

(Ne)omezená volba práva ve smlouvách mezinárodního obchodního styku podle Římské úmluvy a nového nařízení Řím I

JUDr. Petr Bříza, Praha*

I. Úvod

Ujednání o volbě práva je častou a nepochybně důležitou součástí smluv v mezinárodním obchodě. Volbou práva vnáší strany do svého smluvního vztahu vyšší stupeň právní jistoty, neboť jim umožňuje lépe předvídat, jakým hmotným právem se budou řídit jejich práva a povinnosti, stejně jako ostatní aspekty dané smlouvy. Toto jim logicky přináší i lepší předvídatelnost výsledku případných sporů.¹ Snižují se tím kontraktační náklady a zvyšuje se počet ziskových transakcí.² Jistota ohledně rozhodného práva umožňuje stranám toto zohlednit v ujednání o ceně, pojištění, atp.³ Strany si obvykle vybírají právo, které nejlépe slouží jejich potřebám a odpovídá tržní praxi v daném oboru,⁴ ale často může být v zájmu stran volba neutrálního práva, tj. právního řádu nespojeného ani s jednou ze stran. Je nepochybné, že dnes, přinejmenším v oblasti mezinárodního obchodu, je autonomie stran ohledně volby práva obecně vnímána jako věc jednoznačně pozitivní, již by měly právní řády podporovat.⁵

Tento článek se zabývá otázkou, jak velkou míru autonomie stran ohledně volby rozhodného práva v mezinárodních obchodních smlouvách připouštějí kolizní normy evropského práva. V popředí pozornosti bude nejen dosud platná Římská úmluva („Úmluva“),⁶ ale i nedávno přijaté nařízení Řím I („Nařízení“),⁷ které by mělo Úmluvu ve většině států EU⁸ v r. 2009 nahradit. V případě Římské úmluvy, která je soudy některých zemí EU aplikována již více než 17 let, se má pozornost nesoustředit pouze na teoretickou analýzu textu příslušných ustanovení, nýbrž i na realitu soudní praxe, která může být nejen často jiná než teoretická pojednání v moudrých knihách, ale hlavně je pro každého praktikujícího právníka, jakož i ostatní adresáty právních norem, faktorem rozhodujícím. Jak vyplývá z výše uvedeného, článek se nezabývá smlouvami se slabšími stranami, jako jsou spotřebitelé či zaměstnanci ani smlouvami o přepravě či pojistnými, které požívají v rámci Úmluvy a Nařízení (společně dále též „Římské instrumenty“) zvláštní režim.⁹

II. Široký a liberální koncept volby práva v Římských instrumentech

Jak Úmluva, tak Nařízení jsou předpisy jednoznačně příznivě nakloněné principu svobodné volby rozhodného práva, která je jedním ze základních pilířů těchto předpisů.¹⁰ Volba práva „musí být vyjádřena výslovně nebo vyplývat s dostatečnou jistotou z ustanovení smlouvy nebo okolností případu“,¹¹ což umožňuje explicitní i implicitní volbu práva a navíc „[s]vou volbou mohou strany zvolit právo rozhodné pro celou smlouvu, nebo pouze pro její část“.¹² Strany si mohou vybrat roz-

hodné právo i po uzavření smlouvy a tuto volbu kdykoliv změnit,¹³ v některých státech dokonce i v průběhu soudního řízení.¹⁴

* Autor je externím doktorandem PF UK. Článek vychází z práce „The Parties' Control over the Applicable Law in Commercial Contracts in the EU Compared to the U.S.“ která byla výstupem z řízeného výzkumu u profesora L. E. Ribsteina v rámci LL.M. programu na NYU School of Law. Za pomoc a připomínky patří můj dík Janu Bischofovi, Julii Jörgensen a Martě Pelechové.

- 1) Což v praxi znamená méně soudních sporů a častější mimosoudní vyrovnání. Srov. *Priest, G. L., Klein, B.* The Selection of Disputes for Litigation. 13 J. Legal Stud. 1, s. 24 (1984).
- 2) Srov. *O'Hara, E. A., Ribstein, L. E.* Law Market (rukopis knihy z 5. 7. 2007 určený studentům semináře „Jurisdictional Competition“ na NYU School of Law v podzimním semestru 2007, kniha vyjde na konci r. 2008 v Oxford University Press; autor má rukopis k dispozici), s. 5.
- 3) Srov. *Ribstein, L. E.* From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law. 37 Ga. L. Rev. 363, s. 403 (2003).
- 4) Srov. *Verbagen, H. L. E.* The Tension between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on *Ingmar Gb Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.* 51 Int'l & Comp. L. Q. 140, s. 143 (2002) (autor uvádí typické příklady práva státu New York nebo anglického práva pro oblast finančních transakcí).
- 5) Pro podrobnosti k historii smluvní autonomie při určení rozhodného práva srov. *Nygb, P.* Autonomy in International Contracts. Oxford University Press, 1999, s. 3–14; *Rühl, G.* Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. CLPE Research Paper č. 4/2007, dostupný na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921842, s. 4–8; *Lowenfeld, A.* Conflict of Laws: Federal, State and International Perspectives. 2. vydání. 2002, s. 256–258; Srov. též *Scoles, E. F. a kol.* Conflict of Laws. 4. vydání. 2004, s. 947–956.
- 6) Úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy, podepsaná v Římě 19. 7. 1980 (O.J. 1980, L 266, s. 1), konsolidovaná verze s dodatkovými protokoly byla publikována v Úř. věst. 2005, C 334, s. 1. Úmluva vstoupila v účinnost 1. 4. 1991. ČR podepsala Úmluvu o přistoupení k Římské úmluvě dne 14. dubna 2005, ratifikovala ji 6. dubna 2006 a účinnou se stala 1. července 2006. Srov. *Králková, M.* Úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy. Bulletin advokacie, 2006, č. 9, s. 64–65.
- 7) Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. 6. 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) (Úř. věst. 2008, L 177, s. 6). Nařízení se použije na smlouvy uzavřené po 17. 12. 2009 (srov. čl. 28).
- 8) Nařízení se nevztahuje na Dánsko, které váže zvláštní protokol k Amsterdamské smlouvě, jenž jej vylučuje z účasti na předpisech hlavy IV Smlouvy ES. Do doby než bude uzavřena mez. smlouva mezi Dánskem a EU, bude Dánsko aplikovat Úmluvu. Británie, která má také zvláštní protokol připojený k Amsterdamské smlouvě, se nyní po prvotním odmítnutí rozhoduje, zda k Nařízení nakonec přistoupí či nikoliv – srov. níže text kolem pozn. pod čarou.
- 9) Pro podrobný popis ustanovení Úmluvy chránících slabší strany srov. *Morse, C. G. J.* Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention. 41 Int'l & Comp. L. Q. 1 (1992). Nařízení v zásadě přebírá ustanovení Úmluvy, pokud jde o ochranu zaměstnanců – srov. čl. 8 Nařízení. Určité změny se objevují u ochrany spotřebitele – např. právo jeho obvyklého bydliště je nyní rozhodným právem při absenci volby (a samozřejmě i v případě volby se kogentní normy tohoto práva vždy použijí). Blíže srov. čl. 6 Nařízení.
- 10) Srov. *Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization.* COM (2002) 654 final (14. 1. 2003) (oficiální české znění neexistuje), s. 11. Srov. též odst. 11 preambule Nařízení.
- 11) Srov. čl. 3 odst. 1 Úmluvy. Čl. 3 odst. 1 Nařízení obsahuje v zásadě stejný jazyk, pouze volba musí „jasně“ vyplývat z ustanovení smlouvy nebo okolností případu.
- 12) Srov. čl. 3 odst. 1 obou Římských instrumentů.
- 13) Žádná taková změna provedená po uzavření smlouvy se ale nedotkne její formální platnosti nebo (nepříznivě) práv třetích osob. Srov. čl. 3 odst. 2 obou Římských instrumentů.
- 14) Srov. *Green Paper*, op. cit. sub , s. 11.

Důležitým prvkem této široké smluvní autonomie je skutečnost, že zvolené právo nemusí mít žádný vztah ani ke smluvním stranám ani k samotné transakci.¹⁵ Nic tedy nebrání českému podnikateli obchodujícímu s jeho fin-

ským protějškem, aby do smlouvy vložili doložku o volbě např. vietnamského práva,¹⁶ byť by toto nemělo ani vzdáleně nic společného ani se stranami ani s jakýmkoliv prvkem jejich transakce.

Římské instrumenty jdou tak daleko, že umožňují volbu práva i v situaci, kdy „všechny ostatní prvky pro situaci významné se v okamžiku volby nacházejí v jiné zemi než v zemi, jejíž právo bylo zvoleno.“¹⁷ Toto ustanovení tak umožňuje volbu práva i v čistě domácích situacích, kdy volba cizího práva je jediným „nedomácím“ prvkem.¹⁸ Za čistě domácí se však považuje i situace, kdy kromě volby práva je jediným dalším cizím prvkem volba soudu. Jinými slovy, pokud v čistě domácí situaci mezi stranami ze stejného státu dojde k volbě cizího práva a cizího soudu, řídí se tento vztah také režimem čl. 3 odst. 3 Úmluvy.¹⁹

Nutno říci, že tento režim je velice striktní. Zdánlivě velkorysý příslib možnosti volby práva je totiž značně relativizován skutečností, že touto volbou nebudou dotčena ta ustanovení domácího práva,²⁰ od nichž se nelze smluvně odchýlit.²¹ Myšleny jsou klasické řadové kogentní normy vnitrostátního právního řádu.²² Čl. 3 odst. 3 se tak snaží vyhnout tzv. „*fraud in law*“, tedy v tomto kontextu obejití jinak nepochybně příslušného právního řádu. Za kogentní normu ve smyslu čl. 3 odst. 3 nicméně nelze považovat takové ustanovení, od kterého se sice nelze ve vnitrostátním právu smluvně odchýlit, ale které výslovně připouští, aby bylo obejitо volbou práva.²³ Pokud je mi však známo, tak v českém právním řádu takovéto výjimečné ustanovení nenalezeme.

