

Soft law v době pandemie COVID-19: Efektivita namísto legitimacy?

Pavčina Hubková

Univerzita v Lucemburku, Fakulta práva, ekonomie a financí, Lucembursko¹

ABSTRACT IN ORIGINAL LANGUAGE

Pandemie COVID-19 vyvolala na úrovni Evropské unie vlnu přijímání nejrůznějších aktů charakteru soft law. Jako regulační nástroj je soft law spojeno s větší efektivitou, protože ke svému přijetí nepotřebuje složité postupy podle daných procesních pravidel. Navíc není závazné a nechává na adresátech, aby se přizpůsobili dle svých potřeb a možností. Na druhou stranu vzbuzuje otázky týkající se legitimacy, kompetencí a kontroly. Příspěvek identifikuje, v čem spočívají problematické aspekty spojené s unijním soft law, a vysvětluje, proč současná krize představuje příležitost, jak se s nimi vypořádat.

KEYWORDS IN ORIGINAL LANGUAGE

Soft law; pandemie COVID-19; unijní orgány; regulace; efektivita; legitimita; soudní kontrola

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic gave rise to a wave of adoption of soft law at EU level. As a regulatory tool, soft law is associated with greater efficiency, because it can be adopted without the necessity to respect complex procedural rules. In addition, it is not binding and it leaves it to its addressees to adapt according to their needs and possibilities. On the other hand, it raises questions about legitimacy, competences and control. The paper identifies the problematic aspects of EU soft law and explains why the current crisis represents an opportunity to address them.

KEYWORDS

Soft law; COVID-19 pandemic; EU institutions; regulation; efficiency; legitimacy; judicial control

1 Úvod

Pandemie COVID-19 vyvolala na úrovni Evropské unie vlnu přijímání nejrůznějších aktů charakteru soft law. Jak základní unijní instituce (především Rada a Komise), tak další orgány a subjekty reagovaly na nastalou situaci vydáváním sdělení, pokynů či doporučení, v nichž navrhovaly možná řešení a nabádaly k určitému jednání.

¹ Tento příspěvek vznikl v rámci projektu REMS II (Enforcement in Multi-Level Regulatory Systems II), který finančně podporuje Luxembourg National Research Fund (FNR) (PRIDE17/12251371).

Například Rada a Komise vydaly v březnu 2020 Společný plán rušení opatření proti šíření COVID-19, v němž uvedly kritéria, principy a doporučení pro členské státy. Sama Komise v souvislosti s pandemií přijala množství doporučení, která se týkala testování,² osobních údajů,³ cestování⁴ nebo třeba zaměstnanosti.⁵ Rovněž vydala sdělení ohledně jednotného přístupu k očkování.⁶ Rada doporučila, jak řešit omezení volného pohybu osob.⁷ Soft law akty odkazující na COVID-19 vydaly i unijní agentury. Například Evropský sbor pro ochranu osobních údajů (EDPB) se vyjádřil k používání lokalizačních údajů a nástrojů k trasování.⁸ Pokyny v souvislosti s pandemií přijal i Evropský bankovní orgán (EBA).⁹ Evropský orgán pro pojišťovnictví a zaměstnanecké penzijní pojištění (EIOPA) vydal stanovisko k dopadu COVID-19.¹⁰

Uvádí se, že během roku 2020 bylo v EU vydáno třikrát víc aktů charakteru soft law než právně závazných aktů.¹¹ V reakci na pandemii vzrostl i počet soft law aktů napříč členskými státy, které využily flexibilitu soft law jak při jeho přijímání, tak při plnění.¹² Opatření charakteru doporučení nebo pobídky byla v hojné míře vydávána jak v zemích, kde je tento typ nástrojů dlouhodobě rozšířen (např. Švédsko¹³), tak v zemích, kde se soft law nemají příliš velkou zkušenost (např. Španělsko¹⁴).

² Doporučení Rady o společném rámci pro používání a validaci rychlých testů na antigen a o vzájemném uznávání výsledků testů na COVID-19 v EU 2021/C 24/01, Úř. věst. C 24, 22.1.2021, s. 1–5.

³ Doporučení Komise (EU) 2020/518 ze dne 8. dubna 2020 o společné sadě nástrojů Unie pro využití technologií a dat k boji proti krizi COVID-19 a ukončování souvisejících mimořádných opatření, zejména pokud jde o mobilní aplikace a využívání anonymizovaných dat o mobilitě C/2020/3300, Úř. věst. L 114, 14.4.2020, s. 7–15.

⁴ Doporučení Komise (EU) 2020/648 ze dne 13. května 2020 o poukazech nabízených cestujícím jako alternativa k vrácení peněz za zrušené souborné cestovní a přepravní služby a v souvislosti s pandemií COVID-19, C/2020/3125, Úř. věst. L 151, 14.5.2020, s. 10–16.

⁵ Doporučení Komise (EU) 2021/402 ze dne 4. března 2021 o účinné aktivní podpoře zaměstnanosti po krizi COVID-19 (EASE), C/2021/1372, Úř. věst. L 80, 8.3.2021, s. 1–8.

⁶ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Evropské radě a Radě. Jednotně proti COVID-19, COM/2021/35 final, 19. 1. 2021.

⁷ Doporučení Rady (EU) 2020/1475 ze dne 13. října 2020 o koordinovaném přístupu k omezení volného pohybu v reakci na pandemii COVID-19, Úř. věst. L 337, 14.10.2020, s. 3–9.

⁸ Pokyny 04/2020 k používání lokalizačních údajů a nástrojů k trasování kontaktů v souvislosti s propuknutím onemocnění COVID-19, EDPB, 21. 4. 2020.

⁹ Např. Obecné pokyny k legislativním a nelegislativním moratoriím na splácení úvěrů použitým v souvislosti s krizí vyvolanou pandemií COVID-19, EBA/GL /2020/02, 2. 4. 2020.

¹⁰ Stanovisko o opatřeních ke zmírnění dopadu koronaviru/COVID-19 na pojišťovací sektor v EU, EIOPA 20-137, 17. 3. 2020.

¹¹ STEFAN, Oana. The Future of EU Soft Law: A Research and Policy Agenda for the Aftermath of COVID-19 Special Issue: Future-Mapping the Directions of EU Law: How Do We Predict the Future of EU Law? *Journal of International and Comparative Law*. 2020, 7(2), 329–350.

¹² Viz speciální číslo časopisu *European Journal of Risk Regulation*. ELIANTONIO, Mariolina, Emilia KORKEA-AHO a Steven VAUGHAN. EJRR Special Issue Editorial: COVID-19 and Soft Law: Is Soft Law Pandemic-Proof? *European Journal of Risk Regulation* [online]. 2021, 12(1), 1–6. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2021.1

¹³ WENANDER, Henrik. Sweden: Non-binding Rules Against the Pandemic – Formalism, Pragmatism and Some Legal Realism. *European Journal of Risk Regulation* [online]. 2021, 1–21. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2021.2

¹⁴ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores. Soft Law Governance in Times of Coronavirus in Spain. *European Journal of Risk Regulation* [online]. 2021/02/09 vyd. 2021, 12(1), 111–126. ISSN 1867-299X. Dostupné z: doi:10.1017/err.2020.117

Pod pojem soft law lze zařadit rovněž sdělení Komise z května 2020 nazvané vzletně „Chvilé pro Evropu: náprava škod a příprava na příští generaci“¹⁵. V tomto dokumentu Komise mimo jiné uvedla, že současná krize je příležitostí zavést v rámci EU změny k lepšímu.

Soft law se ukázalo být klíčovým nástrojem pro rychlé kroky při řešení krizové situace. Pandemie COVID-19 tedy není jen chvílí pro Evropu, ale rovněž chvílí pro soft law. Představuje příležitost zaměřit se na výhody i problematické aspekty soft law a zamyslet se nad tím, jak se s problémy do budoucna vypořádat.

