



# Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
MICHAŁA BOBEKA  
przedstawiona w dniu 12 grudnia 2017 r.<sup>1</sup>

## Sprawa C-16/16 P

**Królestwo Belgii  
przeciwko**

**Komisji Europejskiej**

Odwołanie – Ochrona konsumentów – Usługi gier hazardowych online – Ochrona konsumentów i graczy korzystających z usług gier hazardowych online i ochrona nieletnich przed grami hazardowymi online – Zalecenie Komisji – Artykuł 263 TFUE – Akt podlegający zaskarżeniu – Kontrola sądowa aktów „prawa miękkiego” – Niewiążące akty wywołujące skutki prawne – Akty, które racjonalnie można uznać za sprzyjające poszanowaniu przepisów

## Spis treści

I.	Wprowadzenie .....	2
II.	Ramy prawne .....	3
	A. Prawo pierwotne .....	3
	B. Zalecenie Komisji .....	4
III.	Okoliczności faktyczne i postępowanie .....	6
IV.	Zaskarżone postanowienie .....	7
V.	Postępowanie przed Trybunałem .....	8
VI.	Ocena .....	10
	A. Przewaga treści nad formą .....	11
	1. Wyrok AETR .....	11
	2. Kryteria z wyroku AETR zastosowane przez Sąd w niniejszej sprawie .....	12

<sup>1</sup> Język oryginału: angielski.

3. Problematyczne elementy kryteriów z wyroku AETR .....	13
a) Co się tyczy kwestii wewnętrznych .....	13
1) Skutki prawne, moc wiążąca czy wiążące skutki prawne? .....	13
2) Jaka jest rola zamiaru autora? .....	14
b) Co się tyczy kwestii zewnętrznych .....	15
1) Rozwój „prawa miękkiego” .....	15
2) Zalecenia: brak mocy wiążącej przy jednoczesnym wywoływaniu skutków prawnych ..	17
(i) Na szczeblu Unii .....	17
(ii) Na szczeblu państw członkowskich .....	18
4. Powrót do korzeni: kryteria z wyroku AETR i skutki prawne .....	21
5. Zastosowanie kryteriów w niniejszej sprawie .....	23
B. Forma determinuje treść .....	26
1. (Pełne) wykluczenie: zalecenie oznacza zalecenie .....	27
2. Treść czy forma? .....	28
3. (Potencjalnie) konieczne wyjaśnienia .....	30
VII. Wnioski .....	31

## I. Wprowadzenie

1. Jedną z wielkich debat, które ukształtowały (anglo-amerykańską) filozofię prawa w ostatnich kilku dziesięcioleciach, jest wymiana poglądów między Hartem a Dworkinem na temat charakteru prawa i struktury systemu prawa. Pod koniec lat sześćdziesiątych i w latach siedemdziesiątych XX wieku przedstawiona przez Dworkina krytyka *Concept of Law*<sup>2</sup> Harta skupiła się na kilku obszarach tematycznych. Jedno z kluczowych twierdzeń Dworkina było tego rodzaju, że przedstawiane przez Harta rozumienie systemu prawa było zbyt wąskie i zbyt mocno skoncentrowane na *regułach* prawa, z pominięciem innego kluczowego elementu każdego systemu prawa: *zasad*<sup>3</sup>.

2. Można prawdopodobnie bezpiecznie założyć, że niezależnie od jego tytułu, gdy Komisja przyjmowała „zalecenie w sprawie *zasad* ochrony konsumentów i graczy korzystających z usług hazardowych online i w sprawie ochrony nieletnich przed grami hazardowymi online” (zwane dalej „zaleceniem”)<sup>4</sup>, jej zamiarem nie było zajęcie stanowiska w tej teoretycznej debacie. Jednakże

2 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, wyd. 2 (z postscriptum), Clarendon Press, Oxford 1997 (pierwsze wydanie w 1961 r.).

3 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (New Impression with a Reply to Critics), London, Duckworth 1987 (pierwsze wydanie w 1977 r.), s. 22 i nast.

4 Zalecenie Komisji 2014/478/UE z dnia 14 lipca 2014 r. (Dz.U. 2014, L 214, s. 38). Kursywa dodana.

w następstwie skargi o stwierdzenie nieważności tego zalecenia wniesionej do Sądu przez Królestwo Belgii wszczęto, nominalnie podobny, lecz zasadniczo nieco inny rodzaj debaty: w prawie Unii, dla celów kontroli sądowej, w jaki sposób *zasady* te różnią się od (wiążących, prawnych) *przepisów*? Ponadto: czy zalecenie Komisji, akt prawa Unii wyraźnie wyłączony z zakresu kontroli sądowej na podstawie art. 263 akapit pierwszy TFUE, może być mimo wszystko przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności na podstawie tego postanowienia?

3. Sąd stwierdził niedopuszczalność skargi wniesionej przez Belgię<sup>5</sup>, orzekając, że zalecenie nie miało w zamierzeniu wywoływać wiążących skutków prawnych. Królestwo Belgii odwołało się od tego postanowienia do Trybunału.

4. W niniejszej opinii pragnę przedstawić Trybunałowi sugestię zasadniczo dwojakiego rodzaju: po pierwsze, na poziomie *ogólnym*, z uwagi na zmiany, jakie zachodzą w sferze normatywnej prawa Unii (ale nie tylko), charakteryzujące się namnożeniem różnych aktów „prawa miękkiego”, należy dostosować dostęp do sądów Unii, tak aby umożliwić reagowanie na te zmiany. W tym sensie, w zakresie, w jakim dopuszcza to teoretyczna gra słowna, należałoby istotnie przyjąć podejście niejako zbliżone do Dworkinowskiego, uwzględniające fakt, że istnieją normy wywołujące istotne skutki prawne, które same w sobie wykraczają poza binarną logikę wiążących i niewiążących przepisów prawa. Po drugie, na *konkretnym* poziomie zalecenia będącego przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, akt normatywny, który w świetle rządzącej nim logiki, kontekstu, celu i po części także języka można racjonalnie uznać za określający *reguły* zachowania, powinien podlegać kontroli sądowej, niezależnie od faktu, że jest to niejako ukryte pod postacią jedynie zbioru „*zasad*” w treści zalecenia.

## II. Ramy prawne

### A. Prawo pierwotne

5. Na mocy art. 4 ust. 3 TUE „[p]aństwa członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji Unii. Państwa członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrazać urzeczywistnieniu celów Unii”.

6. Artykuł 263 akapit pierwszy TFUE przewiduje, że „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kontroluje legalność aktów ustawodawczych, aktów Rady, Komisji i Europejskiego Banku Centralnego, innych niż zalecenia i opinie, oraz aktów Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej zmierzających do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich. Kontroluje również legalność aktów organów lub jednostek organizacyjnych Unii, które zmierzają do wywarcia skutków prawnych wobec osób trzecich”.

7. Zgodnie z art. 288 TFUE:

„W celu wykonania kompetencji Unii instytucje przyjmują rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie.

Rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich.

Dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków.

5 Postanowienie z dnia 27 października 2015 r., Belgia/Komisja (T-721/14, EU:T:2015:829).

Decyzja wiąże w całości. Decyzja, która wskazuje adresatów, wiąże tylko tych adresatów.

Zalecenia i opinie nie mają mocy wiążącej”.

8. Artykuł 292 TFUE ma następujące brzmienie: „Rada przyjmuje zalecenia. Rada stanowi na wniosek Komisji we wszystkich przypadkach, gdy traktaty przewidują przyjmowanie aktów przez Radę na wniosek Komisji. Rada stanowi jednomyślnie w dziedzinach, w których jednomyślność wymagana jest do przyjęcia aktu Unii. Komisja, a w szczególnych przypadkach przewidzianych w traktatach również Europejski Bank Centralny, przyjmują zalecenia”.

9. Artykuł 296 TFUE stanowi, że:

„Jeżeli traktaty nie przewidują rodzaju przyjmowanego aktu, instytucje dokonują wyboru, jakiego rodzaju akt ma w danym przypadku zostać przyjęty, w poszanowaniu obowiązujących procedur oraz zasady proporcjonalności.

Akty prawne są uzasadniane i odnoszą się do propozycji, inicjatyw, zaleceń, wniosków lub opinii przewidzianych w traktatach.

Rozpatrując projekt aktu ustawodawczego, Parlament Europejski i Rada powstrzymują się od przyjmowania aktów nieprzewidzianych przez procedurę ustawodawczą obowiązującą w danej dziedzinie”.

## **B. Zalecenie Komisji**

10. Zgodnie z motywem 5 zalecenia Komisji „[z] powodu braku harmonizacji na poziomie Unii państwa członkowskie co do zasady mają swobodę ustanawiania celów swojej polityki dotyczącej gier losowych i definiowania oczekiwanego poziomu ochrony w celu ochrony zdrowia konsumentów [...]”.

11. W motywie 8 wskazano, że „[z]asady i rozwiązania z zakresu polityki wprowadzone przez państwa członkowskie w dążeniu do realizacji celów w zakresie interesu publicznego są bardzo zróżnicowane. Działania na poziomie Unii zachęcają państwa członkowskie do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony w całej Unii [...]”.

12. Cel zalecenia Komisji został określony w motywie 9 jako „ochrona zdrowia konsumentów i graczy, a tym samym zmniejszenie ewentualnych szkód gospodarczych, które mogą wynikać z uzależnienia od hazardu lub jego nadużywania. Mając to na względzie, w niniejszym dokumencie zaleca się zasady dotyczące wysokiego poziomu ochrony konsumentów, graczy i nieletnich, w odniesieniu do usług hazardowych online. Przygotowując niniejsze zalecenie, Komisja czerpała z dobrych praktyk stosowanych w państwach członkowskich”.

13. W motywie 15 stwierdza się, że „[n]ależy zachęcać państwa członkowskie do zaproponowania zasad dotyczących przekazywania konsumentom informacji o grach hazardowych online [...]”.

14. Zgodnie z motywem 16 „[w] stosownych przypadkach zasady zawarte w niniejszym zaleceniu powinny być adresowane nie tylko do podmiotów oferujących gry hazardowe, lecz również do stron trzecich, w tym tak zwanych »podmiotów powiązanych«, które mogą promować usługi hazardowe online w imieniu podmiotu oferującego gry hazardowe”.

15. W motywie 27 wskazano, że „[s]kuteczny nadzór jest niezbędny, aby właściwie chronić cele w zakresie interesu publicznego. Państwa członkowskie powinny wyznaczyć właściwe organy, określić jasne wytyczne dla podmiotów oferujących gry hazardowe i zapewnić łatwo dostępne informacje dla konsumentów, graczy i słabszych grup społecznych, w tym nieletnich”.

16. W motywie 29 dodano, że „[n]iniejsze zalecenie nie koliduje z przepisami dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz dyrektywy Rady 93/13/EWG”.

17. W sekcji I zalecenia określono jego cel. Zgodnie z pkt 1 „[z]aleca się, aby państwa członkowskie osiągnęły wysoki poziom ochrony konsumentów, graczy i nieletnich przez przyjęcie zasad dotyczących usług hazardowych online oraz odpowiedzialnych informacji handlowych dotyczących tych usług w celu ochrony zdrowia oraz minimalizacji ostatecznych konsekwencji gospodarczych, które mogą wynikać z nałogowego lub nadmiernego uprawiania hazardu”. W pkt 2 wskazuje się, że „[n]iniejsze zalecenie nie ogranicza prawa państw członkowskich do uregulowania usług hazardowych”.

