Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MICHALA BOBKA
přednesené dne 12. prosince 2017 [1]

Věc C-16/16 P

Belgické království
proti

Evropské komisi

„Kasační opravný prostředek – Ochrana spotřebitelů – Služby hazardních her on-line – Ochrana spotřebitelů a hráčů hazardních her on-line a prevence hraní hazardních her on-line nezletilými osobami – Doporučení Komise – Článek 263 SFEU – Napadnutelný akt – Soudní přezkum nástrojů ‚soft law' – Nezávazné akty s právními účinky – Akty, u kterých lze mít přiměřeně za to, že nabádají k jejich plnění"

Obsah

I. Úvod 2

II. Právní rámec 3

A. Primární právo 3

B. Doporučení Komise 4

III. Skutkový stav a řízení 5

IV. Napadené usnesení 6

V. Řízení před Soudním dvorem 7

VI. Posouzení 9

A. Obsah převažuje nad formou 10

1. Rozsudek AETR 10

2. Použití kritéria AETR Tribunálem v projednávané věci 11

1 – Původní jazyk: angličtina.

3. Problematické aspekty kritéria AETR 11

a) Vnitřní problémy 12

1) Právní účinky, závaznost nebo závazné právní účinky? 12

2) Jakou úlohu hraje úmysl autora? 13

b) Vnější problémy 13

1) Vzestup „soft law“ 13

2) Doporučení: nezávazná, ale s právními účinky 15

i) Úroveň Evropské unie 15

ii) Úroveň členských států 16

4. Zpátky ke kořenům: rozsudek AETR a právní účinky 19

5. Použití předmětného kritéria v projednávané věci 20

B. Forma určuje obsah 23

1. (Úplné) vyloučení: doporučení znamená doporučení 24

2. Obsah nebo forma? 25

3. (Případně) nezbytné vyjasnění 27

VII. Závěry 28

I. Úvod

1. Jednou ze zásadních disputací, které utvářejí (anglo-americkou) filozofii práva po několik posledních desetiletí, je výměna názorů mezi Hartem a Dworkinem na povahu práva a strukturu právního systému. Dworkinova kritika Hartovy publikace Concept of Law[2] ke konci 60. let a v 70. letech minulého století se týkala několika bodů. Dworkin argumentoval mimo jiné tím, že v Hartově pojetí je právní systém vykládán příliš úzce a že se autor příliš zaměřuje na právní *normy a* opomíjí tak jiný klíčový prvek jakéhokoli právního systému, a to *zásady*[3].

2. Je patrně nesporné, že bez ohledu název dokumentu Komise přijetím svého „Doporučení o *zásadách* pro ochranu spotřebitelů a hráčů služeb hazardních her on-line a pro prevenci hraní hazardních her on-line nezletilými osobami“ (dále jen „doporučení“)[4] nezamýšlela přiklonit se k některé straně uvedeného teoretického diskursu. Žaloba na neplatnost, kterou Belgické království napadlo uvedené doporučení u Tribunálu, však vyústila v nominálně podobnou, ale věcně poněkud odlišnou diskusi:

2 – Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. vydání (s dovětkem), Clarendon Press, Oxford, 1997 (1. vydání v roce 1961).

3 – Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (New Impression with a Reply to Critics), London, Duckworth, 1987 (první vydání v roce 1977), s. 22 a následující.

4 – Doporučení Komise 2014/478/EU ze dne 14. července 2014 (Úř. věst. 2014, L 214, s. 38). Zvýraznění doplněno.

jakým způsobem se pro účely soudního přezkumu takové *zásady* liší od (závazných, právních) *norem* unijního práva? Dále, lze proti doporučení Komise podat žalobu na neplatnost podle čl. 263 odst. 1 SFEU, i když je takový nástroj Evropské unie výslovně vyloučen ze soudního přezkumu podle zmíněného ustanovení?

3. Tribunál prohlásil žalobu Belgie za nepřípustnou[5], přičemž uvedl, že zmíněné doporučení není určeno k tomu, aby vyvolávalo závazné právní účinky. Belgické království napadlo uvedené rozhodnutí kasačním opravným prostředkem k Soudnímu dvoru.

4. V tomto stanovisku navrhnu Soudnímu dvoru v zásadě dvojí postup: zaprvé z *obecného* hlediska by vzhledem k postupnému vývoji podoby (nejen) unijního práva, jenž je charakterizován čím dál častějším používáním nástrojů „soft law“, bylo vhodné uzpůsobit přístup k unijním soudům tak, aby odpovídal tomuto vývoji. V tomto smyslu by – odpustí-li čtenář malou slovní hříčku – měl být přístup k věci více dworkiánský, tedy uznávající, že existují určité normy, jež mají podstatné právní účinky a nacházejí se mimo binární logiku závazných a nezávazných pravidel. Zadruhé, pokud jde *konkrétně* o doporučení dotčené v projednávané věci, normativní dokument, u něhož lze s ohledem na jeho logiku, kontext, účel a částečně také znění přiměřeně mít za to, že stanoví *pravidla* chování, by měl podléhat soudnímu přezkumu, bez ohledu na to, že je poněkud skryt za soubor pouhých „zásad“ vtělených do doporučení.

II. Právní rámec

A. Primární právo

5. Článek 4 odst. 3 SEU stanoví, že „[č]lenské státy učiní veškerá vhodná obecná nebo zvláštní opatření k plnění závazků, které vyplývají ze Smluv nebo z aktů orgánů Unie. Členské státy usnadňují Unii plnění jejích úkolů a zdrží se všech opatření, jež by mohla ohrozit dosažení cílů Unie“.

6. Článek 263 odst. 1 SFEU stanoví: „Soudní dvůr Evropské unie přezkoumává legalitu legislativních aktů, aktů Rady, Komise a Evropské centrální banky, s výjimkou doporučení a stanovisek, a rovněž aktů Evropského parlamentu a Evropské rady, které mají právní účinky vůči třetím osobám. Rovněž přezkoumává legalitu aktů institucí a jiných subjektů Unie, které mají právní účinky vůči třetím osobám.“

7. Článek 288 SFEU stanoví:

„Pro výkon pravomocí Unie přijímají orgány nařízení, směrnice, rozhodnutí, doporučení a stanoviska.

Nařízení má obecnou působnost. Je závazné v celém rozsahu a přímo použitelné ve všech členských státech.

Směrnice je závazná pro každý stát, kterému je určena, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo, přičemž volba formy a prostředků se ponechává vnitrostátním orgánům.

Rozhodnutí je závazné v celém rozsahu. Pokud jsou v něm uvedeni ti, jimž je určeno, je závazné pouze pro ně.

Doporučení a stanoviska nejsou závazná.“

5 – Usnesení ze dne 27. října 2015, Belgie v. Komise (T-721/14, EU:T:2015:829).

8. Článek 292 SFEU zní takto: „Rada přijímá doporučení. Rozhoduje na návrh Komise ve všech případech, kdy má podle Smluv přijmout akt na návrh Komise. V oblastech, ve kterých je pro přijetí aktu Unie požadována jednomyslnost, rozhoduje jednomyslně. Komise a ve zvláštních případech uvedených ve Smlouvách Evropská centrální banka přijímají doporučení."

9. Článek 296 SFEU stanoví:

„Neuvádějí-li Smlouvy druh aktu, který má být přijat, zvolí jej orgány pro jednotlivé případy v souladu s platnými postupy a se zásadou proporcionality.

Právní akty musí obsahovat odůvodnění a odkazovat na návrhy, podněty, doporučení, žádosti nebo stanoviska požadovaná Smlouvami.

Posuzují-li Evropský parlament a Rada návrh legislativního aktu, zdrží se přijetí aktů, které příslušný legislativní postup pro danou oblast nestanoví."

B. Doporučení Komise

10. V bodě 5 odůvodnění doporučení Komise je uvedeno, že „[v]zhledem k chybějící harmonizaci na úrovni Unie mohou členské státy v podstatě svobodně stanovit cíle své politiky v oblasti hazardních her a vymezit úroveň požadované ochrany za účelem ochrany zdraví spotřebitelů […]".

11. V bodě 8 odůvodnění se uvádí, že „[p]ravidla a politiky, které členské státy pro sledování cílů veřejného zájmu zavedly, se značně liší. Opatření na úrovni Unie podporují členské státy v tom, aby v celé Unii poskytovaly vysokou úroveň ochrany […]".

12. Cíl doporučení Komise je uveden v bodě 9 odůvodnění takto: „ochraňovat zdraví spotřebitelů a hráčů, a tím také minimalizovat případné negativní hospodářské důsledky, které mohou vyplývat z patologického nebo nadměrného hráčství. Za tímto účelem přináší zásady, které zajišťují vysokou úroveň ochrany spotřebitelů, hráčů a nezletilých osob ve vztahu ke službám hazardních her on-line. Při přípravě tohoto doporučení Komise čerpala z osvědčených postupů v členských státech".

13. V bodě 15 odůvodnění je uvedeno, že „[j]e vhodné vyzvat členské státy, aby vytvořily pravidla pro poskytování informací o hazardních hrách on-line spotřebitelům […]".

14. V bodě 16 odůvodnění se uvádí, že „[t]am, kde je to vhodné, by zásady tohoto doporučení neměly být určeny pouze provozovatelům, ale také třetím stranám, včetně tzv. ‚přidružených podniků', které jsou oprávněny propagovat služby hazardních her on-line jménem provozovatele".

15. V bodě 27 odůvodnění se konstatuje, že „[p]ro řádnou ochranu cílů veřejného zájmu je nutný účinný dohled. Členské státy by měly určit příslušné orgány, stanovit jasné pokyny pro provozovatele a poskytovat snadno dostupné informace pro spotřebitele, hráče a zranitelné skupiny včetně nezletilých osob".

16. V bodě 29 odůvodnění se doplňuje, že „[t]oto doporučení nezasahuje do úpravy směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES a směrnice Rady 93/113/EHS".

17. V části I doporučení je stanoven jeho účel. Podle bodu 1 se členským státům „doporučuje, aby zajistily vysokou úroveň ochrany spotřebitelů, hráčů a nezletilých osob přijetím zásad pro služby hazardních her on-line a pro odpovědná obchodní sdělení týkající se těchto služeb, s cílem ochránit jejich zdraví a rovněž minimalizovat možné hospodářské škody, které mohou vyplývat z patologického nebo nadměrného hraní". V bodě 2 je uvedeno, že „[t]oto doporučení nezasahuje do práva členských států regulovat služby hazardních her".

18. V části III doporučení jsou uvedeny dosti konkrétní a podrobné požadavky na informace platné pro internetové stránky s hazardními hrami, zejména pokud jde o druh informací, které by měly být zobrazeny na úvodní stránce, a počet kliknutí myší nezbytných k nalezení určité informace. V části IV jsou doplněny další požadavky týkající se nezletilých osob.

19. Část V se týká registrace a účtů hráčů. V bodě 15 je zejména uvedeno, že „[č]lenské státy by měly zajistit, aby osobě bylo povoleno účastnit se služeb hazardních her on-line, pouze pokud se zaregistruje jako hráč a má u provozovatele účet“.

20. Část VI se týká hráčské aktivity a podpory hráčů. Část VIII upravuje obchodní sdělení a část IX sponzorování.

21. Část XI se týká dohledu. V bodě 51 se členské státy „vyzývají, aby při uplatňování zásad uvedených v tomto doporučení jmenovaly příslušné regulační orgány v oblasti hazardních her, které by zajistily a nezávisle sledovaly účinné dodržování vnitrostátních opatření na podporu zásad stanovených v tomto doporučení“.

22. Část XII, která je poslední částí doporučení, se týká podávání zpráv. V bodě 52 je uvedeno, že se členské státy „vyzývají, aby Komisi oznámily veškerá opatření přijatá na základě tohoto doporučení do 19. ledna 2016 tak, aby Komise mohla zhodnotit provádění tohoto doporučení“.

23. V bodě 53 se členské státy „vyzývají, aby shromažďovaly pro statistické účely spolehlivé roční údaje týkající se:

a) platných ochranných opatření, zejména údaje o počtu účtů hráčů (založených a zrušených), počtu hráčů vyřazených na základě vlastního rozhodnutí, počtu hráčů trpících hráčskou poruchou a počtu stížností ze strany hráčů;

b) obchodních sdělení v členění podle kategorie a podle druhu porušení zásad.

Členské státy se vyzývají, aby tyto informace sdělily Komisi poprvé do 19. ledna 2016.“

24. V bodě 54 je konečně uvedeno, že „Komise by měla provádění tohoto doporučení zhodnotit do 19. ledna 2017“.

III. Skutkový stav a řízení

25. V roce 2011 Komise ve své zelené knize „o on-line hazardních hrách na vnitřním trhu“ [6] vymezila společné cíle členských států v oblasti regulace služeb hazardních her on-line. Označila také klíčové prioritní oblasti pro činnost Evropské unie.

26. Ve sdělení „Příprava uceleného evropského rámce pro on-line hazardní hry“, které přijala dne 23. října 2012 [7], Komise navrhla řadu kroků v oblasti regulace a společenských a technických aspektů hazardních her on-line. Komise zejména uvedla, že celkově se v této fázi nejeví vhodným navrhnout odvětvovou unijní úpravu hazardních her on-line. V uvedeném sdělení Komise oznámila, že předloží několik doporučení k ochraně spotřebitelů u služeb hazardních her on-line, včetně ochrany nezletilých, a k zajištění odpovědné reklamy týkající se služeb hazardních her on-line.

6 – COM (2011) 128 final.

7 – COM (2012) 596 final.

27. Evropský parlament v usnesení ze dne 10. září 2013 o on-line hazardních hrách na vnitřním trhu [8] vyzval Komisi, aby prozkoumala možnost interoperability napříč EU mezi vnitrostátními rejstříky osob vyřazených na základě vlastního rozhodnutí. To by vedlo ke zvýšení povědomí o nebezpečí závislosti na hazardním hraní; Evropský parlament rovněž vyzval Komisi, aby zvážila zavedení povinné identifikační kontroly třetí stranou. Parlament také doporučil, aby provozovatelé hazardních her on-line byli povinni poskytovat informace o regulačních orgánech a upozornění pro mladistvé, a používat vlastní omezení na stránkách s hazardními hrami. Parlament navíc doporučil stanovit společné zásady pro odpovědnou reklamu. Navrhl, aby reklama obsahovala jasná upozornění na důsledky patologického hráčství a nebezpečí závislosti na hazardním hraní. Reklama by neměla být přehnaná ani zobrazována v rámci obsahu konkrétně zaměřeného na nezletilé nebo v souvislosti, kdy existuje vyšší riziko, že se dostane k nezletilým.