Tento příspěvek představuje unijní soft law jako koncept, osvětluje jeho jednotlivé podtypy a věnuje se právním účinkům, které různé druhy soft law mohou mít. Následně uvádí, jaké výhody má soft law v době krize a v situaci, kdy je třeba reagovat rychle na novou situaci. Nakonec rozebírá problematické aspekty týkající se především nízké míry legitimacy unijního soft law. Na základě toho navrhuje, jaké kroky by bylo vhodné podniknout, aby se problémy, které souvisí s unijním soft law dlouhodobě, alespoň zmírnily.

2 Unijní soft law jako koncept

Soft law není v unijním systému žádnou novinkou. První instrumenty, které dnes můžeme zařadit pod pojem „soft law“, byly přijaty již v šedesátých letech dvacátého století. Za první takový akt je možné považovat tzv. Vánoční sdělení Komise o použití soutěžněprávních ustanovení z roku 1962.¹⁶ V roce 2001 Evropská komise výslovně uvedla svůj záměr využívat v rámci regulace nástroje soft law se zdůvodněním, že spoléhání se na tradiční závazná právní pravidla udržuje přílišnou ztuhllost systému a může zpomalit přijímání konkrétních politik.¹⁷

Unijní soft law nelze jednoznačně vymezit ani definovat. Shoda nepanuje ani ohledně toho, zda soft law je součástí práva a tvoří jeho okraj, nebo zda jde o něco, co (ještě) není zcela právem. Soft law totiž nezapadá do tradičního binárního pojetí práva, podle něhož platí, že normy jsou buď právně závazné, nebo vůbec nejsou právem.¹⁸

Unijní právní řád nicméně s existencí soft law počítá. Smlouva o fungování EU mezi unijní právní akty výslovně řadí dva typy aktů, které nejsou závazné: doporučení a stanoviska.¹⁹ Vedle toho primární právo předpokládá přijímání dalších typů soft law, jako jsou pokyny²⁰ nebo interinstitucionální dohody.²¹ Některé akty charakteru soft law jsou vydávány na základě sekundární legislativy (např. pokyny nebo standardy). Další právně nezávazné regulační nástroje (atypické, inomínátní soft law akty) jsou přijímány i bez výslovně uvedeného

¹⁵ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Evropské radě, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. Chvilé pro Evropu: náprava škod a příprava na příští generaci, COM/2020/456 final, 27. 5. 2020.

¹⁶ Oznámení o výlučném obchodování s obchodními zástupci (1962) Úř. věst. 139/2921 a oznámení o licenční smlouvě na patenty (1962) Úř. věst. 139/2922. Viz SENDEN, Linda a Sacha PRECHAL. Differentiation in and through Community soft law. In: Bruno DE WITTE, HANF a VOS, ed. *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Cambridge: Intersentia, 2001.

¹⁷ Bílá kniha Evropské komise o evropském vládnutí, COM (2001) 428 final, s. 17.

¹⁸ BAXTER, Richard R. International Law in „Her Infinite Variety“. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1980, 29(4), 549–566. ISSN 00205893, 14716895.

¹⁹ Článek 288 SFEU.

²⁰ Např. články 5, 26, 121 SFEU a další.

²¹ Článek 295 SFEU.

právního základu. Patří mezi ně třeba sdělení, deklarace, rezoluce, rámce, závěry, zelené knihy, bílé knihy apod.

To, co tyto akty mají společného, je, že samy o sobě nejsou právně závazné, přesto mohou vyvolat praktické, a dokonce i právní účinky.²² Jak říká Soudní dvůr EU v dnes již klasickém rozsudku ve věci Grimaldi, unijní soft law akty sice nemohou zakládat práva a povinnosti, jichž by bylo možné se dovolávat v řízení před vnitrostátním soudem,²³ avšak neznamená to, že by takové akty byly právně irelevantní, jelikož „[v]nitrostátní soudy jsou povinny vzít doporučení v úvahu při řešení sporů, které jim byly předloženy, zejména pokud objasňují výklad vnitrostátních právních předpisů přijatých s cílem jejich provedení nebo pokud mají za cíl doplnit předpisy [Evropské unie], které mají závaznou povahu.“²⁴

Soft law nenařizuje, ale doporučuje, vybízí, podněcuje, povzbuzuje nebo navrácí. I když mu chybí právní závaznost a s ní spojená vymahatelnost, je jeho účelem ovlivnit normativní realitu. Přílehlavé je shrnutí, podle něhož soft law akty „[p]ředstavují nedokonalou normu: na jedné straně mají zjevně normativní ambice ve smyslu nabádání adresátů k jejich splnění. Na straně druhé s nimi nejsou spojeny žádné nástroje sloužící k přímému vynucení. Zpravidla jsou přijímány při jednání s různými zainteresovanými osobami (přístup zezdola nahoru), mohou obsahovat ‚mírné povinnosti‘ nebo ‚ostré pobídky‘, jež jsou formulovány jako ‚výzvy‘.“²⁵ Pokud zvolíme co nejširší pojetí unijního soft law, budou do něj spadat jakékoli právně nezávazné akty vydané jménem unijní instituce nebo unijního orgánu, jejichž cílem je ovlivnit chování svých adresátů nebo cílové skupiny.²⁶

Soft law pokrývá určité spektrum jdoucí od jedné hranice právně závazných aktů k druhé hranici pouhých politických prohlášení.²⁷ Francouzská Státní rada (*Conseil d'Etat*) v souvislosti se soft law opouští klasické binární vnímání práva a mluví o stupňující se normativitě.²⁸ Soft law tedy nelze brát za jednu kompaktní skupinu regulatorních nástrojů, které by měly totožné právní či praktické účinky. Naopak – soft law je rozmanité, vnitřně diferencované a „nekonečně různorodé“²⁹. Regulatorní síla a skutečná schopnost jednotlivých aktů vyvolat změnu v chování adresátů či třetích stran nebo jinak ovlivnit normativní realitu totiž záleží na faktorech, které se nachází mimo samotné soft law akty.

²² SNYDER, Francis. *Soft Law and Governance: Aspects of the European Union Experience*. In: Haocai LUO, ed. *The Challenge of Soft Law*. Beijing: Peking University Press, 2009.

²³ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles (322/88, ECLI:EU:C:1989:646, bod 15).

²⁴ Ibid., bod 18.

²⁵ Stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 12. prosince 2017, Belgie v. Komise (C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, bod 86).

²⁶ HOFMANN, Andreas. Types of EU Soft Law and Their National Impact. In: Mariolina ELIANTONIO, Emilia KORKEA-AHO a Oana ȘTEFAN, ed. *EU soft law in the member states: theoretical findings and empirical evidence*. Oxford, UK ; New York, NY: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2021, EU law in the member states, volume 8. ISBN 978-1-5099-3204-7.

²⁷ GUZMAN, Andrew T. a Timothy L. MEYER. International Soft Law. *Journal of Legal Analysis* [online]. 2010, 2(1), 171–225. ISSN 2161-7201, 1946-5319. Dostupné z: doi:10.1093/jla/2.1.171

²⁸ Viz studii Státní rady z roku 2013: Conseil d'Etat. Etude annuelle 2013 : Le droit souple, str. 15. Dostupné z: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>.

²⁹ BAXTER, Richard R. International Law in „Her Infinite Variety“. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1980, 29(4), 549–566. ISSN 00205893, 14716895.

Těmito faktory mohou být ustanovení právně závazných aktů, které upravují povinnosti vyvinout snahu o respektování soft law,³⁰ nebo soudní rozhodnutí stanovící povinnost soudů zohlednit soft law.³¹ Regulatorní sílu a skutečný dopad soft law na normativní realitu ovlivňují i další spíše sociologické faktory, jako jsou přesvědčování, vlastní zájem, snaha vyhnout se zostuzení nebo přirozená tendence ke konformitě.³² Respektování soft law napomáhají i měkké vynucovací mechanismy, jako jsou monitoring nebo reportování.³³ Vliv může mít rovněž tržní tlak (*market pressure*)³⁴ a chování dalších aktérů v daném sektoru (*peer pressure*).

