



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. BOBEK  
van 12 december 2017<sup>1</sup>

**Zaak C-16/16 P**

**Koninkrijk België  
tegen**

**Europese Commissie**

„Hogere voorziening – Consumentenbescherming – Onlinegokdiensten – Bescherming van consumenten en gebruikers van onlinegokdiensten en voorkoming van onlinegokken door minderjarigen – Aanbeveling van de Commissie – Artikel 263 VWEU – Voor beroep vatbare handeling – Rechterlijke toetsing van zachte wetgeving – Niet-bindende handelingen die rechtsgevolgen teweegbrengen – Handelingen die redelijkerwijs kunnen worden geacht aan te zetten tot naleving”

## Inhoud

I.	Inleiding .....	2
II.	Toepasselijke bepalingen .....	3
	A. Primair recht .....	3
	B. Aanbeveling van de Commissie .....	4
III.	Feiten en juridische procedures .....	6
IV.	Bestreden beschikking .....	7
V.	9Procedure bij het Hof .....	10
VI.	Beoordeling .....	10
	A. Inhoud boven vorm .....	11
	1. Het AETR-arrest .....	11
	2. Toepassing van de AETR-toets door het Gerecht in de onderhavige zaak .....	16

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Engels.

3. Problematische aspecten van de AETR-toets .....	13
a) Inherente problemen .....	13
1) Rechtsgevolgen, bindende werking, of bindende rechtsgevolgen? .....	13
2) Rol van de intentie van de vaststeller .....	14
b) Externe problemen .....	15
1) De opkomst van zachte wetgeving .....	15
2) Aanbevelingen: geen bindende kracht maar wel rechtsgevolgen .....	17
i) Unieniveau .....	23
ii) Nationaal niveau .....	25
4. Terug naar de bron: het AETR-arrest en rechtsgevolgen .....	21
5. Toepassing van de toets op de onderhavige zaak .....	23
B. Vorm bepaalt inhoud .....	27
1. (Volledige) uitsluiting: aanbeveling betekent aanbeveling .....	27
2. Inhoud of vorm? .....	28
3. (Eventueel) noodzakelijke opheldering .....	30
VII. Conclusie .....	31

## I. Inleiding

1. Een van de grote debatten die de afgelopen decennia de (Anglo-Amerikaanse) rechtsfilosofie hebben beheerst, is dat tussen Hart en Dworkin over de aard van het recht en de structuur van een rechtssysteem. Aan het eind van de jaren zestig en in de jaren zeventig kristalliseerde de kritiek van Dworkin op Harts werk *Concept of Law*<sup>2</sup> zich rond een aantal thema's. Een van de centrale stellingen van Dworkin was, dat hetgeen Hart onder een rechtssysteem verstond, te beperkt was en te zeer gericht op *rechtsregels*, en voorbijging aan een ander cruciaal onderdeel van alle rechtssystemen: *beginselen*.<sup>3</sup>

2. Waarschijnlijk kan veilig worden aangenomen dat de Commissie bij de vaststelling van de „Aanbeveling betreffende *beginselen* ter bescherming van consumenten en gebruikers van onliniegokdiensten en ter voorkoming van onliniegokken door minderjarigen” (hierna: „aanbeveling”)<sup>4</sup>, niettegenstaande die titel, geen stelling in dat theoretische debat beoogde te nemen. Nadat het

2 Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, tweede uitgave (met naschrift), Clarendon Press, Oxford, 1997 (eerste uitgave gepubliceerd in 1961).

3 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously (New Impression with a Reply to Critics)*, Duckworth, Londen, 1987 (eerste uitgave gepubliceerd in 1977), blz. 22 e.v.

4 Aanbeveling 2014/478/EU van de Commissie van 14 juli 2014 (PB 2014, L 214, blz. 38) (cursivering van mij).

Koninkrijk België tegen die aanbeveling bij het Gerecht een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld, is er in het Unierecht een in naam gelijksoortig maar inhoudelijk enigszins verschillend type discussie op gang gekomen, en wel: wat is Unierechtelijk, vanuit het oogpunt van rechterlijke toetsing, het verschil tussen dergelijke *beginselen* en (bindende, wettelijke) *voorschriften*? Voorts is de vraag gerezen of een aanbeveling van de Commissie, een Unierechtelijk instrument dat door artikel 263, eerste alinea, VWEU uitdrukkelijk is uitgesloten van rechterlijke toetsing, niettemin op grond van die bepaling voorwerp kan zijn van een beroep tot nietigverklaring?

3. Het Gerecht verklaarde het beroep van België niet-ontvankelijk<sup>5</sup>, en oordeelde dat met de aanbeveling geen bindende rechtsgevolgen werden beoogd. Het Koninkrijk België heeft tegen die beslissing bij het Hof hogere voorziening ingesteld.

4. Mijn voorstel aan het Hof in deze zaak is in essentie tweeledig: ten eerste moet op een *algemeen* niveau, gelet op het veranderende wetgevingslandschap van (niet alleen) het Unierecht, dat wordt gekenmerkt door de proliferatie van verschillende instrumenten van zachte wetgeving („soft law”), de toegang tot de rechterlijke instanties van de Unie worden aangepast om te reageren op die ontwikkelingen. In deze zin dient de benadering, voor zover de theoretische woordspeling dit toestaat, wat meer „Dworkiniaans” te worden, waarbij wordt erkend dat er normen met belangrijke rechtsgevolgen zijn die zich onttrekken aan de binaire logica van bindende versus niet-bindende rechtsregels. Ten tweede moet, op het *concrete* niveau van de in geding zijnde aanbeveling, een normatief instrument dat in het licht van de gedachtegang, context, doelstelling en deels ook het taalgebruik ervan, redelijkerwijs kan worden geacht *regels* voor gedragingen neer te leggen, vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing, ongeacht dat bedoeld instrument enigszins vermomd is als een reeks eenvoudige „*beginselen*” in een aanbeveling.

## II. Toepasselijke bepalingen

### A. Primair recht

5. In artikel 4, lid 3, VEU heet het: „De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.”

6. Artikel 263, eerste alinea, VWEU luidt: „Het Hof van Justitie van de Europese Unie gaat de wettigheid na van de wetgevingshandelingen, van de handelingen van de Raad, van de Commissie en van de Europese Centrale Bank, voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft, en van de handelingen van het Europees Parlement en de Europese Raad die beogen rechtsgevolgen ten aanzien van derden te hebben. Het gaat ook de wettigheid na van de handelingen van de organen of instanties van de Unie waarmee rechtsgevolgen ten aanzien van derden worden beoogd.”

7. Artikel 288 VWEU luidt:

„Teneinde de bevoegdheden van de Unie te kunnen uitoefenen, stellen de instellingen verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen vast.

Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat.

<sup>5</sup> Beschikking van 27 oktober 2015, België/Commissie (T-721/14, EU:T:2015:829).

Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.

Een besluit is verbindend in al zijn onderdelen. Indien de adressaten worden vermeld, is het alleen voor hen verbindend.

Aanbevelingen en adviezen zijn niet verbindend.”

8. Artikel 292 VWEU luidt als volgt: „De Raad stelt aanbevelingen vast. De Raad besluit op voorstel van de Commissie in alle gevallen waarin in de Verdragen is bepaald dat hij handelingen op voorstel van de Commissie vaststelt. De Raad besluit met eenparigheid van stemmen op de gebieden waarop handelingen van de Unie met eenparigheid van stemmen moeten worden vastgesteld. De Commissie, alsmede de Europese Centrale Bank in de in de Verdragen bepaalde specifieke gevallen, stellen aanbevelingen vast.”

9. Artikel 296 VWEU bepaalt het volgende:

„Wanneer de Verdragen niet bepalen welk soort van handeling moet worden vastgesteld, maken de instellingen zelf per afzonderlijk geval een keuze, met inachtneming van de toepasselijke procedures en van het evenredigheidsbeginsel.

Rechtshandelingen worden met redenen omkleed en verwijzen naar de voorstellen, initiatieven, aanbevelingen, verzoeken of adviezen waarin de Verdragen voorzien.

Indien bij het Europees Parlement en de Raad een ontwerp van wetgevingshandeling is ingediend, stellen zij geen handelingen vast waarin de op het betrokken gebied toepasselijke wetgevingsprocedure niet voorziet.”

## **B. Aanbeveling van de Commissie**

10. Overweging 5 van de aanbeveling van de Commissie vermeldt het volgende: „Aangezien er op het niveau van de Unie geen harmonisatie is, kunnen de lidstaten met het oog op de bescherming van de gezondheid van de consumenten in beginsel vrijelijk hun beleidsdoelstellingen inzake kansspelen en het gewenste beschermingsniveau bepalen. [...]”

11. In overweging 8 heet het dat „[d]e regels en beleidsmaatregelen die de lidstaten hebben vastgesteld met het oog op de doelstellingen van openbaar belang [aanzienlijk] verschillen [...]. Optreden op Unieniveau zet de lidstaten ertoe aan in de hele Unie een hoog beschermingsniveau te bieden [...]”.

12. Volgens overweging 9 heeft de aanbeveling van de Commissie tot doel „de gezondheid van consumenten en spelers te beschermen en zo de mogelijke economische schade ten gevolge van pathologisch of buitensporig gokken in te perken. Hiervoor worden beginselen aanbevolen die ten aanzien van onlinegokdiensten consumenten, spelers en minderjarigen een hoog beschermingsniveau garanderen. De Commissie heeft bij de voorbereiding van deze aanbeveling geput uit goede praktijken van de lidstaten.”

13. Overweging 15 geeft aan dat „[d]e lidstaten zouden moeten worden uitgenodigd regels vast te stellen die ervoor zorgen dat de consumenten worden geïnformeerd over onlinegokken [...]”.

14. In overweging 16 valt te lezen dat „[w]aar passend [...] de beginselen van deze aanbeveling niet alleen [zouden] moeten worden gericht tot exploitanten, maar ook tot derde partijen, zoals gelieerde ondernemingen, die namens de exploitant onlinegokdiensten mogen promoten”.

15. Volgens overweging 27 is „[v]oor de passende bescherming van doelstellingen van openbaar belang [...] doeltreffend toezicht nodig. De lidstaten zouden bevoegde autoriteiten moeten aanwijzen, duidelijke richtsnoeren voor exploitanten moeten vastleggen en moeten voorzien in toegankelijke informatie voor consumenten, spelers en kwetsbare groepen zoals minderjarigen.”

16. Overweging 29 voegt daaraan toe dat „[d]eze aanbeveling [...] geen afbreuk [doet] aan richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad [...] en richtlijn 93/13/EEG van de Raad [...]”.

17. Deel I van de aanbeveling zet het doel ervan uiteen. Punt 1 luidt als volgt: „De lidstaten wordt aanbevolen door beginselen inzake onlinegokdiensten en verantwoorde commerciële communicatie over dergelijke diensten aan te nemen, consumenten, spelers en minderjarigen een hoog beschermingsniveau te bieden dat hen behoedt voor gezondheidsproblemen en de mogelijke economische schade ten gevolge van pathologisch of buitensporig gokken zoveel mogelijk inperkt.” Volgens punt 2 doet „[d]eze aanbeveling [...] geen afbreuk aan het recht van de lidstaten om gokdiensten te reguleren”.

18. Deel III van de aanbeveling bevat tamelijk specifieke en gedetailleerde bepalingen betreffende de door de gokwebsites van de exploitanten te verstrekken informatie, en betreft met name het soort informatie dat moet worden weergegeven op de landingspagina en hoeveel muiskliks er nodig zijn om toegang te verkrijgen tot ieder onderdeel van de informatie. Deel IV bevat verdere vereisten met betrekking tot minderjarigen.

19. Deel V betreft de registratie en accounts van spelers. Punt 15 bepaalt met name dat „[d]e lidstaten [...] ervoor [zouden] moeten zorgen dat een persoon slechts kan deelnemen aan een onlinegokspel wanneer hij als speler geregistreerd is en bij de exploitant over een spelersaccount beschikt”.

20. Deel VI behandelt de spelersactiviteit en ondersteuning. Deel VIII betreft commerciële communicatie, deel IX sponsoring.

21. Deel XI gaat over toezicht. In punt 51 wordt de lidstaten verzocht „bij de toepassing van de beginselen van deze aanbeveling bevoegde toezichthoudende autoriteiten inzake gokspelen aan te wijzen, die op onafhankelijke wijze de daadwerkelijke uitvoering garanderen van de nationale maatregelen waarmee gestalte wordt gegeven aan de beginselen van de aanbeveling en die hierop toezicht houden”.

22. Deel XII, het laatste deel van de aanbeveling, heeft betrekking op verslaglegging. Punt 52 bepaalt dat „[d]e lidstaten wordt verzocht de Commissie uiterlijk op 19 januari 2016 op de hoogte te brengen van alle maatregelen die zij ingevolge deze aanbeveling hebben genomen, zodat de Commissie de uitvoering van deze aanbeveling kan evalueren”.

23. Punt 53 luidt als volgt: „De lidstaten wordt verzocht voor statistische doeleinden betrouwbare jaargegevens te verzamelen over:

- a) de toepasselijke beschermingsmaatregelen, in het bijzonder het aantal (nieuwe en gesloten) spelersaccounts, het aantal spelers dat zichzelf heeft uitgesloten, het aantal spelers met een gokstoornis en het aantal klachten van spelers;
- b) de commerciële communicatie per categorie en per type inbreuk op de beginselen.

De lidstaten wordt verzocht deze informatie voor het eerst uiterlijk op 19 juli 2016 aan de Commissie mee te delen.”

24. Punt 54 stelt ten slotte dat „[d]e Commissie [...] de uitvoering van de aanbeveling uiterlijk op 19 januari 2017 [zou] moeten evalueren”.

### III. Feiten en juridische procedures

25. In 2011 identificeerde de Commissie in haar groenboek „Onlinegokken op de interne markt”<sup>6</sup> de gemeenschappelijke doelstellingen van de lidstaten inzake de regulering van onlinegokdiensten, alsook de prioritair actiegerieden van de Unie.

26. In haar mededeling „Een breed Europees kader voor onlinegokken” van 23 oktober 2012<sup>7</sup>, stelde de Commissie een reeks maatregelen voor die een oplossing moesten bieden voor de maatschappelijke, technische en regelgevingsproblemen in verband met onlinegokken. Inzonderheid leek het volgens de Commissie op dat moment al met al niet aangewezen om sectorspecifieke EU-wetgeving voor te stellen voor onlinegokdiensten. In die mededeling verklaarde de Commissie aanbevelingen te zullen presenteren over de bescherming van consumenten op het gebied van onlinegokdiensten, met inbegrip van de bescherming van minderjarigen, en over verantwoorde commerciële communicatie over onlinegokdiensten.

27. Het Europees Parlement heeft in zijn resolutie van 10 september 2013 over onlinegokken op de interne markt<sup>8</sup> bij de Commissie erop aangedrongen de mogelijkheid van interoperabiliteit tussen de nationale registers voor zelfuitsluiting te onderzoeken, de voorlichting over de risico's van gokverslaving te verbeteren, en de invoering van verplichte externe identificatiecontrole te overwegen. Het Parlement verzocht ook om exploitanten van onlinegokdiensten ertoe te verplichten op hun website informatie over toezichthoudende instanties en zelfbeperking te verstrekken, evenals waarschuwingen voor minderjarigen. Het pleitte voorts voor gemeenschappelijke beginselen voor verantwoorde commerciële communicatie. Bij commerciële communicatie zou volgens het Parlement duidelijk moeten worden gewaarschuwd voor de gevolgen van pathologisch gokken en de risico's van gokverslaving. Ook zou commerciële communicatie niet buitensporig mogen zijn of mogen worden weergegeven bij inhoud die specifiek voor minderjarigen is bestemd of wanneer de kans groot is dat minderjarigen worden bereikt.