28. Také Hospodářský a sociální výbor vyzval Komisi, aby zasáhla ke zvýšení ochrany spotřebitele, pokud jde o hazardní hry on-line a ochranu mladistvých [9].

29. V těchto souvislostech Evropská komise přijala dne 14. července 2014 na základě článku 292 SFEU sporné doporučení. Doporučení bylo zveřejněno v plném rozsahu v *Úředním věstníku Evropské unie* dne 19. července 2014.

30. Přijetí doporučení bylo doprovázeno vydáním tiskové zprávy [10] a memoranda [11]. V uvedeném memorandu bylo doporučení Komise obecně, jako typ nástroje, prezentováno takto: „Doporučení je nezávazný nástroj používaný Evropskou komisí s cílem dát členským státům jasnou zprávu o tom, jaké kroky jsou očekávány k řešení určitého problému, přičemž je členským státům ponechána dostatečná flexibilita ohledně způsobu dosažení daného cíle na vnitrostátní úrovni. Stanovení cílů, kterých má být dosaženo, by mělo působit jako katalyzátor pro vytvoření konzistentních zásad, jež budou používány v celé Evropské unii.“ Pokud jde o výběr typu nástroje, bylo v memorandu dále uvedeno, že „pro oblast služeb hazardních her on-line neexistují žádné zvláštní odvětvové unijní předpisy a nepovažuje se ani za vhodné takové konkrétní předpisy navrhnout. Doporučení Komise může navíc být přijato okamžitě, zatímco návrh právní úpravy musí přijmout Rada ministrů Evropské unie a Evropský parlament, což může být časově náročné“.

IV. Napadené usnesení

31. Dne 13. října 2014 podalo Belgické království žalobu k Tribunálu na neplatnost dotčeného doporučení.

32. Tribunál usnesením ze dne 27. října 2015 žalobu odmítl jako nepřípustnou [12]. Uvedl přitom, že účelem předmětného doporučení s ohledem na jeho znění, obsah a kontext nemělo být a nebylo vyvolat závazné právní účinky. Nelze je tedy kvalifikovat jako akt, který by bylo možné přezkoumat z hlediska jeho legality podle článku 263 SFEU [13].

33. V odůvodnění Tribunál nejprve poznamenal, že doporučení je převážně formulováno neimperativně, a to i přes některé drobné rozdíly mezi různými jazykovými verzemi [14].

8 – P7_TA(2013)0348.

9 – 2012/2322(INI).

10 – IP/14/828 ze dne 14. července 2014, k dispozici na adrese: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm.

11 – MEMO/14/484 ze dne 14. července 2014, k dispozici na adrese: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-484_en.htm.

12 – Usnesení ze dne 27. října 2015, Belgie v. Komise (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 – Bod 37 napadeného usnesení.

14 – Bod 21 a následující napadeného usnesení.

34. Tribunál dále uvedl, že z obsahu sporného doporučení vyplývá, že Komise neměla v úmyslu mu přiznat závazné právní účinky [15]. Zejména v bodech 51 až 53 *vyzývá* členské státy, aby jmenovaly regulační orgány v oblasti hazardních her a oznámily Komisi veškerá opatření přijatá na základě daného doporučení. Tím členským státům nevzniká povinnost uplatňovat zásady stanovené v daném aktu. Komise navíc výslovně uvedla, že doporučení nezasahuje do práva členských států regulovat služby v této oblasti: vyzvala pouze členské státy, aby se podřídily zásadám v něm stanoveným [16].

35. Tribunál měl za to, že analýzu znění a obsahu předmětného doporučení potvrzuje analýza jeho kontextu. Z jednání Rady, Evropského parlamentu a Komise vyplývá, že nebylo v té době úmyslem navrhnout unijní právní úpravu v této oblasti [17].

36. Tribunál dodal, že pouhé zveřejnění v řadě L, nikoli řadě C Úředního věstníku nemůže samo o sobě vyvrátit závěr, že uvedené doporučení nemělo mít závazné právní účinky [18]. Uvedl také, že z pouhé skutečnosti, že doporučení, i když nejsou závazná, mohou mít právní účinky, nelze dovozovat, že je lze napadnout u soudu. Opačný závěr by byl v rozporu s článkem 263 SFEU, podle něhož nelze žalobou na neplatnost napadnout doporučení, neboť nemají závazné právní účinky [19].

37. Údajné porušení zásad institucionální rovnováhy, svěřených pravomocí či loajální spolupráce ze strany orgánu Evropské unie nemůže vyloučit uplatnění pravidel přípustnosti žalob na neplatnost stanovených Smlouvou [20]. Z toho, že Soudní dvůr může v řízení o nesplnění povinnosti zkoumat akt či jednání, které nemá závazné právní účinky, a to ve světle povinnosti loajální spolupráce na straně členských států, nevyplývá, že by totéž platilo i pro žalobu na neplatnost [21].

38. Tribunál uvedl, že oproti tomu, čím argumentuje navrhovatel, předmětné doporučení nestanoví žádné pravidlo ani zásadu směřující k harmonizaci a liberalizaci trhu služeb v oblasti hazardních her on-line. To je zjevné z bodu 2, který výslovně potvrzuje regulační pravomoc členských států v této oblasti [22]. Účelem daného doporučení nebylo omezit možnost každého členského státu určit dle vlastních preferencí, co je nezbytné k zajištění ochrany morálních, náboženských a kulturních aspektů [23].

V. Řízení před Soudním dvorem

39. Kasačním opravným prostředkem se Belgické království (navrhovatel) domáhá toho, aby Soudní dvůr zrušil usnesení Tribunálu, prohlásil předmětnou žalobu na neplatnost za přípustnou, rozhodl právní spor ve věci samé, prohlásil návrhy Řecké republiky a Portugalské republiky na vstup do řízení v postavení vedlejších účastnic za přípustné [24] a uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

40. Komise navrhuje, aby Soudní dvůr kasační opravný prostředek zamítl a uložil navrhovateli náhradu nákladů řízení.

15 – Bod 29 napadeného usnesení.

16 – Body 32 až 35 napadeného usnesení.

17 – Bod 36 napadeného usnesení.

18 – Body 38 až 40 napadeného usnesení.

19 – Body 42 až 48 napadeného usnesení.

20 – Body 51 a 52 napadeného usnesení.

21 – Body 54 a 55 napadeného usnesení.

22 – Bod 64 napadeného usnesení.

23 – Bod 68 napadeného usnesení.

24 – Portugalská republika a Řecká republika navrhly, aby jim bylo povoleno vstoupit do řízení před Tribunálem jako vedlejší účastnice na podporu navrhovatele. Jelikož však Tribunál odmítl žalobu jako nepřípustnou, uvedl zároveň, že není nutné rozhodnout o návrzích na vstup do řízení (bod 86 napadeného usnesení).

41. Navrhovatel v kasačním opravném prostředku uplatňuje tři důvody: i) porušení zásad svěřených pravomocí, loajality a institucionální rovnováhy; ii) porušení zásady loajality a porušení postavení členských států jako privilegovaných žalobců a iii) nesprávný výklad právních účinků předmětného doporučení týkajících se Belgie.

42. Navrhovatel v prvním důvodu kasačního opravného prostředku uvádí, že žalobu je třeba prohlásit za přípustnou, neboť se Tribunál měl zabývat otázkou pravomoci subjektu, který sestavil relevantní doporučení, a nikoli tím, zda má závazné právní účinky. Přesněji, Tribunál nerespektoval zásady svěřených pravomocí, loajality a institucionální rovnováhy, neboť se nezabýval tím, zda existuje hmotněprávní základ odůvodňující přijetí předmětného doporučení. Článek 292 SFEU nemůže sloužit jako samostatný právní základ: zmocňuje sice Radu a Komisi, aby přijímaly doporučení, avšak k tomu, aby bylo určeno, který z uvedených orgánů má v dané věci pravomoc, je nutné zkoumat hmotněprávní pravomoci svěřené oběma těmto orgánům Smlouvami.

43. Navrhovatel dále tvrdí, že i nezávazné doporučení podléhá soudnímu přezkumu, pokud jde o dodržení výše uvedených zásad. Tribunál tím, že nepřipustil soudní přezkum, porušil zásadu svěřených pravomocí. Použil rovněž článek 263 SFEU způsobem, který neodpovídá ustálené judikatuře: v jakémkoli opatření přijatém orgány musí být jasně uveden jeho právní základ [25].

44. Navrhovatel má za to, že pokud by Komise přijala jeden z právních nástrojů uvedených v článku 288 SFEU bez patřičné pravomoci, měla by tato skutečnost sama o sobě právní účinek, neboť by narušila rovnováhu pravomocí mezi Evropskou unií a členskými státy a rovněž mezi orgány Evropské unie navzájem. Měla by tedy být přezkoumatelná ze strany Soudního dvora. Před tím, než bude posouzeno, zda se jedná o „skutečné“ doporučení, je třeba ověřit dodržení uvedených zásad. Navrhovatel tvrdí, že vlastní unijní legislativní akt musí být přijat v souladu s unijním právem a respektovat výsady jiných orgánů Evropské unie a členských států.

45. V rámci druhého důvodu kasačního opravného prostředku navrhovatel namítá, že jelikož Tribunál vycházel z rozdílnosti řízení o žalobě na neplatnost a řízení o nesplnění povinnosti, došel posléze k nesprávnému závěru, že judikatura, podle níž v řízení o nesplnění povinnosti podléhají akty s nezávaznými právními účinky přijaté v rozporu s požadavkem loajální spolupráce soudnímu přezkumu, není v projednávané věci relevantní [26]. To je zcela v rozporu s oboustrannou povahou zásady loajality [27]. Z důvodu výše uvedeného pak Tribunál neumožnil podání žaloby na neplatnost, ačkoli jsou členské státy privilegovanými žalobci.

46. V rámci třetího důvodu kasačního opravného prostředku navrhovatel argumentuje tím, že Tribunál použil při zkoumání předmětného doporučení nesprávně rozsudek AETR [28] a pozdější judikaturu. Dochází pak k závěru, že legalitu doporučení je možné přezkoumat podle článku 263 SFEU, neboť má právní účinky, přinejmenším vůči Belgii a Portugalsku.

47. Navrhovatel tvrdí, že Tribunál měl zohlednit skutečnost, že doporučení je v několika jazykových zněních, například v portugalském jazyce, ale také ve dvou ze třech úředních jazyků Belgie, a to konkrétně nizozemštině a němčině, formulováno imperativně, zejména proto, že k doporučením musí přihlížet vnitrostátní soudy. Tribunál by neměl na dané doporučení nahlížet obecně, nýbrž konkrétně z hlediska existence právních účinků vůči Belgii. Vzhledem k imperativnímu znění v nizozemštině a němčině lze dojít k závěru, že vůči Belgii existují „silnější“ právní účinky, než je tomu u jiných jazykových verzí.

25 – Navrhovatel se ohledně ústavního významu volby vhodného právního základu dovolává posudku 2/00 (Cartagenský protokol o biologické bezpečnosti) ze dne 6. prosince 2001 (EU:C:2001:664, bod 5). Rovněž viz rozsudek ze dne 1. října 2009, Komise v. Rada (C-370/07, EU:C:2009:590, bod 47).

26 – Rozsudky ze dne 12. února 2009, Komise v. Řecko (C-45/07, EU:C:2009:81), a ze dne 20. dubna 2010, Komise v. Švédsko (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 – Rozsudek ze dne 16. října 2003, Irsko v. Komise (C-339/00, EU:C:2003:545, bod 71).

28 – Rozsudek ze dne 31. března 1971, Komise v. Rada (22/70, EU:C:1971:32).

48. Komise ve svém vyjádření ke kasačnímu opravnému prostředku odmítá argumenty navrhovatele k podmínkám přípustnosti žaloby na neplatnost doporučení. Poukazuje na to, že se argumenty navrhovatele týkají věci samé (pokud jde o zásady svěřených pravomocí, loajální spolupráce a institucionální rovnováhy a také o právní základ), zatímco probíhající řízení se týká pouze přípustnosti.

49. Pokud jde o vzájemnou povahu zásady vážné spolupráce (druhý důvod kasačního opravného prostředku), Komise uvádí, že Belgické království nesprávně tvrdí, že Tribunál vytvořil procesní rozdíly ve prospěch Komise v řízení o nesplnění povinnosti a k újmě členských států v řízení o žalobě na neplatnost. Z uvedeného závěru Tribunálu vyplývá pouze, že legalitu doporučení nelze přezkoumat na základě článku 263 SFEU. Nevznikají tedy žádné rozdíly v použití článku 263 SFEU.

50. Komise má za to, že není podstatné, pokud se v jednom z úředních jazyků členského státu objevuje mírně odlišné znění. Posouzení případných právních účinků doporučení by totiž mělo vycházet rovněž z cíle a kontextu daného dokumentu. Komise má za to, že akty Evropské unie je třeba vykládat autonomně, nezávisle na vnitrostátní právní úpravě.

51. Navrhovatel se v replice soustředil na právní základ daného doporučení, který podle jeho názoru chybí. Trvá na tom, že doporučení Komise má právní účinky z důvodu své samotné existence (i když omezené), a musí být tedy přezkoumatelné z hlediska své legality. Členský stát by měl mít možnost požádat o přezkum platnosti jakéhokoli unijního aktu, není-li jasné, zda byl přijat v rámci omezení vyplývajících ze zásady svěřených pravomocí, a zejména postrádá-li hmotněprávní základ. Pouhý odkaz na článek 292 SFEU nepostačí. Nesplňuje totiž požadavek na hmotněprávní základ.

52. Komise v duplice argumentuje tím, že v postupech upravených Smlouvami neexistují žádné mezery. Doporučení jsou vyloučena z oblasti působnosti článku 263 SFEU. Jediná otázka zní, zda je předmětné doporučení „skutečným“ doporučením. Otázka právního základu patří k posouzení ve věci samé, a je tedy třeba se jí zabývat jen tehdy, když je návrh přípustný. Komise v každém případě nemá za to, že navrhovatel prokázal, proč by byl nutný jiný právní základ než článek 292 SFEU.