Každopádně je zřejmé, že volba práva podle čl. 3 odst. 3 povede v praxi obvykle k podobnému výsledku, jako kdyby strany učinily obsah zvoleného práva přímo součástí své smlouvy, a to v míře, v jaké jim to domácí kogentní normy dovolují.²⁴ Nelze než souhlasit, že „liberálnost Římské úmluvy [a to samé lze říci o Římu I, pozn.aut.] může být v tomto ohledu více zdánlivá než skutečná.“²⁵ Nicméně vzhledem k tomu, že obvykle není volba práva připuštěna v čistě domácích situacích vůbec,²⁶ je skutečnost, že Římské instrumenty tuto možnost vůbec připouštějí, třeba hodnotit jako progresivní. Navíc není třeba nijak významného cizího prvku, aby se situace čistě domácí stala situací s mezinárodním prvkem.²⁷

Řím I však oproti Úmluvě přináší, alespoň formálně, jednu novinku, která jde spíše proti smluvní autonomii než v její prospěch. Je jím čl. 3(4) Nařízení, který zavádí ochranný režim pro čistě „komunitární“ situace, když stanoví:

„V případě, že všechny ostatní prvky pro situaci významné se v okamžiku volby nacházejí v jednom nebo více členských státech, není volbou jiného rozhodného práva stranami, než je právo členského státu, dotčeno použití těch ustanovení práva Společenství, případně v podobě, v jaké je provedeno v členském státě sídla soudu, od nichž se nelze smluvně odchýlit.“

Cílem je zde opět zabránit obcházení práva, v tomto případě práva komunitárního.²⁸ Uvádí se nicméně další důvody pro přijetí tohoto ustanovení. Jedním z nich je ochrana slabší smluvní strany v čistě komunitární situaci. Protože Římské instrumenty neobsahují zvláštní ochranu mobilního spotřebitele,²⁹ tento spotřebitel by mohl zůstat „nechráněn proti použití práva třetí země.“³⁰ Údajně, „pokud jsou všechny zúčastněné strany občany Společenství, jde takový výsledek proti duchu Úmluvy

a komunitárního práva obecně.“³¹ Podpora pro dotyčné ustanovení byla též čerpána z rozsudku ESD (dále též „Soud“) ve věci *Ingmar*³², kde navzdory skutečnosti, že ne všechny prvky případu se nalézaly v rámci Společenství – zmocnitel byl usazen v USA (konkrétně v Kalifornii) – Soud rozhodl, že určitá ustanovení Směrnice o obchodních zástupcích³³ se musí použít, třebaže si strany smlouvy zvolily jako rozhodné kalifornské právo. ESD zdůraznil skutečnost, že obchodní zástupce vykonával svou činnost *na území členského státu* a postavil svou argumentaci ve prospěch imperativního charakteru předmětných ustanovení směrnice na snaze zajistit nenarušenou soutěž na vnitřním trhu a ochránit obchodního zástupce jakožto údajně slabší smluvní stranu.³⁴ Byl tento rozsudek silně kritizován,³⁵ bylo v akademických kruzích většinou akceptováno, že v případě transakcí probíhajících *pouze* v rámci EU mezi smluvními stranami usazenými v různých *členských* státech by se jejich smlouva měla řídit podobným režimem jako čistě domácí smlouvy ve smyslu čl. 3 odst. 3 Úmluvy.³⁶ V takové situaci pak přebírají roli vnitrostátních kogentních norem komunitární kogentní normy. Proto se objevovaly hlasy, že čl. 3 odst. 3 Úmluvy by měl být vykládán tak, aby se přiměřeně vztahoval i na čistě komunitární situaci.³⁷

15) Srov. čl. 3 Úmluvy s čl. 3 Nařízení. Srov. též *Rinze, J.* The scope of the Party Autonomy under the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. 1994 J. Bus. L. 412, s. 419. Srov. též *Green Paper*, op. cit. sub , s. 11.

16) Musí se však jednat o právo nějakého státu. Nestátní normy (Principy evropského smluvního práva, zásady Unidroit apod.) či mezinárodní smlouvy (myšleny jsou samozřejmě ty, jež nejsou součástí rozhodného práva) mohou strany inkorporovat do své smlouvy prostřednictvím odkazu, tyto nicméně budou jako každá jiná část smlouvy podléhat kogentním normám rozhodného práva. Nicméně přijme-li Společenství v budoucnu normy závazkového práva, bude se jimi moci smlouva řídit přímo. Srov. odst. 13 a 14 preambule Nařízení.

17) Srov. čl. 3 odst. 3 Úmluvy a čl. 3 odst. 3 Nařízení.

18) Srov. *Rinze, J.*, op. cit. sub , s. 415.

19) Srov. čl. 3 odst. 3 Úmluvy s čl. 3 odst. 3 a odst. 15 preambule Nařízení, z něhož plyne, že, navzdory odlišnému textu, nebyla žádná substitutivní změna čl. 3 odst. 3 zamýšlena.

20) Tedy toho práva, kde se nacházejí všechny prvky významné pro danou situaci (samozřejmě mimo volbu práva a volbu soudu).

21) Srov. čl. 3 odst. 3 Úmluvy a čl. 3 odst. 3 Nařízení.

22) Příkladem situace spadající pod čl. 3 odst. 3 bude smlouva mezi českými podnikateli uzavřená na českém území týkající se plnění (např. dodávky zboží), ke kterému má též dojít v ČR (i ostatní relevantní faktory budou lokalizovány v tuzemsku). Římská úmluva jim nebrání ve volbě jiného, např. německého práva, ale toto bude použitelné pouze v míře, v jaké nebude v rozporu s kogentními normami obchodního zákoníku, jakož i jinými českými kogentními normami dopadajícími na danou situaci.

23) Srov. *Tillman, Ch.* The relation between party autonomy and mandatory rules in the Rome Convention. 2002 J. Bus. L. 45, s. 51 a pozn. pod čarou 66, kde cituje další prameny tvrdící totéž.

24) Akademické názory na praktický dopad čl. 3 odst. 3 se sice liší – srov. *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 54-55 – ale rozdílů jsou to pro praxi zcela zanedbatelné.

25) *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 54.

26) To byl i případ ČR před tím, než zde začala platit Římská úmluva. K tehdejší úpravě srov. *Kučera, Z.* Mezinárodní právo soukromé. Brno : Doplněk, 1999, s. 120.

27) Srov. *Rinze, J.*, op. cit. sub , s. 421; podobně *Rübl, G.*, op. cit. sub , s. 10 a pozn. pod čarou 33.

28) Toto poměrně lakonické zdůvodnění se objevilo v důvodové části původního návrhu Nařízení z pera Komise – srov. *Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I)*, dok. COM (2005) 650 v konečném znění (15. 12. 2005), s. 5.

29) Třebaže čl. 6 Nařízení doznal výrazné změny oproti čl. 5 Úmluvy, zvláštní režim pro spotřebitelské smlouvy, který dotyčné články zavádějí, je stále v zásadě omezen na „nemobilního“ spotřebitele, kdy tento nějakým způsobem obdrží podnět ke koupi zboží nebo služby ve státě svého bydliště. Podrobněji srov. Nařízení, čl. 6 a odst. 25 preambule.

- 30) Srov. *Green Paper*, op. cit. sub , s. 19.
- 31) Srov. *Green Paper*, op. cit. sub , s. 18. Zajímavé je, že *Green Paper* (Zelená kniha) používá termín „nationals“, tedy občané a nikoliv „domiciliaries“, tedy obyvatelé, třebaže nejen pro mezinárodní právo soukromé, ale i pro evropské právo obecné je relevantní především bydliště a nikoliv národnost či občanství. Za všechny předpisy potvrzující tuto skutečnost lze jmenovat nařízení Brusel I [Nařízení Rady (ES) č. 44/2001, ze dne 22. 12. 2000 o soudní příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (Zvl. vyd. Úř.věst. 19/04, s. 42)]; srov. též *Paukenrová, M.* Private International Law in the Czech Republic: Tradition, New Experience and Prohibition of Discrimination on Grounds of Nationality. 4 J. Priv. Int'l L. 83, zejm. s. 96 (2008). Domnívám se nicméně, že to v případě této Zelené knihy byl spíše nepřesný obrat, než záměr.
- 32) Věc C-381/98, *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.*, 2000 E.C.R. I-09305.
- 33) Směrnice Rady ze dne 18. 12. 1986 o koordinaci právní úpravy členských států týkající se nezávislých obchodních zástupců (Zvl. vyd. Úř.věst. 06/01, s. 177). Příklad se týkal čl. 17-19. Čl. 17-18 stanoví okolnosti, za nichž má obchodní zástupce nárok, po zániku smlouvy, na „odškodnění“ (indemnification) nebo „náhradu škody“, kterou utrpěl v důsledku ukončení smluvního vztahu se zmocnitelem. Čl. 19 zakazuje odchýlit se před zánikem smlouvy od čl. 17-18 v neprospěch obchodního zástupce.
- 34) Pro detailní komentář srov. *Verbagen, H. L. E.*, op. cit. sub . Srov. též diskusi níže k čl. 7 odst. 2 Úmluvy.
- 35) Srov. *Verbagen, H. L. E.*, op. cit. sub ; též *Rotb, W. H.* Case C-381/98, *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.*, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000. 39 Common Mkt. L. Rev. 369 (2002).
- 36) *Verbagen, H. L. E.*, op. cit. sub , s. 140-141.
- 37) A s ohledem na *Ingmar* se dá očekávat, že by jej tak vykládal i ESD.

