

V POVAHA INCOTERMS A UCP JAKO SOUČÁSTÍ SOFT LAW A *LEX MERCATORIA**

V.1 Vymezení základních otázek

INCOTERMS a Jednotná pravidla pro dokumentární akreditivy (UCP) – proč? Otázka „proč“ je ústřední otázkou, která tvoří nosnou linku této monografie a spojuje její jednotlivé části. Proč jsou tyto dva soubory pravidel předmětem této kapitoly a celkově součástí publikace o soft law, resp. *lex mercatoria*? Proč (čím) jsou zajímavé pro praxi mezinárodního obchodu? Úmyslně formulujeme otázku významu pro mezinárodní obchod tak, aby v ní zaznělo „proč“. Dalšími otázkami lze navázat. Ty již mají komplexnější povahu a nelze je proto již snadno zahájit oním „proč“. Proč jsou oba zmíněné nástroje Mezinárodní obchodní komory v Paříži považovány za součást *lex mercatoria*, resp. *nového lex mercatoria*?⁶³⁵ Mají tyto soubory dostatečně normativní charakter? Jedná se o závazná pravidla chování a pokud ano, co je zdrojem jejich závaznosti při regulaci konkrétní obchodní transakce s mezinárodním prvkem? Je jejich pozice mezi soft law nástroji shodná – je zdroj jejich závaznosti shodný? V jakých aspektech se oba tyto nástroje shodují, a naopak v čem odlišují? Z výše nastíněných otázek je patrné, že smyslem této kapitoly není analýza jednotlivých parit INCOTERMS ani rozbor konkrétních ustanovení regulujících dokumentární akreditivy v souboru pravidel UCP. Nejde o obsah pravidel nebo jejich interpretaci, ale o povahu a pozici mezi ostatními typy pravidel upravujících práva a povinnosti stran mezinárodních obchodních transakcí. Nepřímo se tak dostáváme také k otázce integrační či transnacionální – mohou pojednáváná pravidla odvozovat svoji pozici pouze od smlouvy, resp. autonomie vůle stran v intencích, které těmto institutům přiznává rozhodné právo, nebo autonomie vůle, a tedy i smlouva,

* Doc. JUDr. Jiří Valdhan, Ph.D., Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of International and European Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: Jiri.Valdhans@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-2375-9138

⁶³⁵ Fáze vývoje *lex mercatoria* rozebírá např. ROZEHNALOVÁ, N. *Závazky ze smluv a jejich právní režim (se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 203–237.

představují sílu stojící mimo jakéhokoliv rozhodného práva, a představují proto základní výstavbový kámen transnacionálního souboru pravidel?

V.2 Soft law a *lex mercatoria*

Produkty Mezinárodní obchodní komory v Paříži, jako jsou např. INCOTERMS, UCP nebo smluvní vzory, jsou běžně odbornou literaturou považovány za součást soft law, resp. (*nového*)⁶³⁶ *lex mercatoria*. U těchto pojmů je možné se na chvíli zastavit s úvahou, zda se jedná o synonyma či nikoliv. Soft law je pojem, který se v českém prostředí nepřekládá. Je to jeden z projevů stále výraznějšího využívání anglických pojmů, což je projevem ekonomické a sociální globalizace (působení jak zahraničních právních kanceláří, tak obecně zahraničních subjektů na českém trhu). Zcela úmyslně zde zdůrazňujeme tuto notorietu, neboť k aspektu globalizace se budeme v této stati ještě vrátet. Pojem „soft“ má vyvolat představu nedostatečné tvrdosti, primárně ve smyslu závaznosti. Následující text bude pracovat s pojmy normativita, závaznost, vynutitelnost. Normativitou vnímáme schopnost regulovat právní vztahy. Je to aspekt obsahově-formulační, kdy pravidlo chování nesmí být příliš vágní, musí být dostatečně konkrétní, aby bylo zřetelné, na jaké právní vztahy dopadá a jaká ukládá práva a povinnosti. Závazností je představa, že dané pravidlo musí být dodržováno. Vykazuje tedy aspekt psychologický a zároveň aspekt právní, neboť závaznost je spojena s vynutitelností ve smyslu sankce v případě nesplnění uložené povinnosti, a to vynutitelností primárně veřejnou mocí.

Definice soft law v odborné literatuře jsou poměrně homogenní: (právní) pravidla a principy, která nejsou pozitivní a nejsou soudně vymahatelná, nicméně mají normativní povahu a jsou dodržována dobrovolně;⁶³⁷ nezávazná, ovšem dobrovolně dodržovaná pravidla;⁶³⁸ soubor právních nástrojů vykazujících normativní charakter, nicméně bez právní závaznosti, které jsou aplikovány

⁶³⁶ Viz např. ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 231, nebo jak bylo uvedeno v předcházejících kapitolách.

⁶³⁷ ERDEM, E. Importance of ICC Model Contracts as Part of Soft Law. *Erdem & Erdem* [online]. April 2017 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/importance-of-icc-model-contracts-as-part-of-soft-law>

⁶³⁸ MAGNUS, U. INCOTERMS. *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://max-cup2012.mppriv.de/index.php/Incoterms>

výlučně na dobrovolné bázi;⁶³⁹ soukromé právní nástroje bez aspektu imperativnosti vůči adresátům; škála pravidel, u nichž se neočekává formální přijetí státy prostřednictvím mezinárodní úmluvy nebo vnitrostátní právní úpravy, ale přesto má významný vliv na praxi a vývoj práva.⁶⁴⁰ Výše uvedené definice se drží v rovině právní – zdůrazňují jednak nedostatek závaznosti odvozené od veřejné moci (na rozdíl od hard law pravidel) a dále zdůrazňují aspekt dobrovolnosti. Absenci vynutitelnosti veřejnou mocí nezpochybňuje ani Kaufmann-Kohler. Důvody „měkkosti“ (úmyslně nenahrazujeme soft pomocí závaznosti) však vnímá širěji. Jedním důvodem je nedostatek podpory veřejné moci, který je příčinou oné již zmíněné a nezpochybňované nezávaznosti. Druhý důvod vnímá v obsahu, který může být u některých soft law nástrojů příliš vágní⁶⁴¹ (čímž se ovšem dle našeho mínění dotýká normativity, jak jsme naznačili výše). Vzhledem k širší spektra soft law nástrojů ovšem druhý důvod bude platit pouze u některých z nich.