Pro lepší pochopení a uchopení lze celé spektrum aktů majících charakter soft law rozdělit do několika skupin dle různých hledisek. Právní doktrína uvádí jako základní hledisko dělení podle funkce na soft law pre-legislativní, post-legislativní a para-legislativní.³⁵ Pre-legislativní neboli přípravné soft law zahrnuje akty, které jsou vydány jako testovací dokumenty a podklady pro budoucí legislativní akty.³⁶ Post-legislativní (komplementární) soft law představuje doplňkové akty, jejichž účelem je usnadnit interpretaci či aplikaci závazných předpisů, případně navrhnout kroky jako konkretizaci provádění takových předpisů.³⁷

Do třetí kategorie para-legislativního soft law pak patří samostatné akty, které jsou přijímány jako alternativní nástroje řízení politiky a nejsou nijak navázány na žádný závazný předpis.³⁸ Jak uvedl Soudní dvůr v rozsudku ve věci Grimaldi, unijní instituce takové akty přijímají, pokud nemají pravomoc vydat právně závazný akt anebo pokud se přijetí závazného aktu nejeví jako účelné.³⁹

Hranice mezi jednotlivými kategoriemi jsou dosti neostré. V některých případech lze jen stěží rozhodnout, zda daný soft law akt pouze interpretuje stávající závazný předpis, nebo zda vybočuje z jeho rámce a stanoví zcela nová pravidla. Navíc jeden a týž akt může zapadat

³⁰ Například článek 16 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1095/2010 ze dne 24. listopadu 2010 o zřízení Evropského orgánu dohledu (Evropského orgánu pro cenné papíry a trhy), o změně rozhodnutí č. 716/2009/ES a o zrušení rozhodnutí Komise 2009/77/ES. Úř. věst. L 331, 15.12.2010, s. 84–119.

³¹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles (322/88, ECLI:EU:C:1989:646, bod 18).

³² ZERILLI, Filippo M. The rule of soft law. *Focaal* [online]. 2010, 2010(56), 3–18. ISSN 0920-1297, 1558-5263. Dostupné z: doi:10.3167/fcl.2010.560101

³³ Srov. stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 12. prosince 2017, Belgie v. Komise (C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, bod 121).

³⁴ BRUMMER, Chris. *Soft law and the global financial system: rule making in the 21st century*. Second edition. New York, NY: Cambridge University Press, 2015, s. 140–156. ISBN 978-1-107-12863-7.

³⁵ SENDEN, Linda. *Soft law in European Community law*. Oxford ; Portland, Or: Hart, 2004. Modern studies in European law, v. 1. ISBN 978-1-84113-432-1.

³⁶ SENDEN, Linda. Soft law and its implications for institutional balance in the EC. *Utrecht Law Review*. 2005, 1(2), 79–99.

³⁷ Blíže viz SCOTT, Joanne. In legal limbo: Post-legislative guidance as a challenge for European administrative law. *Common Market Law Review*. 2011, 329–355. ISSN 0165-0750. ; SENDEN, Linda. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control: Soft Post-Legislative Rulemaking. *European Law Journal* [online]. 2013, 19(1), 57–75. ISSN 13515993. Dostupné z: doi:10.1111/eulj.12013; VAN DAM, Clara. Guidance documents of the European Commission: a typology to trace the effects in the national legal order. *Review of European Administrative Law* [online]. 2017, 10(2), 75–91. ISSN 1874-7981. Dostupné z: doi:10.7590/187479817X15095380840366

³⁸ SENDEN, Linda a VAN DEN BRINK. *Checks and Balances of Soft EU Rule-Making. Study*. [online]. B.m.: European Parliament. 2012 [vid. 2021-05-05]. Dostupné z: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2012\)462433](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2012)462433)

³⁹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles (322/88, ECLI:EU:C:1989:646, bod 13).

do několika kategorií zároveň. Lze si představit akt, který je původně přijat jako samostatný alternativní soft law akt, a posléze je jeho obsah přetaven do právně závazného dokumentu. Obdobně akt, který je nejprve přijat jako čistě interpretační, může být základem pro vytvoření podrobného právně závazného aktu.

Vedle funkčních kategorií lze unijní soft law dělit z hlediska zmocnění. Na jedné straně existují soft law akty, které byly přijaty spontánně bez konkrétního zmocnění. Například v oblasti soutěžního práva vydává Komise pokyny a sdělení, aniž to právně závazné předpisy předjímají.⁴⁰ Na straně druhé pak právně závazné akty mohou výslovně zmocňovat unijní orgán k přijímání soft law nebo mohou předvídat, že k jejich výkladu či provedení budou vydávány soft law akty. Příkladem může být rámcová směrnice pro sítě a služby elektronických komunikací (2002/21/ES), která předvídá, že Komise bude vydávat doporučení o harmonizovaném provádění této směrnice.⁴¹

Obdobně nařízení č. 1095/2010 zmocňuje Evropský orgán pro cenné papíry a trhy (ESMA) k tomu, aby v rámci svého okruhu kompetencí vydával obecné pokyny a doporučení „určená příslušným orgánům či účastníkům finančního trhu“.⁴² Uvedené předpisy navíc stanoví povinnosti pro adresáty případných soft law aktů. V případě telekomunikační směrnice jde o povinnost vnitrostátních regulátorů v co největší míře zohlednit obsah případných doporučení Komise. Nařízení ESMA pak stanoví, že jak vnitrostátní regulátoři, tak finanční instituce jakožto koncoví adresáti musí vynaložit veškeré úsilí, aby se těmito obecnými pokyny a doporučeními řídili.

Pro posouzení regulatorní síly, právních účinků a rovněž legitimacy jednotlivých soft law aktů bude rovněž záležet na tom, jaký orgán soft law přijímá. Základní unijní instituce (především tedy Komise a Rada) patrně mohou vydávat soft law bez větších omezení, zatímco agentury a další subsidiární orgány⁴³ mohou přijímat soft law akty pouze v rámci kompetencí, které na ně byly delegovány.⁴⁴ Legitimita unijního soft law se rovněž bude dotýkat toho, zda bude spadat do výlučné nebo sdílené pravomoci EU,⁴⁵ případně do oblasti, v níž EU vůbec žádnou pravomoc nemá – což může být hlavním důvodem, proč je pro regulaci zvolena forma soft law, a nikoli právně závazný akt.⁴⁶

V každém případě platí, že unijní soft law není právně irrelevantní. Případný argument, že soft law nikoho neváže, proto právníky vůbec nemusí zajímat, je dlouhodobě neudržitelný.

⁴⁰ Podrobně viz COSMA, Håkon A. a Richard WHISH. Soft Law in the Field of EU Competition Policy. *European Business Law Review*. 2003, 25–56. ISSN 0959-6941.

⁴¹ Článek 19 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. března 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice).

⁴² Článek 16 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1095/2010 ze dne 24. listopadu 2010 o zřízení Evropského orgánu dohledu (Evropského orgánu pro cenné papíry a trhy), o změně rozhodnutí č. 716/2009/ES a o zrušení rozhodnutí Komise 2009/77/ES. Úř. věst. L 331, 15.12.2010, s. 84–119.

⁴³ Pro přehled unijních agentur a jejich kompetencí viz CHAMON, Merijn. EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense? *Maastricht Journal of European and Comparative Law* [online]. 2010, 17(3), 281–305. ISSN 1023-263X, 2399-5548. Dostupné z: doi:10.1177/1023263X1001700304

⁴⁴ Viz především rozsudky Soudního dvora ze dne 13. června 1958, Meroni v. Haute autorité (C-9/56, ECLI:EU:C:1958:7); ze dne 14. května 1981, Romano (C-98/80, ECLI:EU:C:1981:104); a ze dne 22. ledna 2014, Spojené království v. Parlament a Rada („Short Selling“, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18).

⁴⁵ Srov. HARTLAPP, Miriam a Andreas HOFMANN. The use of EU soft law by national courts and bureaucrats: how relation to hard law and policy maturity matter. *West European Politics* [online]. 2021, 44(1), 134–154. ISSN 0140-2382, 1743-9655. Dostupné z: doi:10.1080/01402382.2020.1738095

⁴⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles (322/88, ECLI:EU:C:1989:646, bod 13).