18. W sekcji III zalecenia określono dość konkretne i szczegółowe wymogi informacyjne dotyczące stron internetowych podmiotów oferujących gry hazardowe, w szczególności w zakresie rodzaju informacji, które powinny być umieszczone na docelowej podstronie, oraz liczby kliknięć koniecznych do uzyskania dostępu do poszczególnych informacji. W sekcji IV dodano dalsze wymogi odnoszące się do nieletnich.

19. Sekcja V dotyczy rejestracji i kont graczy. W szczególności w pkt 15 wskazano, że „[p]aństwa członkowskie powinny zadbać, by korzystanie z usługi hazardowej online było możliwe tylko po zarejestrowaniu się jako gracz i pod warunkiem posiadania konta na stronie podmiotu oferującego gry hazardowe”.

20. Sekcja VI odnosi się do aktywności graczy i pomocy dla nich. Sekcja VIII obejmuje informacje handlowe, natomiast sekcja IX – sponsorowanie.

21. Sekcja XI dotyczy nadzoru. W pkt 51 zachęca się państwa członkowskie „do wyznaczenia w ramach zastosowania zasad określonych w niniejszym zaleceniu organów właściwych do spraw regulacji hazardu, aby w sposób niezależny gwarantować i monitorować faktyczną zgodność z krajowymi działaniami podjętymi dla wsparcia realizacji zasad określonych w niniejszym zaleceniu”.

22. Sekcja XII, ostatnia sekcja zalecenia, jest poświęcona sprawozdawczości. Zgodnie z jej pkt 52 „[p]aństwa członkowskie zachęca się do powiadomienia Komisji o wszelkich środkach przedsięwziętych zgodnie z niniejszym zaleceniem do dnia 19 stycznia 2016 r., aby Komisja mogła ocenić wdrożenie niniejszego zalecenia”.

23. Zgodnie z pkt 53 „[p]aństwa członkowskie zachęca się do gromadzenia miarodajnych danych rocznych do celów statystycznych na temat:

- a) właściwych środków ochronnych, w szczególności liczby kont graczy (otwartych i zamkniętych), liczby samowykluczonych graczy, graczy cierpiących na zaburzenia związane z uprawianiem hazardu oraz skarg graczy;
- b) informacji handlowych według kategorii i według typu naruszenia zasad.

Państwa członkowskie zachęca się do przekazania tych informacji Komisji po raz pierwszy do dnia 19 lipca 2016 r.”.

24. Wreszcie, w pkt 54 wskazano, że „Komisja powinna ocenić wdrożenie niniejszego zalecenia do dnia 19 stycznia 2017 r.”.

### III. Okoliczności faktyczne i postępowanie

25. W 2011 r. w „Zielonej księdze w sprawie gier hazardowych oferowanych w Internecie w obrębie rynku wewnętrznego”<sup>6</sup> Komisja wskazała wspólne cele państw członkowskich w zakresie regulacji sektora usług gier hazardowych online. Określiła ona także kluczowe obszary priorytetowe działań Unii.

26. W swoim komunikacie „W stronę kompleksowych europejskich ram dla hazardu online”, przyjętym w dniu 23 października 2012 r.<sup>7</sup>, Komisja zaproponowała szereg działań, które miałyby być reakcją na wyzwania regulacyjne, społeczne i techniczne związane z grami hazardowymi online. Komisja stwierdziła w szczególności, że proponowanie unijnych przepisów dotyczących sektora gier hazardowych online nie wydawało się na tamtym etapie właściwe. We wspomnianym komunikacie Komisja zapowiedziała, że przedstawi zalecenia w sprawie ochrony konsumentów w dziedzinie usług hazardowych online, w tym ochrony nieletnich, a także w sprawie odpowiedzialnych informacji handlowych w odniesieniu do usług hazardowych online.

27. W swojej rezolucji z dnia 10 września 2013 r. w sprawie gier hazardowych oferowanych w Internecie w obrębie rynku wewnętrznego<sup>8</sup> Parlament Europejski wezwał Komisję do zbadania możliwości interoperacyjności krajowych rejestrów samowykluczenia, co przyczyniłoby się do zwiększenia świadomości zagrożeń związanych z uzależnieniem od hazardu oraz do rozważenia wprowadzenia obowiązkowej kontroli tożsamości stron trzecich. Parlament wezwał również operatorów gier hazardowych online do obowiązkowego umieszczania na stronach internetowych oferujących usługi hazardowe informacji o organach regulacyjnych oraz ostrzeżeń skierowanych do nieletnich i informacji o stosowaniu samoograniczeń. Ponadto Parlament wezwał do opracowania wspólnych zasad formułowania odpowiedzialnych informacji handlowych. Zalecił, aby informacje handlowe zawierały wyraźne ostrzeżenia o konsekwencjach uzależnienia od hazardu i zagrożeniach z tym związanych. Informacje handlowe nie powinny być nadmierne ani eksponowane w treściach skierowanych konkretnie do nieletnich lub tam, gdzie istnieje wyższe ryzyko dotarcia do nieletnich.

28. Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny również zaapelował do Komisji o podjęcie interwencji mającej doprowadzić do zwiększenia ochrony konsumentów w związku z grami hazardowymi online oraz do ochrony nieletnich<sup>9</sup>.

29. W tym kontekście w dniu 14 lipca 2014 r. Komisja Europejska przyjęła zaskarżone zalecenie na podstawie art. 292 TFUE. Pełną wersję tego zalecenia opublikowano w serii L *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* z dnia 19 lipca 2014 r.

30. Przyjęciu zalecenia towarzyszyło wydanie komunikatu prasowego<sup>10</sup> oraz memorandum<sup>11</sup>. W memorandum zalecenie Komisji opisano w sposób następujący: „Zalecenie jest niewiążącym instrumentem stosowanym przez Komisję Europejską w celu wysłania państwom członkowskim jasnego sygnału, jakie działania należy podjąć, aby zaradzić zaistniałej sytuacji, pozostawiając jednocześnie na szczeblu krajowym wystarczającą elastyczność w zakresie sposobu osiągnięcia tego celu. Określając cele do osiągnięcia, powinno ono pełnić rolę katalizatora rozwoju spójnych zasad, które będą stosowane w całej Unii Europejskiej”. Jeśli chodzi o wybór rodzaju instrumentu, w memorandum dodano, że „w sektorze usług hazardowych online nie istnieje prawodawstwo Unii

6 COM(2011) 128 wersja ostateczna.

7 COM(2012) 596 wersja ostateczna.

8 P7\_TA(2013)0348.

9 2012/2322(INI).

10 IP/14/828 z dnia 14 lipca 2014 r., dostępny na stronie internetowej pod adresem: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-828\\_pl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_pl.htm).

11 MEMO/14/484 z dnia 14 lipca 2014 r., dostępne na stronie internetowej pod adresem: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-484\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm).

właściwe dla poszczególnych sektorów i nie uznano za stosowne proponowania takich szczegółowych przepisów. Ponadto zalecenie Komisji może zostać przyjęte w trybie natychmiastowym, podczas gdy wnioski ustawodawcze musiałyby zostać przyjęte przez Radę Ministrów Unii Europejskiej i Parlament Europejski, co może wymagać czasu”.

#### IV. Zaskarżone postanowienie

31. W dniu 13 października 2014 r. Królestwo Belgii wniosło do Sądu skargę o stwierdzenie nieważności rozpatrywanego zalecenia.

32. Postanowieniem z dnia 27 października 2015 r. Sąd oddalił skargę jako niedopuszczalną<sup>12</sup>. Sąd orzekł, że biorąc pod uwagę brzmienie, treść i kontekst zalecenia, nie wywołuje ono ani nie ma na celu wywoływać wiążących skutków prawnych. Z uwagi na to aktu tego nie można zakwalifikować jako aktu podlegającego zaskarżeniu w zakresie jego zgodności z prawem na gruncie art. 263 TFUE<sup>13</sup>.

33. W uzasadnieniu Sąd w pierwszej kolejności zauważył, że w zaleceniu zasadniczo nie wykorzystano zwrotów o stanowczym brzmieniu, pomimo nieznacznych rozbieżności pomiędzy poszczególnymi wersjami językowymi<sup>14</sup>.

34. Sąd orzekł następnie, że z treści zalecenia wynikało również, iż Komisja wcale nie miała zamiaru nadawać temu aktowi wiążących skutków prawnych<sup>15</sup>. W szczególności w pkt 51–53 *zachęca się* państwa członkowskie do wyznaczenia organów właściwych do spraw regulacji hazardu oraz do powiadomienia Komisji o wszelkich środkach przedsięwziętych zgodnie z zaleceniem. Tym samym nie nakłada się na państwa członkowskie obowiązku stosowania zasad przewidzianych w tym akcie. Ponadto Komisja wyraźnie stwierdziła, że zalecenie nie koliduje z prawem państw członkowskich do uregulowania dziedziny, której dotyczy: dla państw członkowskich stanowi ono jedynie zachętę, by dostosowały się do zasad przewidzianych w tymże akcie<sup>16</sup>.

35. Sąd uznał, że analiza brzmienia i treści zalecenia znajduje potwierdzenie w analizie kontekstu, w jaki ono się wpisuje. Dyskusje prowadzone w ramach Rady, Parlamentu Europejskiego i Komisji pokazują, że w owym czasie brak było zamiaru zaproponowania przepisów prawa Unii w tej dziedzinie<sup>17</sup>.

36. Sąd dodał, że sam fakt opublikowania zalecenia w serii L Dziennika Urzędowego, a nie w jego serii C nie może obalić wniosku, iż rzecone zalecenie nie miało na celu wywoływać wiążących skutków prawnych<sup>18</sup>. Sąd stwierdził także, że wniosku takiego nie można wysnuć z samego tylko faktu, iż zalecenia, pomimo swojego niewiążącego charakteru, mogą wywoływać skutki prawne, w związku z czym mogą podlegać zaskarżeniu. Twierdzenie przeciwne byłoby sprzeczne z art. 263 TFUE, zgodnie z którym zalecenia nie mogą być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności, ponieważ nie wywołują wiążących skutków prawnych<sup>19</sup>.

12 Postanowienie z dnia 27 października 2015 r., Belgia/Komisja (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 Punkt 37 zaskarżonego postanowienia.

14 Punkt 21 i nast. zaskarżonego postanowienia.

15 Punkt 29 zaskarżonego postanowienia.

16 Punkty 32–35 zaskarżonego postanowienia.

17 Punkt 36 zaskarżonego postanowienia.

18 Punkty 38–40 zaskarżonego postanowienia.

19 Punkty 42–48 zaskarżonego postanowienia.

37. Zarzucane instytucji Unii naruszenie zasady równowagi instytucjonalnej, zasady kompetencji powierzonych lub obowiązku lojalnej współpracy nie pozwala na niestosowanie przesłanek dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności ustanowionych w traktacie<sup>20</sup>. W szczególności z okoliczności, że Trybunał może badać akt lub zachowanie pozbawione wiążących skutków prawnych w świetle poszanowania obowiązku lojalnej współpracy spoczywającego na państwach członkowskich w ramach skargi o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego, nie może wynikać, iż Trybunał może to uczynić w wypadku skargi o stwierdzenie nieważności<sup>21</sup>.

