

# Mezinárodněprávní závazky členských států Evropské unie a povaha unijního práva: „*In foro interno, in foro externo*“?

MAGDALENA LIČKOVÁ\*

## *International Legal Obligations of EU Member States and the Nature of EU Law: „In foro interno, in foro externo“?*

**Summary:** *Seen through the lens of international law, the Member States have become somewhat complicated actors. Their EU membership often seems to be sitting in the room with them and the ensuing loyalty towards EU law may occasionally trigger the demand that international-law situations be resolved in a way accommodating the modus operandi of intra-EU relations. Thus, the postulate of specificity of EU law has been exported from the intra-EU legal space to shape the international-law assessment of the Member States' legal position. That assessment is dependent on one's initial classification of EU law: Is it one of the Member States' international commitments? If so, does it enjoy special status? Is it perhaps exclusively a part of their domestic law? This paper assesses EU-law and international-law responses which, rather unsurprisingly, tend to differ and seeks to capture glimpses of the on-going dialogue between international decision-making bodies and the EU Court of Justice on this matter.*

**Keywords:** *Law of the European Union, Art. 351 TFEU, international public law, normative conflicts, international responsibility of the EU Member States, nature of EU law*

Když ve svém judikátu ERTA<sup>1</sup> Soudní dvůr vyslovil existenci tzv. implicitních pravomocí, které Unii umožňují vstupovat do mezinárodních závazků i tehdy, pokud to není výslovně předvídáno, přinesl tím, jak je dobře známo, další střípek do tehdy vznikající mozaiky svébytných znaků unijního práva.<sup>2</sup> Od té doby je výkon vnějších pravomocí Unie a vztah mezi unijním a mezinárodním právem předmětem bohatých diskuzí,<sup>3</sup> přičemž stranou pozornosti do jisté míry zůstávají důsledky jednání Unie pro mezinárodněprávní závazky členských států. Nahlíženo pravidly unijního práva by se tyto závazky měly

postupně adaptovat dle požadavků unijního práva, nicméně to může narážet na právní překážky v prostoru mezinárodního práva, jemuž jednání členských států podléhá rovněž. Závazky, které členským státům současně vznikly jak v prostoru unijního, tak v prostoru mezinárodního práva, pak dávají vzniknout situacím, které představují jakýsi průnik obou světů, v němž na sebe unijní a mezinárodní právo nahlízejí s ambicí se jeden vůči druhému normativně vymezit.

Tyto situace zároveň ožívují diskuzi o povaze unijního práva.<sup>4</sup> Teze jeho specificity, respektive autonomie,<sup>5</sup> dnes v zásadě etablovaná

\* Autorka působí jako soudní asistentka (référéndaire) při Soudním dvoru Evropské unie a zde vyjádřené názory jsou její osobní názory. Zároveň tímto děkuje Magdě Olyšarové, Ondřeji Svačkoví a Zuzaně Vikarské za podněty během přípravy tohoto příspěvku. E-mail: magdalena.lickova@curia.europa.eu.

<sup>1</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 31. března 1971, *Komise proti Radě* (22/70, EU:C:1971:32).

<sup>2</sup> WEILER, J. *The Transformation of Europe*. 100 *Yale L. J.*, 1991, str. 2416.

<sup>3</sup> Viz např. BENLOLO CARABOT, M. – CANDAS, U. – CUJO, E. *Union européenne et droit international*. En l'honneur de Patrick Daillier. Paris 2012; CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P., WESSEL, R.A. *International law as law of the European Union*. Leiden 2012; GOVAERE, I. – GARBEN, S. *The interface between EU and international law: contemporary reflections*. Oxford 2019; KLABBERS, J. *The European Union in International Law*. Paris 2012; MALENOVSKÝ, J. À la recherche d'une solution intersystémique aux rapports du droit international au droit de l'Union européenne. AFDI (2019), str. 201.

<sup>4</sup> Viz např. DE WITTE, B. Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international. RTDE, 1984, č. 1, str. 425; MALENOVSKÝ, J. Půlstoletí od rozsudku Costa/ENEL: je unijní právo (stále) zvláštním právním řádem? *Právník*, 2015, č. 3, ročník 154, str. 193; PELLET, A. Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire. *RCADÉ*, 1994, sv. V–II, str. 195; PESCATORE P. *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*. Leiden 1974; SIMON, D. *Rapport général: Les fondements de l'autonomie du droit communautaire, Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*. Paris 2000, str. 207.

<sup>5</sup> Viz zejména rozsudek ze dne 6. 3. 2018, *Slowakische Republik v. Achmea BV* (C-284/16, EU:C:2018:158, 33–35).

v unijním právním prostoru, kde definuje vztah mezi právem Unie a právem členských států, se totiž v jiné podobě a s větším či menším úspěchem objevila i v mezinárodněprávním prostoru, kde reagovala na obtíže členských států čelících „obvinění“ z porušení mezinárodněprávních závazků, k němuž mělo dojít v důsledku provádění unijního práva. Na rozdíl od vnitrounijního kontextu zde tato teze nehraje nutně roli prostředku řešení normativních konfliktů, ale nástroje cílícího na úpravu přičitatelnosti a jiných aspektů mezinárodní odpovědnosti členských států, který se snaží zohlednit jejich právní situaci.

V mimounijním právním prostoru tak v důsledku paralelních závazků členských států vzniká otázka, jak z mezinárodněprávního pohledu kvalifikovat unijní právo a zda je možné na něj z vnější perspektivy nahlížet jako na právo mezinárodní, zda se jedná o určitý typ vnitrostátního právního pořádku či ještě o něco jiného. Níže bude nastíněno, jakým způsobem se oba dotčené právní světy k této otázce vyjadřují, přičemž ne zcela překvapivě tak činí různě. Mezinárodněprávní odpovědi jsou z povahy věci mnohočetné, a tedy roztržštěné. Na unijní straně oproti tomu jednotný soudní mechanismus a důraz na užitečný účinek unijního práva teoreticky nedává členským státům velký prostor pro dlouhodobé udržování unijně nekompatibilních situací, jakkoliv je relevantní judikatuře zároveň vlastní pravidelně se objevující připomínka významu pravidel mezinárodního práva. Specifický příspěvek do tohoto dialogu pak představuje postoj Soudního dvora o tom, co mezinárodní rozhodovací instance mohou či nemohou činit při nakládání s unijním právem. Nakolik příslušná mezinárodní soudní místa vezmou tento postoj za svůj, bude nicméně záležet na tom, do jaké míry se ten slučuje s jejich výkladem mezinárodních pravidel, která tyto orgány z povahy věci musí aplikovat.

### **K mezinárodněprávním závazkům členských států: unijní odpověď**

S členstvím v Evropské unii vzniká členským státům povinnost odstraňovat, respektive nepůsobovat rozpory mezi pravidly jejich vnitrostátního práva a požadavky unijního

práva. Podobná povinnost se vztahuje i na jejich mezinárodněprávní závazky, s tím rozdílem, že pokud tyto závazky vznikly dříve než jejich členství v Unii a pokud se týkají třetích států („neunijní dohody“), pak je jejich neslučitelný obsah do jisté míry chráněn, avšak pouze podmíněně, respektive dočasně. S ohledem na vzájemné vztahy mezi členskými státy založené mezinárodním právem („vnitrounijní dohody“) však nic podobného neplatí a v případě jejich neslučitelnosti s unijním právem musejí být renegociovány nebo ukončeny bez dalšího.<sup>6</sup> Nutnost neslučitelné vnitrounijní či neunijní mezinárodní závazky upravit a případně ukončit je tak jedním z průvodních jevů účasti v Unii, na něž členské státy musejí brát ohled, a může je vystavit poněkud komplikované právní situaci, a to zejména pokud druhá strana smluvního vztahu se změnou nesouhlasí.

Unijněprávní řešení normativních konfliktů zahrnujících mezinárodněprávní závazky členských států se tak liší dle toho, zda se tyto závazky týkají třetích států či zda se jedná o závazky, které členské státy uzavřely mezi sebou. Zatímco první kategorii je přiznána určitá (byť omezená) ochrana v podobě aplikační přednosti, podobná výjimka nepřichází v případě vnitrounijních dohod v úvahu.<sup>7</sup> V závislosti na konkrétním pojetí aplikační přednosti neunijních dohod se však rozdíl mezi oběma kategoriemi smluv může smývat co do normativních ústupků, které se v této oblasti ze standardních účinků unijního práva připouštějí.

### **Podmíněná ochrana „neunijních“ dohod**

Základem odpovědi unijního práva k mezinárodním závazkům členských států je čl. 351 SFEU, týkající se normativních konfliktů mezi unijním právem a mezinárodními smlouvami, jež členské státy uzavřely před založením Unie (respektive EHS) či před svým přistoupením. Jedná se o jediné ustanovení primárního práva, které se k této otázce vyjadřuje. Stručně řečeno jeho první pododstavec zaručuje, že tyto preexistující smlouvy nebudou unijním právem dotčeny, a jeho druhý pododstavec dodává, že pokud mezi obojím vznikne nesoulad, mají členské státy povinnost jej odstranit.

<sup>6</sup> Za předpokladu, že takové smlouvy nejsou pokryty zvláštním habilitačním režimem, který se bude typicky vztahovat na bilaterální smlouvy, jejichž existence od určitého okamžiku začala porušovat rozdělení pravomocí mezi Unii a členské státy. Viz např. nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi, Úř. věst. (2012) L 351, str. 40.