Existuje nějaké přímé obsahové propojení mezi instituty soft law a *lex mercatoria*? *Lex mercatoria* neboli právo obchodníků, resp. mezinárodních obchodníků má z povahy věci upravovat vztahy mezi těmito obchodníky. Jedná se tedy o skupinu pravidel, která je primárně vymezena subjekty, jejichž vzájemné právní vztahy má upravovat, nikoliv charakterem pravidel jako takových. Je proto evidentní, že dané pojmy nelze považovat za synonyma. Nicméně, a to je patrné, literatura pojednávající o *lex mercatoria* s naprostou samozřejmostí s pojmem soft law pracuje. Co tedy mají tyto pojmy společného? Odpověď na tuto otázku není složitá. *Lex mercatoria*, alespoň v jeho původní podobě, nebylo jen právem upravujícím vztahy mezi mezinárodními obchodníky, ale zároveň těmito obchodníky vytvořené. Rozehnalová definuje *lex mercatoria* jako systém norem či dokonce právní odvětví upravující právní vztahy vznikající mezi mezinárodními obchodníky, přičemž společným

⁶³⁹ GABRIEL, H. D. The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? *Michigan Journal of International Law*. 2019, roč. 40, č. 3, s. 413.

⁶⁴⁰ INTER-AMERICAN JURIDICAL COMMITTEE. Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas. *OAS* [online]. 277 s. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/publications_Guide_Law_Applicable_International_Commercial_Contracts_Americas_2019.pdf

⁶⁴¹ KAUFMANN-KOHLER, G. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*. 2010, roč. 1, č. 2, s. 2.

jmenovatelem těchto norem je jejich vznik mimo legislativní činnost států či států.⁶⁴² Do *lex mercatoria* řadí mezinárodní obchodní zvyklosti (formulované a neformulované), obecně uznávané právní principy a zásady, institucionalizované produkty smluvní svobody a soubory zásad mezinárodních smluv.

Ty části *lex mercatoria*, u nichž absentuje vynutitelnost veřejnou mocí (institucionalizované produkty smluvní svobody, uměle vytvořené soubory zásad nebo soukromě zachycené a dále zpracovávané zvyklosti, jako jsou námi zkoumané soubory pravidel INCOTERMS a UCP), lze proto považovat pohledem výše uvedeného za soft law. Tento pohled lze ještě obohatit o následující. Výše představená definice *lex mercatoria* jakožto právních nástrojů vznikajících mimo legislativní činnost států je inspirována jednak středověkým *lex mercatoria*, jednak teoriemi *lex mercatoria*, které se objevily na počátku druhé poloviny 20. století a které přímo navazovaly na výrazné změny v přístupu k mezinárodnímu obchodu spojené se vznikem Všeobecné dohody o clech a obchodu 1947 a celkově brettonwoodského systému.⁶⁴³ *Lex mercatoria* je tímto pohledem vnímáno jako právo tvořené obchodníky upravující vztahy obchodníků – tento pohled propojující obsahovou stránku, formální stránku a stránku normotvornou lze považovat za pohled užší.

Existuje ovšem i pohled širší, který vnímá *lex mercatoria* prostřednictvím jeho obsahové stránky, tj. jako právo pro mezinárodní obchodníky, tj. upravující vzájemné právní vztahy mezinárodních obchodníků, nicméně netvořené nutně pouze mezinárodními obchodníky. Tzv. *nové lex mercatoria* dle jeho zastánců vykazuje více kosmopolitní a více diverzifikovaný charakter, neboť jeho obsah je vytvářen velkým množstvím subjektů, mezi které se řadí i státy, případně státy formované mezinárodní organizace.⁶⁴⁴ Corderro-Moss⁶⁴⁵ charakterizuje *nové lex mercatoria* jako soubor právních nástrojů regulujících mezinárodní obchodní transakce, které mohou, ale nemusí nutně vycházet z národních zdrojů nebo mezinárodních úmluv. *Nové lex mercatoria* zahrnuje

⁶⁴² ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., KYSELOVSKÁ, T. *Právo mezinárodního obchodu včetně problematiky mezinárodního rozhodčího řízení*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 142.

⁶⁴³ Viz podrobněji ibid., s. 142–148.

⁶⁴⁴ ERDEM, E. Importance of ICC Model Contracts as Part of Soft Law. *Erdem & Erdem* [online]. April 2017 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/importance-of-icc-model-contracts-as-part-of-soft-law>

⁶⁴⁵ CORDERO-MOSS, G. International Commercial Law. New Lex Mercatoria. *SlidePlayer* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://slideplayer.com/slide/4744068/>

jak nástroje se zavazující povahou, tak nástroje nezávazné. Mezi závazné nástroje řadí jednak obchodní zvyklosti a praktiky (v tomto se neodlišuje od *lex mercatoria*), jednak hard law, konkrétně mezinárodní úmluvy. Vedle toho považuje za součást *lex mercatoria* také soft law ve smyslu nezávazných pravidel, za které považuje modelové zákony, dále soubory pravidel typu Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT nebo Principy evropského smluvního práva a konečně také soukromé kodifikace jako jsou INCOTERMS nebo UCP. Téměř shodnou skladbu *novébo lex mercatoria* nalezneme u Erdema, který do něj řadí obchodní zvyklosti a praktiky, mezinárodní úmluvy, modelové zákony, unifikovaná pravidla. K tomu přidává standardizované klauzule a pravidla, rozhodčí nálezy a obecné právní principy.⁶⁴⁶

Pro oba pohledy ovšem platí, že součástí *lex mercatoria* jsou jak pravidla klasifikovatelná jako hard law, tak pravidla klasifikovatelná jako soft law. V rovině soft law mezi oběma přístupy rozdíly nepanují. Podstatná odchylka se objevuje v přístupu k hard law pravidlům, mezi které *novébo lex mercatoria* řadí produkty veřejné moci jako jsou mezinárodní úmluvy. Naopak užší pohled pracuje ve smyslu hard law pravidel pouze s pravidly živelně vytvořenými – mezinárodními obchodními zvyklostmi – kterým ovšem jak mezinárodní úmluvy (např. Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží), tak národní soukromoprávní kodifikace běžně přiznávají vynutitelnost veřejnou mocí, čímž je povyšují do pozice pravidel vynutitelných veřejnou mocí, tj. hard law pravidel.⁶⁴⁷