38. Sąd stwierdził, że przeciwnie do argumentów wnoszącego odwołanie, zalecenie nie określa żadnej reguły ani zasady zmierzającej do harmonizacji rynku w sektorze usług hazardowych online. Było to jasne w świetle pkt 2 zalecenia, w którym wyraźnie potwierdza się prawa państw członkowskich do uregulowania tej dziedziny<sup>22</sup>. Zalecenie nie miało na celu ograniczenia możliwości określania przez każde państwo członkowskie, zgodnie ze swoimi preferencjami, tego, co jest konieczne do zapewnienia ochrony aspektów moralnych, religijnych i kulturowych z tym związanych<sup>23</sup>.

## V. Postępowanie przed Trybunałem

39. W swoim odwołaniu Królestwo Belgii (wnoszący odwołanie) wnosi do Trybunału o uchylenie postanowienia Sądu, stwierdzenie dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności, rozpoznanie sprawy co do istoty, stwierdzenie dopuszczalności wniosków o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenientów Republiki Greckiej i Republiki Portugalskiej<sup>24</sup> oraz obciążenie Komisji kosztami postępowania.

40. Komisja wnosi do Trybunału o oddalenie odwołania i obciążenie wnoszącego odwołanie kosztami postępowania.

41. W swoim odwołaniu wnoszący odwołanie podnosi trzy zarzuty, mianowicie: (i) naruszenie zasad kompetencji powierzonych, lojalności i równowagi instytucjonalnej; (ii) naruszenie zasady lojalności i pominięcie pozycji państw członkowskich jako uprzywilejowanych skarżących oraz (iii) nieprawidłową interpretację skutków prawnych zaleceń skierowanych wobec Belgii.

42. W ramach zarzutu pierwszego wnoszący odwołanie podnosi, że skarga powinna być zostać uznana za dopuszczalną, ponieważ Sąd powinien był zbadać, czy autor zalecenia jest właściwy, zamiast jedynie zbadać, czy samo zalecenie wywołuje wiążący skutek prawny. Ściślej rzecz ujmując, Sąd nie przestrzegał zasad kompetencji powierzonych, lojalności i równowagi instytucjonalnej, ponieważ nie zbadał, czy istniała materialna podstawa prawna uzasadniająca przyjęcie zalecenia. Artykuł 292 TFUE nie stanowi autonomicznej podstawy prawnej: uprawnia on zarówno Radę, jak i Komisję do przyjmowania zaleceń, jednak aby wiedzieć, która z tych instytucji posiada właściwość, należy zbadać kompetencje przedmiotowe powierzone każdej z nich na mocy traktatów.

20 Punkty 51 i 52 zaskarżonego postanowienia.

21 Punkt 54 i 55 zaskarżonego postanowienia.

22 Punkt 64 zaskarżonego postanowienia.

23 Punkt 68 zaskarżonego postanowienia.

24 Republika Portugalska i Republika Grecka złożyły wnioski o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania wnoszącego odwołanie przed Sądem. Jednakże z uwagi na oddalenie skargi jako niedopuszczalnej Sąd umorzył postępowanie w tym zakresie (pkt 86 zaskarżonego postanowienia).



43. Ponadto wnoszący odwołanie twierdzi, że nawet niewiążące zalecenie powinno mimo wszystko podlegać kontroli sądowej w celu ustalenia, czy jest ono zgodne z wyżej wymienionymi zasadami. Nie zezwalając na kontrolę sądową, Sąd naruszył zasadę kompetencji powierzonych. Komisja zastosowała również art. 263 TFUE w sposób niezgodny z utrwalonym orzecznictwem: każdy środek przyjęty przez instytucje powinien jasno określać jego podstawę prawną<sup>25</sup>.

44. Zdaniem wnoszącego odwołanie sam fakt przyjęcia przez Komisję jednego z instrumentów prawnych wymienionych w art. 288 TFUE bez takich kompetencji wywołałby sam w sobie skutek prawny, ponieważ zakłóciłby równowagę kompetencji między Unią a państwami członkowskimi, a także między instytucjami Unii. W związku z tym powinien on podlegać kontroli Trybunału. Przestrzeganie tych zasad powinno zostać sprawdzone przed dokonaniem oceny, czy jest to „prawdziwe” zalecenie. Wnoszący odwołanie podnosi, że faktyczny akt ustawodawczy Unii musi zostać przyjęty zgodnie z prawem Unii i respektować prerogatywy innych instytucji Unii i państw członkowskich.

45. W ramach zarzutu drugiego wnoszący odwołanie zarzuca Sądowi, że ten, opierając się na różnicy między postępowaniem o stwierdzenie nieważności a postępowaniem w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, uznał za nieistotne orzecznictwo, zgodnie z którym akty o niewiążących skutkach prawnych przyjęte z naruszeniem wymogu lojalnej współpracy podlegają kontroli sądowej w postępowaniu w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego<sup>26</sup>. Jest to zasadniczo sprzeczne z wzajemnym charakterem zasady lojalności<sup>27</sup>. Prowadzi to do sytuacji, w której Sąd uniemożliwia państwu członkowskiemu dostęp do Trybunału w związku ze skargami o stwierdzenie nieważności, podczas gdy państwa członkowskie są uprzywilejowanymi skarżącymi.

46. W ramach zarzutu trzeciego wnoszący odwołanie podnosi, że w kontekście badania zalecenia Sąd niewłaściwie zastosował wyrok AETR<sup>28</sup> i późniejsze orzecznictwo. Wnoszący odwołanie stwierdza, że legalność zalecenia może zostać poddana kontroli na mocy art. 263 TFUE, ponieważ wywołuje ono skutki prawne, przynajmniej w odniesieniu do Belgii i Portugalii.

47. Wnoszący odwołanie twierdzi, że Sąd powinien był wziąć pod uwagę okoliczność, iż zalecenie zostało sformułowane w sposób imperatywny w kilku wersjach językowych, na przykład portugalskiej, ale także w dwóch z trzech języków urzędowych Belgii, a mianowicie niderlandzkim i niemieckim, w szczególności ponieważ zalecenia muszą zostać uwzględnione przez sądy krajowe. Sąd powinien rozpatrywać zalecenie nie w sposób ogólny, lecz w sposób szczególny, oceniając, czy wywołuje ono skutki prawne w odniesieniu do Belgii. Biorąc pod uwagę imperatywne brzmienie wersji językowych niderlandzkiej i niemieckiej, można stwierdzić, że w porównaniu z innymi wersjami językowymi istnieją „silniejsze” skutki prawne wobec Belgii.

48. W swojej odpowiedzi na skargę Komisja oddała argumenty wnoszącego odwołanie dotyczące przesłanek dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności zaleceń. Sugeruje ona, że argumenty wnoszącego odwołanie dotyczą istoty sprawy (podnosząc zasady kompetencji powierzonych, lojalnej współpracy, równowagi instytucjonalnej i podstawy prawnej), podczas gdy toczące się postępowanie ogranicza się do dopuszczalności.

25 Wnoszący odwołanie opiera się na opinii 2/00, aby podkreślić konstytucyjne znaczenie wyboru odpowiedniej podstawy prawnej [opinia 2/00 (protokół kartageński o bezpieczeństwie biologicznym) z dnia 6 grudnia 2001 r., EU:C:2001:664, pkt 5]. Zobacz także wyrok z dnia 1 października 2009 r., Komisja/Rada (C-370/07, EU:C:2009:590, pkt 47).

26 Wyroki: z dnia 12 lutego 2009 r., Komisja/Grecja (C-45/07, EU:C:2009:81); z dnia 20 kwietnia 2010 r., Komisja/Szwecja (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Wyrok z dnia 16 października 2003 r., Irlandia/Komisja (C-339/00, EU:C:2003:545, pkt 71).

28 Wyrok z dnia 31 marca 1971 r., Komisja/Rada (22/70, EU:C:1971:32).

49. Jeśli chodzi o wzajemny charakter zasady lojalności (zarzut drugi), Komisja podnosi, że Królestwo Belgii niesłusznie stwierdziło, iż Sąd stworzył nierówność proceduralną na korzyść Komisji w postępowaniu w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego i na niekorzyść państw członkowskich w postępowaniu o stwierdzenie nieważności. Ów wniosek Sądu oznacza jedynie, że nie można dokonać kontroli legalności zaleceń na podstawie art. 263 TFUE. Nie ma zatem nierówności w stosowaniu art. 263 TFUE.

50. Komisja uważa, że nie ma znaczenia, iż w jednej z oficjalnych wersji językowych danego państwa członkowskiego występuje nieznaczna różnica w brzmieniu. Wynika to z faktu, że ewentualna ocena skutków prawnych wynikających z zalecenia powinna również opierać się na celu i kontekście instrumentu. Zdaniem Komisji akty prawa Unii powinny być interpretowane w sposób autonomiczny, niezależnie od prawa krajowego.

51. W swojej replice wnoszący odwołanie skoncentrował się na podstawie prawnej zalecenia, której jego zdaniem brakuje. Podkreślił on, iż zalecenie Komisji wywołuje skutki prawne ze względu na samo jego istnienie (choć mające ograniczony charakter), co oznacza, że musi ono podlegać kontroli co do zgodności z prawem. Państwo członkowskie powinno mieć możliwość zwrócenia się o przeprowadzenie kontroli ważności aktu prawnego Unii, jeżeli nie jest jasne, czy został on przyjęty w ramach zasady kompetencji powierzonych, zwłaszcza gdy nie istnieje materialna podstawa prawna. Samo odesłanie do art. 292 TFUE nie wystarczy. Przepis ten nie spełnia wymogu materialnej podstawy prawnej.

52. Komisja stwierdziła w duplice, że w procedurach przewidzianych w traktatach nie ma żadnej luki. Zalecenia są wyłączone z zakresu stosowania art. 263 TFUE. Jedyny problem dotyczy ustalenia, czy zalecenie to jest „prawdziwym” zaleceniem. Kwestia podstawy prawnej należy do oceny co do istoty i dlatego powinna być oceniana tylko wtedy, gdy zarzut uznaje się za dopuszczalny. W każdym razie Komisja nie uznała, że wnoszący odwołanie udowodnił, dlaczego konieczna miała być inna podstawa prawna niż art. 292 TFUE.

53. Oprócz uwag na piśmie rząd belgijski oraz Komisja przedstawiły swoje stanowiska ustnie podczas rozprawy w dniu 26 czerwca 2017 r.

## VI. Ocena

54. W swoim odwołaniu wnoszący odwołanie podnosi trzy zarzuty. Uważam za stosowne odniesienie się w pierwszej kolejności do trzeciego zarzutu odwołania (w ramach którego wnoszący odwołanie twierdzi, że Sąd naruszył prawo w swojej ocenie braku skutków prawnych zaskarżonego zalecenia), zasadniczo z dwóch powodów. Po pierwsze, takie jest podstawowe założenie odwołania przed Trybunałem. W ten czy inny sposób zarzut trzeci dotyka również elementów zarzutów pierwszego i drugiego. W pewnym stopniu, w sprawie takiej jak niniejsza, elementy oceny co do istoty są już powiązane z etapem polegającym na ocenie dopuszczalności, a ich granice zacierają się. Po drugie, jestem zdania, że trzeci zarzut odwołania wnoszącego odwołanie jest zasadny. Sąd naruszył prawo w ten sposób, że dokonał błędnej wykładni skutków zaskarżonego zalecenia, w konsekwencji błędnie oceniając kwestię dopuszczalności skargi<sup>29</sup>.