53. Belgické království a Komise přednesly kromě písemných vyjádření také ústní vyjádření na jednání konaném dne 26. června 2017.

VI. Posouzení

54. Navrhovatel v kasačním opravném prostředku uvedl tři důvody. Mám za to, že je na místě se nejprve zabývat třetím důvodem kasačního opravného prostředku (jímž navrhovatel poukazuje na nesprávné právní posouzení ze strany Tribunálu, pokud jde o neexistenci právních účinků napadeného doporučení), a to v zásadě ze dvou důvodů. Zaprvé se jedná o základní kámen kasačního opravného prostředku k Soudnímu dvoru. Třetí důvod se rovněž dotýká ať tak či onak některých aspektů prvního důvodu. V takové věci, jako je projednávaná věc, jsou aspekty hmotněprávního posouzení do určité míry již spojeny s fází posouzení přípustnosti a prostupují jí. Zadruhé mám za to, že třetí důvod kasačního opravného prostředku navrhovatele je opodstatněný. Tribunál se skutečně dopustil nesprávného právního posouzení: použil nesprávný výklad účinků dotčeného doporučení a nesprávně posoudil otázku přípustnosti žaloby [29].

55. Doporučení je „typickým“ aktem unijního práva uvedeným v článku 288 SFEU. Oproti široké škále možných „atypických“ aktů unijních orgánů a institucí, tedy těch, které nejsou uvedeny v článku 288 SFEU, stanoví zmíněný článek charakteristiku doporučení – není závazné. V článku 263 prvním pododstavci SFEU je navíc jasně vyloučena možnost podání žaloby na neplatnost doporučení.

29 – Podle mého názoru je výklad právních účinků (nebo jejich neexistence) možného pramene unijního práva, jakým je doporučení, čistě právní otázkou, a podléhá tedy v plném rozsahu přezkumu v řízení o kasačním opravném prostředku. *Iura* (*ius mollis*) *novit Curia*.

56. Vzhledem k tomuto legislativnímu základu v primárním právu nelze patrně bez dalšího vztáhnout na tyto věci judikaturu vycházející z rozsudku AETR [30], jež se týká „atypických“ aktů. K možným žalobám na neplatnost doporučení lze tedy přistoupit dvěma způsoby. Zaprvé jde o přístup, kdy „*obsah převažuje nad formou*“ ve smyslu, že i u typických aktů je z hlediska přípustnosti žaloby na neplatnost rozhodující analýza podstaty sporného aktu. Pokud je určitý akt v rozporu se svým názvem něčím jiným, než o sobě tvrdí (například, nejde o „pravé“ doporučení), musí být přezkoumatelný, a to bez ohledu na svou napadnutelnost. Zadruhé je možný přístup, kdy „*forma určuje obsah*“, podle něhož je rýč rýčem, i kdyby snad měl nějaký zvláštní tvar. Ale protože a dokud je na něm napsáno „rýč“, je třeba jej takto pojímat a vykládat.

57. Toto stanovisko je strukturováno následujícím způsobem. V oddílu A je popsán prvně uvedený přístup: nejprve se vrátím ke kořenům kritéria stanoveného v rozsudku AETR (A.1) a poté obrátím pozornost k pozdější judikatuře a pojetí daného kritéria ze strany Tribunálu v projednávané věci (A.2). Poté vysvětlím, proč je v případě doporučení zmíněné kritérium z celé řady důvodů problematické (A.3), a následně navrhnu jeho úpravu (A.4). Následně doložím, jak by se takové přesněji vymezené kritérium použilo na dotčené doporučení (A.5).

58. V oddílu B nejprve popíšu druhý zmiňovaný přístup (B.1) a poté uvedu další argumenty, proč by podle mého názoru neměl Soudní dvůr tento přístup použít (B.2). Pokud by však Soudní dvůr přesto tuto cestu zvolil, navrhnu mu, aby alespoň vyjasnil některé důležité aspekty povahy a účinků doporučení (B.3).

A. Obsah převažuje nad formou

1. Rozsudek AETR

59. V první verzi článku 173 Smlouvy o EHS pocházející z roku 1957 (později článek 230 ES, nyní článek 263 SFEU) bylo uvedeno, že Soudním dvorem může být přezkoumána legalita „právních aktů Komise a Rady s výjimkou doporučení a stanovisek“. Nebylo v něm uvedeno pozitivní vymezení přezkoumatelných právních aktů. Příslušelo tedy Soudnímu dvoru, aby rozhodl, které akty lze přezkoumat: zda se jedná pouze o takové akty Komise či Rady, které byly výslovně uvedeny jako závazné v tehdejším článku 189 Smlouvy o EHS (nyní článek 288 SFEU), tedy nařízení, směrnice a rozhodnutí, nebo jde i o „atypické akty“ přijaté danými orgány, které však nejsou výslovně uvedeny ve Smlouvách.

60. V rozsudku AETR [31], jehož předmětem byl protokol ze zasedání Rady, které se týkalo sjednání a uzavření mezinárodní dohody, Soudní dvůr stanovil kritérium pro určení přípustnosti žaloby na neplatnost aktů unijních orgánů (dále jen „kritérium AETR“). Soudní dvůr uvedl, že podle článku 173 Smlouvy o EHS mezi „akty přezkoumatelné“ Soudním dvorem patří „každé opatření přijaté orgány, které směřuje k vyvolání právních účinků [....] Žaloba na [neplatnost] musí být dostupná v případě *všech opatření přijatých orgány, bez ohledu na jejich povahu a formu, která směřují k vyvolání právních účinků*.“ [32]

61. Původní kritérium AETR se tedy týkalo dvou aspektů: existuje unijní akt, který *směřuje k* vyvolání *právních* účinků?

30 – Rozsudek ze dne 31. března 1971, Komise v. Rada (22/70, EU:C:1971:32).

31 – Rozsudek ze dne 31. března 1971, Komise v. Rada (22/70, EU:C:1971:32).

32 – Body 39 a 42 uvedeného rozsudku (kurzivou zvýraznil autor stanoviska). Výraz „akty s právními účinky“ byl poté začleněn do článku 173 Smlouvy o EHS Maastrichtskou smlouvou.

62. V pozdější judikatuře Soudní dvůr použil uvedené kritérium na některé atypické akty, jako jsou interní pokyny či směrnice Komise [33], kodexy chování provádějící nařízení Rady [34], sdělení [35], informační sdělení [36] či dopisy [37].

63. Podíváme-li se podrobněji na uvedená rozhodnutí, není dané kritérium vždy formulováno přesně stejným způsobem. Mají však jedno společné: u všech takových atypických aktů Soudní dvůr jasně uvedl, že obsah unijního aktu převažuje nad jeho formou, pokud se rozhoduje o přípustnosti žaloby na neplatnost [38]. Vlastní název a forma aktu nejsou z hlediska jeho přezkoumatelnosti rozhodující.

2. Použití kritéria AETR Tribunálem v projednávané věci

64. Tribunál v napadeném usnesení uvedl, že „[z] ustálené judikatury vyplývá, že za napadnutelné akty ve smyslu článku 263 SFEU jsou považována všechna opatření přijímaná orgány v jakékoliv formě, jejichž účelem je vyvolat závazné právní účinky […] Naproti tomu všechny akty bez *závazných* právních účinků, jako jsou akty přípravné, akty potvrzující, akty čistě prováděcí, *jednoduchá doporučení* a stanoviska, jakož i v zásadě interní instrukce nepodléhají soudnímu přezkumu podle článku 263 SFEU […] Podle judikatury je pro posouzení způsobilosti aktu vyvolávat právní účinky, potažmo být předmětem žaloby na neplatnost podle článku 263 SFEU, potřebné zkoumat jeho znění a kontext […], jeho podstatu […], jakož i úmysl jeho autora“ [39].

65. Tribunál poté poprvé, alespoň pokud je mi známo, použil kritérium AETR na doporučení. Zabýval se přitom zněním, kontextem, podstatou a úmyslem autora. Rozhodl, že předmětné doporučení nemá závazné právní účinky pro jeho adresáty. Tribunál přitom připustil, že zásady stanovené v daném doporučení jsou velmi podrobné. Rozhodl nicméně, že nemají „závaznou“ povahu, jak vyplývá zejména ze znění většiny jazykových verzí doporučení, které jsou formulovány ve formě „výzvy“. Tribunál přikládal podstatně větší váhu znění daného doporučení než jiným faktorům a rozhodl proto, že je žaloba nepřípustná.

66. Souhrnem, rozhodující prvky analýzy napadeného doporučení ze strany Tribunálu spočívají tedy patrně v neexistenci *závazných právních* účinků předmětného doporučení, přičemž ta vychází z *úmyslu* Komise, jenž byl dovozen zejména z formy daného aktu a jeho znění.

3. Problematické aspekty kritéria AETR

67. Z pojetí a použití kritéria AETR tímto způsobem vyplývají některé problémy. Ty lze seskupit do dvou kategorií: zaprvé s daným kritériem, jeho logikou, podmínkami a jejich formulací jsou spojeny některé *vnitřní* problémy, které jsou snad ještě patrnější tehdy, je-li použito na doporučení. Zadruhé zde existují problémy, které lze označit jako *vnější*. Ty souvisejí s tím, že kritérium AETR, jež se postupem času fakticky zužuje, přestává sledovat vývoj normativního prostředí unijního práva. Ve světě, kdy jsou oproti roku 1971 používány stále častěji různé nástroje „soft law“, jež zároveň nabývají na významu, by podmínky aktivní legitimace a soudního přezkumu měly na takový vývoj reagovat.

33 – Viz rozsudky ze dne 9. října 1990, Francie v. Komise (C-366/88, EU:C:1990:348), a ze dne 6. dubna 2000, Španělsko v. Komise (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 – Viz rozsudek ze dne 13. listopadu 1991, Francie v. Komise, C-303/90, EU:C:1991:424).

35 – Viz rozsudky ze dne 16. června 1993, Francie v. Komise (C-325/91, EU:C:1993:245), a ze dne 20. března 1997, Francie v. Komise (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 – Viz rozsudek ze dne 1. prosince 2005, Itálie v. Komise (C-301/03, EU:C:2005:727), společně s vysvětlujícím stanoviskem generálního advokáta Jacobse (C-301/03, EU:C:2005:550, bod 70 a následující).

37 – Viz rozsudek ze dne 5. října 1999, Nizozemsko v. Komise (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 – Pokud jde o akty Vysokého úřadu, viz rozsudek ze dne 10. prosince 1957, Société des usines à tubes de la Sarre v. Vysoký úřad (spojené věci 1/57 a 14/57, EU:C:1957:13).

39 – Body 16 až 18 napadeného usnesení (kurzivou zvýraznil autor stanoviska).

a) Vnitřní problémy

68. V této souvislosti vyvstávají dva aspekty: *závazná* povaha unijního aktu, která je podmínkou přezkoumatelnosti jeho legality (1), a *úmysl* autora, co se týče jeho právních účinků (2).

1) Právní účinky, závaznost nebo závazné právní účinky?

69. V bodě 42 rozsudku AETR [40] se neodkazuje na *závazné* právní účinky aktů, nýbrž pouze jejich *právní* účinky. Totéž platí patrně u výrazů použitých v jiných jazykových verzích existujících v dané době [41].

70. K terminologickému posunu od pouhých právních účinků k „*závazným* právním účinkům“ došlo v pozdější judikatuře [42]. Tento trend patrně pokračuje i nadále, neboť Soudní dvůr nyní podmiňuje možnost soudního přezkumu unijních aktů tím, že mají *závazné* právní účinky [43].

71. Určitou váhu by tak mohlo mít tvrzení, že i přes použití výrazu „právní účinky“ měl Soudní dvůr v rozsudku AETR ve skutečnosti na mysli „závaznost“, tato hypotéza však není z hlediska typu dokumentu zkoumaného v uvedené věci (protokol ze zasedání Rady) zcela přesvědčivá. Mohla by se opírat zejména o znění článku 189 Smlouvy o EHS, v němž se tehdy rozlišovalo mezi závaznými akty (nařízení, směrnice a rozhodnutí) a nezávaznými akty (doporučení a stanoviska) [44]. I pokud tedy Soudní dvůr nevyložil článek 173 Smlouvy o EHS jasně ve světle pojmosloví zavedeného v článku 189 Smlouvy o EHS, je pravděpodobné, že posledně jmenované ustanovení mělo nicméně na formulaci daného kritéria určitý vliv.

72. Ať je tomu jakkoli, platí také, že až relativně nedávno začal Soudní dvůr patrně uplatňovat striktnější výklad oblasti působnosti článku 263 SFEU, když ji zúžil na akty, které mají *závazné* právní účinky a doplnil tak svým výkladem znění uvedeného ustanovení, které hovoří pouze o *právních* účincích (vůči třetím osobám). Při neexistenci jasného rozboru uvedeného rozdílu v judikatuře a zejména při neexistenci důkazů o vědomé volbě jedné z variant, lze však pochybovat o tom, zda Soudní dvůr skutečně zamýšlel používat striktnější a užší přístup. Je nicméně zjevné, že ze znění ani logiky rozsudku AETR nevyplývá, že by *právní* účinky musely být *závazné*.

73. Nejde přitom jen o hru se slovy. Výše uvedené má důležitý praktický dopad, jak je zjevné v projednávané věci. Co přesně představují *právní* účinky, je diskutabilní. Uvedený pojem je však zjevně dosti široký a zahrnuje všechny druhy dopadů na právní úpravu, její výklad a použití. Naproti tomu závazný účinek a *a fortiori* závazný *právní* účinek přestavuje mnohem užší kategorii.

74. *Závaznost* práva je tradičně spojována s donucením. V případě nesplnění může následovat vynucení a sankce. V takovém (čistě pozitivistickém [45]) vidění světa je existence sankce definičním prvkem závaznosti.

40 – Viz výše, poznámka pod čarou 31.

41 – Ve francouzštině „qui visent à produire des effets de droit“, v němčině „Rechtswirkungen zu erzeugen“, v italštině „che miri a produrre effetti giuridici“, v nizozemštině „die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen“.

42 – Například viz rozsudek ze dne 17. května 1989, Itálie v. Komise (151/88, EU:C:1989:201, bod 21). Rovněž viz rozsudek ze dne 5. října 1999, Nizozemsko v. Komise (C-308/95, EU:C:1999:477, bod 30). K použití pojmu „právní účinky“ však například viz rozsudek ze dne 1. prosince 2005, Itálie v. Komise (C-301/03, EU:C:2005:727, body 22 až 24).