Stejně tak nelze jednoduše následovat radu, že obranou proti soft law aktu, jehož obsah je pro adresáta nevýhodný, je prosté ignorování. Soft law sice není samo o sobě závazné, ale má schopnost měnit chování států, jejich orgánů i jednotlivců. Proto je třeba brát unijní soft law vážně jako významný regulační nástroj, který v sobě nese určitou moc ovlivňovat normativní realitu. V souvislosti s pandemií COVID-19 se pak na světlo dostávají jak aspekty související se schopností soft law účinně regulovat nově nastalou situaci, tak odvrácená strana soft law týkající se omezené legitimacy a dalších problémů s tím spojených.

3 Efektivita unijního soft law v době pandemie

Užitečnost aktů charakteru soft law se ukazuje především v časech krize a nepředvídaných událostí, na které je třeba rychle reagovat. Hlavní devízou soft law je rychlost jeho přijímání a flexibilita jeho plnění.

Soft law akty lze vydat za poměrně krátkou dobu, protože pro jejich přijímání neexistují žádná obecná procesní pravidla. Každý orgán postupuje dle svých potřeb a možností a nemusí se přizpůsobit pravidlům, která jsou přítomna při přijímání klasických právně závazných aktů. Soft law jde navíc velmi jednoduše změnit, opravit či novelizovat. Může tak flexibilně reagovat na překotné změny, ať už ekonomické, technické či sociální.

Výhodou může být i flexibilita na straně adresátů při plnění pravidel obsažených v soft law dokumentech. Adresáti mají možnost se rozhodnout, zda se daným soft law aktem budou řídit v závislosti na svých možnostech, na vlastním posouzení výhodnosti a na celkovém kontextu. Plnění pak může lépe odpovídat potřebám adresátů. Příkladem mohou být obecné pokyny Evropského bankovního orgánu (EBA) ohledně moratorií na splácení úvěrů v souvislosti s pandemií, které dávají vnitrostátním regulátorům možnost, aby se v rámci své diskrétní pravomoci rozhodli, zda se těmito pokyny budou řídit, či nikoli.⁴⁷

Obecně unijní soft law brání tomu, aby členské státy samy vydávaly příliš protichůdná opatření, zároveň ale poskytuje prostor pro implementaci, která bude odpovídat vnitrostátním podmínkám. Především v začátku pandemie, kdy členským státům chyběla snaha o vzájemnou spolupráci, zasáhla EU tím, že její instituce a orgány vydávaly ve velkém množství akty charakteru soft law.⁴⁸

Navíc neexistence přímého právního vynucení, která se na první pohled může jevit jako nevýhoda, může být v konečném důsledku výhodnější než jeho přítomnost. Pokud je totiž soft law akt sám o sobě dobrý, užitečný a pro své adresáty výhodný, adresáti budou mít větší snahu se jím dobrovolně řídit, aniž je nutné zapojit nákladný mechanismus vynucování.⁴⁹

Právě v době krize, kdy aktéři na všech úrovních – od států přes jejich orgány až po jednotlivce – čelí nejistotě ohledně budoucího vývoje a vítají návrh kroků a postupů, se soft law může jevit jako vhodný prostředek, který nenařizuje, ale nabízí možnosti, jak na nastalou

⁴⁷ Obecné pokyny k legislativním a nelegislativním moratoriím na splácení úvěrů použitým v souvislosti s krizí vyvolanou pandemií COVID-19, EBA/GL /2020/02, 2. 4. 2020.

⁴⁸ STEFAN, Oana. COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? A Research Agenda. *European Papers - A Journal on Law and Integration* [online]. 2020, 5, 663–670. ISSN 2499-8249. Dostupné z: doi:10.15166/2499-8249/364

⁴⁹ ZERILLI, Filippo M. The rule of soft law. *Focaal* [online]. 2010, 2010(56), 3–18. ISSN 0920-1297, 1558-5263. Dostupné z: doi:10.3167/fcl.2010.560101

situaci reagovat. Třeba využití aplikací k trasování osob vyvolalo potřebu řešit, jak zajistit efektivitu takové technologie a zároveň ošetřit ochranu osobních údajů.⁵⁰

Soft law může rovněž přispívat k právní jistotě. Především interpretační soft law vydávané orgánem, který má rozhodovací pravomoci, může osvětlit, jak vykládat právně závazná ustanovení tak, aby jednání bylo v souladu s pohledem daného orgánu. Významné jsou takové akty v oblasti soutěžního práva⁵¹ nebo státní podpory.⁵² Přijetí takového typu soft law navíc samotný orgán do budoucna zavazuje a omezuje jeho diskreční pravomoc. Vytváří legitimní očekávání, že samotná instituce bude postupovat odpovídajícím způsobem. Nedodržením vlastního soft law by daný orgán porušil zásadu legitimního očekávání.⁵³

Vedle rychlosti přijímání může být užitečná rovněž prozatímnost pre-legislativního nebo alternativního soft law aktu. Je-li třeba zareagovat okamžitě a regulovat určitou oblast v co nejkratší době, je možné vydat bez složitých procesních pravidel prozatímní soft law dokument, který slouží jako testovací akt. V návaznosti na to, jak na pravidla v něm doporučená budou reagovat adresáti, je pak možné vydat právně závazný akt.⁵⁴ Tím se u takového aktu může posílit i legitimita „na výstupu“⁵⁵, protože bude postavený na zkušenosti, že adresáti byli ochotni se danými pravidly řídit, i když byla nezávazná. Případně může unijní orgán vydat rychle a bez větších konzultací soft law a slíbit, že jeho implementace však bude probíhat po dohodě s členskými státy.⁵⁶

4 Unijní soft law a jeho omezená legitimita

Hlavní problém, který se v souvislosti se soft law nejčastěji skloňuje, je vlastně odvrácenou stranou jeho hlavní přednosti: Soft law akt lze sice přijmout rychle, flexibilně a bez nutnosti držet se procesních pravidel, ale tím je zároveň oslabena legitimita takového aktu. Nedostatečná legitimita a případně též narušování principu právního státu jsou vytýkány unijnímu soft law obecně. V souvislosti s protipandemickým soft law, které bylo přijímáno ještě rychleji a za ztíženějších podmínek než obvykle, je tento problém ještě víc zdůrazněn.

Koncept legitimacy může být pro právníky těžko uchopitelný, protože samotné právo je schopno posuzovat legitimitu patrně pouze legalitou.⁵⁷ Pro detailnější posouzení legitimacy

⁵⁰ Pokyny 04/2020 k používání lokalizačních údajů a nástrojů k trasování kontaktů v souvislosti s propuknutím onemocnění COVID-19, EDPB, 21. 4. 2020.

⁵¹ Viz např. Sdělení Komise. Dočasný rámec pro posuzování antimonopolních otázek souvisejících se spoluprací podniků, která reaguje na naléhavou situaci vyplývající ze současného rozšíření onemocnění COVID-19, 2020/C 116 I/02.

⁵² Viz např. Sdělení Komise. Dočasný rámec pro opatření státní podpory na podporu hospodářství při stávajícím šíření koronavirové nákazy COVID-19, 2020/C 91 I/01.

⁵³ Viz především rozsudek Soudního dvora ze dne 28. června 2005, Dansk Rørindustri a další v. Komise (C-189/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, bod 211).

⁵⁴ Viz též Stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 12. prosince 2017, Belgie v. Komise (C-16/16 P, ECLI:EU:C:2017:959, bod 95).

⁵⁵ SCHARPF, Fritz. *Governing in Europe: Effective and Democratic?* [online]. Oxford: Oxford University Press, 1999 [vid. 2021-05-06]. ISBN 978-0-19-829545-7. Dostupné z: doi:10.1093/acprof:oso/9780198295457.001.0001

⁵⁶ Sdělení Komise Pokyny týkající se sezónních pracovníků v EU v souvislosti s šířením onemocnění COVID-19 2020/C 235 I/01, C/2020/4813, Úř. věst. C 235 I, 17.7.2020, s. 1–7.