Čl. 3 odst. 4 Nařízení tak může být vnímán jako pouhá formální reflexe a potvrzení takové interpretace. I tak jej lze považovat za další významný krok v posilování role komunitárního práva před národními soudy. Zdá se, že soudy jej budou muset aplikovat i na obchodní smlouvy mezi stranami usazenými v různých členských státech. Tam, kde zvolené právo bude právo některého členského státu, to nebude působit problémy, protože komunitární právo je jeho součástí; nicméně tam, kde si strany zvolí právo třetí země, dojde k omezení jejich volby, neboť kromě rozhodného práva se bude jejich vztah řídit i všemi kogentními pravidly komunitárního práva (včetně těch, která nelze považovat za imperativní v mezinárodním smyslu, tedy včetně „obyčejných“ kogentních norem, od nichž se nelze smluvně odchýlit). Jediný způsob, jak se takovému omezení *možná*³⁸ vyhnout, by mohla být volba soudu státu, jenž není Nařízením vázán. V každém případě je poctivě říci, že režim čistě komunitárních situací představuje explicitní omezení autonomie stran, byť to v podstatě neznamená nic jiného než skutečnost, že v situaci, jejíž všechny relevantní prvky se vztahují k určité federální entitě, nemohou smluvní strany obejít kogentní ustanovení federálního práva.

III. Nutně použitelné (imperativní) normy

V případě obchodních smluv, na něž se nevztahují ustanovení vyhrazené Římskými instrumenty k ochraně slabších smluvních stran, jsou čistě domácí či čistě komunitární situace jedinými případy, kdy lze volbu práva omezit i běžnými kogentními normami chráněného právního řádu, tedy případy, kdy zvolené právo musí ustoupit i těm kogentním normám, od nichž se normálně lze v mezinárodním kontextu odchýlit. Mimo režim čl. 3 odst. 3 (a čl. 3 odst. 4 v případě Nařízení) lze použití práva zvoleného stranami obchodní smlouvy omezit pouze prostřednictvím tzv. nutně použitelných nebo-li (terminologií Římských instrumentů) *imperativních* norem. Česká

teorie imperativní normy definuje jako „normy, které nemohou být v mezích svého předmětu úpravy zásadně zaměněny či nahrazeny cizím právem“.³⁹ Podle profesora Nygha se jedná o „špatně definovanou kategorii vnitrostátních předpisů, které mají přednost před kolizními normami, a to včetně volby učiněné stranami mezinárodní smlouvy“.⁴⁰ Tyto normy zkrátka nemohou být obejty žádnou operací kolizního procesu.

Ustanovení upravující použití těchto norem nalezeme v čl. 7 Úmluvy, resp. v čl. 9 Nařízení. Oba články rozlišují mezi imperativními ustanoveními *lex fori* a práva třetího státu. Zatímco Úmluva neobsahuje definici imperativních ustanovení, Nařízení tak činí v čl. 9 odst. 1:

„Imperativní ustanovení jsou ustanovení, jejichž dodržování je pro stát při ochraně jeho veřejných zájmů, jako např. jeho politického, společenského a hospodářského uspořádání zásadní do té míry, že se vyžaduje jejich použití na jakoukoli situaci, která spadá do jejich oblasti působnosti, bez ohledu na právo, které by se jinak na smlouvu podle tohoto nařízení použilo.“

Tato poměrně restriktivní definice byla převzata z případu *Arblade*,⁴² který se týkal intra-komunitární situace. Z pohledu právní jistoty a smluvní autonomie lze jen vítat, že evropský zákonodárce vztláhl tuto definici i na situace s extra-komunitárním prvkem (tj. např. na situace, kdy je jedna ze stran usazena mimo území Společenství), a to tím spíše, že ESD v již zmiňovaném případě *Ingmar* ukázal až příliš málo respektu k svobodné volbě práva v případě, že toto neodpovídá právu komunitárnímu. Úzká definice imperativních norem by tak měla držet ESD zpátky od přílišných zásahů do autonomie stran a jako takovou ji považuji za další progresivní krok, který Nařízením přináší.

38) Srov. níže pozn. pod čarou a související text naznačující, že na základě *Ingmar* mohou být za neplatné prohlášeny i prorogační doložky.

39) *Kučera, Z.*, op. cit. sub , s. 224.

40) *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 199.

41) Srov. *Knöfel, S.* Mandatory Rules and Choice of Law: A Comparative Approach to Art. 7(2) of the Rome Convention. 1999 J. Bus. L. 239, s. 241.

42) Spojené věci C-369/96 and C-376/96, *Arblade and Others*, 1999 ECR I-8453.

IV. Imperativní normy státu soudu

Nutně použitelná ustanovení *lex fori* se aplikují *vždy*. Římské instrumenty jsou v tomto ohledu zcela jednoznačné, když stanoví, že použití těchto ustanovení není ničím dotčeno.⁴³ V praxi to znamená, že jakmile soud dospěje k závěru, že daný vztah spadá do působnosti Římských instrumentů,⁴⁴ může aplikovat imperativní normy práva své země bez ohledu na ostatní ustanovení Římských instrumentů i bez ohledu na rozhodné právo. Je pravdou, že čl. 7 odst. 2 Úmluvy⁴⁵ neucíní volbu práva neplatnou, nýbrž pouze činí aplikovatelnými (i) určité normy práva (konkrétně *lex fori*), kteréžto si strany nezvolily.⁴⁶ Přitom však samozřejmě platí, že použití ustanovení zvoleného práva, které je v rozporu s imperativní normou *lex fori*, je vyloučeno.⁴⁷ Nicméně je třeba zdůraznit, že jak z textu čl. 7 odst. 2, jakož i celkového účelu Úmluvy plyne, soud sice může, ale každopádně *není povinen* použít imperativní ustanovení *lex fori*.⁴⁸

Jak jsem uvedl výše, Úmluva, na rozdíl od Nařízení, neobsahuje samostatnou definici imperativních ustanovení.

vení; z čl. 7 odst. 2 pouze vyplývá, že k použití imperativní normy *lex fori* dochází za situace, kdy je její použití závazné bez ohledu na právo, které je jinak pro smlouvu rozhodné. Je evidentní, že taková definice se tak trochu točí v kruhu. Alespoň drobnou pomoc může soudce nalézt ve Zprávě profesorů Giuliana a Lagardea, která uvádí příklady těchto norem, jako např. pravidla regulující kartely, ochranu spotřebitele, určitá pravidla týkající se přepravy apod.⁴⁹ Nicméně vždy se zdálo nepochybné, že imperativní ustanovení musí být něčím více než pouhé řádové kogentní normy, od nichž se nelze ve vnitrostátním právu smluvně odchýlit; v opačném případě by volba práva neměla valného smyslu, když by se strany nemohly vyhnout ani jediné kogentní normě *lex fori*, a takový výsledek by byl ve zřejmém rozporu s ideou autonomie stran, která je základním stavebním kamenem Úmluvy. Proto je nutno souhlasit s názory, že imperativní ustanovení musí chránit nejen individuální, soukromý, zájem, ale též určitý zájem veřejný,⁵⁰ nebo musí odrážet zřejmý úmysl být aplikováno i v situaci s mezinárodním prvkem, v situaci „za hranicemi domácí jurisdikce“.⁵¹ Zcela pak souhlasím se stanoviskem, že ustanovení soukromého práva, která z převážné míry směřují k pouhému vyvažování zájmů stran smlouvy, nejsou imperativními ustanoveními.⁵² Zelená kniha o převodu Úmluvy do podoby nařízení potvrdila, že imperativní ustanovení čl. 7 Úmluvy jsou „ustanovení, s nimiž stát pojí takovou důležitost, že je vyžaduje aplikovat pokaždé, když existuje spojení mezi danou právní situací a jeho územím, bez ohledu na jinak rozhodné právo“.⁵³ Tento přístup našel nakonec odraz ve výše zmiňované definici imperativních ustanovení obsažené v Nařízení. Tato zdůrazňuje jejich výjimečný charakter.⁵⁴

Samozřejmě, lze namítat, že i tato definice ponechává hodně prostoru pro soudní uvážení a že tedy ani Nařízení neodstraňuje veškerou nejistotu ohledně identifikace imperativních ustanovení. Nicméně není možné, aby evropský zákonodárce v Nařízení taxativně vypočítal všechna imperativní ustanovení. Musí být primárně na členském státě, aby posoudil důležitost svých právních norem, zejména pak v oblastech nespádajících do kompetence Společenství. Pokud tedy seznamy svých imperativních norem nevytvoří členské státy samy, zůstane pravdou, že „každý soud musí rozhodnout na bázi svého právního řádu, zda to či ono ustanovení je imperativní normou, a odpověď není vždy zřejmá“.⁵⁵ Praktické problémy spojené s určením těchto norem jsou společné všem „*public policy*“ normám a jsou široce diskutovány nejen v souvislosti s Úmluvou,⁵⁶ ale i ve vztahu k jiným předpisům a právním řádům.⁵⁷ Protože obtížnost identifikace těchto norem je jejich takřka inherentní vlastností, nebudu se pokoušet o nemožné a místo snahy o nalezení perfektního klíče k jejich určení raději uvedu konkrétní příklady těchto ustanovení, jak je identifikovali nejen různí akademici, ale, především, soudní praxe.

