

Pavel Svoboda

EROZE KONCEPTU KATEGORICKÝCH POŽADAVKŮ V PRÁVU EU

Abstrakt: Ze čtyř svobod vnitřního trhu EU existují výjimky, popř. vynětí ze zákazu omezování těchto svobod. Přestože tyto výjimky jsou taxativně vyjmenovány v základacích smlouvách EU, judikatura Soudního dvora EU jejich seznam postupně rozšiřuje, aniž by bylo přesně jasné, zda jde o výjimky či vynětí a kde k tomuto rozšiřování taxativního seznamu vzal Soudní dvůr pravomoc. Navíc tak Soudní dvůr činí velmi nejednoznačně, používá nejednotnou terminologii (nejčastěji kategorické požadavky či legitimní zájem) a ukládá nejednotné podmínky aplikace nových výjimek. Soudní dvůr tak jednak rozostřuje hranici mezi výjimkami podle primárního práva a kategorickými požadavky, jednak vytváří konkurenční koncepty, jejichž poměr ke kategorickým požadavkům je velmi nejasný.

Tento článek předkládá argumenty, podle nichž je koncepční vyjasnění zkoumaných rozporů velmi potřebné. Empirismus je zajisté v určité míře přítomen v jakékoliv judikatuře, nicméně výše uvedená existenciální analýza kategorických požadavků vede spíše k závěru o určitém „impresionismu“ na straně Soudního dvora, dojmové kazuistice, která má málo společného s právní jistotou a terminologickou rigiditou. Uvedené doktrinární rozpory mají i své praktické důsledky: mají-li vnitrostátní soudy být i soudy unijního práva a spolu se Soudním dvorem zajišťovat dodržování práva při výkladu a provádění základacích smluv, potřebují minimálně jasnou vizi toho, co je legální překážka a co ji ospravedlňuje. Vnitrostátní soudy totiž dlouhodobě kladou Soudnímu dvoru předběžné otázky spíše na proporcionalitu vnitrostátních překážek než na jejich právní základ. Je načase, aby se tyto soudy začaly ptát i na právní podstatu dovolávaných výjimek. Nápravu by bylo lze nejjednodušeji požadovat od samotného Soudního dvora, aby svojí judikaturou tyto problémy vyjasnil. Pokud jde o rozostřování hranice mezi výjimkami primárního práva a kategorickými požadavky, nic ovšem nebrání ani členským státům, aby zrušily taxativnost smluvních výjimek a vytvořily legální prostor pro soudní extenzi seznamu těchto výjimek; vložení slova „zejména“ do příslušných ustanovení Smlouvy o fungování je to nejmenší, co lze pro nápravu výše popsaného zmatku udělat.

Klíčová slova: kategorické požadavky, výjimky a vynětí ze svobod vnitřního trhu EU, proporcionalita, nediskriminace

ÚVOD

Slavným rozsudkem Cassis de Dijon¹ (1979) zakotvil Soudní dvůr Evropské unie („SDEU“²) právní institut tzv. kategorických požadavků veřejného zájmu – soudních výjimek³ ze svobod vnitřního trhu EU. Pozdější judikatura SDEU ale tento institut postupně rozostřuje do té míry, že zpochybňuje samotný důvod jejich existence; proto existuje intenzivní potřeba jeho vyjasnění od SDEU. Nejprve proto shrneme stručně původní koncept kategorických požadavků a poté se zaměříme na hlavní příznaky a důvody jeho eroze.

¹ 120/78 Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein; Cassis de Dijon je jen přezdívka podle ovocného likéru, jenž byl předmětem tohoto rozsudku.

² Pod tuto zkratku zahrnujeme pro zestručnění jak Soudní dvůr, tak Soud prvního stupně, který se po Lisabonské smlouvě jmenuje Tribunál.

³ Výjimky primárního práva (tj. založené na základacích smlouvách EU) zde označujeme za *výjimky smluvní*, výjimky vzešlé z judikatury SDEU pak jako *výjimky soudní*. Tuto terminologii budeme používat i u vědomí, že u svobody pohybu osob, usazování, poskytování služeb i pohybu kapitálu a běžných plateb se kategorické požadavky někdy zakládají i na sekundárním právu, nejen na judikatuře SDEU.

1. PŮVODNÍ KONCEPT KATEGORICKÝCH POŽADAVKŮ

Původní koncept kategorických požadavků budeme analyzovat tak, že nejprve naznačíme obsah tohoto pojmu, podmínky jeho aplikovatelnosti, důvody jeho zavedení a uvedeme i hlavní kategorické požadavky; následně shrneme zásadní důvody pro vyjasnění tohoto institutu.

1.1 Pojem

Kategorické požadavky vznikly v souvislosti se zásadou volného pohybu zboží. Výjimky z této zásady uvedené v čl. 36 SFEU jsou převzaty z čl. XX GATT a odrážejí veřejné zájmy v oblasti obchodu zbožím okolo r. 1950. Od konce 70. let se však ukázalo, že tyto (taxativně vyjmenované!) výjimky nejsou s to bránit tomu, aby členské státy zachovávaly na vlastním území opatření **nerozdílně aplikovatelná** (tj. nediskriminační) na dovezené i tuzemské zboží, jež ale celkově omezovala prodej dovezeného zboží. Taková opatření byla legální, pokud nebyla v dané oblasti přijata komunitární harmonizační opatření, a proto Komise navrhovala mnoho směrnic harmonizujících vlastnosti zboží. Pomalost harmonizace související s koncepčními problémy a náročností úplné harmonizace požadavků na zboží uplatňované od 70. let ale hrozila tím, že skutečně volného pohybu zboží nikdy nebude dosaženo. Proto se SDEU revoluční judikaturou pokusil nastolit novou rovnováhu mezi zákazem omezování pohybu zboží (dnešní čl. 34–35 SFEU) a neharmonizovanými rozdíly mezi vnitrostátními nediskriminačními úpravami, zejména v oblastech citlivých pro členské státy. Dnes tzv. kategorické požadavky představují etablovaný právní koncept, který se stal symbolem každodenní judikatury SDEU.⁴

Vzhledem ke zmíněné taxativnosti seznamů smluvních výjimek ze základních svobod vnitřního trhu EU je ale tento koncept kategorických požadavků doktrinárně přijatelný,⁵ jen nakolik nezakládá další sadu výjimek ze svobod vnitřního trhu, která by ony taxativní seznamy učinila demonstrativními; to proto, že podle názoru autora SDEU nemá pravomoc měnit primární právo EU (tj. zakládací smlouvy), tedy ani měnit taxativní seznamy na demonstrativní. Kategorické požadavky mají proto podle doktríny mít spíše povahu výluk – vynětí umožňujících vyloučit konkrétní opatření ze samotného pojmu překážky některé svobodě vnitřního trhu.⁶

⁴ Srov. SIMON, D. *La Cour de justice des Communautés européenne. Les juridictions suprêmes, du procès à la règle*. Publications de l'Université de Saint-Étienne 1991, s. 133 an., zejm. s. 148.

⁵ Zejména ve francouzské doktríně srov. HATZOPOULOS, V. *Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout*. *Revue trimestrielle de droit européen*. 1998/2, s. 191. Srov. též JAZOTTES, G. *La notion d'exigences impératives dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: contribution à l'étude du principe de libre circulation*. Disertační práce (thèse), Université Toulouse 1, 1997, díl 2., s. 493 an.

⁶ Tak ovšem značná část literatury kategorické požadavky nechápe; chápe je jako doplňující sadu výjimek a s taxativitou smluvních seznamů výjimek si problémy nečiní. Srov. např. TOMÁŠEK, M. – TÝČ, V. a kol. *Evropské právo*. Praha: Leges, 2013, s. 218–219; ani sám autor v učebních textech toto nerozlišuje; srov. SVOBODA, P., op. cit., s. 248 an.

1.2 Podmínky aplikace

Kategorické požadavky jsou podle původní judikatury použitelné jen za přísných podmínek:⁷ (i) daná oblast není harmonizována na úrovni EU, (ii) omezení je nediskriminační – tzv. nerozdílně aplikovatelné,⁸ ne tedy na opatření diskriminační – rozdílně aplikovatelné,⁹ (iii) omezení je přiměřené – sleduje daný veřejný zájem a je způsobilé a nutné pro jeho dosažení (princip proporcionality).¹⁰

1.3 Hlavní kategorické požadavky

Od roku 1979 SDEU prokazoval elasticitu tohoto konceptu tím, že umožnil, aby se členské státy k omezení volného pohybu zboží dovolaly značně rozličných veřejných zájmů: patří sem zejména základní práva garantovaná ústavou – např. svoboda slova,¹¹ právo shromažďovací;¹² ochrana životního prostředí;¹³ ochrana spotřebitele,¹⁴ mj. zákaz otrockého napodobování jiných výrobků¹⁵ či zákaz prodeje postříbřených předmětů bez předepsaného puncu;¹⁶ ochrana zdraví;¹⁷ ochrana kultury;¹⁸ ochrana pracovníků;¹⁹ ochrana sociálních a kulturních zvláštností národních či regionálních;²⁰ fiskální požadavky: účinnost fiskálního dohledu,²¹ boj proti inflaci,²² ozdravení veřejných financí;²³ či bezpečnost silničního provozu.²⁴

Flexibilita konceptu kategorických požadavků byla i příčinou jeho úspěchu a přenosu z oblasti obchodu zbožím i na svobody profesionální i pro volný pohyb kapitálu a plateb. V této souvislosti byly jako kategorické důvody uplatněny zejména

⁷ Podrobněji k těmto podmínkám srov. SVOBODA, P., op. cit., s. 251; BARNARD, C. *The Substantive Law of the EU*. 3. vyd. New York: Oxford University Press, 2010, s. 165–166; DUBOIS, L. – BLUMANN, C. *Droit matériel de l'Union européenne*. 5. vydání. Paříž: Montchrestien, 2009, s. 86 an.

⁸ C-1, 176/90 Aragonesa, bod 13: „... otázka kategorických požadavků ... nemůže vyvstat, ledaže se dotčené opatření použije bez rozdílu jak na tuzemské tak i dovážené zboží“ (překlad autor); srov. též C-2/90 Komise v. Belgie (Valonské odpadky), bod 34.

⁹ 113/80 Komise v. Irsko (Irské suvenýry), bod 11.

¹⁰ Srov. např. 178/84 Komise v. SRN: SDEU jako ORUKO odsoudil snahu SRN zabránit dovozu piva obsahujícího jiné ingredience než slad, chmel, kvasinky a voda, jak to přikazuje německý zákon o čistotě piva z r. 1516 a na něm postavený zákon o pивní dani (1952) a zákaz reklamy na nečisté pivo podle zákona o potravinách (1974). Tato úprava je však aplikovatelná na Němce v rámci dovolené obrácené diskriminace.

¹¹ C-368/95 Vereinigte Familiapress; C-470/03 A.G.M.

¹² C-112/00 Schmidberger; zde šlo o blokádu transalpské dálnice, odůvodněnou ekologickou demonstrací za omezení nákladní dopravy v Alpách. Tuto demonstraci rakouské úřady povolily, a proto v duchu judikatury „Španělské jahody“ bylo Rakousko odpovědno za omezení pohybu zboží; SDEU však dal přednost právu shromažďovacímu před volným pohybem zboží.

¹³ C-2/90 Komise v. Belgie (Valonské odpadky); 302/86 Komise v. Dánsko; C-132/88 Komise v. Řecko: zde šlo o rozdíl v úrovni zdanění automobilů, jenž je jinak obecně je zakázán podle čl. 110/1 SFEU.