28. Ook het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft de Commissie opgeroepen om met betrekking tot onlinegokken maatregelen te nemen teneinde consumenten en minderjarigen beter te beschermen.<sup>9</sup>

29. In deze context heeft de Europese Commissie op 14 juli 2014 op basis van artikel 292 VWEU de litigieuze aanbeveling vastgesteld. Deze werd in haar geheel gepubliceerd in de L-serie van het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 19 juli 2014.

30. De vaststelling van de aanbeveling ging gepaard met een persbericht<sup>10</sup> en een memorandum<sup>11</sup>. In dat memorandum worden aanbevelingen van de Commissie als volgt omschreven: „Een aanbeveling is een niet-bindend instrument waarvan de Europese Commissie gebruikmaakt om de lidstaten een duidelijke boodschap te sturen aangaande de actie die van hen wordt verwacht om tegen een bepaalde situatie op te treden, maar voldoende flexibiliteit voor het nationale niveau overlaat over de manier om dit te bereiken. Met de vaststelling van de te verwezenlijken doelstellingen wordt beoogd de ontwikkeling van voor de gehele Europese Unie geldende samenhangende beginselen in gang te zetten.” Betreffende de keuze voor dit type instrument voegde het memorandum hieraan toe: „Er is geen sectorspecifieke EU-wetgeving in de sector van onlinegokdiensten en het leek niet aangewezen

6 COM(2011) 128 definitief.

7 COM(2012) 596 final.

8 P7\_TA(2013)0348.

9 2012/2322(INI).

10 IP/14/828 van 14 juli 2014, online op: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-828\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_nl.htm)

11 MEMO/14/484 van 14 juli 2014, online op: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-484\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm)



om dergelijke specifieke wetgeving voor te stellen. Bovendien kan een aanbeveling van de Commissie onmiddellijk worden aangenomen, terwijl een wetgevingsvoorstel moet worden aangenomen door de Raad van ministers van de Europese Unie en door het Europees Parlement, hetgeen tijdrovend kan zijn.”

#### IV. Bestreden beschikking

31. Op 13 oktober 2014 stelde het Koninkrijk België bij het Gerecht een beroep in tot nietigverklaring van de onderhavige aanbeveling.

32. Bij beschikking van 27 oktober 2015 verklaarde het Gerecht het beroep niet-ontvankelijk.<sup>12</sup> Het oordeelde dat de aanbeveling gelet op haar bewoordingen, inhoud en context, geen bindende rechtsgevolgen tot stand beoogde te brengen. Daarom kon zij niet worden gekwalificeerd als een handeling waarvan de wettigheid kan worden onderzocht op grond van artikel 263 VWEU.<sup>13</sup>

33. In zijn motivering overwoog het Gerecht eerst dat de aanbeveling, ondanks een aantal kleine verschillen tussen de taalversies, voornamelijk in niet-dwingende bewoordingen was opgesteld.<sup>14</sup>

34. Het Gerecht oordeelde voorts dat uit de inhoud van de aanbeveling bleek dat de Commissie niet de intentie had om er bindende rechtsgevolgen aan toe te kennen.<sup>15</sup> Met name bevatten de punten 51 tot en met 53 een *uitnodiging* aan de lidstaten om toezichthoudende autoriteiten op het gebied van gokken aan te wijzen en om aan de Commissie mededeling te doen van alle maatregelen die ingevolge de aanbeveling zijn genomen. Dit verplicht de lidstaten niet om de in die handeling geformuleerde beginselen toe te passen. Verder verklaarde de Commissie uitdrukkelijk dat de aanbeveling geen afbreuk deed aan de regelgevende bevoegdheid van de lidstaten ter zake, maar louter een uitnodiging voor de lidstaten bevatte om zich naar de daarin neergelegde beginselen te voegen.<sup>16</sup>

35. Het Gerecht oordeelde dat de analyse van de bewoordingen en de inhoud van de aanbeveling werd bevestigd door een analyse van de context ervan. Discussies in de Raad, het Europees Parlement en de Commissie tonen aan dat er destijds geen intentie bestond om op dit gebied EU-wetgeving voor te stellen.<sup>17</sup>

36. Het Gerecht voegde hieraan toe dat bekendmaking in de L-serie van het Publicatieblad, en niet in de C-serie daarvan, op zichzelf geen afbreuk kon doen aan de conclusie dat de aanbeveling geen bindende rechtsgevolgen beoogde.<sup>18</sup> Het verklaarde tevens dat uit louter het feit dat aanbevelingen, hoewel niet bindend, toch rechtsgevolgen teweeg kunnen brengen niet kan worden afgeleid dat zij voor beroep vatbaar zijn. Een andere conclusie zou indruisen tegen artikel 263 VWEU, op grond waarvan tegen aanbevelingen, die geen bindende rechtsgevolgen tot stand brengen, geen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.<sup>19</sup>

12 Beschikking van 27 oktober 2015, België/Commissie (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 Punt 37 van de bestreden beschikking.

14 Punten 21 e.v. van de bestreden beschikking.

15 Punt 29 van de bestreden beschikking.

16 Punten 32 tot en met 35 van de bestreden beschikking.

17 Punt 36 van de bestreden beschikking.

18 Punten 38 tot en met 40 van de bestreden beschikking.

19 Punten 42 tot en met 48 van de bestreden beschikking.

37. Een vermeende inbreuk door een instelling van de Unie op de beginselen van het institutioneel evenwicht, van bevoegdheidstoedeling of van loyale samenwerking kan niet rechtvaardigen dat de in het Verdrag aan ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring gestelde voorwaarden niet worden toegepast.<sup>20</sup> Met name volgt uit de omstandigheid dat het Hof in het kader van een beroep wegens niet-nakoming een handeling of een gedraging zonder bindende rechtsgevolgen kan toetsen aan de verplichting van de lidstaten tot loyale samenwerking, niet dat dit ook moet gelden in het kader van een beroep tot nietigverklaring.<sup>21</sup>

38. Het Gerecht verklaarde dat in de aanbeveling, anders dan het Koninkrijk België betoogde, geen regels of beginselen zijn opgenomen die de markt voor onlinegokdiensten beogen te harmoniseren. Dit bleek duidelijk uit punt 2, dat uitdrukkelijk de regelgevende bevoegdheid van de lidstaten op dit gebied bevestigt.<sup>22</sup> De aanbeveling werd niet aangenomen om de mogelijkheid voor elke lidstaat om overeenkomstig zijn eigen voorkeuren uit te maken wat voor de bescherming van morele, religieuze en culturele aspecten noodzakelijk is, te beperken.<sup>23</sup>

## V. Procedure bij het Hof

39. Met zijn hogere voorziening verzoekt het Koninkrijk België (hierna: „rekwirant”) het Hof om de beschikking van het Gerecht te vernietigen, het beroep tot nietigverklaring ontvankelijk te verklaren, de zaak ten gronde te beoordelen, de verzoeken tot interventie van de Helleense Republiek en de Portugese Republiek ontvankelijk te verklaren<sup>24</sup>, en de Commissie te verwijzen in de kosten.

40. De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening af te wijzen en rekwirant te verwijzen in de kosten.

41. In hogere voorziening voert rekwirant drie middelen aan: i) schending van de beginselen van bevoegdheidstoedeling, loyaliteit en institutioneel evenwicht; ii) schending van het loyaliteitsbeginsel en aantasting van de positie van de lidstaten als bevoorrechte verzoekers, en iii) onjuiste uitlegging van de rechtsgevolgen van de aanbeveling ten aanzien van België.

42. Met het eerste middel betoogt rekwirant dat het beroep ontvankelijk had moeten worden verklaard, omdat het Gerecht, in plaats van zich te beperken tot een onderzoek of de aanbeveling bindende rechtsgevolgen sorteerde, had moeten onderzoeken of de Commissie tot vaststelling daarvan bevoegd was. Meer in het bijzonder heeft het Gerecht de beginselen van bevoegdheidstoedeling, loyaliteit en institutioneel evenwicht niet geëerbiedigd, door niet te onderzoeken of er een materiële rechtsgrondslag bestond die de vaststelling van de aanbeveling rechtvaardigde. Artikel 292 VWEU kan niet dienen als autonome rechtsgrondslag; het stelt zowel de Raad als de Commissie in staat om aanbevelingen vast te stellen, maar om te weten welke van beide instellingen bevoegd is, moeten de materiële bevoegdheden die de Verdragen aan elk van hen toekennen, worden onderzocht.

20 Punten 51 en 52 van de bestreden beschikking.

21 Punten 54 en 55 van de bestreden beschikking.

22 Punt 64 van de bestreden beschikking.

23 Punt 68 van de bestreden beschikking.

24 De Portugese Republiek en de Helleense Republiek hebben in de procedure bij het Gerecht verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van rekwirant. Omdat het Gerecht het beroep niet-ontvankelijk verklaarde, oordeelde het echter dat op die verzoeken tot interventie geen uitspraak hoefde te worden gedaan (punt 86 van de bestreden beschikking).



43. Voorts stelt rekwirant dat zelfs een niet-bindende aanbeveling nog altijd voor rechterlijke toetsing vatbaar zou moeten zijn, om vast te stellen of zij aan bovengenoemde beginselen voldoet. Door rechterlijke toetsing uit te sluiten, heeft het Gerecht het beginsel van bevoegdheidstoedeling geschonden. Voorts paste het artikel 263 VWEU toe op een wijze die niet strookt met vaste rechtspraak: elke door de instellingen vastgestelde maatregel moet duidelijk de rechtsgrondslag vermelden waarop deze berust.<sup>25</sup>

44. Volgens rekwirant zou louter het feit dat de Commissie een van de in artikel 288 VWEU genoemde rechtsinstrumenten vaststelt zonder daartoe bevoegd te zijn, op zichzelf al rechtsgevolgen sorteren, omdat dit het bevoegdheidsevenwicht tussen de Unie en de lidstaten, alsook tussen de instellingen onderling, verstoort. Dit zou dan ook door het Hof getoetst moeten kunnen worden. Alvorens vast te stellen of het om een „echte” aanbeveling gaat, zou moeten worden nagegaan of die beginselen in acht zijn genomen. Rekwirant betoogt dat de eigenlijke wetgevingshandeling van de Unie moet worden vastgesteld in overeenstemming met het Unierecht en de prerogatieven van de andere instellingen en de lidstaten moet eerbiedigen.

45. Met het tweede middel bekritiseert rekwirant het feit dat het Gerecht, met een beroep op het verschil tussen het beroep tot nietigverklaring en de niet-nakomingsprocedure, de rechtspraak volgens welke handelingen die geen bindende rechtsgevolgen hebben en in strijd met het vereiste van loyale samenwerking zijn vastgesteld, vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing in het kader van een niet-nakomingsprocedure, als niet ter zake doend afdeed.<sup>26</sup> Dat druist fundamenteel in tegen het wederkerige karakter van het loyaliteitsbeginsel.<sup>27</sup> Dit leidt ertoe dat het Gerecht een lidstaat de toegang tot het Hof ontzegt in een beroep tot nietigverklaring, terwijl de lidstaten bevoorrechte verzoekers zijn.

46. Met zijn derde middel betoogt rekwirant dat het Gerecht bij zijn onderzoek van de aanbeveling het AETR-arrest<sup>28</sup> en de daaropvolgende rechtspraak onjuist heeft toegepast. Rekwirant komt tot de conclusie dat de wettigheid van de aanbeveling uit hoofde van artikel 263 VWEU onderzocht kan worden omdat deze, althans jegens België en Portugal, rechtsgevolgen teweegbrengt.

47. Rekwirant stelt dat het Gerecht in aanmerking had moeten nemen dat de aanbeveling in een aantal taalversies, zoals de Portugese taalversie, maar ook in twee van de drie officiële talen van België, namelijk het Nederlands en het Duits, in dwingende bewoordingen is geformuleerd, in het bijzonder omdat nationale rechters aanbevelingen in aanmerking moeten nemen. Het Gerecht moest de aanbeveling niet op een algemene manier onderzoeken, maar specifiek beoordelen of deze rechtsgevolgen sorteert voor België. Gelet op de dwingende formulering in het Nederlands en het Duits, kan worden geconcludeerd dat de rechtsgevolgen ten aanzien van België vergeleken met andere taalversies „sterker” zijn.

48. In haar verweer wijst de Commissie de argumenten af die rekwirant heeft aangevoerd betreffende de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor een tegen een aanbeveling ingesteld beroep tot nietigverklaring. Zij voert aan dat het betoog van rekwirant (met de verwijzing naar de beginselen van bevoegdheidstoedeling, loyale samenwerking, institutioneel evenwicht en rechtsgrondslag) betrekking heeft op de gegrondheid van het beroep, terwijl het in de onderhavige procedure enkel gaat over de ontvankelijkheid.

25 Rekwirant voert advies 2/00 van het Hof aan ter ondersteuning van het constitutionele belang van de keuze van de juiste rechtsgrondslag [advies 2/00 (Protocol van Cartagena inzake bioveiligheid) van 6 december 2001, EU:C:2001:664, punt 5]. Zie ook arrest van 1 oktober 2009, Commissie/Raad, C-370/07, EU:C:2009:590, punt 47).

26 Arresten van 12 februari 2009, Commissie/Griekenland (C-45/07, EU:C:2009:81), en 20 april 2010, Commissie/Zweden (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Arrest van 16 oktober 2003, Ierland/Commissie (C-339/00, EU:C:2003:545, punt 71).

28 Arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, EU:C:1971:32).

49. Met betrekking tot het karakter van wederkerigheid van het loyaliteitsbeginsel (tweede middel) stelt de Commissie dat het Koninkrijk België ten onrechte heeft betoogd dat het Gerecht een procedurele ongelijkheid heeft gecreëerd ten gunste van de Commissie in de niet-nakomingsprocedure, en ten nadele van de lidstaten in het kader van het beroep tot nietigverklaring. Die conclusie van het Gerecht houdt enkel in dat de wettigheid van aanbevelingen niet kan worden getoetst op basis van artikel 263 VWEU. Er is derhalve geen sprake van ongelijkheid in de toepassing van artikel 263 VWEU.

50. Volgens de Commissie is het niet relevant dat een van de officiële taalversies van een lidstaat enigszins anders is geformuleerd. Een beoordeling van de rechtsgevolgen van een aanbeveling, zo die er zijn, moet immers ook berusten op het doel en de context van dat instrument. Volgens de Commissie dienen Uniehandelingen op autonome wijze, onafhankelijk van het nationale recht, te worden uitgelegd.

51. In repliek concentreerde rekwirant zich op de rechtsgrondslag van de aanbeveling, die zijns inziens ontbreekt. Rekwirant benadrukte dat een aanbeveling van de Commissie louter door het bestaan ervan rechtsgevolgen sorteert (zij het op beperkte schaal), wat betekent dat toetsing van de wettigheid ervan mogelijk moet zijn. Een lidstaat moet om toetsing van de geldigheid van elke Uniehandeling kunnen verzoeken wanneer niet duidelijk is of deze binnen de grenzen van het beginsel van bevoegdheidstoedeling is vastgesteld, vooral wanneer een materiële rechtsgrondslag ontbreekt. Een enkele verwijzing naar artikel 292 VWEU is niet voldoende en voldoet niet aan het vereiste van een materiële rechtsgrondslag.

52. In dupliek betoogde de Commissie dat de in de Verdragen vastgelegde procedures geen lacune bevatten. Aanbevelingen zijn uitgesloten van de toepassing van artikel 263 VWEU. De enige vraag is of deze aanbeveling een „echte” aanbeveling is. Het vraagstuk van de rechtsgrondslag maakt deel uit van een beoordeling ten gronde en komt derhalve alleen aan de orde wanneer het beroep ontvankelijk is. Volgens de Commissie had rekwirant in ieder geval niet aangetoond waarom een andere rechtsgrondslag dan artikel 292 VWEU vereist zou zijn.

53. Het Koninkrijk België en de Commissie hebben, naast hun schriftelijke opmerkingen, pleidooi gehouden op de terechtzitting van 26 juni 2017.