<sup>7</sup> Viz např. rozsudek ze dne 27. září 1988, *Annunziata Matteucci/Communauté française de Belgique et Commissariat* (235/87, EU:C:1988:460).

Čl. 351 SFEU tak představuje příklad kolizního ustanovení, které se vyskytuje napříč mezinárodní smluvní praxí v různých variantách.<sup>8</sup> Nicméně, zatímco většina těchto kolizních ustanovení normativní konflikty řeší tak, že udělí aplikační přednost buď „své vlastní“ smlouvě (jejíž jsou součástí), či smlouvě jiné, je čl. 351 SFEU specifický v tom, že pravidlo aplikační přednosti preexistujících smluv kombinuje s povinností odstranit případné normativní konflikty, jinými slovy s povinností tyto smlouvy renegotiovat či ukončit. Svým způsobem si tedy první dva pododstavce čl. 351 SFEU protiče, respektive není zřejmé, jak dlouho mohou být předpřístupové smlouvy zachované, než se zmíněná povinnost renegotiovat či ukončit aktivuje,<sup>9</sup> a zda se za všech okolností jedná o povinnost dosáhnout určitého výsledku v situaci, kdy unijní právo je vůči dané třetí zemi *res inter alios acta* a kdy se této země žádná (unijní) renegotiační povinnost netýká.<sup>10</sup>

Judikatura Soudního dvora neposkytuje zcela jednoznačnou odpověď, přičemž čítá zhruba pět desítek judikátů, které se týkají relativně pestré škály mezinárodních dohod, jako je Ženevská úmluva o potírání rozšiřování necudných publikací,<sup>11</sup> Londýnská úmluva o rybolovu,<sup>12</sup> Úmluva o noční práci žen zaměstnaných v průmyslu,<sup>13</sup> Lucembursko-brazílská úmluva o sociálním zabezpečení<sup>14</sup> či dohody o ochraně investic. Posledně zmíněný příklad zároveň dobře ilustruje jistou neurčitost, kterou judikatura ve vztahu ke konkrétním účinkům čl. 351 SFEU jako celku zachovává.

Kolem Unie a členských států se v minulých letech vytvořila relativně pestrá mozaika dohod o ochraně investic (respektive dohod o volném obchodu obsahujících kapitolu týkající se ochrany investic). Tuto mozaiku tvoří jednak dohody, jejichž stranou je či v dohledné době by měla být Evropská unie,<sup>15</sup> a také smlouvy, které uzavřely členské státy

buď mezi sebou, nebo se třetími zeměmi. Historicky první relevantní judikaturou je v tomto ohledu trojice rozsudků, jimiž Soudní dvůr vyslovil porušení unijního práva, kterého se dopustily Rakousko,<sup>16</sup> Švédsko<sup>17</sup> a Finsko,<sup>18</sup> když z několika dohod o ochraně investic neodstranily ustanovení zajišťující volný převod plateb, což bylo vyhodnoceno jako překážka pro výkon pravomoci Rady za určitých okolností vůči danému třetímu státu omezit pohyb kapitálu. Analýza se odvíjela od druhého pododstavce čl. 351 SFEU, přičemž Soudní dvůr uzavřel, že příslušné členské státy porušily zde zakotvenou „odstraňovací“ povinnost, a podtrhl, že výkonu pravomoci Rady byla v daných souvislostech na překážku samotná existence ustanovení o volném převodu plateb bez ohledu na to, že Rada ve vztahu k dotčeným třetím zemím žádná omezující opatření nepřijala. Pro konstatování nesouladu s unijním právem postačila samotná možnost, že se tak stát může.

Méně přísný postoj Soudní dvůr zaujal v rozsudku vydaném o dva roky později ve věci slovensko-švýcarské investiční dohody.<sup>19</sup> V tomto řízení Komise neúspěšně tvrdila, že Slovensko porušilo pravidla vnitřního trhu s elektřinou, když švýcarskému investorovi poskytlo přednostní přístup do příslušného přenosového vedení, a to protihodnotou investice, kterou učinil do jeho výstavby. Slovensko namítalo povinnost danou investicí chránit dle výše uvedené investiční dohody a dle Smlouvy o energetické chartě („ECT“).<sup>20</sup> Soudní dvůr svou analýzu soustředil pouze na slovensko-švýcarskou dohodu, a jakkoli připomněl, že není příslušný k jejímu výkladu (neboť ta není součástí unijního práva), došel k závěru, že tato dohoda na příslušnou investici dopadá a že vypovězení smlouvy s investorem by bylo porušením závazků, které ze zmíněné investiční dohody plynou, přičemž jejich plnění svědčí v případě nesouladu s unijním právem přednost. Ve srovnání

<sup>8</sup> Viz zejména čl. 30 Vídeňské úmluvy o smluvním právu ze dne 23. května 1969, *UNTS* sv. 1155, str. 331.

<sup>9</sup> „Pokud by nebylo možné provést výklad úmluvy z roku 1892, který by byl v souladu s unijním právem, musela by Spolková republika Německo přijmout nezbytná opatření za účelem odstranění neslučitelnosti mezi touto úmluvou a unijním právem, případně tím, že tuto úmluvu vypoví. Do doby, než dojde k takovému odstranění, však čl. 351 první pododstavec SFEU Spolkové republiky Německo dovoluje, aby i nadále tuto úmluvu používala.“ Rozsudek ze dne 22. 10. 2020, *Ferrari SpA proti DU* (C-720/18 a C-721/18, EU:C:2020:854; 69).

<sup>10</sup> K tomuto ustanovení viz KLABBERS, J. *Treaty Conflicts and the European Union*. Cambridge 2009, str. 10.

<sup>11</sup> Úmluva o potírání rozšiřování necudných publikací (Suppression of the circulation of and traffic in obscene publications). Společnost národů, *Official Journal*, sv. 4, č. 10, 1923, str. 1159. Rozsudek ze dne 14. 12. 1979, *Henn a Darby* (34/79, EU:C:1979:295).

<sup>12</sup> London Fisheries Convention, 9. 3. 1964, *UNTS* sv. 581, str. 57. Rozsudek ze dne 14. 10. 1980, *Burgoa* (812/79, EU:C:1980:231).

<sup>13</sup> Úmluva Mezinárodní organizace práce č. 89 o noční práci žen zaměstnaných v průmyslu, 9. 7. 1948, 17/1991 Sb. Rozsudek ze dne 2. 8. 1993, *Levy* (C-158/91, EU:C:1993:332).

<sup>14</sup> Viz usnesení ze dne 5. 9. 2019, *Caisse pour l'avenir des enfants* (C-801/18, EU:C:2019:684).

<sup>15</sup> Podepsaná v Lisabonu dne 17. 12. 1994, Úř. věst. L 380 (1994) str. 24 a Energy Treaty Charter, *UNTS* 2080, str. 95; Komplexní hospodářská a obchodní dohoda (CETA) mezi Kanadou na jedné straně a Evropskou unií a jejími členskými státy na straně druhé, Úř. věst. L 11 (2017) str. 23; Rozhodnutí Rady (EU) 2018/1676 ze dne 15. října 2018 o podpisu Dohody o ochraně investic mezi Evropskou unií a jejími členskými státy na jedné straně a Singapurskou republikou na straně druhé jménem Evropské unie, Úř. věst. L 279 (2018) str. 1.

<sup>16</sup> Rozsudek ze dne 3. 3. 2009, *Komise v. Rakousko* (C-205/06, EU:C:2009:118).

<sup>17</sup> Rozsudek ze dne 3. 3. 2009, *Komise v. Švédsko* (C-249/06, EU:C:2009:119).

<sup>18</sup> Rozsudek ze dne 19. 11. 2009, *Komise v. Finsko* (C-118/07, EU:C:2009:715).

<sup>19</sup> Rozsudek ze dne 15. 9. 2011, *Komise v. Slovensko* (C-264/09, EU:C:2011:580). Jednalo se o dohodu uzavřenou mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací ze dne 5. 10. 1990 (59/1991 Zb.).

<sup>20</sup> *Supra* pozn. č. 15.

s výše zmíněnými judikáty se tento rozsudek jeví jako překvapivě vstřícný, neboť Soudní dvůr v daných souvislostech potvrdil možnost členského státu udržovat situaci, která může být neslučitelná s unijním právem, přičemž jeho vstřícnost se projevila volbou soustředit analýzu na první pododstavec čl. 351 SFEU a dále vůbec nezkontrolovat případný rozpor daného závazku s unijním právem a povinnost Slovenska tento rozpor odstranit.