¹⁴ 120/78 Cassis de Dijon.

¹⁵ 6/81 Beele.

¹⁶ 220/81 Robertson.

¹⁷ 120/78 Cassis de Dijon.

¹⁸ 60&61/84 Cinéthèque.

¹⁹ 267/80 Riseria Modenese.

²⁰ 145/80 Torfaen, C-312/89 Conforama, C-332/89 Marchandise, C-169/91 Stoke-on-Trent.

²¹ 120/78 Cassis de Dijon; C-140/05 Valeško.

²² 181/82 Roussel.

²³ 238/82 Duphar.

²⁴ C-55/93 Van Schaik.

- a) u volného pohybu pracovníků: soudržnost fiskálního systému k podpoře vnitrostátní daňové soustavy;²⁵ znalost národního jazyka;²⁶ řádná správa univerzity;²⁷ ochrana proti zneužití akademických titulů;²⁸ dodržování pravidel profesionálního chování,²⁹ výchova nadějných sportovců;³⁰
- b) u svobody usazování a poskytování služeb: ochrana kultury,³¹ včetně zachování národního historického a archeologického dědictví³² a uměleckého dědictví podporou používání určitého jazyka;³³ ochrana veřejných telekomunikačních sítí před poškozením;³⁴ profesní pravidla chování, včetně pravidel pro ochranu příjemce služeb; ochrana spotřebitele,³⁵ řádnost obchodních transakcí, prevence podvodů,³⁶ legitimní cíle sociální politiky, pověst národního finančního sektoru, ochrana pracovníků a pracovního trhu, ochrana duševního vlastnictví, účinnost fiskálního dohledu, kontrola sázek a loterií, silniční bezpečnost, námořní bezpečnost, ochrana životního prostředí, ochrana koherence daňového systému a systému sociálního zabezpečení;³⁷
- c) u volného pohybu kapitálu a běžných plateb: ochrana zdraví;³⁸ ochrana spotřebitele;³⁹ boj proti daňovým únikům;⁴⁰ efektivita daňového dohledu;⁴¹ ochrana vyváženého rozdělení daňové pravomoci mezi členskými státy;⁴² soudržnost daňového systému;⁴³ podpora výzkumu a rozvoje;⁴⁴ veřejná politika bydlení;⁴⁵ stabilita a bezpečnost důchodových fondů a fondů spravujících odstupné.⁴⁶

²⁵ C-204/90 Bachman; C-300/90 Komise v. Belgie; C-336/96 Gilly; naproti tomu srov. C-175/88 Biehl a C-279/93 Schumacker.

²⁶ Čl. 3/1 nař. 492/2011; C-379/87 Groener: pro získání docentského místa v Irsku SDEU připustil požadavek znalosti irštiny (galštiny), protože šlo o „součást politiky na podporu národního jazyka“.

²⁷ C-33/88 Allué.

²⁸ C-19/92 Kraus.

²⁹ C-106/91 Ramrath.

³⁰ C-325/08 Olympique Lyonnais.

³¹ Srov. směr. 89/552 „Televize bez hranic“ a navazující judikatura: C-412/93 Leclerc-Siplec v. TF1; C-222/94 Komise v. UK; C-11/95 Komise v. Belgie; C-320/94 Reti; C-14/96 Denuit; 56/96 VT4 Ltd.; C-34-36/95 Konsumentombudsmannen v. De Agostini; obecně ke kulturním cílům srov. C-353/89 Komise v. Nizozemí; C-154/89 Komise v. Francie; C-180/89 Komise v. Itálie; C-198/89 Komise v. Řecko; C-211/91 Komise v. Belgie.

³² C-180/89 Komise v. Itálie, C-288/89 Gouda (televizní vysílání), C-275/92 Schindler.

³³ C-211/91 Komise v. Belgie; C-222/07 UTECA.

³⁴ Čl. 4 směr. 91/263.

³⁵ C-154/89 Komise v. Francie (turističtí průvodci), C-76/90 Säger (patentová zástupci), C-384/93 Alpine Investments.

³⁶ Např. v oblasti služeb 33/74 Van Binsbergen, bod 13: „Stejně tak členskému státu nemůže být odepřeno právo přijmout opatření k zabránění výkonu osobou poskytující služby, jejíž činnost je zcela nebo převážně směřována na jeho území, svobody zaručené článkem 59 za účelem zamezení profesních pravidel chování, která by pro ni platila, kdyby byla usazena v tomto státu; taková situace může být předmětem soudního přezkumu podle ustanovení kapitoly týkající se práva usazování, a nikoli poskytování služeb.“ (překlad autor); srov. též C-23/93 TV 10 SA, bod 20. Srov. CANIVET, G. – IDOT, L. – SIMON, D. Lamy Procédures communautaires, leden 2005, díl 152, č. 60.

³⁷ C-230/90 Komise v. Belgie, C-204/90 Bachmann.

³⁸ C-531/06 Komise v. Itálie.

³⁹ C-39/11 VBV.

⁴⁰ C-72/09 Établissements Rimbaud.

⁴¹ C-387/11 Komise v. Belgie.

⁴² C-338/11 Santander.

⁴³ C-204/90 Bachmann.

⁴⁴ C-10/10 Komise v. Rakousko.

⁴⁵ C-567/07 Woningstichting.

⁴⁶ C-271/09 Komise v. Polsko; C-39/11 VBV.

1.4 Důvody zavedení kategorických požadavků

Jak výše naznačeno, SDEU o své vůli vytvořil nový právní institut, aby mohl svůj překzum – vedle opatření diskriminačních – rozšířit i na vnitrostátní nerozdílně aplikovatelná opatření a překonat taxativní seznamy dovolených vnitrostátních omezení svobod vnitřního trhu obsažené v zakládacích smlouvách⁴⁷ (dnes čl. 36, 45/3 a 52 SFEU).

Zavedení kategorických požadavků lze proto chápat jako dvojí kompenzační opatření vůči členským státům: jako protiplnění za prosazení principu vzájemného uznávání standardů v oblasti volného pohybu i jako protiplnění za rozšíření pojmu překážky volného pohybu i na nerozdílně aplikovatelná vnitrostátní opatření, tj. opatření členských států prostá jakékoliv diskriminace přímé i nepřímé.⁴⁸ Toto je podstata spojených nádob – nerozdílně aplikovatelných opatření a kategorických požadavků.

Výše uvedené platí o důvodech zavedení kategorických požadavků obecně – pro kategorické požadavky jako celek. O poznání méně přesvědčivá je ale analýza zavedení jednotlivých kategorických požadavků v judikatuře SDEU; ta je významná pro legitimitu takové výluky z jedné ze základních zásad primárního práva – svobod vnitřního trhu. Není možno zde probírat všechny dosud uznané či neuznané kategorické požadavky z hlediska argumentace kolem jejich potřebnosti, proto jen několik případů.

Někdy lze nalézt případy, kdy zakotvení určitého kategorického požadavku je ze strany SDEU objektivně odůvodněno. Alespoň minimalisticky takové posouzení SDEU učinil v přelomovém rozsudku 120/78 *Cassis de Dijon*, když odmítl jako kategorický požadavek stanovení *minimálního* obsahu alkoholu jako prostředek ochrany zdraví⁴⁹ či ochrany spotřebitele.⁵⁰

⁴⁷ Dnes zejména Smlouva o Evropské unii („SEU“) a Smlouva o fungování Evropské unie („SFEU“). K úplnému výčtu primárního práva a jeho historickému vývoji srov. SVOBODA, P. *Úvod do evropského práva*. 5. vydání. Praha: C. H. Beck, Praha, 2013, s. 6 an. a s. 97 an. Srov. též SCOTT, J. Mandatory or imperative requirements in the EU and the WTO. In: C. Barnard – J. Scott (eds). *The law of the Single European Market: Unpacking the premises*. Oxford: Hart, 2002; srov. též SPAVENTA, E. On discrimination and the theory of mandatory requirements. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2001/3, s. 457.

⁴⁸ Připomeňme, že do 1. 7. 1968 platil mezi členskými státy v rámci tzv. přechodného období tzv. *standstill*, zákaz zpřísnování existujících překážek a zavádění překážek nových. Poté se prosazoval zákaz diskriminačních opatření, tj. princip země určení. Nicméně pro SDEU ideál vnitřního trhu jde dál: „*zahrnuje odstranění všech překážek intrakomunitárnímu obchodu za účelem spojení národních trhů do jediného trhu, jehož podmínky jsou co nejbližší skutečnému vnitřnímu trhu*“ (15/81 Gaston Schul, bod 33). Jelikož i nerozdílně aplikovatelná opatření mohou omezovat např. obchod mezi členskými státy, je třeba je zakázat, nakořím nejsou odůvodněna kategorickými požadavky veřejného zájmu.

⁴⁹ Srov. body 11–12 rozsudku: „*Co se týče ochrany zdraví německá vláda uvedla, že stanovení minimálního obsahu alkoholu ve vnitrostátních právních předpisech má za cíl zabránit šíření lihovin na německém trhu, a především pak lihovin s nízkým obsahem alkoholu, jelikož takové výrobky mohou podle jejího názoru vést snadněji k vytvoření návyku na výrobky s vyšším obsahem alkoholu.*

11 Tyto důvody nejsou rozhodující, neboť spotřebitel si může na trhu opatřit celou řadu různých výrobků s nízkým nebo středním obsahem alkoholu, a navíc se velké množství alkoholických nápojů s vysokým obsahem alkoholu, které jsou volně uváděny na německý trh, konzumuje ve zředěné formě.“

⁵⁰ Srov. body 12–13 rozsudku: „*12 Německá vláda dále uplatňuje, že stanovení minimálního obsahu alkoholu u některých likérů slouží k ochraně spotřebitele před nekalými obchodními praktikami výrobců a distributorů lihovin.*

Tento argument vychází z úvahy, že snížení obsahu alkoholu zaručuje konkurenční výhodu oproti nápojům s vyšším obsahem alkoholu, jelikož alkohol představuje ve složení alkoholických nápojů zdaleka nejdražší složku, z důvodu značného daňového zatížení, jemuž podléhá.

Jindy ale SDEU existenci veřejného zájmu víceméně presumuje, aniž by ji obsáhleji odůvodňoval, např. odkazem na vnitrostátní předpis;⁵¹ to ovšem může zpochybnit legitimitu kategorického požadavku a navodit domněnku, že jde o pouhou subjektivní úvahu SDEU.

1.5 Důvody potřebnosti právně jasného konceptu kategorických požadavků

Dodržování práva při výkladu a aplikaci základních smluv je základním posláním SDEU. Je evidentní, že takový soudní výklad musí být konzistentní. Vnitrostátní soudy potřebují jednoznačná kritéria pro přezkum překážek vnitřního trhu, ne zmatečnou kazuistiku. Je proto těžké vysvětlit existenci koncepčních nejasností (o nepřesnostech sémantických ani nemluvě – viz část 2.3), jichž je judikatura SDEU v poslední době plná, jakoby nestačily samy potíže „*související s prosazováním teorie naléhavých důvodů obecného zájmu u vnitrostátních soudů*“.⁵² Nelze zcela vyloučit ani podezření, že tato nejasnost je ze strany SDEU úmyslná, aby tak SDEU trvale přes pojem překážky ovládal vnitrostátní soudy – je to možné vysvětlení nedostatků týkajících se nejen samotného pojmu, ale i jeho právního režimu.