55. Zalecenie jest „typowym” aktem prawa Unii, wymienionym w art. 288 TFUE. W przeciwieństwie do potencjalnie szerokiego wachlarza „nietypowych” aktów prawnych wydawanych przez instytucje i organy Unii, a mianowicie aktów niewymienionych w wykazie, art. 288 TFUE określa cechy zalecenia – nie ma ono mocy wiążącej. Ponadto art. 263 zdanie pierwsze TFUE wyraźnie wyłącza zalecenia ze skarg o stwierdzenie nieważności.

<sup>29</sup> W moim przekonaniu interpretacja skutków prawnych (lub ich braku) (potencjalnych) źródeł prawa Unii, takich jak zalecenie, stanowi kwestię czysto co do prawa, a więc podlegającą pełnej kontroli na etapie odwołania. *Iura (item „ius mollis”) novit Curia.*

56. Biorąc pod uwagę sferę normatywną prawa pierwotnego, rozszerzenie linii orzeczniczej wywodzącej się z wyroku AETR<sup>30</sup>, przewidzianej dla „nietypowych” aktów, może nie być całkowicie automatyczne. Przy rozpatrywaniu kwestii potencjalnych skarg o stwierdzenie nieważności zaleceń istnieją dwa możliwe podejścia. W pierwszej kolejności można wskazać podejście polegające na „*przewadze treści nad formą*”, co oznacza, że nawet w przypadku typowych aktów to analiza treści zaskarżonego aktu determinuje kwestię dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności. Jeżeli rzeczywisty charakter aktu, w przeciwieństwie do tego, na co wskazuje jego tytuł, jest inny (na przykład nie jest to „prawdziwe” zalecenie), ów akt powinien podlegać kontroli, niezależnie od odwołania. Po drugie, można wyróżnić podejście oparte na twierdzeniu, że „*forma determinuje treść*”, sugerujące, iż konieczne jest nazywanie rzeczy po imieniu, nawet jeżeli przybierają one nieco dziwny kształt. Niemniej jednak z uwagi na to, i o ile są one opatrzone zwyczajową „etykietą”, właśnie w taki sposób należy je rozumieć i interpretować.

57. Niniejsza opinia ma następującą strukturę. W sekcji A przedstawiono podejście pierwsze: rozpocznę od powrotu do korzeni, mianowicie do kryteriów określonych w wyroku AETR (A.1), przechodząc następnie do późniejszego orzecznictwa i rozumienia kryteriów przedstawionego przez Sąd w niniejszej sprawie (A.2). Następnie wyjaśnię, dlaczego w przypadku zaleceń rzeczono kryteria są problematyczne na wielu płaszczyznach (A.3), aby w dalszej kolejności omówić kwestię sugerowanego ponownego dostosowania (A.4). Następnie wykażę, w jaki sposób bardziej szczegółowe kryteria miałyby znajdować zastosowanie do zaskarżonego zalecenia (A.5).

58. Sekcja B rozpoczyna się od przedstawienia zarysu drugiego podejścia (B.1), a następnie dalszych, słusznych w moim przekonaniu argumentów przemawiających za tym, aby Trybunał odrzucił wspomniane podejście (B.2). Jednakże gdyby Trybunał mimo wszystko postanowił pójść w tym kierunku, zalecałbym przedstawienie przynajmniej kilku istotnych uwag wyjaśniających w przedmiocie charakteru i skutków zaleceń (B.3).

## A. Przewaga treści nad formą

### 1. Wyrok AETR

59. W pierwszej wersji z 1957 r. art. 173 traktatu EWG (następnie art. 230 WE, obecnie art. 263 TFUE) stanowił, że Trybunał może kontrolować „legalność aktów Rady i Komisji, innych niż zalecenia lub opinie”. W postanowieniu tym nie ujęto pozytywnej definicji aktów prawnych, które mogły zostać objęte kontrolą. Do Trybunału należała zatem decyzja, które akty podlegały kontroli: czy tylko te akty Komisji lub Rady, które wyraźnie określono jako akty wiążące w ówczesnym art. 189 EWG (obecnie art. 288 TFUE), mianowicie rozporządzenia, dyrektywy i decyzje, czy także „nietypowe akty” przyjmowane przez te instytucje, do których brak jest wyraźnego odniesienia w traktatach.

60. W swoim wyroku AETR<sup>31</sup>, który dotyczył protokołu z posiedzenia Rady w związku z negocjowaniem i zawarciem umowy międzynarodowej, Trybunał określił kryteria służące ustaleniu, czy spełniono przesłanki dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności aktu instytucji (zwane dalej „kryteriami z wyroku AETR”). Trybunał orzekł, że na gruncie art. 173 EWG Trybunał „poddaje skardze wszelkie akty wydawane przez instytucje i mające na celu wywołanie skutków prawnych [...]”. Możliwość wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności powinna obejmować *wszelkie akty instytucji mające na celu wywołanie skutków prawnych, niezależnie od ich charakteru i formy*<sup>32</sup>.

30 Wyrok z dnia 31 marca 1971 r., Komisja/Rada (22/70, EU:C:1971:32).

31 Wyrok z dnia 31 marca 1971 r., Komisja/Rada (22/70, EU:C:1971:32).

32 Punkty 39 i 42 rzeczonego wyroku (wyróżnienie moje). Takie brzmienie, odnoszące się do „aktów wywołujących skutki prawne”, włączono następnie do art. 173 EWG na mocy traktatu z Maastricht.

61. Wobec tego pierwotne kryteria z wyroku AETR obejmowały dwa elementy: czy dany akt prawa Unii *miał na celu* wywołanie skutków *prawnych*?

62. W późniejszym orzecznictwie Trybunał zastosował te kryteria do szeregu nietypowych aktów prawnych, takich jak wewnętrzne instrukcje lub wytyczne Komisji<sup>33</sup>, kodeksy postępowania wdrażające rozporządzenie Rady<sup>34</sup>, komunikaty<sup>35</sup>, noty informacyjne<sup>36</sup> lub pisma<sup>37</sup>.

63. Dogłębna analiza tych orzeczeń pozwala stwierdzić, że kryteria te nie zawsze były formułowane dokładnie w ten sam sposób. Istnieje jednak jeden wyraźny wspólny temat: w odniesieniu do wszystkich tych nietypowych aktów Trybunał wyraźnie orzekał, że istota aktu prawa Unii ma pierwszeństwo przed jego formą przy rozstrzyganiu w przedmiocie dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności<sup>38</sup>. Rzeczywista nazwa i forma aktu prawnego nie rozstrzygają o tym, czy jego zgodność z prawem może zostać poddana kontroli.

## 2. Kryteria z wyroku AETR zastosowane przez Sąd w niniejszej sprawie

64. W zaskarżonym postanowieniu Sąd stwierdził, iż „[z] utrwalonego orzecznictwa wynika, że za akty podlegające zaskarżeniu w rozumieniu art. 263 TFUE uważa się wszelkie przepisy wydane przez instytucje Unii, bez względu na ich formę, które mają na celu wywołanie wiążących skutków prawnych [...]. Kontroli sądowej przewidzianej w art. 263 TFUE nie podlegają natomiast wszelkie akty niewywołujące *wiążących* skutków prawnych, takie jak akty przygotowawcze, akty potwierdzające wcześniejsze decyzje, akty czysto wykonawcze, *zwykłe zalecenia* i opinie oraz, co do zasady, instrukcje wewnętrzne [...]. Zgodnie z orzecznictwem ustalenie zdolności aktu do wywierania skutków prawnych, a tym samym możliwości wniesienia względem niego skargi o stwierdzenie nieważności na podstawie art. 263 TFUE, wymaga zbadania jego treści oraz kontekstu, w jaki się on wpisuje [...], jego istoty [...], a także zamiaru jego autora”<sup>39</sup>.

65. W dalszej części Sąd po raz pierwszy, przynajmniej według mojej wiedzy, zastosował kryteria z wyroku AETR w odniesieniu do zalecenia. Sąd zbadał brzmienie, kontekst, istotę oraz zamiar autora. Sąd orzekł, że zalecenie nie wywołuje wiążących skutków prawnych względem podmiotów, do których jest skierowane. Sąd przyznał, że zasady określone w zaleceniu mają bardzo szczegółowy charakter. Niemniej orzekł on, że zasady te nie są „obowiązkowe”, co szczególnie przejawia się w brzmieniu przypominającym „zaproszenie” w większości wersji językowych zalecenia. W konsekwencji, koncentrując się na aspekcie brzmienia bardziej niż na innych czynnikach, Sąd orzekł, że skarga jest niedopuszczalna.

66. Podsumowując, decydujące elementy przeprowadzonej przez Sąd analizy zaskarżonego zalecenia wydają się wynikać z braku *wiążących* skutków *prawnych* zalecenia, co zostało określone *intencją* Komisji, wywnioskowaną przede wszystkim z formy aktu i jego brzmienia.

33 Zobacz wyroki: z dnia 9 października 1990 r., Francja/Komisja (C-366/88, EU:C:1990:348); z dnia 6 kwietnia 2000 r., Hiszpania/Komisja (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Zobacz wyrok z dnia 13 listopada 1991 r., Francja/Komisja (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Zobacz wyroki: z dnia 16 czerwca 1993 r., Francja/Komisja (C-325/91, EU:C:1993:245); z dnia 20 marca 1997 r., Francja/Komisja (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Zobacz wyrok z dnia 1 grudnia 2005 r., Włochy/Komisja (C-301/03, EU:C:2005:727), wraz z wyjaśniającą opinią rzecznika generalnego F.G. Jacobsa (C-301/03, EU:C:2005:550, pkt 70 i nast.).

37 Zobacz wyrok z dnia 5 października 1999 r., Niderlandy/Komisja (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 Zobacz także, odnośnie do aktów Wysokiej Władzy, wyrok z 10 grudnia 1957 r., Société des usines à tubes de la Sarre/Wysoka Władza (1/57 i 14/57, EU:C:1957:13).

39 Punkty 16–18 zaskarżonego postanowienia (wyróżnienie moje).

### 3. *Problematyczne elementy kryteriów z wyroku AETR*

67. Można wskazać pewne problemy, które stwarzają kryteria z wyroku AETR, jeśli zostaną zinterpretowane i zastosowane w ten sposób. Można je podzielić na dwie kategorie: po pierwsze, są to problemy *wewnętrzne* w samych kryteriach, ich logika, warunki i sposób ich wyrażenia, które stają się być może jeszcze wyraźniejsze, gdy stosuje się je do zalecenia. Po drugie, istnieją kwestie, które można nazwać kwestiami *zewnętrznymi*. Odnoszą się one do faktu, że kryteria z wyroku AETR, z czasem sukcesywnie zawężane, nie są zbieżne z ewolucją sfery normatywnej Unii. W świecie, w którym różne instrumenty „prawa miękkiego” stają się w rzeczywistości coraz liczniejsze i mają coraz istotniejsze znaczenie niż w 1971 r., przesłanki dotyczące legitymacji procesowej i kontroli sądowej powinny odzwierciedlać tego rodzaju zmiany.

#### *a) Co się tyczy kwestii wewnętrznych*

68. W tym względzie wyróżnia się dwa elementy: koniecznie *wiążący* charakter aktu prawa Unii w celu umożliwienia kontroli jego zgodności z prawem (1) oraz *zamiar* autora co do skutków prawnych aktu (2).

##### *1) Skutki prawne, moc wiążąca czy wiążące skutki prawne?*

69. W pkt 42 wyroku AETR<sup>40</sup> brak jest odniesienia do aktów mających na celu wywołanie *wiążących* skutków prawnych, a znajdują się tam jedynie odniesienia do aktów mających na celu wywołanie skutków *prawnych*. To samo wydaje się znajdować odzwierciedlenie w wyrażeniach zastosowanych w istniejących w owym czasie wersjach językowych<sup>41</sup>.