Soudní dvůr se v této judikatuře hlouběji vztahem mezinárodního a unijního práva nezabýval. Z jakého důvodu byla v jednom případě privilegována „odstraňovací povinnost“, a tedy unijní rozměr problému, zatímco v druhém případě Soudní dvůr položil důraz na rozměr mezinárodní, není zcela zřejmé. Jakkoli připomněl některé relevantní aspekty mezinárodního práva, ve výše zmíněné trojici rozsudků byl výsledek v zásadě určen nutností chránit *effet utile* unijního práva, zatímco ve věci slovensko-švýcarské dohody tento aspekt nehrál roli a Soudní dvůr se naopak soustředil na význam respektování preexistujících mezinárodních závazků členského státu zaručeného primárním právem Unie. Podobnou (byť méně kontrastní) oscilaci mezi důrazem položeným buď na první, nebo na druhý podstavec čl. 351 TFEU lze ostatně konstatovat i v jiných judikátech, kdy analýza druhého podstavce někdy není přítomna vůbec,<sup>21</sup> někdy je zasazena do rámce aplikovatelných mezinárodních pravidel<sup>22</sup> a někdy je tak činěno se současnou a blíže neurčenou připomínkou případné nutnosti platnosti dané smlouvy ukončit.<sup>23</sup> S určitou dávkou zjednodušení lze říci, že se na takto načrtnuté škále důraz nicméně postupně přesouvá k poslední uvedené možnosti, a tedy k upřednostnění loajality vůči unijnímu závazku členských států.<sup>24</sup>

### „Vnitrouijní“ dohody a plné působení unijního práva

Dilema, zda upřednostnit první či druhý pododstavec čl. 351 SFEU, naopak nevzniká v případě vnitrouijních smluv, tedy pokud se jedná o nesoulad mezi unijním právem

a mezinárodními závazky mezi samotnými členskými státy, neboť čl. 351 TFEU se na takový scénář vůbec nevztahuje. Záruka vyjádřená v jeho prvním pododstavci tak nemůže příslušnou dohodu ochránit před případnými dopady unijního práva, a to ani pokud v době jejího uzavření byla pouze jedna její strana členem EU, zatímco druhá strana se tímto členem stala později. Taková situace byla předmětem věci *Achmea*,<sup>25</sup> týkající se dohody uzavřené mezi Nizozemským královstvím a Slovenskou republikou.<sup>26</sup> Skutkově měl tento případ původ v reformě slovenského systému zdravotnictví, kdy Slovenská republika otevřela svůj trh soukromého zdravotního pojištění, které tam nizozemská společnost *Achmea* začala poskytovat. Následně však Slovenská republika zakázala rozdělovat zisky z této činnosti, přičemž tento zákaz byl zrušen poté, co jeho protiústavnost potvrdil slovenský Ústavní soud. *Achmea* následně proti Slovensku zahájila arbitráž, v níž požadovala (a částečně obdržela) náhradu škody, kterou dočasný zákaz způsobil. Rozhodčí nález Slovensko napadlo před německými soudy (které k dané žalobě byly příslušné proto, že strany si jako místo rozhodčího řízení zvolily Frankfurt nad Mohanem) a v tomto rámci namítala nedostatek pravomoci rozhodčího soudu o věci rozhodnout, neboť použití investiční arbitráže se dle jejího názoru po přistoupení Slovenska k Unii stalo neslučitelné s unijním právem. Zda tomu tak skutečně bylo, se následně stalo předmětem řízení o předběžné otázce, s níž se do Lucemburku obrátil Spolkový soudní dvůr. Bezprostředním důvodem závěru Soudního dvora o tom, že tento nesoulad je dán, byl způsob, jakým čl. 8 odst. 6 slovensko-nizozemské investiční dohody definoval okruh právních norem, dle nichž mají rozhodčí soudy na tomto základě zřízené rozhodovat. Tyto normy zahrnovaly mj. platné právo smluvní [tj. žalované] strany, a jiné dohody uzavřené mezi smluvními stranami. Zkoumání tohoto ustanovení Soudní dvůr zasadil do analytického rámce autonomie unijního práva,<sup>27</sup> z níž mj. plyne, že členské státy nemohou zasahovat do pravomoci Soudního dvora tím, že by

<sup>21</sup> Viz např. *Burgoa*, pozn. *supra* č. 12 a důraz, který Soudní dvůr v odst. 9 položil na úkol unijních institucí výkonu odpovídajících povinností členských států nebránit. Viz dále rozsudky ze dne 2. 8. 1993, *Levy* (C-158/91, EU:C:1993:332; 21) a ze dne 3. 2. 1994, *Madeleine Minne* (C-13/93, EU:C:1994:39; 18) a *Caisse pour l'avenir des enfants*, pozn. č. 14; 46 a 49 *in fine*.

<sup>22</sup> Rozsudek ze dne 4. 7. 2000, *Komise v. Portugalsko* (C-84/98, EU:C:2000:359; 55).

<sup>23</sup> Rozsudky ze dne 18. 11. 2003, *Budějovický Budvar* (C-216/01 EU:C:2003:618; 168-173) a ze dne 22. 10. 2020, *Ferrari*, pozn. č. 9; 67-71.

<sup>24</sup> Viz *Ferrari*, pozn. č. 9; 71.

<sup>25</sup> *Slowakische Republik v. Achmea BV*, *supra* pozn. č. 5.

<sup>26</sup> Respektive v době uzavření mezi Nizozemským královstvím a Českou a Slovenskou Federativní Republikou, přičemž do práv a povinností z této dohody plynoucích Slovenská republika jako právní nástupce České a Slovenské Federativní republiky nastoupila dne 1. 1. 1993.

<sup>27</sup> *Slowakische Republik v. Achmea BV*, *supra* pozn. č. 5; 33 a 34. Viz také rozsudek ze dne 5. 2. 1963, *van Gend & Loos* (26/62, EU:C:1963:1), v němž Soudní dvůr uvedl, že „Společenství představuje nový právní řád mezinárodního práva“. Viz dále rozsudek ze dne 15. 7. 1964, *Costa v. E.N.E.L.* (6/64, EU:C:1964:66), v němž Soud uvedl, že na rozdíl od běžných mezinárodních smluv Smlouva EHS vytvořila vlastní právní řád, a označil Smlouvu EHS za nezávislý zdroj práva.



otázky spadající do jeho agendy svěřily jiným rozhodovacím orgánům. Slovensko-nizozemská dohoda tuto pravomoc ohrozila, neboť dle Soudního dvora rozhodčí soudy oprávněna k tomu, aby unijní právo rovněž vykládaly. To dle Soudního dvora plyne z odkazu na „platné právo“ žalované smluvní strany a na „dohody uzavřené mezi smluvními stranami“, neboť unijní právo musí být dle Soudního dvora považováno jak za součást práva platného v jednotlivých členských státech, tak za právo vyplývající z jejich vzájemných mezinárodních dohod.<sup>28</sup> Zároveň platí, že rozhodčí soudy nemají v zásadě možnost využít institut předběžné otázky<sup>29</sup> a jednotné uplatňování unijního práva nelze za těchto okolností zajistit ani ve fázi případného soudního přezkumu rozhodčího nálezu, neboť jeho rozsah je omezen.

Definice aplikovatelného práva se tedy pro slovensko-nizozemskou investiční dohodu stala kamenem úrazu, přičemž pojmenovaný problém se neomezuje pouze na ni, protože obdobná ustanovení se vyskytují i v dalších podobných dohodách. Problematické vymezení aplikovatelného práva by bylo možné do jisté míry zhojit upřesněním, že unijní právo může být rozhodčími soudy vzato v potaz pouze jako skutkové zjištění, čímž by byla respektována výlučná pravomoc Soudního dvora toto právo závazně vykládat. Na druhou stranu nelze odhlédnout od důrazu, který v rozsudku *Achmea* Soudní dvůr zároveň položil na zásadu vzájemné důvěry, jíž jsou si v unijním právním prostoru povinny členské státy. Vnitrounijní arbitráž se s touto zásadou příliš neseťkává, neboť investiční arbitráž je založena na nedůvěře v soudní systém „druhé“ strany, přičemž definice použitelného práva na tomto východisku mnoho nemění. V každém případě platí, že důsledkům rozsudku *Achmea* vtiskly poměrně jasný směr samotné členské státy, když na začátku roku 2019 jejich převážná část učinila prohlášení o svém úmyslu celý soubor vnitrounijních investičních dohod ukončit,<sup>30</sup>

přičemž tento úmysl dvacet tři členských států (včetně České republiky) konkretizovalo podpisem mnohostranné dohody o jejich ukončení.<sup>31</sup>

Otázka, jak nakládat s unijním právem mimo jeho domovskou základnu, by dle Soudního dvora naopak neměla vznikat před rozhodovacím orgánem, jehož zřízení předpokládá komplexní hospodářská a obchodní dohoda („CETA“).<sup>32</sup> Z pohledu unijního práva se jedná o tzv. smíšenou dohodu, neboť se jí na unijní straně účastní jak členské státy, tak Unie samotná. S ohledem na rozhodnutí ve věci *Achmea* vznikla otázka, zda obtočí zde předvídaná definice použitelného práva. Soudní dvůr na ni odpověděl kladně, a to proto, že z této definice bylo výslovně vyloučeno domácí právo, kterým je tedy třeba v daném kontextu rozumět i právo unijní.<sup>33</sup> K unijnímu právu tedy bude možné přihlížet (jakožto ke skutkové okolnosti), ale v žádném případě jej nebude možno vykládat. Jinými slovy řečeno, pokud je postaveno na jisto, že unijní právo bude nahlíženo pouze jako vnitrostátní právo členských států, a nikoliv rovněž jako jejich mezinárodní závazek, rozhodčí tribunál jej nebude moci závazně vykládat, a pravomoc Soudního dvora tudíž nebude ohrožena. V tomto ohledu si lze ostatně jen stěží představit, že by jakákoliv mezinárodní instance činila závěry ve věci legality vnitrostátního práva s ohledem na toto právo, a nikoli s ohledem na aplikovatelné mezinárodní normy.<sup>34</sup> To platí jak pro instrumenty tzv. nové generace, k nimž CETA patří, tak pro instrumenty starší, jakým je např. výše zmíněná slovensko-nizozemská dohoda, a to bez ohledu na ne příliš jasnou definici aplikovatelného práva a v ní obsažený odkaz na vnitrostátní právo.<sup>35</sup>

V kontextu mezinárodněprávního hodnocení jednání členských států je omezení unijního práva na jeho vnitrostátní aspekt vnímáno jako nástroj ochrany výlučné pravomoci Soudního dvora, a tedy jednotnosti unijního práva. Obdobně se Soudní dvůr ostatně

<sup>28</sup> *Slowakische Republik v. Achmea BV*, *supra* pozn. č. 5; 41–42.

