

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

M. POIARESE MADURA

přednesené dne 10. července 2008¹

1. Projednávané věci se týkají investičních dohod uzavřených Rakouskem nebo Švédskem na jedné straně a různými třetími zeměmi na straně druhé, na základě kterých je investorům zaručen převod kapitálu spojeného s jejich investicemi.

3. Rakousko a Švédsko jsou tudíž „viněny z toho“, že zachovávaly volný pohyb kapitálu do a ze třetích zemí příliš horlivě. Tento zjevný paradox není nicméně hlavní otázkou v projednávaných věcech. I když čl. 57 odst. 2, článek 59 a čl. 60 odst. 1 ES omezení volného pohybu kapitálu povolují, musí Společenství taková omezení ve vztahu k dotčeným třetím zemím teprve zavést. Jak dalece mohou být Rakousko a Švédsko odpovědné za neodstranění neslučitelnosti, ke které zřejmě ještě nedošlo?

2. Všechny tyto dvoustranné investiční dohody předcházely přistoupení Rakouska a Švédska, a tudíž se na ně vztahuje článek 307 ES. Podle tohoto článku jsou Rakousko a Švédsko povinny použít všech vhodných prostředků k odstranění jakékoliv neslučitelnosti s právem Společenství obsažené v těchto dohodách. Komise tvrdí, že Rakousko a Švédsko nesplnily tuto povinnost, jelikož jejich dohody nestanoví omezení volného pohybu kapitálu do a ze třetích zemí stanovená v čl. 57 odst. 2, článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES, a ani nepřijaly kroky k nápravě této situace.

I – Skutkový a právní rámec

4. Rakousko před svým přistoupením k Evropské unii uzavřelo několik dvoustran-

1 — Původní jazyk: angličtina.

ných investičních dohod se třetími zeměmi². Tyto dohody obsahují takzvanou „doložku o převodu“, která zaručuje všem investorům volný převod, bez zbytečného odkladu, kapitálu souvisejícího s jejich investicí.

5. Také Švédsko uzavřelo před svým přistoupením několik dvoustranných investičních dohod se třetími zeměmi, které obsahují doložku o převodu³. Ve švédských dohodách tato doložka opravňuje k převodu několika typů kapitálu souvisejícího s investicí, zejména zisků, likvidačních zůstatků, splátek úvěrů a úhrad nákladů. V některých dohodách je stanoveno, že převod se uskuteční v souladu s platnými vnitrostátními právními a správními předpisy.

- 2 — S Čínou (BGBL 537/1986, vstup v platnost dne 11. října 1986), s Malajsií (BGBL 537/1986, vstup v platnost dne 1. ledna 1987), s Ruskou federací (BGBL 387/1991, vstup v platnost dne 1. září 1991, původně uzavřená s bývalým SSSR a na základě výměny not nadále v platnosti mezi Rakouskem a Ruskou federací BGBL 257/1994), s Koreou (BGBL 523/1991, vstup v platnost dne 1. listopadu 1991), s Tureckem (BGBL 612/1991, vstup v platnost dne 1. ledna 1992) a s Kapverdami (BGBL 83/1993, vstup v platnost dne 1. dubna 1993).
- 3 — S Vietnamem (SÓ 1994:69, vstup v platnost dne 2. srpna 1994), s Argentinou (SÓ 1992:91, vstup v platnost dne 28. září 1992), s Bolívií (SÓ 1992:19, vstup v platnost dne 3. července 1992), s Pobřežím slonoviny (SÓ 1966:31, vstup v platnost dne 3. listopadu 1966), s Egyptem (SÓ 1979:1, vstup v platnost dne 29. ledna 1979), s Hong Kongem (SÓ 1994:19, vstup v platnost dne 26. června 1994), s Indonésií (SÓ 1993:68, vstup v platnost dne 18. února 1993), s Čínou (SÓ 1982:28, vstup v platnost dne 29. března 1982), s Madagaskarem (SÓ 1967:33, vstup v platnost dne 23. června 1967), s Malajsií (SÓ 1979:17, vstup v platnost dne 6. července 1979), s Pákistánem (SÓ 1981:8, vstup v platnost dne 14. června 1981), s Peru (SÓ 1994:22, vstup v platnost dne 1. srpna 1994), se Senegalem (SÓ 1968:22, vstup v platnost dne 23. února 1968), se Srí Lankou (SÓ 1982:16, vstup v platnost dne 30. dubna 1982), s Tunísem (SÓ 1985:25, vstup v platnost dne 13. května 1985), s Jemenem (SÓ 1983:110, vstup v platnost dne 23. února 1984), s Jugoslávií (SÓ 1979:29, vstup v platnost dne 21. listopadu 1979, obnovena se Srbskem a Černou Horou na základě dohody uzavřené ve Stockholmu dne 28. února 2002).

6. Investiční dohody nabyly na významu v 90. letech, což dokonce vedlo k nezdaru jednání o mnohostranném nástroji v rámci Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj. Místo toho vznikla síť dvoustranných dohod, kterých jsou k dnešnímu dni tisíce. Rakousko a Švédsko tvrdí, aniž by to Komise zpochybnila, že doložky o převodu obsažené v jejich dohodách jsou pro takový typ dohod běžné a skutečně klíčové.

