podobně jako Návody Světové banky.

Co se týče dalšího vývoje PICC, v roce 1998 bylo rozhodnuto o provedení revize ustanovení PICC, včetně rozšíření ustanovení o normy o zastoupení, postoupení práv a převzetí dluhů, cenové redukci, promlčení žaloby, smlouvy ve prospěch třetího, započtení a vzdání se práv.[16]

7.2. Zásady Evropského smluvního práva Landovy komise

V evropském kontextu sleduje smluvní právo mezinárodního obchodu tendence obdobné jiným oblastem.[17] Roste síla názoru, že harmonizační dilema není řešeno ani cestou Římské úmluvy, ani směrnicemi k přiblížení hmotného práva, neboť obojí vede k fragmentaci právních norem. Obecně je namítáno, že evropská politika v tomto smyslu nemá koncept[18]. První rezoluce o nevyhnutelnosti jednotného Evropského zákoníku byla přítom Evropským parlamentem přijata již v roce 1989 a poté v roce 1994.

Funkce Zásad Evropského smluvního práva (The Principles of the European Contract Law of the Lando-Commission - Landovy zásady) je především ta, že se jedná o neformální alternativu k ideji Evropského zákoníku o závazcích (European Code of Obligations), dále slouží jako výchozí bod směrem k harmonizaci, návod k interpretaci harmonizovaného práva a konečně jako příspěvek ke tvorbě evropského *lex mercatoria*. Landovy zásady obecně hlavně slouží jako první krok ke konsolidaci souboru principů společného evropského soukromého práva.

Základem práce Landovy komise byla funkční komparace zahrnující i americký Jednotný obchodní zákoník, Restatement, Vídeňskou úmluvu apod. Syntéza práce první a druhé Landovy komise vyústila v roce 1999 do plné verze Landových zásad. Ty obsahují, na rozdíl od PICC, ustanovení o oprávnění zástupce. Některá ustanovení obou instrumentů vykazují velkou podobnost či jsou dokonce identická (např. pravidla *hardship* a *force majeure*[19], vznik smlouvy[20], nebo porušení důvěry[21]).

Na druhé straně, třeba čl. 6.1.14. et seq. PICC o veřejných povoleních nemá v Landových zásadách ekvivalent. Z hlediska interpretace stávajících norem, ale i pro nově vytvářená pravidla má význam to, že Landovy zásady obsahují komentáře, příklady a poznámky (notes), což v PICC nenalezneme (viz čl. 1.106(1)). V této souvislosti čl. 1.106(1) určuje, že nejenom výklad, ale i *další rozvoj* Landových zásad má být veden jejich základním účelem. Naopak, svoboda formy podle čl. 1.2 PICC nemá ekvivalent v Landových zásadách.

Preambule Landových zásad, stejně jako u PICC, stanoví vícero možností použití, a to odkazem *nebo* volbou práva[22]; zásady je možno použít i v případě odkazu na „všeobecné právní zásady“, „*lex mercatoria* nebo podobně“. Podobně jako u PICC, i zásady mají stejné autonomní postavení ohledně možnosti odklonu od nich. Na rozdíl od PICC je možné použití Landových zásad i v případě neučinění volby práva (což je podle Bergera nebezpečné); další oblast použití spočívá v anticipační metodě interpretace – čl.1.101(4) je výrazněji explicitní, neboť dovoluje hledání nových řešení, když použitelné právo tak nečiní, umožňující tak rozvoj komparativní metody výkladu národního práva. Dále podle čl. 107 je možno použít Landovy zásady s vhodnými

modifikacemi ke změně nebo ukončení platnosti smlouvy, k jednostranným slibům a jiným prohlášením atd.

Co se týče výhledů dalšího vývoje, výzkum má být zaměřen na započtení, postoupení pohledávky a převzetí dluhů, promlčení, úroky, neplatnost smlouvy z titulu rozporu s dobrými mravy, nedostatku způsobilosti a jiných důvodů neplatnosti, dopravní smlouvy, všeobecné smlouvy o poskytování služeb, finančních služeb atd.