Kromě příkladů uváděných ve Zprávě Giuliana a Lagardea (zmiňované výše), najdeme v odborné literatuře další příklady těchto norem, ať už se jedná o dovozní/vývozní omezení, ochranu devizových a monetárních zdrojů, předpisy chránící životní prostředí, ustanovení pracovního práva, pravidla týkající se cenných papírů a trhu s nimi nebo omezení vývozu kulturních památek.⁵⁸ Všemi těmito příklady však zní jednotný hlas, že, zejména v mezinárodním obchodním styku, je v zájmu autonomie stran a jistoty v právních transakcích, aby zásah imperativních norem byl výjimečný.⁵⁹

Naštěstí⁶⁰ soudní praxe zdá se vyslyšela toto volání po restriktivním přístupu. Mezi mnoha judikáty k Úmluvě, k nimž (nebo alespoň informaci o nich) se mi podařilo dostat, je velice málo těch, kde by soudy byť jen zvažovaly možnost aplikovat imperativní normy podle čl. 7 odst. 2 na obchodní vztah.⁶¹ A existuje samozřejmě ještě méně případů, kdy soud skutečně na základě tohoto článku imperativní normu na takový vztah aplikoval.

Minipřehled soudní praxe začnu případem řešeným dánským Nejvyšším soudem,⁶² a to přestože se netýkal obchodního vztahu, ale pracovní smlouvy. Zmiňuji jej zde především proto, že demonstruje skutečnost, že národní soudy jsou ochotny aplikovat čl. 7 odst. 2 restriktivně i na neobchodní vztahy a tím spíše se dá očekávat, že budou zdrženlivé v zásahu do autonomie smluvních stran v obchodních případech. Navíc se domnívám, že postup dánského soudu představuje modelový příklad správné aplikace čl. 7 odst. 2.

43) Srov. čl. 7 odst. 2 Úmluvy a čl. 9 odst. 2 Nařízení. Odlišný text obou ustanovení je dán tím, že Úmluva neobsahuje na rozdíl od Nařízení samostatnou definici imperativních ustanovení.

44) Mezi akademiky i v soudní praxi existuje spor ohledně vztahu čl. 7 Úmluvy a jejími ustanoveními na ochranu slabších stran, zvláště čl. 5 chránícího spotřebitele. Někteří namítají, že za určitých okolností není čl. 7 odst. 2 použitelný. Srov. např. *Knöfel, S.*, op. cit. sub , s. 256–257; *Rinze, J.*, op. cit. sub , s. 428–429; Srov. *Green Paper*, op. cit. sub , s. 33–34. Vzhledem k tématu tohoto článku se omezím pouze na stručné konstatování, že v souladu s převažujícím akademickým názorem a jasným zněním Nařízení považují takový názor za nesprávný a trvám na tom, že čl. 7 odst. 2 je aplikovatelný *vždy*.

45) A obdobně to platí pro čl. 9 odst. 2 Nařízení.

46) *Rinze, J.*, op. cit. sub , s. 426.

47) Srov. *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 203.

48) Srov. *Tillman, Ch.*, op. cit. sub , s. 68.

49) *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I*, [1980 O.J. (C 282) 1], s. 28.

50) Srov. *Rinze, J.*, op. cit. sub , s. 427.

51) Srov. *Knöfel, S.*, op. cit. sub , s. 251.

52) Srov. *Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law*, Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation (2003), dostupné na http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm, s. 78.

53) *Green Paper*, op. cit. sub , s. 33.

54) Ostatně i odst. 37 preambule Nařízení hovoří o jejich použití za *výjimečných* okolností.

55) *Green Paper*, op. cit. sub , s. 33.

56) Srov. např. *Chong, A.* The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts. 2 J. Priv. Int'l L. 27, s. 32 (2006).

57) Srov. např. *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 199–208; *O'Hara, E. A., Ribstein, L. E.*, op. cit. sub , s. 52–54; *Paulsen, M. G., Sovern, M. I.* „Public Policy“ in the Conflict of Laws. 56 Colum. L. Rev. 969 (1956).

58) Srov. např. *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 203; *Carr, I.* International Trade Law. 3. vydání. 2005, s. 586; *Kropholler, J.* Internationales Privatrecht: einschliesslich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts. 4. vydání. 2001, s. 477–478; *Max Planck*, op. cit. sub , s. 78.

59) Srov. např. *Carr, I.*, op. cit. sub , s. 586; *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 211.

60) Prinejmenším z pohledu autonomie stran a právní jistoty, kterou je v mezinárodním smluvní oblasti třeba cenit více než většinu státních (veřejných) zájmů.

61) Např. v jediné celoevropské databázi k Úmluvě (<http://www.rome-convention.org/cgi-bin/search.cgi>), je pouze jeden případ vztahující se k čl. 7, který by se netýkal spotřebitele či pracovní smlouvy. Počet všech případů (včetně neobchodních) nějakým způsobem se dotýkajících čl. 7 je 12. Třebaže databáze není aktualizovaná od února 2002, je v ní 410 případů, což je podle mého názoru dostatečně vysoké číslo k prokázání minimální aplikace imperativních ustanovení, přinejmenším v obchodních vztazích. Nízký počet případů, které jsem našel v ostatních zdrojích jen potvrzuje tento závěr.

62) *Ugeskrift for Retsvæsen* 2000.1099/2H. Za nalezení případu a jeho překlad děkuji Julii Jörgensen.

Případ se týkal Skota zaměstnaného u britské společnosti na ropné plošině umístěné v Severním moři na dánském kontinentálním šelfu. Pracovní smlouva se z vůle stran řídila anglickým právem a pracovník podle ní neměl nárok na dovolenou. Dánský soud se zabýval otázkou, zda ustanovení dánského práva upravující povinnou minimální dobu dovolené bylo imperativním ustanovením dle čl. 7 odst. 2. Protože z předmětného zákona odpovídá na tuto otázku explicitně nevyplývala, dánský soud zvážil při své úvaze účel zákona, zájmy stran a potřebu vymáhat dánské právo i v mezinárodních vztazích. Soud vysvětlil, že v situaci, kdy cizí právo je aplikovatelné nejen na základě volby práva, ale i podle čl. 6 Úmluvy,⁶³ by bylo třeba zásadních a velice naléhavých důvodů, aby mohlo být dánské právo aplikováno. Soud takové důvody nenašel, a to i s ohledem na skutečnost, že strany neměly k Dánsku žádný vztah s výjimkou skutečnosti, že plošina byla na dánském kontinentálním šelfu. Dánský soud je nutno chválit nejen za to, že zkoumal účel dotčeného zákona a zájmy jím chráněné, ale že se zabýval i tím, zda spojení mezi danou situací a zemí soudu je dostatečně silné, což přispívá k aplikaci imperativních ustanovení pouze v odůvodněných případech.

Největší studnici případů týkajících se Úmluvy jsou německé soudy, ale ani ony neřešily příliš mnoho věcí týkajících se čl. 7 odst. 2, tím méně těch z mezinárodního obchodního styku.⁶⁴ V jednom z případů shledal Spolkový pracovní soud (Bundesarbeitsgericht, „BAG“) imperativními ustanovení úpadkového práva, kdy prohlásil, že na určení přednostní pohledávky se vždy použije právo místa úpadkového řízení, a to v zájmu ochrany věřitelovy spravedlivé účasti na majetkové podstatě.⁶⁵ V jiném případě německý Spolkový soudní dvůr (Bundesgerichtshof, „BGH“) v souvislosti se smlouvou o architektonických službách (které měly být poskytnuty na německém území, což je z hlediska aplikace čl. 7 odst. 2 důležitý fakt) rozhodl, že zákon garantující minimální odměnu za tyto služby je imperativním ustanovením ve smyslu čl. 7 odst. 2. Soud nicméně nařídil nižšímu soudu, aby přezkoumal, zda takové ustanovení není v rozporu s volným pohybem služeb chráněným Smlouvou o ES.⁶⁶ V posledním ze zde zmiňovaných německých případů⁶⁷ šlo o franšízovou smlouvu řídicí se právem státu Kansas. Německý zemský soud (Landsgericht, „LG“) prohlásil, že tato smlouva byla v souladu se soutěžním právem ES, které má povahu imperativních předpisů *lex fori*, nicméně že i tak může být proti ní uplatněna výhrada veřejného pořádku podle čl. 16 Úmluvy, pokud by tato smlouva byla v rozporu s dobrými mravy. V daném případě soud takový rozpor neshledal.⁶⁸

V Nizozemí to byl Odvolací soud v Amsterdamu, kdo aplikoval určitá ustanovení Zákona o dohledu nad kapitálovými trhy (který implementoval několik směrnic ES) jakožto imperativní ustanovení. V důsledku toho byla makléřská smlouva mezi německým makléřem a holandským klientem shledána neplatnou, protože makléř neměl licenci požadovanou dotčeným zákonem.⁶⁹

Ve Francii panovala dlouho nejistota ohledně jejich velice přísného zákona proti lichvě,⁷⁰ který se vztahoval nejen na spotřebitelské, ale i podnikatelské vztahy. Francouzské společnosti si půjčovaly na cizích finančních trzích, neboť věřily, že se dotčený zákon na mezinárodní obchodní vztahy nebude vztahovat, byť z něj takové omezení působnosti nevyplývalo. K danému tématu se objevilo několik rozhodnutí, ale žádné tuto otázku definitivně

neřešilo.⁷¹ Každopádně rozhodnutí Kasačního soudu (Cour de Cassation) z r. 2000⁷² ukázalo, že tento soud je připraven vykládat čl. 7 odst. 2 Úmluvy velice restriktivně, což vedlo některé pozorovatele k jednoznačnému prohlášení, že francouzský zákon proti lichvě není imperativním ustanovením ve smyslu čl. 7 odst. 2.⁷³ Samotný rozsudek Kasačního soudu se přitom netýkal lichvy, nýbrž zde již zmiňovaných ustanovení Směrnice o obchodních zástupcích, která byla vyložena ESD v případě *Ingmar*. I skutková podstata případu byla podobná⁷⁴ a Kasační soud rozhodoval pouhých 19 dní po zveřejnění rozsudku *Ingmar*. Kasační soud však překvapivě rozhodl opačně než ESD, když odmítl ustanovením směrnice přiznat charakter imperativních norem.⁷⁵ Místo toho je prohlásil za obyčejné kogentní normy.⁷⁶ Tento případ je na jedné straně chvályhodnou ukázkou podpory autonomie stran, na druhé straně i důkazem, že judikatura ESD není národními soudy vždy následována, což pak vede k nejistotě a rozdílné aplikaci komunitárního práva v rámci EU. Tím spíše, když jiné soudy rozhodnutí *Ingmar* následují až slepě, jak dokládá nedávný rozsudek vrchního zemského soudu v Mnichově („Oberlandsgericht“, „OLG“), kde soud šel tak daleko, že zneplatnil jak prorogační, tak arbitrážní doložku ve prospěch kalifornských institucí, aby zajistil, že imperativní ustanovení Směrnice o obchodních zástupcích nemohou být obejitá.⁷⁷

63) Podle čl. 6 Úmluvy to bylo anglické právo, jehož kogentní normy bylo nutno použít.