7. Smlouva staví volný pohyb kapitálu do a ze třetích zemí na roveň volnému pohybu kapitálu mezi členskými státy. Podle článku 56 ES jsou v obou těchto oblastech zakázána všechna omezení, stejně jako jsou zakázána všechna omezení plateb mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi. Smlouva však povoluje určitá omezení, která mohou být uložena členskými státy (zejména v článku 58 ES, který stanoví několik odůvodnění) a, což je v projednávané věci důležitější, také samotným Společenstvím.

8. Článek 57 odst. 2 ES umožňuje Společenství upravit pohyb kapitálu do a ze třetích zemí, včetně zavedení omezení:

„Ve snaze dosáhnout volného pohybu kapitálu mezi členskými státy a třetími zeměmi v co největší míře a aniž jsou dotčeny ostatní kapitoly této smlouvy, může Rada na návrh Komise kvalifikovanou většinou přijímat opatření týkající se pohybu kapitálu do a ze třetích zemí, zahrnujícího přímé investice, včetně investic do nemovitostí, usazování, poskytování finančních služeb či přijetí cenných papírů na kapitálové trhy. Jednomyslnost vyžadují ta opatření podle tohoto odstavce, která v oblasti liberalizace pohybu kapitálu do třetích zemí či z nich představují v právu Společenství krok zpět.“

9. Společenství může také přijmout ochranná opatření k řešení poruch fungování hospodářské a měnové unie, jak je podrobně uvedeno v článku 59 ES:

„Pokud pohyb kapitálu do či ze třetích zemí za výjimečných okolností způsobuje nebo hrozí způsobit vážné poruchy fungování hospodářské a měnové unie, může Rada na návrh Komise a po konzultaci s ECB kvalifikovanou většinou na dobu nepřekračující šest měsíců přijmout ochranná opatření vůči třetím zemím, jsou-li taková opatření naprosto nezbytná.“

10. Konečně, podle čl. 60 odst. 1 ES může Společenství omezit hospodářské vztahy se třetími zeměmi, včetně pohybu kapitálu, na základě společné akce týkající se společné zahraniční a bezpečnostní politiky:

„Je-li činnost Společenství v případech uvedených v článku 301 považována za nezbytnou, Rada může postupem podle článku 301 vůči dotyčným třetím zemím přijmout nezbytná okamžitá opatření v oblasti pohybu kapitálu a plateb.“

Článek 301, na který toto ustanovení odkazuje, stanoví:

„Předpokládá-li se ve společných postojích nebo společných akcích přijatých podle ustanovení Smlouvy o Evropské unii o společné zahraniční a bezpečnostní politice určitý postup Společenství směřující k pozastavení, omezení nebo úplnému přerušování hospodářských vztahů s jednou nebo několika třetími zeměmi, přijme Rada nezbytná naléhavá opatření. Rada rozhoduje na návrh Komise kvalifikovanou většinou.“

11. Přes výše uvedené možnosti Společenství ještě nezavedlo žádná omezení, která by se dotkla volného pohybu kapitálu do a ze třetích zemí, které jsou stranou dohody uzavřené s Rakouskem nebo Švédskem. Společenství dosud nevyužilo čl. 57 odst. 2 k úpravě v této oblasti; nebylo ještě nezbytné zavést ochranná opatření stanovená v článku 59 ES; a ačkoliv Rada již využila čl. 60 odst. 1 ES, nezasáhla tato opatření žádnou z těchto třetích zemí významným způsobem⁴.

12. Článek 307 ES by se použil v případě vzniku jakéhokoliv konfliktu mezi dohodami uzavřenými Rakouskem a Švédskem a Smlouvou. Podle tohoto článku by dohody zůstaly v platnosti, ale Rakousko a Švédsko by měly povinnost použít všechny vhodné prostředky k odstranění neslučitelnosti:

„Práva a povinnosti vyplývající ze smluv uzavřených před 1. lednem 1958 nebo pro přistupující státy přede dnem jejich přistoupení mezi jedním nebo několika členskými státy na jedné straně a jedním nebo několika třetími zeměmi [státy] na straně druhé nejsou touto smlouvou dotčeny.

Pokud jsou uvedené smlouvy neslučitelné s touto smlouvou, použije příslušný členský

4 — Na základě čl. 60 odst. 1 již byly uplatněny sankce vůči Pobřeží Slonoviny a Srbsku a Černé Hoře, se kterými Švédsko uzavřelo nebo zachovalo dohody. Komise však neshledala žádný konflikt mezi těmito sankcemi a dohodami uzavřenými Švédskem.

stát či členské státy všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností. V případě potřeby si členské státy poskytnou vzájemnou pomoc k dosažení tohoto cíle a zaujmou případně společný postoj.

Při používání smluv uvedených v prvním pododstavci členské státy přihlížejí k tomu, že výhody poskytované v této smlouvě každým z členských států jsou nedílnou součástí založení Společenství, a jsou proto neoddělitelně spojeny s vytvořením společných orgánů, se svěřením pravomocí těmto orgánům a s poskytováním stejných výhod všemi ostatními členskými státy.“

II – Postup před zahájením soudního řízení

13. Dne 12. května 2004 zaslala Komise v souladu s článkem 226 ES dopisy Rakousku a Švédsku, ve kterých měla za to, že jejich dvoustranné dohody se třetími zeměmi by byly v konfliktu se zavedením omezení stanovených v čl. 57 odst. 2, článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES Společenstvím. Požádala Rakousko a Švédsko o sdělení, zda použily nějaké prostředky podle článku 307 ES k odstranění neslučitelnosti, kterou zjistila.

