



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 12. december 2017¹

Sag C-16/16 P

**Kongeriget Belgien
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel – beskyttelse af forbrugere – onlinespiltjenester – beskyttelse af forbrugere og onlinespillere og forhindring af mindreåriges spil online – Kommissionens henstilling – artikel 263 TEUF – retsakt, der kan gøres til genstand for et søgsmål – domstolsprøvelse af soft law-instrumenter – ikke-bindende retsakter med retsvirkning – retsakter, der med rimelighed kan anses for at ansøre til overholdelse«

Indhold

I. Indledning	2
II. Retsforskrifter	3
A. Primærretten	3
B. Kommissionens henstilling	4
III. Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne	5
IV. Den appellerede kendelse	6
V. Retsforhandlingerne	8
VI. Bedømmelse	10
A. Indhold frem for form	11
1. AETR-dommen	11
2. AETR-kriteriet som anvendt af Retten i den foreliggende sag	12
3. AETR-kriteriets problematiske elementer	12

¹ – Originalsprog: engelsk.

a) Interne problemer	12
1) Retsvirkninger, bindende virkning eller bindende retsvirkning?	12
2) Hvilken rolle spiller ophavsmandens hensigt?	14
b) Eksterne problemer	14
1) Den øgede anvendelse af soft law-instrumenter	14
2) Henstillinger: ingen bindende virkning, men affødning af retsvirkninger	16
i) På EU-plan	16
ii) På medlemsstatsplan	17
4. Tilbage til rødderne: AETR og retsvirkninger	20
5. Kriteriets anvendelse på den foreliggende sag	22
B. Form afgør indhold	25
1. En (fuld) udelukkelse: Henstilling betyder henstilling	25
2. Indhold eller form?	26
3. De (potentielt) nødvendige præciseringer	28
VII. Forslag til afgørelse	29

I. Indledning

1. En af de store diskussioner, som har formet den (angloamerikanske) retsfilosofi i de seneste årtier, er diskussionen mellem Hart og Dworkin om begrebet lov og retssystemets struktur. I slutningen af 1960'erne og 1970'erne var Dworkins kritik af Harts *Concept of Law*² centreret omkring en række temaer. Et af Dworkins centrale indvendinger var, at Harts forståelse af et retssystem er for snæver og for fokuseret på *retsregler*, og at den ignorerer et andet centralt element af ethvert retssystem: *principper*³.

2. Det kan med rimelighed antages, at Kommissionen med vedtagelsen af »Kommissionens henstilling om *principper* for at beskytte forbrugere og spillere i forbindelse med onlinespiltjenester og for at forhindre mindreåriges spil online« (herefter »henstillingen«)⁴ på trods af dens titel ikke havde til hensigt at vælge side i denne teoretiske diskussion. Efter Kongeriget Belgiens søgsmål om annulation af den pågældende henstilling ved Retten er der imidlertid udløst en formuleringsmæssigt lignende, men indholdsmæssigt betydelig anden type diskussion: Hvordan adskiller sådanne *principper* sig fra

2 – H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2. udgave (med efterskrift), Clarendon Press, Oxford, 1997 (1. udgave offentliggjort i 1961).

3 – R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (ny udgave med svar på kritik), London, Duckworth, 1987 (1. udgave offentliggjort i 1977), s. 22 ff.

4 – Kommissionens henstilling 2014/478 af 14.7.2014 (EUT L 214, s. 38). Min fremhævelse.

(bindende, juridiske) *regler* i forbindelse med domstolsprøvelse inden for EU-retten? Kan en henstilling fra Kommissionen, en EU-retsakt, der udtrykkeligt er udelukket fra domstolsprøvelse i henhold til artikel 263, stk. 1, TEUF, alligevel gøres til genstand for et annullationssøgsmål efter denne bestemmelse?

3. Retten afviste Belgiens søgsmål⁵ og fastslog, at henstillingen ikke tilsigter at have retligt bindende virkninger. Kongeriget Belgien har appelleret denne afgørelse til Domstolen.

4. Mit forslag til Domstolen i dette forslag til afgørelse indeholder grundlæggende af to dele: For det første bør – på det *generelle* plan – adgangen til Unionens retsinstanser i lyset af den lovgivningsmæssige baggrund for (ikke kun) EU-retten, som er i forandring, og som er kendetegnet ved en stadig større udbredelse af forskellige soft law-instrumenter, tilpasses med henblik på at imødekomme denne udvikling. I denne forstand, og for så vidt som det teoretiske ordspil tillader det, bør denne tilgang blive noget mere »dworkisk« for at anerkende det forhold, at der findes normer, som afføder betydelige retlige virkninger, der ligger ud over den binære logik med bindende og ikke-bindende retsregler. For det andet – på det *konkrete* plan med den omtvistede henstilling – bør et normativt instrument, som i lyset af dets logik, sammenhæng, formål og delvist også sprog med rimelighed kan anses for at fastsætte *regler* for adfærd, kunne gøres til genstand for domstolsprøvelse, selv om det til dels er forklædt som et sæt rene »*principper*« i en henstilling.

II. Retsforskrifter

A. Primærretten

5. I medfør af artikel 4, stk. 3, TEU træffer medlemsstaterne »alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne. Medlemsstaterne bistår Unionen i gennemførelsen af dens opgaver og afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af Unionens mål i fare«.

6. Artikel 263, stk. 1, TEUF bestemmer: »Den Europæiske Unions Domstol prøver lovligheden af lovgivningsmæssige retsakter, af retsakter vedtaget af Rådet, Kommissionen eller Den Europæiske Centralbank, bortset fra henstillinger og udtalelser, samt af de af Europa-Parlamentets og Det Europæiske Råds retsakter, der skal have retsvirkning over for tredjemand. Den prøver ligeledes lovligheden af de af Unionens organers, kontorers og agenturers retsakter, der skal have retsvirkning over for tredjemand.«

7. Artikel 288 TEUF bestemmer følgende:

»For at udøve Unionens beføjelser vedtager institutionerne forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser.

En forordning er almen gyldig. Den er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat.

Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.

En afgørelse er bindende i alle enkeltheder. Når den angiver, hvem den er rettet til, er den kun bindende for disse.

⁵ – Kendelse af 27.10.2015, Belgien mod Kommissionen (T-721/14, EU:T:2015:829).

Henstillinger og udtalelser er ikke bindende.«

8. Artikel 292 TEUF er affattet således: »Rådet vedtager henstillinger. Det træffer afgørelse på forslag af Kommissionen i alle de tilfælde, hvor det i henhold til traktaterne skal vedtage retsakter på forslag af Kommissionen. Det træffer afgørelse med enstemmighed på de områder, hvor der kræves enstemmighed ved vedtagelse af en EU-retsakt. Kommissionen samt Den Europæiske Centralbank i de specifikke tilfælde, der er fastsat i traktaterne, vedtager henstillinger.«

9. Artikel 296 TEUF bestemmer:

»Når det ikke er fastsat i traktaterne, hvilken type retsakt der skal vedtages, tager institutionerne i hvert enkelt tilfælde stilling hertil under overholdelse af gældende procedurer og proportionalitetsprincippet.

Retsakter skal begrundes og henvise til de forslag, initiativer, henstillinger, anmodninger og udtalelser, der kræves i henhold til traktaterne.

Når Europa-Parlamentet og Rådet får forelagt et udkast til en lovgivningsmæssig retsakt, kan de ikke vedtage retsakter, der ikke er omhandlet i den lovgivningsprocedure, der gælder på det pågældende område.«

B. Kommissionens henstilling

10. Femte betragtning til Kommissionens henstilling lyder: »I fraværet af harmonisering på EU-plan har medlemsstaterne i princippet frie hænder til selv at sætte målsætninger for deres politikker for hasardspil og til at definere det ønskede beskyttelsesniveau for at kunne beskytte forbrugernes sundhed [...]«

11. Ottende betragtning fastsætter, at »[d]e regler og politikker, som medlemsstaterne har indført for at nå målsætninger af offentlig interesse, varierer betydeligt. Handling på EU-niveau vil tilskynde medlemsstaterne til at sikre et højt niveau for beskyttelse i hele Unionen [...]«.

12. Målet med Kommissionens henstilling er i henhold til niende betragtning »at sikre forbrugeres og spilleres sundhed og derved også minimere eventuel økonomisk skade, der kan opstå som et resultat af overdrevent spil eller ludomani. Med henblik herpå anbefales der i henstillingen principper for et højt niveau af beskyttelse af forbrugere, spillere og mindreårige, hvad angår onlinespiltjenester. I udarbejdelsen af henstillingen har Kommissionen trukket på god praksis i medlemsstaterne«.

13. I henhold til 15. betragtning vil det være »hensigtsmæssigt at opfordre medlemsstaterne til at fastsætte regler, som sikrer, at forbrugere oplyses om onlinespil [...]«.

14. 16. betragtning lyder: »Hvor det er hensigtsmæssigt, bør principperne i denne henstilling ikke kun henvendes til udbydere, men også til tredjeparter, herunder såkaldte associerede selskaber, som har tilladelse til at gøre reklame for onlinespiltjenesten på udbyderens vegne.«

15. 27. betragtning anfører, at »[e]ffektiv overvågning er nødvendig for en hensigtsmæssig beskyttelse af målsætningerne af almen interesse. Medlemsstaterne bør udpege kompetente myndigheder, fastsætte klare retningslinjer for udbydere og tilbyde lettilgængelig information for forbrugere, spillere og sårbare grupper, herunder mindreårige«.

16. 29. betragtning tilføjer: »Denne henstilling berører ikke Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF (8) eller Rådets direktiv 93/113/EØF.«

17. Henstillingens afsnit I fastsætter dens formål. Punkt 1 lyder: »Medlemsstaterne anbefales at opnå et højt beskyttelsesniveau for forbrugere, spillere og mindreårige gennem vedtagelsen af principper for onlinespiltjenester og for ansvarlig kommerciel kommunikation for disse tjenester for at sikre folkesundheden og også for at minimere enhver økonomisk skade, der kan komme af overdrevent spil eller ludomani.« Punkt 2 lyder: »Denne henstilling griber ikke ind i medlemsstaternes ret til at regulere spiltjenester.«

18. Henstillingens afsnit III fastlægger ganske specifikke og detaljerede oplysningskrav for udbyderes spilwebsteder, navnlig med hensyn til den type oplysninger, der skal fremstå på deres startside, og hvor mange klik det kræver at tilgå hver oplysning. Afsnit IV tilføjer yderligere krav vedrørende mindreårige.

19. Afsnit V omhandler spillerregistrering og spilkonti. Punkt 15 anfører navnlig, at »[m]edlemsstaterne bør sikre, at en person først kan deltage i en onlinespiltjeneste, når vedkommende er registreret som spiller og har en konto hos udbyderen«.

20. Afsnit VI omhandler spilleraktivitet og støtte. Afsnit VIII beskriver kommerciel kommunikation, og afsnit IX omhandler sponsorer.

21. Afsnit XI vedrører tilsyn. Punkt 51 opfordrer medlemsstaterne »til at udpege kompetente spillemyndigheder, når de indfører principperne i denne henstilling, for uafhængigt at sikre og overvåge den faktiske overholdelse af de nationale foranstaltninger, der træffes for at støtte henstillingens principper«.

22. Afsnit XII, det sidste afsnit i henstillingen, omhandler rapportering. Punkt 51 opfordrer medlemsstaterne »til at underrette Kommissionen om alle foranstaltninger, der er truffet i henhold til denne henstilling, inden den 19. januar 2016, så Kommissionen kan evaluere gennemførelsen af henstillingen«.

23. I punkt 53 opfordres medlemsstaterne »til at indsamle pålidelige årlige data til statistiske formål om:

- a) de relevante beskyttelsesforanstaltninger, særligt antallet af spilkonti (åbne og lukkede), antallet af selvudelukkede spillere, dem, der lider af ludomani, og klager fra spillere
- b) kommerciel kommunikation efter kategori og type af overtrædelse af principperne.

Medlemsstaterne opfordres til at meddele Kommissionen disse oplysninger første gang den 19. juli 2016.«

24. Ifølge punkt 54 bør Kommissionen evaluere gennemførelsen af henstillingen inden den 19. januar 2017.

III. Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

25. I en grøn bog fra 2011 »om onlinespil i det indre marked«⁶ udpegede Kommissionen medlemsstaternes fælles målsætninger med reguleringen af onlinespiltjenester. Den udpegede også de centrale indsatsområder for Unionen.

6 – COM(2011) 128 final.

26. I sin meddelelse »Mod et samlet europæisk regelsæt for onlinespil«, som blev vedtaget den 23. oktober 2012⁷, foreslog Kommissionen en række tiltag for at tackle de reguleringsmæssige, samfundsmæssige og teknologiske udfordringer, der er forbundet med onlinespil. Kommissionen anførte navnlig, at det samlet set endnu ikke syntes at være passende at fremsætte forslag til sektorspecifik EU-lovgivning. I denne meddelelse bekendtgjorde Kommissionen, at den ville fremsætte henstillinger vedrørende beskyttelse af forbrugere på onlinespilområdet, herunder beskyttelse af mindreårige, og vedrørende onlinespiltjenesters ansvarlige kommercielle kommunikation.

27. Europa-Parlamentet opfordrede i sin beslutning af 10. september 2013 om onlinespil i det indre marked⁸ Kommissionen til at undersøge muligheden for at sikre interoperabilitet mellem nationale udelukkelsesregistre. Dette ville øge bevidstheden om ludomaniens farer. Kommissionen blev også opfordret til at overveje identitetskontrol forvaltet af tredjepart. Parlamentet opfordrede desuden til, at onlinespiludbydere blev pålagt at vise oplysninger om de regulerende myndigheder og advarsler til mindreårige og give mulighed for frivillig begrænsning på spilwebstedet. Parlamentet anbefalede desuden, at der blev fastsat fælles principper for ansvarlige reklamer. Det anbefalede, at reklamer skulle indeholde klare advarsler om konsekvenserne af og risikoen for ludomani. Reklamer bør hverken være overdrevne eller placeret på indhold, der specifikt er rettet mod mindreårige, eller hvor der er en større risiko for at nå ud til mindreårige.

28. Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg har også opfordret Kommissionen til at gribe ind for at forbedre forbrugerbeskyttelsen i forbindelse med onlinespil og til at beskytte mindreårige⁹.

29. På denne baggrund vedtog Kommissionen den omtvistede henstilling den 14. juli 2014 på grundlag af artikel 292 TEUF. Henstillingen blev offentliggjort i sin helhed i *Den Europæiske Unions Tidendes* serie L den 19. juli 2014.

30. Vedtagelsen af henstillingen blev ledsaget af en pressemeddelelse¹⁰ og et memorandum¹¹. Dette memorandum præsenterede Kommissionens henstilling på følgende måde: »En henstilling er et ikke-bindende instrument, som Europa-Kommissionen bruger til at sende et klart budskab til medlemsstaterne om de tiltag, der forventes at kunne afhjælpe en situation, men som giver medlemsstaterne tilstrækkelig fleksibilitet med hensyn til, hvordan de vil opnå dette. Ved at fastsætte de mål, der skal nås, bør den fungere som katalysator for udviklingen af overensstemmende principper, som skal anvendes i hele Unionen.« Med hensyn til valget af den type instrument tilføjede Kommissionen i memorandummet, at »der ikke findes sektorspecifik EU-lovgivning om onlinespiltjenester, og at det ikke synes det hensigtsmæssigt at foreslå sådan specifik lovgivning. En henstilling fra Kommissionen kan desuden vedtages omgående, mens forslag til lovgivning skal vedtages af Rådet og Europa-Parlamentet, hvilket kan tage tid«.

IV. Den appellerede kendelse

31. Den 13. oktober 2014 indleverede Kongeriget Belgien en stævning med påstand om annullation af den omtvistede henstilling til Retten.

7 – COM(2012) 596 final.

8 – P7_TA(2013)0348.

9 – 2012/2322(INI).

10 – IP/14/828 af 14.7.2014, som findes online på: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm

11 – MEMO/14/484 af 14.7.2014, som findes online på: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm

32. Ved kendelse af 27. oktober 2015 afviste Retten sagen¹². Henset til henstillingens ordlyd, indhold og den sammenhæng, hvori den indgår, fastslog Retten, at den hverken har eller tilsigter at have bindende retsvirkninger. Den kan således ikke anses for en anfægtelig retsakt som omhandlet i artikel 263 TEUF¹³.

33. I sit ræsonnement bemærkede Retten først, at der i henstillingen hovedsageligt anvendes ikke-bindende formuleringer, selv om der er visse mindre forskelle mellem sprogversionerne¹⁴.

34. Retten fastslog videre, at det fremgår af henstillingens indhold, at Kommissionen ikke på nogen måde har ønsket, at henstillingen skal have bindende virkninger¹⁵. I punkt 51-53 *opfordres* medlemsstaterne eksempelvis til at udpege kompetente spillemyndigheder og til at underrette Kommissionen om alle foranstaltninger, der er truffet i henhold til henstillingen. Dette indebærer ikke nogen forpligtelse for medlemsstaterne til at følge de principper, som er opstillet i denne retsakt. Kommissionen præciserede endvidere udtrykkeligt, at henstillingen ikke griber ind i medlemsstaternes ret til at regulere på dette område: Den opfordrede blot medlemsstaterne til at overholde de principper, som er opstillet i henstillingen¹⁶.

35. Retten bemærkede, at denne analyse af henstillingens ordlyd og indhold bekræftes af analysen af den sammenhæng, som henstillingen indgår i. Drøftelser mellem Rådet, Europa-Parlamentet og Kommissionen viser, at det på daværende tidspunkt ikke var hensigten at fremsætte forslag til EU-lovgivning¹⁷.

36. Retten tilføjede, at offentliggørelsen i Den Europæiske Unions Tidendes serie L og ikke i serie C ikke i sig selv kan ændre den konklusion, at henstillingen ikke tilsigter at have bindende retsvirkninger¹⁸. Det bemærkes også, at dette ikke kan udledes af den blotte omstændighed, at henstillinger, selv om de ikke er bindende, kan have retsvirkninger, der indebærer, at de er anfægtelige retsakter. En anden konklusion ville være i strid med artikel 263 TEUF, hvorefter henstillinger, der ikke har bindende retsvirkninger, ikke kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål¹⁹.

37. En EU-institutions angivelige tilsidesættelse af principperne om den institutionelle ligevægt, kompetencetildeling eller loyalt samarbejde indebærer ikke, at de formalitetskrav, der gælder for annullationssøgsmål i henhold til traktaten, kan fraviges²⁰. Det kan navnlig ikke udledes af den omstændighed, at Domstolen inden for rammerne af et traktatbrudssøgsmål kan undersøge en retsakt eller en adfærd, der ikke har bindende retsvirkninger som følge af medlemsstaternes pligt til loyalt samarbejde, at det samme gør sig gældende for et annullationssøgsmål²¹.

38. Retten bemærkede, at henstillingen ikke foreskriver nogen regler eller principper, der har til formål at harmonisere eller liberalisere onlinespilsektoren, i modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende. Dette fremgår klart af henstillingens punkt 2, som udtrykkeligt bekræfter, at medlemsstaterne har ret til at foretage regulering på dette område²². Henstillingen blev ikke opstillet for at begrænse den enkelte medlemsstats mulighed for i overensstemmelse med dens præferencer at bestemme, hvad der kræves for at sikre beskyttelsen af moralske, religiøse og kulturelle aspekter²³.

12 – Kendelse af 27.10.2015, Belgien mod Kommissionen (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 – Den appellerede kendelse, præmis 37.

14 – Den appellerede kendelse, præmis 21 ff.

15 – Den appellerede kendelse, præmis 29.

16 – Den appellerede kendelse, præmis 32-35.

17 – Den appellerede kendelse, præmis 36.

18 – Den appellerede kendelse, præmis 38-40.

19 – Den appellerede kendelse, præmis 42-48.

20 – Den appellerede kendelse, præmis 51 og 52.

21 – Den appellerede kendelse, præmis 54 og 55.

22 – Den appellerede kendelse, præmis 64.

23 – Den appellerede kendelse, præmis 68.

V. Retsforhandlingerne

39. Med sin appel har Kongeriget Belgien (appellanten) anmodet Domstolen om at ophæve Rettens kendelse, at antage annulationssøgsmålet til realitetsbehandling, at antage begæringerne om intervention fra Den Helleniske Republik og Den Portugisiske Republik til realitetsbehandling²⁴ og at tilpligte Kommissionen at betale sagsomkostningerne.

40. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

41. Til støtte for sin appel har appellanten fremsat tre anbringender: i) tilsidesættelse af princippet om kompetencetildeling, loyalitetsprincippet og princippet om den institutionelle ligevægt, ii) tilsidesættelse af princippet om loyalt samarbejde og manglende hensyntagen til medlemsstaternes stilling som privilegerede sagsøgere og iii) den ukorrekte fortolkning af henstillingens retsvirkning over for Belgien.

42. Med sit første appelanbringende har appellanten gjort gældende, at sagen skulle have været optaget til realitetsbehandling, da Retten burde have undersøgt, om henstillingens ophavsmand havde kompetence, i stedet for kun at undersøge, om henstillingen afføder bindende retsvirkninger. Retten respekterede mere præcist ikke princippet om kompetencetildeling, loyalitetsprincippet og princippet om den institutionelle ligevægt, da den ikke undersøgte, om der var et materielt retsgrundlag, som kunne begrunde vedtagelsen af henstillingen. Artikel 292 TEUF udgør ikke et selvstændigt retsgrundlag: Den giver både Rådet og Kommissionen beføjelse til at vedtage henstillinger, men for at vide, hvilken af de to institutioner der har kompetence, skal de materielle kompetencer, der tildeles hver af disse institutioner i traktaterne, undersøges.

43. Appellanten har endvidere gjort gældende, at selv en ikke-bindende henstilling bør kunne gøres til genstand for domstolsprøvelse for at afgøre, om den er i overensstemmelse med de ovennævnte principper. Ved ikke at tillade domstolsprøvelse har Retten tilsidesat princippet om kompetencetildeling. Den har også anvendt artikel 263 TEUF på en måde, der ikke er i overensstemmelse med fast retspraksis: Enhver foranstaltning, der vedtages af institutionerne, bør klart angive sit retsgrundlag²⁵.

44. Den omstændighed, at Kommissionen har vedtaget en af de retsakter, der er nævnt i artikel 288 TEUF, uden sådan kompetence, ville ifølge appellanten i sig selv have retsvirkning, fordi det ville forstyrre ligevægten mellem Unionen og medlemsstaterne og også mellem EU's institutioner. Som følge deraf bør den kunne prøves ved Domstolen. Overholdelsen af disse principper bør bekræftes, inden det afgøres, om der er tale om en »egentlig« henstilling. Appellanten har gjort gældende, at den faktiske EU-retsakt skal vedtages i overensstemmelse med EU-retten og skal respektere de andre EU-institutioners og medlemsstaternes beføjelser.

24 – Den Portugisiske Republik og Den Helleniske Republik anmodede Retten om tilladelse til at intervenere til støtte for appellants påstande. Da Retten afviste sagen, fandt den det uforment at tage stilling til begæring om intervention (den appellerede kendelse, præmis 86).

25 – Appellanten har lagt Domstolens udtalelse 2/00 til grund for at understrege den forfatningsretlige betydning af valget af det rette retsgrundlag (udtalelse 2/00 (Cartagena-protokollen om forebyggelse af bioteknologiske risici) af 6.12. 2001 (EU:C:2001:664, punkt 5). Jf. også dom af 1.10.2009, Kommissionen mod Rådet (C-370/07, EU:C:2009:590, præmis 47).

45. Med sit andet appelanbringende har appellanten kritiseret den omstændighed, at Retten med henvisning til forskellen mellem annullationsprocedurer og traktatbrudsprocedurer fastslog, at retspraksis, hvorefter retsakter med ikke-bindende retsvirkning, som er vedtaget i strid med forpligtelsen til loyalt samarbejde, gøres til genstand for domstolsprøvelse i traktatbrudsprocedurer, er irrelevant²⁶. Dette er grundlæggende i strid med den gensidige karakter af pligten til loyalt samarbejde²⁷. Dette bevirker, at Retten hindrer en medlemsstat i at få adgang til Domstolen i annulationsøgsmål, mens medlemsstaterne er privilegerede sagsøgere.

46. Med sit tredje appelanbringende har appellanten gjort gældende, at Retten ikke har anvendt AETR-dommen²⁸ og den efterfølgende retspraksis i sin undersøgelse af henstillingen korrekt. Appellanten konkluderer, at henstillingens lovlighed kan prøves i henhold til artikel 263 TEUF, fordi den har retsvirkning i det mindste over for Belgien og Portugal.

47. Appellanten har gjort gældende, at Retten burde have taget hensyn til den omstændighed, at henstillingen er formuleret på en bindende måde i flere sprogversioner, f.eks. på portugisisk, men også på to af Belgiens tre officielle sprog, nemlig nederlandsk og tysk, navnlig fordi nationale retsinstanser skal tage hensyn til henstillinger. Retten bør ikke se på henstillingen på en generel måde, men på en specifik måde for at afgøre, om den har retsvirkning for Belgien. I medfør af den bindende formulering på nederlandsk og tysk kan det konkluderes, at der er tale om »stærkere« retsvirkning over for Belgien sammenlignet med andre sprogversioner.

48. I sit svarskrift har Kommissionen afvist appellants argumenter med hensyn til betingelserne for at realitetsbehandle et annulationsøgsmål vedrørende henstillinger. Kommissionen har anført, at appellants argumenter vedrører sagens realitet (ved at nævne princippet om kompetencetildeling, princippet om loyalt samarbejde og princippet institutionel ligevægt og retsgrundlag), mens den foreliggende sag alene vedrører betingelserne for realitetsbehandling.

49. Med hensyn til den gensidige karakter af pligten til loyalt samarbejde (det andet anbringende) har Kommissionen anført, at Kongeriget Belgien med urette foreholder Retten at have begået en fejl ved at skabt et misforhold i den processuelle ligestilling til fordel for Kommissionen i traktatbrudsprocedurer og til skade for medlemsstaterne i annullationsprocedurer. Rettens konklusion indebærer blot, at henstillingers lovlighed ikke kan prøves på grundlag af artikel 263 TEUF. Der er således ikke tale om manglende ligestilling ved anvendelsen af artikel 263 TEUF.

50. Det er ifølge Kommissionen uden betydning, at der anvendes en lidt anden formulering i en af medlemsstaternes officielle sprogversioner. Dette skyldes, at en bedømmelse af de eventuelle retsvirkninger af en henstilling bør baseres på retsaktens formål og den sammenhæng, hvori den indgår. EU's retsakter bør ifølge Kommissionen fortolkes selvstændigt uafhængigt af den nationale ret.

51. I sit svarskrift har appellanten lagt vægt på retsgrundlaget for henstillingen, som denne anser for at mangle. Appellanten har fastholdt, at en henstilling fra Kommissionen har retsvirkninger i kraft dens eksistens (om end begrænsede), som betyder, at dens lovlighed skal kunne prøves. En medlemsstat bør kunne anmode om prøvelse af gyldigheden af enhver EU-retsakt, hvis det ikke er klart, om den er vedtaget inden for rammerne af princippet om kompetencetildeling, især hvis der ikke er et materielt retsgrundlag. En henvisning til artikel 292 TEUF er ikke nok. Den opfylder ikke kravet om et materielt retsgrundlag.

26 – Dom af 12.2.2009, Kommissionen mod Grækenland (C-45/07, EU:C:2009:81), og af 20.4.2010, Kommissionen mod Sverige (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 – Dom af 16.10.2003, Irland mod Kommissionen (C-339/00, EU:C:2003:545, præmis 71).

28 – Dom af 31.3.1971, Kommissionen mod Rådet (22/70, EU:C:1971:32).

52. I sin duplik har Kommissionen anført, at der ikke er nogen lakune i de procedurer, der er fastsat i henhold til traktaterne. Henstillinger er udelukket fra anvendelsesområdet for artikel 263 TEUF. Det eneste spørgsmål er, om henstillingen er en »egentlig« henstilling. Spørgsmålet vedrørende retsgrundlag er omfattet af bedømmelsen af sagens realiteter og bør derfor kun behandles, hvis påstanden antages til realitetsbehandling. Appellanten har under ingen omstændigheder efter Kommissionens opfattelse godtgjort, hvorfor der er behov for at andet retsgrundlag end artikel 292 TEUF.