## VI. Beoordeling

54. In hogere voorziening heeft rekwirant drie middelen aangevoerd. Mijns inziens moet het derde middel (waarmee rekwirant stelt dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de litigieuze aanbeveling geen rechtsgevolgen tot stand brengt) als eerste worden behandeld, in hoofdzaak om de volgende twee redenen. Ten eerste bevat dit middel de essentie van de hogere voorziening voor het Hof. Het derde middel raakt op verschillende manieren ook elementen van het eerste en het tweede middel. Tot op zekere hoogte houden in een zaak als de onderhavige elementen van de inhoudelijke beoordeling al verband met de ontvankelijkheidsvraag en sijpelen zij daarin door. Ten tweede acht ik het derde middel van rekwirant gegrond. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het de gevolgen van de litigieuze aanbeveling verkeerd heeft uitgelegd en derhalve de ontvankelijkheid van het verzoek onjuist heeft beoordeeld.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Naar mijn mening is de uitlegging van de rechtsgevolgen (of het ontbreken daarvan) van een (mogelijke) bron van Unierecht, zoals een aanbeveling, een zuiver juridische vraag, en als zodanig vatbaar voor volledige toetsing in hogere voorziening. *Iura (item „ius mollis”) novit Curia.*

55. Een aanbeveling is een „typische” Unierechtelijke handeling, die vermeld wordt in artikel 288 VWEU. Anders dan voor een potentieel zeer grote verscheidenheid aan daar niet genoemde „atypische” handelingen van instellingen en organen van de Unie, vermeldt artikel 288 VWEU de kenmerken van een aanbeveling: zij heeft geen verbindende kracht. Verder sluit de eerste alinea van artikel 263 VWEU aanbevelingen duidelijk uit van het beroep tot nietigverklaring.

56. In het licht van dit legislatieve kader van het primaire recht, lijkt de uitbreiding van de met het AETR-arrest<sup>30</sup> ingezette, voor „atypische” handelingen ontwikkelde rechtspraak wellicht niet geheel vanzelfsprekend. Een mogelijk beroep tot nietigverklaring van een aanbeveling kan daarom op twee manieren benaderd worden. De eerste is de „inhoud-boven-vorm”-benadering, waarmee bedoeld wordt dat, zelfs in het geval van typische handelingen, de analyse van de inhoud van de litigieuze handeling bepalend is voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring. Wanneer de handeling eigenlijk niet is wat de titel ervan aangeeft (bijvoorbeeld geen „echte” aanbeveling is), moet die handeling ongeacht de benaming ervan vatbaar zijn voor toetsing. De tweede is de „vorm-boven-inhoud”-benadering, die ervan uitgaat dat de dingen bij hun naam worden genoemd, zelfs wanneer zij een wat ongebruikelijke vorm hebben. Maar omdat en zolang dingen een bepaalde naam krijgen, is die benaming bepalend voor het begrip en de uitlegging ervan.

57. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. In deel A wordt de eerste benadering uiteengezet: ik keer eerst terug naar de oorsprong van de AETR-toets (A.1) alvorens de latere rechtspraak en de toepassing van die toets door het Gerecht in de onderhavige zaak te onderzoeken (A.2). Ik zal vervolgens toelichten waarom die toets bij aanbevelingen in een aantal opzichten problemen oplevert (A.3), alvorens voor te stellen hoe deze kan worden bijgesteld (A.4). Ik demonstreer vervolgens hoe een aldus meer genuanceerde toets op de onderhavige aanbeveling zou worden toegepast (A.5).

58. Ik vang deel B aan met een schets van de tweede benadering (B.1), en licht vervolgens met een aantal nadere argumenten toe waarom het Hof deze benadering naar mijn mening niet zou moeten volgen (B.2). Voor het geval het Hof deze weg toch wenst in te slaan, zou ik het Hof in overweging willen geven om althans een aantal belangrijke verduidelijkingen aan te brengen ten aanzien van de aard en gevolgen van aanbevelingen (B.3).

## **A. Inhoud boven vorm**

### **1. Het AETR-arrest**

59. Artikel 173 van het EEG-Verdrag (later artikel 230 EG, thans artikel 263 VWEU) bepaalde in de eerste versie ervan, uit 1957, dat de wettigheid van „de handelingen van Raad en van de Commissie, voor zover het geen aanbevelingen en adviezen betreft” kon worden nagegaan door het Hof. Het gaf geen positieve definitie van de handelingen die konden worden getoetst. Het was derhalve aan het Hof om te beslissen welke handelingen voor toetsing vatbaar waren: waren dit alleen die handelingen van de Commissie of de Raad die uitdrukkelijk als verbindende handelingen werden genoemd in het toenmalige artikel 189 EEG (thans artikel 288 VWEU), namelijk verordeningen, richtlijnen en beschikkingen, of omvatten deze ook door die instellingen vastgestelde maar niet uitdrukkelijk in de Verdragen genoemde „atypische handelingen”?

60. In het AETR-arrest<sup>31</sup>, dat betrekking had op notulen van de Raad inzake de onderhandeling over en het sluiten van een internationale overeenkomst, formuleerde het Hof een toets om uit te maken of een beroep tot nietigverklaring van een handeling van de instellingen wel of niet ontvankelijk is (hierna: „AETR-toets”). Het Hof oordeelde dat artikel 173 EEG onder „voor beroep vatbare

<sup>30</sup> Arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, EU:C:1971:32).

<sup>31</sup> Arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, EU:C:1971:32).

handelingen” verstond „alle door de instellingen getroffen bepalingen die beogen rechtsgevolg teweeg te brengen; [...] het beroep tot nietigverklaring derhalve dient open te staan met betrekking tot *alle door de instellingen getroffen bepalingen – ongeacht hun aard of vorm – die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen*”.<sup>32</sup>

61. De oorspronkelijke AETR-toets betrof derhalve twee elementen: ging het om een handeling van de EU waarmee *rechtsgevolgen* werden *beoogd*?

62. In de latere rechtspraak heeft het Hof die toets toegepast op een aantal atypische handelingen, zoals interne instructies of richtsnoeren van de Commissie<sup>33</sup>; gedragscodes ter uitvoering van een Raadsverordening<sup>34</sup>; mededelingen<sup>35</sup>; informatieve nota's<sup>36</sup>, of brieven<sup>37</sup>.

63. Bij nader onderzoek van die beslissingen blijkt dat die toets niet altijd volkomen gelijklopend werd geformuleerd. Er is echter één duidelijk gemeenschappelijk thema: met betrekking tot al die atypische handelingen heeft het Hof duidelijk geoordeeld dat bij de beslissing over de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring de inhoud van een Uniehandeling dient te prevaleren over de vorm ervan.<sup>38</sup> De feitelijke benaming en vorm van de handeling zijn niet doorslaggevend voor de beslissing of de wettigheid ervan kan worden getoetst.

## **2. Toepassing van de AETR-toets door het Gerecht in de onderhavige zaak**

64. In de bestreden beschikking verklaarde het Gerecht: „Volgens vaste rechtspraak worden als voor beroep vatbare handelingen in de zin van artikel 263 VWEU aangemerkt alle door de instellingen van de Unie vastgestelde bepalingen, ongeacht de vorm, die tot doel hebben bindende rechtsgevolgen tot stand te brengen [...]. Daarentegen ontsnappen aan het rechterlijk toezicht zoals bedoeld in artikel 263 VWEU alle handelingen die geen *bindende* rechtsgevolgen tot stand brengen, zoals voorbereidende handelingen, bevestigende handelingen en louter uitvoerende handelingen, *gewone aanbevelingen* en adviezen, en, in beginsel, interne instructies [...]. Volgens de rechtspraak moet ter beoordeling van de vraag of een handeling rechtsgevolgen kan doen ontstaan en of daartegen dus op grond van artikel 263 VWEU een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld, worden gekeken naar de bewoordingen ervan en de context waarin zij is vastgesteld [...], de inhoud ervan [...] en de bedoeling van degene die de handeling heeft vastgesteld [...]”.<sup>39</sup>

65. Het Gerecht paste de AETR-toets vervolgens voor de eerste maal (althans bij mijn weten) toe op een aanbeveling. Het Gerecht onderzocht de bewoordingen, de context, de inhoud en de bedoeling van de vaststellende instantie. Het oordeelde dat de aanbeveling voor de geadresseerden ervan geen bindende rechtsgevolgen had. Het Gerecht erkende dat de in de aanbeveling opgenomen beginselen zeer gedetailleerd waren. Het oordeelde niettemin dat zij geen „dwingend” karakter hadden, zoals met name bleek uit de „uitnodigende” bewoordingen die in de meeste taalversies van de aanbeveling werden gebezigd. Bijgevolg oordeelde het Gerecht, door meer gewicht aan de bewoordingen toe te kennen dan aan de overige factoren, dat het beroep niet-ontvankelijk was.

32 Punten 39 en 42 van dat arrest (cursivering van mij). De formulering „handelingen die beogen rechtsgevolgen te hebben” werd vervolgens in artikel 173 EEG opgenomen bij het Verdrag van Maastricht.

33 Zie arresten van 9 oktober 1990, Frankrijk/Commissie (C-366/88, EU:C:1990:348), en 6 april 2000, Spanje/Commissie (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Zie arrest van 13 november 1991, Frankrijk/Commissie (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Zie arresten van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie (C-325/91, EU:C:1993:245), en 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Zie arrest van 1 december 2005, Italië/Commissie (C-301/03, EU:C:2005:727), samen met de verhelderende conclusie van advocaat-generaal Jacobs (C-301/03, EU:C:2005:550, punten 70 e.v.).

37 Zie arrest van 5 oktober 1999, Nederland/Commissie (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 Zie reeds, betreffende handelingen van de Hoge Autoriteit, arrest van 10 december 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Hoge Autoriteit (1/57 en 14/57, EU:C:1957:13).

39 Punten 16 tot en met 18 van de bestreden beschikking (cursivering van mij).

66. Samenvattend lijkt voor het Gerecht in zijn analyse van de litigieuze aanbeveling doorslaggevend te zijn geweest het ontbreken van *bindende rechtsgevolgen* daarvan; tot die slotsom kwam het op basis van de *intentie* van de Commissie, die primair werd afgeleid uit de vorm van de handeling en de bewoordingen ervan.

### 3. *Problematische aspecten van de AETR-toets*

67. De aldus opgevatte en toegepaste AETR-toets doet een aantal problemen rijzen. Deze zijn onder te verdelen in twee categorieën: ten eerste zijn er problemen die *inherent* zijn aan deze toets, de gedachtegang, voorwaarden en formulering ervan, die misschien meer geprononceerd zijn wanneer de AETR-toets wordt toegepast op een aanbeveling. Ten tweede zijn er problemen die als *extern* kunnen worden omschreven. Deze houden verband met het feit dat de AETR-toets, die in de loop der tijd in feite steeds strenger is geworden, geen gelijke tred heeft gehouden met de ontwikkelingen in het normatieve landschap van de Unie. In een wereld waarin de verscheidene instrumenten van zachte wetgeving sinds 1971 feitelijk veel talrijker en belangrijker zijn geworden, dienen de voorwaarden voor toegang tot de rechter en de door hem verrichte toetsing te reageren op die ontwikkelingen.

#### a) *Inherente problemen*

68. In dit verband treden twee aspecten op de voorgrond: de noodzaak van het *bindende* karakter van een Uniehandeling wil deze voor wettigheidstoetsing vatbaar zijn (1) en de *intentie* van de vaststeller ten aanzien van de rechtsgevolgen (2).

##### 1) *Rechtsgevolgen, bindende werking, of bindende rechtsgevolgen?*

69. In punt 42 van de Engelse taalversie van het AETR-arrest<sup>40</sup> is geen sprake van maatregelen die beogen „*binding legal effect*” te hebben, maar enkel van maatregelen die beogen „*legal effects*” te hebben. Hetzelfde lijkt te gelden voor de overige destijds beschikbare taalversies.<sup>41</sup>

70. De verschuiving in de terminologie, van loutere rechtsgevolgen naar „*bindende rechtsgevolgen*” vond plaats in de latere rechtspraak.<sup>42</sup> Die tendens lijkt de laatste tijd te worden voortgezet, aangezien het Hof de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van Uniehandelingen nu laat afhangen van de vraag of zij *bindende* rechtsgevolgen hebben.<sup>43</sup>

71. Men zou hiertegen kunnen opwerpen dat het Hof in het AETR-arrest, ondanks het gebruik van de term „rechtsgevolgen”, eigenlijk bedoelde „bindende kracht”, al is die stelling gezien het soort document waarom het in die zaak ging (notulen van de Raad), niet geheel overtuigend. Een dergelijke suggestie zou in het bijzonder steun kunnen vinden in de bewoordingen van artikel 189 EEG, waarin toen reeds een onderscheid werd gemaakt tussen verbindende handelingen (verordeningen, richtlijnen en beschikkingen) en niet-verbindende handelingen (aanbevelingen en adviezen).<sup>44</sup> Ook al heeft het Hof artikel 173 EEG niet duidelijk uitgelegd in het licht van de terminologie van artikel 189 EEG, is het dus wel aannemelijk dat deze laatste bepaling een weerslag had op de formulering van de toets.

40 Hierboven, voetnoot 31.

41 In het Frans: „qui visent à produire des effets de droit”; in het Duits: „Rechtswirkungen zu erzeugen”; in het Italiaans „che miri a produrre effetti giuridici”; in het Nederlands: „die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen”.

42 Zie bijvoorbeeld beschikking van 17 mei 1989, Italië/Commissie (151/88, EU:C:1989:201, punt 21). Zie ook arrest van 5 oktober 1999, Nederland/Commissie (C-308/95, EU:C:1999:477, punt 30). Zie echter ook bijvoorbeeld arrest van 1 december 2005, Italië/Commissie (C-301/03, EU:C:2005:727, punten 22-24), dat alleen spreekt van „rechtsgevolgen”.

43 Zie arresten van 13 oktober 2011, Deutsche Post en Duitsland/Commissie (C-463/10 P en C-475/10 P, EU:C:2011:656, punt 36), en 13 februari 2014, Hongarije/Commissie (C-31/13 P, EU:C:2014:70, punt 54).

44 Zie arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, EU:C:1971:32, punt 39), in het licht van de conclusie van advocaat-generaal Duthelliet de Lamothe in de zaak Commissie/Raad (22/70, EU:C:1971:23, blz. 287), die opmerkte: „De artikelen 173 en 189 van het Verdrag staan logisch met elkaar in verband [...]”. Zie ook arrest van 23 april 1986, Les Verts/Parlement (294/83, EU:C:1986:166, punt 24).



72. Wat hiervan ook zij, het is eveneens een feit dat het Hof pas de laatste tijd in het algemeen strenger lijkt te zijn geworden door de inperking van artikel 263 VWEU tot handelingen met *bindende* rechtsgevolgen, aldus de bewoordingen van die bepaling, die zich beperkt tot *rechtsgevolgen* (jegens derden), uitbreidend. Bij ontbreken van een duidelijke discussie in de rechtspraak over dat onderscheid, en vooral van enig bewijs van een weloverwogen keuze voor een van beide termen, kan men zich evenwel afvragen of het Hof werkelijk deze strengere en meer beperkende weg in wilde slaan. Het is niettemin duidelijk, dat noch uit de bewoordingen noch uit de gedachtegang van het AETR-arrest noodzakelijkerwijs voortvloeide dat er niet alleen sprake moest zijn van *rechtsgevolgen*, maar dat die ook *bindend* dienden te zijn.

73. Dit is niet alleen maar een woordspelletje. De praktische implicaties zijn aanzienlijk, zoals de onderhavige zaak aantoonde. Waaruit *rechtsgevolgen* precies bestaan, kan voorwerp van discussie zijn. Het gaat evenwel duidelijk om een ruim begrip, dat plaats biedt aan allerlei effecten op of in het recht, de uitlegging en de toepassing ervan. „Bindende gevolgen”, en a fortiori „bindende *rechtsgevolgen*”, vormen daarentegen een aanmerkelijk veel kleinere categorie.