70. Zmiana w terminologii z jedynie skutków prawnych na „*wiążące* skutki prawne” pojawiła się w późniejszym orzecznictwie<sup>42</sup>. Tendencja ta wydaje się postępować w ostatnim czasie, ponieważ Trybunał uzależnia obecnie możliwość kontroli sądowej aktów prawa Unii od ich *wiążącego* charakteru prawnego<sup>43</sup>.

71. Wprawdzie można by zasugerować, że mimo zastosowania terminu „skutki prawne”, w wyroku AETR Trybunałowi w rzeczywistości chodziło o „moc wiążącą”, niemniej twierdzenie to, biorąc pod uwagę rodzaj dokumentu będącego przedmiotem badania w owej sprawie (protokół z posiedzenia Rady), nie jest w pełni przekonujące. Taka sugestia mogłaby opierać się w szczególności na brzmieniu art. 189 EWG, w którym już wówczas rozróżniano akty wiążące (rozporządzenia, dyrektywy i decyzje) od aktów niewiążących (zalecenia i opinie)<sup>44</sup>. W związku z tym, nawet gdyby Trybunał nie dokonał jednoznacznej wykładni art. 173 EWG w świetle nomenklatury ustanowionej w art. 189 EWG, prawdopodobnie to ostatnie postanowienie miałoby wpływ na te kryteria.

40 Przypis 31 powyżej.

41 W wersji francuskiej: „qui visent à produire des effets de droit”; w wersji niemieckiej: „Rechtswirkungen zu erzeugen”; w wersji włoskiej: „che miri a produrre effetti giuridici”; w wersji niderlandzkiej: „die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen”.

42 Zobacz na przykład postanowienie z dnia 17 maja 1989 r., Włochy/Komisja (151/88, EU:C:1989:201, pkt 21). Zobacz także wyrok z dnia 5 października 1999 r., Niderlandy/Komisja (C-308/95, EU:C:1999:477, pkt 30). Jednakże odnośnie do samych „skutków prawnych” zob. na przykład wyrok z dnia 1 grudnia 2005 r., Włochy/Komisja (C-301/03, EU:C:2005:727, pkt 22–24).

43 Zobacz wyroki: z dnia 13 października 2011 r., Deutsche Post i Niemcy/Komisja (C-463/10 P i C-475/10 P, EU:C:2011:656, pkt 36); z dnia 13 lutego 2014 r., Węgry/Komisja (C-31/13 P, EU:C:2014:70, pkt 54).

44 Zobacz wyrok z dnia 31 marca 1971 r., Komisja/Rada (22/70, EU:C:1971:32, pkt 39), w świetle opinii rzecznika generalnego A.L. Dutheilleta de Lamothe’a w sprawie Komisja/Rada (22/70, niepublikowanej, EU:C:1971:23, s. 287), w której stwierdzono, że „art. 173 i 189 tworzą spójną całość”. Zobacz także wyrok z dnia 23 kwietnia 1986 r., Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, pkt 24).

72. Tak czy inaczej, prawdą jest również, że nadal dość niedawnym zjawiskiem jest to, że Trybunał wydaje się ogólnie zaostrzać swoje stanowisko, zawężając zakres stosowania art. 263 TFUE do aktów wywołujących *wiążące* skutki prawne, rozszerzając brzmienie tego postanowienia, które samo w sobie ogranicza się do zaledwie skutków *prawnych* (wobec osób trzecich). Jednakże wobec braku w orzecznictwie jasnej dyskusji na temat tego rozróżnienia, a przede wszystkim wobec braku dowodów co do zalecanego wyboru w jednym lub drugim kierunku, można się zastanowić, czy intencją Trybunału rzeczywiście była bardziej ścisła i węższa wykładnia. Niemniej jednak jasne jest, że ani brzmienie, ani logika wyroku AETR nie implikują konieczności *wiążącego* charakteru oprócz po prostu skutków *prawnych*.

73. To nie jest tylko gra słów. Jak widać w niniejszej sprawie, ma ona znaczące skutki praktyczne. To, co dokładnie należy rozumieć pod pojęciem skutków *prawnych*, może być przedmiotem debaty. Nie ulega jednak wątpliwości, że jest to pojęcie dość szerokie, uwzględniające wszystkie rodzaje wpływu na prawo, jego wykładnię i stosowanie. Natomiast skutek *wiążący*, a fortiori *wiążący* skutek *prawny*, stanowi znacznie węższą kategorię.

74. W ujęciu tradycyjnym *wiążąca* moc prawa implikuje przymus. W przypadku nieprzestrzegania przepisów może nastąpić wykonanie i nałożenie sankcji. W takiej (czysto pozytywistycznej<sup>45</sup>) perspektywie istnienie sankcji jest decydującym elementem mocy *wiążącej*.

75. Pomijając rozważania teoretyczne, całkiem oczywiste jest, że gdyby przyjąć kryterium *wiążącej* mocy *prawnej*, pewna liczba aktów prawnych, które mogą wywoływać istotne skutki prawne dla zachowania adresatów, ale które nie są w tradycyjnym sensie *wiążące*, ponieważ nie zawierają żadnego bezpośredniego lub niezależnego mechanizmu przymusu, będzie wymykać się kontroli w oparciu o kryteria z wyroku AETR, a ostatecznie na gruncie art. 263 akapit pierwszy TFUE. Jak zostanie pokazane w stosownym czasie, taka sytuacja ma w szczególności miejsce w przypadku przedmiotowego zalecenia.

## 2) Jaka jest rola zamiaru autora?

76. Po drugie, brak jest wewnętrznej jasności w odniesieniu do kryteriów z wyroku AETR zastosowanych przez Sąd: jaka jest dokładna rola zamiaru autora w kontekście ustalenia, czy akt należy uznać za wywołujący (*wiążące*) skutki prawne?

77. Wyrok AETR, jak również obecne brzmienie art. 263 TFUE opierają się na zamiarze autora. Użycie czasu przeszłego [w wersji angielskiej – „was intended to”] oznaczałoby ponadto, że istotne jest ustalenie *subiektywnego, przeszłego (historycznego)* zamiaru autora wyrażonego w chwili przyjęcia danego aktu. Takie rozumienie byłoby prawdopodobnie również zgodne z ogólnymi zasadami mającymi zastosowanie do skarg o stwierdzenie nieważności. W toku takich działań zaskarżone akty prawa Unii muszą być oceniane na podstawie stanu faktycznego i prawnego w chwili ustanowienia aktu<sup>46</sup>.

45 W ten sposób znacznie bardziej Kelsenowskiej niż powoływana już tradycja Hartowska, ponieważ ta ostatnia ma charakter znacznie bardziej „socjologiczny”. Hart zgodził się, że reguła prawna może być *wiążąca* nie tylko dlatego, że została przyjęta zgodnie z jakąś zasadą prawa wtórnego, która stanowi, że reguła ta będzie *wiążąca*, lecz również dlatego, że grupa ludzi akceptuje tę normę jako standard swojego zachowania, wywierając wewnętrzną presję społeczną w grupie, aby się do niej dostosować – zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, wyd. 2 (z postscriptum), Clarendon Press, Oxford 1997, rozdziały V i VI.

46 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 7 lutego 1979 r., Francja/Komisja (15/76 i 16/76, EU:C:1979:29, pkt 7); z dnia 29 kwietnia 2004 r., Niemcy/Komisja (C-277/00, EU:C:2004:238, pkt 39).

78. Jeśli jednak zamiar autora aktu ma mieć zawsze charakter subiektywny i historyczny, wówczas w praktyce żadne zalecenie nigdy nie będzie podlegało kontroli. Ocena charakteru i skutków zalecenia natychmiast wpada w lukę prawną. Ponieważ Komisja nie miała zamiaru przyjmować wiążących przepisów, jako formę wybrano zalecenie. Jako że Komisja wybrała zalecenie, jej subiektywny zamiar był wyraźnie taki, aby instrument ten nie był wiążący. Ze względu na taki zamiar, potwierdzony skutecznie przez wybór instrumentu, nie może on być nigdy wiążący, niezależnie od jego treści i brzmienia, ponieważ Komisja nie miała zamiaru uchylać żadnych wiążących przepisów.

79. W ten sposób wybór instrumentu zawsze z góry określa kontekst i cel aktu, co może w takim przypadku przesłonić jakkolwiek jego treść i brzmienie.

### ***b) Co się tyczy kwestii zewnętrznych***

80. Oprócz wspomnianych problemów o charakterze logicznym, nierozzerwalnie związanych z artikulacją kryteriów z wyroku AETR, które zostały zastosowane przez Sąd w odniesieniu do zaleceń, te same kryteria muszą niewątpliwie stawać w obliczu szerszych wyzwań natury zewnętrznej. W tej części omówione zostaną dwa z nich: po pierwsze, pojawiają się różne formy „prawa miękkiego”, które, ściśle rzecz biorąc, nie mają mocy wiążącej, ale jednocześnie wywołują skutki prawne (1). Po drugie, zalecenia mogą w praktyce wywoływać szereg skutków prawnych, często dość istotnych, na szczeblu zarówno unijnym, jak i krajowym (2).

#### *1) Rozwój „prawa miękkiego”*

81. W prawie Unii (i nie tylko) istnieje szeroki wachlarz instrumentów, pod różnymi nazwami i w różnych formach (wytyczne, komunikaty, kodeksy postępowania, zawiadomienia, zalecenia, opinie, porozumienia międzyinstytucjonalne, konkluzje, oświadczenia, rezolucje itp.), zwanych ogólnie „prawem miękkim”. Mogą one być przyjmowane w każdej dziedzinie, na wszystkich możliwych etapach procesu decyzyjnego, niezależnie od tego, czy chodzi o wcześniejsze konsultacje z zainteresowanymi stronami czy późniejsze wdrażanie aktów ustawodawczych. Instrumenty te mogą być zatem zarówno przedlegislacyjne, jak i postlegislacyjne.

82. Można wskazać prawdopodobnie dwa elementy, w odniesieniu do których istnieje powszechna zgoda, mimo przeważnie bardzo zróżnicowanego podejścia do takich instrumentów „prawa miękkiego”: po pierwsze, „prawo miękkie” nie wpisuje się łatwo w binarne, czarno-białe rozróżnienie na wiążące i niewiążące skutki prawne. Po drugie, w ostatnich kilkunastu latach liczba przyjmowanych aktów „prawa miękkiego” wzrosła, co spowodowało znacznie częstsze ich występowanie niż miało to miejsce wcześniej<sup>47</sup>.

83. W związku z tym kwestia upowszechniania się „prawa miękkiego” i (braku) kontroli sądowej tego prawa została omówiona nie tylko w literaturze naukowej<sup>48</sup>, lecz również przez instytucje Unii<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Wnioskując z ilości piśmiennictwa naukowego oraz uwagi, jaką poświęca się temu tematowi.

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

<sup>49</sup> Zobacz w szczególności opracowanie Parlamentu Europejskiego „Checks and Balances of soft EU rule-making”, Dyrekcja Generalna ds. Polityki Wewnętrznej – Departament Tematyczny C, prawa obywatelskie i sprawy konstytucyjne, 2012 (PE 462.433), w szczególności s. 54–58.