53. Ud over deres skriftlige indlæg har Kongeriget Belgien og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, som blev afholdt den 26. juni 2017.

VI. Bedømmelse

54. Til støtte for sin appel har appellanten fremsat tre anbringender. Jeg finder det hensigtsmæssigt at behandle det tredje appellanbringende først (hvormed appellanten har gjort gældende, at Retten begik en fejl i sin bedømmelse af den manglende retsvirkning af den omtvistede henstilling) primært af to grunde. Det er for det første essensen af appellen ved Domstolen. På forskellige måder berører det tredje anbringende også elementer af det første og det andet anbringende. I en vis grad er elementer af materiel prøvelse i en sag som den foreliggende allerede kædet sammen med og synlige i forbindelse med formaliteten. For det andet er appellants tredje anbringende efter min opfattelse begrundet. Retten har begået en retlig fejl: Den fortolkede den omtvistede henstillings virkninger ukorrekt og begik derved en fejl ved bedømmelsen af sagens formalitet²⁹.

55. En henstilling er en »typisk« EU-retsakt, som er nævnt i artikel 288 TEUF. I modsætning til et potentielt meget bredt spektrum af »atypiske« retsakter fra EU-institutioner og -organer, nemlig dem, der ikke er nævnt, fastsætter artikel 288 TEUF karakteristikaene for en henstilling – den er ikke bindende. Artikel 263, stk. 1, TEUF udelukker desuden klart henstillinger fra annulationsøgsmål.

56. I lyset af denne lovgivningsmæssige baggrund i primærretten er udvidelsen af praksis efter AETR-dommen³⁰, som er fastlagt for »atypiske« retsakter, muligvis ikke helt automatisk. Der kan derfor benyttes to principper ved behandlingen af potentielle annulationsøgsmål vedrørende henstillinger. Der er for det første princippet om »*indhold frem for form*«, hvor det selv ved typiske retsakter er analysen af den omtvistede retsakts indhold, der afgør, om annulationsøgsmål antages til realitetsbehandling. Hvis retsakten, i modsætning til dens titel, er noget andet, end den siger (hvis der f.eks. ikke er tale om en »egentlig« henstilling), bør den kunne gøres til genstand for domstolsprøvelse, uanset dens betegnelse. Der er for det andet princippet om »*form afgør indhold*«, hvorefter en spade er en spade, selv om den antager en anden form. Fordi og så længe der står »spade« på den, skal den imidlertid anses for og fortolkes som sådan.

57. Dette forslag til afgørelse er opbygget på følgende måde: Afsnit A omhandler det første princip: Jeg starter med at gå tilbage til kriteriets rødder i AETR-dommen (A.1.), inden jeg går til den efterfølgende retspraksis og Rettens opfattelse af kriteriet i den foreliggende sag (A.2.). Derefter forklarer jeg, hvorfor denne sag er problematisk på flere niveauer, når der er tale om henstillinger (A.3.), inden jeg går til den foreslåede justering heraf (A.4.). Jeg påviser derefter, hvordan et mere nuanceret kriterium ville finde anvendelse på den omtvistede henstilling (A.5.).

29 – Fortolkningen af retsvirkninger (eller manglen derpå) af en (potentiel) EU-retlig kilde, f.eks. en henstilling, er efter min overbevisning alene et retligt spørgsmål, som derfor kan gøres til genstand for domstolsprøvelse ved appel. Iura (item »ius mollis«) novit Curia.

30 – Dom af 31.3.1971, Kommissionen mod Rådet (22/70, EU:C:1971:32).

58. Afsnit B indledes med en beskrivelse af det andet princip (B.1.) efterfulgt af yderligere argumenter for, hvorfor dette princip efter min opfattelse ikke bør anvendes af Domstolen (B.2.). Hvis Domstolen alligevel vælger at følge dette princip, vil jeg imidlertid opfordre den til i det mindste at præcisere karakteren og virkningen af henstillinger (B.3.) på en række vigtige områder.

A. Indhold frem for form

1. AETR-dommen

59. I den første udgave fra 1957 bestemte artikel 173 i EØF-traktaten (senere artikel 230 EF, nu artikel 263 TEUF), at lovligheden af »Kommissionens og Rådets retsakter, bortset fra henstillinger og udtalelser«, kunne prøves ved Domstolen. Den gav ikke en positiv definition af de retsakter, der kunne prøves. Det var derfor op til Domstolen at afgøre, hvilke retsakter der kunne prøves: om det alene var de retsakter fra Kommissionen eller Rådet, som udtrykkeligt blev betegnet som bindende retsakter i den daværende artikel 189 EØF (nu artikel 288 TEUF), dvs. forordninger, direktiver og afgørelser, eller om de også omfattede »atypiske retsakter«, der var vedtaget af disse institutioner, men som ikke udtrykkeligt var nævnt i traktaterne.

60. I AETR-dommen³¹, som vedrørte referatet fra Rådet vedrørende forhandlingen og indgåelsen af en international aftale, fastlagde Domstolen et kriterium for at afgøre, om et søgsmål om annullation af en af institutionernes retsakter kan antages til realitetsbehandling (herefter »AETR-kriteriet«). Domstolen fastslog, at retsakter, »der kan gøres til genstand for søgsmål«, i henhold til artikel 173 EØF omfatter »enhver af institutionerne vedtagen bestemmelse, som er bestemt til at afføde retsvirkninger [...] annullationssøgsmålet bør kunne anvendes mod *enhver af institutionerne vedtagen bestemmelse, som er bestemt til at afføde retsvirkninger, uanset dens karakter eller form*«³².

61. Det oprindelige AETR-kriterium vedrørte således to elementer: Var der en EU-retsakt, som er *bestemt til at have retsvirkninger*?

62. I sin efterfølgende praksis har Domstolen anvendt kriteriet på en række atypiske retsakter som f.eks. Kommissionens interne instrukser eller retningslinjer³³, adfærdskodeks for anvendelse af Rådets forordning³⁴, meddelelser³⁵, informationsnotater³⁶ eller breve³⁷.

63. En nærmere gennemgang af disse afgørelser viser, at kriteriet ikke altid er blevet formuleret på samme måde. Der er imidlertid ét klart fælles tema: I forhold til alle disse atypiske retsakter har Domstolen konsekvent fastslået, at en EU-retsakts indhold vejer tungere end dens form, når det afgøres, om et annullationssøgsmål kan antages til realitetsbehandling³⁸. Retsaktens faktiske titel og form er ikke afgørende for, om dens lovlighed kan prøves eller ej.

31 – Dom af 31.3.1971, Kommissionen mod Rådet (22/70, EU:C:1971:32).

32 – Denne doms præmis 39 og 42 (min fremhævelse). Denne ordlyd, som henviser til »retsakter, som er bestemt til at afføde retsvirkninger«, blev derefter indarbejdet i artikel 173 EØF af Maastrichttraktaten.

33 – Jf. dom af 9.10.1990, Frankrig mod Kommissionen (C-366/88, EU:C:1990:348), og af 6.4.2000, Spanien mod Kommissionen (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 – Jf. dom af 13.11.1991, Frankrig mod Kommissionen (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 – Jf. dom af 16.6.1993, Frankrig mod Kommissionen (C-325/91, EU:C:1993:245), og af 20.3.1997, Frankrig mod Kommissionen (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 – Jf. dom af 1.12.2005, Italien mod Kommissionen (C-301/03, EU:C:2005:727), sammenholdt med generaladvokat Jacobs' forklarende forslag til afgørelse (C-301/03, EU:C:2005:550, punkt 70 ff.).

37 – Jf. dom af 5.10.1999, Nederlandene mod Kommissionen (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 – Jf. allerede dom af 10.12.1957, Société des usines à tubes de la Sarre mod Den Høje Myndighed (1/57 og 14/57, EU:C:1957:13), med hensyn til retsakter fra Den Høje Myndighed.

2. AETR-kriteriet som anvendt af Retten i den foreliggende sag

64. I den anfægtede kendelse fastslog Retten følgende: »Det fremgår af fast retspraksis, at enhver af institutionerne udstedt bestemmelse – uanset form – som tilsigter at have retligt bindende virkninger, udgør en anfægtelig retsakt i artikel 263 TEUF's forstand [...]. Enhver retsakt, der ikke har *bindende* retsvirkninger, som f.eks. forberedende retsakter, bekræftende retsakter, rene gennemførelsesforanstaltninger, *simple henstillinger* og udtalelser og i princippet interne instrukser, er derimod ikke underlagt den i artikel 263 TEUF omhandlede domstolsprøvelse [...] I lyset af denne retspraksis skal vurderingen af, om en retsakt kan have retsvirkninger, og dermed om den kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i henhold til artikel 263 TEUF, foretages på baggrund af retsaktens ordlyd og den sammenhæng, hvori den indgår [...], dens indhold [...] og dens ophavsmands formål hermed [...]«³⁹.

65. Retten fortsatte derefter med at anvende AETR-kriteriet på en henstilling for første gang, så vidt jeg er orienteret. Retten undersøgte ordlyden, sammenhængen, indholdet og ophavsmandens hensigt. Retten fastslog, at henstillingen ikke havde bindende retsvirkning for dens modtagere. Retten medgav, at de principper, der var omhandlet i henstillingen, var meget detaljerede. Den fastslog alligevel, at de ikke var af »bindende« karakter, navnlig i lyset af de ikke-bindende formuleringer, der er anvendt i de fleste sprogversioner af henstillingen. Ved at lægge mere vægt på ordlyden end de andre faktorer fastslog Retten følgelig, at søgsmålet skulle afvises.

66. De afgørende elementer i Rettens analyse af den omtvistede henstilling var således øjensynligt henstillingens mangel på *bindende retsvirkninger*, som blev bestemt ud fra Kommissionens *hensigt*, som den primært kan udledes af retsaktens form og ordlyd.

3. AETR-kriteriets problematiske elementer

67. AETR-kriteriet er forbundet med visse problemer, hvis det fortolkes og anvendes på denne måde. De kan opdeles i to kategorier: Der er for det første problemer *internt* i kriteriet, dets logik, betingelser og deres udformning, som bliver synlige – måske særligt synlige, når det anvendes på en henstilling. Dernæst er der problemer, som kan betegnes som *eksterne* problemer. Det vedrører det forhold, at AETR-kriteriet, som med tiden faktisk bliver mere og mere snævert, ikke længere er i trit med udviklingen i EU's normative landskab. I en verden, hvor forskellige soft law-instrumenter faktisk vokser i både antal og betydning sammenlignet med 1971, bør betingelserne for undersøgelse og domstolsprøvelse tilpasses sådan udvikling.

a) Interne problemer

68. Der er to elementer, der skiller sig ud i denne henseende: den nødvendigvis *bindende* karakter af en EU-retsakt for at kunne prøve dens lovlighed (1) og ophavsmandens *hensigt* med hensyn til dens retsvirkninger (2).

1) Retsvirkninger, bindende virkning eller bindende retsvirkning?

69. AETR-dommens⁴⁰ præmis 42 henviser ikke til foranstaltninger, der er bestemt til at have *bindende retsvirkninger*, men kun *retsvirkninger*. Det synes at gælde for de udtryk, der er valgt i de øvrige sprogversioner fra daværende tidspunkt⁴¹.

39 – Den appellerede kendelses præmis 16-18 (min fremhævelse).

40 – Ovenfor, fodnote 31.

41 – På fransk: »qui visent à produire des effets de droit«, på tysk: »Rechtswirkungen zu erzeugen«, på italiensk: »che miri a produrre effetti giuridici« og på nederlandsk: »die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen«.

70. Ændringen i terminologien fra kun retsvirkninger til »*bindende* retsvirkninger« skete i den efterfølgende retspraksis⁴². Denne tendens forekommer at være blevet forstærket på det seneste, idet Domstolen nu gør muligheden for at domstolsprøve EU-retsakter betinget af, om de har *bindende* retsvirkning⁴³.

71. Det kunne ganske vist anføres, at Domstolen på trods af anvendelsen af udtrykket »retsvirkninger« egentlig mente »bindende virkning« i AETR-dommen, selv om dette i lyset af den type dokument, som var genstand for denne sag (Rådets referat), ikke er fuldstændigt overbevisende. Dette kunne især anføres med begrundelse i ordlyden af artikel 189 EØF, som allerede dengang sondrede mellem bindende retsakter (forordninger, direktiver, afgørelser og beslutninger) og ikke-bindende retsakter (henstillinger og udtalelser)⁴⁴. Selv om Domstolen ikke klart fortolkede artikel 173 EØF i lyset af den nomenklatur, der er fastsat i artikel 189 EØF, havde sidstnævnte bestemmelse med sandsynligvis en indvirkning på kriteriet.

72. Det er imidlertid også korrekt, at det stadig er et nyligt fænomen, at Domstolen øjensynligt generelt er blevet strengere med hensyn til at indsnævre anvendelsesområdet for artikel 263 TEUF til retsakter, der har *bindende* retsvirkning, og udvide ordlyden af bestemmelsen, som alene omhandler *retsvirkninger* (over for tredjemand). Da retspraksis ikke omfatter en klar diskussion af denne sondring, og der frem for alt ikke foreligger bevis for et informeret valg i den ene eller den anden retning, kan det spørges, om Domstolen faktisk har ønsket at blive strengere og mere snæver. Det er imidlertid klart, at hverken ordlyden af eller logikken bag AETR-dommen nødvendigvis indebar *bindende* ud over kun *retsvirkninger*.

73. Dette er ikke kun en leg med ord. Det har en vigtig betydning i praksis, som det også fremgår af den foreliggende sag. Hvad der præcis udgør *retsvirkninger*, kan diskuteres. Begrebet er imidlertid åbenlyst ganske bredt og omfatter alle typer virkning på/i retten og dens fortolkning og anvendelse. I modsætning dertil repræsenterer bindende virkning, og i endnu højere grad bindende *retsvirkning*, en langt snævrere kategori.