2. HLAVNÍ PŘÍZNAKY EROZE KATEGORICKÝCH POŽADAVKŮ

Dlouho byla zmíněná flexibilita kategorických požadavků (viz část 1.3) pramenící spíše z kazuistického soudního přístupu nejlepší zárukou stability celého konceptu, pokud neznemožňovala vnitrostátním soudům užitečně je aplikovat. Bohužel však elasticita tohoto konceptu dnes hraničí se zmatečností; ta se projevuje v následujících oblastech: dochází ke (i) *sblížení podmínek aplikace smluvních a soudních výjimek* (část 2.1); kam mj. spadá proporcionalita vnitrostátního opatření (část 2.1.2), stejně jako jeho nediskriminační povaha (část 2.1.3); sem patří i nejednoznačnost právního

Navíc, podle německé vlády, pokud by byly do volného oběhu propuštěny alkoholické výrobky, jakmile odpovídají co do obsahu alkoholu předpisům země výroby, mělo by to ve Společenství za následek zavedení společného standardu nejnižšího obsahu alkoholu povoleného v kterémkoli členském státě, ba dokonce by se tak jakákoli ustanovení v této oblasti stala neúčinnými, neboť v právní úpravě několika členských států žádný obdobný minimální limit neexistoval.

13 Jak správně uvedla Komise, může stanovení limitních hodnot obsahu alkoholu v nápojích sloužit ke standardizaci výrobků uváděných na trh a jejich označování v zájmu větší transparentnosti obchodního styku a nabídek veřejnosti.

Tato argumentace však nemůže jít až tak daleko, že by považovala povinné stanovení minimálního obsahu alkoholu za základní záruku poctivého obchodního styku, neboť dostatečnou informovanost kupujícího lze jednoduše zajistit uložením povinnosti uvádět na obalu výrobků jejich původ a obsah alkoholu.“

⁵¹ Srov. např. bod 28 rozsudku 36/02 Omega, který v kontextu her imitujících zabíjení uvedl k odůvodnění existence kategorického důvodu jen toto: „28 Co se týče odůvodnění omezení volného pohybu služeb uloženého vyhláškou ze dne 14. září 1994, článek 46 ES, použitelný na tuto oblast podle článku 55 ES, připouští omezení odůvodněná z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo ochrany zdraví. V daném případě vyplývá ze spisu, že důvody, kterých se dovolával pořádkový orgán Bonn při přijetí vyhlášky o zákazu, uvádějí výslovně skutečnost, že dotyčná činnost představuje nebezpečí pro veřejný pořádek. Kromě toho odkaz na nebezpečí ohrožující veřejný pořádek se zároveň nachází v § 14 odst. 1 OBG NW, který opravňuje pořádkový orgán přijmout nezbytná opatření k zamezení tohoto nebezpečí.“

⁵² MARTUCCI, F. Le Conseil d'État, la liberté de prestation de services et le droit d'établissement, une illustration du dialogue des juges. *Europe*, 2007/6, část 13, s. 29.

základu dovolávané soudní výjimky (část 2.1.4). SDEU také zavedl (ii) *koncepty konkurující původnímu konceptu kategorických požadavků* (část 2.2). Konečně jasnost konceptu kategorických požadavků zatemňují i (iii) *nedostatky v překladech a rozdíly mezi jednotlivými jazykovými verzemi rozsudků* SDEU (část 2.3).

Stranou této práce ponecháme skutečnost, že i sám pojem překážky vnitřního trhu doznává v judikatuře SDEU určitého rozostření.⁵³

2.1 Sbližování právního režimu smluvních a soudních výjimek

Rozdíl mezi smluvními a soudními výjimkami spočívá na teoretických postulátech, jež jsou postupně judikaturou SDEU zpochybňovány. Teoretickým východiskem zde je, že soudní výjimky jsou přísně vzato výlukami: umožňují vyhnout se samotné kvalifikaci za zakázanou překážku svobod vnitřního trhu; tím je pro doktrínu odstraněn problém nedostatku pravomoci SDEU rozšiřovat taxativní seznam výjimek podle čl. 36, 45/3 a 52 SFEU o další tam neuvedené důvody. Důsledkem toho, že určitý důvod vede k výluce a ne k výjimce, je, že – na příkladu volného pohybu zboží – vnitrostátní soud překážku přezkoumává podle čl. 30 SFEU a ne podle čl. 36 SFEU: úkolem vnitrostátního soudu je nejprve zjistit, zda dané opatření splňuje podmínky kategorických požadavků stanovených SDEU. Pokud je splňuje, jde o výluky z pojmu zakázaného vnitrostátního omezení volného pohybu a zákaz čl. 30 SFEU se na takové opatření vůbec nevztahuje. Opačně řečeno, pokud opatření splňuje některou z taxativních výjimek čl. 36 SFEU, jde sice o opatření obecně zakázané čl. 30 SFEU, ale autoři Smluv se rozhodli udělit mu výjimku.

Naopak nerozlišování obou právních režimů vede ke stavu, kdy *vnitrostátní opatření směřující k ochraně kategorického požadavku je prohlášeno za zakázanou překážku v duchu čl. 36 SFEU ještě předtím, než ho bylo možno ospravedlnit kategorickým požadavkem, a tak ho vyloučit ze zákazu čl. 30 SFEU jakožto opatření svojí podstatou legální*.⁵⁴

Tento rozdíl v teoretickém základu je ale judikaturou SDEU popírán a právní režimy obou sad výjimek jsou sblížovány. K tomuto sblížování soudních a smluvních výjimek dochází v zásadě dvojmo: *obecně koncepčně* – výslovným konstatováním potřeby sblížení aplikačních podmínek obou sad výjimek a popřením důvodů tohoto rozlišování (část 2.1.1) – a *konkrétně*, jak to dokazuje sblížování podmínky proporcionality (část 2.1.2), nediskriminace (část 2.1.3)⁵⁵ či jednoznačnosti právního základu (část 2.1.4).

2.1.1 Obecné koncepční sblížování

SDEU obě sady výjimek sblízuje především *koncepčně*. Činí tak výslovným konstatováním potřeby sblížení aplikačních podmínek obou sad výjimek a popřením důvodů tohoto rozlišování.

Pokud jde o *výslovné konstatování potřeby sblížení aplikačních podmínek obou sad výjimek*, SDEU totiž tvrdí, že „členské státy mohou přijmout, i přes zákaz množstevních omezení dovozu stanovený v článku [30 SFEU], opatření odůvodněná jedním z důvodů

⁵³ Srov. např. RIGAUX, A. Cohérence et marché intérieur. In: V. Michel (ed.). *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence. Collections de l'Université de Strasbourg*. 2009.

⁵⁴ Srov. DUBOIS, L., BLUMANN, C., op. cit., s. 295.

⁵⁵ 352/85 Bond van Adverteerders, bod 32.

*obecného zájmu vyjmenovaných v článku [36 SFEU] nebo jedním z kategorických požadavků stanovených judikaturou Soudního dvora ..., pokud jsou tato opatření způsobilá především zaručit uskutečnění cíle, který sledují, a pokud nepřekračují meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné.*⁵⁶

SDEU např. také konstatoval, že smluvní výjimka z volného pohybu může být na základě Smlouvy ospravedlněna jen tehdy, je-li nutná a přiměřená: „[s]tejně podmínky se nutně aplikují na výjimky z volného pohybu zboží, založené na kategorických požadavcích uznaných komunitární judikaturou. Soud přijal stejně konkrétní přístup k přezkumu této kategorie výjimek.“⁵⁷

Toto konstatování mj. též *popírá smysl existence kategorických požadavků*: původním smyslem jejich zavedení bylo to, že se nejedná o výjimku ze zákazu některé ze svobod vnitřního trhu, ale že sporné opatření je vyloučeno z pojmu zakázaných překážek (viz část 1.4), tento smysl jejich existence je ale dnes zásadně popřeno.

I další původní zdůvodnění existence kategorických požadavků se dnes zdá obsoletní: vůle „*nerozšiřovat osvobození na základě kategorických požadavků na všechny druhy vnitrostátních překážek, zejména ne na ta, která právně nebo fakticky zacházejí odlišně se zbožím tuzemským a dovezeným.*“⁵⁸ Toto vysvětlení neplatí od momentu, kdy SDEU začal aplikovat kategorické požadavky na vnitrostátní opatření, jež nejsou nerozdílně aplikovatelná.⁵⁹

2.1.2 Podmínka proporcionality

Proporcionalita obecně znamená, že dané opatření splňuje tři podmínky: (i) schopnost dosáhnout sledovaný cíl (vhodnost), (ii) přiměřenost opatření tomuto cíli (tj. přiměřenost v úzkém slova smyslu), tj. absence alternativ, které méně omezují volné pohyby, a (iii) nutnost opatření k dosažení cíle (nezbytnost – zjištění, že omezení „*nepřekračuje meze toho, co je pro dosažení sledovaného cíle nezbytné*“⁶⁰).⁶¹

V režimu kategorických požadavků lze nalézt čtyři typy změn, jež se dotýkají přezkumu proporcionality, což jejich režim přibližuje režimu výjimek smluvních: (i) judikaturou SDEU byly stanoveny dodatečné podmínky proporcionality (soudržnost a systematickosti vnitrostátního sledování dovolávaného zájmu; viz část A níže), (ii) implicitně uznán prostor pro uvážení členských států při definici veřejného zájmu (část B níže), stejně jako (iii) při posuzování přiměřenosti vnitrostátního opatření podle povahy veřejného zájmu (část C níže) a konečně (iv) pod rouškou přezkumu proporcionality vnitrostátního omezení SDEU často vyvažuje těžko slučitelné zájmy (část D níže).

Z těchto změn vyplývá několikrát zmatení: na jedné straně se právní režim soudních výjimek přibližuje režimu výjimek smluvních, na straně druhé se přezkum kategorických požadavků diverzifikuje natolik, že to ohrožuje koncepční jednotu tohoto právního

⁵⁶ C-40/04 Yonemoto, bod 55; srov. též C-14/02 ATRAL, bod 64; C-443/10 Bonnarde, bod 32.

⁵⁷ C-14/02 ATRAL, bod 68. Překlad autor.

⁵⁸ MASCLET, J.-C. Libre circulation des marchandises. *Juris-Classeur Europe*, svazek 551, díl 2, 1997, s. 8, bod 56.

⁵⁹ Srov. C-254/98 Schutzverband; C-524/07 Komise v. Rakousko; C-531/07 LIBRO.

⁶⁰ C-20/12 Giersch, bod 70.

⁶¹ Pro jiné členění (nutnost – přiměřenost – minimálnost) srov. DUBOUI, L., BLUMANN, C. *Droit matériel de l'Union européenne*. Paříž: Montchrestien, 2006, s. 301 an.

institutu. Mnohost aplikovatelných technik přezkumu odůvodnění překážky způsobuje zmatek u vnitrostátních soudů do té míry, že vyjasnění judikatury ze strany SDEU či změny Smluv se *de lege ferenda* jeví jako nezbytné.