43 – Viz rozsudky ze dne 13. října 2011, Deutsche Post a Německo v. Komise (spojené věci C-463/10 P a C-475/10 P, EU:C:2011:656, bod 36), a ze dne 13. února 2014, Maďarsko v. Komise (C-31/13 P, EU:C:2014:70, bod 54).

44 – Viz rozsudek ze dne 31. března 1971, Komise v. Rada (22/70, EU:C:1971:32, bod 39), ve světle stanoviska generálního advokáta Dutheilleta de Lamothe ve věci Komise v. Rada (22/70, nezveřejněno, EU:C:1971:23, s. 287), který uvedl, že „článek 173 a článek 189 tvoří nedílný celek“. Rovněž viz rozsudek ze dne 23. dubna 1986, Les Verts v. Parlament (294/83, EU:C:1986:166, bod 24).

45 – V tomto ohledu jde mnohem více o kelseniánskou než již zmiňovanou hartiánskou tradici, neboť posledně jmenovaný přístup je mnohem více „sociologický“. Hart uznává, že právní norma může být závazná nejen proto, že byla přijata podle nějakého sekundárního předpisu, který stanoví závaznost dané normy, nýbrž proto, že skupina osob přijímá danou normu jako standard svého chování, čímž vytváří společenský tlak na její plnění – viz Hart, H. L. A., The Concept of Law, 2. vydání (s dovětkem), Clarendon Press, Oxford, 1997, kapitoly V a VI.

75. Opustíme-li pole teoretické diskuse, je zcela zřejmé, že pokud bychom přijali kritérium *závazných právních* účinků, nepodléhala by přezkumu podle kritéria AETR – a tedy i podle čl. 263 odst. 1 SFEU – celá řada aktů, které mohou mít podstatné právní účinky na jednání svých adresátů, avšak nejsou v tradičním slova smyslu závazné, protože neobsahují mechanismus přímého či nepřímého donucení. Jak uvidíme později, jedná se i o případ doporučení dotčeného v projednávané věci.

2) Jakou úlohu hraje úmysl autora?

76. Zadruhé Tribunál nepoužil kritérium AETR z vnitřního hlediska jasně: jakou přesně hraje úlohu úmysl autora, máme-li určit, zda má určitý akt (závazné) právní účinky či nikoli?

77. Rozsudek AETR, stejně jako současné znění článku 263 SFEU, je založen na úmyslu autora. Použití minulého času (mělo vyvolat) by spíše naznačovalo, že relevantní je určení *minulého (historického) subjektivního* úmyslu autora v okamžiku přijetí dotyčného aktu. Takové pojetí by bylo patrně v souladu s obecnými pravidly použitelnými na žaloby na neplatnost. V řízení o takové žalobě musí být napadený unijní akt posouzen na základě skutečností a právního stavu existujícího v době přijetí napadeného aktu [46].

78. Pokud by se však v případě úmyslu autora aktu mělo vždy jednat o subjektivní, historický úmysl, pak by v praxi nebylo přezkoumatelné žádné doporučení. Posouzení povahy a účinků doporučení by rychle narazilo na mezeru v právní úpravě. Jelikož Komise neměla v úmyslu přijmout závazný právní předpis, byla zvolena forma doporučení. Jelikož Komise zvolila formu doporučení, jejím subjektivním úmyslem zjevně bylo přijmout nezávazný akt. Vzhledem k takovému úmyslu, který v zásadě dokládá volba formy daného nástroje, nemůže být takový dokument nikdy závazný, a to bez ohledu na jeho obsah a znění, protože Komise neměla v úmyslu přijmout závaznou právní úpravu.

79. Volba formy nástroje takto vždy předurčí kontext a účel aktu, které pak patrně převáží jakýkoli jeho obsah či znění.

b) Vnější problémy

80. Kromě těchto logických problémů, které nevyhnutelně vyplývají z formulace kritéria AETR použité Tribunálem pro doporučení, vyvstávají v tomto směru patrně širší, a to vnější problémy. Dva z nich zmíním v tomto oddíle: zaprvé vznikají různé formy „soft law“, které striktně řečeno nejsou závazné, ale zároveň vyvolávají právní účinky (1). Zadruhé doporučení budou v praxi vyvolávat celou řadu právních účinků, často podstatných, a to jednak na unijní a jednak na vnitrostátní úrovni (2).

1) Vzestup „soft law“

81. (Nejen) v unijním právu existuje celá řada nástrojů, používaných pod různými názvy a v různých formách (směrnice, sdělení, kodexy jednání, oznámení, doporučení, stanoviska, meziinstitucionální dohody, závěry, vyjádření, usnesení a podobně), které se označují jako nástroje „soft law“. Takové nástroje lze přijmout v jakékoli oblasti ve všech možných fázích procesu rozhodování, ať už jde o raná jednání mezi zainteresovanými osobami nebo o pozdější provádění legislativních aktů. Takové nástroje mohou být stejně tak pre-legislativní jako post-legislativní.

46 – Například viz rozsudek ze dne 7. února 1979, Francie v Komise (spojené věci 15/76 a 16/76, EU:C:1979:29, bod 7), a ze dne 29. dubna 2004, Německo v. Komise (C-277/00, EU:C:2004:238, bod 39).

82. Obecná shoda panuje patrně u dvou prvků jinak velmi odlišných pojetí nástrojů „soft law“: zaprvé nástroje „soft law“ nezapadají snadno do binárního, černobílého rozlišení mezi závaznými a nezávaznými právními účinky. Zadruhé v posledním desetiletí či dvou je patrný nástup takových nástrojů, které se používají častěji než dříve [47].

83. Otázka šíření „soft law“ a (absence) soudního přezkumu takových nástrojů se tak stala předmětem pozornosti nejen akademické literatury [48], ale také orgánů Evropské unie [49].

84. Vyšší soudy některých členských států se rovněž v posledních letech zaměřily na tentýž fenomén na vnitrostátní úrovni. Otevřely přitom soudní přezkum tak, aby zahrnoval i akty, které nejsou striktně řečeno závazné, a v zásadě tak spojily kritéria přípustnosti žalob na neplatnost s právem na účinnou soudní ochranu [50]. Jedná se například o situaci, kdy adresáti určitého sporného aktu považují daný akt za závazný s ohledem na určitý soubor jeho prvků, zejména proto, že obsahuje určité pobídky [51], nebo situaci, kdy má autor aktu pravomoc ukládat sankce [52], nebo kdy může mít daný akt závažné účinky pro svého adresáta [53]. Totéž a ve skutečnosti mnohem více, platí pro soudy v oblasti common law, které jsou tradičně daleko vstřícnější k možnosti soudního přezkumu nezávazných aktů než jejich kontinentální protějšky. Například v Irsku soudy zajišťují ochranu základních práv i tehdy, když sporný akt není závazný a nemá konkrétní účinky na práva a povinnosti adresátů [54].

85. V tomto ohledu stojí konečně za zmínku pojetí a praxe francouzského Conseil d'Etat. Zmíněný soud zaprvé „zmapoval situaci“ ve své komplexní zprávě, v níž se mimo jiné pokusil vymezit pojem „soft law“ [55]. Zadruhé na uvedenou studii navázal v loňském roce, kdy stanovil nové soudní kritérium zaměřené na hospodářské účinky a existenci podstatného vlivu na jednání adresátů určitého nástroje [56].

47 – Soudě podle množství akademické literatury a pozornosti věnované tomuto tématu.

48 – Obecně k „soft law“ v kontextu Evropské unie, například viz Wellens, K. C. a Borchardt, G. M., „Soft Law in European Community law“, *European Law Review* 14, 1989, s. 267; Klabbers, J., „Informal Instruments before the European Court of Justice“, *Common Market Law Review* 31, 1994, s. 997; Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004; Schwarze, J., „Soft Law im Recht der Europäischen Union“, *Europarecht*, 2011, p. 3; Scott, J., „In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law“, *Common Market Law Review* 48, 2011, s. 329; Knauff, M., „Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens“, *Europarecht*, 2011, s. 735; Stefan, O., *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013; Bertrand, B., „Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne“, *Revue de l'Union européenne*, 2014, s. 73.

49 – Zejména viz studii Evropského parlamentu „Checks and Balances of soft EU rule-making“ („*Kontrola a vyvažování při tvorbě unijních norem ‚soft law‘* “), Generální ředitelství pro vnitřní politiky, tematické oddělení C, Občanská práva a ústavní záležitosti, 2012 (PE 462.433), zejména s. 54 až 58.

50 – Například rozsudek německého Bundesverwaltungsgericht ze dne 15. listopadu 2010 – 19 BV 10.871 (pokud jde o správní oběžníky, kterými se stanoví emisní normy v záležitostech životního prostředí).

51 – Viz rozhodnutí švédského Nejvyššího správního soudu ze dne 24. května 1996, věc 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 – Například, pokud jde o správní oběžníky, viz rozsudek belgického Conseil d'Etat č. 237/674 ze dne 16. března 2017; rovněž, pokud jde o stanoviska (prises de position) nebo zprávy vydané nezávislými správními orgány, jež mají pravomoc udělovat sankce, viz rozsudky francouzského Conseil d'Etat ze dne 17. listopadu 2010, Syndicat français des ostéopathes, č. 332 771, a ze dne 11. října 2012, Société Casino Guichard-Perrachon, č. 357193.

53 – Například ve Švédsku mohou veřejné i soukromé subjekty napadnout legalitu správního aktu, mají-li za to, že je závazný a že postupovaly v souladu s ním (Nejvyšší správní soud, 10. února 2004, věc 2696-03 (RA 2004 ref 8), pokud jde o „informace“, jež mohou mít reálné účinky na osobní a hospodářskou situaci adresáta).

54 – Například, pokud jde o žalobu proti zprávě vydané správním orgánem v rámci územního řízení, viz High Court, De Burca v. Wicklow County Manager (2009) IEHE 54; rovněž, pokud jde o směrnice irského Competition Authority (orgán na ochranu hospodářské soutěže), viz High Court, Law Society of Ireland v. Competition Authority (2006) 2 IR 262.

55 – Ve své výroční zprávě z roku 2013 vymezil „soft law“ jako soubor nástrojů, které splňují následující tři kritéria: 1) jejich cílem musí být změnit nebo řídit jednání jejich adresátů a motivovat tak k jejich splnění; 2) nezakládají samy o sobě práva či povinnosti adresátů; 3) svým obsahem a systematikou představují určitou míru formalizace a struktury, která je přibližuje k právním normám (Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 – Le droit souple*, La Documentation française, 2013, s. 61 až 63).

56 – Conseil d'Etat, rozsudky ze dne 21. března 2016, Numericable, č. 390023, a ze dne 21. března 2016, Société Fairvesta International GmbH, č. 368082, pokud jde o „prise de position“ francouzského orgánu pro hospodářskou soutěž a tiskové zprávy francouzského orgánu pro finanční trhy.

86. I přes uvedenou diverzitu, jak na vnitrostátní, tak na unijní úrovni, vykazují patrně různé nástroje „soft law“ tentýž klíčový aspekt: nejsou *závazné* v tradičním smyslu. Představují *nedokonalou* normu: na jedné straně mají zjevně normativní ambici 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“.

2) Doporučení: nezávazná, ale s právními účinky

87. Doporučení obecně odpovídají výše uvedenému popisu. Ve Smlouvách jsou doporučení formulována jen negativně: nejsou závazná (článek 288 SFEU). Kromě toho je jejich použití v praxi rozmanité [57]. Obsahují zpravidla výzvu k nějakému jednání nebo uplatňování určité strategie, či pravidla, která jejich autor či autoři považují za vhodná k dosažení sledovaného cíle.

88. Ačkoli jsou však doporučení jasně označena jako nezávazná, mohou nicméně vyvolávat podstatné právní účinky, a to ve smyslu nabádání k určitému jednání nebo změny normativní reality. Budou mít pravděpodobně dopad na práva a povinnosti svých adresátů a třetích osob. V tomto oddíle uvedu namátkou některé takové účinky, a to na dvou odlišných, ale navzájem propojených úrovních: i) na úrovni Evropské unie a ii) na úrovni členských států.

i) Úroveň Evropské unie

89. Na úrovni Evropské unie stojí za zmínku tři druhy právních účinků doporučení: i) možnost dovolávat se daného dokumentu a legitimní očekávání; ii) výkladová úloha doporučení a iii) možnost formou doporučení vytvořit paralelní soubor pravidel, která předurčují legislativní proces, a mají tudíž vliv na institucionální rovnováhu.

90. Zaprvé, přijme-li orgán Evropské unie doporučení k tomu, jakým způsobem mají jiné subjekty jednat, lze patrně mít za to, že se daný orgán bude daným doporučením řídit i ve vlastním postupu a jednání. Z tohoto hlediska vzniká legitimní očekávání, které v zásadě odpovídá jiným druhům „soft law“, jež přijímají orgány či instituce Evropské unie a jež jsou vnímány jako (vlastní) omezení budoucího výkonu jejich posuzovací pravomoci [58].

91. Zadruhé je pravděpodobné, že doporučení budou použita při právním výkladu, zejména výkladu neurčitých právních pojmů obsažených v závazné právní úpravě. To platí zejména (ale rozhodně ne výlučně) v případě post-legislativních doporučení, která nejsou přijímána jen na základě článku 292 SFEU, nýbrž na základě sekundárního právního předpisu, a to právě za účelem vymezení právních pojmů v něm stanovených. Stejnou funkci však mohou plnit i pre-legislativní doporučení, a to pokud jde buď o neurčité právní pojmy použité ve Smlouvách, nebo za účelem výkladu jiného právního nástroje, který se překrývá s daným doporučením *ratione materiae*. Tímto způsobem mohou oba druhy doporučení doplňovat závaznou právní úpravu.

57 – K již klasickému popisu, například viz Morand, C., „Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire“, *Cahiers de droit européen*, 1970, s. 523; Soldatos, P., Vandersanden, G., „La recommendation, source indirecte du rapprochement des legislations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne“, in De Ripainsel-Landy, D. et al., *„Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne“*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976, s. 94.