V.3 Důvody vzniku INCOTERMS a UCP jako součástí soft law a *lex mercatoria*

Náleží INCOTERMS a UCP k soft law a do *lex mercatoria*, resp. *novébo lex mercatoria*? Odpověď zní v obou případech ano. Jsou to soubory pravidel vytvořené Mezinárodní obchodní komorou, tj. institucí, která není nadána veřejnou mocí. Zároveň se jedná o pravidla cílící na podnikatelské právní vztahy, konkrétně na globální unifikaci dodací podmínky u kupní smlouvy

⁶⁴⁶ ERDEM, E. Importance of ICC Model Contracts as Part of Soft Law. *Erdem & Erdem* [online]. April 2017 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/importance-of-icc-model-contracts-as-part-of-soft-law>

⁶⁴⁷ Viz např. čl. 9 Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží nebo ustanovení § 558 občanského zákoníku.

s mezinárodním prvkem ve smyslu Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží,⁶⁴⁸ resp. unifikaci právní úpravy vztahů vznikajících v rámci dokumentárního akreditivu, byť zejména ve druhém případě unifikaci nikoliv komplexní.⁶⁴⁹ V obou případech se jedná o právní nástroje vysoce úspěšné ve smyslu využití právní praxí. Prostřednictvím INCOTERMS je upraveno dodání zboží v kupních smlouvách v hodnotě trilionů dolarů ročně.⁶⁵⁰ Za dobu své existence se celosvětově staly nedílnou součástí kupních smluv s mezinárodním prvkem, přičemž stále častěji jsou využívány i pro vnitrostátní dodávky. Prostřednictvím dokumentárního akreditivu je hrazeno cca 10-15 % objemu mezinárodního obchodu (80 % je hrazeno hladkou platbou). V České republice všechny velké bankovní instituce, které umožňují tento způsob placení, využívají UCP. Obdobně jako u INCOTERMS se nejedná pouze o Česko, ale dopad UCP je celosvětový.

Důvody vzniku INCOTERMS a UCP kopírují důvody vzniku *lex mercatoria* a zejména jeho soft law součástí. Vnitrostátní právo je primárně určeno pro regulaci vnitrostátních vztahů a není často schopné reagovat na potřeby mezinárodního obchodu, dokonce může vykazovat protichůdné tendence.⁶⁵¹ Existence kolizních norem umožňujících v případě kolize vnitrostátních úprav výběr některé z nich na tom nic nemění. Již samotný mechanismus výběru může být pro praxi matoucí a ve výsledku bránit bezproblémové realizaci mezinárodních obchodních transakcí.⁶⁵² Tento aspekt lze teoreticky překlenout prostřednictvím států vytvořené unifikované úpravy v podobě mezinárodní úmluvy, nicméně realita poukazuje na limity takového postupu. Úspěch slaví pouze iniciativy spojené s unifikací úpravy kupní smlouvy⁶⁵³

648 MAGNUS, U. INCOTERMS. *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Incoterms>

649 ULPH, J. The UCP 600: Documentary Credits in the Twenty-First Century. *Journal of Business Law* [online]. 2007 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z https://www.researchgate.net/publication/30053492_The_UCP_600_documentary_credits_in_the_twenty-first_century

650 INCOTERMS 2020. *ICC* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>

651 COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 25.

652 CORDERO-MOSS, G. International Commercial Law. *New Lex Mercatoria. SlidePlayer* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://slideplayer.com/slide/4744068/>

653 Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.

a přepravních smluv.⁶⁵⁴ Nevýhodou mezinárodních úmluv je jednak skutečnost, že reagují na stav existující v časovém období poměrně dlouho před přijetím úmluvy.⁶⁵⁵ Jednak skutečnost, že konzervují právní úpravu, neboť pro úspěšnost každé mezinárodní úmluvy je počet jejích smluvních stran, což se automaticky zrcadlí do požadavku její neměnnosti. Globalizační tendence, které se projevily po druhé světové válce a plnou sílu získaly po pádu bipolárního rozdělení světa na počátku 90. let minulého století, s sebou naopak přinesly silnou potřebu praxe reagovat na objevující se změny.

Státy přestaly a stále nejsou schopny uspokojit požadavky mezinárodní obchodní komunity. Případně nemají zájem na tvorbě právní úpravy zejména u vysoce specializovaných obchodních transakcí (viz dále). Jednak tradiční vazba státu a práva formulovaná v otázce určování rozhodného práva stojí v podstatě v cestě realizovaným praktickým globalizačním tendencím, a to jak kvůli možné nejistotě o rozhodném právu, tak samotným rozdílům v národních právních úpravách. Tyto problémy nelze překonat zcela pomocí unifikovaného práva vytvořeného na mezistátní úrovni. Taková pravidla trpí již zmíněnou rigiditou a také tím, že státní právo je ze své podstaty ve vztahu k měnící se realitě reaktivní a pomalé. Není schopno dostatečně včas reagovat na vývoj mezinárodního obchodu, kdy nové technologie a společenská poptávka po udržitelném a sociálně odpovědném mezinárodním obchodě vyvolávají tlak po nových formách jeho regulace.⁶⁵⁶ Jejich efektivnímu jednotnému používání často brání rozdíly v interpretaci. Mezistátní unifikace také představuje pouze dosažitelný kompromis kvůli prolínání politických vlivů, od nichž není možné se na této úrovni oprostit. Nejedná se tedy o nejlepší, ale možné řešení.⁶⁵⁷ Vedle výše uvedených politických a právních aspektů limitujících unifikaci právní úpravy mezinárodních obchodních transakcí

⁶⁵⁴ Úmluva o mezinárodní železniční dopravě, Úmluva o sjednocení některých pravidel pro mezinárodní leteckou dopravu, Úmluva o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční nákladní dopravě, Úmluva OSN o námořní přepravě zboží.