A. Dodatečné podmínky proporcionality

Na kritérium nutnosti aplikuje judikatura SDEU dvě nové podmínky: podmínky soudržnosti (koherence) a systematickosti. V rámci přezkumu proporcionality jsou tyto nové podmínky aplikovány zejména v oblastech služeb a usazování. Z bohaté judikatury vyplývá, že tento přísnější přezkum se projevuje zejména ve dvou podoblastech – hazardní hry a sázky⁶² a oblast ochrany zdraví,⁶³ kde jde zejména o spory o regulovaná zdravotnická povolání, zejména lékárníky.⁶⁴

SDEU v těchto rozsudcích zásadně uznává, že vnitrostátní omezení těchto her mohou být odůvodněna kategorickými požadavky obecného zájmu (např. ochrana spotřebitele, předcházení podvodům či navádění občanů k nadměrným výdajům spojeným s hrami, ochrana zdraví); na druhou stranu ale jako protiplnění SDEU vyžaduje, aby taková opatření odůvodněná nutností předcházet potížím sociální povahy byla vhodná k dosažení oněch cílů v tom smyslu, že musejí přispívat k omezení takových jednání koherentně a systematicky. Tyto dvě podmínky slouží k tomu, aby státy ve jménu obecného zájmu nemohly přijímat ochranná opatření. Můžeme v nich také spatřovat paralelu k podmínce smluvních výjimek zakazující ta vnitrostátní omezení, jež by měla „*sloužit jako prostředky svévolné diskriminace nebo zastřehého omezování obchodu mezi členskými státy*“ (čl. 36 SFEU). Takový úmysl sledovala totiž podle SDEU zejména zmíněná vnitrostátní omezení regulovaných zdravotnických povolání. O to méně pochopitelné ale je, když SDEU aplikuje ony podmínky koherence a systematickosti i na výjimky smluvní.⁶⁵

B. Uznání prostoru pro uvážení členských států při definici veřejného zájmu

SDEU mj. výše zmíněnou judikaturou týkající se podmínek koherence a systematickosti také uznává, že existuje jistý prostor pro uvážení členských států. Opět jde o zmíněné dvě oblasti – o ochranu zdraví a veřejnou mravnost a veřejný pořádek.

U překážek s cílem ochrany zdraví toto platí plně: SDEU své odůvodnění uvozuje „úvodními poznámkami“, jež nastolují určitou rovnováhu mezi zásadou volného pohybu a veřejným zájmem členského státu tak, „že právo Společenství nezasahuje do pravomoci členských států uspořádat své systémy sociálního zabezpečení a přijmout zejména předpisy určené k organizaci takových zdravotnických služeb, jako jsou lékárny“; přitom dále „musí být zohledněna skutečnost, že zdraví a život člověka zaujímají první místo mezi statky a zájmy chráněnými Smlouvou a že členským státům přísluší rozhodnout o úrovni, na které zamýšlí zajistit ochranu veřejného zdraví, a o způsobu, jímž má být této úrovni dosaženo“.⁶⁶

⁶² Srov. C-243/01 Gambelli, bod 67; spoj. věci C-338, 359, 360/04 Placanica, bod 53; C-42/07 Liga Portuguesa, bod 61; C-258/08 Ladbrokes Betting, bod 21; spoj. věci C-447, 448/08 Sjöberg, bod 40; spoj. věci C-316,358,359, 360,409/07 Stoß, bod 80; C-64/08 Engelmänn, bod 35; C-212/08 Zeturf, bod 58; C-347/09 Dickinger, bod 56.

⁶³ Srov. C-500/06 Corporación Dermostética, bod 40; C-169/07 Hartlauer, bod 63.

⁶⁴ Srov. spoj. věci C-171,172/07 Apothekerkammer des Saarlandes, bod 42; spoj. věci C-570,571/07 Pérez, bod 94; C-531/06 Komise v. Itálie, bod 66.

⁶⁵ C-161/09 Nomarchiaki, bod 42.

⁶⁶ C-570,571/07 Pérez, body 43–44.

SDEU přebírá tuto argumentaci i do oblasti „diskutabilních“ aktivit, jako jsou hry a prostituce. Pro SDEU jde o oblasti, v nichž existují mezi členskými státy významné rozdíly povahy mravní, náboženské a kulturní. Při absenci harmonizace je na každém členském státu, aby v těchto oblastech nastolil svoji vlastní stupnici hodnot, jež ochraňuje na těchto zájmů podle jeho názoru vyžaduje.⁶⁷ Na úrovni EU jednotná stupnice těchto hodnot neexistuje.⁶⁸

Tato tradiční analýza *smluvní* výjimky veřejného pořádku má v judikatuře SDEU tendenci k přelévání i do oblasti kategorických požadavků.⁶⁹ Stejně tak skutečnost, že jeden členský stát zvolil jinou metodu ochrany veřejného pořádku než stát jiný, nemá mít vliv na přezkum nutnosti a proporcionality opatření přijatých v dané věci.⁷⁰

Přiznání takovéto míry uvážení v rámci některých soudních výjimek má pak za důsledek jistou segmentaci kategorických požadavků, což způsobuje, že se jejich právní režimy různí podle zvolené výjimky. To přispívá k erozi celé této právní kategorie.

C. Uznání prostoru pro uvážení členských států při posuzování přiměřenosti opatření podle povahy veřejného zájmu

Jak je obecně uvedeno v části 2.1.2, při soudním přezkumu proporcionality se rozlišují – byť ne vždy důsledně – tři její součásti: schopnost dosáhnout sledovaný cíl (vhodnost), přiměřenost opatření tomuto cíli (tj. přiměřenost v úzkém slova smyslu) a nutnost opatření k dosažení cíle (nezbytnost – zjištění, že omezení „nepřekračuje meze toho, co je pro dosažení sledovaného cíle nezbytné“⁷¹).

Podmínka vhodnosti zpravidla nepůsobí potíže,⁷² zato přiměřenost *stricto sensu* je obvykle jádrem sporu. I když tento přezkum klasicky vykonává sám SDEU, často v režimu předběžné otázky, v poslední době i zde ponechává SDEU jistou míru uvážení pro vnitrostátní soud. Míra tohoto uvážení se přitom různí v závislosti na zvolené výjimce,⁷³ ať už jde o výjimku smluvní či soudní. V oblasti peněžních her se SDEU z přezkumu často vyvlékne pro nadbytečnost,⁷⁴ což silně kontrastuje s délkou odůvodnění ve věcech fiskálních či duševního vlastnictví, kde je přezkum poněkud přísnější.⁷⁵ O to paradoxnější je, že SDEU občas provádí přezkum přiměřenosti zcela nadbytečně, stručně a formálně, jen z důvodu „úplnosti“ přezkumu,⁷⁶ zejména v situacích, kdy test přiměřenosti nebyl splněn. Tento občasný nezáměr o zcela legitimní aspekt předběžné otázky zřetelně protiče jinde často deklarované vůli poskytnout vnitrostátnímu soudu užitečnou odpověď.⁷⁷

⁶⁷ Srov. 34/78 Henn a Darby, bod 16; C-268/99 Jany, body 56–60; spoj. věci 115,116/81 Adoui a Cornuaille, bod 8.

⁶⁸ Srov. spoj. věci 115,116/81 Adoui a Cornuaille, bod 8.

⁶⁹ Srov. C-275/92 Schindler, bod 32; C-338, 359, 360/04 Placanica, bod 47; C-36/02 Omega, body 36–38.

⁷⁰ Srov. C-124/97 Läära, bod 36; C-67/98 Zenatti, bod 34.

⁷¹ C-20/12 Giersch, bod 70.

⁷² Srov. ale C-387/10 Komise v. Rakousko, když chyběl vztah kauzality.

⁷³ Srov. judikatura uvedená v CANIVET, G., IDOT, L., SIMON D. Lamy Procédures communautaires, leden 2005, díl 152, č. 175.

⁷⁴ Srov. např. C-212/08 Zeturf.

⁷⁵ Srov. např. C-317/10 National Grid.

⁷⁶ C-212/09 Komise v. Portugalsko, bod 88.

⁷⁷ Srov. např. užitečnost odpovědi na předběžnou otázku jako důvod k její reformulaci ze strany SDEU: výslovně toto SDEU vyjádřil mj. v bodu 29 rozsudku C-152/03 Ritter-Coulais: „... i když po formální stránce předkládající

D. Přiměřenost omezení v. vyvažování zájmů

Vývoj kategorických požadavků (tj. druhu soudních výjimek) se mj. odehrává i v tom, že metoda přezkumu proporcionality umožňuje i vyvažování dotčených zájmů, zejména jedná-li se o základní práva.⁷⁸ Technika vyvažování umožňuje SDEU vyhnout se jakékoliv hierarchizaci těchto hodnot a zájmů. To je užitečné zejména v situacích, kdy jsou dotčeny obtížně smířitelné zájmy a hodnoty. Učebnicový příklad poskytuje věc C-112/00 Schmidberger, kde jde daleko méně o přezkum proporcionality (jenž je z povahy věci striktní – úzký⁷⁹) omezení základní svobody vnitřního trhu než o hledání rovnováhy mezi zásadami stejné právní síly. Teoretická otázka z toho vyplývající nutně zní: patří proporcionalita a vyvažování zájmů k témuž konceptu? Jinými slovy, představuje rozdíl mezi těmito dvěma soudními technikami jen rozdíl míry, úrovně přezkumu, anebo jde o rozdíl podstatnější, rozdíl v povaze konceptu? Problémem je, že kromě základních práv aplikoval SDEU techniku vyvažování i na oblast veřejného pořádku, což ale je výjimka smluvní. SDEU ve spojených věcech C-482, 491/01 Orfanopoulos potvrdil, že v oblasti volného pohybu osob je třeba, aby vnitrostátní orgány prováděly kazuistiku – případ od případu přezkum otázky, „*kde se nachází spravedlivá rovnováha mezi dotčenými legitimními zájmy*“.⁸⁰ Zde tedy opět jde o příklad sblížení mezi právními režimy výjimek smluvních a soudních.

2.1.3 Podmínka nediskriminace

Jednou z podmínek aplikovatelnosti kategorických požadavků je nediskriminační povaha zkoumaného vnitrostátního omezení volného pohybu (viz část 1.2). I zde dochází ke sblížení režimu smluvních a soudních výjimek, a to obousměrně: jednak SDEU často konstatuje legalitu vnitrostátního omezení kvůli kategorickému požadavku, i když samo opatření je zjevně diskriminační, jednak oslabuje druhou větu čl. 36 SFEU o povolených diskriminačních opatřeních tím, že vyžaduje, aby členský stát sledoval dovolávaný důvod čl. 36 SFEU i vůči svým vlastním předpisům, čímž dovolávaný důvod činí nerozdílně aplikovatelným.

A. Použitelnost kategorických požadavků na diskriminační omezení

Například ve věci C-2/90 Komise v. Belgie (Valonské odpadky) šlo o dekret Valonské regionální rady zakazující ve Valonsku ukládat či likvidovat odpadky pocházející z jiného členského státu EU či jiného regionu Belgie. Doktrína toto omezení považovala za přímo

soud omezil svou žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na výklad svobody usazování a volného pohybu kapitálu, taková skutečnost Soudnímu dvoru nebrání, aby vnitrostátnímu soudu podal veškerý výklad práva Společenství, který může být užitečný pro rozhodnutí ve věci, která mu byla předložena, bez ohledu na to, zda tento soud tento výklad ve své žádosti zmínil...“ Srov. též C-241/89 SARPP, bod 8; C-315/92 Verband Sozialer Wettbewerb „Clinique“, bod 7; C-87/97 Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola, bod 16; C-387/01 Weigel, bod 44.

⁷⁸ Techniku vyvažování používá SDEU i v jiných kontextech základních práv, např. v oblasti boje proti terorismu mezi ochranou mezinárodního míru a bezpečnosti a právem na spravedlivý proces a právem na obhajobu; srov. např. C-584/10 P, C-593/10 P a C-595/10 P Komise, Rada, Spojené království v. Yassin Abdullah Kadi, body 125 a 128; C-417/11 P Bamba, bod 53.

⁷⁹ C-546/07 Komise v. SRN, bod 48; C-434/10 Petar Aladzhov, bod 34.