8. Další možnosti vývoje - kodifikace *lex mercatoria*

Základem tzv. plíživé kodifikace transnacionálního práva mezinárodního obchodu je spojení psaného práva s potřebnou mírou otevřenosti a pružnosti, což není vlastní kodifikací cestou unifikační hmotně-právní úmluvy. V této souvislosti je třeba říct, že vyhnutí se jednoznačného stanoviska k (ne)existenci *lex mercatoria* jako autonomního práva mezinárodního obchodu je nedostatkem Restatementu. Především je však Restatement inherentně statický, neodpovídající potřebě flexibility. Tradiční kodifikační techniky pro potřeby *lex mercatoria* nestačí. Co se týče PICC, ty samy o sobě nemůžou dokazovat existenci a obsah *lex mercatoria*.

Inspirací pro další vývoj může být práce Komise pro mezinárodní právo, jejíž rolí je kodifikace a rozvoj mezinárodního práva. Nová kodifikační metoda má být založena na otevřenosti a silnému příklonu ke *case law*, které má kvalitu potvrzující relevanci toho kterého pravidla. Plíživá kodifikace *lex mercatoria* podle Bergra[23] zahrnuje všeobecné zásady práva, kodifikační práce institucí, *case law* mezinárodních tribunálů, modelové instrumenty a všeobecné obchodní podmínky, a konečně i funkční komparativní analýzu autorů, kteří často vystupují jako arbitři (pro práci na PICC nebyli nálezy tribunálů výrazně zohledněny). Tento otevřený systém tak dokáže odpovídat na potřeby „práva v akci“. Bergerův seznam principů *lex mercatoria* je podle něj použitelný i v případě potřeby vytvoření nového pravidla. Otázkou zůstává, který seznam a proč má být určující pro daná pravidla. Podle autora je jeho seznam vhodný především proto, že obsahuje možnost práce s komparativním odkazy, které mají vést ke stejnému pravidlu.

V každém případě nejsou výše uvedené instrumenty prvními pokusy v dané oblasti: Ripertova kolekce všeobecných principů soukromého práva použitelná v oblasti veřejného práva se datuje do roku 1933[24]; v roce 1956 Josef Esser[25] a v roce 1953 Bin Cheng shrnuli zásady všeobecného mezinárodního práva zahrnující pravidla odvozená jak ze soukromého, tak i z veřejného práva. Tyto pokusy však byli limitovány rámcem čl. 38 (1)(c) statutu Mezinárodního soudního dvora, tedy oblastí všeobecných právních zásad, nezohledňující *case law* nebo zvyklosti.[26] Z novějšího období je třeba se zmínit o publikaci v rámci Regionálního centra pro mezinárodní obchodní arbitráž z roku 1997 (Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration), která obsahuje 26 principů velmi podobných Bergerově seznamu; jedná se o první shrnutí těchto principů v rámci renomované mezinárodní arbitrážní instituce. Konečně, nálezy ICC č. 8365 z roku 1966 obsahoval osm principů, které podle tribunálu jsou součástí *lex mercatoria*. [27]

Efektům vytváření seznamů principů je autonomizace, resp. konsolidace systému, a v neposlední řadě vyvrácení argumentů o *heterogenním* souboru *lex mercatoria*. Taková konsolidace má mimo jiné význam i pro uznávání rozhodnutí podle ní, neboť rozhodovací praxe je při tvorbě seznamu silně přítomna, jak dokládá Rezoluce o transnacionálních právních principech přijatých Mezinárodním právním sdružením (International Law Association - ILA) v roce 1992 v Káhiře, která dala do přímé souvislosti vztah mezi platností arbitrážních rozhodnutí vycházejících z *lex mercatoria*, a konsolidací a stabilizací transnacionálního práva mezinárodního obchodu. [28]

Seznam, který předkládá Berger, má otevřený charakter, nevylučuje tedy funkční komparaci; naopak, oba přístupy, tedy komparace i vytváření seznamu se doplňují. Výrazem koexistence je „vzájemné obohacování rozhodovací praxí mezinárodní arbitráže a seznamem“. Systém je tak otevřený, kdy dochází k precizaci starých a objevování nových pravidel, což je podepřeno „stálým dialogem mezi arbitrážní praxí, právní vědou a akademickou institucí odpovědnou za seznam.“^[29] Nicméně důležitým aspektem je otevřenost systému ve vztahu k potřebě právní jistoty, i když podle autora je zde stupeň právní jistoty dostatečný. Použití *lex mercatoria* přitom osciluje mezi rozhodnutím podle *equity* a rozhodnutím psaného práva. Konceptně je seznam postaven na kombinaci zásad a detailních pravidel.