14. Ve svých odpovědích ze dne 14. a 12. července 2004 popřely Rakousko a Švédsko existenci takové neslučitelnosti. Následně Komise zaslala dne 21. března 2005 dvě odůvodněná stanoviska, ve kterých stanovila Rakousku a Švédsku dvouměsíční lhůtu ke splnění jejich povinnosti podle článku 307 ES a k odstranění údajné neslučitelnosti.

III – Posouzení

15. V odpovědi dopisem na uvedená odůvodněná stanoviska jak Rakousko, tak i Švédsko nadále popíraly existenci jakékoliv neslučitelnosti, s tím, že Rakousko dodalo, že během revize své vzorové dvoustranné investiční dohody přijme doložku o „organizacích regionální hospodářské integrace“, která zabrání vzniku konfliktu s povinnostmi stanovenými Smlouvou.

17. Zásadní spor mezi Komisí a členskými státy spočívá v existenci neslučitelnosti podle článku 307 ES. Řešení tohoto sporu by bylo mnohem jednodušší, pokud by Společenství již zavedlo omezení pohybu kapitálu do a ze třetích zemí, které jsou stranami dohod s Rakouskem a Švédskem. Společenství tak však ještě neučinilo. Sporný je rozsah povinností Rakouska a Švédska v tomto mezidobí. Podle členských států je do zavedení těchto omezení Společenstvím jakákoliv neslučitelnost pouze „hypotetická“. Komise naopak tvrdí, že taková neslučitelnost může v každém případě vést k použití článku 307 ES a k povinnosti Rakouska a Švédska pozměnit tyto dohody.

18. Pojem neslučitelnosti v článku 307 ES je logicky složen ze dvou protikladných prvků: povinnost vyplývající ze Smlouvy a povinnost vyplývající z dohody se třetí zemí⁵.

16. S ohledem na tyto odpovědi podala Komise podle článku 226 ES projednávané žaloby. Finsko, Německo, Maďarsko a Litva požádaly o povolení, aby vstoupily do řízení na podporu Rakouska a Švédska.

5 — Viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 18. listopadu 2003, Budvar (C-216/01, Recueil, s. I-13617, bod 146), a ze dne 10. března 1998, T. Port (C-364/95 a C-365/95, Recueil, s. I-1023, bod 60), a stanovisko generálního advokáta M. Lenze ve věci Evans (C-324/93, Recueil, s. I-563, bod 34). Pokud jde o povinnost vyplývající ze Smlouvy, použije se ke zjištění neslučitelnosti podle článku 307 ES stejného odůvodnění jako při určení porušení článku 226 ES.

19. Budu proto nejdříve zkoumat, zda je některý z argumentů Komise dostatečný ke vzniku povinnosti vyplývající ze Smlouvy (A). Poté se budu zabývat argumenty členských států, že na základě investičních dohod nemohou v žádném případě vzniknout protichůdné mezinárodní závazky (B). Konečně, jestliže kombinace těchto prvků vede k neslučitelnosti, posoudím, zda Rakousko a Švédsko podnikly dostatečné kroky k jejímu odstranění, a v jakém rozsahu mají povinnost tak učinit (C).

20. V rámci tohoto stanoviska vyjde najevo, že povinnosti členských států mají vzhledem k případné činnosti Společenství velmi zvláštní povahu. Pokud budu parafrázovat Saint-Exupéryho: jejich úkolem není předvídat budoucnost, ale umožnit ji⁶.

A – Povinnosti vyplývající ze Smlouvy

21. Komise odkazuje na tři zdroje povinností vyplývajících ze Smlouvy, které by umožnily použití článku 307 ES: (i) sekundární právo uvedené v čl. 57 odst. 2, v článku 59, a v čl. 60 odst. 1 ES; (ii) samotný článek 57 odst. 2,

článek 59 a čl. 60 odst.1 ES a (iii) povinnost loajální spolupráce⁷. Rozeberu je v uvedeném pořadí.

22. Budu se také zabývat (iv) zjevným paradoxem, který v projednávaných věcech vznikl, a sice, že článek 307 ES je uplatňován ke zpochybnění dohod, kterými je plněna stávající povinnost podle článku 56 ES, a to zavést volný pohyb kapitálu do a ze třetích zemí.

i) Sekundární právo stanovené v čl. 57 odst.2, článku 59, a čl. 60 odst. 1 ES

23. Povinnost vyplývající ze Smlouvy ve smyslu článku 307 ES může vzniknout na základě jak primárního, tak sekundárního práva. Ale může být taková povinnost vyvozena z takových právních předpisů, jako jsou předpisy stanovené v čl. 57 odst. 2, článku 59, a čl. 60 odst. 1, které musí být teprve přijaty?

24. Odpověď zní samozřejmě nikoliv. Neslučitelnost, které se týká článek 307 ES, musí být výsledkem dvou protichůdných povinností.

6 — Antoine de Saint-Exupéry, *Citadela*, vyd. Gallimard, coll. NRF, 1948, s. 167.

7 — Několik členských států oprávněně vytýkalo Komisi nejasnosti týkající se přesného zdroje povinnosti vyplývající ze Smlouvy, jelikož v průběhu řízení se její argumenty měnily.