<sup>29</sup> *Ibid*; 44–46.

<sup>30</sup> Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection. Dostupné na [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en), str. 4, bod 5.

<sup>31</sup> Dohoda o ukončení platnosti dvoustranných dohod o investicích mezi členskými státy Evropské unie, Úř. věst. L 169 (2020) str. 1.

<sup>32</sup> *Supra*, pozn. č. 15.

<sup>33</sup> Viz čl. 8.31 odst. 2 dohody CETA: „Tribunál není příslušný k tomu, aby posuzoval oprávněnost opatření, které údajně představuje porušení této dohody, podle domácího práva strany. [...] Posudek 1/17 Soudního dvora ze dne 30. 4. 2019, komplexní hospodářská a obchodní dohoda mezi Kanadou na jedné straně a Evropskou unií a jejími členskými státy na straně druhé (CETA) (EU:C:2019:341).“

<sup>34</sup> Viz např. rozsudek Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti ze dne 25. 5. 1926, *Polish Upper Silesia*, série A, č. 7, str. 19: „From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures. The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such: but there is nothing to prevent the Court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention.“

<sup>35</sup> Přihlížení k vnitrostátnímu či jinému „cizímu“ právu je ostatně běžné i v praxi samotného Soudního dvora. Viz *Komise v. Slovensko*, *supra* pozn. č. 19; 40: „[...] i když Soudní dvůr není příslušný k vykladu dohody o podpoře a vzájemné ochraně investic, je přesto třeba přezkoumat aspekty, které umožňují určit, zda tato dohoda stanoví pro Slovenskou republiku povinnost, která nemůže být podle čl. [351] prvního pododstavce [SFEU] dotčena ustanoveními Smlouvy o [FEU].“

vyjádřil v jiných souvislostech při posuzování otázky, zda členský stát porušil závazky plynoucí ze svého členství ve Světové obchodní organizaci („WTO“),<sup>36</sup> konkrétně pak z dohody GATS, která je spolu s ostatními dohodami WTO součástí unijního práva, neboť Unie se těchto dohod rovněž účastní.<sup>37</sup> Soudní dvůr s poměrně vzácným odkazem<sup>38</sup> na články Komise OSN pro mezinárodní právo („ILC“) o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání<sup>39</sup> konstatoval, že „kvalifikace jednání státu jako ‚mezinárodně protiprávního‘ spadá pouze do působnosti mezinárodního práva [a tedy] nemůže být ... ovlivněna kvalifikací ... na základě unijního práva“.<sup>40</sup> Zároveň připomněl, že ani Unie, ani členské státy se v rámci WTO nemohou dovolávat kvalifikace, kterou učiní Soudní dvůr, neboť by se tak v zásadě dovolávaly svého vnitrostátního práva, což je z hlediska mezinárodního práva vyloučeno.<sup>41</sup> Zdá se tedy, že dle názoru Soudního dvora je tak z mezinárodního hlediska třeba unijní právo považovat za vnitrostátní právo členských států, a tedy nikoli za jejich mezinárodní závazek.

Z hlediska mezinárodněprávního vnímání unijního práva se může jednat o zcela zásadní krok, respektive o zobecnění myšlenky, která se zdá být přítomna v posudku k dohodě CETA, a to pokud by mělo být aplikováno i mimo kontext mezinárodněprávních závazků, jichž se Unie a členské státy účastní společně. Toto vnímání bezpochyby zpřehledňuje situaci, protože se jím navrhuje, aby i z mezinárodněprávní perspektivy bylo unijní právo nahlíženo stejně, bez ohledu na to, zda se jej dovolává Unie nebo členský stát. Jakkoli je nicméně vnímání unijního práva jako práva „vnitrostátního“ tradičně na místě v případech, kdy se jej bude dovolávat Unie jakožto subjekt mezinárodního práva, ve vztahu k členským státům je odhlédnutí od jeho mezinárodněprávní dimenze, a tedy podřízení režimu čl. 27 Vídeňské úmluvy

o smluvním právu,<sup>42</sup> hypoteticky hendikepujícím rozhodnutím, pokud je členským státům vyčítáno porušení jejich mezinárodních povinností v důsledku provádění unijního práva, protože se tak zároveň omezují normativní účinky, které unijní právo může vyvolat jakožto závazek členských států.

Z příkladů uvedených níže nicméně plyne, že některé mezinárodní rozhodovací instance zachovaly k otázce povahy unijního práva jistou otevřenost, když mu přiznaly účinky, které standardní vnitrostátní právo vyvolat nemůže a které do jisté míry chrání právní pozici členských států.

### **K povaze unijních závazků členských států: mezinárodněprávní odpověď**

Pokud jednání států, kterým se provádějí povinnosti plynoucí z členství v mezinárodní organizaci, vede k mezinárodněprávnímu sporu, nastává otázka, komu za něj přičíst odpovědnost. Základní vodítko v tomto kontextu při absenci závazných psaných pravidel poskytují návrhy článků ILC o odpovědnosti mezinárodních organizací,<sup>43</sup> jejichž použití vůči Unii je nicméně předmětem diskuze<sup>44</sup> a Soudní dvůr na ně dosud neodkázal<sup>45</sup> (na rozdíl od návrhu článků ILC o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání<sup>46</sup>). Ve vztahu k Unii a členským státům vzniká zejména otázka, do jaké míry by přičítání mezinárodní odpovědnosti mělo odrážet vertikální a horizontální aspekty vztahu Unie a členských států, tj. za prvé skutečnost, že i v oblastech výlučných kompetencí Unie unijní právo vykonávají orgány členských států, a za druhé to, že obsah daného mezinárodního závazku se z unijního pohledu může týkat jak pravomoci Unie, tak pravomoci členských států.<sup>47</sup>

Mezinárodní účinky unijního práva byly v souvislosti s právní situací členských států

<sup>36</sup> Marrákešská dohoda o zřízení Světové obchodní organizace. UNTS 1867, 1868, 1869. Unii schválena dne 22. 12. 1994 rozhodnutím 94/800 o uzavření dohod jménem Evropského společenství s ohledem na oblast, které jsou v jeho pravomoci, v rámci Uruguayského kola mnohostranných jednání (1986–1994), Úř. věst. L 336 (1994) str. 1.

<sup>37</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 6. 10. 2020, *Komise v. Maďarsko (Vysokoškolské vzdělávání)* (C-66/18, EU:C:2020:792; 87 a 92).

<sup>38</sup> Viz také rozsudek ze dne 6. května 2010, *Walz* (C-63/09, EU:C:2010:251, 27) k pojmu újma v kontextu výkladu Montrealské úmluvy.

<sup>39</sup> Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II (Part Two).

<sup>40</sup> *Komise v. Maďarsko*, *supra* pozn. č. 37; 88.

<sup>41</sup> *Ibid.*; 90–91.

<sup>42</sup> „Strana se nemůže dovolávat ustanovení svého vnitrostátního práva jako důvodu pro neplnění smlouvy. [...]“

<sup>43</sup> Draft Articles on the Responsibility of International Organizations. *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two („ARIO“).

<sup>44</sup> Viz např. HOFFMEISTER, F. Litigating Against the European Union and Its Member States – Who Responds Under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations? *EJIL*, 2010, sv. 21, č. 3, str. 723; KUIJPER, P. J. Attribution – Responsibility – Remedy. Some comments on the EU in different international regimes. *Revue belge de droit international*, 2013, č. 1, str. 58–59; KUIJPER, P. J. – PAASIVIRTA, E. EU International Responsibility and its Attribution: from the Inside Looking Out. In: EVANS, M. – KOUTRAKOS, P. *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives*. Oxford 2013, str. 35.

<sup>45</sup> Nicméně Komise ano. Viz European Union Memorial on Jurisdiction and Request for Bifurcation. *Nord Stream 2 AG vs. European Union*, body 196 a 199–210 ze dne 15. 9. 2020, dostupné na <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11843.pdf>.

<sup>46</sup> Rozsudek *Komise v. Maďarsko (Vysokoškolské vzdělávání)*, pozn. *supra* 37.

<sup>47</sup> Viz např. pozice Evropské komise v rámci vypracování ARIIO, *Responsibility of international organizations*, A/CN.4/545, *Comments and observations received from international organizations*, str. 28–32 a zdroje citované *supra* pozn. 44.

diskutovány zejména před Evropským soudem pro lidská práva („ESLP“), rozhodovacími instancemi WTO a rozhodčími tribunály zřízenými na základě ECT. Pozornost, která byla v každém z těchto fór věnována otázce unijního práva, se liší a rozmanitá jsou i konkrétní zhodnocení mezinárodní odpovědnosti členských států za jednání, které nějakým způsobem souviselo s unijním právem.