74. Traditioneel wordt de *bindende* kracht van het recht in verband gebracht met dwang. Niet-naleving kan worden gevolgd door dwangmaatregelen en sancties. In een dergelijke (zuiver positivistische<sup>45</sup>) zienswijze is het bestaan van een sanctie het definiërende element van bindende kracht.

75. Afgezien van deze theoretische discussies, is duidelijk dat wanneer de maatstaf van *bindende rechtskracht* zou worden aanvaard, een aantal handelingen die aanzienlijke rechtsgevolgen kunnen hebben voor het gedrag van de geadresseerden, maar niet bindend zijn in de traditionele betekenis omdat zij niet in een rechtstreeks of onafhankelijk afdwingingsmechanisme voorzien, zal ontsnappen aan toetsing op grond van de AETR-toets en dus op grond van artikel 263, eerste alinea, VWEU. Zoals later nog zal blijken, geldt dat met name voor de in geding zijnde aanbeveling.

## 2) Rol van de intentie van de vaststeller

76. Ten tweede ontbreekt het de AETR-toets, zoals toegepast door het Gerecht, aan interne helderheid: welke rol komt precies toe aan de intentie van de vaststellende instantie bij de bepaling of een handeling geacht moet worden (bindende) rechtsgevolgen teweeg te brengen?

77. Zowel de AETR-toets als de huidige bewoordingen van artikel 263 VWEU steunen op de intentie van de vaststellende instantie. Het gebruik van de verleden tijd in de Engelse taalversie („was intended to”) lijkt voorts mee te brengen dat het hier gaat om de vaststelling van de *vroegere (historische) subjectieve* intentie van de vaststellende instantie op het moment dat zij de handeling in kwestie aannam. Een dergelijke opvatting zou waarschijnlijk ook in overeenstemming zijn met de algemene regels van het beroep tot nietigverklaring. In een dergelijk beroep moeten de litigieuze Uniehandelingen beoordeeld worden op basis van de feiten en de rechtstoestand die bestonden op de datum waarop de handeling werd vastgesteld.<sup>46</sup>

78. Wanneer de intentie van de instantie die de handeling heeft vastgesteld echter altijd in subjectieve historische zin wordt opgevat, zal in de praktijk geen enkele aanbeveling ooit voor toetsing vatbaar zijn. De beoordeling van de aard en gevolgen van een aanbeveling komt dan snel in een impasse terecht: omdat de Commissie niet de intentie had om bindende wetgeving aan te nemen, koos zij voor een

<sup>45</sup> In deze zin veel meer Kelseniaans dan de reeds aangehaalde Hartiaanse traditie, die veel meer „sociologisch” van aard is. Hart aanvaardde dat een rechtsregel bindend kan zijn, niet alleen omdat deze werd vastgesteld in overeenstemming met een secundair voorschrift dat die regel bindend verklaart, maar ook omdat een groep personen die norm aanvaardt als maatstaf voor hun gedrag, wat binnen de groep sociale druk tot naleving genereert; zie Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, tweede uitgave (met naschrift), Clarendon Press, Oxford, 1997, hoofdstukken V en VI.

<sup>46</sup> Zie bijvoorbeeld arresten van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie (15/76 en 16/76, EU:C:1979:29, punt 7), en 29 april 2004, Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238, punt 39).



aanbeveling. Omdat de Commissie heeft gekozen voor een aanbeveling, was haar subjectieve intentie duidelijk dat dit instrument niet bindend zou zijn. Wegens die intentie, waarvan de keuze voor dit instrument effectief getuigt, kan dit niet bindend zijn, ongeacht de inhoud en de bewoordingen ervan, omdat de Commissie immers niet beoogde bindende wetgeving vast te stellen.

79. Zo zal de keuze voor een bepaald instrument altijd de context en de doelstelling van de maatregel predestineren, en zal deze keuze waarschijnlijk zwaarder wegen dan om het even welke inhoud of bewoordingen ervan.

## ***b) Externe problemen***

80. Naast deze logische problemen, die inherent zijn aan de formulering van de door het Gerecht gehanteerde AETR-toets, wanneer deze wordt toegepast op aanbevelingen, stuit deze toets mogelijk nog op meer algemene, externe uitdagingen. In dit deel bespreek ik twee daarvan: in de eerste plaats is er de toename van diverse vormen van zachte wetgeving die strikt gesproken geen bindende kracht hebben, maar intussen wel rechtsgevolgen teweegbrengen (1). In de tweede plaats is in de praktijk de kans groot, dat aanbevelingen zowel op Unieniveau als op nationaal niveau een aantal, dikwijls vrij belangrijke rechtsgevolgen teweegbrengen (2).

### *1) De opkomst van zachte wetgeving*

81. Er is in het Unierecht en daarbuiten een breed scala van instrumenten, met uiteenlopende benamingen en vormen (richtsnoeren, mededelingen, gedragscodes, bekendmakingen, aanbevelingen, adviezen, interinstitutionele akkoorden, conclusies, verklaringen, resoluties enzovoorts) die generiek worden aangeduid als „zachte wetgeving”. Zij kunnen worden vastgesteld op elk gebied, en in elke mogelijke fase van het besluitvormingsproces, of dat nu in de inleidende fase van de raadpleging van belanghebbenden is of in de eindfase, bij de tenuitvoerlegging van vastgestelde wetgeving. Het kan dus zowel om prelegislatieve als postlegislatieve instrumenten gaan.

82. In de overigens zeer uiteenlopende benaderingen van zulke zachte wetgeving zijn er misschien twee aspecten waarover algemene consensus bestaat: ten eerste, dat zachte wetgeving niet eenvoudig is in te passen in het binaire, zwart-witte onderscheid tussen bindende en niet-bindende rechtsgevolgen; ten tweede, dat het verschijnsel in de laatste twee decennia is toegenomen, en steeds frequenter wordt.<sup>47</sup>

83. Bijgevolg zijn de kwesties van de verbreiding van zachte wetgeving en (het ontbreken van) rechterlijke toetsing daarvan niet alleen besproken in de vakliteratuur<sup>48</sup>, maar ook in het kader van de instellingen van de Unie<sup>49</sup>.

84. Bovendien hebben de afgelopen jaren in een aantal lidstaten de hoogste rechterlijke instanties zich op nationaal niveau over het fenomeen gebogen. Deze instanties hebben de rechterlijke toetsing uitgebreid tot handelingen die strikt gesproken niet bindend zijn, en hebben daarmee de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor beroepen tot nietigverklaring versoepeld teneinde het recht op een

<sup>47</sup> Afgaande op de omvang van de literatuur over dit onderwerp en de aandacht die de rechtsleer hieraan heeft besteed.

<sup>48</sup> Zie in het algemeen over zachte wetgeving in EU-verband bijvoorbeeld Wellens, K.C., en Borchardt, G.M., „Soft Law in European Community law”, *European Law Review* 14, 1989, blz. 267; Klabbers, J., „Informal Instruments before the European Court of Justice”, *Common Market Law Review* 31, 1994, blz. 997; Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford en Portland Oregon, 2004; Schwarze, J., „Soft Law im Recht der Europäischen Union”, *Europarecht*, 2011, blz. 3; Scott, J., „In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law”, *Common Market Law Review* 48, 2011, blz. 329; Knauff, M., „Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens”, *Europarecht*, 2011, blz. 735; Stefan, O., *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013; Bertrand, B., „Les enjeux de la soft law dans l’Union européenne”, *Revue de l’Union européenne*, 2014, blz. 73.

<sup>49</sup> Zie in het bijzonder de studie van het Europees Parlement „Checks and Balances of soft EU rule-making”, directoraat-generaal Intern Beleid, beleidsafdeling C, Rechten van de burger en Constitutionele Zaken, 2012 (PE 462.433), met name blz. 54-58.

effectieve rechterlijke bescherming te waarborgen.<sup>50</sup> Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de geadresseerden van een betwiste handeling deze als bindend kunnen ervaren op grond van een aantal kenmerken, in het bijzonder dat zij prikkels bevatten<sup>51</sup>, of wanneer de vaststellende instantie de macht heeft om sancties te treffen<sup>52</sup>, of wanneer de handeling belangrijke gevolgen kan hebben voor de geadresseerde<sup>53</sup>. Hetzelfde geldt, zelfs veel sterker, voor de common-law rechters die traditioneel veel meer dan hun tegenhangers op het continent bereid waren om niet-bindende handelingen te toetsen. In Ierland waarborgen de rechters bijvoorbeeld de bescherming van de grondrechten zelfs wanneer de bestreden maatregel niet bindend is en geen concrete gevolgen heeft voor de rechten en verplichtingen van de geadresseerden.<sup>54</sup>

85. Ten slotte verdienen in dit verband de benadering en de praktijk van de Franse Conseil d'État (hoogste bestuursrechter) een aparte bespreking. Ten eerste bracht de Conseil d'État het gebied het ware in kaart in een alomvattend rapport dat onder meer een definitie van zachte wetgeving bevatte.<sup>55</sup> Ten tweede heeft deze instantie vorig jaar op die studie voortgebouwd met de ontwikkeling van een nieuwe rechterlijke toets, die is toegespitst op economische gevolgen en het bestaan van een aanzienlijke invloed die het instrument heeft op het gedrag van de geadresseerden ervan.<sup>56</sup>

86. Ondanks hun verscheidenheid, zowel op nationaalrechtelijk als op Unierechtelijk niveau, blijken de diverse instrumenten van zachte wetgeving hetzelfde hoofdkenmerk gemeen te hebben: zij zijn niet *bindend* in de traditionele zin. Het gaat om een soort *onvolmaakte* norm: enerzijds hebben zij duidelijk de normatieve ambitie om de geadresseerden tot naleving ervan aan te zetten, anderzijds gaan zij niet gepaard met instrumenten van rechtstreekse dwang. Zij worden meestal vastgesteld na een proces van raadpleging van de verschillende belanghebbenden (een benadering „van onderaf”) en kunnen „zachte verplichtingen” of „stevige aansporingen” bevatten die gegoten zijn in de vorm van een „uitnodiging”.

50 Bijvoorbeeld arrest van het Duitse Bundesverwaltungsgericht (hoogste federale bestuursrechter) van 15 november 2010 – 19 BV 10.871 (betreffende administratieve circulaire tot vaststelling van uitstotingswaarden in milieuaangelegenheden).

51 Zie arrest van de Regeringsrätt (hoogste bestuursrechter, Zweden) van 24 mei 1996, zaak 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 Zie bijvoorbeeld arrest 237/674 van de Belgische Raad van State van 16 maart 2017 betreffende administratieve circulaire. Zie ook over standpuntbepalingen (prises de position) of rapporten van onafhankelijke, voor vaststelling van sancties bevoegde bestuurlijke autoriteiten, arresten van de Franse Conseil d'État (hoogste bestuursrechter) van 17 november 2010, Syndicat français des ostéopathes, nr. 332 771, en van 11 oktober 2012, Société Casino Guichard-Perrachon, nr. 357193.

53 In Zweden kunnen publieke en particuliere lichamen bijvoorbeeld de wettigheid van een bestuurshandeling aanvechten wanneer zij deze als bindend hebben ervaren en in overeenstemming ermee hebben gehandeld (arrest van de Regeringsrätt van 10 februari 2004, zaak 2696-03, RA 2004 ref 8, over een „informatie” die waarschijnlijk reële gevolgen kon hebben voor de persoonlijke en economische situatie van de geadresseerde).

54 Zie bijvoorbeeld het arrest van de High Court (rechter in eerste aanleg, Ierland), De Burca v Wicklow County Manager (2009) IEHE 54, over een vordering in rechte tegen een bestuurlijk rapport in het kader van een planningprocedure; zie ook High Court, Law Society of Ireland v Competition Authority (2006) 2 IR 262, over richtsnoeren van de Ierse mededingingsautoriteit.

55 In zijn jaarverslag over 2013, definieerde de Conseil d'État zachte wetgeving als een groep instrumenten die voldoen aan de volgende drie criteria: 1) zij moeten beogen het gedrag van de geadresseerden ervan te wijzigen of hiervoor richtsnoeren te geven, doordat zij tot de naleving ervan leiden; 2) zij roepen voor de geadresseerden op zichzelf geen rechten of verplichtingen in het leven; 3) zij hebben door de inhoud en opzet ervan een mate van formalisering en structuur die hen meer op rechtsregels doet lijken (Conseil d'État, *Etude annuelle 2013 – Le droit souple*, La Documentation française, 2013, blz. 61-63).

56 Arresten van de Conseil d'État van 21 maart 2016, Numericable, nr. 390023, en van 21 maart 2016, Société Fairvesta International GmbH, nr. 368082, respectievelijk over een prise de position van de Franse mededingingsautoriteit, en persberichten van de Franse autoriteit voor de financiële markten.

## 2) Aanbevelingen: geen bindende kracht maar wel rechtsgevolgen

87. Aanbevelingen voldoen over het algemeen aan een degelijke beschrijving. In de Verdragen worden aanbevelingen alleen in negatieve termen gedefinieerd: zij zijn niet verbindend (artikel 288 VWEU). Afgezien daarvan lopen het gebruik en de praktijk van aanbevelingen uiteen.<sup>57</sup> Zij nodigen meestal uit tot een bepaald gedrag, een beleid, of tot het aannemen van regels die de vaststellende instantie(s) in het licht van het nagestreefde doel passend acht(en).

88. Hoewel aanbevelingen duidelijk worden omschreven als niet bindend, kunnen zij aanzienlijke rechtsgevolgen tot stand brengen, in de zin dat zij tot een bepaald gedrag aanzetten en de normatieve werkelijkheid veranderen. Zij hebben waarschijnlijk gevolgen voor de rechten en plichten van de geadresseerden ervan en van derden. Ter illustratie schets ik in dit deel een aantal dergelijke gevolgen, op twee onderscheiden maar onderling verbonden niveaus: i) de Unie en ii) de lidstaten.

### i) Unieniveau

89. Op het niveau van de Unie dient te worden gewezen op drie soorten rechtsgevolgen van aanbevelingen: i) vertrouwen en gerechtvaardigde verwachtingen; ii) hun rol bij uitlegging, en iii) het vermogen van aanbevelingen om parallelle regelingen in het leven te roepen die vooruitlopen op het wetgevende proces en daarmee het institutionele evenwicht beïnvloeden.

90. Ten eerste zou men wellicht redelijkerwijs mogen aannemen dat, wanneer een EU-instelling aanbevelingen vaststelt over het gedrag dat zij van anderen verlangt, van die instelling ook kan worden verwacht dat zij zich in voorkomend geval in haar eigen praktijken en optreden ook aan de aanbeveling houdt. Vanuit dit oogpunt komt de aldus geschapen gerechtvaardigde verwachting in feite overeen met de situatie bij andere soorten zachte wetgeving die uitgaan van instellingen of organen van de Unie en worden beschouwd als een (aan zichzelf opgelegde) beperking van de toekomstige uitoefening van hun eigen beoordelingsbevoegdheid.<sup>58</sup>

91. Ten tweede worden aanbevelingen dikwijls gebruikt voor de uitlegging van wetgeving, met name om invulling te geven aan onbepaalde rechtsbegrippen vervat in bindende wetgeving. Dat geldt vooral (maar zeker niet uitsluitend) voor postlegislatieve aanbevelingen die niet alleen op grond van artikel 292 VWEU zijn vastgesteld, maar ook op basis van een instrument van secundaire wetgeving, juist met het doel om gestalte te geven aan de daarin vervatte rechtsbegrippen. Maar ook prelegislatieve aanbevelingen kunnen deze functie hebben, ten aanzien van onbepaalde rechtsbegrippen uit de Verdragen of voor de uitlegging van een ander rechtsinstrument, waarvan de materie samenvalt met die van de aanbeveling. Zo kunnen beide typen aanbeveling een aanvulling vormen op bindende wetgeving.