74. Traditionelt er lovens *bindende* virkning forbundet med tvang. Manglende overholdelse kan efterfølges af håndhævelse og sanktioner. Ved en sådan (rent positivistisk⁴⁵) udlægning er eksistensen af sanktioner et definerende element af bindende virkning.

75. Hvis der ses bort fra teoretiske diskussioner, er det ganske klart, at en række retsakter, som med sandsynlighed har betydelige retsvirkninger på modtagernes adfærd, men som ikke er bindende i traditionel forstand, fordi de ikke indeholder et direkte eller uafhængigt element af tvang, ikke ville kunne gøres til genstand for domstolsprøvelse i henhold til AETR-kriteriet og i sidste ende artikel 263, stk. 1, TEUF, hvis *bindende retsvirkning* blev brugt som målestok. Som det vil fremgå af det følgende, er dette navnlig tilfældet med den foreliggende henstilling.

42 – Jf. eksempelvis kendelse af 17.5.1989, Italien mod Kommissionen (151/88, EU:C:1989:201, præmis 21). Jf. også dom af 5.10.1999, Nederlandene mod Kommissionen (C-308/95, EU:C:1999:477, præmis 30). Med hensyn til »retsvirkninger«, jf. eksempelvis dom af 1.12.2005, Italien mod Kommissionen (C-301/03, EU:C:2005:727, præmis 22-24).

43 – Jf. dom af 13.10.2011, Deutsche Post og Tyskland mod Kommissionen (C-463/10 P og C-475/10 P, EU:C:2011:656, præmis 36), og af 13.2.2014, Ungarn mod Kommissionen (C-31/13 P, EU:C:2014:70, præmis 54).

44 – Jf. dom af 31.3.1971, Kommissionen mod Rådet (22/70, EU:C:1971:32, præmis 39), sammenholdt med generaladvokat Dutheillets forslag til afgørelse Kommissionen mod Rådet (22/70, ikke trykt i Sml., EU:C:1971:23, s. 287), som anfører, at »[t]raktatens artikel 173 og 189 udgør et sammenhængende hele«. Jf. også dom af 23.4.1986, Les Verts mod Parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, præmis 24).

45 – På denne måde langt mere »kelseniansk« end den allerede citerede »hartianske« tradition, eftersom sidstnævnte er langt mere »sociologisk«. Hart medgav, at en retsregel kan være bindende, ikke kun, fordi den blev vedtaget i overensstemmelse med en sekundær regel, der bestemmer, at reglen skal være bindende, men også fordi en gruppe mennesker accepterer denne norm som standard for deres adfærd, hvorved der skabes et internt socialt pres i gruppen for at overholde reglen – jf. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2. udgave (med efterskrift), Clarendon Press, Oxford, 1997, kapitel V og VI.

2) Hvilken rolle spiller ophavsmandens hensigt?

76. Der er for det andet tale om manglende intern klarhed i AETR-kriteriet, som det er anvendt af Retten: Hvilken rolle spiller præcist ophavsmandens hensigt for afgørelsen om, hvorvidt en retsakt skal anses for at afføde (bindende) retsvirkninger?

77. AETR-dommen og den nuværende ordlyd af artikel 263 TEUF er baseret på ophavsmandens hensigt. Brugen af datid (var bestemt til) understreger, at det relevante netop er at fastslå ophavsmandens *tidligere (historiske) subjektive* hensigt, som den var på tidspunktet for vedtagelsen af den pågældende retsakt. En sådan fortolkning er formentlig også i overensstemmelse med de generelle regler, der finder anvendelse på annullationssøgsmål. Under sådanne sager skal de anfægtede EU-retsakter bedømmes i forhold til de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da foranstaltningen blev vedtaget⁴⁶.

78. Hvis retsaktens ophavsmands hensigt altid antages at være subjektiv og historisk, vil en henstilling aldrig kunne prøves i praksis. Vurderingen af en henstillings karakter og virkninger kommer hurtigt til at køre i ring. Fordi Kommissionen ikke havde til hensigt at vedtage bindende lovgivning, valgte den en henstilling. Fordi Kommissionen valgte en henstilling, var dens subjektive hensigt tydeligvis, at dette instrument ikke skulle være bindende. På grund af en sådan hensigt, som faktisk bekræftes af valget af instrument, kan den aldrig være bindende, uanset dens indhold og ordlyd, fordi Kommissionen ikke havde til hensigt at vedtage bindende lovgivning.

79. Valget af instrument vil på denne måde altid på forhånd afgøre foranstaltningens formål og den sammenhæng, hvori den indgår, hvilket da med sandsynlighed vil veje tungere end dens indhold og ordlyd.

b) Eksterne problemer

80. Ud over disse logiske problemer, der er forbundet med den formulering af AETR-kriteriet, som Retten har tilsluttet sig, når det anvendes på henstillinger, er det samme kriterium også forbundet med bredere, eksterne udfordringer. Jeg vil beskrive to i dette afsnit: For det første er der den stigende anvendelse af forskellige soft law-instrumenter, som strengt taget ikke har bindende virkning, men som samtidig afføder retsvirkninger (1). For det andet vil henstillinger med sandsynlighed i praksis afføde en række retsvirkninger, ofte ganske betydelige, på både EU-plan og nationalt plan (2).

1) Den øgede anvendelse af soft law-instrumenter

81. Der er en lang række instrumenter i (ikke kun) EU-retten, der under forskellige betegnelser og former (retningslinjer, meddelelser, adfærdskodeks, notater, henstillinger, udtalelser, interinstitutionelle aftaler, konklusioner, udtalelser, resolutioner osv.) generisk betegnes »soft law-instrumenter«. De kan vedtages på ethvert område, på alle faser i beslutningsprocessen, både inden høringen af interessenter (upstream) og under gennemførelsen af retsakter (downstream). Disse instrumenter kan således være enten før- og efter-lovgivningsinstrumenter.

82. Der er måske to elementer, hvor der er generel enighed i de ellers meget forskellige principper for sådanne soft law-instrumenter: For det første kan soft law ikke altid indpasses i den binære og sort-hvide sondring mellem bindende og ikke-bindende retsvirkninger. For det andet er soft law-instrumenter i de sidste par årtier blevet stadig mere udbredte og anvendes hyppigere end tidligere⁴⁷.

46 – Jf. eksempelvis dom af 7.2.1979, Frankrig mod Kommissionen (15/76 og 16/76, EU:C:1979:29, præmis 7), og af 29.4.2004, Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 39).

47 – Vurderet ud fra den store mængde faglitteratur om og opmærksomhed omkring emnet.

83. Spørgsmålet om udbredelsen af soft law og (manglen på) domstolsprøvelse heraf er således blevet drøftet i både faglitteratur⁴⁸ og af EU-institutionerne⁴⁹.

84. En række medlemsstaters øverste retsinstanter har desuden i de senere år søgt at behandle det samme fænomen på nationalt plan. De har indledt domstolsprøvelse af retsakter, som strengt taget ikke er bindende, og har dermed faktisk knyttet betingelserne for realitetsbehandling af annulationssøgsmål til retten til adgang til effektive retsmidler⁵⁰. Dette er f.eks. tilfældet, når modtagere kan opfatte den anfægtede retsak som bindende på grundlag af et sæt elementer, navnlig fordi de indeholder incitamenter⁵¹, eller når deres ophavsmand har beføjelse til at vedtage sanktioner⁵², eller når retsakten kan have betydelig indvirkning på modtageren⁵³. Det samme gør sig i endnu højere grad gældende for common law-domstolene, som traditionelt har tilladt domstolsprøvelse af ikke-bindende retsakter i langt videre udstrækning end deres modstykker på kontinentet. I Irland sikrer domstolene f.eks. beskyttelsen af grundlæggende rettigheder, selv om den anfægtede foranstaltning ikke er bindende og ikke har specifik indvirkning på modtagernes rettigheder og forpligtelser⁵⁴.

85. Endelig bør den franske Conseil d'Etats tilgang og praksis i denne forbindelse også nævnes. Conseil d'Etat gav for det første en situationsbeskrivelse i en omfattende rapport, som bl.a. omfattede en definition af soft law⁵⁵. Dernæst byggede den sidste år videre på denne rapport ved at opstille et nyt retligt kriterium med fokus på økonomiske virkninger og eksistensen af væsentlig indflydelse på adfærden hos instrumentets modtager⁵⁶.

86. På trods af deres forskellighed deler de forskellige soft law-instrumenter på både nationalt plan og EU-plan tilsyneladende det samme særlige kendetegn: De er ikke *bindende* i traditionel forstand. De er en form for *ikke-fuldendt* norm: De har på den ene side den normative ambition om at anspore deres modtagere til overholdelse. På den anden side er de ikke tilknyttet direkte tvangsforanstaltninger. De vedtages sædvanligvis efter en høring af forskellige interessenter (en bottom-up-tilgang) og kan indeholde »milde forpligtelser« eller »faste formaninger«, der er formuleret som »opfordringer«.

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

49 – Jf. navnlig Europa-Parlamentets rapport, »Checks and Balances of soft EU rule-making«, Generaldirektoratet for Interne Politikker, Direktoratet for Borgernes Rettigheder og Konstitutionelle Anliggender, 2012 (PE 462 433), særligt s. 54-58.

50 – Eksempelvis Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Tyskland), dom af 15.11.2010 – 19 BV 10 871 (vedrørende administrative cirkulærer om fastsættelse af emissionskvoter i miljøsager).

51 – Jf. Högsta förvaltningsdomstolen (øverste forvaltningsdomstol, Sverige), 24.5.1996, sag 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 – Jf. eksempelvis vedrørende administrative cirkulærer, Conseil d'Etat (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Belgien), dom 237/674 af 16.3.2017. Jf. vedrørende betænkninger (prises de position) eller rapporter vedtaget af uafhængige forvaltningsmyndigheder med beføjelse til at vedtage sanktioner, Conseil d'Etat (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig), dom af 17.11.2010, Syndicat français des ostéopathes, n° 332 771, og af 11.10.2012, Société Casino Guichard-Perrachon, n°357193.

53 – I Sverige kan offentlige og private organer f.eks. anfægte lovligheden af en forvaltningsakt, hvis de har anset den for bindende og har handlet i overensstemmelse med den (Högsta förvaltningsdomstolen, 10.2.2004, sag 2696-03 (RA 2004 ref 8), om en »information«, der med sandsynlighed har faktisk indvirkning på modtagerens personlige og økonomiske situation).

54 – Jf. eksempelvis vedrørende en retssag mod en administrativ rapport inden for rammerne af planlægningsprocedurer, High Court (ret i første instans), *De Burca mod Wicklow County Manager* (2009) IEHE 54. Jf. vedrørende den irske konkurrencemyndigheds retningslinjer, High Court (ret i første instans), *Law Society of Ireland mod Competition Authority* (2006) 2 IR 262.

55 – I sin årsrapport 2013 definerede Conseil d'Etat soft law som et sæt instrumenter, der opfylder følgende tre kriterier: 1) De skal have til formål at ændre eller vejlede modtagernes adfærd ved at føre til deres overholdelse, 2) de fører ikke selv til rettigheder eller forpligtelser for deres modtagere, 3) de repræsenterer med deres indhold og struktur en grad af formalisering og struktur, som får dem til i højere grad at ligne retsregler (Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 - Le droit souple*, La Documentation française, 2013, s. 61-63).

56 – Conseil d'Etat (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig), dom af 21.3.2016, Numericable, n° 390023, og af 21.3.2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n° 368082, om henholdsvis den franske konkurrencemyndigheds betænkning og den franske finansmyndigheds pressemeddelelser.

2) Henstillinger: ingen bindende virkning, men affødning af retsvirkninger

87. En sådan beskrivelse passer generelt på henstillinger. I traktaterne er henstillinger kun defineret negativt: De har ingen bindende virkning (artikel 288 TEUF). Bortset fra dette varierer anvendelsen af og praksis for henstillinger⁵⁷. De indeholder sædvanligvis opfordringer til at handle på en bestemt måde, følge en politik eller indføre regler, som deres ophavsmand anser for passende i lyset af det mål, der forfølges.

88. Selv om henstillinger klart beskrives som ikke-bindende, kan de afføde betydelige retsvirkninger med hensyn til ansporing til en bestemt adfærd og ændring af de normative betingelser. De vil med sandsynlighed have en indvirkning på deres modtageres og tredjeparters rettigheder og forpligtelser. For at illustrere dette beskrives eksempler på sådanne virkninger i dette afsnit på to særskilte, men indbyrdes forbundne planer: i) på EU-plan og ii) på medlemsstatsplan.

i) På EU-plan

89. På EU-plan kan der fremhæves tre typer retsvirkninger af henstillinger: i) forventning og berettiget forventning, ii) deres fortolkningsmæssige rolle og iii) henstillingers potentiale til at afføde parallelle regler, som foregriber lovgivningsproceduren og dermed påvirker den institutionelle ligevægt.

90. Hvis en EU-institution vedtager en henstilling om, hvordan andre bør opføre sig, forekommer det for det første rimeligt at antage, at denne institution i givet fald kan forventes at følge den samme henstilling i sin egen praksis og adfærd. Fra dette synspunkt svarer den berettigede forventning, der dermed skabes, faktisk til andre typer soft law, som EU-institutioner eller -organer vedtager, og som opfattes som en (automatisk) begrænsning af den fremtidige udøvelse af deres egne skønsbeføjelser⁵⁸.

91. For det andet anvendes henstillinger ofte af retsinstanser til at fortolke ubestemte retlige begreber i den bindende lovgivning. Dette gælder navnlig (men bestemt ikke udelukkende) henstillinger, der fremsættes efter vedtagelsen af lovgivning, og som ikke vedtages alene på grundlag af artikel 292 TEUF, men også på grundlag af en afledt retsakt – netop for at beskrive de retlige begreber, der er fastsat deri. Henstillinger, der fremsættes før vedtagelsen af lovgivning, kan imidlertid opfylde den samme funktion med hensyn til ubestemte retlige begreber i traktaterne eller med henblik på fortolkning af et andet retligt instrument, som overlapper denne henstillings rationae materiae. På denne måde kan begge typer henstillinger supplere bindende lovgivning.