## EÚLP

ESLP původně na rozpor závazků členských států Unie s povinnostmi dle EÚLP nahlížel skrze klasickou analýzu, jejíž podstatou je důraz na pravidlo, dle něhož přenos kompetencí smluvních stran na mezinárodní organizaci nezbavuje povinnosti přiznat práva zaručená dle EÚLP.<sup>48</sup> Jakkoliv toto pravidlo dále platí jako výchozí premisa, ESLP později svůj přístup podstatně modifikoval prostřednictvím institutu (vyvratitelné) domněnky srovnatelné ochrany lidských práv formulované v rozsudku *Bosphorus*.<sup>49</sup> Z ní plyne, že jednání států, které je prováděním práva mezinárodní organizace, je třeba považovat za slučitelné s EÚLP (a dále tedy není zkoumáno), pokud tato organizace chrání základní práva způsobem odpovídajícím standardům EÚLP. To je dle ESLP případ Evropské unie. Toto omezení rozsahu soudního přezkumu ze strany ESLP bylo v rozsudku *Bosphorus* podmíněno existencí účinné soudní kontroly a dále tím, že při provádění unijních povinností členské státy nedisponují prostorem pro uvážení. V rozsudku *Michaud*, týkajícím se provádění unijní směrnice, ESLP aplikaci domněnky nicméně vyloučil, a to nikoli s poukazem na existenci prostoru pro uvážení, ale s poukazem na skutečnost, že Soudnímu dvoru nebyla poskytnuta možnost se k věci vyjádřit a ochranu

příslušných práv zajistit v rámci systému unijního práva.<sup>50</sup> V rozsudku *Avotiņš*<sup>51</sup> ESLP ovšem potvrdil existenci obou podmínek s tím, že podmínku vztahující se k intervenci Soudního dvora nelze vykládat formalisticky jako vyžadující, aby mu za všech okolností byla položena předběžná otázka, neboť nutnost tak učinit záleží na okolnostech případu.

Modality případného unijního přistoupení k EÚLP<sup>52</sup> s největší pravděpodobností nastolí otázku, jak s institutem domněnky srovnatelné ochrany lidských práv naložit v kontextu společné celounijní účasti, nicméně v současné situaci je její existence potvrzena, čímž je v zásadě unijnímu právu, coby mezinárodnímu závazku členských států, poskytnuta podmíněná výjimka ze soudního přezkumu ESLP. To není ze strany ESLP vnímáno jako poskytnutí aplikační přednosti (případně nekompatibilním) závazkům dle unijního práva, ale primárně jako forma mezinárodní spolupráce mezi oběma právními systémy, která se projevuje snížením intenzity soudního dohledu, kdy ESLP soulad s EÚLP při splnění výše uvedených podmínek nezkoumá.<sup>53</sup>

## Světová obchodní organizace

Unijní účast v rámci WTO má dlouhou historii, v níž mnohé bylo určováno spíše faktickým vývojem než předem danými pravidly, a to počínaje účastí EHS v rámci fungování původní Všeobecné dohody (GATT).<sup>54</sup> Dnes je unijní účast ve WTO definována, stručně řečeno, jednak statusem Unie jakožto celní unie, která z povahy věci představuje výjimku z mnohostranných obchodních pravidel (za podmínek článku XXIV Všeobecné dohody), a jednak kombinovanou přítomností Unie a členských států. To platí i pro účel sporové agendy, která je upravena v Ujednání

<sup>48</sup> Rozsudek ESLP ze dne 18. 2. 1999, *Matthews v. Spojené království*, stížnost č. 24833/94. CE:ECHR:1999:0218JUD002483394. Viz také rozhodnutí Komise pro lidská práva ze dne 10. 5. 1979, *Alliance des Belges de la Communauté européenne*, stížnost č. 8612/79, CE:ECHR:1979:0510DEC000861279 a ze dne 9. 12. 1987, *Tête v. Francie*, stížnost č. 11123/84, CE:ECHR:1987:1209DEC001112384 a rozsudek ESLP ze dne 15. 11. 1996, *Cantoni v. Francie*, stížnost č. 17862/91 CE:ECHR:1996:1115JUD001786291. Obecněji k otázce přičitatelnosti odpovědnosti v tomto kontextu viz ŠTURMA, P. State Responsibility and the European Convention on Human Rights. *Czech Yearbook of International Public & Private Law*, sv. 11 (2020), str. 3.

<sup>49</sup> Rozsudek ESLP ze dne 30. 6. 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS v. Irsko*, stížnost č. 45036/98, CE:ECHR:2005:0630JUD004503698; 72, 155-157. Viz také rozhodnutí Komise pro lidská práva ze dne 9. 1. 1990, *M & Co. v. Německo*, stížnost č. 13258/87, CE:ECHR:1990:0209DEC001325887.

<sup>50</sup> Rozsudek ESLP ze dne 6. 12. 2012, *Michaud v. Francie*, stížnost č. 12323/11, CE:ECHR:2012:1206JUD001232311; 112-115. Viz dále rozhodnutí ESLP ze dne 10. 10. 2006, *Coopérative des Agriculteurs de Mayenne v. Francie*, stížnost č. 16931/04, CE:ECHR:2006:1010DEC001693104; rozsudek ESLP ze dne 21. 1. 2011 *M. S. S. v. Belgie a Řecko*, stížnost č. 30696/09; rozhodnutí ESLP ze dne 18. 6. 2013, *Povse v. Rakousko*, stížnost č. 3890/11, CE:ECHR:2013:0618DEC000389011; 76-83 a ze dne 4. 11. 2014, *Tarakhel v. Švýcarsko*, stížnost č. 29217/12 CE:ECHR:2014:1104JUD002921712; 88-90; a rozsudek ESLP, 7. 6. 2018, *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Irsko*, stížnost č. 44460/16, CE:ECHR:2018:0607JUD004446016, odst. 110-112.

<sup>51</sup> Rozsudek ESLP ze dne 23. 5. 2016, *Avotiņš v. Lotyšsko*, stížnost č. 17502/07, CE:ECHR:2016:0523JUD001750207; 105. Viz také rozsudek ESLP ze dne 21. 11. 2019, *Ilias and Ahmed v. Maďarsko*, stížnost č. 47287/15, CE:ECHR:2019:1121JUD004728715; 95-97.

<sup>52</sup> Jednání o přistoupení byla obnovena, jak plyne ze společného prohlášení Evropské komise a Rady ministrů ze dne 29. 9. 2020. Dostupné na [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_20\\_1748](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1748).

<sup>53</sup> *Michaud*, *supra* pozn. č. 50; 104: „This presumption [...] is intended, in particular, to ensure that a State Party is not faced with a dilemma when it is obliged to rely on the legal obligations incumbent on it as a result of its membership of an international organisation which is not party to the Convention and to which it has transferred part of its sovereignty, in order to justify its actions or omissions arising from such membership vis-à-vis the Convention. It also serves to determine in which cases the Court may, in the interests of international cooperation, reduce the intensity of its supervisory role [...]“

<sup>54</sup> Např. DUPENDANT, J. L'Union européenne devant l'Organe de règlement des différends. In: Benlolo-Carabot, M. – Candaş, U. – Cujo, E., c. d., pozn. č. 3, str. 482; FLETT, J., The World Trade Organization and the European Union and its Member States in the WTO. In: Nollkaemper, P. A. – Plakokefalos, I. *The practice of shared responsibility in international law*. Cambridge 2017, str. 849.



o řešení sporů a která spočívá na řízení před *ad hoc* zřizovanými panely a stálým Odvolacím orgánem.<sup>55</sup>

V tomto kontextu se klade otázka, zda a jakým způsobem mezi unijní aktéry dělit mezinárodní odpovědnost, přičemž pravidla WTO tuto otázku žádným způsobem neřeší a ani nevyžadují, aby Unie deklarovala (a průběžně aktualizovala) stav rozdělení relevantních pravomocí mezi sebe a členské státy. Jak Unie, tak členské státy jsou každý samostatným členem WTO a ostatní smluvní strany se tedy při řešení sporů mohou v zásadě obracet proti kterémukoliv z nich. Viděno prizmatem pravidel WTO může stejně tak každý z nich podobný spor zahájit, nicméně v případě členských států by se v zásadě jednalo o porušení unijní pravomoci v oblasti společné obchodní politiky (čl. 207 SFEU) a povinnosti loajální spolupráce dle čl. 4 odst. 3 TEU.

V praxi každopádně platí, že jako žalobci členské státy samostatně nevystupují.<sup>56</sup> Zda se objeví v roli žalovaných stran, záleží na tom, zda je za takové označí žalobce. Od založení WTO byly členské státy samostatně žalovány ve 12 případech. Dále bylo 6 případů zahájeno kombinovaně proti Unii a jednomu či více členským státům, a to buď v rámci jedné stížnosti, či několika,<sup>57</sup> přičemž orgány WTO pro tento okamžik rozhodly ve dvou z těchto sporů.

Ve sporu *Computer Equipment*, který zahájily Spojené státy americké samostatnými stížnostmi podanými nejdříve pouze proti Unii (v souvislosti s unijním nařízením zavádějícím sporné celní zařazení) a později také proti Spojenému království a Irsku (v souvislosti s akty jejich celních úřadů), Spojené státy požadovaly, aby bylo určeno, která strana má v dané věci nést odpovědnost. Panel (tj.

prvostupňová rozhodovací instance) však svou analýzu zastavil u konstatování porušení ze strany Unie a nepovažoval za nutné se dále zabývat otázkou odpovědnosti ve vztahu k oběma členským státům.<sup>58</sup> Úvahy panelu jsou spíše pragmatické a k teoretickým otázkám přičítání odpovědnosti se koncepčně nevyjadřují. Ze skutečnosti, že orgány členských států v zásadě označil za celní orgány Unie, by bylo nicméně možné dovodit zohlednění výše zmíněného vertikálního aspektu vnitrounijních vztahů, respektive teorii exekutivního federalismu.<sup>59</sup> Podobně to, že odpovědnost byla deklarovaná pouze vůči Unii, lze vnímat jako promítnutí horizontálního dělení pravomocí, respektive výlučné pravomoci Unie v oblasti cel. Naproti tomu ve sporu *EC and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*<sup>60</sup> panel odmítl za pasivně legitimovaný subjekt označit toliko Unii a konstatoval, že skutečnost, že žalované členské státy učinily rozhodnutí ve sporu nevystupovat samostatnými podáními, nemění nic na jejich postavení žalovaných stran.