92. Ten derde heeft het Hof in het arrest Grimaldi reeds uiteengezet in welke omstandigheden aanbevelingen kunnen worden vastgesteld: zij „worden door de instellingen van de Gemeenschap doorgaans uitgebracht, wanneer het Verdrag hun niet de bevoegdheid geeft om verbindende handelingen te verrichten, of wanneer huns inziens geen aanleiding voor dwingend voorschriften bestaat”.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Voor vroege, inmiddels klassieke verhandelingen, zie bijvoorbeeld Morand, C., „Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire”, *Cahiers de droit européen*, 1970, blz. 523; Soldatos, P., Vandersanden, G., „La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne”, in: De Ripaindel-Landy, D., e.a., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Brussel, 1976, blz. 94.

<sup>58</sup> Zie arresten van 29 september 2011, *Arkema/Commissie* (C-520/09 P, EU:C:2011:619, punt 88), en 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 209-211). Zie echter voor een meer genuanceerde benadering met betrekking tot bekendmakingen in het mededingingsrecht, arrest van 13 december 2012, *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, punt 29).

<sup>59</sup> Arrest van 13 december 1989, *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646, punt 13).

93. Wat wellicht de grootste kracht is van aanbevelingen, zou dan ook het grootste gevaar ervan kunnen zijn. Zij kunnen worden gebruikt als meer dan alleen maar een hulpmiddel voor het ondersteunen van beleid dat in een politieke (gebrek aan overeenstemming) of juridische (ontbreken van specifieke bevoegdheid) impasse zit. Een aanbeveling zou ook kunnen worden gebruikt als middel om het wetgevingsproces te omzeilen.

94. Dit resulteert in twee vormen van vooruitlopen: op de korte en op de lange termijn. Het onmiddellijke probleem, omzeiling van de andere instellingen die normaliter deel hebben aan het wetgevingsproces, is hierboven al gesignaleerd en besproken.<sup>60</sup> Het is derhalve duidelijk dat een aanbeveling een weerslag kan hebben op het institutionele evenwicht<sup>61</sup>, en daarmee ook op de scheiding der machten binnen de Unie. Zouden aanbevelingen van wettigheidstoetsing worden uitgesloten op de enkele grond dat zij niet bindend zijn, dan zou echter het beginsel van institutioneel evenwicht nooit kunnen worden gewaarborgd.<sup>62</sup>

95. Er is echter ook sprake van een andere vorm van vooruitlopen, die met name in het geval van prelegislatieve aanbevelingen aanwezig kan zijn: de aanbeveling kan normen formuleren voordat de eigenlijke wetgevingsprocedure plaatsvindt, wat zelfs erop kan neerkomen dat die wetgevingsprocedure eenzijdig wordt gepasseerd. Het staat buiten kijf dat een aanbeveling de naleving door de geadresseerden ervan ambiëert. Wanneer zij hierin ook maar gedeeltelijk slaagt, dan zal het gamma van denkbare (aanvaardbare) toekomstige normatieve oplossingen daarmee bepaald worden. Wanneer een aantal instellingen of lidstaten een aanbeveling reeds naleeft, zullen die actoren in het eventueel daaraankomende wetgevingsproces uiteraard de legislatieve oplossing voorstaan die zij al hadden aanvaard. Zo wordt de zachte wetgeving van vandaag de harde wetgeving van morgen.

## *ii) Nationaal niveau*

96. Aanbevelingen hebben ten minste drie soorten rechtsgevolgen op het niveau van de lidstaten. De precieze omvang daarvan hangt af van de mate waarin het beginsel van loyale samenwerking wordt toegepast met betrekking tot aanbevelingen.

97. Het eerste en voornaamste type verplichtingen uit aanbevelingen dat het Hof tot op heden heeft erkend, is de plicht van de nationale rechter om hiermee rekening te houden bij de uitlegging van nationale wetgeving tot uitvoering van die bepalingen. Het is duidelijk dat aanbevelingen als zodanig geen rechten in het leven roepen waarop particulieren zich voor een nationale rechter zouden kunnen beroepen.<sup>63</sup> In het arrest Grimaldi voegde het Hof hieraan echter toe dat aanbevelingen „niet kunnen worden geacht geen enkel rechtsgevolg te hebben. De nationale rechterlijke instanties zijn namelijk

60 Het „Beter wetgeven“-initiatief heeft deze problematische dimensie van zachte wetgeving benadrukt. Zie met name het kaderakkoord over de betrekkingen tussen het Europees Parlement en de Europese Commissie (PB 2010, L 304, blz. 47). Punt 43 luidt met name: „Op gebieden waarop het Parlement gewoonlijk bij het wetgevingsproces is betrokken, maakt de Commissie waar passend gebruik van zachte wetgeving, en op een naar behoren gemotiveerde grondslag, na het Parlement de gelegenheid te hebben gegeven zijn opvatting te geven. De Commissie verstrekt het Parlement een gedetailleerde toelichting van de manier waarop bij de aanneming van het voorstel van de Commissie rekening is gehouden met het standpunt van het Parlement.”

61 Er zij aan herinnerd dat het de beginselen van bevoegdheidstoedeling en institutioneel evenwicht waren die het Hof hebben geleid tot zijn arrest van 23 april 1986, *Les Verts/Parlement* (294/83, EU:C:1986:166, punt 25).

62 Dit is overigens ook het argument dat rekwirant aanvoert in het tweede middel van de hogere voorziening. In zekere zin verhindert het vereiste voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring dat er bindende rechtsgevolgen (en niet slechts rechtsgevolgen) zijn, inderdaad dat inachtneming door de instantie die de litigieuze handeling heeft vastgesteld van haar bevoegdheden wordt verzekerd. Dit doet dan de vraag rijzen of instrumenten van zachte wetgeving, waaronder aanbevelingen, alleen kunnen worden vastgesteld binnen de bevoegdheidsfeer van de Unie en de betrokken instelling. Echter, niet zonder een vleugje paradoxaliteit, is, juist omdat er geen dergelijke bindende rechtsgevolgen zijn, de toetsing ervan in een beroep tot nietigverklaring niet ontvankelijk.

63 Zie arrest van 13 december 1989, *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646, punt 16). Zie ook arresten van 21 januari 1993, *Deutsche Shell* (C-188/91, EU:C:1993:24, punt 18); 11 september 2003, *Altair Chimica* (C-207/01, EU:C:2003:451, punt 41), en 18 maart 2010, *Alassini* e.a. (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punt 40).



gehouden de aanbevelingen bij de oplossing van de bij hen aanhangige geschillen in aanmerking te nemen, met name wanneer deze duidelijkheid verschaffen over de uitlegging van nationale bepalingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld of wanneer zij bedoeld zijn om dwingende communautaire bepalingen aan te vullen.”<sup>64</sup>

98. Aangetekend moet worden dat het Hof dergelijke *interpretatieve rechtsgevolgen* tot nu toe enkel heeft aanvaard voor aanbevelingen, en deze daarmee een bijzondere positie heeft gegeven ten opzichte van andere Uniehandelingen met een niet-bindend karakter.<sup>65</sup>

99. Wat houdt de *verplichting om in aanmerking te nemen* echter precies in? Er is een heel scala van mogelijke uitleggingen. Aan het ene uiteinde van de schaal zou het kunnen gaan om een verplichting tot conforme uitlegging als in het arrest Von Colson.<sup>66</sup> Gelet op de formulering van dat arrest beoogde het Hof wellicht niet dat de nationale rechter het nationale recht conform aanbevelingen zou moeten uitleggen.<sup>67</sup> Aan het andere, denkbeeldige uiteinde, kan „in aanmerking nemen” ook betekenen „een blik slaan op” en vervolgens volkomen naast zich neerleggen.

100. In theorie is een tussenpositie denkbaar: een nationale autoriteit die afwijkt van een aanbeveling zal dit op zijn minst *moeten motiveren*, zonder werkelijke verplichting om het nationale recht conform de aanbeveling uit te leggen. Dit is in het verleden al voorgesteld voor een ander type zachte wetgeving.<sup>68</sup> Ik kan zien waar de aantrekking van deze ogenschijnlijke tussenpositie ligt: hoewel het Hof een dergelijke verplichting tot nu toe alleen heeft opgelegd aan de instantie die gedragsregels in de vorm van interne maatregelen of richtsnoeren met externe gevolgen heeft vastgesteld<sup>69</sup>, kan niet worden uitgesloten dat die rechtspraak evenzeer van toepassing kan zijn op aanbevelingen, die immers een verder ontwikkelde en verfijnde vorm van zachte wetgeving zijn, aangezien het daarbij gaat om een van de „typische” in artikel 288 VWEU genoemde handelingen, en aangezien zij door de nationale rechter in aanmerking moeten worden genomen.<sup>70</sup>

101. Waarom noem ik dit „ogenschijnlijk” een tussenpositie? Om de eenvoudige reden dat de verplichting om te motiveren waarom een rechter afwijkt van een bepaalde bron per definitie betekent dat die bron *bindend* van aard is. Een rechter is alleen verplicht om de afwijking van een *dwingende* rechtsbron toe te lichten.<sup>71</sup> Wanneer de „verplichting om in aanmerking te nemen” wordt uitgelegd als een plicht voor de nationale rechter om te motiveren en te verklaren waarom hij geen gevolg geeft aan een aanbeveling, zou dat *eo ipso* betekenen dat zulke aanbevelingen niet alleen „enige rechtsgevolgen” hebben, maar dat zij in feite bindend zijn.

64 Arrest van 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punt 18).

65 Het Hof heeft met name geweigerd deze rechtsgevolgen toe te kennen aan bekendmakingen van de Commissie (arrest van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, punt 31).

66 Arrest van 10 april 1984, Von Colson en Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 Zoals achtereenvolgend ontwikkeld en geconsolideerd in bijvoorbeeld de arresten van 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punten 114 en 115); 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, EU:C:2006:443, punten 108 en 109), en 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punten 99-101).

68 Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, punten 38 en 39), volgens wie de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties bekendmakingen van de Commissie op het vlak van het mededingingsbeleid naar behoren in aanmerking moeten nemen. Dat hield in dat specifieke geval in dat die autoriteiten en rechters de in de bekendmaking tot uitdrukking komende inschatting van de Commissie betreffende de merkbaarheid van mededingingsbeperkingen wel in aanmerking moesten nemen en, mochten zij hiervan afwijken, *redenen moesten opgeven die vatbaar zijn voor toetsing door de rechter*.

69 Zie arresten van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 209-211), en 29 september 2011, Arkema/Commissie (C-520/09 P, EU:C:2011:619, punt 88).

70 Zie arrest van 13 december 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punt 26).

71 In tegenstelling tot toelaatbare of overtuigende bronnen; zie bijvoorbeeld Peczenik, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, blz. 319 e.v.

102. Ten tweede, wat zijn precies de verplichtingen van de nationale autoriteiten ten aanzien van een aanbeveling? De formulering van artikel 4, lid 3, VEU, dat de verplichting tot loyale samenwerking in de Unie omschrijft, is zonder twijfel erg ruim en potentieel vergaand. Aangezien die bepaling enkel spreekt van „verplichtingen”, en aanbevelingen volgens artikel 288 VWEU „niet-verbindend” zijn, kan gesteld worden dat aanbevelingen per definitie geen verplichtingen in het leven kunnen roepen en dus überhaupt niet onder artikel 4, lid 3, VEU vallen.

103. Mijns inziens zou een dergelijke uitlegging van artikel 4, lid 3, VEU geen getrouwe afspiegeling zijn van de wijze waarop het Hof deze bepaling reeds geruime tijd benadert. De verplichting tot loyale samenwerking wordt meestal toegepast op beginselniveau en daalt niet altijd af naar het niveau van een concrete en specifieke bepaling of een discrete wettelijke verplichting.<sup>72</sup>

104. Zelfs wanneer zou worden aangenomen dat er geen *positieve* verplichting is om een aanbeveling uit te voeren, geldt dit dan ook voor mogelijk „mildere” verplichtingen voor de lidstaten, zoals die om bij de vaststelling van wetgeving op het betrokken gebied rekening te houden met een aanbeveling? Dat effect is misschien duidelijker zichtbaar bij postlegislatieve aanbevelingen, die gebruikt worden om nadere invulling te geven aan juridische begrippen van bindende wetgeving. Kan van een lidstaat bij de tenuitvoerlegging van het oorspronkelijke instrument van Uniewetgeving, waarvan de postlegislatieve aanbeveling in zekere zin een „bijlage” is, niet verwacht worden dat hij de in die aanbeveling aangebrachte verduidelijkingen volgt? Zo nee, wat is dan de zin van de aanbeveling? Zo ja, dan kan nauwelijks worden betwist dat een aanbeveling aanzienlijke en reële rechtsgevolgen heeft.

105. Het is echter zeker te verdedigen dat er geen verplichting tot tenuitvoerlegging bestaat wanneer er bij het achterwege blijven daarvan geen afzonderlijke en duidelijke sanctie intreedt. Zelfs wanneer geen acht wordt geslagen op de ietwat formalistische opvatting dat een „*directe*” sanctie het doorslaggevende en definiërende element vormt van *bindende* kracht<sup>73</sup>, hoe zit het met de potentiële *negatieve* verplichtingen die ten aanzien van aanbevelingen op de lidstaten rusten? Momenteel is dit ongetwijfeld nog speculatie en zeker geen geldend recht, maar indien de blokkerende werking van richtlijnen zich uitstrekt tot de periode vóór het verstrijken van de omzettingstermijn, zodat een lidstaat in die periode geen maatregel mag vaststellen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in het gedrang zou brengen<sup>74</sup>, kan dezelfde gedachtegang dan niet gelden voor een aanbeveling?

72 Zie naar analogie hoe loyale samenwerking is gebruikt als grondslag voor verplichtingen in verband met rechtstreekse werking, aansprakelijkheid van een lidstaat voor inbreuken op het Unierecht of de vaststelling van sancties (respectievelijk, bij wege van illustratie, arresten van 16 december 1976, Comet, 45/76, EU:C:1976:191, punt 12; 2 februari 1977, Amsterdam Bulb, 50/76, EU:C:1977:13, punt 32, en 19 november 1991, Francovich e.a., C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428, punt 36).

73 Zoals hierboven (in voetnoot 45) reeds aangegeven, overheerst een dergelijke enge zienswijze zelfs niet in alle stromingen van de positivistische rechtstheorie. Deze opvatting staat overigens ver af van de wijze waarop „niet-bindende wensen” geuit door *dezelfde* regelgevende instantie die de volgende dag op hetzelfde of een gerelateerd gebied bindende wetgeving en sancties kan vaststellen, in werkelijkheid worden begrepen en opgevat door de geadresseerden. Zo kunnen er behalve rechtstreekse sancties ook *indirecte* sancties zijn, zeker in omstandigheden van terugkerende actoren aan beide zijden (*dezelfde* instantie en *dezelfde* groep geadresseerden). Er weze aan herinnerd dat een vergelijkbare gedachtegang sommige hoogste nationale rechters ertoe heeft gebracht de „niet-bindende” handelingen van dergelijke instanties te onderwerpen aan rechterlijke toetsing (hierboven, voetnoot 52).