Při neexistenci normativních předpisů – primárního nebo sekundárního práva – neexistuje žádná povinnost, a tudíž ani žádná neslučitelnost⁸.

nosti podle článku 307 ES by vedlo, kdyby z tohoto oprávnění vyplývala povinnost pro členské státy. Je však obtížné vyvodit takovou povinnost ze samotných těchto článků⁹.

ii) Článek 57 odst. 2, článek 59 a čl. 60 odst. 1 ES

25. Na rozdíl od sekundárního práva, jehož přijetí povolují, nevyžadují samy o sobě čl. 57 odst. 2, článek 59 nebo čl. 60 odst. 1 ES ke své právní závaznosti žádnou činnost Společenství. Jsou již závazné pokud jde o legislativní proces; otázkou je, zda ukládají povinnosti také členským státům.

26. Ze znění čl. 57 odst. 2, článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES toto nevyplývá. Tyto články pouze opravňují Společenství jednat. K neslučitel-

8 — Sama Komise přeformulovala své tvrzení, že investiční dohody jsou „v rozporu s případnými budoucími opatřeními Společenství“ (Hlava III její repliky na žalobní odpověď Rakouska) tak, aby se jednalo o neslučitelnost s čl. 57 odst. 2, článkem 59 a čl. 60 odst. 1 ES.

27. Na rozdíl od toho, co tvrdí Komise, nemůže tato povinnost nikdy spočívat ve změně dohod, protože ty se mohou ukázat jako neslučitelné s právními předpisy, které má Společenství pravomoc přijmout. Povinnost změnit dohody by vyplývala z použití článku 307 ES. Ale aby bylo možné článek 307 ES použít, je ještě nezbytné nalézt povinnost členských států tam, kde existuje pouze oprávnění Společenství jednat.

28. Existuje jedna situace, kdy oprávnění vede ke vzniku povinnosti: tam, kde má Společenství výlučnou pravomoc. Tehdy jsou členské

9 — Generální advokát A. Tizzano, který se střetl se stejným problémem ve věcech „Open Skies“ (C-466/98 až C-469/98, C-471/98 až C-472/98 a C-475/98 až C-476/98, Recueil, s. I-9427), usoudil, že „vnější pravomoc Společenství ve věcech již upravených dohodami členských států nepostačuje k prohlášení těchto dohod za neslučitelné [s pravidly o pravomoci]“ (bod 113). Soudní dvůr o této věci nerozhodl, jelikož měl za to, že sporné dohody byly nahrazeny dohodami uzavřenými po přistoupení, které nespádají do oblasti působnosti článku 307 ES.

státy povinny se zdržet normativní činnosti. To ovšem není tento případ. Dokud Společenství nejedná, mohou členské státy svobodně upravit pohyb kapitálu do a ze třetích zemí¹⁰. Jinými slovy pravomoc je sdílená.

omezené. Zdá se tudíž, že Komise uznává, že pravomoc se stane výlučnou, i když omezeným způsobem. Nicméně nevidím to jako důvod k odklonu od zásad sdílené pravomoci a k tomu, aby při neexistenci činnosti Společenství bylo členským státům bráněno v normativní činnosti. Naopak, jsem přesvědčen, že odpověď na otázku, zda mají členské státy povinnosti, nezávisí na rozsahu pravomoci, ale měla by se vztahovat na všechny oblasti sdílené pravomoci.

29. Jak zdůraznily některé členské státy, které vstoupily do řízení, byla-li by členským státům uložena povinnost, aby se zdržely normativní činnosti, ať prostřednictvím vnitrostátních právních předpisů, nebo mezinárodních nástrojů, za účelem zabránění případnému konfliktu s budoucími právními předpisy Společenství, z volného pohybu kapitálu do a ze třetích zemí by se stala oblast výlučné pravomoci. Ve skutečnosti by jakoukoli oblast sdílené pravomoci mohl postihnout stejný osud.

31. Jak uvidíme dále v bodě (iii), mám určité obavy o to, jaké účinky na volný a efektivní výkon vlastních pravomocí Společenství by mohl mít výkon sdílené pravomoci členskými státy prostřednictvím uzavírání mezinárodních dohod. Nicméně se nedomnívám, že správným řešením tohoto problému je přeměna takových zmocňujících ustanovení v údajně omezené výlučné pravomoci.

30. Komise na to odpověděla, že čl. 57 odst. 2, článek 59 a čl. 60 odst. 1 ES mají tak specifický obsah, že povinnosti členských států jsou, na rozdíl od ostatních oblastí sdílené pravomoci,

32. Docházím proto k závěru, že čl. 57 odst. 2, článek 59 a čl. 60 odst. 1 ES pouze opravňují Společenství jednat a neukládají žádnou povinnost členským státům. Samy o sobě nemohou vést ke vzniku neslučitelnosti podle článku 307 ES.

10 — Za předpokladu, že dodržíjí článek 56 ES, který zakazuje ukládání omezení, nebo za předpokladu, že uložená omezení jsou odůvodněna obecným zájmem nebo článkem 58 ES.

iii) Povinnost loajální spolupráce

33. Povinnost podle článku 307 ES je vyjádřením povinnosti loajální spolupráce formulované v článku 10 ES¹¹. Z této povinnosti je zřejmé, proč členské státy musí změnit dohody, které jsou neslučitelné se Smlouvou, i když jsou tyto dohody uznávány jako zcela platné.

34. Z povinnosti loajální spolupráce však vyplývá mnoho dalších povinností, které samy o sobě mohou vést k použití článku 307 ES (stejně jako každá povinnost vyplývající ze Smlouvy). Povahou povinnosti loajální spolupráce je dáno, že nemůže být použita samostatně, ale vyžaduje použití dalších ustanovení práva Společenství. V této souvislosti se mohou znovu uplatnit čl. 57 odst. 2, článek 59 a čl. 60 odst. 1 ES. Umožňují všeobecnou formulaci otázky: vyplývá z povinnosti loajální spolupráce pro členské státy nějaká povinnost v těch oblastech, ve kterých sdílejí pravomoci se Společenstvím?