Komparativní analýza zde zahrnuje různorodé instrumenty: Úmluvu OSN o mezinárodní koupi zboží, Haagský zákon o prodeji zboží, Vídeňskou úmluvu o smluvním právu, UCPDC a Jednotná pravidla pro záruky Mezinárodní obchodní komory, INCOTERMS, práce na „Standard Communication Agreement Pertaining to Electronic data Interchange (EDI a EDI-Lite)“, vyjádřené v Modelovém zákoně o elektronickém obchodě v rámci UNCITRAL, SWIFT, CHIPS a jiné mezinárodní platební schémata, Všeobecné podmínky pro dodávku strojů a zařízení pro vývoz v rámci Hospodářské komise OSN, Všeobecné podmínky pro dodávku mechanických, elektronických a souvisejících produktů, všeobecné podmínky podle organizace FIDIC (podle FIDIC Red Book) atd.

I tento výčet naznačuje kromě jiného potřebu interdisciplinárního přístupu k problematice, resp. existenci mezinárodního „ekonomického“ práva, kde dochází k pronikání mezinárodního práva soukromého a mezinárodního práva veřejného. V rámci tohoto přístupu je třeba se zamýšlet nad možnostmi legislativní techniky,^[30] a následně nad požadavkem zohlednění specifik jednotlivých oborů mezinárodní obchodní výměny, tedy tím, co se již dnes označuje např. jako *lex petroli*, *lex informatica*, nebo *lex constructionis*. Pro další vývoj *lex mercatoria* je důležitá *koordinovaná* snaha center reflektujících jednotlivá pravidla ve svých seznamech či jiných instrumentech. V každém případě je třeba při posuzování legitimacy a kvality norem *lex mercatoria* vycházet z praktických možností a uplatnění těchto pravidel, z míry jejich využívání v rámci mezinárodní obchodní komunity a uznávání ze strany arbitrážních tribunálů, ne z dogmatického odmítání *lex mercatoria* podloženého pouze právní teorií.

9. Závěr

Analýza pojednaných témat poukazuje na některé typické rysy národní a mezinárodní regulace rozhodného práva v závazkových vztazích mezinárodního obchodu. V moderních právních rádech se obecně prosazuje výrazná míra autonomie smluvních stran směrem k volbě práva neomezované objektivní podmínkou vztahu smlouvy k danému právnímu řádu. Vůle stran je tedy výrazně normotvorná ve smyslu možnosti výběru toho kterého právního řádu, přičemž je již v převážné míře odmítán jakýkoli požadavek na faktické spojení; smluvní strany nejsou v této otázce omezovány. Co se týče vztahu klauzule o volbě práva a platnosti, resp. existence smlouvy, vývoj jde celkově směrem k uznání samostatné existence doložky o volbě práva. Za zdroj a určující faktor autonomie je nicméně obecně považován *lex fori*. Myšlenka „volně kroužící autonomie“ není dominantním teoretickým směrem a v praxi se prosazuje jenom sporadicky.

Na druhé straně určitá soudní rozhodnutí a dikce některých mezinárodních instrumentů otevírají možnost pro větší praktického prosazení se „volně kroužící autonomie“ do budoucna. Nicméně takto rozvinutá autonomie znamená podstatnou revizi pohledu na roli státu, neboť nadnárodní přístup ke smluvní autonomii, který znamená např. možnost odmítnutí změn v právním řádu nastalých po provedené volbě práva (resp. jinak nutnosti souhlasu stran s těmito změnami), vede k rovnocennému

postavení národního či mezinárodního práva a „transnacionálního“ práva mezinárodního obchodu. Tato míra smluvní autonomie je však ze strany národních právních řádů obecně odmítána; její zastánci jsou především některé akademické autority.