92. I Grimaldi-dommen har Domstolen for det tredje allerede forklaret, hvornår henstillinger kan vedtages: Henstillinger vedtages »i almindelighed [...] af Fællesskabets institutioner, når disse ikke har hjemmel i traktaten til at udstede bindende retsakter, eller når de skønner, at der ikke bør fastsættes regler af mere bindende karakter«⁵⁹.

93. Det, som er den største styrke ved henstillinger, kan måske da også være deres største fare. De kan bruges som mere end blot redskaber til at fremme politikker, som politisk (manglende konsensus) eller juridisk (ingen specifikke beføjelser i denne henseende) er gået i hårdknude. De kan også potentielt anvendes som et redskab til at omgå de samme lovgivningsprocedurer.

57 – For tidligere og nu klassiske redegørelser, jf. eksempelvis C. Morand, »Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire«, *Cahiers de droit européen*, 1970, s. 523, og P. Soldatos, G. Vandersanden, »La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne«, i D. De Ripainse-Landy, et al., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976, s. 94.

58 – Jf. dom af 29.9.2011, Arkema mod Kommissionen (C-520/09 P, EU:C:2011:619, præmis 88), og af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 209-211). Jf. dom af 13.12.2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 29), for en mere nuanceret fortolkning med hensyn til meddelelser under konkurrenceretten.

59 – Dom af 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, præmis 13).

94. Dette afføder to typer foregribelse: en kortsigtet og en langsigtet. Det umiddelbare problem med omgåelse af de andre institutioner, som normalt deltager i lovgivningsproceduren, er allerede blevet anerkendt og behandlet⁶⁰. Det er derfor klart, at en henstilling kan have betydning for den institutionelle ligevægt⁶¹ og dermed på adskillelsen af beføjelser inden for Unionen. Hvis henstillinger blev udelukket fra prøvelse af deres lovlighed alene med den begrundelse, at de ikke er bindende, vil det aldrig være muligt at opretholde princippet om institutionel ligevægt⁶².

95. Der er imidlertid en anden type foregribelse, som med sandsynlighed vil gøre sig gældende for især henstillinger, der fremsættes før vedtagelsen af lovgivning: muligheden for at formulere normerne inden gennemførelsen af den faktiske lovgivningsprocedure, som endda kan udmønte sig i en ensidig foregribelse af lovgivningsproceduren. Det er ubestridt, at en henstilling har til formål at anspore dens modtagere til overholdelse. Hvis dette lykkes bare delvist, vil henstillingen forme det fremtidige udbud af tænkelige (acceptable) normative løsninger. Hvis flere EU-institutioner eller medlemsstater allerede overholder henstillingen, vil disse aktører i den eventuelt efterfølgende lovgivningsprocedure naturligvis fremme den lovgivningsløsning, som de allerede overholder. På denne måde bliver den nuværende soft law til den fremtidige »hard law«.

ii) På medlemsstatsplan

96. Der findes mindst tre typer retsvirkninger af henstillinger på medlemsstatsplan. Deres præcise omfang afhænger af, hvorvidt princippet om loyalt samarbejde gøres gældende i forbindelse med henstillinger.

97. Den første og primære type af forpligtelser, der affødes af henstillinger, som Domstolen indtil videre har fastslået, er de nationale retsinstansers pligt til at tage hensyn til dem, når de fortolker national lovgivning om gennemførelse af disse bestemmelser. Det fremgår klart, at henstillinger ikke i sig selv skaber rettigheder, som personer kan gøre gældende ved de nationale retsinstanser⁶³. I Grimaldi-dommen tilføjede Domstolen imidlertid også, at henstillinger »ikke kan anses for at være ganske uden retsvirkninger. De nationale retsinstanser skal således ved afgørelsen af tvister, der indbringes for dem, tage hensyn til henstillinger, navnlig når disse kan bidrage til fortolkningen af nationale bestemmelser udstedt til gennemførelse heraf, eller når der er tale om henstillinger, som har til formål at udfylde bindende fællesskabsretlige bestemmelser«⁶⁴.

98. Det bør bemærkes, at Domstolen kun har anerkendt sådanne *fortolkningsmæssige retsvirkninger* for henstillinger og derved har adskilt dem fra andre ikke-bindende EU-retsakter⁶⁵.

60 – Initiativet om bedre lovgivning har lagt vægt på dette problematiske aspekt af soft law. Jf. navnlig Rammeaftale om forbindelserne mellem Europa-Parlamentet og Europa-Kommissionen (EUT 2010, L 304, s. 47). Punkt 43 lyder: »På områder, hvor Parlamentet normalt er inddraget i lovgivningsprocessen, anvender Kommissionen, hvor det er relevant og behørigt begrundet, »soft law« efter at have givet Parlamentet lejlighed til at give udtryk for sine synspunkter. Kommissionen giver, når den vedtager sit forslag, en grundig redegørelse for, hvordan Parlamentets synspunkter er blevet tilgodeset.«

61 – Det var som bekendt kompetencetildelingen og den institutionelle ligevægt, som også lå til grund for Domstolens dom af 23.4.1986, Les Verts mod Parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, præmis 25).

62 – Dette er faktisk det argument, som appellanten gør gældende i sit andet appelanbringende. Hvis antagelsen af et annullationssøgsmaal til realitetsbehandling gøres betinget af eksistensen af bindende retsvirkninger (i modsætning til blot retsvirkninger), kan det siges at være til hinder for at sikre, at ophavsmanden til den anfægtede retsakt har handlet inden for sit kompetenceområde. Det åbner da op for spørgsmålet om, hvorvidt soft law-instrumenter, herunder en henstilling, kun kan vedtages inden for den kompetence, der er tildelt Unionen og den pågældende institution. De kan imidlertid ikke gøres til genstand for domstolsprøvelse gennem et annullationssøgsmaal, eftersom sådanne bindende retsvirkninger ikke eksisterer, hvorved vi nærmer os en Catch-22-situation.

63 – Jf. dom af 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, præmis 16). Jf. også dom af 21.1.1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, præmis 18), af 11.9.2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, præmis 41), og af 18.3.2010, Alassini m.fl. (C-317/08 – C-320/08, EU:C:2010:146, præmis 40).

64 – Dom af 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, præmis 18).

65 – Domstolen har navnlig afvist at anerkende denne retlige virkning for Kommissionens meddelelser (dom af 13.12.2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 31)).

99. Men hvad betyder præcist *forpligtelsen* til at *tage hensyn til*? Der findes forskellige mulige fortolkninger. I den ene ende af spektret kan det spørges, om der er tale om en overensstemmelsesforpligtelse af Von Colson-typen⁶⁶? I lyset af dommens formulering synes Domstolen ikke at have haft til hensigt at gå så vidt som til at pålægge de nationale retsinstanser en forpligtelse til at fortolke nationalt ret i overensstemmelse med henstillinger⁶⁷. I den anden imaginære ende kan »tage hensyn til« også betyde at »undersøge« og derefter fuldstændig tilsidesætte.

100. Der kan i teorien være en middelvej: En national myndighed skal i det mindste *pålægges at give en begrundelse*, hvis denne fraviger henstillingen, uden at myndigheden pålægges en fast forpligtelse til at fortolke den nationale ret i overensstemmelse med henstillingen. Denne udlægning er tidligere anvendt på en anden type soft law⁶⁸. Det er forståeligt, hvorfor en sådan middelvej forekommer tiltalende: Selv om Domstolen indtil videre kun har fastslået en sådan forpligtelse for ophavsmanden til adfærdsregler, der er fastsat i interne foranstaltninger eller retningslinjer, der kan have eksterne virkninger⁶⁹, kan det ikke udelukkes, at denne retspraksis også finder anvendelse på henstillinger, som ganske vist er en mere avanceret og tilpasset form for soft law, da de kun er en af de »typiske« retsakter, der nævnes i artikel 288 TEUF, og da de skal tages i betragtning af de nationale retsinstanser⁷⁰.

101. Hvorfor kalde dette for en middelvej? Af den grund alene, at forpligtelsen til at begrunde, hvorfor en dommer fraviger en bestemt kilde, nødvendigvis betyder, at denne kilde er af *bindende* karakter. Det er kun fravigelse af *obligatoriske* kilder, som en dommer har pligt til at begrunde⁷¹. Hvis »forpligtelsen til at tage hensyn til« fortolkedes således, at den pålægger nationale dommere at begrunde og forklare, hvorfor de ikke har fulgt en henstilling, ville dette således eo ipso betyde, at sådanne henstillinger ikke kun har »visse retsvirkninger«, men at de faktisk er bindende.

102. Hvilket forpligtelser har de nationale myndigheder præcist for så vidt angår en henstilling? Ordlyden af artikel 4, stk. 3, TEU, som omhandler pligten til loyalt samarbejde i Unionen, er uden tvivl meget omfattende og potentielt vidtrækkende. Eftersom denne bestemmelse kun henviser til »forpligtelser«, og eftersom henstillinger i henhold til artikel 288 TEUF ikke er bindende, kunne det anføres, at de pr. definition overhovedet ikke kan afføde forpligtelser, der ikke er omfattet af artikel 4, stk. 3, TEU.

103. En sådan fortolkning af artikel 4, stk. 3, TEU ville efter min opfattelse ikke afspejle den måde, hvorpå Domstolen efterhånden i nogen tid har fortolket denne bestemmelse. Pligten til loyalt samarbejde anvendes ofte på principielt niveau uden nødvendigvis at zoome ind på en konkret og specifik bestemmelse eller en særskilt retlig forpligtelse⁷².

104. Selv om det antages, at der ikke foreligger en *positiv* forpligtelse til at gennemføre en henstilling, kan det samme da siges med hensyn til medlemsstaternes potentielt »mildere« forpligtelser, som f.eks. at tage hensyn til en henstilling, når de vedtager lovgivning inden for det pågældende område? Denne virkning kan måske være endnu mere synlig for henstillinger, der fremsættes efter vedtagelsen af

66 – Dom af 10.4.1984, von Colson og Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 – Som løbende udviklet og fastslået i f.eks. dom af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 114-115), af 4.7.2006, Adeneler m.fl. (C-212/04, EU:C:2006:443, præmis 108-109) og af 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 99-101).

68 – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, punkt 38 og 39), hvorefter nationale myndigheder og domstole skal tage behørigt hensyn til Kommissionens konkurrencepolitiske meddelelser. I den pågældende sag indebar dette navnlig, at disse myndigheder og domstole skal tage stilling til den vurdering, som Kommissionen bringer til udtryk i disse meddelelser, vedrørende konkurrencebegrænsningens mærkbarhed, og *angive begrundelser, som kan efterprøves af domstolene, for eventuelle afvigelser herfra*.

69 – Jf. dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 209-211) og af 29.9.2011, Arkema mod Kommissionen (C-520/09 P, EU:C:2011:619, præmis 88).

70 – Jf. dom af 13.12.2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, præmis 26).

71 – I modsætning til tilladte eller overbevisende kilder, jf. eksempelvis A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, s. 319 ff.

72 – Jf. analogt, hvordan loyalt samarbejde er blevet anvendt til at skabe forpligtelser i forbindelse med direkte virkning, medlemsstaternes ansvar for overtrædelse af EU-retten eller vedtagelsen af sanktioner (henholdsvis eksempelvis dom af 16.12.1976, Comet, 45/76, EU:C:1976:191, præmis 12, af 2.2.1977, Amsterdam Bulb, 50/76, EU:C:1977:13, præmis 32, og af 19.11.1991, Francovich m.fl., C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 36).

lovgivning, som bruges til at beskrive retlige begreber i bindende lovgivning. Kan det ikke forventes af en medlemsstat, når den gennemfører den oprindelige EU-retsakt, som den efterfølgende henstilling på en måde er »tilknyttet«, at den gennemfører den på den måde, der er præciseret i den pågældende henstilling? Hvis ikke, hvad er da formålet med henstillingen? Hvis ja, kan de betydelige og faktiske retsvirkninger af en henstilling næppe anfægtes.

105. Det kunne imidlertid bestemt anføres, at der ikke foreligger en forpligtelse til at gennemføre den, da der ikke er en særskilt og specifik sanktion, hvis den ikke gennemføres. Hvis den ganske formalistiske opfattelse af »direkte« sanktion som det centrale og definerede element af *bindende* virkning holdes ude af betragtning⁷³, hvordan forholder det sig da med de potentielle *negative* forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne for så vidt angår henstillinger? På nuværende tidspunkt er dette kun gætværk og ikke et element af gyldig lov, men hvis direktivers blokerende virkning finder anvendelse i perioden forud for gennemførelsesfristens udløb, og medlemsstaterne i denne periode skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare⁷⁴, kan den samme logik da ikke anvendes på en henstilling?

106. For det tredje og sidste, hvilke typer retsvirkninger kan henstillinger afføde inden for rammerne af nationale regler og procedurer? I Grimaldi-dommen fastslog Domstolen klart, at der kunne indgives præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af en henstilling⁷⁵. Det er stadig et spørgsmål, om en national domstol kan anmode Domstolen om at efterprøve gyldigheden af en henstilling. En sådan sag har mig bekendt endnu ikke været behandlet, men Domstolen fastslog umiddelbart i Grimaldi-dommen, at en sådan forelæggelse ville være mulig⁷⁶.

107. Dette fremgår således, at Domstolen klart har forventet, at en henstilling vil afføde retsvirkninger på nationalt plan. Det er trods alt hensigten, at der tages hensyn til den i medlemsstaterne, uanset hvad dette præcist indebærer. Det kan tilføjes, at Domstolen i sin praksis tidligere har erkendt og faktisk efterprøvet – via proceduren for præjudicielle forelæggelser – adskillige ikke-bindende EU-retsakter, som faktisk havde konsekvenser på nationalt plan, senest en pressemeddelelse fra Den Europæiske Centralbank⁷⁷.