74 Ingezet met het arrest van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).



106. In de derde en laatste plaats, wat voor rechtsgevolgen kunnen aanbevelingen hebben in de context van nationale regels en procedures? In het arrest Grimaldi heeft het Hof duidelijk gemaakt dat prejudiciële vragen kunnen worden gesteld over de uitlegging van een aanbeveling.<sup>75</sup> De vraag blijft of een nationale rechter het Hof kan verzoeken de geldigheid van een aanbeveling te beoordelen. Bij mijn weten heeft een dergelijk geval zich nog nooit voorgedaan, maar het heeft er de schijn van dat het Hof in het arrest Grimaldi de mogelijkheid van een dergelijke verwijzing heeft bevestigd.<sup>76</sup>

107. Kennelijk heeft het Hof dus duidelijk voorzien dat een aanbeveling rechtsgevolgen kan hebben op nationaal niveau. De lidstaten moeten deze immers in aanmerking nemen, wat dat dan ook precies mag betekenen. Daarbij komt dat de rechtspraak van het Hof in het verleden, in het kader van een prejudiciële procedure, verschillende niet-bindende Uniehandelingen heeft erkend, en zelfs getoetst, die repercussies hadden op nationaal niveau, waaronder recentelijk nog een persbericht van de Europese Centrale Bank.<sup>77</sup>

108. Een aanbeveling, evenals andere Unierechtelijke handelingen van ogenschijnlijk niet-bindende aard, kan dus het voorwerp uitmaken van een verzoek om een prejudiciële beslissing, zowel wat de uitlegging als de geldigheid ervan aangaat. Mijns inziens zou dit in een volledig stelsel van rechtsmiddelen moeilijk anders kunnen zijn.<sup>78</sup> Bij een aanbeveling gaat het erom dat deze tot naleving aanzet. Neem het voorbeeld van een lidstaat die, te goeder trouw en in de geest van loyale samenwerking, een aanbeveling in nationaal recht heeft omgezet. Bij een handeling van nationale wetgeving heeft die lidstaat op nationaal niveau verplichtingen aan particulieren opgelegd. Wanneer die nationale wetgeving voor de nationale rechter wordt aangevochten, zou het nogal merkwaardig aandoen om toetsing van de materiële grondslag van die nationale wetgeving, namelijk de EU-aanbeveling<sup>79</sup>, te weigeren met de wat formalistische motivering dat niet een instrument van Unierecht maar nationale wetgeving deze verplichtingen in het leven heeft geroepen, zuiver uit eigen vrije wil van de lidstaat.

#### **4. Terug naar de bron: het AETR-arrest en rechtsgevolgen**

109. De gedetailleerde bespreking in het vorige deel had een tweeledig doel: in de eerste plaats om te laten zien op welke problemen de AETR-toets (zoals later geleidelijk gewijzigd) stuit bij de toepassing ervan op aanbevelingen (en mijns inziens ook meer algemeen bij de toepassing op andere instrumenten van zachte wetgeving), en in de tweede plaats om te laten zien dat aanbevelingen, al ontberen zij bindende kracht in de traditionele en tamelijk beperkte zin van het woord, belangrijke rechtsgevolgen kunnen hebben, zowel op Unie- als op nationaal niveau.

75 „Volgens vaste rechtspraak van het Hof staat de omstandigheid, dat een gemeenschapsrechtelijke handeling geen juridisch bindende werking heeft, niet eraan in de weg, dat het Hof in een krachtens artikel 177 ingeleide procedure bevoegd is uitspraak te doen over de uitlegging ervan” (arresten van 13 december 1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, punt 9, en 21 januari 1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, punt 18 en daar aangehaalde rechtspraak).

76 „[...] [A]rtikel 177 – anders dan artikel 173 EEG-Verdrag, dat handelingen met het karakter van een aanbeveling aan de toetsing van het Hof onttrekt – [verleent] het Hof de bevoegdheid [...] om bij wege van prejudiciële beslissing *uitspraak te doen over de geldigheid* en de uitlegging van *de* door de instellingen van de Gemeenschap verrichte handelingen, *zonder enige uitzondering*”; arrest van 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punt 8) (cursivering van mij).

77 Arrest van 16 juni 2015, Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400). Het Hof onderzocht niet de ontvankelijkheid van een beroep tegen een persbericht als zodanig. Zie echter de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:7, punten 70 e.v.).

78 Zie bijvoorbeeld arresten van 23 april 1986, Les Verts/Parlement (294/83, EU:C:1986:166, punt 23), en 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punt 66).

79 In het bijzonder in gevallen waarin de nationale actie tegen de nationaalrechtelijke omzetting slechts een afspiegeling is van eenzelfde eventueel probleem van de aanbeveling zelf; zie in dit opzicht, naar analogie, arrest van 22 juni 2010, Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punten 54-55).

110. Mijns inziens behoeft de AETR-toets, zoals toegepast door het Gerecht, derhalve bijstelling. Mijn voorstel dienaangaande is heel eenvoudig: de toets dient terug te keren tot de oorsprong ervan, het AETR-arrest, en tot de bewoordingen van artikel 263, eerste alinea, VWEU. Beide spreken van „rechtsgevolgen” en niet van „bindende rechtsgevolgen”. Net als bij de bedding van een rivier is het bij rechtspraak soms nodig om de stroom op te schonen door verwijdering van de (verbale) sedimenten die zich in de loop der jaren hebben afgezet en de wet onhanteerbaar hebben gemaakt.

111. Een dergelijke bijstelling is niet zo revolutionair als die op het eerste gezicht lijkt. De basis van de toets of een Uniehandeling wel of niet rechtsgevolgen tot stand brengt voor de geadresseerden en/of derden, blijft hetzelfde: de beoordeling heeft betrekking op tekst, context en doel van de litigieuze handeling. De manier waarop de toets moet worden toegepast behoeft evenwel op twee punten verduidelijking: ten eerste, getoetst wordt alleen het bestaan van rechtsgevolgen, niet van bindende rechtsgevolgen; ten tweede ligt de nadruk bij de toetsing niet louter op de tekst, maar op de inhoud en context van de maatregel.

112. Zoals reeds uiteengezet in het vorige deel, is de tweedeling tussen bindende en niet-bindende rechtsgevolgen van weinig analytisch belang bij zachte wetgeving. Als een rechtstreeks nalevingsmechanisme en dwang voorwaarden zijn om het bestaan van bindende gevolgen aan te nemen, zal zachte wetgeving per definitie nooit bindend zijn, ongeacht de erin vervatte bepalingen.

113. De beoordeling van het vermogen om rechtsgevolgen teweeg te brengen, dat wil zeggen om de juridische situatie van de geadresseerden te beïnvloeden, zou daarentegen moeten worden toegespitst op een andere vraag: kan ik, als redelijk denkende geadresseerde, uit inhoud, doel, algemene opzet en algehele context van een aanbeveling of, meer algemeen, van een instrument van zachte wetgeving, afleiden dat van mij iets wordt verwacht? Zou ik mijn gedrag waarschijnlijk dienovereenkomstig aanpassen, en heeft die handeling waarschijnlijk gevolgen voor mijn rechtspositie?

114. Verder zouden, binnen de drie klassieke grondbeginselen van wetsuitlegging – tekst, context, en doel –, bij de beoordeling van een aanbeveling of andere instrumenten van zachte wetgeving, de bewoordingen (vooral de benaming en de schriftelijke vorm) van een handeling niet zwaarder mogen wegen dan inhoud, context en doel. De bewoordingen zouden in het kader van de ontvankelijkheid zelfs, naar hun wezen beoordeeld, veeleer secundair moeten zijn ten opzichte van materiële elementen. Ware dit anders, dan zouden „uitnodigende” bewoordingen per definitie leiden tot uitsluiting van rechterlijke toetsing. Dit zou in feite betekenen dat vorm prevaleert over inhoud, en dat aanbevelingen met een „aanmoedigend” woordgebruik derhalve nooit kunnen worden getoetst. Misschien is daarom een meer genuanceerde nadruk, op gedachtegang, inhoud, context en doelstelling, nodig.

115. In het kader van een dergelijke beoordeling van context en doelstelling, lijken drie factoren van belang te zijn voor de inschatting of een Uniehandeling waarschijnlijk rechtsgevolgen sorteert en of redelijkerwijs naleving kan worden verwacht.

116. De eerste factor die in aanmerking moet worden genomen, is de mate van *formalisering* (heeft de Uniemaatregel de vorm van een rechtshandeling?) en de *definitiviteit* van de handeling (is deze vastgesteld aan het einde, als uitkomst van een raadplegingsprocedure, of algemener in een „zachte” wetgevingsprocedure?). Met andere woorden, maakt de Uniehandeling in kwestie, deze twee aspecten bij elkaar beschouwd, de indruk van een afgerond stuk wetgeving?

117. Wat de vorm van een potentieel voor beroep vatbare handeling aangaat, deze moet de indruk geven van een juridische tekst, die redelijkerwijs geacht kan worden rechtsgevolgen teweeg te brengen. Wat dat betreft, zal een handeling eruitzien als rechtshandeling wanneer deze bijvoorbeeld is onderverdeeld in artikelen of ten minste afdelingen, of wanneer deze is bekendgemaakt in het Publicatieblad (zeker in de L-serie, die bestemd is voor de bekendmaking van wetgeving).

118. Wat het aspect van definitiviteit betreft, zullen voorbereidende handelingen waarschijnlijk op dit punt tekortschieten. Dezelfde gedachtegang geldt al voor voorbereidende handelingen in het kader van het besluitvormingsproces van de Unie.<sup>80</sup> Dit zou des te sterker moeten gelden bij procedures voor de vaststelling van zachte wetgeving. Een dergelijke uitsluiting van rechterlijke toetsing van voorbereidende handelingen lijkt van nog groter belang in het kader van zachte wetgeving, waar het proces van raadpleging kan leiden tot de vaststelling van meerdere handelingen.

119. De tweede factor houdt verband met de inhoud en het algemene doel van de betrokken handeling: hoe precies zijn de daarin vervatte „verplichtingen”? Wat is het algemene doel dat wordt nagestreefd? Hoe algemener en abstracter een Uniehandeling is, des te minder waarschijnlijk is het dat deze aanzet tot concrete, specifieke naleving door de geadresseerden. Wanneer de Uniehandeling daarentegen een aantal specifieke en gepreciseerde verplichtingen bevat, is dat zeker een relevante factor. Wanneer de tekst verder een duidelijk harmoniserende doelstelling heeft, is het nog waarschijnlijker dat hij geacht wordt rechtsgevolgen te hebben.

120. De derde factor heeft betrekking op handhaving. Bevat de maatregel duidelijke en specifieke mechanismen voor naleving, handhaving of sancties? Dit betreft uiteraard niet alleen *rechtstreekse* handhaving, die hoogstwaarschijnlijk niet te verwachten valt, maar ook *indirecte* handavingsmechanismen, zowel van structurele als van institutionele aard.

121. *Structurele* handavingsmechanismen kunnen een aantal indirecte mechanismen omvatten, zoals rapportage, kennisgeving, monitoring, en toezicht. Elementen van „peer pressure” kunnen eveneens van belang zijn, zoals de bekendmaking van prestatieoverzichten, verslagen waarin namen worden genoemd en met de vinger wordt gewezen, enzovoorts.

122. Het *institutionele* element is eveneens relevant: welke instelling heeft het betrokken instrument vastgesteld? Is dit dezelfde instelling die op verwante of zelfs dezelfde gebieden van regelgeving sancties kan opleggen aan dezelfde geadresseerden?<sup>81</sup> Wanneer dat inderdaad het geval is, zal de litigieuze handeling waarschijnlijk met succes aanzetten tot naleving.

## 5. Toepassing van de toets op de onderhavige zaak

123. Wanneer ik de litigieuze aanbeveling door deze lens bekijk, moet ik concluderen dat die aanbeveling in haar geheel genomen aanmerkelijk verder gaat dan men zou verwachten van een document dat slechts bepaalde *beginselen* aanbeveelt. In dit specifieke geval kan inderdaad betoogd worden dat de aanbeveling rechtsgevolgen zal hebben en dat redelijk denkende geadresseerden hun gedrag waarschijnlijk zodanig zullen aanpassen dat zij althans ten dele aan de aanbeveling voldoen.

124. Wil bij de beoordeling van de werkelijke aard van een handeling de inhoud prevaleren over de formele kwalificatie ervan, dan moet de te verrichten analyse, met voorbijgaan aan de formele titel van het document, gaan over wat het document lijkt te zijn, gelet op de bewoordingen, inhoud, context en doelstelling ervan.

80 Arrest van 12 september 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commissie (C-131/03 P, EU:C:2006:541, punt 55 en daar aangehaalde rechtspraak).

81 Zie ook hierboven, voetnoot 73.

125. Beginnend bij het algemene doel van de aanbeveling, vermelden de overwegingen ervan<sup>82</sup> en de documenten waarvan deze bij de aanneming vergezeld ging<sup>83</sup>, tamelijk expliciet dat de aanbeveling op het gebied van onlinegokdiensten een minimumniveau van harmonisering nastreeft door beginselen aan te bevelen om consumenten, spelers en minderjarigen beter te beschermen. Tegelijkertijd is eveneens duidelijk dat het hier, zeker vanuit het oogpunt van verscheidene lidstaten, een nogal gevoelige materie betreft.<sup>84</sup>

126. Voorts zij gewezen op een aantal inhoudelijke en contextuele elementen. Ten eerste is de tekst van de litigieuze handeling zeer gestructureerd, en ziet deze eruit als een juridische tekst. Er zijn niet minder dan 30 overwegingen. De aanbeveling zelf is verdeeld in twaalf genummerde delen. Zij is bekendgemaakt in de L-serie van het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

127. De feitelijke vorm van de aanbeveling geeft dus de indruk dat deze beoogt rechtsgevolgen tot stand te brengen. Dat wordt ook bevestigd door het feit dat het geen voorbereidende handeling is. De aanbeveling markeert al de uitkomst van een raadplegingsproces, aangezien zij de uitwerking bevat van een eerder groenboek en een mededeling van de Commissie. Met een aantal zeer concrete aanbevelingen aan de lidstaten is de aanbeveling dus duidelijk de neerslag van het Commissiestandpunt inzake de bescherming van consumenten in het kader van onlinegokdiensten.

128. Ten tweede zijn concrete bepalingen van de aanbeveling opvallend gedetailleerd en precies. De aanbeveling beperkt zich niet tot de uiteenzetting van alleen maar „beginselen”, maar legt vrij duidelijke en precieze regels neer.

129. Ik geef een paar voorbeelden: in deel III zet de aanbeveling in detail de inhoud uiteen van de informatie die getoond moet worden op de landingspagina van de gokwebsite van de exploitant en die via alle pagina's van die website toegankelijk moet zijn. In deel V nodigt de aanbeveling de lidstaten uit, ervoor te zorgen dat een persoon slechts kan deelnemen aan een onlinegokspel wanneer hij als speler geregistreerd is en bij de exploitant over een spelersaccount beschikt. De identiteitsgegevens van de speler moeten door de exploitant worden geverifieerd. Deel VIII beoogt commerciële communicatie te reguleren. Het verbiedt de lidstaten door bepaalde verklaringen bijvoorbeeld de indruk te wekken dat gokken sociaal aantrekkelijk is, of te suggereren dat gokken een oplossing biedt voor persoonlijke problemen.

130. Ten derde bevat de aanbeveling zeer gedetailleerde en volledige „uitnodigingen” tot toezicht en verslaglegging. In deel XI wordt de lidstaten „verzocht bij de toepassing van de beginselen van deze aanbeveling bevoegde toezichthoudende autoriteiten inzake gokspelen aan te wijzen, die op onafhankelijke wijze de daadwerkelijke uitvoering garanderen van de nationale maatregelen waarmee gestalte wordt gegeven aan de beginselen van de aanbeveling en die hierop toezicht houden”. Deel XII betreft verslaglegging. In de bepalingen van dit deel wordt de lidstaten niet alleen verzocht om de Commissie *op de hoogte te brengen* van alle uitvoeringsmaatregelen, maar ook om, voor statistische doeleinden, vóór bepaalde data betrouwbare jaargegevens te verzamelen.