V každém případě platí, že neunijní členové WTO v rámci sporové agendy až na výjimky respektují vnitrounijní dělení pravomocí, respektive bez ohledu na tuto otázku si volí jako svého protivníka Unii a gesce sporů je tak v zásadě v rukou Evropské komise, přičemž není známo, že by se Unie v tomto kontextu přičtení odpovědnosti bránila.<sup>61</sup> Naopak, opakovaně vyjadřuje vůli v daném kontextu nést odpovědnost, což rozhodovací orgány WTO vzaly výslovně v potaz,<sup>62</sup> přičemž tato vůle se může projevit i ve stadiu notifikace dohody či příslušného opatření nápravy.<sup>63</sup> Jakkoliv tedy není vyloučeno, aby byla odpovědnost přičtena i členským státům, v praxi se tak v zásadě neděje. Důvodem

<sup>55</sup> K jejich povaze viz např. WEILER, J. H. H. *The Rule of Law and Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*. (2001) *JWT*, str. 193.

<sup>56</sup> Samostatné spory zahájily pouze Česká republika (1), Maďarsko (5) a Polsko (3), ale ve všech případech před svým přistoupením k Unii. Ve sporu, který zahájilo Dánsko, nejednalo jako členský stát Unie, ale jménem Faerských ostrovů. *EU – Measures on Atlanto-Scandian Herring*, DS469 (ukončeno vzájemnou dohodou 21. 8. 2014). Pro srovnání, Unie zahájila přibližně stovku sporů. Údaje jsou aktuální k 15. 11. 2020.

<sup>57</sup> Jedná se o věci *Customs Classification of Certain Computer Equipment* (DS67, DS68, DS69); *EC and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft* (DS316 a DS347); *EU and a Member State – Certain Measures Concerning the Importation of Biodiesels* (DS443); *EU and certain Member States – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector* (DS452); *EU and a Member State – Seizure of Generic Drugs in Transit* (DS408 a DS409). Pro srovnání, sedmdesát pět případů bylo zahájeno proti Unii. Údaje jsou aktuální k 15. 11. 2020.

<sup>58</sup> *EC-Customs Classification of Certain Computer Equipment*, Panel Report WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R (22. 6. 1998) 8.72. Viz také *EC-Selected Customs Matters*, Panel Report WT/DS/DS315/R (11. 12. 2006); 7.553.

<sup>59</sup> Pojem, který zazněl později. Viz *EC-Selected Customs Matters*, *supra* pozn. č. 58; 2.13: „Community customs law is executed by the national authorities of the member States. This arrangement is referred to as executive federalism“. Viz také bod 8.16. Pro diskuzi viz KUIJPER, J., c. d., pozn. č. 44, str. 66 a ARIÓ, pozn. č. 43, komentář k čl. 9, odst. 3.

<sup>60</sup> *EC and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, Panel Report WT/DS316/R (30.6. 2010) 7.169–177, zejména 1.176.

<sup>61</sup> KUIJPER, P. J. *Amsterdam Center for International Law: Introduction to the Symposium on Responsibility of International Organizations and of (Member) States: Attributed or Direct Responsibility or Both?* *IOLR* (2010) sv. 7, č. 1, str. 20. HOFFMEISTER, F. *Outsider or Frontrunner? Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organizations and Treaty Bodies*. *CMLRev* (2007) sv. 44, str. 43. Fleit, c. d., pozn. č. 54, str. 902.

<sup>62</sup> *EC – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, *supra* pozn. č. 58, 4.11.

<sup>63</sup> *Belgium – Administration of Measures Establishing Custom Duties for Rice*, WT/DS210/1, spor ukončen vzájemnou dohodou dne 2. 1. 2002, která byla notifikovaná Evropskou unií.



může být i skutečnost, že není patrné, jakou přidanou hodnotu může s ohledem na prostředky nápravy dostupné v systému WTO přinést paralelní (nebo samostatné) vyslovení odpovědnosti členského státu.<sup>64</sup>

Kvalifikace unijního práva, a tedy výkladová pravomoc panelů a Odvolacího orgánu ve vztahu k němu, není dohodami WTO žádným způsobem upravena.<sup>65</sup> Zároveň z dostupných materiálů neplyne, že by v proběhnutých sporech členské státy vznesly argument směřující k neaplikaci svých závazků v důsledku nutnosti provést unijní právo, respektive takový argument by diskuzi vzhledem k účasti Unie v daném sporu pouze posunul na úroveň posuzování slučitelnosti příslušného unijního aktu, a tedy slučitelnosti jednání Unie s jejími závazky v rámci WTO. V důsledku společné přítomnosti Unie a členských států a opakovaně projevované vůle Unie v rámci sporů vystupovat je tak unijní právo *implicitě* nahlíženo, zdá se, jako vnitrostátní právo členských států, aniž by tato otázka byla diskutována.<sup>66</sup>

### Smlouva o energetické chartě

Podobně jako Dohody WTO je i ECT jakožto smíšená smlouva součástí unijního práva<sup>67</sup> a zároveň instrumentem obsahujícím mechanismus řešení sporů, přičemž v tomto případě se jedná o investiční arbitráž. Na rozdíl od situace ve WTO, kde pravidelně vystupuje, Unie až do nedávné doby nebyla nikdy na tomto základě žalována,<sup>68</sup> přičemž podobné štěstí nemělo dvanáct členských států, jichž se týká 92 ze 134 (známých) sporů, které byly v tomto rámci zahájeny.<sup>69</sup> Až na výjimky se jedná o tzv. vnitro-unijní arbitráž, tedy o spory mezi investorem domicilovaným v jednom členském státě Unie a jiným unijním státem. V závislosti na konkrétní litigační strategii žalovaného státu, nežádka podpořeného Evropskou komisí, bylo na unijní právo odkazováno jak v rámci jurisdikčních námitek, tak

ve věci samé. Stručně řečeno, podstatou těchto argumentů bylo tvrzení, že unijní právo mezi členskými státy nahradilo obsah ECT včetně ustanovení o řešení sporů. V tomto kontextu se dále vedla diskuze o definici aplikovatelného práva a o tom, zda unijní právo je ve vztahu k danému žalovanému členskému státu třeba považovat za součást použitelného práva ve smyslu čl. 26 odst. 6 ECT, který předvídá, že rozhodčí soudy rozhodují podle ECT a použitelných pravidel a zásad mezinárodního práva.

Ve věci *AES* bylo unijní právo kvalifikováno jako právo „dvojí povahy“, a to s ohledem na svoji současnou povahu mezinárodního práva a vnitrostátního právního pořádku. Z obou možností rozhodčí soud použil tu druhou, z čehož vyplynul závěr, že s unijním právem je třeba nakládat jako se skutkovým zjištěním.<sup>70</sup> Daná věc se týkala rozhodnutí Maďarska snížit výkupní ceny elektřiny původně garantované provozovatelům elektráren jako protihodnota investovaných prostředků. V této věci nebyly na základě unijního práva vzneseny žádné jurisdikční námitky, nicméně ve věci samé Maďarsko uvedlo, že snížení cen bylo mj. důsledkem tlaku ze strany Evropské komise, která je označila za nedovolenou veřejnou podporu. K tomu rozhodčí soud uvedl, že pokud by unijní právo důvodem snížení skutečně bylo, šlo by o legitimní důvod změny, nicméně toto tvrzení nakonec vyhodnotil jako skutkově neprokázané<sup>71</sup> a žalobu investora zamítl z jiných důvodů.

Později ve věci *Electrabel* bylo unijní právo kvalifikováno jako právo „mnohé povahy“, které může operovat na třech úrovních: jako mezinárodní právo, jako *sui generis* právní pořádek Unie a dále jako součást vnitrostátního práva. V rámci detailní analýzy vztahu unijního práva a ECT si z této „mnohokostí“ unijního práva rozhodčí soud vybral jeho „nezpochybnitelnou“<sup>72</sup> mezinárodněprávní dimenzi, a na rozdíl od rozhodčího soudu ve věci *AES* s ním tedy nenakládal jako se

<sup>64</sup> FLETT, J., c. d., pozn. č. 54, str. 902; KUIJPER, P. J., c. d., pozn. č. 44.

<sup>65</sup> Dle čl. 1.1 a 7.2 Ujednání o řešení sporů tyto orgány aplikují dohody uvedené v příloze 1, respektive „jiné dohody“, na něž strany sporu odkáží.

<sup>66</sup> Ve zpětném pohledu tedy v souladu s pozicí, kterou v zásadě vyjádřil Soudní dvůr ve věci *Komise v. Maďarsko*, *supra*, pozn. č. 37.

<sup>67</sup> Rozhodnutí Rady a Komise ze dne 23. 9. 1997 o uzavření Smlouvy o energetické chartě a Protokolu k energetické chartě o energetické účinnosti a souvisejících ekologických hlediscích Evropskými společenstvími, Úř. věst. L 69 (1998), str. 1.