108. En henstilling kan, som andre EU-retsakter af tilsyneladende ikke-bindende karakter, gøres til genstand for en anmodning om en præjudiciel afgørelse med hensyn til både fortolkning og gyldighed. Det kan efter min opfattelse næppe være anderledes i et fuldstændigt retsmiddelsystem⁷⁸. Formålet med henstillinger er at ansøre til overholdelse. Tag f.eks. en medlemsstat, som i god tro og i overensstemmelse med princippet om loyalt samarbejde har gennemført en henstilling i national ret. Ved en national lov indførte denne medlemsstat forpligtelser for retsundergivne på nationalt plan. Hvis denne nationale lov blev anfægtet ved de nationale retsinstanser, ville det være besynderligt at

73 – Som allerede anført (fodnote 45) er et sådant snævert synspunkt end ikke udbredt i forskellige retninger af den positivistiske retsteori. Netop denne opfattelse ligger desuden ganske langt fra den måde, hvorpå »ikkebindende ønsker« udtrykt af *en og samme* regulerende myndighed, som også næste dag kan udstede bindende lovgivning og sanktioner inden for det samme eller et tilknyttet område, faktisk vil blive forstået og opfattet af deres modtagere. Bortset fra direkte sanktioner kan der således også være tale om *indirekte* sanktioner, i hvert tilfælde i sager med de samme aktører på begge sider (en og samme regulerende myndighed og den samme gruppe af modtagere). Denne lignende logik fik som bekendt visse højere nationale retsinstanser til at gøre sådanne »ikke-bindende« retsakter fra denne type regulerende myndigheder til genstand for domstolsprøvelse (ovenfor, fodnote 52).

74 – Fra og med dom af 18.12.1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

75 – »Det må dog påpeges, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at den ikke-bindende karakter af en fællesskabsretlig retsakt ikke er til hinder for, at Domstolen træffer en præjudiciel afgørelse om denne retsakts fortolkning i henhold til artikel 177« (dom af 13.12.1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, præmis 9, og af 21.1.1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

76 – »[...] at i modsætning til ordningen i henhold til EØF-traktatens artikel 173, hvorefter Domstolen ikke kan efterprøve lovligheden af henstillinger, tillægger artikel 177 Domstolen en kompetence til uden undtagelse at *afgøre* præjudicielle spørgsmål om *gyldigheden* og fortolkningen af retsakter fra Fællesskabets institutioner« (dom af 13.12.1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, præmis 8), min fremhævelse.

77 – Dom af 16.6.2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400). Domstolen undersøgte formaliteten af en sag vedrørende en pressemeddelelse som sådan. Jf. dom generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:7, punkt 70 ff.).

78 – Jf. eksempelvis dom af 23.4.1986, Les Verts mod Parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, præmis 23), og af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 66).

afvise domstolsprøvelsen af det, som udgør det materielle grundlag for den pågældende nationale lov, nemlig EU-henstillingen⁷⁹, med den ganske formalistiske begrundelse, at det, der har skabt disse forpligtelser, var den nationale lov, og ikke et EU-retligt instrument, og at medlemsstaten gjorde dette alene af egen vilje.

4. Tilbage til rødderne: AETR og retsvirkninger

109. Den detaljerede diskussion i det foregående afsnit tjente to formål: for det første at påvise de problemer, der er forbundet med AETR-kriteriet (som det senere gradvist er ændret), når det anvendes på henstillinger (men efter min opfattelse også i bredere forstand, når det anvendes på andre soft law-instrumenter), og for det andet at påvise, at henstillinger – selv om de måske ikke har bindende virkning i ordets traditionelle eller snævre forstand – kan afføde betydelige retsvirkninger, både på EU-plan og på nationalt plan.

110. AETR-kriteriet, som Retten har anvendt det, skal derfor efter min opfattelse tilpasses. Mit forslag i denne henseende er ganske enkelt: Kriteriet bør føres tilbage til dets oprindelse, AETR-dommen, og til ordlyden af artikel 263, stk. 1, TEUF. Disse henviser begge til »retsvirkninger« og ikke til »bindende retsvirkning«. Med både vandløb og retspraksis er det nogle gange nødvendigt at rense strømmen ved at fjerne de (verbale) aflejringer, der har samlet sig i løbet af årene, som gør det umuligt at styre lovgivningen.

111. En sådan justering er ikke den revolution, som den umiddelbart ligner. Grundlaget for kriteriet for at bedømme, om en EU-retsakt afføder retsvirkninger over for dens modtagere og/eller tredjeparter, er det samme: Det, der skal bedømmes, er retsaktens tekst og formål og den sammenhæng, hvori den indgår. På to områder er det imidlertid nødvendigt at præcisere, hvordan dette kriterium skal anvendes: For det første er det, der skal bedømmes, kun eksistensen af retsvirkninger, ikke af bindende retsvirkning. For det andet bør der inden for kriteriet lægges vægt på foranstaltningens indhold og den sammenhæng, hvori den indgår, ikke blot teksten.

112. Som allerede forklaret i det foregående afsnit, er opdelingen af bindende og ikke-bindende retsvirkninger ikke særlig nyttig for analysen af soft law. Hvis forudsætningen for eksistensen af bindende virkninger er direkte håndhævelsesforanstaltninger og tvang, kan et soft law-instrument pr. definition aldrig være bindende, uanset hvilke bestemmelser det indeholder.

113. I stedet bør bedømmelsen af evnen til at afføde retsvirkninger, dvs. til at have en indvirkning på modtagernes retlige situation, fokusere på et andet spørgsmål: Kan jeg, som en fornuftig modtager, af en henstillings eller mere generelt et soft law-instruments indhold, formål, generelle opbygning og den sammenhæng, hvori den/det indgår, udlede, at jeg forventes at gøre noget? Vil jeg med sandsynlighed tilpasse min adfærd i overensstemmelse hermed, eller vil denne retsakt med sandsynlighed have indvirkning på min retsstilling?

114. Inden for de tre klassiske strenge af enhver fortolkning af lovgivning, tekst, sammenhæng og formål bør en retsakts ordlyd (navnlig betegnelse og verbalform), når der er tale om bedømmelse af en henstilling eller et andet soft law-instrument, ikke veje tungere end dens indhold, sammenhæng og formål inden for rammerne af dens bedømmelse. Ordlyden bør endda, i kraft af dens væsentlighed, være sekundær i forhold til de materielle elementer for så vidt angår formaliteten. Hvis det forholdt sig anderledes, ville den »opfordrende« ordlyd nødvendigvis føre til udelukkelse af domstolsprøvelse. Dette ville faktisk give form tungere vægt end indhold, og henstillinger, hvor der anvendes »ansporende« formuleringer, vil derfor aldrig kunne efterprøves. Der kunne således lægges mere præcis vægt på retsaktens logik, indhold, formål og den sammenhæng, hvori den indgår.

79 – Med hensyn til sager, hvor den nationale anfægtelse af den nationale gennemførelse alene afspejler det samme potentielle problem i selve henstillingen, jf. analogt dom af 22.6.2010, Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 54 og 55).

115. Inden for rammerne af en sådan bedømmelse af sammenhæng og formål er tre faktorer relevante for at afgøre, om en EU-retsakt med sandsynlighed vil afføde retsvirkninger og med rimelighed kan forventes at blive overholdt.

116. Den første faktor, der bør tages hensyn til, er graden af *formalisering* (har EU-foranstaltningen form af en retsakt?) og graden af foranstaltningens *endegyldighed* (er den blevet vedtaget som en afslutning, som kulminationen på en høring eller mere generelt i en procedure for vedtagelse af »soft law«?). Fremstår den pågældende EU-retsakt med andre ord og i betragtning af begge faktorer som en vedtaget lov?

117. Med hensyn til formatet af en potentielt anfægtelig retsakt skal den fremstå som en egentlig retsakt, således at den med rimelighed kan anses for at afføde retsvirkninger. En retsakt fremstår i denne henseende som en egentlig retsakt, hvis den f.eks. er opdelt i artikler eller i det mindste i afsnit, hvis den er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (bestemt i serie L, hvor lovgivning skal offentliggøres).

118. Med hensyn til endegyldighed opfylder forberedende retsakter sandsynligvis ikke dette krav. Den samme logik anvendes i forvejen på forberedende retsakter inden for rammerne af EU-beslutningsproceduren⁸⁰. Dette bør a fortiori også gælde for proceduren for vedtagelse af soft law-instrumenter. En sådan udelukkelse af forberedende retsakter fra domstolsprøvelse er endnu vigtigere i forbindelse med soft law, hvor høringsproceduren kan udmønte sig i vedtagelse af adskillige retsakter.

119. Den anden faktor vedrører den anfægtede retsakts indhold og generelle formål: Hvilke »forpligtelser« indeholder den helt præcist? Hvad er retsaktens generelle formål? Jo mere generelle og abstrakte EU-retsakter er, jo mindre sandsynligt er det, at de vil anspore deres modtagere til konkret og specifik overholdelse. Hvis EU-retsakten på den anden side indeholder en række specifikke og præcise tilsagn, er dette element bestemt relevant. Hvis teksten har et klart harmoniseringsformål, er der desuden endnu større sandsynlighed for, at den vil blive opfattet som en retsakt, der med sandsynlighed kan afføde retsvirkninger.

120. Den tredje faktor vedrører håndhævelse. Indeholder foranstaltningen klare og specifikke overholdelses-, håndhævelses- eller sanktionsmekanismer? Dette sigter naturligvis ikke kun mod *direkte* håndhævelse, som meget sjældent er til stede, men mod *indirekte* håndhævelsesmekanismer, både strukturelle og institutionelle.

121. Blandt de *strukturelle* overholdelsesmekanismer kan der være en række indirekte mekanismer, f.eks. rapportering, anmeldelse, overvågning og tilsyn. Elementer af gruppepres kan også være relevante, f.eks. offentliggørelse af resultater, rapporter med offentlig ris og ros osv.

122. Det *institutionelle* element er også relevant: Hvilken institution har vedtaget det pågældende instrument? Er det den samme institution, som på tilknyttede eller endda de samme reguleringsområder kan pålægge de samme modtagere sanktioner⁸¹? Hvis dette er tilfældet, vil den anfægtede retsakt med sandsynlighed også anspore til overholdelse.

80 – Dom af 12.9.2006, Reynolds Tobacco m.fl. mod Kommissionen (C-131/03 P, EU:C:2006:541, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).

81 – Jf. også ovenfor, fodnote 73.

5. Kriteriets anvendelse på den foreliggende sag

123. Når jeg ser på den omtvistede henstilling gennem disse briller, kan jeg kun konkludere, at henstillingen som helhed går betydeligt videre end, hvad der kan forventes af det dokument, som blot anbefaler bestemte *principper*. I denne specifikke sag kan det bestemt gøres gældende, at denne henstilling uden tvivl vil afføde retsvirkninger, og at rimelige modtagere med sandsynlighed vil ændre deres adfærd for i det mindste delvist at overholde henstillingen.

124. Hvis indhold skal veje tungere for en retsakts formelle betegnelse for så vidt angår bedømmelsen af dens egentlige karakter, skal det, når der ses bort fra dokumentets formelle titel, ud fra dokumentets ordlyd, indhold, formål og den sammenhæng, hvori det indgår, undersøges, hvad dokumentet fremstår som.

125. Med hensyn til først henstillingens overordnede formål anfører dens betragtninger⁸² og dens ledsagedokumenter⁸³ ganske udtrykkeligt, at henstillingen har til formål at nå en bestemt minimumsgrad af harmonisering, for så vidt som den anbefaler principper for et højere niveau af beskyttelse af forbrugere, spillere og mindreårige i forbindelse med onlinespiltjenester. Samtidig fremgår det også klart, at den gør det inden for et ganske følsomt område, i hvert fald fra nogle medlemsstaters synspunkt⁸⁴.

126. Dernæst er der en række elementer af indhold og sammenhæng, som bør fremhæves. For det første er den omtvistede retsakt en velstruktureret tekst, som fremstår som en lovtækt. Den indeholder ikke færre end 30 betragtninger. Selve henstillingen er opdelt i 12 nummererede punkter. Den er blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidendes* serie L.

127. Henstillingens faktiske form giver således det indtryk, at den nødvendigvis må afføde retsvirkninger. Dette bekræftes også af den omstændighed, at henstillingen ikke er en forberedende retsakt. Den markerer kulminationen på en høringsprocedure, idet den detaljerer en forudgående grøn bog og en meddelelse fra Kommissionen. Den beskriver derfor klart sidstnævntes holdning til spørgsmålet om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med onlinespiltjenester ved at rette en række meget specifikke henstillinger til medlemsstaterne.

128. For det andet er detaljeringsgraden og præcisionen af henstillingens bestemmelser slående. Henstillingen fastlægger klare og præcise regler, som langt fra er rene »principper«.

129. Et par eksempler: I afsnit III beskriver henstillingen det detaljerede indhold af de oplysninger, der bør fremstå tydeligt på startsiden af udbyderens spillersite og skal kunne tilgås fra alle sider på sitet. I afsnit V opfordrer henstillingen medlemsstaterne til at sikre, at en person først kan deltage i en onlinespiltjeneste, når vedkommende er registreret som spiller og har en konto hos udbyderen. Spillerens identitetsoplysninger bør verificeres af sidstnævnte. Afsnit VIII sigter endvidere mod at regulere den kommercielle kommunikation. Den opfordrer navnlig medlemsstaterne til ikke at fremstille spil som socialt attraktivt eller antyde, at spil kan være en løsning på personlige problemer.

130. For det tredje indeholder henstillingen meget detaljerede og omfattende »opfordringer« vedrørende tilsyn og rapportering. I afsnit XI opfordres medlemsstaterne »til at udpege kompetente spillemyndigheder, når de indfører principperne i denne henstilling, for uafhængigt at sikre og overvåge den faktiske overholdelse af de nationale foranstaltninger, der træffes for at støtte henstillingens principper«. Afsnit XII vedrørende rapportering. Under dets bestemmelse opfordres medlemsstater ikke kun til at *underrette* Kommissionen om alle gennemførelsesforanstaltninger, men også til at indsamle årlige data til statistiske formål inden for bestemte frister.

82 – Ottende og niende betragtning nævnt i punkt 11 og 12 i dette forslag til afgørelse.

83 – Ovenfor, punkt 30 i dette forslag til afgørelse.

84 – Jf. eksempelvis dom af 22.1.2015, Stanley International Betting og Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, præmis 51).