131. Betreffende die „uitnodigingen” om mee te werken aan verslaglegging en toezicht, zijn twee opmerkingen op hun plaats. In de eerste plaats lijkt het Hof zich in het algemeen, in het verleden, bijzonder gevoelig te hebben getoond voor de opnemings- of toezichtmechanismen in diverse atypische instrumenten. Het heeft bij ten minste twee gelegenheden atypische handelingen van de Commissie nietig verklaard omdat deze gedetailleerde voorschriften bevatten voor verslaglegging en

82 Overwegingen 8 en 9, hierboven aangehaald in de punten 11 en 12 van deze conclusie.

83 Hierboven, punt 30 van deze conclusie.

84 Zie bijvoorbeeld arrest van 22 januari 2015, Stanley International Betting en Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, punt 51).

geacht konden worden verder te gaan dan voor het type handeling in kwestie gepast was.<sup>85</sup> Ten tweede is in de context van deze specifieke aanbeveling interessant dat een niet-bindende aanbeveling, die de lidstaten niet verplicht zijn uit te voeren, toch van de lidstaten (of althans van de lidstaten die besloten hebben om op de „uitnodiging” in te gaan) verwacht dat zij aanwijzen, volgen, op de hoogte brengen, evalueren, gegevens verzamelen, en op bepaalde data over al die (volkomen vrijwillige) activiteiten aan de Commissie verslag uitbrengen.

132. Punt 54 van de aanbeveling zegt vervolgens dat de Commissie de *uitvoering* (sic!) van de aanbeveling uiterlijk op 19 januari 2017 zou moeten evalueren. Op de terechtzitting bleek echter dat de Commissie dit tot nu toe niet heeft gedaan *omdat* zij nog wacht op de verslagen van de lidstaten alvorens haar eigen verslag op te stellen. In dit stadium heb ik de indruk dat de mate van cognitieve dissonantie waarvan zulke uitspraken blijk geven, het gehalte van een Jedigedachtentruc (Jedi mind trick) voor gevorderden bereikt.

133. Ten vierde is de aanbeveling bedoeld om de lidstaten ertoe te bewegen bepaalde wetgeving aan te nemen en door middel van die wetgeving invloed uit te oefenen op exploitanten van gokdiensten en spelers, die indirect de geadresseerden van de aanbeveling zijn. Hoewel kan worden volgehouden dat formeel en op zichzelf gezien niet de aanbeveling maar de eventuele nationale wetgeving gevolgen zal hebben voor de rechten van derden, valt derhalve nauwelijks te ontkennen dat de werkelijke bron van de nationale wetgeving in die aanbeveling moet worden gezocht.<sup>86</sup>

134. Ten vijfde – op zichzelf misschien een marginaal punt, maar wel een illustratie van de dissonantie tussen inhoud en titel – verdient zowel overweging 29 als punt 2 van de aanbeveling vermelding. Daarin wordt verklaard, respectievelijk, dat deze aanbeveling geen afbreuk doet aan de (bindende en geldende) Unierichtlijnen, en dat deze geen afbreuk doet aan het recht van de lidstaten om gokdiensten te reguleren. Die verklaringen werpen de klemmende vraag op waarom, als de aanbeveling inderdaad een zuiver niet-bindende aanbeveling was die in het geheel geen rechtsgevolgen beoogde, dit alles dan uitdrukkelijk moet worden vermeld. Een werkelijk niet-bindend instrument van zachte wetgeving zou per definitie geen afbreuk doen aan bindende en geldende Uniewetgeving of de bevoegdheden van de lidstaten.

135. Samengevat kan reeds op basis van deze elementen van doel, inhoud en context, veilig worden aangenomen dat, wanneer een lezer dat document in handen zou krijgen met de titel daaruit verwijderd, en hij werd uitgenodigd dit te lezen zonder de titel te kennen, hij zou kunnen denken dat hij een richtlijn leest of, op sommige punten, zelfs een verordening, maar in elk geval een wetgevingsdocument dat beoogt duidelijke en nauwkeurige verplichtingen op te leggen en tot naleving aan te zetten.

136. Ik ga nu pas over tot de bespreking van de bewoordingen waarin de aanbeveling is gesteld, concreter: van de specifieke bewoordingen van de afzonderlijke bepalingen (nadat ik in de bovenstaande punten van dit deel reeds ben ingegaan op de gedetailleerdheid en specificiteit van die bepalingen). In de motivering van het Gerecht lijken de bewoordingen een doorslaggevende rol te spelen. Om de redenen die ik in het vorige deel in het algemeen heb getracht uit te leggen<sup>87</sup>, zijn die bewoordingen mijns inziens weliswaar belangrijk, maar niet beslissend. Bovendien kunnen zij zeker niet de doorslag geven wanneer zij zelf dubbelzinnig zijn.

85 Arrest van 13 november 1991, Frankrijk/Commissie (C-303/90, EU:C:1991:424, punten 20-25), waarin een gedragscode tot uitvoering van een Raadsverordening verlangde dat de lidstaten met een zekere frequentie en zekere middelen inlichtingen verstrekten; arrest van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie (C-325/91, EU:C:1993:245, punten 22 en 23), waarin een Commissiemededeling die gestalte moest geven aan een richtlijn, extra verplichtingen oplegde, zoals jaarlijkse rapportage van financiële gegevens aan de Commissie voor een bepaalde datum.

86 Zie ook hierboven, punten 102 tot en met 105. Zie ook de punten 97 en 98 en het vermogen van de aanbeveling om de uitlegging van bestaande nationale regels die op hetzelfde gebied zijn vastgesteld en dezelfde materie betreffen, te beïnvloeden.

87 Hierboven, punt 114.



137. Rekwirant bestreed zowel in zijn schriftelijke als in zijn mondelinge opmerkingen de linguïstische beoordeling door het Gerecht in zijn beschikking. Rekwirant betoogde met name dat de bepalingen in twee van de drie officiële talen van het Koninkrijk België, namelijk het Nederlands en het Duits, in „sterkere” bewoordingen lijken te zijn gesteld dan in de overige taalversies. Als logisch gevolg hiervan zou de aanbeveling in België derhalve „sterkere” rechtsgevolgen teweegbrengen.

138. Dit argument van rekwirant is niet overtuigend. Het is waar dat sommige taalversies als „meer bindend” zouden kunnen worden opgevat dan andere. Dat is met name het geval met de Duitse, de Spaanse, de Nederlandse en de Portugese versie. Anders dan het Gerecht heeft verklaard, is wellicht ook over de Poolse of de Tsjechische versie discussie mogelijk.

139. Het is echter van weinig belang dat de Nederlandse en de Duitse versie in meer dwingende bewoordingen geformuleerd lijken te zijn dan de overige versies. Het feit dat het officiële talen van België zijn, geeft die taalversies niet meer gewicht dan enig andere taalversie. Er is het bekende beginsel van gelijke authenticiteit van alle taalversies van bronnen van Unierecht, dat mijns inziens evenzeer van toepassing dient te zijn op aanbevelingen als op alle andere maatregelen in de zin van artikel 288 VWEU. Het is vaste rechtspraak dat bij verschillen tussen taalversies, de desbetreffende bepaling moet worden uitgelegd in het licht van de doelstelling en de systematiek van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt.<sup>88</sup>

140. Juist discutabele linguïstische vergelijkingen als deze tonen aan en onderstrepen, waarom bij de beoordeling van een dergelijke regeling slechts een beperkt belang toekomt aan het aantal zinswendingen „worden verzocht om” in plaats van „zullen”. In het algemeen wijzen alle taalversies in dezelfde richting en laten zij een duidelijke conclusie over de aard van de tekst toe, zonder dat diep op de context en het doel van een regeling hoeft te worden ingegaan. Of zij zijn met elkaar in tegenspraak en dan mag de tekst van een aanbeveling niet zwaarder wegen dan de context en het doel ervan. Het is evenwel onjuist om te stellen dat er discrepanties tussen de verschillende taalversies bestaan en dan toch vol te houden dat, omdat de meerderheid daarvan „X” zegt, „X” de correcte uitlegging moet zijn. In het stelsel van gelijke authenticiteit van alle talen mogen bij de uitlegging geen talen worden „weggestemd”.<sup>89</sup>

141. Uiteindelijk zal een minutieus onderzoek van (niet-)dwingend taalgebruik in sommige talen van de Unie echter nooit een duidelijke slotsom opleveren, met name wanneer de rechtsgevolgen van zachte wetgeving worden onderzocht. Voor dat specifieke type beoordeling zijn context, systematiek en logisch verband veel belangrijker. Het maakt voor de uitlegging van de uitspraak „Ik nodig je uit me jouw opmerkingen hierover vrijdag voor twaalfen toe te sturen” onvermijdelijk een enorm verschil of deze wordt gedaan door iemands baas, collega-onderzoeker, of wederhelft. Het hangt natuurlijk van de feitelijke verhouding af, maar waarschijnlijk zal de „uitnodiging” in het eerste geval eigenlijk een bevel zijn, in het tweede een voorstel, en in het derde een grapje.

142. Samengevat kan de aanbeveling, beschouwd op basis van elk van de individuele elementen van inhoud en context afzonderlijk, misschien nog worden beschouwd als een aanbeveling die niet beoogt rechtsgevolgen teweeg te brengen. Bij elkaar genomen leidt het *gezamenlijke* effect van die verschillende elementen in de context van *deze* specifieke aanbeveling, daarbij ook rekening houdend met het feit dat deze werd vastgesteld door de instelling waaraan het toezicht op de regelgeving op hetzelfde gebied (namelijk de regulering van de interne markt) is opgedragen, mij echter tot de conclusie dat de aanbeveling duidelijk beoogt rechtsgevolgen tot stand te brengen en meer dan als loutere beleidssuggestie tot naleving aan te zetten.

<sup>88</sup> Zie bijvoorbeeld arrest van 26 april 2012, DR en TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>89</sup> Dit omvat mede de extreme gevallen waarin vrij duidelijk blijkt dat er slechts in één taalversie van de Uniemaatregel sprake is van een vertaalfout; zie bijvoorbeeld arrest van 19 april 2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).



143. Derhalve acht ik het derde middel van rekwirant gegrond. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het de rechtsgevolgen van de onderhavige aanbeveling onjuist heeft beoordeeld, en heeft het beroep tot nietigverklaring derhalve ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard.

## **B. Vorm bepaalt inhoud**

144. In tegenstelling tot door instellingen of organen van de Unie vastgestelde „atypische” handelingen, waarvoor de AETR-toets oorspronkelijk was geformuleerd, zijn aanbevelingen „typische” handelingen, vermeld in artikel 288 VWEU, waarvan de rechterlijke toetsing uitdrukkelijk wordt uitgesloten door artikel 263, eerste alinea, VWEU. Dient dit een rol te spelen bij de toetsing van aanbevelingen en de ontvankelijkheid daarvan?

145. Het betoog in deel A van deze conclusie berustte op de aanname dat de AETR-toets, of althans een enigszins herziene vorm daarvan, evenzeer van toepassing is op aanbevelingen als op om het even welke andere vorm van zachte wetgeving. De eerste afdeling van dit deel schetst een alternatieve benadering, die meer de nadruk legt op het feit dat aanbevelingen „typische” handelingen zijn, waarvan de vorm de uitlegging van de inhoud dient te bepalen (1). Ik zou het Hof echter om een aantal redenen in overweging willen geven, te kiezen voor de in deel A van deze conclusie beschreven (bijgestelde) inhoud-boven-vormbenadering (2). Mocht het Hof niettemin van oordeel zijn, dat voor het specifieke geval van aanbevelingen de vorm toch bepalend moet zijn voor de uitlegging van de inhoud, breng ik beknopt enige belangrijke verduidelijkingen aan die dan noodzakelijk zouden zijn (3).

### ***1. (Volledige) uitsluiting: aanbeveling betekent aanbeveling***

146. De uiteenzetting van het Gerecht ging uit van de aanname dat de toets die het Hof in het AETR-arrest had geformuleerd voor „atypische” handelingen van instellingen en organen van de Unie ook van toepassing is op een „typische” handeling, zoals een aanbeveling. Dat uitgangspunt kan zowel op normatief als op praktisch niveau ter discussie worden gesteld. *Normatief* gezien zegt artikel 288 VWEU duidelijk dat een aanbeveling niet bindend is. Vervolgens sluit de eerste zin van artikel 263, eerste alinea, VWEU aanbevelingen van de Commissie uitdrukkelijk uit van de werking van die bepaling en daarmee van het beroep tot nietigverklaring. Uit deze twee bepalingen, gelezen in samenhang, volgt duidelijk dat een aanbeveling niet bindend kan zijn en niet vatbaar is voor toetsing.

147. Hieraan dient echter de uitspraak van het Hof in het arrest Grimaldi te worden toegevoegd, waarmee de inhoudelijke beoordeling weer in het spel wordt gebracht: een aanbeveling is niet vatbaar voor toetsing zolang het een „echte aanbeveling” is.<sup>90</sup> Dit impliceert dat er ook een „onechte aanbeveling” kan bestaan, waartegen zou kunnen worden opgekomen en die zou kunnen worden getoetst. Ondanks de tamelijk duidelijke bewoordingen van de Verdragen, is er in de rechtspraak van het Hof dus enige steun te vinden voor toepassing van de AETR-toets op aanbevelingen, ook al zijn dit „typische” handelingen (waarvan het Verdrag duidelijk bepaalt dat zij geen bindende kracht hebben).<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Arrest van 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punt 16).

<sup>91</sup> Wat het Gerecht bracht tot de uitspraak dat „[b]ijgevolg [...] de enkele omstandigheid dat de bestreden aanbeveling formeel als een aanbeveling wordt aangeduid en dat zij is vastgesteld op basis van artikel 292 VWEU niet automatisch uit[sluit] dat zij een voor beroep vatbare handeling is” (punt 20 van de bestreden beschikking).

148. Wat er dan echter plaatsvindt op *praktisch* niveau is dat bij de beoordeling of een document een „echte” of een „onechte” aanbeveling is, het feit dat dit document een aanbeveling wordt genoemd onvermijdelijk de beoordeling van doel en context ervan „kleurt”. Zoals gezegd moet een toets die is ontworpen voor „atypische” handelingen echter worden uitgevoerd op een wijze die in hoge mate „vormblind” is, waarbij geen acht wordt geslagen op de titel of het voorblad van het document. Anders belandt men onvermijdelijk in een soort cirkelredenering waarin de vorm uiteindelijk de uitlegging van de inhoud bepaalt.<sup>92</sup>

149. Dit brengt me tot de mogelijke alternatieve benadering. Daarin krijgt de vorm van een „typische” handeling niet de kans om stilletjes de uitlegging van de aard van een „atypische” handeling te kleuren, maar wordt dit onderscheid tot zijn logische conclusie gebracht: een „typische” vorm impliceert „typische” gevolgen, *ongeacht* de inhoud. Een aanbeveling zal nooit bindende kracht hebben en mag nooit rechtsgevolgen hebben. Punt. Er hoeft dan niet verder te worden beoordeeld of het gaat om een „echte” of een „onechte” aanbeveling: aanbeveling betekent aanbeveling.

150. In dit opzicht kan een parallel worden getrokken met adviezen in het EGKS-Verdrag: handelingen die eveneens uitdrukkelijk niet-bindend en niet-toetsbaar waren. Het Hof bevestigde lang geleden, in 1957, dat geen toetsing van die handelingen mogelijk was. Het maakte met name duidelijk dat adviezen enkel een oriënterende rol hebben. Volgens het Hof hebben deze adviezen „dus slechts het karakter van raadgevingen, aan de ondernemingen verstrekt. Deze laatste zijn vrij daarmee rekening te houden, doch zij dienen te begrijpen, dat zij, indien zij een afwijzend advies naast zich neerleggen, de risico’s aanvaarden welke indirect voor [hen] kunnen voortvloeien uit een situatie welke zij zelf mede in het leven hebben geroepen. Dit betekent, dat zowel de ondernemingen als de Hoge Autoriteit [hun] beslissingsvrijheid en [hun] verantwoordelijkheid onverminderd behouden.”<sup>93</sup> Deze uitspraak zou eigenlijk in zijn geheel kunnen worden getransponeerd naar aanbevelingen.

## 2. Inhoud of vorm?

151. Twee argumenten pleiten voor de *formele* benadering van „typische” rechtshandelingen: i) het argument van rechtszekerheid en voorzienbaarheid, en ii) het argument van de noodzaak van een zekere wetgevende flexibiliteit.