58 – Viz rozsudky ze dne 29. září 2011, Arkema v. Komise (C-520/09 P, EU:C:2011:619, bod 88), a ze dne 28. června 2005, Dansk Rørindustri a další v. Komise (spojené věci C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P až C-208/02 P a C-213/02 P, EU:C:2005:408, body 209 až 211). Avšak pokud jde o jemněji vymezený postup v případě oznámení v oblasti práva hospodářské soutěže, viz rozsudek ze dne 13. prosince 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, bod 29).

92. Zatřetí v rozsudku Grimaldi Soudní dvůr již vysvětlil, za jakých okolností lze doporučení přijmout: „obecně je přijímají orgány Společenství v případech, kdy nemají podle Smlouvy pravomoc přijmout závazné akty nebo kdy mají za to, že není na místě přijmout imperativnější normy“ [59].

93. To, co lze patrně považovat za nejsilnější stránku doporučení, může zároveň být i jejich největším rizikem. Mohou totiž být používána jako více než jen pouhé nástroje prosazování politik, jež jsou politicky (absence konsensu) nebo právně (absence konkrétních pravomocí) neprůchodné. Lze je rovněž používat jako nástroj k obcházení legislativních postupů.

94. Tím jsou předurčeny dvě věci – jedna krátkodobě a jedna dlouhodobě. Bezprostřední problém spojený s obcházením ostatních orgánů, jež se běžně účastní legislativního procesu, již byl identifikován i rozebrán [60]. Je tedy zřejmé, že doporučení může mít vliv na institucionální rovnováhu [61] a také na dělbu moci v rámci Evropské unie. Pokud by však byla doporučení vyňata z přezkumu legality pouze z toho důvodu, že nejsou závazná, nemohla by být nikdy dodržena zásada institucionální rovnováhy [62].

95. Existuje však jiný problém, který bude patrně relevantní zejména u pre-legislativních doporučení: schopnost formulovat normy před zahájením vlastního legislativního procesu, která může dokonce jednostranně předurčovat daný legislativní proces. Je nesporné, že doporučení má nabádat jeho adresáty ke splnění. Bude-li v tomto směru alespoň částečně úspěšné, bude se jím do budoucna formovat celá škála představitelných (přijatelných) normativních řešení. Pokud některé unijní orgány či členské státy splní relevantní požadavky už na základě doporučení, budou tyto subjekty v případném pozdějším legislativním procesu logicky prosazovat legislativní řešení, které již přijaly. Dnešní „soft law“ se tak stává budoucím „hard law“.

ii) Úroveň členských států

96. Na úrovni členských států mají doporučení přinejmenším tři druhy právních účinků. Jejich přesný dosah bude záviset na tom, jak dalece bude v případě doporučení prosazována zásada loajální spolupráce.

97. Prvním a hlavním druhem povinností, která ohledně doporučení zatím formuloval Soudní dvůr, je povinnost vnitrostátních soudů doporučení zohlednit při výkladu vnitrostátních právních předpisů, které taková ustanovení provádějí. Je vcelku zřejmé, že doporučení nemohou sama o sobě zakládat práva, jichž by se mohli jednotlivci dovolávat u vnitrostátního soudu [63]. V rozsudku Grimaldi však Soudní dvůr doplnil, že zároveň „nelze mít za to, že doporučení nemají právní účinky. Vnitrostátní soudy jsou povinny doporučení zohlednit při rozhodování ve sporech, které jim budou předloženy, zejména tehdy, pokud objasňují vnitrostátní akty přijaté k jejich provedení nebo je-li jejich účelem provést závazná ustanovení aktů Společenství“ [64].

59 – Rozsudek ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, bod 13).

60 – Tento problematický rozměr „soft law“ je zdůrazněn v iniciativě ke „zlepšení tvorby právních předpisů“. Viz zejména rámcovou dohodu o vztazích mezi Evropským parlamentem a Evropskou komisí (Úř. věst. 2010, L 304, s. 47). V bodě 43 je uvedeno zejména: „V oblastech, kdy je do legislativního procesu obvykle zapojen Parlament, Komise uplatní ve vhodných případech a na základě řádného odůvodnění právně nevynutitelné předpisy (soft law) poté, co dala Parlamentu možnost vyjádřit svůj názor. Komise Parlamentu podrobně vysvětlí, jak byly jeho názory zohledněny při přijímání návrhů Komise.“

61 – Na tomto místě lze připomenout, že v rozsudku ze dne 23. dubna 1986, Les Verts v. Parlament (294/83, EU:C:1986:166, bod 25) Soudní dvůr vycházel také ze zásady svěřených pravomocí a institucionální rovnováhy.

62 – To je ostatně argument vznesený navrhovatelem v druhém důvodu kasačního opravného prostředku. Z určitého hlediska platí, že pokud by přípustnost žaloby na neplatnost byla podmíněna existencí závazných právních účinků (a nikoli jen právních účinků), nebylo by možné zajistit, aby autor napadeného aktu postupoval v rámci svých pravomocí. Vzniká tedy otázka, zda nástroje „soft law“, včetně doporučení, lze přijímat pouze v rámci pravomocí přiznaných Evropské unii a dotyčnému orgánu či nikoli. Zde na nás však již dolehne lehký závan Hlavy XXII, neboť jelikož neexistují závazné právní účinky, není přípustné jejich přezkoumání na základě žaloby na neplatnost.

63 – Rozsudek ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, bod 16). Rovněž viz rozsudky ze dne 21. ledna 1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, bod 18); ze dne 11. září 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, bod 41), a ze dne 18. března 2010, Alassini a další (spojené věci C-317/08 až C-320/08, EU:C:2010:146, bod 40).

64 – Rozsudek ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, bod 18).

98. Je třeba poznamenat, že Soudní dvůr doposud uznával takové *výkladové právní účinky* jen v případě doporučení, čímž je vydělil z okruhu nezávazných aktů Evropské unie [65].

99. Co přesně se však rozumí *povinností zohlednit*? V tomto ohledu existuje celá škála možných výkladů. Krajní možností by byla případná povinnost konformního výkladu vycházející z rozsudku Von Colson [66]. Soudní dvůr s ohledem na formulaci zvolenou ve zmíněném rozsudku patrně neměl v úmyslu jít tak daleko, aby uložil vnitrostátním soudům povinnost vykládat vnitrostátní právní úpravu v souladu s doporučeními [67]. Opačnou imaginární krajností by byla situace, kdy by slovo „zohlednit" mohlo znamenat i „zvážit" a následně zcela opomenout.

100. Teoreticky může existovat i střední cesta: vnitrostátní orgán by byl alespoň *povinen uvést důvody* pro odchýlení od doporučení, aniž by měl striktní povinnost ke konformnímu výkladu vnitrostátního práva. Tato možnost byla v minulosti navržena ohledně jiného typu „soft law" [68]. Je pochopitelné, proč by se taková, zdánlivě střední cesta mohla jevit atraktivní: ačkoli Soudní dvůr zatím uložil obdobnou povinnost jen samotnému autorovi pravidel chování stanovených ve vnitřních opatřeních či směrnicích, jež mají účinky navenek [69], nelze vyloučit, že by se tato judikatura mohla použít stejným způsobem i na doporučení, která jsou patrně pokročilejší a přesnější formou „soft law", neboť představují jeden z „typických" aktů zmíněných v článku 288 SFEU a musí být zohledněna vnitrostátními soudy [70].

101. Proč je taková varianta střední cestou jen zdánlivě? Je tomu tak z prostého důvodu, že povinnost uvést důvody, proč se soudce odchýlil od určitého pramene práva, nutně znamená, že takový pramen práva je *závazný*. Odůvodnit je soudce povinen jen odchylku od *kogentních* norem [71]. Pokud by tedy „povinnost zohlednit" byla vykládána v tom smyslu, že ukládá vnitrostátním soudcům odůvodnit a vysvětlit, proč se neřídili určitým doporučením, znamenalo by to také *eo ipso*, že taková doporučení mají nejen „určité právní účinky", ale jsou ve skutečnosti závazná.

102. Zadruhé, jaké povinnosti mají přesně vnitrostátní orgány ve vztahu k doporučením? Znění čl. 4 odst. 3 SEU, který stanoví povinnost loajální spolupráce v rámci Evropské unie, je bezpochyby velmi komplexní a potenciálně dalekosáhlé. Lze mít za to, že jelikož uvedené ustanovení zmiňuje pouze „závazky" a jelikož doporučení podle článku 288 SFEU „nejsou závazná", nemohou z podstaty věci stanovit žádné závazky, a nespadají proto vůbec do oblasti působnosti čl. 4 odst. 3 SEU.

103. Nemám za to, že by uvedený výklad čl. 4 odst. 3 SEU věrně odrážel způsob, jímž Soudní dvůr už po nějakou dobu přistupuje k výkladu uvedeného ustanovení. Povinnost loajální spolupráce je uplatňována spíše na úrovni zásad, a ne vždy se zaměřením na konkrétní ustanovení či právní povinnost [72].

65 – Soudní dvůr zejména odmítl uznat právní účinky oznámení Komise (rozsudek ze dne 13. prosince 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, bod 31).

66 – Rozsudek ze dne 10. dubna 1984, von Colson a Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 – Judikatura postupně odvozená a konsolidovaná například v rozsudcích ze dne 5. října 2004, Pfeiffer a další (spojené věci C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, body 114 až 115); ze dne 4. července 2006, Adeneler a další (C-212/04, EU:C:2006:443, body 108 až 109), a ze dne 15. dubna 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, body 99 až 101).

68 – Viz stanovisko generální advokátky J. Kokott ve věci Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, body 38 až 39), kde generální advokátka uvedla, že vnitrostátní orgány a soudy musí náležitě zohlednit oznámení Komise týkající se hospodářské soutěže. V dané věci byla součástí uvedené povinnosti zejména skutečnost, že se takové orgány a soudy musí zabývat názorem Komise uvedeným v takovém oznámení, pokud jde o výraznost omezení hospodářské soutěže, a *pro případné odchýlení uvést soudně přezkoumatelné důvody*.

69 – Viz rozsudky ze dne 28. června 2005, Dansk Rørindustri a další v. Komise (spojené věci C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P až C-208/02 P a C-213/02 P, EU:C:2005:408, body 209 až 211), a ze dne 29. září 2011, Arkema v. Komise (C-520/09 P, EU:C:2011:619, bod 88).

70 – Viz rozsudek ze dne 13. prosince 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, bod 26).

71 – Oproti přípustným či přesvědčivým pramenům – například viz Peczenik, A. *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, s. 319 a následující.

72 – Obdobně, pokud jde o způsob, jímž je povinnost loajální spolupráce uplatňována ke stanovení povinností souvisejících s přímým účinkem, odpovědnost členského státu za porušení unijního práva či ukládání sankcí, příkladmo viz rozsudky ze dne 16. prosince 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, bod 12); ze dne 2. února 1977, Amsterdam Bulb (50/76, EU:C:1977:13, bod 32), a ze dne 19. listopadu 1991, Francovich a další (spojené věci C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428, bod 36).

104. I kdybychom měli za to, že neexistuje žádná *pozitivní* povinnost provést určité doporučení, lze totéž říci i o možných „mírnějších“ povinnostech členských států, jako je zohlednit doporučení při přijetí právní úpravy v dané oblasti? Tento účinek je možná patrnější u post-legislativních doporučení, která jsou používána ke zpřesnění právních pojmů obsažených v závazných právních předpisech. Nelze očekávat, že členský stát při provádění určitého unijního předpisu, k němuž je takové post-legislativní doporučení „připojeno“, provede daný předpis způsobem, jenž je dále vyjasněn v daném doporučení? Pokud ne, k čemu tedy vlastně takové doporučení je? Pokud ano, lze jen těžko zpochybnit významné a reálné právní účinky doporučení.

105. Lze však dozajista tvrdit, že zde neexistuje žádná povinnost k provedení, neboť nejsou stanoveny žádné zvláštní a samostatné sankce za nesplnění takové povinnosti. I pokud bychom ponechali stranou poněkud formalistické pojetí pojmu „přímé“ sankce jako klíčového a vymezujícího aspektu *závaznosti*[73], jak je tomu u možných *negativních* povinností příslušejících členským státům v souvislosti s doporučeními? Na tomto místě se jedná nepochybně o dohady, a nikoli o součást platného práva, avšak pokud by se blokační účinek směrnic použil na období před uplynutím lhůty pro jejich provedení do vnitrostátního práva a pokud by členské státy během této doby nemohly přijmout akt, jenž by mohl vážně ohrozit výsledek zamýšlený danou směrnicí[74], neplatila by tatáž logika i pro doporučení?

106. Zatřetí a konečně, jaké druhy právních účinků může doporučení vyvolávat v rámci vnitrostátních pravidel a postupů? Soudní dvůr v rozsudku Grimaldi vyjasnil, že je přípustná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se výkladu doporučení[75]. Otázkou zůstává, zda může vnitrostátní soud požádat Soudní dvůr o posouzení platnosti doporučení. Pokud je mi známo, taková situace zatím nikdy nenastala, ale v rozsudku Grimaldi Soudní dvůr patrně potvrdil, že taková žádost by byla možná[76].

107. Soudní dvůr tedy patrně jasně předvídal možnost, že doporučení vyvolá právní účinky na vnitrostátní úrovni. Konec konců, má být v členských státech vzato v úvahu, ať už to znamená cokoli. Lze doplnit, že Soudní dvůr ve své judikatuře uznal a v rámci řízení o předběžné otázce fakticky i přezkoumal několik nezávazných unijních aktů, které měly dopady na vnitrostátní úrovni, včetně nedávné tiskové zprávy Evropské centrální banky[77].