131. Med hensyn til sådanne »opfordringer« til rapportering og tilsyn skal der fremsættes to betragtninger. Domstolen har for det første tidligere og generelt været særlig opmærksom på indsættelsen af overholdelses- eller overvågningsmekanismer i forskellige atypiske instrumenter. Ved mindst to lejligheder har Domstolen annulleret atypiske retsakter fra Kommissionen, fordi de regulerede rapporteringskrav i detaljer og formentlig gik videre end, hvad der var hensigtsmæssigt for denne type retsakt⁸⁵. I forbindelse med netop denne henstilling er det for det andet interessant at bemærke, at en ikke-bindende henstilling, som medlemsstaterne ikke har pligt til at gennemføre, alligevel forventer, at disse medlemsstater (eller endda kun de medlemsstater, der har besluttet at acceptere »opfordringen«) udpeger, overvåger, underretter, evaluerer, indsamler data og rapporterer tilbage til Kommissionen inden bestemte datoer om alle disse (helt frivillige) aktiviteter.

132. Henstillingens punkt 54 anfører derefter, at Kommissionen bør evaluere *gennemførelsen* (sic!) af henstillingen inden den 19. januar 2017. Under retsmødet blev det imidlertid konstateret, at Kommissionen endnu ikke har gjort det, *fordi* den stadig afventer medlemsstaternes rapporter, inden den udarbejder sin egen rapport. På dette trin nærmer graden af kognitiv dissonans i sådanne påstande sig efter min opfattelse et avanceret hypnotisk »Jedi-trick«.

133. Henstillingen er for det fjerde udformet til at ansøre medlemsstaterne til at vedtage bestemt lovgivning og gennem denne lovgivning at påvirke spilvirksomheder og spillere, som er dens indirekte modtagere. Det kan derfor naturligvis anføres, at det formelt og ikke i sig selv er henstillingen, men den potentielle nationale lovgivning, som vil påvirke tredjeparter, men det kan næppe afvises, at den faktiske kilde til den nationale lovgivning skal findes i denne henstilling⁸⁶.

134. For det femte bør – som et muligvis marginalt punkt, men som et punkt, der fremhæver uoverensstemmelsen mellem indhold og titel – henstillingens 29. betragtning og punkt 2 navnlig bemærkes. De anfører henholdsvis, at henstillingen ikke berører de bindende og gyldige EU-direktiver, og at den ikke griber ind i medlemsstaternes ret til at regulere spiltjenester. Disse erklæringer giver nødvendigvis anledning til at spørge, hvorfor det er nødvendigt udtrykkeligt at anføre dette, hvis henstillingen faktisk var en udelukkende ikke-bindende henstilling, der ikke var bestemt til at afføde nogen form for retsvirkninger. Et egentligt ikke-bindende soft law-instrument kan pr. definition aldrig berøre bindende og gyldig EU-lovgivning eller gribe ind i medlemsstaternes kompetencer.

135. Allerede med hensyn til disse elementer af formål, indhold og sammenhæng kan det med sikkerhed antages, at en læser, som blev præsenteret for dette dokument uden dets titel, og som blev opfordret til at læse dokumentet uden at kende titlen, ville tro, at han læste et direktiv eller på visse punkter endda en forordning, men bestemt et lovgivningsdokument, der sigter mod at indføre klare og præcise forpligtelser og ansøre til overholdelse.

136. Først nu vil jeg behandle henstillingens ordlyd, mere specifikt affattelsen af de enkelte bestemmelser (efter at jeg ovenfor har behandlet bestemmelsernes detaljeringsgrad og korrekthed). I sit ræsonnement tillægger Retten tilsyneladende ordlyden en afgørende rolle. Af de grunde, jeg har søgt at forklare generelt i det foregående afsnit⁸⁷, er ordlyden efter min opfattelse væsentlig, men ikke afgørende. Den bør bestemt ikke være afgørende, hvis den som sådan faktisk ikke er klar.

85 – Dom af 13.11.1991, Frankrig mod Kommissionen (C-303/90, EU:C:1991:424, præmis 20-25), hvor en adfærdskodeks med henblik på gennemførelse af en forordning fra Rådet anmodede medlemsstaterne om at indgive oplysninger med en bestemt hyppighed og i en bestemt form, og af 16.6.1993, Frankrig mod Kommissionen (C-325/91, EU:C:1993:245, præmis 22 og 23), hvor en meddelelse fra Kommissionen om anvendelse af et direktiv indførte ekstra forpligtelser som f.eks. årlig indberetning af regnskabsdata til Kommissionen på en bestemt dato.

86 – Jf. også ovenfor, punkt 102-105. Jf. også punkt 97 og 98 og henstillingens potentiale til at forme fortolkningen af eksisterende nationale regler, som er vedtaget på det samme område, og som omhandler det samme emne.

87 – Ovenfor, punkt 114.

137. I sine skriftlige og mundtlige indlæg har appellanten anfægtet Rettens sproglige vurdering i kendelsen. Appellanten har navnlig gjort gældende, at disse bestemmelsers ordlyd på to af de tre officielle sprog i Kongeriget Belgien, nemlig på nederlandsk og tysk, er »stærkere« end i andre sprogversioner. Som en logisk følge vil henstillingen derfor afføde »stærkere« retsvirkninger i Belgien.

138. Dette særlige argument fra appellanten er ikke overbevisende. Nogle sprogversioner kan ganske vist opfattes som »mere bindende« end andre. Det gælder navnlig den tyske, den spanske, den nederlandske og den portugisiske version. Modsat hvad Retten har bekræftet, kan den polske og den tjekkiske version muligvis også diskuteres.

139. Det er imidlertid kun af begrænset relevans, at den nederlandske og den tyske version synes at have en mere imperativ ordlyd end andre. Den omstændighed, at de er officielle sprog i Belgien, giver dem ikke mere vægt end andre sprogversioner. Der er det velkendte princip om den lige gyldighed af alle sprogversioner af EU-retsakter, som efter min opfattelse bør finde anvendelse på henstillinger på samme måde som andre foranstaltninger vedtaget i henhold til artikel 288 TEUF. Det følger af fast retspraksis, at en bestemmelse, i tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sprogversioner, skal fortolkes på baggrund af den sammenhæng, hvori den indgår, og på baggrund af de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af⁸⁸.

140. Det er netop sådanne diskutabile sproglige sammenligninger, der viser og understreger, hvorfor antallet af tilfælde, hvor udtrykket »opfordres til« anvendes i stedet for »skal«, kun er af begrænset betydning for bedømmelsen af en sådan foranstaltning. Alle sprogversioner går generelt i samme retning og understøtter en klar konklusion med hensyn til tekstens art, uden at det er nødvendigt at gå i dybden med en foranstaltnings formål og den sammenhæng, hvori den indgår. Alternativt stemmer de ikke overens, og henstillingens tekst bør da ikke veje tungere end dens formål og den sammenhæng, hvori den indgår. Det er imidlertid ikke korrekt at anføre, at der er uoverensstemmelser mellem de forskellige sprogversioner, men da stadig fastholde, at X er den korrekte fortolkning, fordi de fleste sprogversioner anfører dette. Ifølge systemet med sprogversionernes gyldighed kan intet sprog »nedstemmes« ved fortolkningen⁸⁹.

141. Når alt kommer til alt, vil den minutiøse undersøgelse af anvendelsen af (ikke-)imperative formuleringer på bestemte EU-sprog imidlertid altid være ufyldstgørende, navnlig i forbindelse med undersøgelsen af soft law-instrumenters retsvirkninger. Ved den særlige type bedømmelse har sammenhæng, system og logik langt større betydning. Der vil uundgåeligt være stor forskel i fortolkningen af udtalelsen »jeg opfordrer dig til at sende mig dine bemærkninger til denne sag skriftligt inden kl. 12:00 på fredag«, afhængigt af, om udtalelsen fremsættes af en persons chef, forskningskollega eller partner. Det afhænger naturligvis af det faktiske forhold, men »opfordringen« er sandsynligvis en kommando i det første tilfælde, et forslag i det andet og en spøg i det tredje.

142. Hvert af de individuelle elementer af indhold og sammenhæng kan således måske isoleret set bevirke, at henstillingen stadig fremstår som en henstilling, der ikke er bestemt til at afføde retsvirkninger. Når den *felles* anvendelse af disse forskellige elementer ses i den sammenhæng, hvori *denne* specifikke henstilling indgår, og der tages hensyn til den omstændighed, at den blev vedtaget af den institution, som er ansvarlig for håndhævelsen af reglerne inden for det samme område (nemlig reguleringen af det indre marked), får det mig imidlertid til at konkludere, at den klart sigter mod at afføde retsvirkninger og anspore til overholdelse i videre forstand en blot et politisk forslag.

143. Af alle disse grunde er appellants tredje anbringende efter min opfattelse begrundet. Retten begik en retlig fejl ved en ukorrekt bedømmelse af den omhandlede henstillings retsvirkninger og afviste følgelig ukorrekt annullationssøgsmålet.

88 – Jf. eksempelvis dom af 26.4.2012, DR og TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

89 – Herunder også i de ekstreme situationer, hvor det ganske klart fremgår, at der er sket en oversættelsesfejl i kun en sprogversion af EU-foranstaltningen – jf. eksempelvis dom af 19.4.2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

B. Form afgør indhold

144. I modsætning til »atypiske« retsakter, der udstedes af EU-institutioner eller -organer, hvortil AETR-kriteriet oprindeligt blev udformet, er henstillinger »typiske« retsakter, som er nævnt i artikel 288 TEUF, og hvis domstolsprøvelse er udtrykkeligt udelukket i henhold til artikel 263, stk. 1, TEUF. Spiller denne omstændighed en rolle i prøvelsen af henstillinger og deres formalitet?

145. Argumentationen i del A i dette forslag til afgørelse var baseret på den forudsætning, at AETR-kriteriet, ganske vist i en noget revideret form, finder anvendelse på henstillinger, da de er en form for soft law. Den første del af dette afsnit omhandler et alternativt princip, som vil lægge større vægt på den omstændighed, at henstillinger er »typiske« retsakter, hvor form bør være afgørende for fortolkningen af indholdet (1). Af en række grunde vil jeg imidlertid anbefale Domstolen at holde sig til det (ændrede) princip med indhold frem for form, som er omhandlet i del A i dette forslag til afgørelse (2). I det tilfælde, at Domstolen alligevel er af den opfattelse, at form netop for henstillinger bør afgøre fortolkningen af indholdet, vil jeg kort skitsere en række nødvendige præciseringer (3).

1. En (fuld) udelukkelse: Henstilling betyder henstilling

146. Retten tog i sit ræsonnement udgangspunkt i den præmis, at det kriterium, som Domstolen opstillede i AETR-dommen for EU-institutioners og -organers »atypiske« retsakter, også finder anvendelse på en »typisk« retsakt, eksempelvis en henstilling. Dette udgangspunkt kan diskuteres på to niveauer: det normative og det praktiske. *Normativt* anfører artikel 288 TEUF klart, at en henstilling ikke er bindende. Artikel 263, stk. 1, første punktum TEUF, udelukker udtrykkeligt Kommissionens henstillinger fra bestemmelsens anvendelsesområde og dermed fra annullationssøgsmål. Sammenholdt anfører disse to bestemmelser klart, at en henstilling ikke kan være bindende og ikke kan domstolsprøves.

147. Til dette bør imidlertid lægges Domstolens bemærkning i Grimaldi-dommen, som (igen) bragte materiel prøvelse i spil: En henstilling kan ikke efterprøves, så længe den utvivlsomt kan klassificeres som en »egentlig henstilling«⁹⁰. Det betyder implicit, at der kan være »falske« henstillinger, som kan udpeges og domstolsprøves. På trods af traktaternes lidt uklare ordlyd kan der således findes belæg i Domstolens praksis for at gøre henstillinger, selv om de er »typiske« retsakter (idet deres mangel på bindende virkning er klart anført i traktaten), til genstand for AETR-kriteriet⁹¹.

148. Hvad der så alligevel sker på det *praktiske* niveau, er, at den omstændighed, at dokumentet i bedømmelsen af, om et dokument er en »egentlig« eller en »falsk« henstilling, kaldes en henstilling, uundgåeligt »farver« vurderingen af den sammenhæng, hvori dokumentet indgår, og dets formål. Et kriterium, der blev udformet til »atypiske« retsakter, skal igen anvendes på en måde, som i vid udstrækning er »formblindt« og ikke tager hensyn til dokumentets titel/omslag. Ellers ender man uundgåeligt i en bestemt type cirkulært ræsonnement, hvor form i sidste ende afgør fortolkningen af indholdet⁹².

149. Dette fører mig til det mulige alternative princip. Denne indebærer, i stedet for, at en »typisk« retsakts form implicit tillades at farve fortolkningen af en »atypisk« retsakts art, at denne sondring føres helt ud i dens logiske konklusioner: En »typisk« form indebærer »typiske« konsekvenser, *uanset* indholdet. En henstilling vil aldrig have bindende virkning og bør ikke afføde retsvirkninger. Punktum. Det er ikke nødvendigt yderligere at bedømme, om der er tale om en »egentlig« eller en »falsk« henstilling. Henstilling betyder henstilling.

90 – Dom af 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, præmis 16).

91 – Hvilket da fik Retten til at bemærke, at »den blotte omstændighed, at den omtvistede henstilling formelt betegnes som en henstilling, og at den er vedtaget i henhold til artikel 292 TEUF, ikke automatisk udelukker, at denne henstilling kan anses for en anfægtelig retsakt« (præmis 20 i den appellerede kendelse).

92 – Beskrevet i detaljer ovenfor, punkt 77-79.

150. Der kan i denne forbindelse drages en parallel til udtalelser efter EKSF-traktaten: retsakter, som også var udtrykkeligt ikke-bindende og ikke kunne efterprøves. Domstolen fastslog tilbage i 1957, at disse retsakter ikke kunne prøves. Den fastslog navnlig, at udtalelser kun er vejledende. Den fremhævede, at disse udtalelser anses for »et råd til virksomhederne. Sidstnævnte kan efterkomme eller ignorere det, men de skal forstå, at de ved at ignorere en negativ udtalelse accepterer de risici, som de står overfor som følge af en situation, som de selv har medvirket til at skabe [...]». Hverken virksomhedernes eller Den Høje Myndigheds beslutningsfrihed eller ansvar påvirkes med andre ord af en udtalelse⁹³. Denne bemærkning kunne faktisk omformuleres in extenso i forbindelse med henstillinger.