11 — Viz stanovisko generálního advokáta A. Tizzana, Budvar (C-216/01, Recueil, s. I-13617, bod 150), a moje stanovisko ve věci Kadí (C-402/05 P, Sb. rozh. S. I-6351, bod 32).

35. Zde bych navrhoval učinit příměr s jinou oblastí, ve které byla použita povinnost loajální spolupráce, a sice s povinnostmi členských států během lhůty pro provádění směrnic.

36. Je třeba připomenout, že před uplynutím lhůty pro provedení směrnice nemají členské státy žádnou povinnost zajistit soulad svých vnitrostátních právních předpisů s danou směrnicí¹². Soud však rozhodl, že i v případě neexistence takové povinnosti nejsou členské státy zcela volné. Na základě zásady povinnosti loajální spolupráce nesmí přijímat „ustanovení, která by mohla vážně ohrozit dosažení stanoveného výsledku [touto směrnicí]“¹³. To neznamená, že jsou zakázány všechny konflikty, ale pouze ty, které by mohly ohrozit cíl směrnice¹⁴.

37. Provádění směrnic je podobně sdíleným pravomocem v tom směru, že konflikt s vnitrostátními právními předpisy může vzniknout až po určitém okamžiku, a to v prvním případě po uplynutí lhůty pro provedení a v případě druhém po výkonu pravomoci Společenství. Rozdíl je v tom, že

12 — V tomto ohledu viz rozsudek ze dne 12. prosince 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Recueil, s. I-7411, bod 43).

13 — Viz výše uvedený rozsudek Inter-Environnement Wallonie, bod 45.

14 — Viz analýza této povinnosti v rámci řízení podle článku 226 ES v mém stanovisku ve věci Komise v. Belgie (C-422/05, Sb. rozh. 2007, s. I-4749, body 27 až 51).

lhůta pro provedení má jistý konec, ale pravomoc Společenství nemusí být nikdy vykonána. Je toto dostačující k odůvodnění rozdílu v zacházení na základě povinnosti loajální spolupráce?

38. To si nemyslím. V souladu s povinností loajální spolupráce je nepřípustné, aby členský stát mařil jakoukoliv formu činnosti Společenství. Článek 10 ES nečiní žádné rozdíly. Stanoví, že členské státy se „zdrží jakýchkoliv opatření, jež by mohla ohrozit dosažení cílů této smlouvy“. To, že Soudní dvůr až doposud shledal článek 10 ES použitelným na lhůty pro provedení směrnice, ale nikoliv na výkon pravomoci Společenství přiznané Smlouvou, je čistě věc náhody.

39. Skutečnost, že výkon pravomoci Společenství zůstává pouhou možností, nemůže tento závěr změnit. Členské státy nesmí ohrozit cíl Společenství, i když jde o cíl pouze potenciální. Není důležité, že sledování tohoto cíle vyžaduje určité konkrétní akce (v tomto případě skutečný výkon pravomoci); povinnost ctít tento cíl existuje a platí pro všechny členské státy¹⁵.

15 — V podobném smyslu, podle ustálené judikatury skutečnost, že v určitém členském státě neexistují některé činnosti upravené směrnicí nemůže tento stát zprostit jeho povinnosti provést směrnici upravující tyto činnosti: viz rozsudek Komise v. Belgie (C-422/05, bod 59 a citovaná judikatura). Viz také rozsudek Komise v. Francie „Foire gras“ (C-184/96, Recueil, s. I-6197), který je uvedený ve vyjádřeních některých členských států.

40. Chtěl bych nicméně upřesnit, že problém nespočívá v možnosti budoucího konfliktu s právními předpisy Společenství a s jejich cíli. Kdyby každá taková možnost měla být odstraněna, neexistovala by už žádná sdílená pravomoc, ale pravomoc výlučná. Problém vznikne pouze v případě, kdy vnitrostátní opatření nebo mezinárodní závazky členských států mohou ohrozit účinnost případných budoucích právních předpisů Společenství a tím *de facto* omezit svobodu jednat v těchto oblastech, kterou Smlouva přiznává Společenství. Záleží také na povaze jak vnitrostátních opatření nebo mezinárodních závazků, tak dotčených pravomocí Společenství, například na naléhavosti opatření, která mají být v rámci těchto pravomocí přijata.

41. Toto je zvláště důležité s ohledem na dohody chráněné podle článku 307 ES. Zatímco budoucími právními předpisy Společenství způsobí, že vnitrostátní právní předpisy se na základě zásady přímého účinku a zásady přednosti práva automaticky nepoužijí, uvedených dohod se to netýká. V důsledku toho může existence takových dohod ohrozit užitečný účinek právních předpisů, které má Společenství pravomoc přijmout¹⁶.

16 — Pokud jde o činnost členských států před uplynutím lhůty pro provedení směrnice, již jsem se v mém stanovisku ve věci Komise v. Belgie, uvedeném v poznámce pod čarou 14, vyjádřil, že „vnitrostátní právní úprava může například stanovit povinnosti, jejichž splnění může zmařit harmonizaci provedenou na evropské úrovni nebo uložit rozhodnutí, která mohou přetrvat i po uplynutí lhůty k provedení směrnice a naopak později ovlivnit vývoj rozhodnutí Společenství“ (bod 49).