108. Doporučení, stejně jako jiné akty unijního práva, které mají zdánlivě nezávaznou povahu, mohou tedy být předmětem žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, a to ta týkající se jak výkladu, tak platnosti. Mám za to, že v rámci komplexního systému právní ochrany tomu jen těžko může být jinak[78]. Účelem doporučení je nabádat k jeho splnění. Představme si členský stát, který v dobré víře a v duchu loajální spolupráce provedl určité doporučení do svého vnitrostátního práva. Vnitrostátním legislativním aktem takový členský stát uložil jednotlivcům povinnosti na vnitrostátní úrovni. Nyní, pokud je takový vnitrostátní právní předpis napaden u vnitrostátního soudu, by bylo poněkud zvláštní,

73 – Jak již bylo naznačeno výše (v poznámce pod čarou 45), takový úzký pohled nepřevažuje ani v různých pramenech pozitivistické teorie práva. Kromě toho je takové pojetí značně vzdáleno tomu, jak budou „nezávazná přání“ vyjádřená *jedním a tímtéž* orgánem, který může zítra vydat závazný právní předpis a stanovit sankce ve stejné či související oblasti, chápána a vnímána jejich adresáty. Na rozdíl od přímých sankcí mohou tedy existovat i sankce *nepřímé*, a to rozhodně v případech, kdy na obou stranách stojí opakovaně tytéž subjekty (jeden a tentýž orgán a stejná skupina adresátů). Lze připomenout, že podobná úvaha vedla některé vyšší vnitrostátní soudy k tomu, aby připustily soudní přezkum „nezávazných“ aktů vydaných orgány takového druhu (viz výše, poznámka pod čarou 52).

74 – Počínaje rozsudkem ze dne 18. prosince 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

75 – „Podle ustálené judikatury skutečnost, že akt práva Společenství nemá závazné účinky, nebrání Soudnímu dvoru, aby rozhodl o jeho výkladu v řízení o předběžné otázce podle článku 177“ [rozsudky ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, bod 9), a ze dne 21. ledna 1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, bod 18 a citovaná judikatura)].

76 – „[…] na rozdíl od článku 173 Smlouvy o EHS, který vylučuje přezkoumání aktů, které mají povahu doporučení, Soudním dvorem, článek 177 svěřuje Soudnímu dvoru pravomoc *rozhodnout o* předběžné otázce týkající se *platnosti* a výkladu *všech* aktů orgánů Společenství *bez výjimky*“ – rozsudek ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, bod 8) – kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

77 – Rozsudek ze dne 16. června 2015, Gauweiler a další (C-62/14, EU:C:2015:400). Soudní dvůr se nezabýval přípustností žaloby proti tiskové zprávě jako takové. Avšak viz stanovisko generálního advokáta Cruze Villalóna ve věci Gauweiler a další (C-62/14, EU:C:2015:7, bod 70 a následující).

78 – Například viz rozsudky ze dne 23. dubna 1986, Les Verts v. Parlament (294/83, EU:C:1986:166, bod 23), a ze dne 28. března 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, bod 66).

kdyby nebyl připuštěn přezkum hmotněprávního základu daného vnitrostátního právního předpisu, tedy v tomto případě doporučení Evropské unie[79], a to na základě dosti formalistického odůvodnění, že dané povinnosti byly stanoveny vnitrostátní právní úpravou, a nikoli nástrojem unijního práva a že tak členský stát učinil z vlastní vůle.

4. Zpátky ke kořenům: rozsudek AETR a právní účinky

109. Podrobný rozbor uvedený v předchozím oddíle sledoval dvojí účel: zaprvé nastínit problémy, které jsou spojeny s kritériem AETR (jak bylo postupně modifikováno), je-li toto kritérium použito na doporučení (ale podle mého názoru také mnohem šířeji při použití na jiné nástroje „soft law"), a zadruhé poukázat na to, že ačkoli doporučení nejsou patrně závazná v tradičním a dosti úzkém slova smyslu, mohou nicméně vyvolávat významné právní účinky, jak na úrovni Evropské unie, tak na vnitrostátní úrovni.

110. Mám tedy za to, že kritérium AETR, jak je použil Tribunál, je nutné určitým způsobem upravit. Můj návrh je v tomto směru jednoduchý: předmětné kritérium by mělo být vráceno zpět ke kořenům, tedy k rozsudku AETR, a rovněž ke znění čl. 263 odst. 1 SFEU. Oba tyto prameny odkazují na „právní účinky", nikoli „závazné právní účinky". Stejně jako u řečiště řeky, tak také u judikatury, je třeba občas vyčistit hlavní tok od (verbálních) náplav, které se v průběhu let nahromadily v takovém množství, že směr práva nelze určit.

111. Taková úprava není až takovou revolucí, jak by se na první pohled mohlo zdát. Základ kritéria pro posouzení, zda unijní právní akt vyvolává právní účinky vůči svým adresátům a třetím osobám či nikoli, by zůstal beze změny: zabývat se je třeba zněním, kontextem a účelem sporného aktu. Je však nutné vyjasnit dvě věci ohledně způsobu použití zmíněného kritéria: zaprvé je třeba posoudit pouze existenci právních účinků, nikoli závazných právních účinků. Zadruhé v rámci daného kritéria je třeba klást důraz na obsah a kontext předmětného aktu, nikoli na pouhé znění.

112. Jak již bylo vysvětleno v předchozím oddíle, dichotomie závazných a nezávazných právních účinků nemá u nástrojů „soft law" příliš velký analytický význam. Je-li podmínkou existence závazných účinků mechanismus přímého vynucení a donucení, pak z podstaty věci nebude „soft law" nikdy závazné, a to bez ohledu na ustanovení, jež obsahuje.

113. Posouzení schopnosti vyvolat právní účinky, tedy mít dopad na právní situaci adresátů, by namísto toho mělo být zaměřeno na jinou otázku: jsem jako přiměřeně uvažující adresát určitého doporučení nebo obecně nástroje „soft law", schopen z jeho obsahu, cíle, systematiky a obecného kontextu dovodit, že se ode mě něco očekává? Je pravděpodobné, že upravím své chování, nebo je pravděpodobné, že daný akt ovlivní mé právní postavení?

114. Dále v rámci třech klasických aspektů jakéhokoli právního výkladu, tedy znění, kontextu a účelu, by při posouzení doporučení nebo jiných nástrojů „soft law" nemělo znění (zejména označení a verbální forma) aktu převážit nad jeho obsahem, kontextem a účelem. Znění by v kontextu přípustnosti mělo být ze své podstaty dokonce druhořadé oproti hmotněprávním aspektům daného aktu. Jinak by formulace ve formě „výzvy" nezbytně vedla k vyloučení ze soudního přezkumu. Ve skutečnosti by tak uvedená forma převážila nad obsahem a přezkum by se nemohl nikdy vztahovat na žádná doporučení používající výrazivo „pobídky". Větší důraz by tedy měl být patrně kladen na logiku, obsah, kontext a účel.

79 – Zejména ve věcech, kdy vnitrostátní žaloba směřující proti provedení do vnitrostátního práva pouze odráží tentýž možný problém spojený se samotným doporučením – v tomto ohledu obdobně viz rozsudek ze dne 22. června 2010, Melki a Abdeli (spojené věci C-188/10 a C-189/10, EU:C:2010:363, body 54 a 55).

115. V rámci takového posouzení kontextu a účelu jsou z hlediska určení, zda unijní akt může vyvolávat právní účinky a lze přiměřeně očekávat jeho splnění, patrně relevantní tři faktory.

116. Prvním faktorem, který je třeba vzít v úvahu, je míra *formalizace* (má unijní akt formu právního aktu?) a *konečnosti* aktu (byl přijat na konci, jako vyústění jednání či obecně v procesu tvorby „soft law"?). Jinými slovy, spojíme-li oba výše uvedené aspekty, otázka bude znít: zdá se daný unijní akt být konečným právním předpisem?

117. Pokud jde o formát napadnutelného aktu, má-li se mít přiměřeně za to, že akt vyvolává právní účinky, musí mít podobu právního textu. V tomto ohledu bude mít akt podobu právního aktu například, pokud je rozdělen na články nebo aspoň oddíly, je zveřejněný v Úředním věstníku (určitě v řadě L, kde mají být zveřejněny právní předpisy).

118. Pokud jde o konečnost, v tomto ohledu patrně nevyhoví přípravné akty. Tato logika platí již pro přípravné akty v rámci procesu rozhodování v Evropské unii[80]. Totéž by mělo platit *a fortiori* také pro procesy tvorby „soft law". Takové vyloučení přípravných aktů ze soudního přezkumu je patrně o to důležitější v rámci „soft law", kdy může během procesu vyjednávání dojít k přijetí několika aktů.

119. Druhý zmiňovaný faktor se týká kontextu a obecného účelu sporného aktu: jak přesně jsou v něm vymezeny „povinnosti"? Jaký obecný cíl akt sleduje? Čím obecnější a abstraktnější jsou unijní akty, tím méně je pravděpodobné, že budou adresáty nabádat ke splnění konkrétních požadavků v nich obsažených. Pokud však unijní akt obsahuje nějaké konkrétní a přesně stanovené závazky, je takový aspekt dozajista relevantní. Kromě toho, pokud znění aktu sleduje jasný harmonizační účel, je ještě pravděpodobnější, že bude vyvolávat právní účinky.

120. Třetí z výše uvedených faktorů se týká vynucení. Obsahuje dotčený akt nějaké jasné a konkrétní mechanismy splnění, vynucení či ukládání sankcí? Nejde samozřejmě jen o mechanismus *přímého* vynucení, který zde patrně nebude přítomen, ale o mechanismy *nepřímého* vynucení, jak strukturální, tak institucionální.

121. Mezi *strukturální* mechanismy plnění předmětného aktu mohou patřit různé nepřímé mechanismy, jako je podávání zpráv, oznámení, sledování a dohled. Relevantní může být také tlak ze strany veřejnosti, například na základě zveřejňování výsledků činnosti, zpráv s veřejným označením dotčených osob a podobně.

122. Význam má ale i *institucionální* prvek: která instituce přijala dotčený nástroj? Jedná se o stejnou instituci, jež může v souvisejících, nebo dokonce stejných oblastech právní úpravy ukládat sankce stejným adresátům[81]? Je-li tomu skutečně tak, pak je pravděpodobné, že sporný akt bude ve skutečnosti nabádat k jeho plnění.

5. Použití předmětného kritéria v projednávané věci

123. Nahlédnu-li na napadené doporučení výše uvedeným prismatem, musím dojít k závěru, že celkově jde dané doporučení podstatně nad rámec toho, co lze očekávat od dokumentu, který pouze doporučuje určité *zásady*. V tomto konkrétním případě lze skutečně argumentovat tím, že dané doporučení musí vyvolávat právní účinky a že přiměřeně uvažující adresáti patrně upraví své chování tak, aby mu, přinejmenším částečně, vyhověli.

80 – Rozsudek ze dne 12. září 2006, Reynolds Tobacco a další v. Komise (C-131/03 P, EU:C:2006:541, bod 55 a citovaná judikatura).

81 – Viz výše, poznámka pod čarou 73.

124. Má-li obsah převážit nad formálním označením aktu, pokud jde o posouzení jeho skutečné povahy, pak je třeba povahu dokumentu určit, bez přihlédnutí k formálnímu názvu dokumentu, podle jeho znění, obsahu, kontextu a účelu.

125. Začneme-li obecným účelem předmětného doporučení, v jeho odůvodnění [82] a podkladech pro jeho přijetí [83] je vcelku výslovně uvedeno, že cílem doporučení je dosáhnout minimální míry harmonizace v tom smyslu, že se doporučují zásady k zajištění vysoké úrovně ochrany spotřebitelů, hráčů a nezletilých osob ve vztahu ke službám hazardních her on-line. Současně je rovněž zřejmé, že se tak děje v dosti citlivé oblasti, zejména z hlediska některých členských států [84].

126. Za zmínku stojí také několik aspektů spojených s obsahem a kontextem. Zaprvé sporný akt je vysoce strukturovaný text, který má podobu právního textu. Obsahuje ne méně než třicet bodů odůvodnění. Samotné doporučení je pak rozděleno do dvanácti číslovaných oddílů. Bylo zveřejněno v řadě L *Úředního věstníku Evropské unie*.

127. Vlastní forma doporučení naznačuje, že by mělo vyvolávat právní účinky. To potvrzuje i skutečnost, že doporučení není přípravným aktem. Je vyvrcholením procesu vyjednávání a rozpracovává předchozí zelenou knihu a sdělení Komise. Jasně tedy vyjadřuje stanovisko Komise k tématu ochrany spotřebitele v souvislosti se službami hazardních her on-line, neboť obsahuje některá velmi konkrétní doporučení pro členské státy.

128. Zadruhé je pozoruhodná míra podrobnosti a přesnosti konkrétních ustanovení doporučení. Doporučení je daleko formulování pouhých „zásad“ a namísto toho stanoví jasná a přesná pravidla.

129. Uveďme několik příkladů: v oddíle III doporučení stanoví podrobný obsah informací, které by měly být zobrazeny na úvodní stránce internetových stránek provozovatele hazardních her a být dostupné z každé jednotlivé stránky. V oddíle V jsou členské státy vyzývány, aby zajistily, že osoby budou mít možnost účastnit se služeb hazardních her on-line, pouze pokud se zaregistrují jako hráči a budou mít u provozovatele účet. Provozovatel by měl ověřit údaje o totožnosti hráče. Oddíl VIII rovněž směřuje k regulaci reklamy. Brání zejména členským státům, aby připustily určitá sdělení, jako je prezentování hazardních her jako společensky atraktivních nebo naznačování, že hazardní hry mohou představovat řešení osobních problémů.

130. Zatřetí předmětné doporučení obsahuje velmi podrobné a komplexní „výzvy“ týkající se dohledu a podávání zpráv. V oddíle XI jsou členské státy „vyzývány, aby při uplatňování zásad uvedených v tomto doporučení jmenovaly příslušné regulační orgány v oblasti hazardních her, které by zajistily a nezávisle sledovaly účinné dodržování vnitrostátních opatření na podporu zásad stanovených v tomto doporučení.“ Oddíl XII se týká podávání zpráv. Podle ustanovení uvedeného oddílu se členské státy nejen vyzývají, aby Komisi *oznámily* veškerá prováděcí opatření, ale rovněž aby v určitých lhůtách shromažďovaly roční údaje pro statistické účely.

131. Pokud jde o takové „výzvy“ k podávání zpráv a dohledu, je třeba uvést dvě poznámky. Zaprvé Soudní dvůr patrně v minulosti obecně prokázal určitou citlivost vůči vkládání mechanismů zajišťování souladu či sledování do různých atypických nástrojů. Přinejmenším dvakrát zrušil atypické akty Komise, protože upravovaly podrobné požadavky na podávání zpráv a šly patrně nad rámec toho, co je vhodné pro takový druh aktu [85]. Zadruhé v rámci tohoto konkrétního doporučení stojí za zmínku,

82 – Body 8 a 9 odůvodnění, uvedené výše v bodech 11 a 12 tohoto stanoviska.