2. Indhold eller form?

151. Der er to argumenter, som understøtter det *formelle* princip i forbindelse med »typiske« retsakter: i) argumentet om retssikkerhed og forudsigelighed og ii) argumentet om behovet for en vis lovgivningsmæssig fleksibilitet.

152. Det formelle princip er for det første tro mod ordlyden af artikel 263 TEUF, som siden 1957 altid konsekvent og udtrykkeligt har udelukket henstillinger og udtalelser fra anvendelsesområdet for annullationssøgsmål.

153. Sammen med dette hænger vægt og forventning. Formalisme har en negativ klang, men har dog også positive dimensioner. Formalisme fremmer retssikkerhed og forudsigelighed. Det, der kaldes en spade, bør virkelig være en spade, uden at den konstant skal underkastes en materiel, kontekstuel revurdering.

154. Dette gælder i endnu højere grad for »typiske« formaliserede kilder. Hvor vidtrækkende er princippet med »indhold frem for form«? Bør andre typiske kilder til EU-ret, f.eks. en forordning eller et direktiv, da også vurderes med hensyn til deres egentlige, faktiske indhold? Kan de da også potentielt »omklassificeres«, fordi deres titel er ude af trit med deres indhold? Kan en sådan omklassificering i ekstreme tilfælde endda føre til udelukkelse af domstolsprøvelse? Kan Domstolen afvise et annullationssøgsmål mod f.eks. en forordning, fordi denne forordning er så dårligt udformet, at den faktisk ikke kan afføde (bindende) retsvirkninger?

155. For det andet kan henstillinger være nyttige som reference, inspiration og god praksis. De kan gøre det muligt at afprøve forskellige løsninger og idéer for at fastlægge, hvilke der bør videreføres, og hvilke der bør kasseres. På denne måde kan de anses for en form for lovgivningslaboratorium. Det skal muligvis retfærdigvis anerkendes, at et sådant lovgivningslaboratoriums fleksibilitet vil gå tabt, hvis en henstilling kan anfægtes og drages i tvivl. Kommissionen kunne navnlig hindres i at træffe mere uformelle foranstaltninger for at fremme sin dagsorden i Unionens interesse.

156. Svaret på begge disse argumenter med hensyn til princippet med »indhold frem for form« er ikke kompliceret: Dette princip anvendes netop, når de formelle grænser for en »typisk« retsakt ikke respekteres. Dette princip sår således på ingen måde tvivl om alle typiske retsakter, men er i sagens natur forbeholdt ekstreme scenarier. For det andet bør attraktionerne ved et fleksibelt lovgivningslaboratorium klart være begrænset af legalitetsprincippet for offentlig myndighed og princippet om tildelt kompetence. Selv velmente lovgivningslaboratorier kan hurtigt udvikle sig til »lovgivning ved list«.

157. I modsætning dertil er der mindst tre argumenter for det materielle princip, der er beskrevet i del A: i) den generelle anvendelse af indhold frem for form, ii) behovet for at sikre adgang til effektive retsmidler og iii) den samlede overensstemmelse mellem EU-retlige retsmidler.

93 – Dom af 10.12.1957, Société des usines à tubes de la Sarre mod Den Høje Myndighed (1/57 og 14/57, EU:C:1957:13), org.ref.:Rec. s. 115.

158. Selv om der bestemt er visse vigtige undtagelser, er det generelle princip og den generelle mentalitet i EU-retten baseret på indhold: Det, der undersøges inden for utallige områder af EU-retten, er indholdet, det materielle af et fænomen, en kategori eller en institution – ikke dets/dens formelle betegnelse eller titel. Form har bestemt betydning. I EU-retten udgør form en første tilnærmelse til en retsaks egentlige art. Form er ikke afgørende.

159. For det andet kan det, som allerede forklaret i detaljer ovenfor⁹⁴, næppe diskuteres, at henstillinger ikke afføder en række væsentlige retsvirkninger, selv om de strengt taget kan være bindende i det enkelte tilfælde. Hvis dette netop er tilfældet, skal der også sikres effektiv retlig beskyttelse. Det er indres muligvis, at Domstolen tidligere, både oprindeligt i AETR-dommen og i senere sager, ikke har tøvet med at anerkende den sociale og juridiske udvikling og med at lukke huller, som denne har skabt i den retlige beskyttelse⁹⁵. Det er også blevet anført, at udviklingen af nye og »blødere« former for regulering repræsenterer en sådan type udvikling⁹⁶.

160. For det tredje er argumentet om den samlede overensstemmelse mellem EU-retlige retsmidler relevant på to planer: på den ene side sammenhængen mellem artikel 263 TEUF (annullationssøgsmål) og artikel 267 TEUF (proceduren for præjudicielle afgørelser) og på den anden side (ikke-)privilegerede sagsøgers stilling i disse procedurer.

161. Det følger af fast retspraksis, at »[d]en prøvelse af lovligheden af EU-retsakter, som Domstolen skal sikre i medfør af traktaterne, hviler [...] på to retslige procedurer, der supplerer hinanden. Der er således dels ved EUF-traktatens artikel 263 og 277, dels ved samme traktats artikel 267 oprettet et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem, som har til formål at sikre kontrollen med lovligheden af EU-retsakter, idet kompetencen til at udøve denne kontrol er tillagt Unionens retsinstanser [...]. Det udgør en uadskillelig del af dette fuldstændige retsmiddel- og proceduresystem, at borgerne inden for rammerne af et søgsmål, der er anlagt ved en national ret, har ret til at anfægte lovligheden af bestemmelser, der er indeholdt i EU-retsakter, og som ligger til grund for en afgørelse eller en national retsakt, der er truffet over for den pågældende [...]«⁹⁷.

162. Jeg vil fremhæve to ord fra dette citat: »supplerer« og »fuldstændige«. Det sidstnævnte kan paradoksalt nok være problematisk for en privilegeret sagsøger, dvs. en medlemsstat, der »opfordres« til at gøre noget i en henstilling, og som anfægter denne »opfordring«, uden at der foreligger en sag vedrørende denne henstilling på nationalt plan (endnu).

163. Som allerede anført⁹⁸ synes en præjudiciel afgørelse vedrørende gyldigheden af en henstilling på den ene side at være mulig. Hvis dette er tilfældet, er det vanskeligt at se, hvorfor det bør være vanskeligere for en privilegeret sagsøger at anfægte en retsakt direkte ved Domstolen på grundlag af artikel 263 TEUF end for en ikke-privilegeret sagsøger indirekte på grundlag af artikel 267 TEUF.

164. På den anden side, selv hvis komplementaritet som helhed skulle veje tungest, og direkte anfægtelser af gyldighed blev begrænset og kanaliseret til proceduren for præjudicielle afgørelser, stiller det ikke en medlemsstat meget bedre. Hvordan bør en medlemsstat i praksis gribe det an? Bør den først gennemføre henstillingen (som den slet ikke ønskede at gøre i første instans) og derefter anfægte den ved de nationale retsinstanser? Bør den opfinde en tvist?

94 – Ovenfor, punkt 87-108.

95 – For et vigtigt eksempel, jf. dom af 23.4.1986, Les Verts mod Parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, præmis 24).

96 – Ovenfor, punkt 81-86.

97 – Dom af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 66-67 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, præmis 70).

98 – Ovenfor, punkt 106-108.

165. Uden at ville genåbne nogen af disse diskussioner⁹⁹ er det tilstrækkeligt at understrege, at medlemsstater helt enkelt ikke er borgere, som eventuelt på et senere tidspunkt kan have pligt til at overholde en EU-foranstaltning, efter at de har anvendt den efter en individuel beslutning, enten på grundlag af national ret eller EU-retten. Det er i første instans medlemsstaterne, der opfordres til at gennemføre disse regler. Det vil derfor være helt ulogisk at anspore medlemsstater til at gøre noget og samtidig trække deres mulighed for at indbringe en sag for Domstolen tilbage. Dette ville modarbejde princippet om god retspleje, da det ville forsinke et muligt søgsmål mod en henstilling, men også modarbejde interesserne hos henstillingens ophavsmand. I stedet for at få mulighed for at viderebringe den potentielle konflikt, løse den og komme videre vil medlemsstaten i stedet blive tvunget til at nægte at samarbejde og vente, indtil en af dens egne retsinstanter og muligvis en retsinstant i en anden medlemsstat forelægger en afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF vedrørende den omtvistede retsakts gyldighed. Dette giver efter min opfattelse ingen praktisk mening.

3. De (potentielt) nødvendige præciseringer

166. Der er således efter min opfattelse mange flere overbevisende grunde til at opfordre Domstolen til at udvide det ændrede AETR-kriterium til at omfatte den potentielle domstolsprøvelse af henstillinger.

167. Hvis Domstolen vælger den løsning, hvor formen af en »typisk« retsakt afgør opfattelsen og fortolkningen af dens indhold, uden at der kræves en særskilt undersøgelse heraf, er det imidlertid nødvendigt at præcisere en række punkter. Disse nødvendige præciseringer vedrører i realiteten de elementer, der tidligere er udpeget under henstillingers faktiske retsvirkninger¹⁰⁰. Jeg vil navnlig understrege tre centrale elementer: i) omfanget af medlemsstaternes pligt til loyalt samarbejde i forbindelse med henstillinger, ii) henstillingers manglende foregribende virkning på den potentielle fremtidige lovgivningsprocedure på EU-plan og iii) præcisering af anvendelsesområdet for den pligt, der påhviler de nationale retsinstanter i medfør af Grimaldi-dommen.

168. Henstillinger er for det første ikke bindende, og de kan heller ikke afføde retsvirkninger. De kan følgelig ikke skabe rettigheder eller forpligtelser for medlemsstaterne eller for borgere. Med hensyn til medlemsstaterne kan princippet om loyalt samarbejde ikke bruges til på nogen måde at undergrave denne konklusion. Medlemsstaterne har fuldt ud ret til helt at ignorere indholdet af en henstilling, uden at der er mulighed for direkte eller indirekte sanktioner. Dette gælder ikke kun for de specifikke »forpligtelser«, som medlemsstater opfordres til at gennemføre, men også for »opfordringer« vedrørende rapportering. Der kan heller ikke følge hverken positive eller negative forpligtelser af en henstilling. En henstilling kan heller ikke bruges til at fastsætte en norm eller et ubegrænset retligt begreb, som derefter, uden at blive tilført indhold af denne henstilling, kan håndhæves mod en medlemsstat eller en borger.

169. For det andet er en henstilling, i hvert tilfælde en henstilling, der er fremsat før vedtagelsen af lovgivning, blot et ensidet, ikke-bindende udtryk for en institutions holdning. Hvis den på et tidspunkt følges op af bindende lovgivning, skal denne lovgivningsprocedure startes fra bunden. En henstilling kan ikke skabe en lovgivningsmæssig »genvej« eller en »foregribelse« ved at udelukke bestemte aktører fra den senere lovgivningsprocedure eller faktisk straffe visse aktører i den efterfølgende procedure, fordi de ikke allerede har indgivet deres synspunkter, bemærkninger, data eller rapporter vedrørende henstillingen og/eller under dens »gennemførelse«.

99 – Som blev afgjort ved dom af 1.4.2004, Kommissionen mod Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

100 – Ovenfor, punkt 87-108.

170. Endelig er der Grimaldi-dommen¹⁰¹. Hvis henstillinger er ikke-bindende, kan de pr. definition ikke afføde en *forpligtelse* for de nationale retsinstanser til at tage hensyn til sådan ikke-bindende vejledning, navnlig ikke en forpligtelse til ensartet fortolkning. Hvis Domstolen følger dette mere formelle princip for en »typisk« EU-retsakt, er det nødvendigt igen at nævne Grimaldi-dommen i denne forbindelse og klart anføre, at der ikke foreligger en forpligtelse til at tage hensyn til en henstilling. De nationale retsinstanser *kan* gøre det, hvis de finder det nyttigt, men de har bestemt *ikke pligt* til det.

171. Dette betyder da, at de nationale retsinstanser skal behandle henstillinger som enhver anden *mulig* inspirationskilde i deres retsfortolkning såsom juridisk litteratur eller et sammenlignende argument. De kan medtage en henstilling i deres ræsonnement, hvis de ønsket det, men de kan også helt tilsidesætte den uden at begrunde det.

VII. Forslag til afgørelse

172. I lyset af det ovenstående konkluderer jeg, at Retten begik en retlig fejl i sin bedømmelse af den omtvistede henstillings retsvirkninger. Appellantens tredje appelanbringende er derfor begrundet, og en særskilt undersøgelse af det første og det andet appelanbringende er ikke fornøden. Rettens kendelse om afvisning bør følgelig ophæves.

173. I henhold til artikel 61, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, når den ophæver den af Retten truffe afgørelse, selv træffe afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.

174. I den foreliggende sag er Domstolen ikke i stand til at træffe afgørelse om realiteten i den sag, der blev anlagt ved Retten. Da Retten afviste sagen, fandt der kun en meget begrænset og indirekte behandling af sagens realitet sted ved denne instans. Af de samme grunde fik ingen andre intervenienter endvidere mulighed for at afgive indlæg¹⁰². Hvis Domstolen træffer afgørelse om, at søgsmålet kan antages til realitetsbehandling, vil disse intervenienter og potentielt også andre ønske at afgive indlæg.

175. Jeg mener imidlertid, at Domstolen råder over de nødvendige oplysninger for at kunne træffe afgørelse om afvisning af den formalitetsindsigelse, der blev fremført af Kommissionen i første instans. Af effektivitets- og procesøkonomiske hensyn foreslår jeg Domstolen at træffe afgørelse om, at søgsmålet kan antages til realitetsbehandling, og at hjemvise sagen til Retten til fornyet prøvelse.

176. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen

- ophæver Den Europæiske Unions Rets kendelse i sag T-721/14 og antager appellantens annulationsøgsmål i denne sag til realitetsbehandling
- hjemviser sagen til Retten til fornyet prøvelse
- udsætter afgørelsen om sagsomkostningerne.

101 – Ovenfor, punkt 97-101.

102 – Ovenfor, fodnote 24.