⁸⁰ C-482, 491/01 Orfanopoulos, bod 96.

diskriminační,⁸¹ tedy ospravedlnitelné jedině na základě smluvních výjimek; SDEU zde ale aplikoval „*kategorické požadavky ochrany životního prostředí*“,⁸² tedy výjimku soudní. Podotkněme ale, že oblast ochrany životního prostředí v tomto případě působí jisté potíže, protože podle čl. 191/2 SFEU (tehdy čl. 130 R SEHS) je založena mj. na zásadě „*odvracení ohrožení životního prostředí především u zdroje*“; jde zde tedy o právní zásadu smluvní, aplikovanou před soudní výjimkou.

SDEU ovšem jen zřídka označí konkrétní vnitrostátní překážku za (ne)rozdílně aplikovatelnou, daleko častěji spíše pouze za opatření s rovnocenným účinkem množstevním omezením obchodu (ORUKO).⁸³ Např. ve věci C-524/07 Komise v. Rakousko (dovoz použitých aut) SDEU rozhodl, že vnitrostátní předpis podmiňující registraci *dovezeného* použitého vozidla splněním určitých technických požadavků, i když použitá vozidla na vnitrostátním trhu obdobným požadavkům v případě nové registrace nepodléhala, představuje ORUKO;⁸⁴ SDEU ale dodává, že rakouský předpis může být ospravedlněn z důvodu ochrany zdraví (smluvní výjimka) či ochrany životního prostředí (kategorický požadavek);⁸⁵ SDEU tedy evidentně směřuje smluvní a soudní výjimky.

SDEU ohýbal či ignoroval svoji dřívější judikaturu nejen v oblasti životního prostředí. Např. v C-54/05 Komise v. Finsko šlo o finský zákon požadující u vozidel dovozní licence tradičně odsuzované jako diskriminační opatření, tedy opatření legalizovatelné jen na základě smluvní výjimky podle čl. 36 SFEU. SDEU zde ale dovedl legalitu finského zákona, a to na základě kategorického požadavku silniční bezpečnosti,⁸⁶ tedy za použití výjimky soudní. Podobně v C-531/07 LIBRO ohledně diskriminačního pevného stanovení cen knih SDEU uplatnil „*naléhavý důvod obecného zájmu*“, jmenovitě „*ochranu knih jako kulturního statku*“.⁸⁷

SDEU podobně postupoval i při aplikaci pojmu příbuzného kategorickému požadavku – pojmu legitimního zájmu, když ve věci C-137/09 Josemans tento pojem jakožto soudní výjimku dovolil aplikovat na diskriminační opatření starosty Maastrichtu, jež vyhradilo vstup do slavných *coffee shops*⁸⁸ jen rezidentům Nizozemska (viz blíže část 2.2).

Kvůli této nejednoznačné judikatuře lze zaznamenat i volání po *výslovném* zrušení rozdílu mezi smluvními a soudními výjimkami.⁸⁹ Ve věci C-379/98 Preussenelektra

⁸¹ Srov. např. NOTARO, N. The new generation case law on trade and environment. *European Law Review*. 2000/25, s. 467, 478–9, 482; cit. In: C. Barnard, op. cit. s. 86.

⁸² C-2/90 Komise v. Belgie (Valonské odpadky), bod 32.

⁸³ Tato klasifikace se užije u volného pohybu zboží, ne jinde.

⁸⁴ Opatření s účinkem rovnocenným kvantitativnímu omezení.

⁸⁵ C-524/07 Komise v. Rakousko, body 54–55. Srov. v dřívější judikatuře např. C-67/97 Bluhme, bod 19 či C-120/95 Decker.

⁸⁶ Srov. též C-297/05 Komise v. Nizozemsko. SDEU tuto změnu zamlžil změnou terminologie, např. v C-239/02 Douwe Egberts, bod 55: „*Taková překážka může být odůvodněna pouze jedním z důvodů obecného zájmu uvedených v článku 30 ES, mezi které patří ochrana zdraví a života lidí, nebo jedním z naléhavých požadavků směřujících mimo jiné k ochraně spotřebitelů.*“

⁸⁷ C-531/07 LIBRO, bod 34.

⁸⁸ Jde o obchody prodávající marihuanu, tolerovanou v Nizozemsku.

⁸⁹ Srov. např. OLIVER P. Some further reflections on the scope of Articles 28–30 (ex 30–36). *CMLRev*. 1999/36, s. 738; Evropská komise, Volný pohyb zboží – Příručka k uplatňování ustanovení Smlouvy upravujících volný pohyb zboží SEC 2010, kde na s. 27 Komise konstatuje, že „*vyskytují se námitky, že takové rozdělení je umělé, a Soudní dvůr přechází k zjednodušování a k řešení závazných požadavků stejným způsobem jako zdůvodnění podle článku 36 SFEU*“, přičemž odkazuje na práci OLIVER, P. *Free Movement of Goods in the European Community*, 2003, body 8.3 až 8.10.

generální advokát Jacobs poukázal na řadu rozsudků, kde SDEU dovolil použití kategorických požadavků za situace, kdy nerozdílná použitelnost daného opatření byla přinejmenším sporná, s tím, že použití kategorického požadavku v oblasti ochrany životního prostředí považoval za legitimní i u diskriminačních opatření.⁹⁰ Rozsudky C-531/07 LIBRO či C-54/05 Komise v. Finsko naznačují, že SDEU touto cestou jde, ale neříká to výslovně. Evropská komise přesto v této věci soudí, že „*Soudní dvůr nalezl způsoby, jak překonat toto rozdělení, aniž by popřel svou dřívější praxi*“.⁹¹ Ten může spočívat v tom, že – jak ukazuje rozsudek C-531/07 LIBRO – SDEU spíše shledá, že vnitrostátní omezení je nepřiměřené, protože je diskriminační;⁹² nerozdílně aplikovatelné omezení má tedy větší šanci projít testem proporcionality.⁹³

B. Nerozdílná aplikovatelnost smluvních výjimek

Jazykovým výkladem lze dovodit, že důvody čl. 36, 45/3 a 52 SFEU (např. ochrana zdraví, veřejná bezpečnost a veřejný pořádek) jsou použitelné pro legalizaci i diskriminačních vnitrostátních opatření, jež skutečně odpovídají některému z těchto důvodů veřejného zájmu. Nesmí nás mást druhá věta čl. 36 SFEU, podle níž „*[t]yto zákazy nebo omezení však nesmějí sloužit jako prostředky svévolné diskriminace nebo zastřené omezování obchodu mezi členskými státy*“: tato věta je namířena právě na ta opatření, která čl. 36 SFEU zneužívají a sledování tam uvedených důvodů pouze předstírají ve snaze diskriminovat dovážené zboží.

Jenomže z další judikatury vyplývá, že tyto smluvní výjimky jsou použitelné jen v případech reálné a dostatečně závažné hrozby, dotýkající se základního zájmu společnosti.⁹⁴ Již v rozsudku 115/81 & 116/81 Adoui a Cornuaille týkajícího se prostitutek SDEU konstatoval, že jednání akceptované členským státem pro své vlastní příslušníky nemůže představovat skutečnou hrozbu pro veřejný pořádek.⁹⁵ Výjimka veřejného pořádku je tedy použitelná jen tehdy, když členský stát přijal účinná opatření ke kontrole a potlačování i aktivity stejného druhu, prováděné vlastními státními příslušníky. Jinými slovy tím SDEU vyloučil, že by členský stát mohl omezením volného pohybu sankcionovat přeshraniční jednání, které vnitrostátně nesankcionuje. Tím nepřímou stanovil, že i omezení přijímaná na základě smluvních výjimek musejí být nerozdílně aplikovatelná a nemohou být diskriminační, jak z jazykového výkladu smluvních výjimek vyplývá. I v tomto ohledu tak SDEU sblížil právní režim smluvních a soudních výjimek.

⁹⁰ Srov. stanovisko GA Jacobse k C-379/98 Preussenelektra, bod 226. Srov. též jeho komentáře k C-203/96 Chemische Afvalstoffen a C-136/00 Danner.

⁹¹ Evropská komise, Volný pohyb zboží – Příručka k uplatňování ustanovení Smlouvy upravujících volný pohyb zboží SEC 2010, s. 27.

⁹² C-531/07 LIBRO, bod 35: „*V tomto ohledu, jak bylo uvedeno Komisí a Kontrolním úřadem ESVO, lze cíle ochrany knihy jako kulturního statku dosáhnout opatřeními pro dovozce méně restriktivními, například povolením zejména dovozců nebo zahraničím vydavatelů stanovit prodejní cenu pro rakouský trh, jež zohlední charakteristiky tohoto trhu.*“

⁹³ K podmínce proporcionality srov. část 2.2 výše.

⁹⁴ 30/77 Bouchereau, body 20–24; srov. též např. C-430/10 Hristo Gaydarov, bod 33; C-434/10 Petar Aladzhev, bod 35.

⁹⁵ 115/81 a 116/81 Adoui a Cornuaille, bod 8: „*... jednání nemůže být považováno za dostatečně závažné povahy k ospravedlnění omezení ... členského státu v případě, že tento členský stát nepřijme ve vztahu k těmto jedním svých vlastních příslušníků represivní opatření nebo jiná opravdová a účinná opatření zamýšlená k boji proti takovému jednání.*“ Potvrzeno v C-268/99 Jany, bod 60.

2.1.4 Nejednoznačnost právních základů

Jako důsledek svěřených pravomocí členskými státy EU musí jakýkoliv právní akt EU mít jasný právní základ v primárním právu EU.⁹⁶ Princip svěřených pravomocí zavazuje i SDEU v jeho rozhodovací činnosti: v EU jde tedy o zásadu limitující nejen tvorbu psaného, ale i práva soudcovského. V případě právních základů kategorických požadavků ale panuje jistá nejednoznačnost: někdy existují právní základy dva či více (základ smluvní čl. 36 SFEU a základ soudní – jeden či více kategorických požadavků či podobných konceptů), jindy naopak není jasné, o jaký právní základ se výjimka opírá.

A. Více právních základů

Problém dvojího právního základu se týká především ochrany zdraví. Ta má právní základ jak smluvní, tak soudní.⁹⁷ Tento dvojí právní základ vyvolává značnou nejistotu, i když odhlédneme od existence některých ekonomických zájmů v rámci veřejného zdravotnictví.⁹⁸

Stejná nejistota panuje při vyvažování základních svobod vnitřního trhu a základních práv, jež SDEU může aplikovat z titulu všeobecných zásad právních anebo na základě Listiny základních práv.⁹⁹

I další soudní výjimky jsou velmi blízké výjimkám smluvním: např. ochrana dětství nemá daleko k veřejné morálce a veřejnému pořádku;¹⁰⁰ stejně tak kategorický požadavek boje proti kriminalitě a silniční bezpečnosti je párován s bojem proti kriminalitě v rámci konceptu veřejné bezpečnosti podle primárního práva.¹⁰¹

Tato tendence k hyperspecializaci soudních výjimek nutně vede k *nejasnostem okolo jejich právního základu*.¹⁰² Lze se jen domnívat, že SDEU se vyhýbá aplikaci výjimek podle čl. 36 SFEU ve prospěch kategorických požadavků, aby se vyhnul přísnějším aplikačním podmínkám čl. 36 SFEU,¹⁰³ např. pokud jde o přísnější přezkum přiměřenosti výjimek smluvních (kvůli podmínce absence svévolné diskriminace nebo zastřenému omezování obchodu mezi členskými státy)¹⁰⁴ (viz část 2.1.2).¹⁰⁵ Ale ani toto zcela neobstojí, protože přísnější kontrola přiměřenosti u smluvních výjimek je v poslední judikatuře opomíjena¹⁰⁶ a také např. existuje snaha o omezení uvážení členských států, pokud jde o jejich právo autonomně definovat pojem veřejné bezpečnosti.