Jinak je tomu v případě některých dílčích otázek, kde se postupně smluvní autonomie stále víc prosazuje. Mezi ně patří otázky možnosti změny (volby) práva a dodatečné volby práva, volby několika právních řádů, v některých oblastech i možnosti stabilizace či zmrazení práva v daném čase. Přitom je žádoucí, aby tyto využití těchto možností nezasahovalo do právního postavení třetích osob a především platnosti smlouvy. V rámci smluvní autonomie je opouštěn princip předpokládaného úmyslu a hledá se, při neexistenci výslovného úmyslu zvolit si dané právo, objektivní kritérium pro určení použitelného práva, ať už je to výše uvedené nejbližší spojení nebo těžiště smlouvy podle práva USA.

Pokud jde o unifikační snahy, je nadále patrný konflikt a současně vzájemné kompromisy mezi právními kulturami, jako je tomu v případě Vídeňské úmluvy o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, nebo Římské úmluvy o právu použitelném na smluvní vztahy. Zde je třeba konstatovat, že dosažená úroveň mezinárodní unifikace v rámci metody přímé není dostatečná. Typickým příkladem je Vídeňská úmluva, především rozpory ohledně článků 14 a 55 Úmluvy o formálních požadavcích kupní smlouvy. Rozsah Vídeňské úmluvy je (nejenom) tím zúžen a způsob použití komplikován. I když je Úmluva často prezentována jako úspěch unifikace, pro opačný názor je možno nalézt dostatek argumentů. Jelikož v otázkách jí upravených není tak určitá, v standardních formulářích vytvořených obchodními asociacemi je její použití někdy vylučováno. Dále, Vídeňská úmluva, stejně jako jiné instrumenty, není uchráněna rozporným výkladem jejich ustanovení.

Obdobná charakteristika se týká i dalších mezinárodních instrumentů. I když pozitivem metody přímé je určení práva a povinností adresované přímo stranám smlouvy, úmluvy trpí společnými negativními rysy, mezi které patří malý počet států nimi vázaných, značná možnost (využitých) výhrad (včetně principiální otázky rozsahu použitelnosti, různé verze a různá míra závaznosti té které úmluvy pro daný stát, případně příliš úzký věcný rozsah. Kritika výsledků unifikačních snah v oblasti metody přímé neznamená popření pozitivního přínosu mezinárodních úmluv. Na druhé straně tyto výsledky nedávají perspektivu úplné, komplexní a funkční regulace.

Překonávání stávajících rozdílů mezi národními právními úpravami mezinárodního práva soukromého se pokouší rovněž metoda kolizní, v podobě Římské úmluvy o právu použitelném na smluvní vztahy, či Mezi-americké úmluvy. Obě přináší některé zajímavé momenty. Význam kolizní unifikace v podobě Římské úmluvy přitom vychází z argumentu, že harmonizace či dokonce unifikace hmotných norem nestačí držet krok s odbouráváním hranic v mezinárodním obchodě. Úmluva má navíc, s ohledem na svůj záběr, dopad přesahující hranice evropského kontinentu. Kromě toho stanoví, že každá územní jednotka, pokud má vlastní pravidla ohledně smluvních závazků, je pro účely použití Úmluvy pokládána za zemi, takže Úmluva se vztahuje na smluvní závazky v jakékoli situaci zahrnující volbu mezi zákony různých území. Římská úmluva vytváří předpoklady pro konvergenci common law a civil law, a zaujímá i jednoznačné stanovisko k některým důležitým otázkám, jako je vztah doložky o volbě práva a smlouvy samotné.

I zde se však projeví různé zájmy různých států ve formě výhrad, především v případě cizích nutně použitelných norem, nebo pravidel o dosahu použitelného práva na důsledky neplatnosti smlouvy. Navíc Úmluva přináší určitá rozporuplná ustanovení, jako je tomu v případě čl. 3.3, který je podle některých názorů na cestě ke zvyšování a stabilizaci smluvní autonomie de facto krokem zpět. Ani

konstrukce velmi důležitých pravidel o určení rozhodného práva v případě neučinění volby práva podle čl. 4 nejsou bez pochybností. Je otázkou, do jaké míry bude znamenat Římská úmluva pokrok na cestě další harmonizace v oblasti práva použitelného na smluvní vztahy.