84. Ponadto w ostatnich latach wiele organów jurysdykcyjnych wysokiego szczebla w państwach członkowskich dążyło do rozwiązania tego samego problemu na poziomie krajowym. Rozszerzyły one zakres kontroli sądowej, tak aby objąć nim akty, które nie są, ściśle rzecz biorąc, wiążące, a tym samym faktycznie łagodząc kryteria dopuszczalności skarg o stwierdzenie nieważności w celu zapewnienia prawa do skutecznej ochrony sądowej<sup>50</sup>. Dzieje się tak na przykład wtedy, gdy adresaci mogą postrzegać zaskarżony akt jako wiążący na podstawie zestawu elementów, w szczególności dlatego, że zawiera on zachęty<sup>51</sup>, lub gdy ich autor dysponuje uprawnieniami do nakładania sankcji<sup>52</sup>, lub gdy może on mieć znaczący wpływ na adresata<sup>53</sup>. To samo, a właściwie znacznie więcej, dotyczy sądów w systemie common law, które tradycyjnie były znacznie bardziej liberalne w dopuszczaniu kontroli sądowej niewiążących aktów niż ich kontynentalne odpowiedniki. Na przykład w Irlandii sądy zapewniają ochronę praw podstawowych, nawet jeśli zaskarżony akt nie jest wiążący i nie ma konkretnego wpływu na prawa i obowiązki adresatów<sup>54</sup>.

85. Wreszcie, warto zwrócić uwagę na podejście i praktykę francuskiej Conseil d'Etat (rady stanu). Po pierwsze, Conseil d'Etat (rada stanu) ustaliła niejako podstawy w obszernym sprawozdaniu, w którym przedstawiono między innymi definicję „prawa miękkiego”<sup>55</sup>. Po drugie, w zeszłym roku organ ten również oparł się na tym sprawozdaniu, opracowując nowe kryteria sądowe koncentrujące się na skutkach gospodarczych i istnieniu znaczącego wpływu na zachowanie adresatów aktu<sup>56</sup>.

86. Wydaje się, że różne akty „prawa miękkiego” – pomimo ich różnorodności, zarówno na poziomie prawa krajowego, jak i prawa Unii – mają tę samą kluczową cechę: nie są one *wiążące* w tradycyjnym znaczeniu. Jest to rodzaj *niedoskonalej* normy: z jednej strony wyraźnie mają one normatywne ambicje nakłaniania adresatów do ich przestrzegania. Z drugiej strony nie są do nich dołączane żadne instrumenty przymusu bezpośredniego. Zazwyczaj przyjęte w wyniku procesu konsultacji z różnymi zainteresowanymi stronami (podejście oddolne), mogą one zawierać „łagodne zobowiązania” lub „silne apele”, które są formułowane w kategoriach „zaproszenia”.

50 Na przykład wyrok niemieckiego Bundesverwaltungsgericht z dnia 15 listopada 2010 r. – 19 BV 10.871 (dotyczący okólników administracyjnych ustanawiających wskaźniki emisji w sprawach dotyczących środowiska).

51 Zobacz szwedzki najwyższy sąd administracyjny, 24 maja 1996 r., sprawa 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 Zobacz na przykład, w odniesieniu do okólników administracyjnych belgijskiej Conseil d'Etat (rady stanu), wyrok 237/674 z dnia 16 marca 2017 r.; zob. także, w przedmiocie stanowisk (prises de position) lub sprawozdań przyjętych przez niezależne organy administracyjne upoważnione do przyjmowania sankcji, wyroki francuskiej Conseil d'Etat (rady stanu): z dnia 17 listopada 2010 r., Syndicat français des ostéopathes, nr 332 771; z dnia 11 października 2012 r., Société Casino Guichard-Perrachon, nr 357193.

53 Na przykład w Szwecji organy publiczne i prywatne mogą zakwestionować zgodność z prawem aktu administracyjnego, w sytuacji gdy uznają go za wiążący i działały zgodnie z nim [najwyższy sąd administracyjny, 10 lutego 2004 r., sprawa 2696-03 (RA 2004 ref 8), dotycząca „informacji” mogących wywoływać realne skutki na sytuację osobistą i ekonomiczną adresata].

54 Zobacz na przykład, odnośnie do skargi na sprawozdanie administracyjne w kontekście procedur dotyczących planowania, High Court, De Burca przeciwko Wicklow County Manager (2009) IEHE 54; także, odnośnie do wytycznych irlandzkiego organu ds. konkurencji, zob. High Court, Law Society of Ireland przeciwko Competition Authority (2006) 2 IR 262.

55 W sprawozdaniu rocznym za 2013 r. Conseil d'Etat (rada stanu) zdefiniowała „prawo miękkie” jako zbiór instrumentów spełniających trzy następujące kryteria: 1) ich celem musi być zmiana zachowania adresatów lub kierowanie tym zachowaniem poprzez doprowadzenie do przestrzegania owych instrumentów; 2) nie tworzą one same w sobie praw ani obowiązków dotyczących ich adresów; 3) reprezentują one, poprzez treść i strukturę, stopień sformalizowania i struktury, który sprawia, że przypominają bardziej przepisy prawa (Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013 – Le droit souple, *La Documentation française*, 2013, s. 61–63).

56 Conseil d'Etat (rada stanu), wyroki: z dnia 21 marca 2016 r., Numericable, nr 390023; z dnia 21 marca 2016 r., Société Fairvesta International GmbH, nr 368082, dotyczące, odpowiednio, stanowiska (prise de position) francuskiego organu ds. konkurencji i komunikatów prasowych francuskiego organu ds. rynku finansowego.



## 2) Zalecenia: brak mocy wiążącej przy jednoczesnym wywoływaniu skutków prawnych

87. Zalecenia zasadniczo pasują do takiego opisu. W traktatach zalecenia są sformułowane jedynie negatywnie: nie mają mocy wiążącej (art. 288 TFUE). Poza tym zastosowanie i praktyka zaleceń mają zróżnicowany charakter<sup>57</sup>. Zwykle w zaleceniach przedstawia się zaproszenie do przyjmowania określonych zachowań, realizowania polityki lub zasad, które są uważane przez autora (lub autorów) za właściwe z punktu widzenia zamierzonego celu.

88. Jednakże zalecenia, chociaż wyraźnie określone jako niewiążące, mogą wywoływać znaczące skutki prawne, w sensie powodowania pewnych zachowań i modyfikowania rzeczywistości normatywnej. Mogą one mieć wpływ na prawa i obowiązki ich adresatów oraz osób trzecich. Tytułem ilustracji w niniejszej sekcji przedstawię szereg takich skutków na dwóch odrębnych, ale wzajemnie powiązanych szczeblach: (i) Unii i (ii) państw członkowskich.

### i) (i) Na szczeblu Unii

89. Na szczeblu Unii na podkreślenie zasługują trzy rodzaje skutków prawnych zaleceń: (i) poleganie na zaleceniach i uzasadnione oczekiwania; (ii) ich rola interpretacyjna oraz (iii) potencjał zaleceń w zakresie tworzenia równoległych zestawów przepisów, które uprzedzają proces legislacyjny i w ten sposób wpływają na równowagę instytucjonalną.

90. Po pierwsze, jeśli instytucja Unii przyjmie zalecenia dotyczące tego, jak mają zachowywać się inni, być może uprawnione jest założenie, że w przypadku gdy stanie się to istotne, można oczekiwać, iż instytucja ta będzie stosować się do tego zalecenia jak do własnych praktyk i zachowań. Z tego punktu widzenia powstałe w ten sposób uzasadnione oczekiwania są faktycznie analogiczne do innych rodzajów „prawa miękkiego”, tworzonego przez instytucje lub organy Unii i postrzeganego jako (samo)ograniczenie wykonywania w przyszłości ich własnych uprawnień dyskrecyjnych<sup>58</sup>.

91. Po drugie, zalecenia mogą być wykorzystywane w kontekście interpretacji prawnej, w szczególności w celu nadania znaczenia nieokreślonym pojęciom prawnym zawartym w obowiązującym prawodawstwie. Dotyczy to w szczególności (ale z pewnością nie wyłącznie) zaleceń postlegislacyjnych, które nie są przyjmowane wyłącznie na podstawie art. 292 TFUE, ale na podstawie prawa wtórnego, właśnie po to, by uzupełnić zawarte w nim pojęcia prawne. Zalecenia przedlegislacyjne mogą jednak również pełnić tę samą funkcję w odniesieniu do nieokreślonych pojęć prawnych w traktatach lub do celów interpretacji innego instrumentu prawnego, który pokrywa się *ratione materiae* z tym zaleceniem. W ten sposób oba rodzaje zaleceń mogą uzupełniać uregulowania o charakterze wiążącym.

92. Po trzecie, w wyroku Grimaldi Trybunał wyjaśnił już okoliczności, w których możliwe jest przyjmowanie zaleceń: „są one na ogół przyjmowane przez instytucje Wspólnoty, jeżeli te nie są uprawnione na mocy traktatu do przyjmowania wiążących aktów lub jeżeli uważają, że nie jest właściwe przyjęcie przepisów o charakterze bardziej bezwzględnym”<sup>59</sup>.

57 Aby zapoznać się z wczesnymi opracowaniami, jak dotąd uznawanymi za klasykę, zob. na przykład C. Morand, *Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire*, *Cahiers de droit européen*, 1970, s. 523; P. Soldatos, G. Vandersanden, *La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne*, [w:] D. De Ripainsel-Landy i in., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1976, s. 94.

58 Zobacz wyroki: z dnia 29 września 2011 r., *Arkema/Komisja* (C-520/09 P, EU:C:2011:619, pkt 88); z dnia 28 czerwca 2005 r., *Dansk Rørindustri i in./Komisja* (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 209–211). Aby zapoznać się z bardziej szczegółowym podejściem w odniesieniu do komunikatów w kontekście prawa konkurencji, zob. wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 29).

59 Wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r., *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 13).

93. To, co jest być może największą zaletą zaleceń, może być wobec tego również największym zagrożeniem. Mogłyby one być wykorzystywane jako coś więcej niż tylko narzędzia służące realizacji polityk, które są politycznie (brak konsensusu) lub prawnie (brak konkretnych uprawnień w tym zakresie) zablokowane. Mogłyby one również potencjalnie zostać wykorzystane jako narzędzie do obejścia tych samych procesów legislacyjnych.

94. Prowadzi to do powstania zjawiska przejęcia (pre-emption) dwojakiego rodzaju: krótko- i długoterminowego. Bezpośredni problem obchodzenia innych instytucji zwykle uczestniczących w procesie legislacyjnym został już dostrzeżony i omówiony<sup>60</sup>. Jest zatem jasne, że zalecenie może mieć wpływ na równowagę instytucjonalną<sup>61</sup>, a więc również na rozdzielenie uprawnień w Unii. Gdyby jednak zalecenia zostały wyłączone z zakresu kontroli zgodności z prawem wyłączenie dlatego, że nie są wiążące, zasada równowagi instytucjonalnej nigdy nie zostałaby utrzymana<sup>62</sup>.

95. Istnieje jednak inny rodzaj przejęcia, który prawdopodobnie będzie występował w szczególności w przypadku zaleceń przedlegislacyjnych: zdolność do formułowania norm przed rozpoczęciem faktycznego procesu legislacyjnego, co może nawet przełożyć się na jednostronne przejęcie procesu legislacyjnego. Nie ulega wątpliwości, że zalecenie ma w zamierzeniu nakłonić adresatów do przestrzegania jego zapisów. Jeżeli więc nawet częściowo uda się to osiągnąć, zalecenie będzie kształtować zakres potencjalnych (dopuszczalnych) rozwiązań normatywnych na przyszłość. Jeżeli w oparciu o zalecenie pewna liczba instytucji Unii lub państw członkowskich zastosuje się już do tego zalecenia, podmioty te będą naturalnie promować w procesie legislacyjnym, który może ewentualnie nastąpić, rozwiązania legislacyjne, które już zaakceptowały. W ten sposób dzisiejsze „prawo miękkie” staje się „twardym prawem” jutra.