⁶⁵⁵ GABRIEL, H. D. The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? *Michigan Journal of International Law*. 2019, roč. 40, č. 3, s. 416.

⁶⁵⁶ COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 33.

⁶⁵⁷ GABRIEL, H. D. The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? *Michigan Journal of International Law*. 2019, roč. 40, č. 3, s. 419.

na mezistátní úrovni nelze opominout aspekt ekonomický ve smyslu nutného zvážení, zda se snaha o vytvoření určité unifikované úpravy vyplatí. Státy kladou různý důraz na potřebu právní úpravy různých právních vztahů – ty, které se vyskytují často, jsou běžně upravovány podrobněji (např. kupní smlouva, nájem), naopak ty, které jsou využívány méně často, případně jsou využívány pouze profesionálními subjekty, vykazují výrazně stručnější úpravu (např. dokumentární způsoby plateb), případně se stát rozhodne ponechat danou oblast zcela neupravenou (leasing). Menší ingerence státu do úpravy právních vztahů je také v souladu s neoliberálními teoriemi, podle nichž má stát méně zasahovat do ekonomických aktivit, což sice sníží vliv státu, zároveň však vede ke snížení nákladů na stát.⁶⁵⁸

Vnitrostátní obchodní praxe, a ještě zřetelněji praxe mezinárodní ovšem vyhledává právní jistotu a předvídatelnost řešení jednotlivých situací, které mohou nastat. Důvod je prostý – právní jistota a předvídatelnost znamenají usnadnění a racionalizaci při realizaci obchodních transakcí⁶⁵⁹ a tedy snižování transakčních nákladů.⁶⁶⁰ Nejistota při výběru národní právní úpravy, obava z neznámé právní úpravy vyžadující další náklady na seznámení se s ní, případně nekomplexnost či neexistence takové právní úpravy otevírá prostor dalším, soukromým iniciativám. Nedostatky procesu tvorby práva seshora dávají prostor procesu tvorby práva odspodu.⁶⁶¹ Potřebná pravidla, která státy z jakéhokoliv důvodu nevytvořily, jsou zpracována a nabídnuta k využití politicko-ekonomickými hráči. Oproti státní tvorbě má tento postup řadu výhod. Zapojení samotných hráčů na poli mezinárodního obchodu do procesu normotvorby má pozitivní dopad na efektivitu takto vytvořených pravidel. Zainteresovanost na legislativním procesu se odráží v silnější tendenci dodržovat takové pravidlo. Absence politických vlivů umožňuje snadnější

⁶⁵⁸ COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 32.

⁶⁵⁹ MAGNUS, U. INCOTERMS [online]. *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Incoterms>

⁶⁶⁰ COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 34.

⁶⁶¹ DUBOVEC, M. ICC's Art of Making UCP vs. International Art of Making International Rules Open-Door vs. Closed-Door Policy [online]. *LC VIEWS Newsletter*. September 2006, č. 59 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: https://www.lcviews.com/index.php?page_id=23

dosažení shody a také potenciálně vede k přijetí nejlepšího možného řešení.⁶⁶² To je dáno také tím, že může docházet pouze k selektivnímu výběru oblastí, které jsou regulací podrobeny.⁶⁶³ INCOTERMS jsou typickým příkladem této selektivní harmonizace. Vůči změnám mezinárodně-obchodní reality jsou soft law pravidla sice stále reaktivní, nicméně reakce je v porovnání se státním právem výrazně pružnější a rychlejší. Zatímco státní právo je typicky fenoménem teritoriálním, soft law opouští teritoriální charakter a je členěno či kategorizováno dle jednotlivých obchodních odvětví a konkrétních obchodních transakcí, což umožňuje větší cílenost pravidel.⁶⁶⁴

INCOTERMS konkuruje státnímu právu v oblasti, kterou i státní právo reguluje v zásadě komplexně (kupní smlouva, dodací podmínka). Důvod tak masivního úspěchu INCOTERMS v praxi spočívá v tom, že díky již zmíněné selektivnosti jsou jednotlivé parity INCOTERMS výrazně podrobnější, a navíc nabízejí výrazně větší variabilitu. Zatímco právní řády typicky využívají pro nepeněžitě plnění odnosný princip, který doplňují úpravou pro předání zboží během jeho přepravy, a zbytek ponechávají na autonomii vůle stran, INCOTERMS nabízejí celou škálu předání od místa podnikání prodávajícího až k místu podnikání kupujícího. A neomezují se pouze na tuto variabilitu teritoriální, ale pracují i s cílením na konkrétní způsob přepravy (zejména přepravu lodní vs. ostatní). Pozice UCP je v některých aspektech shodná, v některých se odlišuje. Shodná je ve výrazně vyšší míře podrobnosti pravidel. Odlišná pozice UCP oproti INCOTERMS spočívá v tom, že UCP regulují vysoce specializovanou transakci (dokumentární způsob platby), u které státy z řady důvodů (viz dále) rezignovaly na zpracování komplexní úpravy. UCP tak využívá legislativně prázdný prostor, který státy opustily – v tomto ohledu se státním právem nevstupuje do soutěže. Normativní charakter obou souborů pravidel je nezpochybnitelný – jedná se o precizně formulovaná, konkrétní pravidla chování, jejichž způsobilost regulovat právní vztahy navíc v průběhu desetiletí prověřila i praxe.

⁶⁶² COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 34.

⁶⁶³ GABRIEL, H. D. The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? *Michigan Journal of International Law*. 2019, roč. 40, č. 3, s. 419.

⁶⁶⁴ COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 35.