Ve vztazích neupravených mezinárodními úmluvami přetrvávají rozdíly v podstatných otázkách jako jsou kritéria pro navázání. Šíře metod sahá od typicky kolizních ukazatelů nejužšího spojení podle místa podnikání strany poskytující charakteristické plnění až po snahy o různá alternativní řešení, kde dochází ke směřování principů kolizního a hmotného práva. Konfrontace různých právních kultur v této otázce by měla přinést efekt vzájemného ovlivňování, např. tendenci evropského kontinentálního práva směrem k příklonu k pružnějším posuzování kolizně právních otázek. Bez ohledu na specifické podmínky fungování různých metod v rámci práva USA, vzájemná interakce je žádoucí. Tyto z pohledu evropského kontinentálního práva specifické metody nicméně samy o sobě neposkytují zásadní řešení; nedostatky jsou především vágnost a neurčitost pravidel. Navíc tyto metody směřují proti principům kolizního práva; na druhé straně kolizní normy samotné již ze své podstaty nejsou schopny plně zohlednit kvalitu hmotných norem, na které odkazují. Bez problému není na druhé straně ani použití obecného principu nejužšího spojení na specifické a často komplikované vztahy založené celým souborem smluv, kde hledání těžiště souboru kontraktů může být místy poměrně komplikované.

Nedostatečná shoda panuje i v oblasti nutně použitelných norem. Existuje konsensus o použití mezinárodních kogentních norem *fora*, méně již o normách *lex cause*, které hájí zájem státu *lex cause*. To se týká obecných otázek vztahu smluvní autonomie k těmto normám, či kritériím jejich použití. Specifickým problémem je použití (či zohlednění) nutně použitelných norem třetího státu. Zde žádný konsensus, jak dokládá Římská úmluva, neexistuje, i když existuje rostoucí podpora pro jejich zohlednění při použití vhodného práva nebo veřejného pořádku *fora*. Výraznou roli by v této otázce měla sehrát idea rozhodovací harmonie, aspekt uznávání cizích rozhodnutí, důraz na sdílené zájmy a hodnoty a v rámci svých možností i unifikace kolizních norem. Pokud jde o hmotně právní ustanovení národních právních řádů obecně, ty se (ve spojení s rozhodovací praxí a právním klimatem daného právního prostředí) můžou jevit nedostatečné při regulaci smluv s mezinárodním prvkem.

Do popředí se tak dostává otázka legitimacy a možností transnacionálního práva mezinárodního obchodu, tedy *lex mercatoria*. Výše uvedené argumenty proti námitkám o *lex mercatoria* představují základní zdůvodnění jeho místa v mezinárodních obchodních transakcích. *Lex mercatoria* představuje *de facto* vrchol smluvní autonomie, neboť se maximálně vzdaluje od dosahu státní suverénní moci. Pozice *lex mercatoria* však nemůže být dána jenom vahou teoretických argumentů; právě zde má největší význam prosazení tohoto souboru norem jako autonomního systému v praxi.

Mezinárodní, ne národním právem daný princip autonomie je možno pozorovat u rozhodčích soudů nadnárodního charakteru. Jinak národní soudy nebo národní rozhodčí soudy určují přípustnost volby práva, dále to, zda k ní vůbec došlo, zda se použijí nutně použitelné normy v mezinárodním smyslu, které způsobí případnou neplatnost volby práva či nahrazení zvoleného práva v míře jeho rozporu s nutně použitelnými normami, určují v jaké míře se použijí nutně použitelné normy zvoleného právního řádu, především ve vztahu k ochraně veřejného pořádku, a rozhodují i o použití nutně použitelných norem třetího státu. U nadnárodní arbitráže tato již nekontroluje proces výběru práva. Národní právní řád bude relevantní, jenom pokud dojde k výběru tohoto práva stranami. Nadnárodní rozhodčí soud bude dále zohledňovat nutně použitelné normy národního právního řádu především s ohledem na výkon rozhodnutí, a nutně použitelné normy práva sídla tribunálu, pokud rozhodnutí

arbitráže podléhají kontrole místních soudů. U nadnárodního rozhodčího řízení nemá relevanci ideologická námitka státní suverenity, nicméně poněkud jinak je to u námitky nemožnosti prověření správnosti rozhodnutí s ohledem na neurčitost obsahu právních norem.