42. Proto navrhuji, aby Soudní dvůr přijal formulaci již používanou ve vztahu k provádění směrnic a rozhodl, že členské státy nesmí přijmout žádná opatření, která by mohla vážně ohrozit výkon pravomoci Společenství. Zejména jsou členské státy povinny použít všechny vhodné prostředky k zabránění tomu, aby jejich již existující mezinárodní závazky ohrožovaly výkon pravomoci Společenství.

43. Tato povinnost vyplývající ze Smlouvy může tedy být sama základem pro použití článku 307 ES. Ke vzniku neslučitelnosti podle tohoto článku je tudíž třeba, aby v projednávaných věcech byl výkon pravomoci Společenství stanovené v čl. 57 odst.2, článku 59 nebo v čl. 60 odst. 1 ES vážně ohrožen dohodami uzavřenými Rakouskem a Švédskem.

iv) Existence konfliktu s článkem 56 ES

44. Uvedl jsem, že povinnost loajální spolupráce zavazuje členské státy k tomu, aby neohrožovaly výkon pravomoci Společenství. Platí to však i když jde, jako v čl. 57 odst. 2,

článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES, o pravomoc umožňující uložit omezení volného pohybu?

45. Některé státy poznamenaly, že by se mohlo zdát, že je to v rozporu s povinností podle článku 56 ES nezavádět omezení pohybu kapitálu do a ze třetích zemí. Mohlo by se zdát, že případná budoucí omezení dostávají přednost před stávající povinností umožnit volný pohyb.

46. Taková obava je zavádějící už jen proto, že žádný konflikt neexistuje. Povinnost členských států zajistit volný pohyb platí bez ohledu na jejich povinnost neohrozit budoucí činnost Společenství. Znamená-li tato povinnost to, že musí ustoupit vnitrostátní pravidlo, které zajišťuje volný pohyb – nebo jako v projednávaných věcech, že musí být v souladu s článkem 307 ES změněna mezinárodní dohoda – vyplývá to z pravomoci svěřené Společenství, aby v omezených případech zavedlo omezení volného pohybu kapitálu. Povinnost neohrozit výkon pravomoci Společenství nesmí být zaměňována s povinnostmi a právy souvisejícími s činností členských států v této oblasti.

B – *Povinnost vyplývající z dohody se třetí zemí*

47. Pokud byla stanovena povinnost vyplývající ze Smlouvy, je ke vzniku neslučitelnosti podle článku 307 ES třeba ještě existence protichůdné povinnosti vyplývající z dohody se třetí zemí.

48. Proto budu (i) zkoumat dohody uzavřené Rakouskem a Švédskem z pohledu takového protichůdného mezinárodního závazku. Poté (ii) se budu zabývat argumenty členských států, že neslučitelnosti je možné zabránit, aniž by byl nutně použit článek 307 ES.

i) Mezinárodní závazky, které by mohly vážně ohrozit výkon pravomoci Společenství

49. Podle Soudního dvora se článek 307 ES použije na každou mezinárodní dohodu, „kterou může být dotčeno použití Smlouvy“¹⁷. Tímto je stanovena úroveň, na které je třeba provádět zkoumání. Na rozdíl od

toho, co tvrdí Švédsko, není nezbytně nutné určit přesný význam dohody na základě zvláštních okolností, které s ní souvisejí; je dostačující, že na základě svého znění je dohoda „způsobila“ být se Smlouvou neslučitelná.

50. Doložky o převodu obsažené v dohodách uzavřených Rakouskem a Švédskem byly popsány výše. Všechny strany se shodují na jejich obsahu: zaručit volný pohyb jakéhokoli kapitálu souvisejícího s investicemi. Je velmi pravděpodobné, že v případě zavedení omezení volného pohybu podle čl. 57 odst. 2, článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES Společenstvím by tyto dohody byly s takovými právními předpisy neslučitelné¹⁸. Jak však již bylo mnohokrát zdůrazněno, tato potenciální neslučitelnost se netýká projednávaných věcí. O neslučitelnost by se jednalo pouze v tom případě, kdyby dohody mohly vážně ohrozit výkon pravomoci Společenství.

51. Podle mého názoru taková neslučitelnost existuje. Výkon pravomoci Společenství může podle čl. 57 odst. 2, článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES sledovat různé cíle, ale pro všechny platí, že by mohly být ohroženy, jestliže by bylo Rakousku a Švédsku umožněno zachovat mezinárodní závazky, které by ohrožovaly užitečný účinek právních předpisů, které mohou být Společenstvím na základě těchto článků přijaty.

17 — Rozsudek ze dne 14. října 1980, Burgoa (812/79, Recueil, s. 2787, bod 6).

18 — Rakousko tvrdilo, že některé formulace sporné doložky by umožnily zabránit neslučitelnosti, zatímco Švédsko tvrdilo to samé ohledně jiných doložek obsažených v jeho dohodách. Těmito argumenty se budu zabývat dále v bodě (ii).