<sup>68</sup> Viz probíhající spor *Nord Stream 2 AG v. The European Union*, PCA Case No 2020-07, týkající se změny směrnice 2009/73 o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem. Dále se v roce 2019 na Unii (a na Lotyšsko) obrátilo několik investorů mj. z Velké Británie v souvislosti s opatřeními v oblasti bankovní regulace. Zpráva Komise Evropskému parlamentu a Radě o provádění nařízení (EU) č. 912/2014 o finanční odpovědnosti v souvislosti s řešením sporů mezi investorem a státem v souladu s mezinárodními dohodami, jichž je Evropská unie stranou, COM(2019) 597 final, 19. 11. 2019. K tomu viz dále dokumenty dostupné na [https://trade.ec.europa.eu/doclib/cfm/doclib\\_section.cfm?sec=802](https://trade.ec.europa.eu/doclib/cfm/doclib_section.cfm?sec=802).

<sup>69</sup> Toto číslo je aktuální k 20. 11. 2020 a týká se pouze sporů, jejichž existence byla oznámena sekretariátu ECT. Dostupné na <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/>.

<sup>70</sup> *AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erőmű Kft v. Maďarsko* (ICSID) č. ARB/07/22, rozhodčí náleze ze dne 23. 9. 2010; 7.6.6.

<sup>71</sup> *Ibid*; 10.3.15-10.3.19.

<sup>72</sup> *Electrabel S. A. v. Maďarsko* (ICSID) č. ARB/07/19, rozhodnutí ze dne 30. 11. 2012 o příslušnosti, rozhodném právu a odpovědnosti; 4.20, 4.116-4.126. Viz také *Eureko B. V. (později Achmea B. V.) v. Slovenská republika* (UNCITRAL) (PCA č. 2008-13), rozhodčí náleze ze dne 26. 10. 2010 o příslušnosti, přípustnosti a přerušení řízení; 279.

skutkovým zjištěním, ale jako se součástí právního rámce.<sup>73</sup> V tomto ohledu dále konstatoval, že kdyby se ukázalo (*quod non*), že mezi unijními závazky a ECT existuje rozpor, pak by unijnímu právu svědčila aplikační přednost, neboť představuje vzhledem k dotčeným členským státům (žalovanému Maďarsku a Belgii jakožto státu žalujícího investora) časově pozdější závazek.<sup>74</sup>

Věc se týkala mj. předčasného ukončení dlouhodobé smlouvy o prodeji kapacity a elektrické energie, a to v návaznosti na rozhodnutí Evropské komise, v němž byla tato smlouva označena za nedovolenou veřejnou podporu. Unijní právo v ní bylo vedle zmíněné otázky aplikovatelného práva dále analyzováno jak na úrovni jurisdikčních námitek, tak ve věci samé, přičemž jurisdikční námítky byly vznesené Evropskou komisí intervenující jako strana neúčastníci se sporu (*amicus curiae*). Ta uvedla, že daná věc spadá částečně do pravomoci Unie a jejích soudů. Vnitrounijní investiční arbitráž ostatně není dle jejího názoru v tomto rozsahu možno zahájit ani s ohledem na samotnou ECT, neboť ta nepřipouští, aby investor žaloval stát, na jehož území je sám domicilován, přičemž Komise toto pravidlo analogicky vztáhla i na vnitrounijní vztahy.<sup>75</sup> Ani jeden z těchto argumentů rozhodčí soud nepřesvědčil, nicméně ten ve věci samé uzavřel, s poukazem na unijní povinnost loajální spolupráce (čl. 4 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii) a na článek 6 návrhu článků ILC o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní jednání,<sup>76</sup> že v rozsahu, v němž žalované Maďarsko plnilo povinnosti plynoucí ze zmíněného rozhodnutí Komise, nemohlo založit svou mezinárodněprávní odpovědnost.<sup>77</sup>

Tato úvaha teoreticky zásadně omezuje mezinárodní odpovědnost členského státu za jednání, které je prováděním jeho unijních povinností, nicméně rozhodčí soud z ní nevylučil žádné důsledky, neboť konstatoval, že provedením požadavků výše zmíněného rozhodnutí Komise Maďarsko neporušilo standardy zacházení dle ECT.

V následující praxi rozhodčí soudy některé ze závěrů ve věci *Electrabel* vzaly za své, přičemž konkrétní pojetí vztahu obou systémů a úvahy k mezinárodní odpovědnosti členských států v důsledku provádění unijního práva dále rozvinuly v různých variacích. Do kategorie převzatého pro tento okamžik spadá konstatování mnohojakosti (respektive dvojakosti) unijního práva.<sup>78</sup> Rovněž se zdá být potvrzeno konstatování slučitelnosti unijního práva a ECT,<sup>79</sup> čemuž dle rozhodčích soudů nebrání vnitrounijní povaha příslušných sporů, neboť ty dle jejich mínění ECT nevyklučuje. V této souvislosti byl použit pojem domněnky slučitelnosti, a to jako součást úvah potvrzujících pravomoc rozhodčího tribunálu,<sup>80</sup> a tedy nikoliv jako nástroj omezení rozsahu přezkumu, jako tomu je u domněnky srovnatelné ochrany práv v rámci judikatorní linie *Bosphorus* před ESLP.<sup>81</sup> Na druhou stranu se nezdá, že by rozhodčí soudy znovu zopakovaly tezi o nemožnosti vzniku mezinárodní odpovědnosti členského státu v důsledku provádění unijních povinností. Podobně nebyl zatím převzat závěr o aplikační přednosti unijního práva v případě (hypotetického) konfliktu. V tomto ohledu zazněl naopak názor, že přednost musí být dána pravidlům ECT, která jsou pro investora výhodnější, neboť ECT na rozdíl od unijního práva předvídá investiční arbitráž.<sup>82</sup>

Další prvek tohoto právního rámce tvoří reakce rozhodčích soudů na rozsudek Soudního dvora ve věci *Achmea*, jejichž podstatou je to, že se jím necítí být dotčeny, neboť se týká „úzce vymezeného problému“,<sup>83</sup> respektive ustanovení o použitelném právu dvojstranné investiční dohody, což není případ ECT, která je mnohostranným instrumentem.<sup>84</sup> K tomu je třeba uvést, že dvoustranná či mnohostranná povaha mezinárodní smlouvy nemění nic na případné problematičnosti definice použitelného práva, a tedy na problému, který vnitrounijní arbitráž představuje z hlediska unijního požadavku vzájemné důvěry, na nějž Soudní dvůr odkázal v rozsudku *Achmea*.

<sup>73</sup> Nicméně viz *Electrabel*, *supra* pozn. č. 72; 4.127-4.129 a 4.195. Komise v této věci argumentovala, že s unijním právem je třeba nakládat jako s právem mezinárodním, *ibid*; 4.102.

<sup>74</sup> *Electrabel*, *supra* pozn. pod č. 72, 4.172-4.196. Tento závěr byl nicméně subsidiární, neboť dle rozhodčího soudu se ECT a unijní právo netýkají stejného předmětu (4.176). Dále jej každopádně nelze použít na situace, v nichž oba dotčené členské státy Unii (respektive EHS) založily nebo k ní přistoupily předtím, než ECT spatřila světlo světa.

<sup>75</sup> *Electrabel*, *supra* pozn. č. 72; 5.9 *et seq.*

<sup>76</sup> „The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed.“

<sup>77</sup> *Electrabel*, *supra* pozn. č. 72, 6.72-76: „The Tribunal considers that it would be absurd if Hungary could be liable under the ECT for doing precisely that which it was ordered to do by a supranational authority whose decisions the ECT itself recognizes as legally binding on Hungary.“

<sup>78</sup> *Blusun S. A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italie* (ICSID) č. ARB/14/3, náleží ze dne 27. 12. 2016; 278.

<sup>79</sup> *Ibid*; 286; *CEF Energia B.V. v. Itálie*, SCC Arbitration (2015/1580), náleží ze dne 16. 1.2019; 63-64.

<sup>80</sup> *Blusun*, *supra* pozn. č. 78; 277-309, zejm. 286.

<sup>81</sup> *Bosphorus*, *supra* pozn. č. 49; 150-158.

<sup>82</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Španělsko* (ICSID) č. ARB/14/1, rozhodčí náleží ze dne 16. 5. 2018; 332.

<sup>83</sup> *CEF Energia B.V.*, *supra* pozn. č. 79; 62, 74-100.

<sup>84</sup> *Masdar*, *supra* pozn. č. 82; 678-679.