83 – Viz výše, bod 30 tohoto stanoviska.

84 – Například viz rozsudek ze dne 22. ledna 2015, Stanley International Betting and Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, bod 51).

85 – Rozsudek ze dne 13. listopadu 1991, Francie v. Komise (C-303/90, EU:C:1991:424, body 20 až 25), kde se v kodexu chování provádějícím nařízení Rady ukládala členským státům povinnost podávat v určitých intervalech a určitým způsobem zprávy; rozsudek ze dne 16. června 1993, Francie v. Komise (C-325/91, EU:C:1993:245, body 22 až 23), kde byly ve sdělení Komise upřesňujícím směrnici stanoveny další povinnosti jako každoroční vykazování finančních údajů Komisi v určitém termínu.

že ačkoli členské státy nejsou povinny toto nezávazné doporučení provést, i přesto se od nich očekává (přinejmenším od těch, které se rozhodly „výzvě“ vyhovět), že jmenují, oznámí, vyhodnotí, shromáždí údaje a budou Komisi podávat v určitých lhůtách zprávy o všech těchto (zcela dobrovolných) činnostech.

132. V bodě 54 doporučení je pak uvedeno, že Komise by měla *provádění* (sic!) tohoto doporučení zhodnotit do 19. ledna 2017. Na jednání však bylo zjištěno, že Komise tak dosud neučinila, *protože* svou zprávu vydá až poté, kdy obdrží zprávy členských států. V této fázi bych měl za to, že míra kognitivní disonance obsažené v takových tvrzeních dosahuje kvalit pokročilých mentálních triků rytířů Jedi.

133. Začtvrté předmětné doporučení má přimět členské státy k tomu, aby přijaly určité právní předpisy a jejich prostřednictvím ovlivnily provozovatele a hráče hazardních her, kterým je doporučení určeno nepřímo. Lze tedy argumentovat tím, že formálně to nebude samotné doporučení, nýbrž případná vnitrostátní právní úprava, která se dotkne práv třetích osob; lze však těžko popřít, že faktickým pramenem dané vnitrostátní právní úpravy bude uvedené doporučení [86].

134. Zapáté, ačkoli se možná jedná o marginální věc, za zmínku v této souvislosti stojí bod 29 odůvodnění doporučení a jeho bod 2, neboť ty podtrhují rozpory mezi obsahem a názvem. Ve zmíněných ustanoveních je uvedeno, že doporučení nezasahuje do úpravy (závazných a platných) směrnic Evropské unie a nezasahuje do práva členských států regulovat služby hazardních her. S ohledem na uvedené pasáže textu se přímo nabízí otázka, zda by bylo nutné cokoli z výše uvedeného výslovně zmiňovat, pokud by bylo předmětné doporučení skutečně čistě nezávazným doporučením, které nemá vyvolávat žádné právní účinky. Skutečně nezávazný nástroj „soft law“ by z podstaty věci nikdy nezasahoval do závazné a platné právní úpravy Evropské unie nebo do pravomocí členských států.

135. Shrneme-li výše uvedené, již na základě zmíněných prvků účelu, obsahu a kontextu lze mít za to, že kdyby byl čtenáři předložen uvedený dokument bez názvu a měl si jej takto neoznačený přečíst, došel by patrně k závěru, že čte směrnici nebo v některých částech dokonce nařízení, ale v každém případě legislativní dokument, který má stanovit jasné a přesné povinnosti a nabádat adresáty k jeho splnění.

136. Až teď obrátím pozornost ke znění předmětného doporučení, a konkrétně k formulaci jednotlivých jeho ustanovení (přičemž mírou podrobnosti a konkrétnosti uvedených ustanovení jsem se již zabýval v předchozích bodech tohoto oddílu). Podle odůvodnění Tribunálu hraje znění patrně rozhodující úlohu. Z důvodů, které jsem se pokusil obecně vysvětlit v předchozím oddíle [87], mám však za to, že znění je v tomto případě sice důležité, ale nikoli rozhodující. Rozhodně by navíc nemělo být rozhodující, je-li samo o sobě nepřesvědčivé.

137. Navrhovatel v písemném i ústním vyjádření zpochybnil jazykové posouzení provedené Tribunálem v jeho usnesení. Argumentoval zejména tím, že ve dvou ze třech úředních jazyků Belgického království, konkrétně v nizozemštině a němčině, je patrně znění uvedených ustanovení „silnější“ než v jiných jazykových verzích. Logicky by tedy mělo doporučení „silnější“ právní účinky v Belgii.

138. Tento konkrétní argument navrhovatele je nepřesvědčivý. Některé jazykové verze by šlo patrně vnímat jako „závaznější“ než jiné. To platí zejména u německé, španělské, nizozemské a portugalské verze. Oproti tvrzením Tribunálu by mohly být předmětem diskuse v tomto směru i polská či česká verze.

86 – Rovněž viz výše, body 102 až 105. Rovněž viz body 97 a 98 a schopnost předmětného doporučení ovlivnit výklad stávajících vnitrostátních pravidel přijatých ve stejné oblasti a se stejným předmětem.

87 – Viz výše, bod 114 tohoto stanoviska.

139. Skutečnost, že v nizozemské a německé verzi jsou patrně používány imperativnější formulace než v jiných zněních, je však nepodstatná. To, že se v Belgii jedná o úřední jazyky, jim nedává větší váhu než jiným jazykovým verzím. Na doporučení, stejně jako na jakékoli jiné akty přijaté podle článku 288 SFEU, se podle mého názoru musí uplatnit dobře známá zásada, že všechny jazykové verze pramenů unijního práva jsou stejně autentické. Podle ustálené judikatury platí, že v případě rozdílů mezi různými jazykovými zněními musí být dotčené ustanovení vykládáno v závislosti na kontextu a účelu právní úpravy, jejíž část tvoří [88].

140. Právě taková sporná lingvistická srovnání prokazují a dokládají, proč má četnost použití výrazu „jsou vyzývány“ namísto „jsou povinny“ jen malý význam pro posouzení takového aktu. Obecně buď všechna jazyková znění směřují stejným směrem a připouštějí jasný závěr o povaze textu, aniž by bylo nutné se podrobně zabývat kontextem a účelem aktu. Nebo jsou naopak navzájem v rozporu a znění doporučení by v takovém případě nemělo převážit nad jeho kontextem a účelem. Nelze však poukazovat na existenci nesrovnalostí mezi různými jazykovými verzemi a zároveň argumentovat tím, že jelikož většina z nich uvádí X, musí se jednat o správný výklad. V systému stejné autentičnosti všech jazykových znění nemůže být žádný jazyk při výkladu „přehlasován“ [89].

141. V konečném důsledku však podrobné zkoumání imperativních či neimperativních vyjádření v některých jazycích Evropské unie bude vždy neprůkazné, zejména při zkoumání právních účinků nástrojů „soft law“. U tohoto druhu posouzení záleží mnohem více na kontextu, systematice a logice. Při výkladu věty „Vyzývám Vás, abyste mi zaslali své připomínky k věci písemně, a to nejpozději tento pátek do 12 hodin.“ bude nevyhnutelně docházet k zásadním rozdílům v závislosti na tom, zda takovou větu vyřkne nadřízený, kolega nebo partner. Závisí přirozeně na skutečném vzájemném vztahu, ale je pravděpodobné, že v prvním případě bude „výzva“ ve skutečnosti příkazem, v druhém pouhým návrhem a ve třetím žertem.

142. Shrnuto, každý jednotlivý prvek obsahu a kontextu by mohl sám o sobě být považován za doporučení, které nemá vyvolávat žádné právní účinky. *Společné* působení těchto různých prvků v rámci *tohoto* konkrétního doporučení, navíc s přihlédnutím ke skutečnosti, že bylo přijato orgánem, který je pověřen dohledem nad pravidly v dané oblasti (tedy nad regulací vnitřního trhu), mne však přivádí k závěru, že má zjevně vyvolávat právní účinky a přimět adresáty k jeho plnění, a to nad rámec pouhých politických návrhů.

143. Ze všech výše uvedených důvodů mám za to, že třetí důvod kasačního opravného prostředku navrhovatele je opodstatněný. Tribunál se dopustil nesprávného právního posouzení, pokud jde o právní účinky dotčeného doporučení, a následně nesprávně prohlásil žalobu na neplatnost za nepřípustnou.

B. Forma určuje obsah

144. Oproti „atypickým“ aktům vydaným orgány či institucemi Evropské unie, pro které bylo kritérium AETR původně určeno, jsou doporučení „typickými“ akty uvedenými v článku 288 SFEU, jejichž soudní přezkum je výslovně vyloučen podle čl. 263 odst. 1 SFEU. Měla by tato skutečnost sehrát nějakou úlohu při přezkumu doporučení a jeho přípustnosti?

145. Argumentace uvedená v části A tohoto stanoviska byla založena na předpokladu, že kritérium AETR, i když případně v částečně revidované podobě, je použitelné na doporučení stejně jako na jakoukoli jinou formu „soft law“. V první části tohoto oddílu je naznačeno alternativní pojetí, v jehož rámci by byl kladen větší důraz na skutečnost, že doporučení jsou „typické“ akty, u kterých by forma

88 – Například viz rozsudek ze dne 26. dubna 2012, DR a TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, bod 45 a citovaná judikatura).

89 – Ostatně i včetně takových extrémních případů, kdy je vcelku zřejmé, že došlo k chybě při překladu byť i jen jediné jazykové verze aktu Evropské unie – například viz rozsudek ze dne 19. dubna 2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

měla předurčovat výklad jejich obsahu (1). Z několika důvodů však doporučuji, aby Soudní dvůr setrval u pojetí, podle něhož (upravený) obsah převažuje nad formou a které jsem nastínil v části A tohoto stanoviska (2). Pokud by měl Soudní dvůr nicméně za to, že konkrétně u doporučení forma skutečně předurčuje výklad obsahu, zaměřím se krátce na některé důležité aspekty, jež by v takovém případě bylo nutné vyjasnit (3).

1. (Úplné) vyloučení: doporučení znamená doporučení

146. Odůvodnění přednesené Tribunálem vychází z premisy, že kritérium formulované Soudním dvorem v rozsudku AETR pro „atypické“ akty orgánů a institucí Evropské unie je použitelné i na takový „typický“ akt, jako je doporučení. Uvedené východisko může být zpochybněno ve dvou rovinách: normativní a praktické. *Normativně* článek 288 SFEU jasně stanoví, že doporučení není závazné. Článek 263 odst. 1 první věta SFEU pak výslovně vylučuje doporučení Komise z oblasti působnosti uvedeného ustanovení, tedy i možnost jejich napadení žalobou na neplatnost. Obě uvedená ustanovení ve vzájemném spojení jasně stanoví, že doporučení nemůže být závazné a nelze je přezkoumat.

147. K tomu je však třeba doplnit závěr Soudního dvora ve věci Grimaldi, kterým byla do osudí (znovu) vložena možnost posouzení věci: doporučení nemůže být předmětem přezkumu, jedná-li se o „pravé doporučení“ [90]. Z toho lze dovodit, že může existovat i „nepravé doporučení“, které podléhá přezkumu. I přes relativně jasné znění Smluv existuje v judikatuře Soudního dvora určitá opora pro to, aby doporučení podléhala kritériu AETR, i když se jedná o „typické“ akty (jejichž nezávaznost je jasně stanovena ve Smlouvě) [91].

148. Na *praktické* úrovni však poté dochází k tomu, že při zjišťování, zda je dokument „pravým“ nebo „nepravým“ doporučením, je posouzení jeho kontextu a účelu nevyhnutelně „poznamenáno“ skutečností, že je daný dokument jako doporučení označen. Kritérium, které bylo určeno pro „atypické“ akty, však musí opět být použito způsobem, který je do značné míry „nezávislý na formě“, bez přihlížení k názvu dokumentu. Jinak bychom došli nevyhnutelně k nějaké formě odůvodnění kruhem, kdy forma v konečném důsledku předurčuje výklad obsahu [92].

149. To mne přivádí k možnému alternativnímu pojetí. Namísto toho, aby forma „typického“ aktu mohla konkludentně ovlivnit výklad povahy „atypického“ aktu, byl by tento rozdíl doveden k plnému logickému závěru: „typická“ forma předznamenává „typické“ důsledky, *bez ohledu* na obsah. Doporučení nebude nikdy závazné a nemělo by vyvolávat žádné právní účinky. Tečka. Nebylo by nutné provádět žádné další posouzení toho, zda se jedná o „pravé“ nebo „nepravé“ doporučení. Doporučení znamená doporučení.

150. V tomto ohledu lze naznačit paralelu se stanovisky podle Smlouvy o ESUO, tedy akty, které byly rovněž výslovně nezávazné a nepřezkoumatelné. Už v roce 1957 Soudní dvůr potvrdil, že takové akty nelze přezkoumat. Vyjasnil zejména, že stanoviska poskytují pouze určitá vodítka. Byla považována za „pouhé poučení pro podniky. Ty mají tedy nadále volnost uvážení, co se týče jejich zohlednění či opomenutí, musí však mít na paměti, že opomenutím zamítavého stanoviska na sebe berou rizika spojená se situací, kterou samy pomáhaly vytvořit […]. Jinými slovy, volnost rozhodování a odpovědnost podniků zůstávají, stejně jako v případě Vysokého úřadu, beze změny“ [93]. Právě uvedené vyjádření lze ve skutečnosti parafrázovat *in extenso* v případě doporučení.

90 – Rozsudek ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, bod 16).

91 – Což následně vedlo Tribunál k tomu, aby uvedl: „[…] pouhá skutečnost, že je sporné doporučení formálně označeno jako doporučení a bylo přijato na základě článku 292 SFEU, nemůže automaticky vyloučit, že jde o napadnutelný akt“ (bod 20 napadeného usnesení).

92 – Jak je popsáno výše, v bodech 77 až 79 tohoto stanoviska.

93 – Rozsudek ze dne 10. prosince 1957, Société des usines à tubes de la Sarre v. Vysoký úřad (spojené věci 1/57 a 14/57, EU:C:1957:13), Recueil, s. 115.

2. Obsah nebo forma?

151. Ve prospěch *formálního* pojetí „typických“ právních aktů hovoří dva argumenty: i) právní jistota a předvídatelnost a ii) nutnost zachování určité legislativní flexibility.