52. V některých případech by akty Společenství zjevně ztratily svůj užitečný účinek. Například článek 59 ES umožňuje přijetí opatření na dobu nepřekračující šest měsíců. Lze si jen těžko představit, jak by mohla být taková opatření včas přijata a uplatněna vůči zemím, které jsou stranami dohod uzavřených Rakouskem a Švédskem. Totéž platí pro čl. 60 odst. 1 ES. Naléhavá (a okamžitě vynutitelná) povaha sankcí přijatých podle tohoto článku je neslučitelná se zachováním již existujících mezinárodních závazků Rakouska a Švédska. Jestliže by v těchto případech bylo nutné vyčkat vzniku skutečného konfliktu mezi právními předpisy Společenství a mezinárodními závazky, dříve než by byla přijata nezbytná opatření k odstranění neslučitelnosti, ztratily by právní předpisy Společenství svůj užitečný účinek. To by znamenalo omezení pravomoci přiznané Smlouvou Společenství.

53. V jiných situacích není ztráta užitečného účinku tak zřejmá, například v případě budoucí úpravy volného pohybu kapitálu podle čl. 57 odst. 2 ES nebo v případě omezení hospodářských vztahů podle čl. 60 odst. 1 ES z jiných důvodů než je uložení sankcí. Skutečností nicméně zůstává, že dohody uzavřené Rakouskem a Švédskem mohou zabránit okamžitému použití omezení a takové použití může být nezbytné k dosažení cílů sledovaných právními předpisy Společenství. Pravomoc přiznaná Společenství podle čl. 57 odst. 2, článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES by neměla být omezována tím, že Rakousko a Švédsko mohou zachovat v platnosti mezinárodní závazky, které by *ex ante* mohly zbavit právní předpisy Společenství jejich užitečného účinku.

54. Z toho vyvozují, že existuje neslučitelnost podle článku 307 ES mezi doložkami o převodu obsaženými v dohodách uzavřených Rakouskem a Švédskem a povinností vyplývající ze Smlouvy, totiž neohrozit výkon pravomocí stanovených v čl. 57 odst. 2, článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES.

ii) Zabránění vzniku neslučitelnosti podle článku 307 ES

55. Rakousko a Švédsko, podporované členskými státy, které vstoupily do řízení jako vedlejší účastníci, argumentovaly tím, že existuje více způsobů, jak zabránit vzniku neslučitelnosti jejich dohod s ohledem na článek 307 ES. Všechny tyto způsoby spočívají v zabránění používání dohod, buď prostřednictvím výkladových technik, mezinárodního práva nebo jejich prostým neplněním.

56. Podle mého názoru nelze tyto argumenty v žádném případě akceptovat. Jestliže je dohoda podle svého znění způsobilá ohrozit

použití Smlouvy, stanoví článek 307 ES náležitou nápravu: členské státy mají povinnost použít všech vhodných prostředků k odstranění zjištěných neslučitelností, což bylo Soudním dvorem vyloženo tak, že je dohodu třeba změnit nebo případně vypovědět¹⁹.

57. Pokud by bylo správné tvrzení členských států, že jakákoliv neslučitelnost by mohla být odstraněna pouhým výkladem dohod v souladu s právem Společenství, použitím určitých zásad mezinárodního práva – zejména *rebus sic stantibus* – nebo neplněním dohod, bylo by tak tomu vždy a povinnost uložená členským státům článkem 307 ES, totiž aby použily všech vhodných prostředků k odstranění takové neslučitelnosti, by postrádala smysl.

58. Ani výklad navrhaný Rakouskem a Švédskem, ani použití mezinárodního práva, by v žádném případě nevedlo k nápravě neslučitelnosti dohod. Ačkoli to podle mého názoru není ve vztahu k povinnosti Rakouska a Švédska podle článku 307 ES relevantní, provedu nicméně dále krátkou analýzu doložek o převodu.

59. Rakousko tvrdí, že obrat „bez zbytečného odkladu“ uvedený v doložkách o převodu obsažených v jeho dohodách by umožnil zdržet jakýkoliv převod a tím umožnit použití dočasných opatření stanovených v článku 59 ES. Toto by se však nepoužilo na čl. 57 odst. 2 a čl. 60 odst. 1 ES, a dokonce i s ohledem na článek 59 ES je sporné, zda je tento obrat možné vykládat tímto způsobem.

60. Švédsko argumentuje tím, že jelikož některé jeho dohody obsahují doložku zavazující k tomu, aby převody byly prováděny v souladu s jeho právními předpisy, nemohou být tyto dohody nikdy v konfliktu s právem Společenství. Všechny švédské dohody tuto doložku neobsahují. Navíc je diskutabilní, zda se vztahuje k právu Společenství.

61. Jak Rakousko, tak Švédsko konečně také uvádějí, že na jejich dohody by se použila *clausula rebus sic stantibus*. Tato doktrína je kodifikována ve Vídeňské úmluvě a je všeo-

19 — Rozsudek ze dne 4. července 2000, Komise v. Portugalsko, C-62/98, Recueil, s. I-5171, bod 49.

becně uznávána jako mezinárodněprávní zásada²⁰. Rakousko a Švédsko tvrdí, že výkon pravomoci Společenství podle článku 59 a čl. 60 odst. 1 ES by byl výjimečný. Tudíž by se na jejich dohody vztahovala tato zásada a nebyly by v případě střetu s právními předpisy Společenství vymahatelné. Zásada *rebus sic stantibus* se však používá ve velmi omezených případech a je sporné, zda ji lze použít na projednávané věci.

C – Prostředky k odstranění neslučitelnosti

62. Všechny tyto argumenty je třeba odmítnout. Použití článku 307 ES nemůže záviset na konečném výkladu doložek obsažených v dohodě nebo na použití kontroverzního mezinárodněprávního institutu, jakým je *rebus sic stantibus*. Soudní dvůr se již vyjádřil v tom smyslu, že pouhá možnost neslučitelnosti dohody postačuje k uplatnění článku 307 ES²¹.