⁹⁶ Blíže k tomu srov. SVOBODA, P., op. cit., s. 127.

⁹⁷ Srov. čl. 36 SFEU a 120/78 Cassis de Dijon.

⁹⁸ Srov. C-255/09 Komise v. Portugalsko, bod 73 k riziku vážného ohrožení financování systému sociálního zabezpečení, jež může představovat kategorický požadavek veřejného zájmu.

⁹⁹ Srov. např. C-555/07 Küçükdeveci.

¹⁰⁰ Srov. stanovisko generálního advokáta Mengozzi/ho k cit. věci Dynamic Medien, bod 78.

¹⁰¹ C-265/06 Komise v. Portugalsko, bod 38.

¹⁰² Např. v oblasti her se většina cílů sledovaných orgány členských států dosahuje jak kategorickými požadavky veřejného zájmu, či výjimkami primárního práva, aniž by vždy bylo zřetelné, jakého právního základu se SDEU dovolává. Srov. BERNARD, E. La Cour de justice précise les règles du jeu. *Europe*. 2010/11, část 12.

¹⁰³ Srov. např. C-265/06 Komise v. Portugalsko.

¹⁰⁴ Srov. např. C-110/05 Komise v. Itálie.

¹⁰⁵ SIMON D. Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes. *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français. Les Petites Affiches*. 2009/46, s. 17.

¹⁰⁶ Srov. např. C-108/09 Ker-Optika.

Argumentační děravost hranice mezi smluvními a soudními výjimkami se nutně projevuje i v *nekoherentnosti odůvodnění rozsudků*. Např. ve věci C-524/07 Komise v. Rakousko tvrdilo Rakousko, že překážka je pokryta výjimkou ochrany zdraví a života osob a zvířat a ochranou rostlin podle dnešního čl. 36 SFEU. SDEU ale dal přednost úvaze, že „... mají-li opatření bojující proti znečištění ovzduší a proti hluku za cíl ochranu zdraví, je tento cíl již zahrnut v cíli ochrany životního prostředí, rovněž sledovaném dotýcnými opatřeními, jež v širším smyslu směřují k ochraně zdraví, jelikož tato opatření mají za účel omezit nebezpečí pro zdraví spojené s poškozováním životního prostředí. Není proto v této věci třeba zkoumat argumenty Rakouské republiky o ochraně veřejného zdraví odděleně od těch o ochraně životního prostředí.“¹⁰⁷ SDEU tedy podřizuje smluvní výjimku o ochraně zdraví výjimce soudní o ochraně životního prostředí, jakkoliv se nejednalo o nerozdílně aplikovatelné opatření, ale o opatření diskriminační. Takováto argumentace SDEU opět nekoncepčně rozostřuje rozdíly mezi oběma sadami výjimek.

Jiným nevyhnutelným důsledkem bujení kategorických požadavků je *kumulativní aplikace právních základů smluvních a soudních*. V rozsudku C-384/08 Attanasio se SDEU dovolává jak smluvní výjimky o ochraně zdraví (dnešní čl. 52 SFEU), i kategorických požadavků obecného zájmu – bezpečnosti silničního provozu, ochrany životního prostředí a ochrany spotřebitele.¹⁰⁸ Smysl takového násobení právních základů sice není zřejmý, ale zjevně jde o tendenci SDEU: např. v rozsudku C-100/08 Komise v. Belgie SDEU značně „akrobaticky“¹⁰⁹ propojuje ochranu života a zdraví zvířat podle čl. 36 SFEU s jejich blahobytem a s ochranou biodiverzity. Ve věci C-142/05 Åklagaren je to podobné: SDEU blokově pojednává o smluvních a soudních výjimkách ochrany životního prostředí, ochrany života a zdraví osob a zvířat i ochrany rostlin; SDEU totiž usoudil, že jde o „úzcce spojené cíle“, a proto je třeba „zkoumat tyto cíle společně“.¹¹⁰ Tímto mísením právních základů ale SDEU mj. komplikuje vnitrostátním soudům posouzení vnitrostátních překážek na vnitřním trhu.

B. Nejasný právní základ

Vedle duality či mnohosti právních základů existuje i jiný problém: nejasnost právního základu. Níže (část 2.2.3) jsme u rozsudku C-137/09 Josemans poukázali na nejistotu, zda se SDEU ve věci ochrany zdraví pohybuje v rámci čl. 36 SFEU, anebo na území kategorických požadavků či ještě někde jinde. Podobně ve věci C-208/09 Sayn-Wittgenstein začal SDEU své odůvodnění úvahou v oblasti výjimek soudních s tím, že „v kontextu rakouských ústavních dějin může být zákon o zrušení šlechtictví jakožto prvek národní identity vzat v úvahu při poměrování legitimních zájmů s právem svobodně se pohybovat přiznaným právem Unie“. SDEU poté nicméně patrně přeskočil z oblasti soudních výjimek na smluvní právní základ výjimky, když konstatuje, že „[o]důvodnění, kterého se dovolává rakouská vláda odkazem na rakouské ústavní poměry, je třeba vykládat tak, že se dovolává veřejného pořádku“.¹¹¹ Veřejný pořádek je totiž smluvní výjimka podle čl. 36, 45 či 52 SFEU.

¹⁰⁷ Ibidem, bod 56; překlad autor.

¹⁰⁸ C-384/08 Attanasio, bod 51.

¹⁰⁹ Srov. RIGAUX, A. Commentaire 309. *Europe*, 2009/8–9, s. 26. Srov. C-100/08 Komise v. Belgie, body 91 an.

¹¹⁰ C-142/05 Åklagaren, bod 33.

¹¹¹ C-208/09 Sayn-Wittgenstein, body 83–85.

Jistá nejasnost právního základu ovlivňující samu podstatu zkoumaných výjimek veřejného zájmu souvisí se dvojím přístupem SDEU k odkazu na výše zmíněné ústavní tradice členských států. V odůvodnění věci C-36/02 Omega lze spatřit jistou *výhradu* ústavnosti členských států: SDEU zde potvrdil, že zákaz obchodního využívání her zahrnujících násilí proti lidem „*odpovídá úrovni ochrany lidské důstojnosti, kterou měla vnitrostátní ústava zajistit na území Spolkové republiky Německo*“.¹¹² Pokud by mělo ale jít o vyluku ve prospěch ústavnosti členských států, jak je toto zdůvodnitelné s doktrínou SDEU, podle níž právo EU má přednost i před ústavami členských států?¹¹³ Stejný rozsudek lze ovšem chápat i jako přijetí další *výjimky* základních práv do práva EU: SDEU totiž konstatuje, že „*cíl ochrany lidské důstojnosti je slučitelný s právem Společenství, aniž by v tomto ohledu mělo význam, že v Německu přísluší zásadě respektování lidské důstojnosti zvláštní postavení jako nezávislému základnímu právu*“.¹¹⁴ Je-li tomu ale tak, jaký právní význam má předchozí odkaz na vnitrostátní úpravu SRN?

Připomeňme ovšem, že po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost (prosinec 2009; rozsudek C-36/02 Omega ovšem byl vydán předtím) není tato přednost zcela absolutní, protože podle čl. 4/2 SEU je EU povinna respektovat vnitrostátní identitu členských států, včetně jejich ústavních a politických systémů. Čl. 4/2 SEU tak může být vnímán jako právní základ pro „vyluky“ uvedeného druhu.

Zmíněnou nejasnost potvrzuje i výše citovaný rozsudek C-208/09 Sayn-Wittgenstein směšováním argumentů veřejného pořádku a státní příslušnosti k ospravedlnění překážky volného pohybu občanů EU. Podobnou ambivalenci můžeme potkat i v rozsudku C-137/09 Josemans, kde legitimní cíl boje proti drogám je vztažen k udržení veřejného pořádku „*jak na úrovni členských států, tak na úrovni Unie*“.¹¹⁵ Znamená tato formulace snad, že existuje dvojitý veřejný pořádek – vnitrostátní a unijní? Jak by takový závěr korespondoval s tím, že udržování veřejného pořádku je odpovědností členských států (srov. čl. 4/2 SEU, čl. 72 SFEU), a proto je také zásadně v jejich pravomoci tyto pojmy definovat?¹¹⁶

2.2 Konkurence pojmů

Právní kvalifikace veřejného zájmu, který členský stát uplatňuje k omezení některé ze svobod vnitřního trhu EU, za kategorický požadavek je často zpochybňována jinými pojmy a koncepty, které sehrávají stejnou úlohu. Prostor pro tyto jiné koncepty vytvořil SDEU mj. tím, že zavedl obecnější – střešní pojem, tzv. „*naléhavé důvody obecného zájmu*“,¹¹⁷ jejichž podmnožinou jsou patrně nejen kategorické požadavky, ale i jiné konkurenční pojmy.

¹¹² C-36/02 Omega Spielhallen, bod 39.

¹¹³ Srov. SVOBODA, P., op. cit., s. 56 an.

¹¹⁴ Ibidem, bod 34.

¹¹⁵ C-137/09 Josemans, bod 65.

¹¹⁶ T-232/10 Couture, bod 27 ke vztahu zápisné způsobilosti ochranné známky, komunistických symbolů a veřejného pořádku.

¹¹⁷ Fr. *raisons impérieuses d'intérêt général*; angl. *imperative requirements in the general interest*; něm. *zwingender Grund des Allgemeininteresses* – C-55/94 Gebhard, bod 37 pro svobodu usazení; srov. též C-19/92 Kraus pro volný pohyb osob; T-55/08 UEFA v. Komise, bod 44 an. pro volné poskytování služeb.

2.2.1 Výčet konkurenčních pojmů

Doktrína odhalila jako konkurenty kategorických požadavků např. *vyšší principy právní*,¹¹⁸ zejména *základní práva*, jež ale mají postavení kategorického požadavku (viz část 1.3), byť se SDEU řadí pod pojem naléhavých důvodů obecného zájmu¹¹⁹ či pod pojem legitimního zájmu (viz část 2.2.3 níže). Dále mezi pojmy konkurující kategorickým požadavkům patří i *zásada obezřetnosti* (viz část 2.2.2 níže). Největší zájem ale poutá koncept *legitimního zájmu*, jehož obsah není jasný ani ve vztahu ke kategorickým požadavkům, ani k základním právům.

2.2.2 Zásada obezřetnosti

I další pojem má daleko k jednoznačnosti: *princip obezřetnosti*¹²⁰ či *předběžné opatrnosti*.¹²¹ Podle doktríny¹²² tato zásada znamená povinnost vyhodnocovat rizika pro ochranu zdraví lidí a zvířat, ale i pro zachování rostlinných druhů, a přijímat odpovídající ochranná opatření. Výslovně je tato zásada specifikována ve vztahu k ochraně životního prostředí: podle čl. 191 SFEU je tato politika „založena na zásadách obezřetnosti a prevence“. Je ale obtížné uhodnout, zda má představovat samostatný ospravedlňující důvod, anebo jde jen o důvod odvozený z důvodu ochrany zdraví¹²³ či ochrany zdraví a života osob a zvířat.¹²⁴

2.2.3 Legitimní zájem

Judikatura SDEU v poslední době zejména používá pojem „*legitimní zájem*“; zde je nejasné (podobně jako u pojmu naléhavých důvodů obecného zájmu – viz výše), zda jde jen o terminologický vývoj, anebo o zavádění nového konceptu.¹²⁵

¹¹⁸ DUBOIS, L. – BLUMANN, C. *Droit matériel de l'Union européenne*. 6. vydání. Paříž: Montchrestien, 2010, s. 296. Srov. též FALLON, M. *Droit matériel général de l'Union européenne*. 2. vydání. Paříž: Bruylant, 2003.