V.4 Negativa INCOTERMS a UCP

Výše uvedený popis benefitů soft law může vyvolat představu, že se jedná o perfektní soubor pravidel, který je schopen nahradit hard law. Není tomu tak. Nejedná se o ucelený právní systém, ale o jednotlivé fragmenty, což ostatně logicky navazuje na výše uvedené o kategorizaci dle jednotlivých obchodních odvětví a obchodních transakcí. V některých situacích může být problematické identifikovat aplikovatelná pravidla.⁶⁶⁵ Nejzřetelnějším negativem je ovšem skutečnost, kterou jsme výše označili zároveň za benefit, a to, že pravidla nejsou vydávána veřejnou mocí. To se v případě absence dalších požadavků odráží v jejich nezávaznosti, neboť tvůrci soft law pravidel nemají kompetence k vydávání závazných pravidel.⁶⁶⁶ Pravidlo má ovšem smysl pouze tehdy, kdy je legitimizováno jako pravidlo chování, má normativní povahu (potvrzeno výše) a je závazné (je respektováno), resp. je způsobilé vynucení v případě nerespektování.⁶⁶⁷ INCOTERMS a UCP jsou produktem soukromé aktivity realizované mimo působení veřejné moci a jako takové nejsou závazné a vynutitelné bez dalšího. Co je zdrojem jejich silné pozice při úpravě dodací podmínky, resp. úpravě vztahů vznikajících v rámci dokumentárního akreditivu? Proč jsou využívány a dodržovány?

V.5 Důvody závaznosti INCOTERMS a UCP

Existuje několik důvodů, díky nimž soft law pravidla získají závazný charakter a stanou se vykonatelnými, tj. získají pozici shodnout s hard law. Důvody jsou vzájemně alternativní:

- Normativitu a závaznost může soft law nabýt v okamžiku, kdy se stane obchodní zvyklostí.⁶⁶⁸ Aby pravidlo chování získalo povahu obchodní

⁶⁶⁵ CORDERO-MOSS, G. International Commercial Law. New Lex Mercatoria. *SlidePlayer* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://slideplayer.com/slide/4744068/>

⁶⁶⁶ MAGNUS, U. INCOTERMS. *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Incoterms>

⁶⁶⁷ COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 33.

⁶⁶⁸ Viz CORDERO-MOSS, G. International Commercial Law. New Lex Mercatoria. *SlidePlayer* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://slideplayer.com/slide/4744068/>; COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 35; ale také MAGNUS, U. INCOTERMS. *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Incoterms>

zyklosti, je nutné kumulativní naplnění dvou podmínek. Ty jsou mimo jiné formulovány v článku 9 odst. 2 Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, tj. musí se jednat o širokou známost spojenou s dlouhodobým užíváním a jednak o dodržování daného pravidla (tj. o představu vázanosti daným pravidlem). Platí však, že požadavky známosti a homogenosti v určitém odvětví na straně jedné a používání daného pravidla v důsledku představy, že se jedná o závazné pravidlo na straně druhé, vnímá jako charakteristické znaky obchodní zyklosti většina právních řádů.⁶⁶⁹ V případě splnění těchto dvou podmínek má být dané pravidlo aplikováno v mezích své věcné působnosti, aniž by strany nutně vyjádřily vůli k jeho aplikaci – pravidlo získává normativní povahu a vynutitelnost. Vzhledem k tomu, že s mezinárodními obchodními zvyklostmi počítají jak mezinárodní úmluvy, tak národní právní řády (viz např. § 558 občanského zákoníku) při uchopení škály pravidel regulujících (mezinárodní) obchodní transakce, jsou tím obchodní zvyklosti inkorporovány mezi hard law pravidla. Na vývoji českého práva lze prezentovat vývoj přístupu k mezinárodním obchodním zvyklostem obecně. Zatímco polistopadová úprava v § 1 odst. 2 zákona č. 513/1991, obchodním zákoníku, přisuzovala obchodním zvyklostem hierarchickou pozici až za dispozitivními normami (přednost před nimi mohly obchodní zvyklosti získat až na základně smluvního souhlasu stran), stávající rekodifikovaná úprava staví obchodní zvyklosti v § 558 občanského zákoníku před dispozitivní normy (s tím, že strany mohou dopad obchodních zvyklostí vyloučit). Proto i v situaci, kdy nějaké pravidlo získá povahu obchodní zyklosti, jeho aplikace bude realizována v intencích kogentních norem rozhodného práva. Jsme si ovšem vědomi možných odchylek v rozhodčím řízení.⁶⁷⁰ Otázka, která se nabízí, zní, zda INCOTERMS a UCP lze považovat za mezinárodní obchodní zvyklost?

⁶⁶⁹ Viz také ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., KYSELOVSKÁ, T. *Právo mezinárodního obchodu včetně problematiky mezinárodního rozhodčího řízení*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 160; nebo COETZE, J. *Private Regulation in the Context of International Sales Contracts*. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 42.

⁶⁷⁰ Viz např. ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 233.

Rychlou a jednoznačnou odpověď v případě INCOTERMS podává Magnus. Je to odpověď negativní – podle něj nejsou INCOTERMS součástí zvykového práva. Pro jejich aplikaci je proto nezbytný konsensus stran kupní smlouvy. Stejně tak požadavek smluvního včlenění zdůrazňuje Kim, přičemž si otázku použití INCOTERMS jako obchodní zvyklosti ani neklade.⁶⁷¹ Podle Magnuse nemohou INCOTERMS vykazovat dlouhodobost používání ve smyslu stálosti, totožnosti téhož pravidla, neboť jsou pravidelně upravovány. Navíc nelze zvolit pouze obecně INCOTERMS, ale musí být zároveň stranami zvolena konkrétní parita. Bez konkretizace parity nedává volba INCOTERMS smysl a zároveň nevykazuje dostatečnou určitost jako jednu z podmínek platnosti právního jednání. Benevolentnější je Rozehnalová, která odkazuje na možné vnímání INCOTERMS jako obchodních zvyklostí, nicméně i ona zdůrazňuje jako základní a bezpečnější prostředek pro jejich využití výslovný souhlas stran na konkrétní paritě.⁶⁷² Poměrně komplexní rozbor podává Coetze. V jeho úvahách lze nalézt styčné plochy s Magnusem – zdůrazňuje, že podle průzkumů lze v řadě odvětví pouze velice obtížně identifikovat konzistentní zvyklost. Spíše se často jedná než o reflexi živelně vzniknuvších, dlouhodobě používaných pravidel o umělé vytvoření a doformulování pravidla nějakou institucí. Na umělém – nezvyklostním – charakteru takového pravidla nic nemění ani skutečnost, že může být živelným pravidlem inspirováno nebo z něj vycházet (zde je patrná paralela s INCOTERMS). Pokud taková organizace pravidelně pravidla upravuje, znemožňuje tím zároveň, aby se z těchto pravidel stala obchodní zvyklost (bude absentovat dlouhodobé používání a konzistentnost). V souvislosti s INCOTERMS odmítá jejich zvyklostní povahu jako celku, nicméně připouští zvyklostní povahu u tří specifických parit, a to FOB, CIF a CFR. Důvodem je jejich přímé provázání s historickými námořními obchodními zvyklostmi. Poukazuje přitom na rozhodčí rozhodovací praxi z USA aplikující INCOTERMS prostřednictvím článku 9 odst. 2 Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní

⁶⁷¹ KIM, S. M. Some Critical & Controversial Issues on Incoterms 2020 for International Trade. *Global Trade and Customs Journal*. 2022, roč. 17, č. 1, s. 48.