#### *ii) (ii) Na szczeblu państw członkowskich*

96. Zalecenia wywołują co najmniej trzy rodzaje skutków prawnych na szczeblu państw członkowskich. Ich dokładny zakres zależałby od tego, w jakim stopniu zasada lojalnej współpracy egzekwowana jest w odniesieniu do zaleceń.

97. Pierwszym i głównym rodzajem obowiązków w zakresie zaleceń, które Trybunał do tej pory wskazał, jest obowiązek uwzględniania zaleceń przez sądy krajowe przy wykładni prawa krajowego wdrażającego te przepisy. Jest całkiem jasne, że zalecenia same w sobie nie powodują powstania praw, na które osoby prywatne mogą powołać się przed sądem krajowym<sup>63</sup>. Jednakże w wyroku Grimaldi Trybunał dodał również, że zalecenia „nie są jednak całkowicie pozbawione skutków prawnych. Sądy krajowe są bowiem zobowiązane wziąć pod uwagę zalecenia w celu rozwiązania wniesionych przed nie sporów, w szczególności kiedy ułatwiają one wykładnię przepisów krajowych wydanych w celu zapewnienia ich wdrożenia lub kiedy mają na celu wdrożenie wiążących przepisów wspólnotowych”<sup>64</sup>.

60 W inicjatywie na rzecz lepszego stanowienia prawa położono nacisk na ten problematyczny wymiar „prawa miękkiego”. Zobacz w szczególności Porozumienie ramowe w sprawie stosunków między Parlamentem Europejskim i Komisją Europejską (Dz.U. 2010, L 304, s. 47). W pkt 43 stwierdza się w szczególności, co następuje: „W dziedzinach, w których Parlament zazwyczaj uczestniczy w procesie legislacyjnym, Komisja stosuje prawo miękkie w odpowiednich przypadkach i, jeżeli jest to należyście uzasadnione, po uprzednim umożliwieniu Parlamentowi wyrażenia swojej opinii. Komisja przedstawia Parlamentowi szczegółowe wyjaśnienie co do zakresu, w jakim opinia Parlamentu została uwzględniona przy przyjęciu wniosku”.

61 Można przypomnieć, że na zasadach kompetencji powierzonych i równowagi instytucjonalnej Trybunał opierał się także w swoim wyroku z dnia 23 kwietnia 1986 r., Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, pkt 25).

62 Jest to zresztą argument podniesiony przez wnoszącego odwołanie w zarzucie drugim. Z pewnego punktu widzenia prawdą jest, że podporządkowanie dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności istnieniu wiążących skutków prawnych (w przeciwieństwie do samych skutków prawnych) uniemożliwia dopilnowanie, aby autor zaskarżonego aktu działał w ramach swoich kompetencji. Powstaje więc pytanie, czy instrumenty „prawa miękkiego”, w tym zalecenie, mogą być przyjmowane wyłącznie w zakresie kompetencji przyznanych Unii i danej instytucji. Jednakże, mając do czynienia z sytuacją niejako rodem z *Paragrafu 22*, ponieważ takie wiążące skutki prawne nie istnieją, ich kontrola w drodze skargi o stwierdzenie nieważności nie jest dopuszczalna.

63 Zobacz wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 16). Zobacz także wyroki: z dnia 21 stycznia 1993 r., Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, pkt 18); z dnia 11 września 2003 r., Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, pkt 41); z dnia 18 marca 2010 r., Allassini i in. (od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, pkt 40).

64 Wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 18).

98. Należy zauważyć, że do tej pory takie *interpretacyjne skutki prawne* były uznawane przez Trybunał jedynie w przypadku zaleceń, a tym samym wyróżniały je wśród innych niewiążących aktów prawa Unii<sup>65</sup>.

99. Co jednak dokładnie oznacza *obowiązek wzięcia pod uwagę*? Istnieje szereg możliwych interpretacji. Możliwe rozwiązanie krańcowe polega na ustaleniu, czy oznaczałoby to zobowiązanie do zgodnej wykładni wedle wyroku von Colson i Kamann<sup>66</sup>. Biorąc pod uwagę sformułowanie przyjęte w wyroku, wydaje się, że Trybunał być może nie miał zamiaru posuwać się tak daleko, by nałożyć na sądy krajowe obowiązek stosowania wykładni prawa krajowego zgodnej z zaleceniami<sup>67</sup>. Przyjmując jednak inne, hipotetyczne, rozwiązanie, „wzięcie pod uwagę” może również oznaczać „przyjrzenie się”, a następnie podjęcie decyzji o całkowitym pominięciu.

100. Teoretycznie może mieć miejsce sytuacja pośrednia: organ krajowy jest *zobowiązany* co najmniej *do podania uzasadnienia* w przypadku odstępstwa od zalecenia, bez ścisłego obowiązku zachowania zgodności przy dokonywaniu wykładni prawa krajowego. Takie twierdzenie odnosiło się w przeszłości do innego rodzaju „prawa miękkiego”<sup>68</sup>. Można zrozumieć, dlaczego takie pozornie pośrednie stanowisko ma szansę zyskać pewną grupę zwolenników: chociaż jak dotąd Trybunał nałożył taki obowiązek jedynie na sam podmiot ustanawiający normy dotyczące postępowania zawarte w wewnętrznych środkach lub wytycznych, które wywołują skutki zewnętrzne<sup>69</sup>, nie można wykluczyć, że ta linia orzecznicza mogłaby mieć również zastosowanie do zaleceń, które są niewątpliwie bardziej zaawansowaną i udoskonaloną formą „prawa miękkiego”, ponieważ należą one do grupy „typowych” aktów, o których mowa w art. 288 TFUE, i ponieważ muszą one być brane pod uwagę przez sądy krajowe<sup>70</sup>.

101. Dlaczego takie stanowisko należy nazywać pozornie pośrednim? Z tego prostego powodu, że obowiązek podania powodów, dla których sędzia odstępuje od określonego źródła, musi koniecznie oznaczać, że źródło to ma charakter *wiążący*. Sędzia jest zobowiązany uzasadnić jedynie odejście od źródeł *bezwzględnie obowiązujących*<sup>71</sup>. W związku z tym, gdyby „obowiązek wzięcia pod uwagę” należało interpretować jako nakładający na sędziów krajowych obowiązek uzasadnienia i wyjaśnienia, dlaczego nie zastosowali się oni do zalecenia, oznaczałoby to *eo ipso*, że takie zalecenia nie tylko wywołują „pewne skutki prawne”, ale w rzeczywistości mają one *wiążący* charakter.

102. Po drugie, jakie są dokładne obowiązki organów krajowych wobec zalecenia? Brzmienie art. 4 ust. 3 TUE, ujmując obowiązek lojalnej współpracy w Unii, jest bez wątpienia bardzo kompleksowe i potencjalnie daleko idące. Można by zasugerować, że ponieważ postanowienie to odnosi się jedynie do „obowiązków”, a z uwagi na to, że zgodnie z art. 288 TFUE zalecenia są „niewiążące”, z definicji nie mogą one prowadzić do powstania żadnych obowiązków, a zatem w ogóle nie są objęte zakresem art. 4 ust. 3 TUE.

65 Trybunał odmówił w szczególności uznania tego skutku prawnego w odniesieniu do komunikatów Komisji [wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 31)].

66 Wyrok z dnia 10 kwietnia 1984 r., von Colson i Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 Podejście to było sukcesywnie rozwijane i konsolidowane w, przykładowo, wyrokach: z dnia 5 października 2004 r., Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 114, 115); z dnia 4 lipca 2006 r., Adeneler i in. (C-212/04, EU:C:2006:443, pkt 108, 109); z dnia 15 kwietnia 2008 r., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, pkt 99–101).

68 Zobacz opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, pkt 38, 39), która stwierdziła, że krajowe urzędy i sądy muszą w wymaganym stopniu uwzględniać obwieszczenia Komisji odnośnie do prawa konkurencji. W tej konkretnej sprawie oznaczało to, że wspomniane urzędy i sądy muszą uwzględnić ocenę Komisji w zakresie odczuwalności ograniczania konkurencji i *podać weryfikowalne sądowo powody dla wszelkich możliwych odstępstw*.

69 Zobacz wyroki: z dnia 28 czerwca 2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 209–211); z dnia 29 września 2011 r., Arkema/Komisja (C-520/09 P, EU:C:2011:619, pkt 88).

70 Zobacz wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 26).

71 W przeciwieństwie do źródeł dopuszczalnych lub autorytetów perswazyjnych – zob. na przykład A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht 1989, s. 319 i nast.

103. Nie sądzę, aby takie rozumienie art. 4 ust. 3 TUE rzeczywiście odzwierciedlało podejście, jakie Trybunał od dłuższego czasu stosuje w odniesieniu do wykładni tego postanowienia. Obowiązek lojalnej współpracy ma zwykle zastosowanie na poziomie zasad, niekoniecznie zawsze koncentrując się na konkretnym i szczególnym przepisie czy odrębnym obowiązku prawnym<sup>72</sup>.

104. Nawet gdyby przyjąć, że nie można mówić o *pozytywnym* obowiązku wdrożenia zalecenia, czy można powiedzieć to samo w odniesieniu do potencjalnych „łagodniejszych” zobowiązań państw członkowskich, takich jak uwzględnienie zalecenia przy przyjmowaniu uregulowań w danej dziedzinie? Być może efekt ten mógłby być bardziej widoczny w przypadku zaleceń postlegislacyjnych, które są wykorzystywane do uzupełnienia pojęć prawnych w wiążącym prawodawstwie. Czy nie można by oczekiwać, że państwo członkowskie, wdrażając pierwotny akt prawny Unii, do którego niejako „dołączono” zalecenie postlegislacyjne, wdroży to zalecenie w sposób bardziej doprecyzowany w tym zaleceniu? Jeśli nie, jaki jest zatem sens wydawania zaleceń? Jeśli tak, to nie można kwestionować znaczących i rzeczywistych skutków prawnych zalecenia.

105. Można by jednak z pewnością stwierdzić, że nie ma obowiązku ich wdrożenia, ponieważ nie istnieją oddzielne i odrębne sankcje za ich niewykonanie. Nawet jeśli pominąć dość formalistyczne rozumienie „bezpośredniej” sankcji jako kluczowego i decydującego elementu mocy *wiążącej*<sup>73</sup>, co z ewentualnymi *negatywnymi* zobowiązaniami spoczywającymi na państwach członkowskich w odniesieniu do zaleceń? Na tym etapie jest to oczywiście kwestia domysłów, a nie element obowiązującego prawa, ale jeżeli skutek blokujący dyrektyw ma zastosowanie do okresu poprzedzającego upływ okresu ich transpozycji, a w tym okresie państwa członkowskie nie mogą przyjąć środka mogącego poważnie zagrozić rezultatom przewidzianym w dyrektywie<sup>74</sup>, to czy ta sama logika nie mogłaby mieć zastosowania do zalecenia?