64) Některé německé případy jsou k dispozici v databázi citované výše sub , další pak na www.juris.de, kde jsou k nalezení pod čl. 34 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Uvozovací zákon k německému občanskému zákoníku, „EGBGB“ nebo též „BGBEG“), který provádí čl. 7 odst. 2 Úmluvy.

65) Srov. rozhodnutí BAG z 24. 3. 1992, 9 AZR 76/91, výtah k je k dispozici na . Třebaže byl případ projednáván u „pracovního“ soudu, týkal se vztahu mezi Francouzem pracujícím pro německou společnost jako obchodní agent na komisi bázi, nikoliv v pracovněprávním vztahu.

66) Srov. rozhodnutí BGH (7. občanský senát) z 27. 2. 2003, VII ZR 169/02.

67) Ještě jeden německý případ je zmíněn níže sub .

68) Srov. rozhodnutí LG Düsseldorf z 31. 7. 2002, 12 O 415/98. Tato věc je výjimečná tím, že soud se vůbec zabýval použitím výhrady veřejného pořádku – srov. diskusi k ní níže.

69) Srov. rozhodnutí Hof. Amsterdam ze 14. 1. 1999, JOR 1999/35, citováno a komentováno ve: *Verhagen, H. L. E.*, op. cit. sub , s. 148, pozn. pod čarou 59.

70) Srov. francouzský spotřebitelský zákoník, čl. 313–3. Porušení daného ustanovení zakládá trestný čin. Podrobněji srov. *Cafritz, E., Tene, O.* Conflict of Laws in International Loans to French Corporations: The Usury Question. Článek ze 7. 10. 2002, dostupný na .

71) Srov. *Cafritz, E., Tene, O.*, op. cit. sub .

72) Srov. rozhodnutí Cour de Cassation z 28. 11. 2000, č. 2037, 98–11.335, dostupné ve francouzštině na <http://www.lexinter.net/JPTXT/>.

73) Srov. *Cafritz, E., Tene, O.*, op. cit. sub .

74) Zmocnitelem byla i zde americká společnost; místo britského obchodního zástupce zde byl samozřejmě Francouz a smlouva měla být plněna v Evropě a Izraeli; místo do Kalifornie (*Ingmar*) směřovala volba práva do státu New York.

75) Slovy soudu „une loi de police applicable dans l'ordre international“.

76) Nebo-li právo, které chrání *vnitřní* veřejný pořádek – „loi protectrice d'ordre public interne“.

77) Srov. rozhodnutí OLG München ze 17. 5. 2006, 7 U 1781/06. Podrobněji srov. kritický komentář od *Rübel, G.* Extending *Ingmar* to Jurisdiction and Arbitration Clauses: The End of Party Autonomy in Contracts with Commercial Agents? *European Rev. Priv. L.*, 6–2007, s. 891 a násled.

Ingmar sám je ukázkou určení imperativní normy komunitárního původu. Naneštěstí je ovšem i příkladem značně restriktivního přístupu vůči smluvní autonomii

a potřebám mezinárodního obchodního styku. ESD se zde až příliš snažil chránit údajný komunitární zájem.⁷⁸ Poskytl ochranu obchodním zástupcům, tedy osobám, které by měly být (na rozdíl od spotřebitelů) zběhlé v obchodních věcech, i na mezinárodní scéně, dokonce ve vztahu s extra-komunitárním prvkem. Tím značně snížil latku pro použití imperativních ustanovení, která by měla být, přinejmenším v obchodních vztazích, nastavena co nejdříve.⁷⁹ Problém je, že rozhodnutí ESD váže soudy 27 členských států,⁸⁰ a tím je jeho dopad mnohem širší než u individuálního excesu některého z národních soudů. Na druhé straně, jak jsem zmíňoval výše, nová definice imperativních ustanovení stanovená Nařízením by mohla ve výsledku učinit rozsudek *Ingmar* do budoucna irelevantním.

Pravidla určující odškodnění obchodních zástupců nejsou jediná imperativní ustanovení komunitárního původu, označená za taková Soudem. Je nepochybné, že takovými jsou i ustanovení Smlouvy ES týkající se hospodářské soutěže, v oblasti smluv půjde zejména o zakázané dohody podle čl. 81 Smlouvy.⁸¹ V tomto případě je však přístup ESD v souladu s praxí národních soudů, výkladovou zprávou k Úmluvě a převažujícím akademickým názorem, dle něhož soutěžněprávní ustanovení je třeba považovat za typické imperativní normy.

Imperativní ustanovení aplikovaná jako součást *lex fori* však nemusí být pouze národního či komunitárního původu. Jejich zdrojem může být také mezinárodní právo, typicky smlouvy, ale lze uvažovat i o obyčejovém mezinárodním právu, které je např. zdrojem pravidla o imunitě států (*sovereign immunity rule*).⁸² Příklad imperativního pravidla mezinárodního původu můžeme nalézt v anglickém případě *The Hollandia*,⁸³ kde volba holandského práva ve smlouvě o přepravě zboží z Anglie do zahraničí nezabránila soudu v aplikaci ustanovení Haag-Visby pravidel o dopravcově odpovědnosti.⁸⁴ I v dalších oblastech přepravy existují mezinárodní úmluvy upravující otázky dopravcovy odpovědnosti a jejich ustanovení budou muset soudy zpravidla vykládat jakožto normy imperativní. V těchto případech je však úmysl tvůrců daných úmluv aplikovat daná kogentní pravidla (i) v mezinárodním kontextu obvykle zřejmý a i v textu jasně vyjádřený.⁸⁵

Výše uvedený přehled judikatury nemůže být v žádném případě vyčerpávající,⁸⁶ ale věřím, že může přinejmenším naznačit přístup evropských soudů. Podle mého názoru se dá říci, že národní soudy se nepouští do extenzivní aplikace čl. 7 odst. 2 a zejména v obchodních vztazích zasahují do autonomie stran jen ve výjimečných a odůvodněných případech a pouze v rozsahu, který je nezbytně nutný.⁸⁷ Nicméně, byť národní soudy členských států většinou nakládají s autonomií stran v souladu s potřebami mezinárodního obchodu v globalizovaném světě, ESD se svým rozsudkem v případě *Ingmar* zaostal někde v hluboké historii.⁸⁸ Lze jen doufat, že Nařízení obsahující explicitní úzkou definici imperativních norem a ustanovení preambule zdůrazňující, že tyto normy lze použít pouze za *výjimečných okolností*,⁸⁹ přiměje ESD k tomu, aby v budoucnu byl k autonomii stran přívētější, a *Ingmar* tak zůstane výjimkou, která se nebude opakovat. Pokud tomu tak bude, Nařízení bude znamenat další posílení smluvní autonomie, kterou evropská kolizní pravidla poskytují.

V. Imperativní ustanovení třetí země

Tato oblast představuje jednu z největších změn, kterou Nařízení oproti Úmluvě přináší. Úmluva tuto otázku upravovala v čl. 7 odst. 1:

„Použije-li se na základě této úmluvy právo určité země, lze použít imperativní ustanovení práva jiné země, s níž věcné okolnosti úzce souvisí, v rozsahu, v jakém musí být podle práva této jiné země imperativní ustanovení použita bez ohledu na právo, které je jinak pro smlouvu rozhodné. Při rozhodování, zda mají být taková ustanovení použita, je třeba vzít v úvahu jejich povahu a účel, jakož i důsledky, které by mohly z jejich použití či nepoužití vyplynout.“

Rozdílná úprava této otázky našla své místo v čl. 9 odst. 3 Nařízení:

„Rovněž lze použít imperativní ustanovení práva země, v níž mají být nebo byly povinnosti vyplývající ze smlouvy splněny, pokud tato imperativní ustanovení činí plnění smlouvy protiprávním. Při rozhodování, zda mají být taková ustanovení použita, je třeba vzít v úvahu jejich povahu a účel, jakož i důsledky, které by mohly z jejich použití nebo nepoužití vyplynout.“

78) Před rozsudkem ve věci *Ingmar* to byl podle mých informací pouze italský Nejvyšší soud, který vyložil ustanovení směrnice stejně expanzivně jako později ESD. Srov. rozhodnutí Corte di Cassazione z 30. 1. 1999, Riv. dir. int. priv. proc. 89 (2000), s. 741, 743 a násl., citováno v *Max Planck*, op. cit. sub , s. 78 a pozn. pod čarou č. 171.