⁵⁷ HARLOW, Carol. *The Concepts and Methods of Reasoning of the New Public Law: Legitimacy. LSE Legal Studies Working Paper.* 2010, 2010(19). ISSN Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1713633> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1713633>.

je proto třeba vypůjčit si analytické nástroje v sociologii či politologii. Legitimita unijních aktů je nejčastěji posuzována prizmatem modelu podle Fritze Scharpfa, případně podle modifikovaného modelu Vivien Schmidt. Fritz Scharpf rozlišuje legitimitu na vstupu (*input legitimacy*) a legitimitu na výstupu (*output legitimacy*).⁵⁸ Zatímco legitimita na vstupu se týká účasti na přijímání aktu a především toho, zda s aktem souhlasilo řádně zvolené těleso, legitimita na výstupu je chápána jako kvalita a efektivnost přijatého aktu. Vivien Schmidt přidává do modelu tzv. průběžnou legitimitu (*throughput legitimacy*),⁵⁹ která zahrnuje procesní požadavky při přijímání aktu, jako jsou mechanismus odpovědnosti (*accountability*) a transparentnost, participace, inkluzivnost a otevřenost rozhodování.

Na posouzení legitimacy na výstupu je v případě protipandemického soft law pořád brzo a dosud chybí dostatečná data a analýzy, abychom mohli zhodnotit, zda dané dokumenty byly obsahově kvalitní a dostatečně účinné.⁶⁰ Vstupní legitimitu i proces přijímání a jeho problematické aspekty lze alespoň částečně hodnotit už teď.

Obecně je legitimita na vstupu v případě soft law podstatně oslabena, protože do přijímání soft law aktů není obvykle zapojen žádný demokraticky přímo zvolený orgán. V případě protipandemického unijního soft law byl při přijímání zcela vynechán Evropský parlament, který v běžných situacích zajišťuje vstupní legitimitu při přijímání legislativních aktů. Evropský parlament nebyl zahrnut ani do konzultací při přijímání soft law, ačkoli sám volal po koordinovaném přístupu k řešení krize.⁶¹ Naprostá většina unijních soft law aktů reagujících na pandemii COVID-19 vzešla z dílny Komise, tedy čistě exekutivního orgánu. Další soft law vytvořily unijní agentury a jiné subsidiární orgány, což jsou subjekty, na které byly přeneseny části exekutivních pravomocí. Taková konstelace přispívá k tomu, že přednost získává tzv. technokratické řízení na úkor řízení demokratického.⁶²

Není bez zajímavosti, že Evropský parlament v roce 2007 výslovně varoval proti nadměrnému využívání soft law především ze strany Komise. Právě s poukazem na oslabenou legitimitu na vstupu uvedl, že „že v oblastech, které spadají do pravomoci Společenství vydávat právní předpisy, ale kde patrně chybí politická vůle k přijímání právních předpisů, existuje nebezpečí, že používáním právně nevynutitelných nástrojů mohou být obcházeny příslušné zákonodárné orgány, přehlíženy zásady demokracie a právního státu uvedené v článku 6 Smlouvy o EU a také zásady subsidiarity a proporcionality uvedené v článku 5 Smlouvy o ES a že v důsledku toho Komise může překročit rámec svých pravomocí.“⁶³ K tomu dodal, že

⁵⁸ SCHARPF, Fritz. *Governing in Europe: Effective and Democratic?* [online]. Oxford: Oxford University Press, 1999 [vid. 2021-05-06]. ISBN 978-0-19-829545-7. Dostupné z: doi:10.1093/acprof:oso/9780198295457.001.0001

⁵⁹ SCHMIDT, Vivien A. Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput'. *Political Studies* [online]. 2013, 61(1), 2–22. ISSN 0032-3217, 1467-9248. Dostupné z: doi:10.1111/j.1467-9248.2012.00962.x; SCHMIDT, Vivien a Matthew WOOD. Conceptualizing throughput legitimacy: Procedural mechanisms of accountability, transparency, inclusiveness and openness in EU governance. *Public Administration* [online]. 2019, 97(4), 727–740. ISSN 0033-3298, 1467-9299. Dostupné z: doi:10.1111/padm.12615

⁶⁰ ELIANTONIO, Mariolina a Oana ȘTEFAN. The elusive legitimacy of EU soft law: an analysis into consultation and participation in the process of adopting COVID-19 soft law in the EU. *European Journal of Risk Regulation* [online]. 2021, 159–175. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2020.119

⁶¹ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 17. dubna 2020 o koordinovaných opatřeních EU v boji proti pandemii COVID-19 a jejím následkům (2020/2616(RSP)).

⁶² ELIANTONIO, Mariolina a Oana ȘTEFAN. The elusive legitimacy of EU soft law: an analysis into consultation and participation in the process of adopting COVID-19 soft law in the EU. *European Journal of Risk Regulation* [online]. 2021, 159–175. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2020.119

⁶³ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 4. září 2007 o institucionálních a právních dopadech používání právně nevynutitelných nástrojů (2007/2028(INI)), bod X.

„právně nevynutitelné nástroje mohou také u veřejnosti vytvářet dojem ‚superbyrokracie‘ bez demokratické legitimacy.“⁶⁴

Pokud jde o průběžnou legitimitu, její dílčí aspekty – participace, inkluzivnost a otevřenost – úzce souvisí s tím, jakým způsobem byl daný soft law akt přijat, kdo se podílel na jeho formulování a kdo všechno byl připuštěn do procesu konzultací. Legitimitu unijního soft law posiluje, jsou-li ke konzultacím vyzvány členské státy, vědecké subjekty a další zúčastněné strany (*stakeholders*).

Například obecné nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR)⁶⁵ dává Evropskému sboru pro ochranu osobních údajů (EDPB) výslovnou pravomoc vydávat soft law (pokyny, doporučení, osvědčené postupy)⁶⁶ a přitom stanoví, že EDPB „ve vhodných případech konzultuje zúčastněné strany a poskytne jim možnost se v rozumné lhůtě vyjádřit.“⁶⁷ Avšak z dostupných dat není zřejmé, zda a jak byly zúčastněné strany zapojeny do konzultace v případě přijímání pokynů týkajících se aplikací pro trasování kontaktů.⁶⁸ Není ani jasné, jestli pandemie COVID-19 představuje situaci, kdy není vhodné konzultace provádět – třeba kvůli časové tísní a nutnosti reagovat co nejrychleji.⁶⁹ V každém případě zůstává, že nejsou-li do procesu přijímání soft law EDPB zapojeny zúčastněné strany kvůli časovému tlaku, může být výsledek efektivní v tom smyslu, že soft law reaguje na danou situaci rychle a včas, avšak zároveň je tím výrazně oslabena průběžná legitimita.

Empirické studie potvrzují, že průběžná legitimita veškerého protipandemického soft law hodně slabá.⁷⁰ Pokud jde o participaci a konzultaci, pouze jednotky opatření charakteru soft law, která byla přijata v souvislosti s pandemií COVID-19, vykazují zapojení zúčastněných stran. V některých případech je nízká legitimita samotného soft law aktu alespoň částečně vyrovnána slibem Komise, že členské státy a další zúčastněné strany vyzve ke konzultaci a participaci v pozdějších fázích, kdy bude obsah soft law implementován do praxe.⁷¹ Celkově je však úroveň konzultace a zapojení zúčastněných stran ve vztahu k protipandemickému soft law nízká. Konzultační procesy jsou navíc napříč veškerým spektrem soft law nesystematické, nesourodé a nekonzistentní.⁷²

To nakonec – a na první pohled možná paradoxně – může oslabovat i efektivitu soft law, v jejímž jménu bývají aspekty průběžné legitimacy upozaďovány. Bez zapojení zúčastněných

⁶⁴ Ibid., bod Y.

⁶⁵ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů, „GDPR“), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

⁶⁶ Ibid., článek 70 odst. 1 písm. f).

⁶⁷ Ibid., článek 70 odst. 4.

⁶⁸ Pokyny 04/2020 k používání lokalizačních údajů a nástrojů k trasování kontaktů v souvislosti s propuknutím onemocnění COVID-19, EDPB, 21. 4. 2020,

⁶⁹ ȘTEFAN, Oana. COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? A Research Agenda. *European Papers - A Journal on Law and Integration* [online]. 2020, 5, 663–670. ISSN 2499-8249. Dostupné z: doi:10.15166/2499-8249/364

⁷⁰ ELIANTONIO, Mariolina a Oana ȘTEFAN. The elusive legitimacy of EU soft law: an analysis into consultation and participation in the process of adopting COVID-19 soft law in the EU. *European Journal of Risk Regulation* [online]. 2021, 159–175. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2020.119

⁷¹ Sdělení Komise Pokyny týkající se sezónních pracovníků v EU v souvislosti s šířením onemocnění COVID-19 2020/C 235 I/01, C/2020/4813, Úř. věst. C 235 I, 17.7.2020, s. 1–7.