63. Jestliže existuje neslučitelnost podle článku 307 ES, mají členské státy povinnost použít všech vhodných prostředků k jejímu odstranění.

64. Švédsko bylo přesvědčeno o zákonnosti svého jednání, a tudíž odmítlo ve lhůtě stanovené v odůvodněném stanovisku Komise podniknout jakékoliv kroky. Tím porušilo svou povinnost podle článku 307 ES.

65. Rakousko zaujalo podobný postoj, ale na rozdíl od Švédska uvedlo, že pro svou vzorovou investiční dohodu připravuje doložku o „organizacích regionální hospodářské integrace“ („REIO“). Tato doložka by zabránila tomu, aby v případě konfliktu s povinností podle práva Společenství měla přednost dohoda. Vztahovala by se však pouze na budoucí dohody. Pokud jde o dohody, které jsou předmětem projednávané věci, uvedlo

20 — Vídeňská úmluva o smluvním právu ze dne 23. května 1969, článek 62: „Podstatná změna poměrů“:

„(1) Podstatné změny poměrů, která nastala se zřetelem na poměry existující v době uzavření smlouvy a která předtím nebyla stranami předvídána, se nelze dovolávat jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, ledaže: a) existence těchto poměrů tvořila podstatný základ souhlasu stran s tím, že budou vázány smlouvou, a b) tato změna zásadně mění rozsah závazků, které mají být podle smlouvy ještě plněny.

(2) Podstatné změny poměrů se nelze dovolávat jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, jestliže: (a) jde o smlouvu, která stanoví státní hranice; nebo (b) podstatná změna je důsledkem toho, že strana, která se jí dovolává, porušila buď závazek plynoucí ze smlouvy nebo jakýkoliv jiný mezinárodní závazek, který převzala vůči kterékoliv druhé straně smlouvy.

(3) Jestliže se strana podle předchozích odstavců může dovolávat podstatné změny poměrů jako důvodu pro zánik smlouvy nebo pro odstoupení od ní, může se rovněž dovolávat této změny jako důvodu pro přerušeni provádění smlouvy.“

21 — Viz výše uvedená poznámka pod čarou 17.

Rakousko pouze, že v „blízké budoucnosti“ plánuje rozhovory s Čínou a že zahájilo nová jednání o dohodě s Ruskem, která ale byla odložena do vypracování REIO doložky.

a sice ve změně a v případě nutnosti i ve vypovězení dohod²². Členské státy jsou vázány výsledkem, jehož má být dosaženo, a omezeny jsou pouze zákonností prostředků.

66. Jediný prostředek, který ve lhůtě stanovené v odůvodněném stanovisku Komise Rakousko skutečně použilo, je ten, že zahájilo jednání týkající se jedné dohody. Z důvodů na straně Rakouska však byla tato jednání zastavena. Tudíž se domnívám, že Rakousko také porušilo svou povinnost podle článku 307 ES.

67. I když nepoužily žádný účelný prostředek k odstranění neslučitelnosti, tvrdí Rakousko a Švédsko, že povinnost uložená článkem 307 ES nejde tak daleko, aby vyžadovala vypovězení jejich dohod. V tomto ohledu některé členské státy uvedly, že při určování rozsahu povinnosti odstranit neslučitelnost podle článku 307 ES je třeba zohlednit zájmy jejich investorů v zahraničí.

68. Článek 307 ES vyžaduje, aby členské státy použily všech vhodných prostředků k odstranění neslučitelnosti. Soudní dvůr již upřesnil, v čem mohou takové prostředky spočívat,

69. V této souvislosti mohou samozřejmě zohlednit zájmy svých investorů. Tyto zájmy však nikdy nemohou zprostit členské státy jejich povinnosti dodržovat právo Společenství, pokud tak ovšem nestanoví zvláštní ustanovení. Již článkem 307 ES jsou umožněny některé výjimky z práva Společenství vycházející z uznání již existujících mezinárodních závazků členských států. Jeho cílem není umožnit členským státům upřednostňovat takové závazky před závazky Společenství v případě, kdy by to bylo výhodnější pro zájmy jejich investorů²³.

70. Podle mého názoru by však vypovězení dohody mělo být považováno za *ultima ratio*²⁴. Smlouva totiž upřednostňuje řešení, kterým se lze v co nejširší možné míře vyhnout jakémukoliv zásahu do již existujících mezinárodních závazků členských států.

22 — Viz výše uvedená poznámka pod čarou 19.

23 — Obdobně, pokud jde o zahraničněpolitické zájmy členských států, viz rozsudek Komise v. Portugalsko, uvedený výše v poznámce pod čarou 18, bod 50.

24 — Viz také stanovisko generálního advokáta J. Mischa ve věci Komise v. Portugalsko, C-62/98, Recueil, s. I-5171, bod 69.

IV – Závěry

71. Závěrem navrhuji, aby Soudní dvůr určil, že Rakousko a Švédsko tím, že nepoužily všech vhodných prostředků k odstranění neslučitelnosti mezi svými již existujícími dvoustrannými investičními dohodami a článkem 10 ES ve spojení s čl. 57 odst. 2, článkem 59 a čl. 60 odst. 1 ES, nesplnily povinnost, která pro ně vyplývá z článku 307 ES.