Analýza rozhodčích soudů v tomto ohledu vesměs přechází mlčením skutečnost, že čl. 26 odst. 6 ECT použitelné právo definuje mj. poukazem na mezinárodní právo, aniž by se v tomto ohledu řešila povaha unijního práva, což bylo součástí problému identifikovaného ve věci *Achmea*. Jediným zásadním rozdílem mezi oběma situacemi je účast samotné Unie na ECT a z toho plynoucí závěr, že tato je nedílnou součástí unijního práva. Z této skutečnosti však pro otázku slučitelnosti vnitrouijní arbitráže s unijním právem mnohé neplyne a výše zmíněná rezistence rozhodčích tribunálů může v závislostech na okolnostech případu celý problém pouze časově odsunout do fáze výkonu nálezu, pokud ten bude probíhat na území Unie. Každopádně lze očekávat, že diskuze bude v tomto ohledu pokračovat před Soudním dvorem, až ten dostane možnost se k této otázce vyjádřit, k čemuž jej nedávno vyzvala belgická žádost o posudek ve věci modernizace ECT.<sup>85</sup> Tématu se také přiblížila probíhající kauza *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie)*<sup>86</sup> o změnách italské úpravy pobídek v odvětví fotovoltaické energie. Otázka aplikace ECT se zde nicméně klade pouze s ohledem na vztah mezi investorem a jeho členským státem, zatímco skutečné otazníky se vznášejí nad přeshraničními vnitrouijními spory, respektive nad spory, které by zahájili unijní investoři proti Unii.<sup>87</sup> Na mezinárodní úrovni lze pak očekávat další vývoj v rámci historicky prvního sporu, který byl zahájen přímo proti Evropské unii<sup>88</sup> a v němž se Unie žalobě švýcarského investora brání mj. jurisdikční námitkou *ratione personae*, založenou na tvrzení, že napadené opatření je unijní směrnice, z níž žalobci nemohou plynout žádné povinnosti, neboť ty mohou být formulovány pouze německou provádějící úpravou.<sup>89</sup> S odkazem na návrhy článků ILC o odpovědnosti mezinárodních organizací<sup>90</sup> Unie uvádí, že vnitrostátní implementace však Unii nemůže být z mezinárodněprávního hlediska přičtena, přičemž případné porušení ECT, které tato implementace založí, není něčím, co by unijní právo vyžadovalo. Jinými slovy řečeno, členské státy

jsou samostatnou smluvní stranou ECT, a žalobce se tedy musí obrátit na ně...<sup>91</sup>

## Závěrem

Diskuze o povaze unijního práva a jeho odlišnostech od práva mezinárodního doprovází tento právní pořádek v zásadě od jeho vzniku, přičemž vyjádřená pozice do jisté míry odráží to, zda je nahlížen z pozice unijního či mezinárodního práva. Se značnou dávkou zjednodušení lze říci, že zatímco první perspektiva vnímá unijní právo jako specifický právní pořádek, který se kvalitativně zcela odlišuje od mezinárodního práva, pro druhou se jedná o příklad pořádku, který mezinárodní právo dovedl do mimořádně úspěšné variace, a přitom zůstává jeho součástí. Podobná rozlišení mají nicméně význam pouze v daném kontextu, respektive s ohledem na důvod, pro nějž jsou činěna. Se stejnou dávkou zjednodušení lze říci, že unijní právo provází snaha vyloučit některé normy mezinárodního práva, které Unii přímo nezavazují, ze svého vnitřního prostoru, kde jsou v některých souvislostech vnímány jako hrozba pro jeho účinné působení, přičemž v tomto prostoru je unijní právo z povahy věci schopno samo sebe ochránit.<sup>92</sup> Za hranami jeho normativních hranic tato schopnost pochopitelně mizí. Jak Unie, tak členské státy zde zůstávají subjekty mezinárodního práva, které se tímto právem musejí v příslušných situacích řídit. Vzhledem ke kvantitativnímu i kvalitativnímu významu unijního práva v právním pořádku členských států nicméně roste počet situací, v nichž provádění unijního práva pro členské státy přináší mezinárodněprávní důsledky. V tomto kontextu se pak nejedná o to, vyjmout členské státy nebo Unii z působení aplikovatelných pravidel mezinárodního práva, ale o to, najít v jejich rámci praktická řešení reflektující specifický vnitrouijní model dělení a sdílení pravomocí.<sup>93</sup>

Výše zmíněné případy dobře demonstrují skutečnost, že konkrétní kvalifikace unijního práva nemá jen teoretický význam, ale předjíká odpověď na řešení normativních konfliktů a obdobných situací, v nichž se unijní

<sup>85</sup> Posudek 1/20, žádost na základě čl. 218 odst. 11 SFEU ze dne 3. 12. 2020.

<sup>86</sup> Viz stanovisko generálního advokáta Saugmandsgaarda Øe ve spojených věcech *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie)* a další (C-798/18 a C-799/18, EU:C:2020:876). Viz také probíhající věc C-741/19, v níž se pařížský odvolací soud dotazuje na výklad několika ustanovení ECT. Úř. věst. C413 (2019), str. 34.

<sup>87</sup> Viz nicméně bod 92 stanoviska citovaného *supra*, pozn. č. 86 „[C]ílem článku 10 Energetické charty je ochrana, v unijním právním řádu, investorů jiných smluvních stran, tedy třetích států, které jsou rovněž smluvními stranami této charty, a to na celém území Unie. Naproti tomu se domnívám, že tohoto ustanovení se nemohou dovolávat investoři Unie vůči orgánům Unie nebo vůči členským státům.“

<sup>88</sup> Viz *supra*, pozn. č. 68.

<sup>89</sup> Viz podání Unie, pozn. *supra* č. 45, zejména body 4 a 123–211.

<sup>90</sup> *Supra* pozn. č. 43.

<sup>91</sup> V tomto smyslu podání Unie, pozn. *supra* č. 45, bod 210.

<sup>92</sup> K místu mezinárodního práva v unijním právním pořádku viz MALENOVSKÝ, J., c. d., pozn. *supra* č. 3.

<sup>93</sup> Viz LIČKOVÁ, M. *European Exceptionalism in International Law*. 19 *EJIL* (2018), str. 463.

a mezinárodní právo setkávají. Z tohoto hlediska má kvalifikace unijního práva význam ze dvou praktických důvodů.

V rámci vedení konkrétního sporu je nejprve nutné určit, kdo je k němu na „unijní straně“ (zejména pasivně) legitimován. Zde se klade otázka, do jaké míry může unijní právo určovat, kterému z unijních aktérů má být namítané porušení mezinárodních povinností přičteno. Má být tato otázka vyřešena poukazem na vnitrouijní rozdělení pravomocí, či na základě obecných mezinárodněprávních pravidel? V tomto ohledu se praxe liší, a to podle konkrétního fóra, kde je o sporu rozhodováno, přičemž z posudku Soudního dvora 2/13 jasně plyne požadavek, aby tato otázka byla řešena na úrovni Unie, neboť jinak by se „naruš[ilo] rozdělení pravomocí mezi Unii a její členské státy“.<sup>94</sup> Mezinárodněprávní analýza nicméně nemusí dojít ke stejnému výsledku jako analýza unijní a bezvýhradné uplatnění tohoto požadavku unijního práva je v zásadě podmíněno existencí specifického smluvního ustanovení, které by jej zohlednilo. Takový smluvní základ byl vtělen zejména do recentních instrumentů, jako jsou CETA<sup>95</sup> či investiční dohoda se Singapurem,<sup>96</sup> přičemž ty v tomto ohledu rozvíjejí starší příklad Úmluvy OSN o mořském právu.<sup>97</sup> V jiných instrumentech, jako jsou ECT nebo dohody WTO, však takový smluvní základ neexistuje. Zatímco v rámci WTO se situace faktickou cestou vyvinula směrem,

který v zásadě respektuje vnitrouijní dělení pravomocí, nad současným fungováním ECT se vznášejí otazníky, a to nejen na úrovni teoretického vyjádření vztahu k unijnímu právu, ale zejména na úrovni realizace práv, která z této smlouvy plynou.

Za druhé, a ve věci samé, nastavení vztahu mezi unijním právem a aplikovatelnými pravidly mezinárodního práva určuje, zda unijní právo může s těmito pravidly normativně soutěžit, což je možné pouze tehdy, pokud bude z vnějšího pohledu nahlíženo ve své mezinárodní dimenzi, a tedy jako jeden z mezinárodních závazků členských států. Pokud se jej naopak dovolává sama Unie, pak je takový pohled z povahy věci vyloučen, protože unijní právo, ať sekundární či primární, nelze považovat za její mezinárodní závazek, ale za právní pořádek srovnatelný s domácím pořádkem jiného subjektu mezinárodního práva. Ve výše uvedených příkladech týkajících se členských států mezinárodní praxe osciluje mezi oběma uvedenými možnostmi, přičemž Soudní dvůr se přiklonil k externímu vnímání unijního práva jakožto součásti vnitrostátního pořádku členských států. Pokud by příslušné mezinárodní rozhodovací instance přijaly tento přístup za vlastní, projevíly by tak vůli vnímat Unii a členské státy jako jeden útvar, nicméně pravděpodobně za cenu oslabení normativní pozice členských států, a to zejména mimo smíšené situace zahrnující účast Unie.

<sup>94</sup> Viz posudek Soudního dvora 2/13 ze dne 18. 12. 2004, přistoupení Evropské unie k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (EU:C:2014:2454, 229–231).

<sup>95</sup> Čl. 8.21 Dohody CETA, *supra* pozn. č. 15.

<sup>96</sup> Čl. 3.5 odst. 2–4, *supra* pozn. č. 15.

<sup>97</sup> Úmluva OSN o mořském právu, respektive čl. 6(2) její přílohy IX. Uzavřena dne 10. 12. 1982, 1833 *UNTS* str. 3. „Každý účastnický stát může požádat mezinárodní organizaci nebo ty její členské státy, které jsou účastnickými státy, aby poskytly informace o tom, kdo nese odpovědnost v jakékoli konkrétní záležitosti. Organizace a její dotčené členské státy takové informace poskytnou. Neposkytnutí takové informace v přiměřené lhůtě nebo poskytnutí rozporuplné informace má za následek solidární odpovědnost.“