79) Ke kritice *Ingmar* srov. *Rühl, G.*, op. cit. sub , s. 901; *Verbagen, H. L. E.*, op. cit. sub , s. 147-154; *Roth, W. H.*, op. cit. sub 35, s. 381-383.

80) Ikdyž příklad Cour de Cassation ukazuje, že existují soudy připravené porušit svou povinnost řídit se výkladem ESD, pokud se to neshlučuje s jejich pohledem.

81) Srov. věc C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, 1999 E.C.R. I-3055.

82) Toto může mít svůj význam v případě, kdy jde o obchodní smlouvu, jejíž stranou je stát. Srov. obecně *Lowenfeld, A.* International Litigation and Arbitration. 3. vydání. 2006, s. 681-809.

83) [1983] AC 565.

84) Třebaže byl tento případ rozhodnut před tím, než se Úmluva stala účinnou, neexistuje jediný důvod, proč by podle Úmluvy měly anglické soudy dnes rozhodovat jinak. Srov. *Lando, O., Nielsen, P. A.* The Rome I Proposal. 3 J. Priv. Int'l L. 29, s. 44 (2007).

85) Zdá se, že toto by mělo platit přinejmenším pro Úmluvu o přepravní smlouvě v mezinárodní silniční nákladní dopravě (1956), jejíž čl. 41 odst. 1 věta první zní: „Všechna ujednání, která se přímo nebo nepřímo odchylují od ustanovení této Úmluvy, jsou s výjimkou ustanovení článku 40 neplatná a právně neúčinná.“ Soud by tak měl aplikovat ustanovení této úmluvy (jsou-li součástí *lex fori*, samozřejmě) na jakoukoliv smlouvu spadající do působnosti úmluvy. Podle mého to samé obdobně platí u dalších podobných úmluv z oblasti mezinárodní přepravy, např. o Varšavské či Montrealské. Srov. k tomu *Mann, F. A.* Uniform Statutes in English Law. 94 L. Q. Rev. 376 (1983).

86) Bez aktualizované centrální databáze, která by obsahovalo judikaturu ze všech členských států je pro jednoho člověka prakticky nemožné provést výzkum veškeré judikatury rozptýlené po celé EU ve více než dvaceti jazycích.

87) Což je přístup praxe jen vítaný – k názoru jednoho z nich srov. *Tillman, Cb.*, op. cit. sub , s. 67-68.

88) Jak poznamenává Roth, ustanovení německého obchodního zákoníku, která později sloužila jako vzor pro směrnici, již ESD vyložil ve věci *Ingmar*, byla v Německu prohlášena neaplikovatelnými, jestliže strany zvolily právo jiného státu. Předmětné rozhodnutí BGH je z roku 1961... Srov. *Roth, W. H.*, op. cit. sub 35, s. 381 a pozn. pod čarou 40.

89) Srov. odst. 37 preambule Nařízení.

Článek 7 odst. 1 byl pravděpodobně nejkontroverznějším ustanovením Úmluvy. V Úmluvě se nakonec ocitl pouze spolu s možností učinit výhradu jej neaplikovat,⁹⁰ neboť některé státy byly ostře proti tomuto ustanovení.⁹¹ Velká Británie, Německo, Irsko, Portugalsko, Lucembur-

sko a nedávno také Lotyšsko a Slovinsko nakonec učinily proti tomuto ustanovení výhradu.⁹² Není třeba dodávat, že tyto výhrady oslabují jednotnou aplikaci Úmluvy; tím spíše, že rezervace samy nejsou stejného znění.⁹³

Kritici namítali (a namítají), že vágně napsané ustanovení plné gumových obrátů přináší velkou právní nejistotu. Nejen že je soudci dána prakticky neomezená diskrece, ale požadavek „úzké souvislosti“ může, alespoň teoreticky, vést k imperativním normám několika států.⁹⁴ To by znamenalo, že smluvní strany musí zkoumat nejen zvolené právo a *lex fori* (jehož imperativní normy mohou být vždy použitelné, jak bylo rozebráno výše), nýbrž i imperativní ustanovení jednoho či dokonce více třetích států. Pro Německo bylo též nepřijatelné, že by na základě tohoto ustanovení docházelo k vynucování cizího veřejného pořádku.⁹⁵ Shrňme-li to: podle tohoto článku je těžké 1. identifikovat všechny třetí země, jež s věcí úzce souvisí, 2. určit jejich konkrétní imperativní ustanovení, která by mohla být použitelná, a 3. předvídat s nějakou jistotou, zda a jak je bude soudce v konkrétní situaci aplikovat. Takové ustanovení nepochybně podlamuje autonomii stran a oslabuje předvídatelnost obchodních transakcí.⁹⁶

Zastánci čl. 7 odst. 1 vznášejí několik protiargumentů. Tvrdí, že použití práva třetí země prohlubuje a přispívá k mezinárodní zdvořilosti („comity among the states“)⁹⁷ a vede k „více vyváženým“⁹⁸ výsledkům za daných okolností. Podle těchto názorů tento článek umožňuje soudci zabránit stranám v obcházení zásadních zájmů třetího státu.^{99,100} Jakkoliv mají tyto argumenty své opodstatnění, sledují spíše zájem státu a nikoliv jednotlivce, což je v moderním právu (včetně moderní vědy mezinárodního práva soukromého) přístup neobvyklý. I údajná snaha o dosažení spravedlivých řešení přichází příliš na úkor předvídatelnosti a právní jistoty. Toto pnutí bylo ostatně uznáno, nicméně vyřešeno ve prospěch „spravedlnosti“ v následujících slovech jednoho z obhájců čl. 7 odst. 1:¹⁰²

„Pokud má soud potíže s postihnutím pravého významu zahraničních předpisů veřejného práva, řízení se protahuje a náklady stoupají, je to nutná daň rozhodovacímu systému, který přináší více vyvážená řešení.“

Osobně nevěřím tomu, že by se našlo mnoho mezinárodních obchodníků, kteří by s takovouto „daní“ souhlasili. Pro každého, kdo věří v pozitivní účinky autonomie stran a smluvní svobody, stejně jako pro ty, kdo znají význam právní jistoty (nejen) ve složitých obchodních transakcích, záporny čl. 7 odst. 1 musí zřetelně převážit nad jeho klady.

V tomto směru byla výmluvná pozice Velké Británie k původnímu návrhu Nařízení, v němž se objevilo ustanovení podobné čl. 7 odst. 1 Úmluvy. Britské obchodní kruhy se vážně obávaly, že návrh, ve své tehdejší podobě, „povede k odlivu obchodu na konkurenční trhy, zejména do New Yorku“.¹⁰³ Nedávná studie ukazuje, že takové obavy mohou být celkem opodstatněné, jelikož New York se svými autonomii stran velice přívětivými kolizními normami se stává stále atraktivnějším pro velké obchody.¹⁰⁴ Velká Británie se proto v květnu 2006 rozhodla, že v souladu se „svým“ protokolem k hlavě IV Smlouvy ES¹⁰⁵ nepřistoupí k Nařízení a nebude jím tak po jeho přijetí vázána. Britové se nicméně i nadále účastnili vyjednávání návrhu a přispěli k zásadní změně problematického ustanovení do nynější podoby čl. 9 odst. 3 citovaného výše. Tato skutečnost, spolu s ostatními změnami

původního návrhu Komise,¹⁰⁶ vedla Brity k přehodnocení jejich postoje a nedávnému vydání dokumentu směřujícímu ke konzultaci veřejnosti a zájmových skupin, v němž navrhuje k Nařízení přistoupit.¹⁰⁷

Je nepochybné, že konečná podoba čl. 9 odst. 3 znamená významný pokrok proti čl. 7 odst. 1 Úmluvy, přinejmenším z pohledu autonomie stran a právní jistoty. Případné použití imperativních norem jiných než zvoleného práva nebo *lex fori* je zde omezeno na situaci, kdy smlouva byla či má být plněna na území státu, jehož imperativní ustanovení činí takové plnění protiprávním. Může být nespravedlivé, přinejmenším za určitých okolností,¹⁰⁸ nutit jednu ze stran ke spáchání protiprávního jednání. Je pravdou, že právě příklad takové situace představoval nejsilnější argument pro zastánce čl. 7 odst. 1 Úmluvy,¹⁰⁹ tím spíše, že v tomto typu případů bylo cizí právo různými způsoby zohledňováno i ve Velké Británii¹¹⁰ a Německu,¹¹¹ třebaže obě tyto země učinily vůči čl. 7 odst. 1 výhradu.

90) Srov. čl. 22 odst. 1 písm. a) Úmluvy.

91) Zpráva Giuliana a Lagardea eufemisticky zní: „Novost tohoto ustanovení a strach z nejistoty, kterou by to mohlo vyvolat, vedl některé delegace k tomu, že požádali o možnost učinit výhradu.“ Srov. *Giuliano/Lagarde*, op. cit. sub , s. 28.

92) Srov. *Dickinson, A. Third-country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?* J. Priv. Int'l L. 53, s. 55.

93) Zatímco např. Británie „si vyhradila právo“ neaplikovat čl. 7 odst. 1, Německo a Lucembursko deklarovaly, že „nebudou aplikovat“ tento článek. Blíže k tomu srov. *Dickinson, A.*, op. cit. sub , s. 56.

94) Nepochybně si lze představit, že může existovat více třetích států, s nimiž budou věcné okolnosti případu úzce souviset, zvláště v případě, kdy ani stát soudu ani zvolené právo nebudou mít s daným vztahem mnoho společného.