¹¹⁹ T-385/07 FIFA v. Komise, bod 55: „...svoboda projevu, jak je chráněna článkem 10 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, podepsané v Římě dne 4. listopadu 1950 (dále jen „EÚLP“), patří mezi základní práva zaručená právním řádem Společenství a představuje naléhavý důvod obecného zájmu, který může taková omezení odůvodnit (viz v tomto smyslu rozsudek *United Pan-Europe Communications Belgium a další*, bod 53 výše, bod 41 a citovaná judikatura)“ (zvýraznění autor). Tato argumentace Tribunálu se může zdát jako zužující vůči předchozí judikatuře SDEU, zejm. vůči C-250/06 *United Pan-Europe Communications v. Belgie*, bod 41, na který odkazuje: „V tomto ohledu je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury Soudního dvora může kulturní politika představovat naléhavý důvod obecného zájmu odůvodňující omezení volného pohybu služeb. Zachování pluralismu, které tato politika zajišťuje, je totiž spojeno se svobodou projevu, jak je chráněna článkem 10“ EÚLP. Shodně BERTRAND, B. *Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général*. Europe 2012/1, s. 7.

¹²⁰ Srov. čl. 191/2 SFEU; fr. *précaution*.

¹²¹ C-333/08 *Komise v. Francie*, body 90–91: „... členský stát může na základě zásady předběžné opatrnosti přijmout ochranná opatření, aniž by musel čekat na jasné prokázání existence a závažnosti těchto rizik.“

¹²² DUBOIS, L. – BLUMANN, C., op. cit., s. 93–99.

¹²³ Srov. cit. C-333/08 *Komise v. Francie*, body 90–91, kde SDEU princip obezřetnosti zahrnuje do testu proporcionality opatření odůvodněného ochranou zdraví.

¹²⁴ C-100/08 *Komise v. Belgie*, bod 102: „Není-li možno s jistotou určit existenci nebo rozsah rizika z důvodu nedostatečné, nejednoznačné nebo nepřesné povahy výsledků provedených studií, avšak pravděpodobnost skutečné škody na zdraví zvířat spočívá v předpokladu, že toto riziko se uskuteční, zásada obezřetnosti odůvodňuje přijetí omezujících opatření (*Nationale Raad van zastavit Liefhebbers Dierenkwekers a Andibel*, bod 38).“ Překlad autor.

Tento pojem se poprvé objevil v rozsudku C-36/02 Omega, kde SDEU potvrdil, že respektování lidské důstojnosti jako všeobecnou zásadu právní představuje legitimní zájem, jenž může ospravedlnit omezení svobod vnitřního trhu.¹²⁶ Pojem legitimního zájmu zde ovšem vyjasněn není. Na základě tohoto rozsudku je těžko usoudit, zda pojem legitimního zájmu je jen generický pojem, anebo jde o nový koncept. Ve věci C-244/06 Dynamic Medien jde ale SDEU dál směrem k ustavení legitimního zájmu jakožto nového konceptu: stanoví zásadu, že „ochrana dítěte představuje legitimní zájem, který může v zásadě odůvodnit omezení takové základní svobody zaručené Smlouvou o ES, jakou je volný pohyb zboží“.¹²⁷ Generální advokát Mengozzi se přitom ve svém stanovisku k této věci konzervativně pohyboval v mezích čl. 36 SFEU, když uvedl, že „ochrana mladistvých ... představuje odůvodněný zájem, který může být dovoláván k odůvodnění omezení volného pohybu zboží“.¹²⁸ Generální advokát totiž upřesnil, že „ochrana mladistvých ... představuje bez dalšího vhodný důvod odůvodnění v souladu s článkem [36 SFEU] ... překážky obchodu uvnitř Společenství“.¹²⁹ Přístup SDEU je ale odlišný, směřující k novému konceptu ospravedlňujícímu omezení svobod vnitřního trhu.¹³⁰

I když pojem legitimního zájmu se patrně ve věci C-244/06 Dynamic Medien stal autonomním konceptem, je přesto úzce svázán i s ochranou základních práv. Je příznačné, že SDEU chce vyvolat dojem, že – poté, co předtím posvětil legitimní zájmy na ochraně dítěte (C-244/06 Dynamic Medien) a na ochraně lidské důstojnosti (C-36/02 Omega) – své odůvodnění zakládá na analogii s rozsudkem C-112/000 Schmidberger. Tento vztah mezi legitimními zájmy a základními právy ale není asimilací, SDEU je jasně odlišuje: „není nezbytné, aby omezující opatření ... odpovídalo pojetí sdílenému všemi členskými státy, pokud jde o způsob ochrany dotčeného základního práva nebo legitimního zájmu“.¹³¹ Bylo by lze se domnívat, že tento vztah je výsledkem použití tradiční techniky: odkazu na obecné zásady práva EU. Rozsudek C-36/02 Omega výslovně zakotvuje zásadu lidské důstojnosti jako všeobecnou zásadu právní.¹³² I v rozsudku C-244/06 Dynamic Medien postupuje SDEU argumentačně tak, jako když chce zakotvit zásadu práva EU. Následná

¹²⁵ Sekundární právo používá i jiné příbuzné pojmy, např. „legitimní obecný zájem“ (angl. *legitimate general interest*; fr. *intérêt général légitime*; něm. *rechtmäßiges allgemeines Interesse*); srov. bod 18 odůvodnění směrnice 97/36 ze dne 3. října 1989 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání (Úř. věst. L 298, s. 23; Zvl. vyd. 06/01, s. 224): „... je vhodné v rámci Společenství přijímat opatření, která by zabránila případné právní nejistotě a narušení trhu a která by uvedla do souladu volný pohyb služeb televizního vysílání a nezbytnost zamezit případnému obcházení vnitrostátních opatření určených pro ochranu legitimního obecného zájmu.“ Ovšem sám článek 3a této směrnice pracuje s pojmem „objektivní důvody veřejného zájmu“ (angl. *objective reasons in the public interest*; fr. *raisons objectives d'intérêt général*; něm. *öffentliches Interesse aus objektiven Gründen*).

¹²⁶ C-36/02 Omega Spielhallen, bod 35: „Vzhledem k tomu, že dodržovat základní práva jsou povinny jak Společenství, tak i členské státy, zakládá ochrana těchto práv legitimní zájem, který v zásadě odůvodňuje omezení povinností uložených právem Společenství, byť by se jednalo o povinnosti uložené na základě základní svobody zaručené smlouvou, jako je volný pohyb služeb (viz, co se týče volného pohybu zboží, výše uvedený rozsudek Schmidberger, bod 74).“

¹²⁷ C-244/06 Dynamic Medien, bod 42.

¹²⁸ Stanovisko GA Mengozziho k C-244/06 Dynamic Medien, bod 71.

¹²⁹ Ibidem, bod 75.

¹³⁰ Srov. stejný pojem v C-390/99 Canal Satélite Digital, bod 34.

¹³¹ C-36/02 Omega Spielhallen, bod 37.

¹³² Ibidem, bod 34: „... právní pořádek Společenství nepopíratelně směřuje k zajištění respektování lidské důstojnosti jako jedné z obecných právních zásad.“

judikatura ovšem tento vztah mezi legitimními zájmy a všeobecnými zásadami právními vždy nepotvrzuje, stejně jako nepotvrzuje vztah mezi legitimními zájmy a základními právy.

Pojem legitimních zájmů byl také použit v souvislosti s „vyššími požadavky práva“, jako jsou základní práva či zásady ústavní hodnoty: „... v kontextu rakouských ústavních dějin může být zákon o zrušení šlechtictví jakožto prvek národní identity vzat v úvahu při poměrování legitimních zájmů s právem svobodně se pohybovat přiznaným právem Unie“.¹³³ SDEU tento odkaz na rakouský ústavní pořádek vykládá jako odkaz na veřejný pořádek; „legitimní zájem“ zde používá jako generický pojem a ne jako specifický koncept, ale ve spojení s vyššími požadavky práva jako ve věci C-36/02 Omega. Podobně genericky je pojem legitimního zájmu – pod slovy „legitimní cíl“ – použit ve věci C-384/08 Attanasio: SDEU zde uvedl, že „bez ohledu na existenci legitimního cíle z pohledu práva Unie předpokládá odůvodnění omezení základních svobod zakotvených Smlouvou, že dotčené opatření je způsobilé zaručit uskutečnění cíle, který sleduje, a nepřekračuje meze toho, co je k dosažení sledovaného cíle nezbytné“.¹³⁴ Stejně tak se vyskytuje pojem „cíl obecného zájmu“.¹³⁵

Naproti tomu má pojem legitimního zájmu v judikatuře SDEU i jinou funkci – funkci neukotveného obecného pojmu užívaného nahodile jako derivát kategorických požadavků či jiných naléhavých důvodů podle vzoru rozsudku Dynamic Medien. Svědčí o tom formulace typu „ochrana dobrých životních podmínek zvířat představuje legitimní cíl obecného zájmu“.¹³⁶ V rozsudku C-316,358,359,360,409/07 Stoß SDEU zase spojil legitimní zájem s ochranou spotřebitele a společenským pořádkem, který členské státy chtějí zajistit v oblasti hazardních her.¹³⁷ Stejně je tomu v rozsudku C-518/06 Komise v. Itálie, kde pojem legitimního – oprávněného zájmu se spojen s naléhavým důvodem obecného zájmu – zajistit odpovídající odškodnění poškozených v důsledku dopravní nehody.¹³⁸ Konečně v oblasti svobody¹³⁹ usazení existuje tendence spojující naléhavý důvod se zneužitím práva.¹⁴⁰

Při hledání významu pojmu „legitimní zájem“ – odhlédnuto od jeho nesourodého používání – je patrné třeba se zaměřit na míru uvážení členských států při jeho aplikaci (viz též část B). Ve čtyřech shora uvedených případech (C-36/02 Omega, C-208/09 Sayn-Wittgenstein, C-316/07 Markus Stoß a C-518/06 Komise v. Itálie) SDEU zdůraznil, že *není nutné, aby příslušné vnitrostátní omezení odpovídalo koncepci sdílené všemi členskými státy, pokud jde o ochranu příslušného legitimního zájmu*.¹⁴¹ Stejně tak i *zohlednění*

¹³³ C-208/09 Sayn-Wittgenstein.

¹³⁴ C-384/08 Attanasio, bod 51; srov. též posudek 1/09, bod 69.

¹³⁵ C-539/11 Ottica New Line, bod 34.

¹³⁶ C-100/08 Komise v. Belgie, bod 91.

¹³⁷ C-316/07 Markus Stoß, bod 80.

¹³⁸ C-518/06 Komise v. Itálie, bod 83.

¹³⁹ 115/78 Knoors, bod 25: „Není nicméně možno odhlédnout od legitimního zájmu, který může členský stát mít na bránění svých příslušníků v chybném úniku z aplikace jejich vnitrostátního zákonodárství...“ (překlad autora).

¹⁴⁰ Srov. CANIVET, G., op. cit. č. 60.