⁷² ELIANTONIO, Mariolina a Oana ȘTEFAN. The elusive legitimacy of EU soft law: an analysis into consultation and participation in the process of adopting COVID-19 soft law in the EU. *European Journal of Risk Regulation* [online]. 2021, 159–175. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2020.119

stran lze sice soft law akt přijmout rychleji, což může být považováno za formálně efektivní, avšak nižší legitimita může zároveň snižovat ochotu adresátů řídit se takovým právně nezávazným aktem. Přitom vzhledem k absenci klasického mechanismu vynucování závisí praktická efektivita soft law zcela na tom, jestli adresáti považují pokyny či doporučení za něco, co chtějí dobrovolně respektovat.

Uvedené aspekty legitimacy, které v případě protipandemického soft law jednoznačně absteinují, ukazují, že obecně se soft law souvisí problém, který je výsostně právní, a sice nedostatek procesních pravidel pro přijímání soft law. Nejenomže chybí jednotná procesní pravidla pro přijímání veškerého soft law, ale procesní pravidla nejsou sjednocena ani na úrovni agentur a dalších subsidiárních orgánů, na které byly delegovány kompetence. Celý systém obsahuje spletenec různých procesních pravidel. Lze proto souhlasit s názorem, že to rozhodně nepřispívá k předvídatelnosti, stálosti a soudržnosti unijních aktivit.⁷³ Navíc i to může snižovat ochotu adresátů řídit se soft law.

Rovněž není jasné vymezeno, jaké oblasti mohou unijní orgány svým soft law pokrývat. Nedostatek vymezení kompetencí pro přijímání soft law zvyšuje riziko, že dva unijní orgány vydají v jedné oblasti soft law akty, které si svým obsahem budou vzájemně odporovat. Těžko sice mluvit o klasickém rozporu mezi právními předpisy, jelikož soft law akty samy o sobě nejsou závazné, avšak rozpor mezi doporučeními či návrhy může být pro adresáty přinejmenším matoucí.

Příklad takového problému můžeme vidět u protipandemického soft law v oblasti ochrany osobních údajů, které řeší otázku, kdo má být správcem ve vztahu k osobním údajům v aplikacích pro trasování. Podle sdělení Komise by správci měly být vnitrostátní zdravotnické orgány.⁷⁴ Naproti tomu EDPB počítá s pluralitou správců, jejichž úkoly a povinnosti je třeba na začátku jasné vymezit a vysvětlit uživatelům.⁷⁵ Vzájemně si odporující rady či doporučení můžou jednoduše znejistit adresáty, kteří nebudou vědět, čím konkrétně by se měli řídit, což opět může snížit efektivitu soft law.

Vedle procesu přijímání započítává Vivien Schmidt to průběžné legitimacy rovněž přítomnost odpovědnostního mechanismus (*accountability mechanism*).⁷⁶ Jde o poměrně široký, vnitřně diferencovaný a těžko definovatelný koncept,⁷⁷ který stručně řečeno vyžaduje, aby se daný orgán zodpovídal jinému subjektu. V nejširší rovině se orgány a instituce zodpovídají veřejnosti, v dílčích aspektech jsou však stěžejní různé typy kontroly. Pokud jde o činnost unijní administrativy, mezi mechanismy kontroly patří především kontrola právní, politická a soudní.⁷⁸ Právní kontrola (či spíše omezení) zahrnuje *ex ante* vytvoření pravidel pro výkon

⁷³ SENDEN, Linda. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control: Soft Post-Legislative Rulemaking. *European Law Journal* [online]. 2013, 19(1), 57–75. ISSN 13515993. Dostupné z: doi:10.1111/eulj.12013

⁷⁴ Sdělení Komise. Pokyny k aplikacím podporujícím boj proti pandemii COVID-19 ve vztahu k ochraně údajů 2020/C 124 I/01, Úř. věst. C 124 I, 17.4.2020, s. 1–9, bod 3.1.

⁷⁵ Pokyny 04/2020 k používání lokalizačních údajů a nástrojů k trasování kontaktů v souvislosti s propuknutím onemocnění COVID-19, EDPB, 21. 4. 2020, bod 25.

⁷⁶ SCHMIDT, Vivien a Matthew WOOD. Conceptualizing throughput legitimacy: Procedural mechanisms of accountability, transparency, inclusiveness and openness in EU governance. *Public Administration* [online]. 2019, 97(4), 727–740. ISSN 0033-3298, 1467-9299. Dostupné z: doi:10.1111/padm.12615

⁷⁷ MULGAN, Richard. „Accountability”: An Ever-Expanding Concept? *Public Administration* [online]. 2000, 78(3), 555–573. ISSN 0033-3298, 1467-9299. Dostupné z: doi:10.1111/1467-9299.00218

⁷⁸ CRAIG, Paul. *UK, EU and global administrative law: foundations and challenges*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. ISBN 978-1-107-12512-4. ; CHITI, Edoardo. Is EU Administrative Law Failing in Some of Its Crucial Tasks?: Is EU Administrative Law Failing in Some of Its Crucial Tasks? *European Law Journal* [online]. 2016, 22(5), 576–596. ISSN 13515993. Dostupné z: doi:10.1111/eulj.12203

činnosti.⁷⁹ Politická kontrola znamená povinnost zodpovídat se ze své činnosti jinému orgánu.⁸⁰ Soudní kontrola nastupuje jako *ex post* mechanismus, který dohlíží na to, že daný orgán svým jednáním neporušil právo.⁸¹ Přitom právní a soudní mechanismus kontroly jdou ruku v ruce, protože soudy mají finální slovo pro posouzení, zda byla činnost orgánu v souladu s pravidly, která vymezují pole jeho působnosti. Navíc dohromady tvoří tu formu legitimacy, která je právu vlastní, a sice legitimitu legalitou.

V případě unijního soft law je však soudní kontrola značně omezená. Soudní dvůr EU konstantně judikuje, že je ochoten posuzovat v rámci přímých žalob podle článku 263 SFEU pouze žaloby podané proti takovým unijním aktům, které mají závazné právní účinky.⁸² Přitom akty spadající do kategorie „pravé“ soft law z definice takové závazné účinky vyvolat nemohou,⁸³ a proto je jejich přímá soudní kontrola vyloučena.

Vedle toho Soudní dvůr sice připouští kontrolu soft law v rámci řízení o předběžné otázce podle článku 267 SFEU,⁸⁴ nicméně tento procesní kanál je z praktického hlediska a s ohledem na požadavek kontroly mnohem komplikovanější a obsahuje překážky, které u řízení o přímých žalobách přítomny nejsou.⁸⁵ Především platí, že vnitrostátní soud má povinnost obrátit se na Soudní dvůr s předběžnou otázkou na platnost pouze v případě, že má pochybnosti o platnosti unijního aktu. Je-li vnitrostátní soud přesvědčený o tom, že unijní akt je zcela v pořádku, neexistuje žádný právní mechanismus, který by ho donutil předběžnou otázku podat.⁸⁶

Navíc možnost využít pouze jeden procesní kanál pro posouzení platnosti soft law vytváří v systému unijního soudnictví těžko ospravedlnitelný rozpor.⁸⁷ Podle judikatury je soft law

⁷⁹ MENDES, Joana. Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law. *Common Market Law Review*. 2016, 419–451. ISSN 0165-0750.

⁸⁰ Například EBA, ESMA a EIOPA (Evropské orgány dohledu) jsou dle článků 3 základacích nařízení (1093/2010, 1094/2010, 1095/2010) odpovědné Evropskému parlamentu a Radě. Další příklad vidíme u EDBP, který má povinnost vypracovávat výroční zprávy a zasílat je Komisi, Radě a Parlamentu (článek 71 GDPR).