Čl.10 Mezi-americké úmluvy, resp. čl. 42 Washingtonské úmluvy znamená výrazný posun směrem k podpoře *lex mercatoria*, neboť stanoví možnost volby *lex mercatoria*, resp. „rules of law“. Tato ustanovení jenom reflektují specifický charakter vztahů v rámci mezinárodního obchodu, kde jsou žádoucí flexibilní pravidla, která ovšem musí tvořit přehledný a funkční systém. Rozhodující pro další vývoj by pro *lex mercatoria* měla mít praxe, včetně rozhodování arbitrážních institucí, ve spojení s dostatečnou publicitou norem a rozhodnutí. Samotná tvorba pravidel, zcela odlišná od národní legislativy či tradičních forem unifikace, nemůže postačovat, byť by vycházela ze zdrojů s nejvyšší autoritou. V každém případě by toto „law in action“ nemělo být a priori odmítáno, naopak je žádoucí postupně dospět k odpovědi na otázku, zda by *lex mercatoria* mohlo postupně převzít roli jiných tradičních instrumentů práva mezinárodního obchodu.

[1] Měli se zde uplatnit principy jako kvalifikovaná většina pro přijetí, vstup rozhodnutí v platnost do 3 let atd.

[2] Zákon o mezinárodních obchodních smlouvách bývalé NDR z roku 1976 byl relativně liberální a v souladu s Vídeňskou úmluvou či Jednotným zákonem UNIDROIT o mezinárodním prodeji zboží. Rovněž Zákoník mezinárodního obchodu bývalého Československa odrážel moderní tendence; byl založen na komparaci zahrnující „kapitalistické právní myšlení“ zohledňující Haagský Jednotný zákon o prodeji zboží, švýcarský Zákon o závazcích, italský a řecký zákoník; rovněž např. Zákon o zahraničních obchodních smlouvách Čínské lidové republiky byl ovlivněn západním právním myšlením

[3] „The UNIDROIT Principles are applicable to all contracts which are concluded with a view towards the direct or indirect making of profits and which are related to the cross-border movement of goods, currencies, services, technologies or other financial or economic assets, provided that no „typical element of consumer transactions can be ascertained“, PICC čl....

[4] Podle K.P. Bergera, *Creeping Codification of Lex mercatoria*, 1999, str. 159, se mohl použít termín „international economic contracts“ jako výraz překračování hranic mezi veřejným a soukromým právem; tento termín mimo jiné silně zohledňuje postavení mezinárodních korporací jako kvasisubjektů mezinárodního práva a je blízký Jesupově ideji „Transnational Law“

[5] UNIDROIT PICC, str. 15 „ Gaps should be filled „whenever possible, within the system of principles before resorting to domestic laws“

[6] Podle Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited*, 1995, str. 145 et seq, reasonableness znamená, že „...it is irrelevant whether or not a party has acted upon what it honestly believed to be reasonable; rather, it is decisive, that one has to put forth his best efforts, exercised due diligence in performing one’s contractual obligations, upheld the common contractual goals, avoided abuse of rights required under the contract and facilitated the other party’s performance.“

[7] ICC Guide on Force Majeure and Hardship, ICC Publication No. 421, str. 22

[8] „General principles of law, *lex mercatoria* or the like“, podle Preambule PICC

[9] K.P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 179

[10] Např. O. Lando, *Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations*, *The Kings College Law Journal*, 1996 - 1997, str. 55,60 a dále

[11] ICC Award No. 8128

[12] Obdobný přístup viz rozhodnutí rakouského arbitrážního tribunálu (*Arbitration Court of the Austrian Economic Chamber of Vienna*) z roku 1994, vydán v *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1995, str. 590 a dále