¹⁴¹ Srov. např. C-518/06 Komise v. Itálie, bod 83: „... s ohledem na kritérium proporcionality není nezbytné, aby omezující opatření vydané orgány členského státu odpovídalo koncepci sdílené všemi členskými státy, pokud jde o způsoby ochrany dotčeného oprávněného zájmu.“

zvláštností členských států a používání pojmu legitimního zájmu jdou ruku v ruce. Tento koncept se zdá být koherentní s pojmem „zájem“, jenž vyjadřuje vyšší míru subjektivity než pojem „požadavek“ kategorického zájmu.

Tento zohledňující přístup SDEU podle našeho názoru potvrdil i ve věci C-137/09 *Josemans*: zde šlo o opatření starosty Maastrichtu, jež vyhradilo vstup do slavných *coffee shops*¹⁴² rezidentům Nizozemska. *Ad hoc* odůvodnění tohoto opatření, totiž boj proti drogové turistice, se zdá přijatelné zejména kvůli nepoužitelnosti jiných smluvních či soudních výjimek. Kategorické požadavky obecného zájmu byly nepoužitelné, protože šlo o diskriminační opatření: soudní výjimky totiž platí jen pro vnitrostátní předpisy nerozdílně aplikovatelné. Pro SDEU – po zdůraznění souvislosti s veřejným pořádkem a ochranou zdraví – ale boj proti drogové turistice představuje „legitimní zájem“, jenž zásadně může omezit některou ze základních svobod vnitřního trhu, např. volné poskytování služeb.¹⁴³ Pochopit pojem legitimního zájmu je zde mimořádně obtížné. V jistém smyslu jej SDEU tentokrát dává do souvislosti s veřejným pořádkem a ochranou zdraví, tj. se smluvními výjimkami podle čl. 62, resp. 52 SFEU, nikoliv s výjimkami soudními – kategorickými požadavky: podle SDEU boj proti drogové turistice „[s] *owisí jak s udržováním veřejného pořádku, tak s ochranou zdraví občanů*“.¹⁴⁴ Proč se SDEU přímo nedovolává smluvní výjimky veřejného pořádku u vědomí, že obsah tohoto pojmu si určují členské státy v zásadě autonomně, a namísto toho se uchyluje ke konstruktu s názvem „legitimní zájem“? Možná proto, že – jak je doloženo v části B výše – jsou smluvní výjimky (např. ochrana zdraví, veřejná bezpečnost a veřejný pořádek) použitelné jen tehdy, když členský stát přijal účinná opatření ke kontrole a potlačování i aktivity stejného druhu, prováděné vlastními státními příslušníky. Tak tomu ale v případě Nizozemska, pokud jde o vstup do *coffee-shopů*, nebylo. Možná proto se SDEU obrátil k ospravedlnění *sui generis* – ke konceptu legitimního zájmu; ten se v tomto světle jeví jako další a nový soudní koncept, umožňující odůvodnit překážky svobodám vnitřního trhu jinak než smluvními výjimkami či kategorickými požadavky.

Jediná jistota tak paradoxně spočívá v neurčitosti konceptu legitimního zájmu. Ta nabízí pro SDEU únikový východ v situacích, kdy mu tradiční výjimky nedovolují dosáhnout zamýšleného cíle. To na jednu stranu neodpovídá neutrální úloze moci soudní, ale spíše povaze moci zákonodárné, na druhou stranu ale jde o nové pokračování logiky tzv. pravidla rozumu. Legitimní zájem se někdy vztahuje ke kategorickým požadavkům, jindy k výjimkám smluvním, anebo vystupuje jako autonomní koncept. Argument legitimního zájmu dovoluje směřovat veřejný zájem a veřejný pořádek. Proto na něj můžeme nazírat jako na pouhý funkční pojem.

2.3 Nejednotnost překladů

Obsahovou analýzu původního pojmu kategorických požadavků kromě obsahové neukotvenosti dále znesnadňují i rozdíly mezi překlady do dalších jazyků. Francouzština používá *exigences essentielles*, *exigences impératives*, *exigences impérieuses*; angličtina pak

¹⁴² Jde o obchody prodávající marihuanu, tolerovanou v Nizozemsku.

¹⁴³ C-137/09 *Josemans*, bod 65.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

*mandatory requirements, imperative requirements*¹⁴⁵; němčina konečně spíše jednotně *zwingendes Erfordernis*. Rozdíly mezi anglickou a francouzskou verzí existují i při překladu pojmu legitimní zájem: fr. *motif d'intérêt général*; angl. *objective of public interest, grounds of public interest, overriding requirements in the public interest*;¹⁴⁶ něm. *Grund des Allgemeininteresses*.

Rozdílné překlady stejného pojmu se ale objevují i v rámci českých verzí rozsudků. Např. v rozsudku C-316/07 Stoß SDEU použil pojem „legitimní zájem“, v českém překladu ovšem přeložený jako „oprávněný zájem“.¹⁴⁷ Poté ovšem v C-137/09 Josemans se čeští překladatelé znovu vrátili k pojmu „legitimní zájem“.¹⁴⁸

Další zajímavost z oblasti pojmové zmatečnosti soudních (ve smyslu „mimosmluvní“) výjimek pochází z oblasti sekundární legislativy (abychom neobviňovali jen SDEU): lze nalézt i příklad toho, kdy jeden a týž předpis není schopen udržet terminologickou soudržnost.¹⁴⁹

Snažit se o vyvození nějakých důsledků pro obsah samotného pojmu by podle našeho názoru byla zbytečné, spíše – vzhledem k tomu, že podobnou nedůsledností trpí i anglické verze,¹⁵⁰ jak ukázáno výše – vyvstává podezření, zda jsou české verze důsledně překládány z francouzštiny – jazyka, v němž SDEU rozhoduje.

ZÁVĚR

Výše jsme poukázali na existenci koncepčních rozporů okolo kategorických požadavků, způsobených judikaturou SDEU. Tyto rozpory se týkají především dvou oblastí: SDEU jednak rozostřuje hranici mezi výjimkami podle primárního práva a kategorickými požadavky, jednak vytváří konkurenční koncepty, jejichž poměr ke kategorickým požadavkům je velmi nejasný.

Všechny výše popsané rozpory ukazují, že vyjasnění koncepce v této oblasti je velmi potřebné. Empirismus je zajisté v určité míře přítomen v jakékoliv judikatuře, nicméně výše uvedená existenciální analýza kategorických požadavků vede spíše k závěru o určitém „impresionismu“¹⁵¹ na straně SDEU, dojmové kazuistice, která má málo společného

¹⁴⁵ 178/84 Komise v. Německo, bod 30.

¹⁴⁶ C-267 a 268/91 Keck a Mithourd, bod 15.

¹⁴⁷ C-316/07 Markus Stoß, bod 80; francouzská verze se drží pojmu *intérêt légitime*, anglická pak pojmu *legitimate interest*.

¹⁴⁸ C-137/09 Josemans, bod 65.

¹⁴⁹ Srov. směrnici 97/36 ze dne 3. října 1989 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání (Úř. věst. L 298, s. 23; Zvl. vyd. 06/01, s. 224), kde bod 19 odůvodnění používá pojem „legitimní obecný zájem“ (angl. *legitimate general interest*; fr. *intérêt général légitime*; něm. *rechtmäßiges allgemeines Interesse*); srov.: „... je vhodné v rámci Společenství přijímat opatření, která by zabránila případné právní nejistotě a narušení trhu a která by uvedla do souladu volný pohyb služeb televizního vysílání a nezbytnost zamezit případnému obcházení vnitrostátních opatření určených pro ochranu legitimního obecného zájmu.“ Ovšem sám článek 3a této směrnice pracuje s pojmem „objektivní důvody veřejného zájmu“ (angl. *objective reasons in the public interest*; fr. *raisons objectives d'intérêt général*; něm. *öffentliches Interesse aus objektiven Gründen*).

¹⁵⁰ Srov. např. C-390/99 Canal Satélite Digital, bod 33, 34, kde pojem *důvod obecného zájmu*, francouzsky *motif d'intérêt général*, (a německy *Grund des Allgemeininteresses*) angličtina uvádí jednou jako *objective of public interest* [bod 33], podruhé jako *grounds of public interest* [bod 34].

¹⁵¹ Srov. BERTRAND, B., op. cit., s. 12.

s právní jistotou a terminologickou rigiditou. Dojem subjektivního posuzování u řady judikátů SDEU podporuje i skutečnost, že SDEU se zpravidla nenamáhá existenci uznaného kategorického důvodu příliš zdůvodňovat.

Uvedené doktrinní rozpory mají i své praktické důsledky: mají-li vnitrostátní soudy být i soudy unijního práva a spolu s SDEU „zajišťovat *održování práva při výkladu a provádění Smluv*“,¹⁵² potřebují minimálně jasnou vizi toho, co je legální překážka a co jí ospravedlňuje. Vnitrostátní soudy totiž dlouhodobě kladou SDEU předběžné otázky spíše na proporcionalitu vnitrostátních překážek. Je načase, aby se tyto soudy začaly ptát i na právní podstatu dovolávaných výjimek.

Nápravu by bylo lze nejjednodušeji požadovat od samotného SDEU, aby ráznou judikaturou tyto problémy vyjasnil. Pokud jde o rozostřování hranice mezi výjimkami primárního práva a kategorickými požadavky, nic ovšem nebrání ani členským státům, aby zrušily taxativnost smluvních výjimek a vytvořily legální prostor pro soudní extenzi seznamu těchto výjimek; vložení slova „zejména“ do příslušných ustanovení SFEU je to nejmenší, co lze pro nápravu výše popsaného zmatku udělat.

doc. JUDr. Pavel Svoboda, DEA, Ph.D.

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

¹⁵² Posudek 1/09, bod 69.

Pavel Svoboda

Erosion of the Mandatory Requirements Concept in EU Law

Abstract: The four freedoms of the EU internal market are subject to exceptions, respectively to exemptions from the prohibition of restrictions on those freedoms. Although these exceptions are exhaustively enumerated in the EU founding treaties, case law of the EU Court of Justice gradually expanded their list, without being clear on whether it deals with exceptions or exemptions and on which powers it finds such an extension of the founding treaties. Moreover, the Court is very ambiguous and inconsistent as to the terminology used (usually categorical requirements or legitimate interest) and as to inconsistent conditions prescribed for application of new exceptions. The Court thus blurs the boundary between the Treaties-based exceptions and categorical requirements, and it creates competing concepts whose relationship to the categorical requirements is very unclear.

This article presents arguments according to which a conceptual clarification of the examined contradictions is very necessary. Empiricism is certainly to some extent present in any case law, however, the above mentioned existential analysis leads to conclusions on a certain “impressionism” of the Court of Justice’s case law that has little to do with legal certainty and terminological rigidity.

The analysed doctrinal differences also have practical implications: if national courts are the courts of EU law and, together with the Court are to ensure coherence in the interpretation and application of the founding treaties, they need at least a clear vision of what is a legal obstacle to the said four freedoms and how it can be justified. National courts have since long asked the Court of Justice for preliminary rulings on proportionality rather than on the legal basis of the national obstacles. It’s time that the national courts began asking questions related more to the legal nature of the examined exceptions.

Remedy to the problem would be most simply be that the Court itself brings clarification to its case. As for the blurring of boundaries between primary law exceptions and categorical requirements, nothing precludes Member States to abolish the exhaustive character of exceptions list and thereby to create legal space for judicial extension of these lists by inserting the words like “in particular” in the relevant provisions of the Treaty on the Functioning of the EU.

Key words: categorical requirements, exceptions and exemptions from the EU internal market freedoms, proportionality, non-discrimination