⁸¹ CRAIG, Paul. *UK, EU and global administrative law: foundations and challenges*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. ISBN 978-1-107-12512-4.

⁸² Rozsudek Soudního dvora dne 26. března 2019, Komise v. Itálie (C-626/16 P, ECLI:EU:C:2019:251 bod 44), který odkazuje na rozsudky ze dne 13. října 2011, Deutsche Post a Německo v. Komise (C-463/10 P a C-475/10 P, EU:C:2011:656, bod 36); ze dne 13. února 2014, Maďarsko v. Komise (C-31/13 P, EU:C:2014:70, bod 54); ze dne 25. října 2017, Rumunsko v. Komise (C-599/15 P, EU:C:2017:801, bod 47), a ze dne 20. února 2018, Belgie v. Komise (C-16/16 P, EU:C:2018:79, bod 31); ze dne 11. listopadu 1981, IBM v. Komise (60/81, EU:C:1981:264, bod 9); usnesení ze dne 4. října 1991, Bosman v. Komise (C-117/91, EU:C:1991:382, bod 13), a rozsudek ze dne 9. prosince 2004, Komise v. Greencore (C-123/03 P, EU:C:2004:783, bod 44).

⁸³ Viz test „pravých“ doporučení v rozsudku Soudního dvora ze dne 20. února 2018, Belgie v. Komise (C-16/16 P, EU:C:2018:79, body 29 – 36).

⁸⁴ Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, bod 8). Viz též rozsudky ze dne 13. června 2017, Florescu a další (C-258/14, EU:C:2017:448, bod 71); ze dne 20. února 2018, Belgie v. Komise, (C-16/16 P, EU:C:2018:79, bod 44) a ze dne 25. března 2021, BT v. Balgarska Narodna Banka (C-501/18, ECLI:EU:C:2021:249, bod 82).

⁸⁵ HUBKOVÁ, Pavlína. Is preliminary reference procedure an adequate channel for the assessment of validity of EU soft law acts? *EU Law Enforcement* [online]. 30. listopad 2020 [vid. 2020-01-12]. Dostupné z: <https://eulawenforcement.com/?p=7658>

⁸⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 22. října 1987, Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost (314/85, ECLI:EU:C:1987:452, bod 14).

⁸⁷ Srov. stanovisko generálního advokáta Bobka ze dne 15. dubna 2021, Fédération bancaire française (FBF) v. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (C-911/19, ECLI:EU:C:2021:294, bod 142).

samo o sobě kvalifikované k tomu, aby mohlo být podrobeno soudnímu přezkumu, ale takový přezkum nelze provést, dostane-li se soft law před Soudní dvůr v řízení o žalobě na neplatnost.

Přitom účinná soudní kontrola soft law by mohla alespoň částečně kompenzovat to, že pro přijímání soft law neexistují jasná procesní pravidla. Rovněž by mohla osvětlit, kde jsou hranice kompetencí jednotlivých orgánů v případě vydávání aktů charakteru soft law, čímž by přispěla k uchování institucionální rovnováhy.⁸⁸

V konečném důsledku je nemožnost podrobit unijní soft law přímému soudnímu přezkumu v rozporu s principem právního státu, k němuž se EU výslovně hlásí v článku 2 SEU a který vyžaduje, aby veřejná moc byla vykonávána pouze na základě zákona a v jeho mezích a aby podléhala kontrole ze strany nezávislých a nestranných soudů.⁸⁹ Vynětí unijního soft law ze soudní kontroly tak nejenomže oslabuje jeho legitimitu, ale zároveň narušuje jednu z vůdčích zásad celého unijního právního pořádku.

5 Závěr

Během pandemie COVID-19 se unijní instituce, orgány a další subjekty uchýlily v nebyvalé míře k regulačnímu nástroji, který je považován za užitečný právě v dobách krize a neočekávaných změn – k soft law. Soft law nástroje, které nenařizují, ale nabádají, vyzývají nebo doporučují, jsou považovány za efektivní v tom smyslu, že je lze jednoduše přijímat, aniž je třeba respektovat složitá procesní pravidla. Navíc nabízí flexibilitu při plnění – jejich adresáti se mohou rozhodnout, zda se jimi budou řídit v závislosti na svých potřebách a okolních podmínkách. Přitom ochotu řídit se takovými právně nezávaznými akty může zvýšit už to, že je důvěra vložena do rukou samotných adresátů a plnění není vynucováno klasickými tvrdými mechanismy.

Pandemie COVID-19 zároveň vynesla na světlo problematické aspekty unijního soft law, které tvoří odvrácenou tvář efektivity a flexibility. Velmi nízká úroveň legitimacy, která je u soft law přítomna běžně, byla totiž ve snaze usplnit jeho přijímání ještě více oslabena.

Soft law akty přijímají především exekutivní orgány. Chybějící zapojení demokraticky zvoleného orgánu tak snižuje legitimitu „na vstupu“. V případě protipandemického soft law nebyl Evropský parlament, jehož přítomnost v procesu přijímání pravidel legitimitu posiluje, ani vyzván ke konzultacím.

Patrně ve snaze přijmout soft law akty rychle byly omezeny i procesy, které normálně zajišťují tzv. průběžnou legitimitu, především konzultace s vnitrostátními orgány a dalšími zúčastněnými subjekty. Podle empirických studií byla v celkovém souhrnu míra participace téměř nulová.

Vlna přijímání soft law pak zdůraznila problémy, které se pojí se soft law dlouhodobě: Pro přijímání soft law neexistují jasná pravidla a nejsou přesně vymezeny kompetence a pravidla týkající se toho, který orgán může přijímat soft law a s jakým obsahem. Především však v EU chybí efektivní mechanismus, který by mohl uvedené problémy alespoň částečně kompenzovat, a sice soudní kontrola soft law. I tyto aspekty snižují celkovou legitimitu unijního soft law.

⁸⁸ SENDEN, Linda. Soft law and its implications for institutional balance in the EC. *Utrecht Law Review*. 2005, 1(2), 79–99.

⁸⁹ Viz např. Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů. Zpráva o právním státu 2020, 30.9.2020, COM(2020) 580 final.

V konečném důsledku může snížená legitimita oslabovat i hlavní přednost soft law – a sice efektivitu. Ta totiž úzce souvisí s transparentností a otevřeností procesu přijímání daných aktů, s mírou participace zúčastněných stran a vnímání adresátů. Ochota jednotlivců i členských států řídit se unijním soft law totiž může být ovlivněna tím, jaká je jejich důvěra v proces přijímání daného aktu.

Jako každá krize, i pandemie COVID-19 představuje příležitost – a to i příležitost zamyslet se nad problematickými aspekty unijního soft law a nad otázkou, jestli bychom do budoucna takové problémy nemohli odstranit nebo je alespoň zmírnit. Z čistě právního hlediska se nabízí dva okruhy možných kroků.

Zaprvé, bylo by žádoucí stanovit jasnější pravidla pro přijímání soft law a lépe vymezit podmínky participace a konzultace. Taková pravidla by neměla být příliš formalizovaná a příliš složitá, aby soft law nezbavila jedné z jeho předností, a sice flexibility přijímání. Vždy bude třeba učinit nějaký kompromis mezi flexibilitou a efektivitou přijímání na jedné straně a legitimitou na straně druhé. Avšak i ve ztížených podmínkách a v situaci, kdy je třeba reagovat rychle, je možné zajistit, aby se k problematice alespoň stručně vyjádřily zúčastněné strany. Patrně by rovněž měla být stanovena výslovná pravidla, za jakých podmínek by bylo možné se odchýlit od obecných požadavků na inkluzivnost a otevřenost procesu přijímání soft law, aby bylo předem jasné, kdy případně snaha o rychlé přijímání soft law dostane přednost před demokratickými principy.

Zadruhé, bylo by vhodné, aby i unijní soft law plně podléhalo soudnímu přezkumu ze strany Soudního dvora EU. Vydávání aktů, které nejsou čistě právně závazné, je pořad výkonem veřejné moci a ta by neměla být mimo dosah soudní kontroly. Byť SDEU umožňuje kontrolu platnosti soft law v řízení o předběžných otázkách, jde o možnost, která je omezená a skýtá množství překážek. Pro efektivní kontrolu soft law by bylo třeba přehodnotit stávající judikaturu a připustit rovněž přímé žaloby na neplatnost podané proti unijnímu soft law.