⁶⁷² ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., KYSELOVSKÁ, T. *Právo mezinárodního obchodu včetně problematiky mezinárodního rozhodčího řízení*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 162.

koupi zboží (aniž by rozhodčí nálezy obsahovaly vysvětlení tohoto postupu) a na rozhodnutí ze Spojeného království a Německa, která INCOTERMS označují za soukromá pravidla s obecnou aplikovatelností. Nicméně i u těchto tří parit nakonec dospívá k negativnímu závěru ohledně jejich charakteru jako obchodních zvyklostí. Zdůvodňuje to, shodně s ostatními autory, umělým dopracováním Mezinárodní obchodní komorou, a hlavně periodickými změnami obsahu. Tvrdost svých závěrů zjemňuje uznáním jednotlivých parit ze souboru INCOTERMS za interpretační pravidla tam, kde strany do smlouvy včlenění označení parity (tři písmena), aniž by toto doplnily výslovným odkazem na soubor INCOTERMS.⁶⁷³

Obdobně variabilní závěry existují v souvislosti s UCP. Jako nezávazné soft law je vidí Cordero-Moss.⁶⁷⁴ Naopak za všeobecně uznávané obchodní zvyklosti je označuje Erdem⁶⁷⁵ nebo Coetze.⁶⁷⁶ V českém prostředí pozici UCP jako (mezinárodních) obchodních zvyklostí akceptuje důvodová zpráva k občanskému zákoníku.⁶⁷⁷ Shodně činí také odborná literatura, a to včetně zdůraznění, že dochází k postupnému snižování významu mezinárodních obchodních zvyklostí písemně nezachycených, spontánně vzniklých a naopak postupně roste význam formulovaných a následně upravovaných obchodních zvyklostí, mezi něž patří mimo jiné právě UCP (verze 600).⁶⁷⁸ Při regulaci dokumentárního akreditivu hrají právě tyto formulované mezinárodní obchodní zvyklosti dominantní roli.⁶⁷⁹ Zřetelné potvrzení pozice UCP jako mezinárodních obchodních zvyklostí představuje rozhodnutí Nejvyššího

⁶⁷³ COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 37–42.

⁶⁷⁴ CORDERO-MOSS, G. International Commercial Law. New Lex Mercatoria. *SlidePlayer* [online]. [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://slideplayer.com/slide/4744068/>

⁶⁷⁵ ERDEM, E. Importance of ICC Model Contracts as Part of Soft Law. *Erdem & Erdem* [online]. April 2017 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/importance-of-icc-model-contracts-as-part-of-soft-law>

⁶⁷⁶ COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 38.

⁶⁷⁷ Důvodová zpráva k občanskému zákoníku. *Nový občanský zákoník* [online]. S. 532 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

⁶⁷⁸ ROZEHNALOVÁ, N. *Závazky ze smluv a jejich právní režim (se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 238.

⁶⁷⁹ ANDRLE, P. *Dokumentární akreditiv v praxi*. Praha: Grada, 2020, s. 7 a 9.

soudu 23 Cdo 700/2009.⁶⁸⁰ Dle textu rozhodnutí již prvoinstanční soud označil UCP (spor se týkal akreditivu otevřeného v roce 1998) za mezibankovní obchodní zvyklosti, jimiž se vztah účastníků také řídí dle § 264 odst. 2 obchodního zákoníku⁶⁸¹ vedle českého práva určeného dle norem mezinárodního práva soukromého. Následně prvoinstanční soud argumentoval vedle sebe jak českým právem, tak ustanoveními UCP (verze 500). Položil si otázku, zda dle české národní úpravy “a“ UCP byla akreditivní listina platným dokumentem. Při komentování charakteru akreditivu (ve smyslu jeho oddělenosti od závazku mezi příkazcem a oprávněným) je argumentováno pouze ustanoveními UCP. Mezinárodní používání UCP potvrzuje také argumentem, že se jedná o “mezinárodní pravidla, kterými se nepochybně řídí také v Rakousku“ (příkazce byl rakouská právnická osoba). Nejvyšší soud při zamítnutí dovolání mimo jiné konstatoval, že postup dle českého práva a dle zvyklostí vyjádřených v UCP byl správný. Považujeme za vhodné zdůraznit, že v posuzovaném případě smlouva o otevření akreditivu obsahovala výslovný odkaz na UCP – tyto by proto byly aplikovány i bez toho, aby je soud považoval za obecně uznávanou obchodní zvyklost (byly by aplikovány na základě smluvního konsensu stran). Široké využití UCP praxí nelze nijak zpochybňovat. Máme však za vysoce diskutabilní vnímat UCP jako obchodní zvyklost. Jednak vykazují stejné vlastnosti jako INCOTERMS co se týče absence neměnnosti, byť ke změnám nedochází v tak pravidelných intervalech. Zároveň cílí na výrazně odlišnou skupinu adresátů, což se odráží v praktickém přístupu k nim. INCOTERMS upravují dodací podmínku u kupní smlouvy, což je celosvětově nejčastěji využívaný smluvní typ, a to včetně subjektů méně pozorných (myšleno „běžných“ profesionálů). UCP upravuje specifický mechanismus placení využívaný u vysokých částek, při obchodování vůči subjektům ze států s méně stabilním politickým prostředím či mezi subjekty bez vzájemné obchodní historie, kdy jedním ze zúčastněných subjektů je banka, tedy subjekt vysoce profesionální, který klade obzvlášť velkou pozornost na právní jistotu týkající se aplikovatelných pravidel. Aplikace UCP

⁶⁸⁰ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 10. 2010, sp. zn. 23 Cdo 700/2009.