152. Ten eerste blijft de formele benadering trouw aan de bewoordingen van artikel 263 VWEU, die sinds 1957 aanbevelingen en adviezen altijd consequent en uitdrukkelijk hebben uitgesloten van het beroep tot nietigverklaring.

153. Dit gaat gepaard met vertrouwen en verwachtingen. Hoewel formalisme vrijwel altijd negatief wordt afgeschilderd, heeft het ook positieve kanten. Het komt ten goede aan de rechtszekerheid en voorzienbaarheid. De dingen moeten werkelijk zijn, wat ze worden genoemd, zonder dat dit steeds opnieuw inhoudelijk en contextueel beoordeeld moet worden.

154. Dat geldt des te meer voor „typische”, geformaliseerde bronnen. Hoe ver kan de „inhoud-boven-vorm”-benadering worden gevoerd? Moeten andere typische bronnen van Unierecht als de verordening en de richtlijn dan ook worden beoordeeld naar hun eigenlijke, werkelijke inhoud? Kunnen deze dan ook worden „geherkwalificeerd” omdat de titel geen gelijke tred houdt met de inhoud ervan? En kan in extreme gevallen een dergelijke herkwalificering zelfs leiden tot de uitsluiting van rechterlijke toetsing? Kan het Hof een beroep tot nietigverklaring tegen bijvoorbeeld een verordening niet-ontvankelijk verklaren omdat die verordening zo slecht is opgesteld dat zij in feite niet bij machte is enige (bindende) rechtsgevolgen teweeg te brengen?

<sup>92</sup> Hierboven, in de punten 77 tot en met 79, in detail beschreven.

<sup>93</sup> Arrest van 10 december 1957, *Société des usines à tubes de la Sarre/Hoge Autoriteit* (1/57 en 14/57, EU:C:1957:13, blz. 237).

155. Ten tweede kunnen aanbevelingen waardevolle referentiepunten zijn, er kan inspiratie uit worden geput en er kunnen goede praktijken in worden gevonden. Zij bieden gelegenheid voor het uitproberen van verschillende oplossingen en ideeën, om uit te maken welke voortzetting verdienen en welke terzijde moeten worden geschoven. Zij kunnen in dit opzicht als een soort wetgevingslaboratorium worden gezien. In alle eerlijkheid moet wellicht erkend worden dat, wanneer een aanbeveling kan worden aangevochten, die flexibiliteit van een wetgevingslaboratorium verloren zou gaan. Dit zou inzonderheid de Commissie daadwerkelijk belemmeren in haar mogelijkheden om in het belang van de Unie haar agenda door middel van meer informele actie te verwezenlijken.

156. Het antwoord op deze beide argumenten vanuit de „inhoud-boven-vorm”-benadering is niet gecompliceerd: ten eerste is die benadering geschikt voor juist die gevallen waarin de formele beperkingen van een „typische” handeling niet worden geëerbiedigd. Bij die benadering gaat het dus allesbehalve om het in twijfel trekken van alle typische handelingen, maar zij is naar haar aard beperkt tot extreme scenario's. Ten tweede dient de aantrekkingskracht van een flexibel wetgevingslaboratorium een duidelijke begrenzing te vinden in het legaliteitsbeginsel en het beginsel van bevoegdheidstoedeling. Zelfs goedbedoelende wetgevingsexperimenten kunnen snel omslaan in „sluipwetgeving”.

157. Daarentegen pleiten ten minste drie argumenten voor de in deel A geschetste inhoudelijke benadering: i) de alomtegenwoordigheid van „inhoud boven vorm”; ii) de noodzaak om effectieve rechterlijke bescherming te verzekeren, en iii) de algehele samenhang van rechtsmiddelen in het Unierecht.

158. Ten eerste is de algehele benadering en mentaliteit in het Unierecht, behoudens sommige inderdaad opmerkelijke uitzonderingen, nu eenmaal inhoudelijk: in talloze gebieden van Unierecht richt de beoordeling zich op de inhoud, het wezen van een verschijnsel, categorie of instelling, en niet werkelijk op de formele benaming of het etiket ervan. Vorm is zeker van belang, maar in het Unierecht is de vorm de eerste benadering van de ware aard van een handeling. De vorm is niet beslissend.

159. Ten tweede kan, zoals hierboven reeds in detail uiteengezet<sup>94</sup>, nauwelijks worden betwist dat aanbevelingen wel degelijk een aantal belangrijke rechtsgevolgen sorteren, zelfs als deze in een individuele situatie strikt gesproken niet bindend zijn. Wanneer dat inderdaad het geval is, moet effectieve rechterlijke bescherming volgen. Er zij aan herinnerd dat het Hof in het verleden, zowel oorspronkelijk in het AETR-arrest als in latere arresten, niet heeft geaarzeld om rekening te houden met maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en om de daardoor ontstane lacunes in rechtsbescherming te dichten.<sup>95</sup> Ook is gesuggereerd dat de komst van nieuwe en „zachtere” bestuursmodaliteiten een dergelijke ontwikkeling vertegenwoordigt.<sup>96</sup>

160. Ten derde is het argument betreffende de samenhang van rechtsmiddelen in het Unierecht op twee niveaus relevant: enerzijds dat van de samenhang tussen artikel 263 VWEU (beroep tot nietigverklaring) en artikel 267 VWEU (de prejudiciële procedure) en anderzijds dat van de positie van (niet-)bevoorrechte verzoekers in die procedures.

161. Het is vaste rechtspraak dat „[h]et toezicht op de wettigheid van de handelingen van de Unie dat het Hof overeenkomstig de Verdragen uitoefent [...] gestalte [krijgt] in twee complementaire gerechtelijke procedures. Het VWEU heeft namelijk in de artikelen 263 en 277 enerzijds en artikel 267 anderzijds een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven geroepen, waarbij aan de Unierechter het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de Unie is

94 Hierboven, punten 87 tot en met 108.

95 Voor een opmerkelijk voorbeeld, zie bijvoorbeeld het arrest van 23 april 1986, Les Verts/Parlement (294/83, EU:C:1986:166, punt 24).

96 Hierboven, punten 81 tot en met 86.

opgedragen [...]. Het is inherent aan dit volledige stelsel van rechtsmiddelen en procedures dat justitiabelen in het kader van een beroep bij een nationale rechter de wettigheid in twijfel kunnen trekken van bepalingen van Uniehandelingen die de grondslag vormen voor een jegens hen vastgesteld besluit of nationale handeling [...]”.<sup>97</sup>

162. Ik vestig de aandacht op twee adjectieven in dat citaat: „complementair” en „volledig”. Enigszins paradoxaal misschien, kan dat tweede adjectief problematisch zijn voor een bevoorrechte verzoeker, te weten een lidstaat die door een aanbeveling tot een bepaald optreden wordt „uitgenodigd” en tegen die „uitnodiging” bezwaar heeft, zonder dat er evenwel (vooralsnog) op nationaal niveau een procedure met betrekking tot die aanbeveling aanhangig is.

163. Enerzijds lijkt, zoals reeds betoogd<sup>98</sup>, een prejudicieel verzoek over de geldigheid van een aanbeveling mogelijk te zijn. Als dat het geval is, valt niet goed in te zien waarom het moeilijker zou moeten zijn voor een bevoorrechte verzoeker om een handeling rechtstreeks voor het Hof aan te vechten op basis van artikel 263 VWEU dan voor een niet-bevoorrechte verzoeker om dit indirect te doen op basis van artikel 267 VWEU.

164. Anderzijds, zelfs wanneer het concept van complementariteit zou prevaleren, en dus het rechtstreeks bestrijden van de geldigheid wordt ontmoedigd en wordt getracht dit naar de prejudiciële procedure te kanaliseren, maakt dit de positie van een lidstaat er niet veel eenvoudiger op. Hoe zou een lidstaat dit in de praktijk moeten aanpakken? Dient hij eerst de aanbeveling uit te voeren (wat hij om te beginnen al niet wilde doen) en deze vervolgens te bestrijden voor zijn eigen nationale rechterlijke instanties? Moet hij een geschil uitlokken?

165. Zonder dat ik wil terugkomen op die kwesties<sup>99</sup>, wijs ik er enkel op dat de lidstaten nu eenmaal geen particulieren zijn die, later wellicht, tot naleving van een Uniemaatregel verplicht worden wanneer deze op hen wordt toegepast in de vorm van een individuele, op het nationale of het Unierecht berustende beslissing. De lidstaten zijn degenen van wie in de eerste plaats wordt gevraagd die regels ten uitvoer te leggen. Het zou derhalve eenvoudig niet logisch zijn om de lidstaten op te roepen tot handelen, en hun tegelijkertijd de mogelijkheid te ontzeggen om daartegen op te komen bij het Hof. Dat zou niet alleen indruisen tegen de belangen van een goede rechtsbedeling (omdat het een mogelijke actie tegen een aanbeveling zou vertragen) maar ook tegen de belangen van de instantie die de aanbeveling vaststelt zelf. De lidstaat zou eenvoudig gedwongen worden om samenwerking te weigeren en te wachten tot een van zijn eigen rechters (of een rechter in een andere lidstaat) krachtens artikel 267 VWEU een vraag over de geldigheid van de litigieuze handeling aan het Hof voorlegt, in plaats van de gelegenheid te krijgen het potentiële conflict in geijkte banen te leiden, op te lossen en verder te gaan. Dat lijkt mij praktisch nauwelijks zinvol te zijn.

### ***3. (Eventueel) noodzakelijke opheldering***

166. Al met al zie ik veel meer overtuigende redenen om het Hof voor te stellen, de bijgestelde AETR-toets uit te breiden teneinde rechterlijke toetsing van aanbevelingen mogelijk te maken.

167. Zou het Hof evenwel ervoor kiezen de weg in te slaan waarin de vorm van een „typische” handeling bepaalt hoe de inhoud ervan wordt opgevat en uitgelegd, zonder dat een afzonderlijk onderzoek noodzakelijk is, dan behoeven verscheidene punten verduidelijking. De vereiste verduidelijkingen houden verband met de elementen die hierboven zijn besproken bij de werkelijke

<sup>97</sup> Arrest van 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punten 66 en 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook advies 1/09 (Overeenkomst over de invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 70).

<sup>98</sup> Hierboven, punten 106 tot en met 108.

<sup>99</sup> Bedoelde kwesties zijn beslecht bij het arrest van 1 april 2004, Commissie/Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

rechtsgevolgen van aanbevelingen.<sup>100</sup> Drie wezenlijke elementen wil ik hier in het bijzonder onderstrepen: i) de omvang van de op de lidstaten rustende verplichting tot loyale samenwerking met betrekking tot aanbevelingen; ii) het ontbreken van een vooruitlopend effect van aanbevelingen voor het eventuele toekomstige wetgevingsproces op Unieniveau, en iii) verduidelijking van de toepassing van de uit het arrest Grimaldi voortvloeiende verplichting voor nationale rechters.

168. Ten eerste zijn aanbevelingen niet alleen niet bindend, zij mogen evenmin rechtsgevolgen tot stand brengen. Zij kunnen derhalve voor de lidstaten of voor particulieren geen rechten of verplichtingen in het leven roepen. Ten aanzien van de lidstaten kan het beginsel van loyale samenwerking niet worden ingeroepen om die stelling op welke wijze dan ook te ondermijnen. De lidstaten hebben het volste recht om de inhoud van een aanbeveling volledig naast zich neer te leggen zonder dat dit wordt gevolgd door directe of indirecte sancties. Dat geldt niet alleen voor de concrete „verplichtingen” waaraan de lidstaten verzocht worden gehoor te geven, maar ook voor alle „uitnodigingen” tot rapportage. Uit een aanbeveling kunnen positieve noch negatieve verplichtingen voortvloeien. Een aanbeveling kan evenmin worden gebruikt om normen of onbepaalde rechtsbegrippen te definiëren die, nadat de aanbeveling daaraan invulling heeft gegeven, tegen een lidstaat of een particulier zullen worden toegepast.

169. Ten tweede is een aanbeveling, en zeker een prelegislatieve aanbeveling, niet meer dan een unilaterale, niet-bindende formulering van de mening van een instelling. Wanneer deze ooit wordt gevolgd door bindende wetgeving, moet het proces van wetgeving met een schone lei beginnen. Met name kan een aanbeveling geen wetgevend „doorsteekje” of „vooruitlopen” vormen door middel waarvan bepaalde actoren van het latere wetgevingsproces worden uitgesloten of bestraft omdat zij hun opvattingen, opmerkingen, gegevens of rapporten met betrekking tot de aanbeveling niet al hadden ingediend in de fase van de vaststelling of de „uitvoering” daarvan.

170. Ten slotte is er het arrest Grimaldi.<sup>101</sup> Wanneer aanbevelingen niet bindend zijn, dan kunnen zij per definitie geen enkele *verplichting* voor de nationale rechters in het leven roepen om dergelijke niet-bindende richtsnoeren in aanmerking te nemen, laat staan een verplichting tot conforme uitlegging. Wanneer het Hof een „typische” Unierechtelijke handeling op deze meer formele wijze zou benaderen, moet de Grimaldi-rechtspraak in dit opzicht worden bijgesteld, in de zin dat er geen verplichting bestaat om met aanbevelingen rekening te houden. De nationale rechter *kan* dit doen wanneer hij dit nuttig acht, maar hij is hier zeker *niet toe verplicht*.

171. Dit zou betekenen dat de nationale rechter aanbevelingen moet behandelen als elke andere *toelaatbare* inspiratiebron in het proces van wetsuitlegging, zoals een rechtsgeleerd commentaar of een rechtsvergelijkend betoog. Hij kan desgewenst ernaar verwijzen in zijn motivering, maar hij kan er zonder nadere motivering ook volledig aan voorbijgaan.

## VII. Conclusie

172. Gelet op het bovenstaande concludeer ik dat het Gerecht heeft gedwaald in zijn beoordeling van de rechtsgevolgen van de litigieuze aanbeveling. Het derde middel van rekwirant is derhalve gegrond, zodat het eerste en het tweede middel van de hogere voorziening geen afzonderlijke bespreking behoeven. De beschikking van het Gerecht dient dan ook te worden vernietigd voor zover het beroep daarbij niet-ontvankelijk is verklaard.

173. Volgens artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof na vernietiging van de beslissing van het Gerecht de zaak ook zelf afdoen, wanneer deze in staat van wijzen is.

<sup>100</sup> Hierboven, punten 87 tot en met 108.

<sup>101</sup> Hierboven, punten 97 tot en met 101.



174. In de onderhavige zaak is het Hof in de huidige fase van de procedure niet in staat om ten gronde uitspraak te doen over het bij het Gerecht ingestelde beroep. Aangezien het Gerecht het beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard, heeft er voor die instantie slechts een zeer beperkte en indirecte discussie plaatsgevonden over de inhoudelijke aspecten van de zaak. Om dezelfde redenen werden andere partijen bovendien niet toegelaten tot interventie.<sup>102</sup> Wanneer het Hof het beroep tot nietigverklaring ontvankelijk zou verklaren, zullen die interveniënten, en misschien ook anderen, waarschijnlijk opmerkingen willen indienen.

175. Ik ben evenwel van oordeel dat het Hof over alle benodigde gegevens beschikt om de door de Commissie in eerste aanleg opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid te verwerpen. In het belang van de doelmatigheid en proceseconomie geef ik het Hof in overweging, het beroep ontvankelijk te verklaren en de zaak voor afdoening ten gronde terug te verwijzen naar het Gerecht.

176. Ik geef het Hof derhalve in overweging:

- de beschikking van het Gerecht van de Europese Unie in zaak T-721/14 te vernietigen en het door rekwirant in die zaak ingestelde beroep tot nietigverklaring ontvankelijk te verklaren;
- de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor afdoening ten gronde;
- de beslissing omtrent de kosten aan te houden.

<sup>102</sup> Hierboven, voetnoot 24.