95) Srov. *Max Planck*, op. cit. sub , s. 77 a pozn. pod čarou 165, kde jsou citovány další prameny.

96) Pro přesvědčivý a kompletní rozbor argumentů proti tomuto ustanovení srov. *Dickinson, A.*, op. cit. sub , s. 53–73.

97) Srov. *Chong, A.*, op. cit. sub , s. 37–40.

98) *Pavic, V. Application of the Foreign Public Law and Article 7(1) of the Rome Convention. ELSA Selected Papers on European Law*, Vol. 9, No. 2, 1998, s. 10, dostupné na SSRN: .

99) *Bonomi, A. Note, Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules.* 114 *Harvard Law Review* 2462, s. 2476–77 (2001).

100) Pro další argumenty srov. *Pavic, V.*, op. cit. sub ; *Chong, A.*, op. cit. sub ; *Bonomi, A.*, op. cit. sub .

101) *Dickinson, A.*, op. cit. sub , na s. 73–85 velice detailně a přesvědčivě vyvrací tyto argumenty.

102) *Pavic, V.*, op. cit. sub , s. 10.

103) *Dickinson, A.*, op. cit. sub , s. 71. *Dickinson* v tomto směru odkazuje na odst. 8, 11 a 12 dokumentu Rady EU č. 13034/06, Add 4 (22. 9. 2006) popisující detailně britské obavy.

104) *Eisenberg, T., Miller, G. P. The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts.* New York University School of Law, New York University Law and Economics Working Papers, Paper 124 (31. 3. 2008), dostupný na .

105) Srov. výše sub .

106) *Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I)*, dok. COM (2005) 650 v konečném znění (15. 12. 2005).

107) Srov. *George, M. Should the UK opt in?* Článek ze 3. 4. 2008, dostupný na <http://www.conflictoflaws.net/2008/legislation/rome-i-should-the-uk-opt-in/>. Konzultační dokument byl zveřejněn 2. 4. 2008 a je dostupný na <http://www.justice.gov.uk/docs/cp0508.pdf>.

108) Např. v případě, kdy se právo místa plnění změnilo až po uzavření smlouvy.

109) Srov. např. *Chong, A.*, op. cit. sub , s. 40–47; *Bonomi, A.*, op. cit. sub , s. 2472–2473.

110) Ve věci *Regazzoni v. KC Sethia* [1958] AC 301 zakazovalo indické právo vývoz juty (přímo či nepřímo) do Jižní Afriky. House of Lords odmítl vymáhat smlouvu řídicí se anglickým právem, která by porušila toto indické právo na základě „public policy“ spočívající v udržování dobrých vztahů se sprátenými cizími zeměmi (pro výtah případu i s poznámkami srov. *Lowenfeld, A.*, op. cit. sub , s. 14–23). Podobně ve věci *Ralli Bros. v. Cia Naviera Sota y Aznar*

[1920] 2KB 287 Court of Appeal přihlédl k imperativním normám španělského práva při aplikaci domácí anglické normy, jako součásti rozhodného práva, že soud nebude vynucovat smluvní povinnost tam, kde je plnění zakázáno právem místa plnění. Podrobněji srov. *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 224.

111) I v Německu byly imperativní normy třetí země „aplikovány“ oklikou prostřednictvím domácích nástrojů. Ve věci *Kulturüterfall* (BGH, 22. 6. 1972, NJW 1972 s. 1575–1576) ilegálně vyvezené nigerijské artefakty byly poškozeny při přepravě z Nigérie do Německa. Soud odmítl vynutit pojistnou smlouvu, protože porušení nigerijského práva bylo aktem v rozporu s dobrými mravy podle § 138 německého občanského zákoníku. Podrobněji srov. *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 225. K dalším německým případům srov. *Max Planck*, op. cit. sub , s. 77 a pozn. pod čarou 167.

Na druhé straně je třeba podotknout, že všechny otázky a kritika vztahující se k čl. 7 odst. 1 jsou do značné míry pouze akademické, protože judikatura k čl. 7 odst. 1 prakticky neexistuje.¹¹² Je znám jeden belgický případ rozhodnutý obchodním soudem (*Tribunal de Commerce*) v Mons,¹¹³ v němž společnost usazená v Belgii uzavřela exkluzivní distribuční smlouvu pro Tunisko s tuniskou společností. Tuniské soutěžní právo zakazuje takovéto dohody. Belgický soud posoudil tuniský zákon podle čl. 7 odst. 1 Úmluvy, ale odmítl jej použít, protože „zákaz exkluzivních distribučních smluv se zdál být výstředností tuniského práva, nemající obdoby v jiných jurisdikcích.“¹¹⁴ Jeden zdroj¹¹⁵ uvádí holandský případ *Malysia Dairy industries v. Dairex Holland*, v němž smlouva o prodeji mléka řídicí se holandským právem měla být plněna v Singapuru. Smlouva údajně porušovala singapurský zákon stanovící maximální hodnoty radiace v mléce. Podle holandského soudu však smlouva zůstala platná.

Nepodařilo se mi najít jediný případ, kdy by bylo cizí imperativní ustanovení dle čl. 7 odst. 1 opravdu použito, a to tak, že by došlo k omezení zvoleného či rozhodného práva.¹¹⁶ Skutečnost, že případy týkající se čl. 7 odst. 1 jsou *řídke* (a i toto adjektivum je nadsázka), by mohla znamenat, že všechna ta kritika a dohadování kolem obdobného ustanovení Nařízení bylo jen „mnoho povyku pro nic“. Nicméně Andrew Dickinson uvádí několik důvodů, proč tato skutečnost nesmí být vnímána jako důkaz, že dané ustanovení bylo a je bezproblémové. Za prvé, malý počet případů nedokazuje absenci ekonomického dopadu na tržní účastníky a praktikující právníky. Za druhé, tři státy s významnými finančními trhy (Velká Británie, Německo a Lucembursko) jsou mezi těmi, které čl. 7 odst. 1 neváže. Konečně, pokud je norma od prvopočátku nejasná a neuspokojivá na první pohled, nemělo by být spoléháno na prozíravost soudů, ale mělo by se místo toho přijmout pravidlo, které je jasné.¹¹⁷ Zdá se mi ostatně zřejmé, že špatné pravidlo by nemělo být zachováno jenom proto, že ho stejně nikdo nepoužívá.¹¹⁸

Každopádně čl. 7 odst. 1 Úmluvy se brzy stane historií¹¹⁹ a bude to čl. 9 odst. 1 Nařízení, který budou muset smluvní strany brát v potaz při plánování svých obchodních transakcí. Osobně věřím, že je to dobrá zpráva pro evropské obchodníky, protože toto ustanovení zajišťuje, že předpisy třetího státu mohou ovlivnit jejich transakci pouze tehdy, pokud bude smlouva plněna na území takového státu, a i v takovém případě je budou zájmat pouze ty normy, které by plnění, jež je předmětem jejich smlouvy, zakazovaly.¹²⁰ Takové řešení se zdá být delikátním kompromisem mezi smluvní autonomií a právní jistotou na straně jedné a zájmem na zabránění obcházení legitimních zájmů cizího státu na straně druhé.

VI. Výhrada veřejného pořádku a její vztah k imperativním ustanovením

Úprava výhrady veřejného pořádku, posledního institutu, jímž se tento článek zabývá,¹²¹ zůstala v novém Nařízení oproti Úmluvě prakticky nezměněna. Použití některého ustanovení rozhodného práva může být odmítnuto pouze v případě, že by bylo *zjevně* neslučitelné s veřejným pořádkem místa soudu.¹²² Třebaže výhrada veřejného pořádku je tradičním institutem mezinárodního práva soukromého, a to na obou stranách Atlantiku, je s ní spojeno pár otázek, na které neexistují vždy jasné odpovědi.

Jednou z nich je vztah tohoto institutu k imperativním normám. Třebaže je obecně přijímáno, že imperativní ustanovení jsou také vyjádřením veřejného pořádku,¹²³ mnozí tvrdí, že existují rozdíly, které ospravedlňují skutečnost, že Římské instrumenty obsahují jak imperativní ustanovení, tak výhradu veřejného pořádku. Základní rozdíl spočívá v tom, že imperativní normy působí pozitivně v tom smyslu, že jsou „shora uvaleny na rozhodné právo smlouvy“,¹²⁴ tj. jsou pozitivně aplikovány na daný vztah spolu s rozhodným právem, zatímco výhrada veřejného pořádku má primárně negativní charakter v tom smyslu, že umožňuje soudu odmítnout aplikaci rozhodného práva.¹²⁵ Výhrada veřejného pořádku tak činí ustanovení jinak rozhodného práva nepoužitelným v konkrétním případě, aniž by však přímo poskytla normu, kterou by bylo možno místo neaplikovatelného ustanovení použít.¹²⁶ Tillman nazývá tuto výhradu „negativním rozšířením čl. 7 odst. 2“.¹²⁷

112) Je běžné, že akademici, často poté co vychválí všechny údajné praktické výhody čl. 7 odst. 1 nejsou schopni odkázat na byt jediný případ, kde by bylo toto ustanovení aplikováno nebo aspoň diskutováno. Toto platí jak pro Pavičův článek citovaný sub , tak pro Bonomiho dílo citované sub . Bylo příznačně řečeno, že „[v] příkrem rozporu s širokou diskusí čl. 7 odst. 1 v odborné literatuře [je skutečnost], že toto ustanovení nepřineslo skoro žádnou judikaturu“. Srov. *Magnus, U., Mankowski, P.* Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation., dostupné na http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/ne_ws_summary_rome1_en.htm, s. 34.

113) Srov. rozhodnutí Tribunal de commerce de Mons z 11. 11. 2000, Rev. dr. com. belge 2001, 617.