⁶⁸¹ „Obchodní zvyklosti, ke kterým se má přiblížit podle smlouvy, se použijí před těmi ustanoveními tohoto zákona, jež nemají donucující povahu.“

proto není ponechána na následném posouzení UCP jako obchodních zvyklostí, ale je výslovně vymíňována včleněním do smlouvy. Fakt, že UCP jsou bankami tak často využívána, je dán mimo jiné také rezignací států na podrobnou právní úpravu dokumentárních plateb národními právními úpravami.

- Soft law pravidla mohou být inkorporována národním právem.⁶⁸² V českém prostředí je tento aspekt částečně patrný ve spojení s UCP. Z minulosti lze uvést inspiraci při úpravě dokumentárního akreditivu a dokumentárního inkasa v zákoně č. 101/1963 Sb., zákoníku mezinárodního obchodu. Využití se opíralo o § 660 zákoníku mezinárodního obchodu („*Pokud neexistuje úprava odchylná od Jednotných pravidel a zásad pro dokumentární akreditivy, použijí se zvyklosti existující v mezinárodním bankovním styku*“) a prohlášení Národní banky Československé, která v roce 1958 oznámila Mezinárodní obchodní komoře, že pravidla považuje pro sebe za závazná. Inspirace byla zřetelná také v úpravě obsažené v obchodním zákoníku (§ 682–691). Porevoluční úprava jednak převzala úpravu ze zákoníku mezinárodního obchodu, jednak se důvodovou zprávou hlásila k UCP. Stejně tak je ovlivněna existujícím soft law stávající rekodifikovaná úprava. Důvodová zpráva k občanskému zákoníku uvádí výslovně jako inspirační zdroje vedle akademických projektů, které vznikaly na úrovni Evropské unie,⁶⁸³ také projekty Mezinárodní obchodní komory v Paříži. Jako předloha byly při přípravě ustanovení o akreditivu v občanském zákoníku použity UCP (verze 600) a předchozí úpravy v obchodním zákoníku a zákoníku mezinárodního obchodu.⁶⁸⁴ Stávající česká úprava UCP nicméně přímo neinkorporuje ani jako celek, ani vybrané části, byť ctí jejich základní principy. Za inkorporaci UCP lze ovšem označit přístup již neplatné úpravy v zákoníku mezinárodního obchodu, jak je naznačeno výše.

⁶⁸² COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 35.

⁶⁸³ Důvodová zpráva k občanskému zákoníku. *Nový občanský zákoník* [online]. S. 18 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

⁶⁸⁴ Důvodová zpráva k občanskému zákoníku. *Nový občanský zákoník* [online]. S. 532 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

- Závaznost a vynutitelnost může soft law získat inkorporací do smlouvy postavené na autonomii vůle stran. Jak již vyplynulo z předcházejícího textu, je smluvní včlenění INCOTERMS považováno za základní a bezpečný způsob pro jejich následné použití. Z bankovní praxe je evidentní, že pokud banka hodlá využít UCP, je toto výslovně uvedeno ve smlouvě. Princip autonomie vůle stran – smluvní svobody – patří mezi základní principy většiny právních řádů. Na autonomii vůle stran ve vztahu k soft law pravidlům lze ovšem nahlížet dvěma způsoby. První z nich je restriktivnější podobou tohoto nahlížení. Vychází z principu dispozitivnosti právní úpravy, který je vlastní obchodněprávním vztahům. Autonomie vůle je v tomto smyslu odvozena od státního práva, které zároveň může autonomii vůle stanovit limity. Strany se mohou v intencích rozhodného státního práva odchýlit od jakéhokoliv dispozitivního ustanovení a mohou tedy odkázat na využití soft law pravidel, jako jsou INCOTERMS nebo UCP. Vzhledem k spíše malému množství kogentních ustanovení při úpravě obchodněprávních vztahů to stranám dává poměrně široký prostor a použití INCOTERMS nebo UCP je v podstatě neomezené. Realizace autonomie vůle, tj. odkazu na soft law pravidla, v tomto smyslu bude bezpečná a akceptovatelná ve většině právních řádů. Ve vztahu k INCOTERMS a UCP by se typicky jednalo o inkorporaci těchto konkrétních souborů, nikoli o inkorporaci soft law pravidel obecně. Zajímavější pohled je pohled extenzivní, který autonomii vůle a její projev – smlouvu – vnímá jako zdroj autonomního, soukromě vytvořeného práva. Takto uchopená autonomní smlouva společně s pravidly, na které odkazuje (které inkorporuje), tvoří autonomní systém soukromého práva založený na vůli stran.⁶⁸⁵ Tento pohled je ovšem spojován spíše s rozhodčím řízením, kdy některé státy umožňují rozhodcům přistupovat k soft law pravidlům rovnocenně s hard law pravidly.⁶⁸⁶ Tento širší pohled má ovšem ještě jeden zajímavý aspekt, a to, zda musí soft law pravidla splňovat nějaké podmínky, aby je bylo možné považovat za právo. Vedle již zmíněné normativity je v této

⁶⁸⁵ COETZE, J. Private Regulation in the Context of International Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 36–37.