[13] K.P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, str. 183

[14] K.P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 184 k tomu prosazuje názor, že tam, kde *lex mercatoria* zatím neposkytuje řešení, je nutné se obrátit na použitelný národní právní řád

[15] K.P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 191 shrnuje, že myšlenka mezinárodně užitečné interpretace domácího práva rovněž plní důležitou funkci při překonání mezer mezi domácím právním pozitivizmem a *lex mercatoria*

[16] Podle údajů z prvního zasedání Pracovní skupiny pro přípravu druhého rozšířeného vydání PICC

[17] Evropská komise vyjádřila názor, že nepokládá čl. 3h a 100, 100a EU smlouvy za dostatečný základ pro vytvoření a implementaci obsažného evropského smluvního práva. Ani implementace primární komunitární legislativy nemůže sloužit jako prostředek pro obsažnou unifikaci soukromého práva

[18] Doslovně „this approach covers highlands of contract law which is lit by the sun of topicality while the depressionis of its general notions and concepts are left untouched.“ Kotz, *Festschrift Zweigert*, str. 481, 485

[19] čl. 6.111, 8.108 Landových zásad v. čl. 6.2.1., 7.1.7. PICC

[20] [20] čl. 2.101 et seq. Landových zásad v. čl. 2.1. et seq. PICC

[21] čl. 2.302 Landových zásad v. čl. 2.16 PICC

[22] čl. 1.102(2) Landových zásad

[23] K.P. Berger, *Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999, str. 211

[24] Ripert, *Les Regles du Droit Civil Applicables Aux Rapports Internationaux*, *Rec. Cours*, 1933

[25] Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956

[26] Dále je možno se zmínit o iniciativách Institutu mezinárodního obchodního práva a praxe (Institute of International Business Law and Practice) v rámci ICC v roce 1993 a Výboru pro mezinárodní obchodní arbitráž (Committee for International Commercial Arbitration) v rámci ILA. Mezi popřední autory v této oblasti patří Goldman, Fouchard, Schmitthoff, Mustill, Paulsson, Blessing, Molineaux, Magnuss, Ferrari

[27] ICC Award No. 8365, Clunet 1997, at 1078, 1079 at seq. - pacta sunt servanda, dobrá víra, povinnost vyjednávat v dobré víře, zánik (resolution) smlouvy v případě podstatného porušení, zákaz zabránění plnění vlastní povinnosti cestou úmyslného jednání, venire contra factum proprium, výklad smluv podle „ut res valeat quam pereat“ a nakonec zásada implikovaného souhlasu jednáním

[28] Jak argumentuje K.P. Berger, Creeping Codification of Lex Mercatoria, 1999, str. 217

[29] K.P. Berger, Creeping Codification of Lex Mercatoria, 1999, str. 219

[30] Jak prezentuje svůj názor K.P. Berger, Creeping Codification of Lex Mercatoria, 1999, str. 228: „The perspective has changed dramatically and the question is no longer „lex mercatoria“yes or no“? but „lex mercatoria: when and how?“

© EPRAVO.CZ - Sbíрка zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- [Nová „tlačítková“ povinnost pro e-shopy](#)
- [Digital Omnibus: Revoluce v datech, nebo jen nová zátěž pro podnikatele?](#)
- [Právní due diligence nemovitostí: na co se v praxi skutečně zaměřit](#)
- [Hmotněprávní opatrovník obchodní korporace: mezi efektivní ochranou a zásahem do korporační autonomie](#)
- [Zákon Lugového: jak Rusko přepisuje pravidla mezinárodních arbitráží](#)
- [Novelizace nařízení EU o odlesňování \(EUDR\)](#)
- [Prekluze důvodu neplatnosti VH](#)
- [Jak zahájit provoz mezinárodní letecké linky do České republiky \(EU\): právní požadavky pro aerolinky ze třetích zemí](#)
- [TOP 5 judikátů z korporátního práva za rok 2025](#)
- [Odštěpný závod zahraniční společnosti optikou NIS2: Jak správně určit velikost podniku?](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 31. - létající pořizovatel ve světle nového stavebního zákona](#)