152. Zaprvé formální pojetí odpovídá znění článku 263 SFEU, které již od roku 1957 důsledně a výslovně vylučuje možnost napadení doporučení a stanovisek žalobou na neplatnost.

153. S tím souvisí možnost dovolávat se daného dokumentu a očekávání. Ačkoli je formalismus takřka vždy vykreslován jako zlo, má i své pozitivní rozměry. Podporuje právní jistotu a předvídatelnost. Co nazýváme rýčem, by skutečně měl být rýč, aniž bychom museli soustavně tuto skutečnost ověřovat z věcného hlediska a kontextu.

154. To platí tím více, pokud jde o „typické“, formalizované prameny. Jak daleko lze zajít s pojetím „obsah převažuje nad formou“? Měly by z hlediska opravdového, skutečného obsahu být posuzovány i jiné typické prameny unijního práva, jako jsou nařízení a směrnice? Mohly by i ty být případně „překvalifikovány“, protože jejich název neodpovídá obsahu? Mohlo by v extrémních případech takové překvalifikování vést k vyloučení soudního přezkumu? Mohl by Soudní dvůr prohlásit žalobu na neplatnost směřující například proti nařízení za nepřípustnou, protože je dané nařízení natolik špatně formulováno, že ve skutečnosti nemůže vyvolávat žádné (závazné) právní účinky?

155. Zadruhé doporučení mohou být platným východiskem, inspirací a zdrojem správné praxe. Na jejich základě je možné vyzkoušet různá řešení a nápady a určit tak, které je třeba dále rozpracovat a které odložit. Lze je tedy považovat za určitý druh legislativní laboratoře. Je patrně na místě uznat, že kdyby bylo možné napadnout a zpochybnit jakékoli doporučení, zmiňovaná flexibilita legislativní laboratoře by byla ztracena. Komisi by zejména bylo prakticky znemožněno činit méně formální kroky na podporu zájmů Evropské unie.

156. Odpověď na oba tyto argumenty z hlediska pojetí, kdy „obsah převažuje nad formou“, není složitá: zaprvé takové pojetí je nezbytné právě tehdy, když nejsou respektována formální omezení kladená na „typický“ akt. Uvedený přístup tedy zdaleka nezpochybňuje všechny typické akty, nýbrž je ze své povahy vyhrazen pro extrémní případy. Zadruhé výhody flexibilní legislativní laboratoře musí být jednoznačně omezeny zásadou legality veřejné moci a zásadou svěřených pravomocí. I dobře míněná legislativní laboratoř se může snadno stát „laboratoří tajnou“.

157. Naproti tomu existují přinejmenším tři argumenty, které hovoří ve prospěch věcného pojetí popsaného v části A: i) obsah převažuje nad formou všude okolo; ii) je nutné zajistit účinnou soudní ochranu a iii) důležitá je celková soudržnost právní ochrany v unijním právu.

158. Zaprvé, ačkoli mohou skutečně v tomto směru existovat některé podstatné výjimky, celkový přístup a mentalita unijního práva jsou jednoduše věcné povahy: v nesčetných oblastech unijního práva je předmětem zkoumání obsah, a tedy podstata určitého fenoménu, kategorie či orgánu – nikoli jejich formální název či označení. Forma dozajista má určitý význam. V unijním právu však forma představuje první krok směrem ke skutečné povaze aktu. Nejde o krok rozhodující.

159. Zadruhé, jak již bylo podrobně vysvětleno výše [94], je prakticky neoddiskutovatelné, že doporučení vyvolávají celou řadu podstatných právních účinků, i když nemusí být striktně řečeno v daném případě závazná. Je-li tomu skutečně tak, musí následovat účinná právní ochrana. Lze připomenout, že Soudní dvůr v minulosti, jednak původně v rozsudku AETR a jednak v pozdějších věcech, neváhal vzít v potaz společenský a právní vývoj a vyplnit takto vznikající mezery v právní ochraně [95]. Bylo rovněž zmíněno, že takovou evolucí je nástup nových a „měkčích" forem vlády [96].

160. Zatřetí argument týkající se soudržnosti právní ochrany v unijním právu je relevantní na dvou úrovních: na jedné straně jde o soudržnost mezi článkem 263 SFEU (žaloba na neplatnost) a článkem 267 SFEU (řízení o předběžné otázce), a na druhé straně o postavení (ne)privilegovaných žalobců v takových řízeních.

161. Podle ustálené judikatury „[p]řezkum legality unijních aktů, který na základě Smluv zajišťuje Soudní dvůr, vychází […] ze dvou soudních řízení, jež se vzájemně doplňují. Smlouva o FEU totiž zavedla jednak články 263 a 277 a jednak článkem 267 úplný systém procesních prostředků a řízení určený k zajištění přezkumu legality unijních aktů unijním soudem […]Tomuto úplnému systému procesních prostředků a řízení je vlastní, že procesní subjekty mají v souvislosti se žalobou podanou vnitrostátnímu soudu právo napadnout legalitu ustanovení obsažených v unijních aktech, která jsou základem pro přijetí vnitrostátního rozhodnutí nebo aktu v jejich neprospěch […]" [97].

162. Chtěl bych zdůraznit dva výrazy použité v uvedené citaci: „doplňují" a „úplný". Je možná paradoxní, že posledně uvedené přídavné jméno může být problematické z hlediska privilegovaného žalobce, tedy členského státu, který se v doporučení „vyzývá", aby nějak konal, a takovou „výzvu" zpochybní, aniž by však (zatím) bylo dané doporučení napadeno na vnitrostátní úrovni.

163. Na jedné straně, jak již bylo uvedeno [98], je patrně možné podat žádost o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se platnosti doporučení. Je-li tomu skutečně tak, potom není snadné pochopit, proč by mělo být pro privilegovaného žalobce obtížnější napadnout určitý akt přímo před Soudním dvorem na základě článku 263 SFEU než pro neprivilegovaného žalobce nepřímo na základě článku 267 SFEU.

164. Na druhé straně, i kdyby měla převážit obecná logika doplňkovosti, která by žalobce odrazovala od přímého napadení platnosti a směřovala by je k využití řízení o předběžné otázce, postavení členského státu by se tím příliš neusnadnilo. Jak by měl členský stát v praxi postupovat? Měl by nejprve doporučení provést (což neměl původně v úmyslu) a poté je napadnout u vlastních vnitrostátních soudů? Měl by vyvolat spor?

165. Aniž bych se snažil o znovu otevření jakékoliv z těchto otázek, [99] je třeba zdůraznit, že členské státy navíc jednoduše nejsou jednotlivci, kteří by mohli být později povinni plnit unijní akt, který na ně byl uplatněn formou individuálního rozhodnutí, buď na vnitrostátní, nebo unijní úrovni. Členské státy jsou těmi, kdo je primárně vyzýván, aby taková pravidla provedl. Bylo by jednoduše proti logice věci, kdyby byly členské státy nabádány k tomu, aby něco učinily, a současně zbaveny možnosti podat žalobu k Soudnímu dvoru. To by bylo proti zájmům řádného výkonu spravedlnosti, neboť by byla zpožděna možná žaloba směřující proti doporučení, ale také proti zájmům autora doporučení jako

94 – Viz výše, body 87 až 108 tohoto stanoviska.

95 – Pro zajímavý příklad viz rozsudek ze dne 23. dubna 1986, Les Verts v. Parlament (294/83, EU:C:1986:166, bod 24).

96 – Viz výše, body 81 až 86 tohoto stanoviska.

97 – Rozsudek ze dne 28. března 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, body 66 a 67 a citovaná judikatura). Rovněž viz posudek 1/09 (dohoda o vytvoření jednotného systému řešení sporů v oblasti patentů) ze dne 8. března 2011 (EU:C:2011:123, bod 70).

98 – Viz výše, body 106 až 108 tohoto stanoviska.

99 – Otázky vyřešené v rozsudku ze dne 1. dubna 2004, Komise v. Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

takového. Namísto toho, aby měl možnost řešit a vyřešit případný spor a jít dále, byl by členský stát jednoduše nucen odmítnout spolupracovat a vyčkat, až jeden z jeho vlastních soudů, či případně soud v jiném členském státě, podá podle článku 267 SFEU žádost o rozhodnutí o předběžné otázce ohledně platnosti sporného aktu. To se mi nezdá vůbec praktické.

3. (Případně) nezbytné vyjasnění

166. Shrnu-li výše uvedené, mnohem přesvědčivější důvody spatřuji pro to, aby Soudní dvůr rozšířil upravené kritérium AETR na možný soudní přezkum doporučení.

167. Pokud by se však Soudní dvůr rozhodl pro pojetí, kdy forma „typického" aktu předurčuje vnímání a výklad jeho obsahu, aniž by bylo nutné zvláštní zkoumání v tomto směru, je patrně nezbytné vyjasnit několik bodů. Takové nezbytné vyjasnění by se v zásadě týkalo výše vymezených prvků v rámci skutečných právních účinků doporučení [100]. V tomto směru bych zdůraznil zejména tři klíčové prvky: i) dosah povinnosti loajální spolupráce uložené členským státům v souvislosti s doporučeními; ii) neexistence předurčujícího účinku doporučení, pokud jde o možný budoucí legislativní proces na úrovni Evropské unie, a iii) vyjasnění dosahu povinnosti vyplývající pro vnitrostátní soudy z rozsudku Grimaldi.

168. Zaprvé doporučení nejsou závazná ani nemohou vyvolávat žádné právní účinky. Nemohou tedy zakládat žádná práva či povinnosti, ať už pro členské státy nebo pro jednotlivce. Pokud jsou dotčeny členské státy, nemůže zásada loajální spolupráce sloužit k tomu, aby bylo jakkoli zpochybňováno právě uvedené. Členské státy jsou zcela oprávněny nepřihlížet k obsahu doporučení, aniž by mohly čelit jakýmkoli přímým či nepřímým sankcím. To platí nejen pro konkrétní „závazky", k jejichž provedení je členský stát nabádán, ale také pro jakékoli „výzvy" k podávání zpráv. Z doporučení nemohou plynout žádné pozitivní ani negativní povinnosti. Doporučení rovněž nelze použít k vymezení normy nebo neurčitého právního pojmu, které by byly posléze – poté, co by mu takové doporučení dodalo obsah – vynucovány vůči členskému státu či jednotlivci.

169. Zadruhé doporučení – a rozhodně v před legislativní fázi – je jednoduše jednostranné, nezávazné sdělení stanoviska určitého orgánu. Má-li být následováno jakýmkoli závazným předpisem, musí legislativní proces začít od samého počátku. Doporučení nemůže tvořit legislativní „zkratku" nebo „preventivní opatření" v tom smyslu, že se jím vyloučí určité subjekty z pozdějšího legislativního procesu, nebo v praxi znevýhodní některé subjekty v pozdějším procesu, protože nebudou mít možnost sdělit svá stanoviska, vyjádření, údaje či zprávy k danému doporučení či v procesu jeho „provádění".

170. Konečně je zde rozsudek Grimaldi [101]. Jsou-li doporučení nezávazná, nemohou ze své podstaty stanovit žádnou *povinnost* vnitrostátních soudů zohlednit takové nezávazné vodítko, nemluvě již *a fortiori* o jakékoli povinnosti konformního výkladu. Pokud by Soudní dvůr zvolil toto formálnější pojetí „typického" aktu unijního práva, bylo by nezbytné přehodnotit v tomto ohledu rozsudek Grimaldi a jasně uvést, že neexistuje žádná povinnost zohlednit doporučení. Vnitrostátní soudy tak *mohou* učinit, považují-li to za užitečné, ale rozhodně k tomu *nejsou povinny*.

171. V takovém případě by pak vnitrostátní soudy měly přistupovat k doporučení jako k jakémukoli jinému *přípustnému* zdroji inspirace v procesu právního výkladu, jako jsou akademické komentáře či komparativní argumentace. Pokud chtějí, mohou je začlenit do svého odůvodnění, ale mohou je rovněž zcela opomenout, aniž by pro to musely uvést důvod.

100 – Viz výše, body 87 až 108 tohoto stanoviska.

101 – Viz výše, body 97 až 101 tohoto stanoviska.

VII. Závěry

172. Ve světle výše uvedeného mám za to, že se Tribunál dopustil nesprávného právního posouzení, pokud jde o právní účinky sporného doporučení. Třetí žalobní důvod kasačního opravného prostředku navrhovatele je opodstatněný, aniž by bylo nutné se zabývat zvlášť prvním a druhým důvodem kasačního opravného prostředku. V rozsahu, v němž byla žaloba prohlášena za nepřípustnou, je tedy třeba usnesení Tribunálu zrušit.

173. Podle čl. 61 prvního pododstavce statutu Soudního dvora v případě zrušení rozhodnutí Tribunálu může Soudní dvůr sám vydat konečné rozhodnutí ve věci, pokud to soudní řízení dovoluje, nebo věc vrátit zpět Tribunálu k rozhodnutí.

174. V projednávané věci není v této fázi řízení Soudní dvůr v postavení, aby rozhodl ve věci samé o žalobě podané k Tribunálu. Jelikož Tribunál prohlásil žalobu za nepřípustnou, proběhla u zmíněného soudu jen velmi omezená a dosti nepřímá diskuse ve věci samé. Ze stejných důvodů nebylo jiným vedlejším účastníkům umožněno přednést vyjádření[102]. Pokud by Soudní dvůr prohlásil žalobu na neplatnost za přípustnou, je pravděpodobné, že by zmínění vedlejší účastníci, a možná také jiné subjekty, měli zájem na přednesení vyjádření.

175. Mám však za to, že Soudní dvůr má k dispozici všechny potřebné podklady k tomu, aby mohl odmítnout předběžnou námitku nepřípustnosti vznesenou Komisí v prvním stupni. V zájmu efektivity a hospodárnosti řízení navrhuji, aby Soudní dvůr tento krok učinil, prohlásil žalobu za přípustnou a vrátil věc zpět Tribunálu k rozhodnutí ve věci samé.

176. Navrhuji proto, aby Soudní dvůr:

– zrušil usnesení Tribunálu Evropské unie ve věci T-721/14 a prohlásil žalobu na neplatnost podanou navrhovatelem v uvedené věci za přípustnou;

– vrátil věc zpět Tribunálu k rozhodnutí ve věci samé;

– rozhodl, že o nákladech řízení bude rozhodnuto později.

102 – Viz výše, poznámka pod čarou 24.