⁶⁸⁶ Blíže např. ROZEHNALOVÁ, N. *Závazky ze smluv a jejich právní režim (se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 240–241.

souvislosti upozorňováno na legitimitu, a to v souvislosti s procesem tvorby soft law pravidel. Proces by měl být dostatečně demokratický. Aspekt demokratičnosti je ovšem např. u INCOTERMS a UCP zpochybňován. Proces jejich přípravy je označován za přístup uzavřených dveří, neboť přípravy se účastní pouze odborníci uvnitř Mezinárodní obchodní komory, případně pouze odborníci v rámci konkrétní komise, návrhy nejsou uveřejňovány a nejsou proto podrobeny veřejné oponentuře.⁶⁸⁷ Je ovšem otázkou, zda soft law pravidla musí nutně projít obdobným schvalovacím procesem, jako národní právo – domníváme se, že nikoliv. Za relevantní považujeme odbornost při zpracování, otevřenost ke změně v případě potřeby a zejména to, zda samotní adresáti pravidla jej považují za obecně akceptovatelné a souhlasí s obsahem.⁶⁸⁸ Prvek obecného souhlasu v sobě vedle právních aspektů (požadavek na předvídatelnost a právní jistotu) nese patrně více aspektů psychologických než právních – respekt k subjektu tvůrce, pohodlnost (výhodnost) pro adresáta, společenská konformita, pocit přínaležitosti k určité skupině.⁶⁸⁹ Důvody masivního používání INCOTERMS a UCP lze patrně spatřovat v téměř všech právě zmíněných aspektech.

V.6 Dílčí závěr

Soubory pravidel INCOTERMS a UCP vytvořené Mezinárodní obchodní komorou v Paříži jsou významnými součástmi soft law a *lex mercatoria*. Oba soubory jsou masivně využívány praxí. Důvody jejich vytvoření se liší. INCOTERMS regulují oblast, která je zároveň regulována národními právními řády i unifikovanou přímou úpravou v Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží. Adresátům ovšem nabízí výrazně propracovanější alternativu nejen ve smyslu podrobnější úpravy určitého způsobu dodání zboží, ale zejména propracovanější ve smyslu škály variant. To platí

⁶⁸⁷ Blíže viz DUBOVEC, M. ICC's Art of Making UCP vs. International Art of Making International Rules Open-Door vs. Closed-Door Policy. *LC VIEWS Newsletter* [online]. September 2006, č. 59 [cit. 5. 9. 2022]. Dostupné z: https://www.lcviews.com/index.php?page_id=23

⁶⁸⁸ COETZE, J. Private Regulation in the Context of Internartional Sales Contracts. *Law, Democracy & Development*. 2020, roč. 24, s. 40.

⁶⁸⁹ KAUFMANN-KOHLER, G. Soft Law in Internartional Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*. 2010, roč. 1, č. 2, s. 2.

at' perspektivou rozložení povinností mezi prodávajícího a kupujícího, tak perspektivou využitého dopravního prostředku. Na rozdíl od INCOTERMS je existence UCP důsledkem toho, že Mezinárodní obchodní komora využila prostor, na jehož úpravu národní právo rezignovalo. Národní úpravy dokumentárního akreditivu jsou typickým příkladem dispozitivní regulace vysoce specifické obchodní transakce, u níž státy nemají ambice na vytvoření masivní komplexní právní regulace, na rozdíl od úpravy např. kupní smlouvy. Státy si jsou vědomy silné až dominantní pozice finančních institucí a zároveň si jsou vědomy také existence soft law pravidel (UCP). Aktivity směřující k vytvoření komplexní právní regulace dokumentárního akreditivu by tak byly spíše plýtváním při legislativní činnosti než ospravedlněným a smysluplným legislativním procesem. Proto se národní úpravy uchylují spíše k nastavení základních principů dokumentárních způsobů plateb. Takový postup zároveň zajišťuje dostatečný prostor pro uplatnění principu autonomie vůle stran a využití v praxi dobře známých UCP. Úspěch v soutěži se státním právem (u INCOTERMS) a téměř výsostní využívání UCP je samo o sobě dostatečným dokladem normativního charakteru těchto souborů pravidel. Pokud by nebyla tato pravidla schopna regulovat právní vztahy, nebyla by po dlouhá desetiletí tak masivně využívána praxí.

Jak je to s jejich závazností a vynutitelností? Základní, nezpochybnovaný a také standardně využívaný způsob využití obou souborů pravidel je shodný – výslovná smluvní inkorporace smluvními stranami. Závaznost a vynutitelnost je tedy navázána na autonomii vůle stran, a to ve výše naznačeném užším pojetí. Přesto, že se objevují i další úvahy snažící se najít i další základy pro aplikaci těchto pravidel, jako je jejich uchopení v podobě mezinárodních obchodních zvyklostí, případně odůvodnění jejich aplikace rozhodovací praxí, máme za to, že to jsou snahy spíše akademické, související zejména s liberálními, resp. vstřícnými postoji vůči *lex mercatoria*. Obchodníci hledají pro realizaci svých aktivit předvídatelnost a právní jistotu. Z hmotně-právního pohledu je pro ně zásadní znalost pravidel, podle nichž mají postupovat během realizace obchodní transakce. Nemají proto zájem na nejistotě spojené s tím, zda nějaké pravidlo bude během řešení sporu vnímáno jako pravidlo aplikovatelné, např. z titulu obchodní zvyklosti. Výslovná inkorporace řešených souborů pravidel do smlouvy je proto praxí upřednostňovaným

řešením. Skutečnost, zda je použitému pravidlu následně přisouzena i pozice obchodní zvyklosti, je již z pohledu adresáta spíše irelevantní. To stejné platí také o uchopení autonomie vůle stran jako základu pro transnacionální pojetí soft law pravidel. Nechceme na tomto místě zpochybňovat transnacionální teorie *lex mercatoria* a tedy i INCOTERMS a UCP, k tomu tato kapitola neslouží a sloužit ani neměla. Zejména v případě INCOTERMS platí, že jsou využívány i u hodnotově běžných (rozuměj nikoliv velkých) transakcí. Strany takových smluv nemají zájem (a reálně nic netuší) o transnacionálních teoriích *lex mercatoria*. Jejich zájem spočívá ve využití jasného, předvídatelného pravidla, dávajícího jim právní jistotu o místě dodání a s tím spojených právech a povinnostech na obou stranách transakce koupě-prodej. Nemají prostor na úvahy o tom, zda je kvůli transnacionálnímu přístupu vhodnější využít rozhodčí řízení (a v jakém státě) místo řízení soudního. Tento prostor by patrně mohl být u UCP, které se využívají v případě spíše hodnotově vyšších transakcí. Nicméně zapojení bank jakožto vysoce konzervativních institucí těmto úvahám také nepřeje, neboť cílení na co nejvyšší míru právní jistoty je u těchto subjektů pravidlem.