Tyto změny sice nemohou být chápány jako všelék na přetrvávající potíže, které souvisí s demokratickým deficitem v EU, ale mohou být považovány krok správným směrem. Pokud by se do budoucna podařilo vytvořit jasnější pravidla pro přijímání soft law a zlepšit procesy pro zapojení zúčastněných stran, jistě by to pomohlo tomu, jak je unijní soft law vnímáno. Plná soudní kontrola soft law by pak mohla přispět k dodržování principu právního státu.

LITERATURA

BAXTER, Richard R., 1980. International Law in „Her Infinite Variety“. The International and Comparative Law Quarterly. 29(4), 549–566. ISSN 00205893, 14716895.

BRUMMER, Chris, 2015. Soft law and the global financial system: rule making in the 21st century. Second edition. New York: Cambridge University Press. ISBN 978-1-107-12863-7.

COSMA, Håkon A. a Richard WHISH, 2003. Soft Law in the Field of EU Competition Policy. European Business Law Review. 25–56. ISSN 0959-6941.

CRAIG, Paul, 2015. UK, EU and global administrative law: foundations and challenges. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press. ISBN 978-1-107-12512-4.

ELIANTONIO, Mariolina, Emilia KORKEA-AHO a Steven VAUGHAN, 2021. EJRR Special Issue Editorial: COVID-19 and Soft Law: Is Soft Law Pandemic-Proof? European Journal of Risk Regulation [online]. 12(1), 1–6. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2021.1

ELIANTONIO, Mariolina a Oana ȘTEFAN, 2021. The elusive legitimacy of EU soft law: an analysis into consultation and participation in the process of adopting COVID-19 soft law in the EU. European Journal of Risk Regulation [online]. 159–175. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2020.119

- GUZMAN, Andrew T. a Timothy. L. MEYER, 2010. International Soft Law. *Journal of Legal Analysis* [online]. 2(1), 171–225. ISSN 2161-7201, 1946-5319. Dostupné z: doi:10.1093/jla/2.1.171
- HARLOW, Carol, 2010. The Concepts and Methods of Reasoning of the New Public Law: Legitimacy. *LSE Legal Studies Working Paper*. 2010(19). Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1713633> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1713633>.
- HARTLAPP, Miriam a Andreas HOFMANN, 2021. The use of EU soft law by national courts and bureaucrats: how relation to hard law and policy maturity matter. *West European Politics* [online]. 44(1), 134–154. ISSN 0140-2382, 1743-9655. Dostupné z: doi:10.1080/01402382.2020.1738095
- HOFMANN, Andreas, 2021. Types of EU Soft Law and Their National Impact. In: Mariolina ELIANTONIO, Emilia KORKEA-AHO a Oana ȘTEFAN, ed. *EU soft law in the member states: theoretical findings and empirical evidence*. Oxford, UK ; New York, NY: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, EU law in the member states, volume 8. ISBN 978-1-5099-3204-7.
- HUBKOVÁ, Pavlína, 2020. Is preliminary reference procedure an adequate channel for the assessment of validity of EU soft law acts? *EU Law Enforcement* [online]. [vid. 2020-01-12]. Dostupné z: <https://eulawenforcement.com/?p=7658>
- CHAMON, Merijn, 2010. EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense? *Maastricht Journal of European and Comparative Law* [online]. 17(3), 281–305. ISSN 1023-263X, 2399-5548. Dostupné z: doi:10.1177/1023263X1001700304
- CHITI, Edoardo, 2016. Is EU Administrative Law Failing in Some of Its Crucial Tasks?: Is EU Administrative Law Failing in Some of Its Crucial Tasks? *European Law Journal* [online]. 22(5), 576–596. ISSN 13515993. Dostupné z: doi:10.1111/eulj.12203
- MENDES, Joana, 2016. Discretion, care and public interests in the EU ad-ministration: Probing the limits of law. *Common Market Law Review*. 419–451. ISSN 0165-0750.
- MULGAN, Richard, 2000. „Accountability”: An Ever-Expanding Concept? *Public Administration* [online]. 78(3), 555–573. ISSN 0033-3298, 1467-9299. Dostupné z: doi:10.1111/1467-9299.00218
- SCOTT, Joanne, 2011. In legal limbo: Post-legislative guidance as a challenge for European administrative law. *Common Market Law Review*. 329–355. ISSN 0165-0750.
- SENDEN, Linda, 2004. *Soft law in European Community law*. Oxford ; Portland, Or: Hart. Modern studies in European law, v. 1. ISBN 978-1-84113-432-1.
- SENDEN, Linda, 2005. Soft law and its implications for institutional balance in the EC. *Utrecht Law Review*. 1(2), 79–99.
- SENDEN, Linda, 2013. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control: Soft Post-Legislative Rulemaking. *European Law Journal* [online]. 19(1), 57–75. ISSN 13515993. Dostupné z: doi:10.1111/eulj.12013
- SENDEN, Linda a Sacha PRECHAL, 2001. Differentiation in and through Community soft law. In: Bruno DE WITTE, HANF a VOS, ed. *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Cambridge: Intersentia.
- SENDEN, Linda a VAN DEN BRINK, 2012. Checks and Balances of Soft EU Rule-Making. Study [online]. Bruxelles: European Parliament. Dostupné z: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2012\)462433](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2012)462433)

SCHARPF, Fritz, 1999. Governing in Europe: Effective and Democratic? [online]. Oxford: Oxford University Press [vid. 2021-05-06]. ISBN 978-0-19-829545-7. Dostupné z: doi:10.1093/acprof:oso/9780198295457.001.0001

SCHMIDT, Vivien A., 2013. Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput'. Political Studies [online]. 61(1), 2–22. ISSN 0032-3217, 1467-9248. Dostupné z: doi:10.1111/j.1467-9248.2012.00962.x

SCHMIDT, Vivien a Matthew WOOD, 2019. Conceptualizing throughput legitimacy: Procedural mechanisms of accountability, transparency, inclusiveness and openness in EU governance. Public Administration [online]. 97(4), 727–740. ISSN 0033-3298, 1467-9299. Dostupné z: doi:10.1111/padm.12615

SNYDER, Francis, 2009. Soft Law and Governance: Aspects of the European Union Experience. In: Haocai LUO, ed. The Challenge of Soft Law. Beijing: Peking University Press.

STEFAN, Oana, 2020a. COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? A Research Agenda. European Papers - A Journal on Law and Integration [online]. 5, 663–670. ISSN 2499-8249. Dostupné z: doi:10.15166/2499-8249/364

STEFAN, Oana, 2020b. The Future of EU Soft Law: A Research and Policy Agenda for the Aftermath of COVID-19 Special Issue: Future-Mapping the Directions of EU Law: How Do We Predict the Future of EU Law? Journal of International and Comparative Law. 7(2), 329–350.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores, 2021. Soft Law Governance in Times of Coronavirus in Spain. European Journal of Risk Regulation [online]. 2021/02/09 vyd. 12(1), 111–126. ISSN 1867-299X. Dostupné z: doi:10.1017/err.2020.117

VAN DAM, Clara, 2017. Guidance documents of the European Commission: a typology to trace the effects in the national legal order. Review of European Administrative Law [online]. 10(2), 75–91. ISSN 1874-7981. Dostupné z: doi:10.7590/18747981X15095380840366

WENANDER, Henrik, 2021. Sweden: Non-binding Rules Against the Pandemic – Formalism, Pragmatism and Some Legal Realism. European Journal of Risk Regulation [online]. 1–21. ISSN 1867-299X, 2190-8249. Dostupné z: doi:10.1017/err.2021.2

ZERILLI, Filippo M., 2010. The rule of soft law. Focaal [online]. 2010(56), 3–18. ISSN 0920-1297, 1558-5263. Dostupné z: doi:10.3167/fcl.2010.560101

Kontakt – e-mail

pavlina.hubkova@uni.lu