114) Případ je popsán v *Max Planck*, op. cit. sub , s. 82.

115) Srov. *Plender, R., Wilderspin, M.* The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts. 2. vydání. 2001, s. 189 a pozn. pod čarou 27.

116) Podobně neúspěšní při hledání takového případu byli profesori Lando a Nielsen, kteří v tomto ohledu prohlásili: „Je třeba podotknout, že od doby účinnosti Římské úmluvy jsme neviděli ani nesyšeli o jediném nahlášeném případě, v němž by nějaký evropský soud použil na základě čl. 7 odst. 1 imperativní ustanovení cizí země.“ Srov. *Lando, O., Nielsen, P. A.*, op. cit. sub , s. 47.

117) Srov. *Dickinson, A.*, op. cit. sub , s. 72–73.

118) Spíše to bude o důvod více pro jeho zrušení.

119) Jakmile se Řím I stane účinným, bude tento článek vázat pouze Dánsko.

120) Mnoho mezinárodních smluv bude možno plnit na území několika států, čímž se ještě sníží případně negativní dopady na legitimní zájmy smluvní strany u tohoto, každopádně diskréčního, ustanovení.

121) Z důvodu nízké relevance k tématu článku zůstala stranou mé pozornosti v zásadě bezproblémová ustanovení týkající se imperativních požadavků formy u smluv, jejichž předmětem jsou věcná práva k nemovitostem. Srov. čl. 9 odst. 6 Úmluvy, resp. čl. 11 odst. 5 Nařízení.

122) Srov. čl. 16 Úmluvy a čl. 21 Nařízení.

123) Srov. *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 206.

124) Srov. *Chong, A.*, op. cit. sub , s. 32.

125) Srov. *Nygh, P.*, op. cit. sub , s. 206.

126) Srov. *Rinze, J.*, op. cit. sub , s. 429.

127) Srov. *Tillman, Cb.*, op. cit. sub , s. 76.

Další rozdíl se vztahuje k fázi kolizního procesu, v níž jsou tyto instituty zapojeny. Knöfel říká, že „zatímco [imperativní ustanovení] přispívají k výběru práva aplikovatelného na danou smlouvu tím, že zasáhnou hned z kraje kolizního procesu [výhrada veřejného pořádku], přichází až na úplný konec celého procesu, aby zmocnila forum k neaplikaci již vybraného práva.“¹²⁸ Imperativní ustanovení se použijí vždy bez ohledu na obsah rozhodného práva. Soudce tak ví již před samotným určením rozhodného práva, že tyto normy musejí (či v případě Římských instrumentů *mohou* být) aplikovány na daný případ, ať je rozhodné právo jakékoliv. Na druhé straně výhrada veřejného pořádku přichází jako poslední element kolizního procesu, nastupující až po určení rozhodného práva a poznání jeho obsahu, jakožto druh únikové klauzule,¹²⁹ která předejde důsledkům, které by byly v rozporu s veřejným pořádkem.¹³⁰

Nevyjasněná je otázka, co má vlastně následovat, když se výhrada veřejného pořádku uplatní. Někteří autoři navrhuji analogicky použít nejbližší neproblematické pravidlo namísto toho, jež bylo použitím výhrady vyloučeno, a pouze tehdy, není-li takového pravidla, má se použít *lex fori*.¹³¹ Jiní navrhuji přímé použití *lex fori*.¹³² Z pohledu autonomie stran považují prvně jmenovaný přístup za vhodnější, protože přeci jen je blíže očekáváním a vůli stran při uzavírání smlouvy.

Nicméně vzhledem k tomu, že judikatura k čl. 16 Úmluvy prakticky chybí,¹³³ nastolené otázky zůstávají spíše akademické. Nedostatků případů však netřeba litovat. Text Římských instrumentů zřetelně připouští uplatnění výhrady veřejného pořádku pouze v absolutně výjimečných případech.¹³⁴ Chybějící judikatura tak může značit, že soudy se tohoto restriktivního přístupu drží, což by opět byla pro autonomii smluvních stran dobrá zpráva.

Dovolím si však v této souvislosti nadněst otázku, nakolik je ustanovení o výhradě veřejného pořádku třeba za situace, kdy Římské instrumenty upravují použití imperativních norem. Zdá se mi očividné, že třebaže z teoretického hlediska výše uvedené rozdíly mezi imperativními normami a výhradou mohou být považovány za významné,¹³⁵ jedná se o rozdíly v zásadě formální. Z praktického hlediska není pro smluvní stranu totiž příliš významné, zda použití zvoleného práva bude omezeno cestou negativních účinků výhrady veřejného pořádku nebo „pozitivním“ působením imperativních ustanovení. Co je důležité, je výsledek. A mně nejsou známy ani hypotetické ani skutečné příklady případů, kdy by nebylo možno použít žádného imperativního ustanovení a přitom bylo třeba zasáhnout prostřednictvím výhrady veřejného pořádku, zvláště pokud je vymezena tak úzce, jak to činí Římské instrumenty. Podle mého názoru obsah veřejného pořádku je v zásadě utvářen právě normami, které mají imperativní povahu. Pokud je určitý zájem státu natolik důležitý, aby jej chránila výhrada veřejného pořádku, zcela jistě budou v daném právním řádu existovat normy, které jej pozitivně chrání (třeba ustanovení Ústavy, která byt třeba nepřímou účinná obvykle nachází svůj odraz v přímo účinných normách zákonných) a bude možné je aplikovat jakožto normy imperativní, čímž dojde ke korekci rozhodného práva ještě před tím,

než by výhrada veřejného pořádku vůbec vstoupila do hry. Jsem tedy přesvědčen, že na co nelze v režimu Římských instrumentů vztáhnout imperativní normy, tam by správně nemělo být možné ani použití výhrady veřejného pořádku.

Toto lze demonstrovat na příkladu použití výhrady veřejného pořádku, který uvádí Indira Carr, jež tvrdí, že by bylo v rozporu s veřejným pořádkem vymáhat smlouvu, která by porušovala zákaz kartelových dohod stanovený čl. 81 Smlouvy ES.¹³⁶ Odvolává se při tom na případ *Eco Swiss*,¹³⁷ avšak onen případ se týkal procesní výhrady veřejného pořádku vznesené proti arbitrážnímu nálezu, který aproboval smlouvu porušující právě antikartelové ustanovení Smlouvy ES. Výhrada veřejného pořádku podle Římských instrumentů je však hmotněprávní a použije se přímo proti rozhodnému právu, nikoliv až ve fázi (ne)uznání nálezu či rozhodnutí. Tím nechci říci, že smlouva porušující čl. 81 Smlouvy ES není proti veřejnému pořádku. Ovšem taková smlouva bude neplatná již na základě čl. 7 odst. 2 Úmluvy (či čl. 9 odst. 2 Nařízení), protože čl. 81 Smlouvy ES je nepochybně imperativní ustanovení.

VII. Závěr

Domnívám se, že jak Úmluva, tak především Nařízení poskytují stranám mezinárodního obchodního styku poměrně širokou autonomii. Mohou si zvolit za rozhodné právo jakékoliv země, bez ohledu na jeho (ne)souvislost s danou smlouvou. Mimo čistě domácí či čistě komunitární situace, kdy je nutné respektovat kogentní normy dotčených právních řádů, představují jediné omezení imperativní ustanovení, zejména *lex fori*, a výhrada veřejného pořádku. Nařízení nově minimalizuje a činí velice předvídatelným použití imperativních norem třetího státu. Nařízení navíc přináší úzce pojatou definici imperativních ustanovení, což by mělo dále přispět k tomu, že k zásahům do volby práva bude docházet ze strany soudů minimálně, a jen se v tomto směru potvrdí pozitivní trend dosavadní judikatury podle Úmluvy.

128) Knöfel, S., op. cit. sub , s. 241. Obdobně srov. Chong, A., op. cit. sub , s. 32.

129) Srov. Tillman, Ch., op. cit. sub , s. 76.

130) Srov. Guliano/Lagarde, op. cit. sub , at 38.

131) Srov. Nygh, P., op. cit. sub , s. 206; Knöfel, S., op. cit. sub , s. 247.

132) Srov. Green Paper, op. cit. sub , s. 45.

133) V databázi k Úmluvě citované sub jsou tři případy k čl. 16, přičemž pouze jeden z nich se týká obchodního vztahu, ale i ten se vztahuje spíše k trustu než ke smlouvě a výhrada veřejného pořádku v něm stejně nebyla nakonec použita. Mimo tyto už mohu odkázat pouze na německý případ cit. výše sub .

134) Zdůrazňuji, že použití ustanovení cizího práva musí být zjevně neslučitelné s veřejným pořádkem. Výjimečné použití výhrady je také jednotně podporováno v literatuře – srov. např. Rinze, J., op. cit. sub , s. 429; Plender, R., Wilderspin, M., op. cit. sub , s. 199; Tillman, Ch., op. cit. sub , s. 76; srov. odst. 37 preambule Nařízení.

135) Mnoho autorů zdůrazňuje teoretické rozdíly obou pojmů – srov. např. Knöfel, S., op. cit. sub , s. 241; Tillman, Ch., op. cit. sub , s. 76 [citující Jackson, D. Mandatory Rules and Rules of 'Ordre Public'. In North, P.M. (editor) Contract Conflicts, The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, s. 69-70 (1982); poznamenává, že rozdíl je důležitý pro země Common Law, které před Úmluvou nerozlišovaly mezi použitím imperativních ustanovení a výhradou veřejného pořádku].

136) Srov. Carr, I., op. cit. sub , s. 584.

137) Srov. věc C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, 1999 E.C.R. I-3055.