106. Wreszcie, po trzecie, jakie rodzaje skutków prawnych mogłyby wywołać zalecenia w kontekście przepisów i procedur krajowych? W wyroku Grimaldi Trybunał wyjaśnił, że można złożyć wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni zalecenia<sup>75</sup>. Pozostaje pytanie, czy sąd krajowy mógłby zwrócić się do Trybunału o ocenę ważności zalecenia. Według mojej wiedzy taka sytuacja nigdy dotąd nie miała miejsca, ale wydaje się, że w wyroku Grimaldi Trybunał potwierdził, iż takie odesłanie byłoby możliwe<sup>76</sup>.

72 Zobacz analogicznie, jak lojalna współpraca została wykorzystana w celu stworzenia zobowiązań związanych ze skutkiem bezpośrednim, z odpowiedzialnością państwa członkowskiego za naruszenia prawa Unii lub z przyjęciem sankcji [odpowiednio, tytułem przykładu, wyroki: z dnia 16 grudnia 1976 r., Comet (45/76, EU:C:1976:191, pkt 12); z dnia 2 lutego 1977 r., Amsterdam Bulb (50/76, EU:C:1977:13, pkt 32); z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, pkt 36)].

73 Jak już zasugerowano powyżej (przypis 45), takie wąskie spojrzenie nie dominuje nawet w szeregu nurtów pozytywistycznej teorii prawa. To samo rozumienie jest zresztą zupełnie odległe od rzeczywistości, w której „niewiążące życzenia” wyrażone przez *jeden i ten sam* organ regulacyjny, który może również następnego dnia wydać wiążące przepisy i sankcje w tej samej lub powiązanej dziedzinie, będą zrozumiane i postrzegane przez ich adresatów. W związku z tym, oprócz sankcji bezpośrednich, mogą istnieć również sankcje *pośrednie*, z pewnością w przypadku graczy powtarzających się po obu stronach (jeden i ten sam organ regulacyjny oraz ta sama grupa adresatów). Należy przypomnieć, że podobna logika doprowadziła do tego, że niektóre wyższe jurysdykcje krajowe poddały kontroli sądowej „niewiążące” akty tego rodzaju organów regulacyjnych (przypis 52 powyżej).

74 Począwszy od wyroku z dnia 18 grudnia 1997 r., Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

75 „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem okoliczność, że akt prawa wspólnotowego nie ma mocy wiążącej, nie stoi na przeszkodzie temu, aby Trybunał rozstrzygnął o jego wykładni w postępowaniu prejudycjalnym na podstawie art. 177” [tłumaczenie nieoficjalne] [wyroki: z dnia 13 grudnia 1989 r., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 9); z dnia 21 stycznia 1993 r., Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo)].

76 „[...] [W] odróżnieniu od art. 173 traktatu EWG, który wyklucza kontrolę przez Trybunał aktów o charakterze zaleceń, art. 177 przyznaje Trybunałowi właściwość do *orzekania* w trybie prejudycjalnym w przedmiocie *ważności* i wykładni *wszystkich aktów* instytucji Wspólnoty *bez wyjątku*” [tłumaczenie nieoficjalne] – wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 8), wyróżnienie moje.

107. Wydaje się zatem, iż Trybunał wyraźnie przewidział, że zalecenie wywoła skutki prawne na szczeblu krajowym. Ma ono być przecież brane pod uwagę w państwach członkowskich, niezależnie od tego, co dokładnie może się z tym wiązać. Można by dodać, że w przeszłości w orzecznictwie Trybunału uznano i faktycznie przeanalizowano, w ramach postępowania prejudycjalnego, szereg niewiążących aktów prawa Unii, które wywarły wpływ na szczeblu krajowym, w tym niedawno komunikat prasowy Europejskiego Banku Centralnego<sup>77</sup>.

108. W związku z tym zalecenie, podobnie jak inne akty prawa Unii o charakterze pozornie niewiążącym, może być przedmiotem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w zakresie zarówno wykładni, jak i ważności. Moim zdaniem nie byłoby inaczej w ramach kompletnego systemu środków prawnych<sup>78</sup>. Celem zaleceń jest zachęcanie do przestrzegania przepisów. Wyobraźmy sobie państwo członkowskie, które działając w dobrej wierze i w duchu lojalnej współpracy, dokonało transpozycji zalecenia do krajowego porządku prawnego. W drodze aktu prawa krajowego owo państwo członkowskie ustanowiło na szczeblu krajowym obowiązki dla osób fizycznych. Gdyby takie ustawodawstwo krajowe zostało zaskarżone przed sądami krajowymi, nieco dziwnym podejściem byłaby odmowa kontroli tego, co stanowi materialną podstawę rzeczzonego ustawodawstwa krajowego, a mianowicie zalecenia Unii<sup>79</sup>, z dość formalistycznym usprawiedliwieniem, że zobowiązania te powstały na mocy ustawodawstwa krajowego, a nie aktu prawa Unii, i że państwo członkowskie uczyniło to wyłącznie z własnej woli.

#### **4. Powrót do korzeni: kryteria z wyroku AETR i skutki prawne**

109. Szczegółowa dyskusja w poprzedniej sekcji miała dwojaki cel: po pierwsze, ukazanie problemów, jakie pojawiają się w kontekście kryteriów z wyroku AETR (podlegających następnie stopniowym zmianom) w przypadku zastosowania ich do zaleceń (ale moim zdaniem w szerszym ujęciu również w przypadku zastosowania ich do innych instrumentów „prawa miękkiego”); a po drugie, mimo potencjalnego braku mocy wiążącej w tradycyjnym i raczej wąskim znaczeniu tego słowa, zalecenia mogą wywoływać istotne skutki prawne zarówno na szczeblu unijnym, jak i na szczeblu krajowym.

110. Dlatego też uważam, że kryteria z wyroku AETR zastosowane przez Sąd wymagają pewnego dostosowania. Moja sugestia w tym względzie jest dość prosta: kryteria muszą ponownie odnosić się do ich źródła, do wyroku AETR, a także do brzmienia art. 263 akapit pierwszy TFUE. W obu przypadkach można wskazać odniesienie do „skutków prawnych”, a nie do „wiążącego skutku prawnego”. Tak jak w korytach rzek, również w orzecznictwie czasem konieczne jest oczyszczenie strumienia poprzez usunięcie osadów (w tym przypadku słownych) nagromadzonych przez lata, uniemożliwiających swobodne poruszanie się w meandrach prawa.

111. Tego rodzaju dostosowanie nie jest tak rewolucyjne, jak na pierwszy rzut oka się wydaje. Podstawa kryterium oceny, czy akt prawa Unii wywołuje skutki prawne wobec jego adresatów lub osób trzecich, pozostawałaby niezmienną: oceniane są tekst, kontekst i cel zaskarżonego aktu. Konieczne jest jednak wyjaśnienie dwóch aspektów stosowania tych kryteriów: po pierwsze, ocenie należy poddać jedynie istnienie skutków prawnych, a nie wiążący skutek prawny. Po drugie, w ramach stosowania kryteriów nacisk należałoby położyć na treść i kontekst aktu, a nie na sam tekst.

77 Wyrok z dnia 16 czerwca 2015 r., Gauweiler i in. (C-62/14, EU:C:2015:400). Trybunał nie zbadał dopuszczalności skargi na komunikat prasowy jako taki. Zobacz jednak opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie Gauweiler i in. (C-62/14, EU:C:2015:7, pkt 70 i nast.).

78 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 23 kwietnia 1986 r., Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, pkt 23); z dnia 28 marca 2017 r., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, pkt 66).

79 W szczególności w przypadkach, w których zakwestionowanie na szczeblu krajowym krajowej transpozycji odzwierciedla jedynie ten sam potencjalny problem z samym zaleceniem – zob. w tym względzie analogicznie wyrok z dnia 22 czerwca 2010 r., Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 54, 55).

112. Jak już wyjaśniono w poprzedniej sekcji, dychotomia wiążących i niewiążących skutków prawnych ma niewielkie znaczenie analityczne dla „prawa miękkiego”. Jeżeli warunkiem wstępnym istnienia skutków wiążących jest mechanizm bezpośredniego egzekwowania i przymusu, wówczas z definicji „prawo miękkie” nigdy nie będzie wiążące, bez względu na zawarte w nim przepisy.

113. Zamiast tego ocena zdolności do wywoływania skutków prawnych, to jest wywierania wpływu na sytuację prawną jego adresatów, powinna koncentrować się na innej kwestii: czy jako rozsądny adresat mógłbym wyciągnąć z treści, celu, ogólnej systematyki i ogólnego kontekstu zalecenia lub, bardziej ogólnie, aktu „prawa miękkiego” wniosek, że oczekuje się ode mnie podjęcia jakichś działań? Czy istnieje prawdopodobieństwo, że odpowiednio zmienię swoje zachowanie, lub czy akt ten będzie miał wpływ na moją sytuację prawną?

114. Następnie, zgodnie z trzema klasycznymi założeniami każdej wykładni ustawowej, tekstu, kontekstu i celu, w przypadku oceny zalecenia lub innych instrumentów „prawa miękkiego”, brzmienie (w szczególności określenie i forma słowna) aktu nie powinno w ramach jego oceny przeważać nad jego treścią, kontekstem i celem. Brzmienie powinno być nawet, ze względu na swoją istotę, raczej drugorzędne w porównaniu z istotnymi elementami w kontekście dopuszczalności. Gdyby było inaczej, brzmienie o charakterze „zaproszenia” musiałyby koniecznie prowadzić do wyłączenia kontroli sądowej. Oznaczałoby to bowiem, że nadrzędną rolę w stosunku do treści ma forma, a zatem że żadne zalecenia zawierające zapisy wyrażone językiem „zachęty” nie mogłyby zostać poddane kontroli. Dlatego też należy być może delikatnie położyć nacisk na logikę, treść, kontekst i cel.

115. W ramach takiej oceny kontekstu i celu trzy czynniki wydają się istotne w celu ustalenia, czy akt prawa Unii może wywoływać skutki prawne i czy można racjonalnie oczekiwać, że zostanie on zastosowany.

116. Pierwszym czynnikiem, który należy wziąć pod uwagę, jest stopień *sformalizowania* (czy akt prawa Unii przyjmuje formę aktu prawnego?) oraz *ostateczny charakter* aktu (czy przyjęto go na zakończenie, jako punkt kulminacyjny konsultacji, czy też, ogólniej mówiąc, w procesie „stanowienia prawa miękkiego”?). Innymi słowy, biorąc pod uwagę oba te elementy: czy omawiany akt prawa Unii wydaje się stanowić raczej ukończony akt prawny?

117. Jeśli chodzi o formę potencjalnie zaskarżalnego aktu prawnego, musi się wydawać, że stanowi on tekst prawny, tak aby można go było racjonalnie postrzegać jako wywołujący skutki prawne. W tym względzie akt wydaje się aktem prawnym, jeżeli na przykład jest on podzielony na artykuły lub przynajmniej na sekcje, jeśli jest opublikowany w Dzienniku Urzędowym (z pewnością w serii L, gdzie prawodawstwo ma być w założeniu publikowane).

118. Jeśli chodzi o aspekt ostateczności, akty przygotowawcze nie realizują tego założenia. Ta sama logika odnosi się już do aktów przygotowawczych w kontekście procesu decyzyjnego Unii<sup>80</sup>. Powinna ona a fortiori odnosić się także do procesów stanowienia „prawa miękkiego”. Takie wykluczenie aktów przygotowawczych z zakresu kontroli sądowej wydaje się tym bardziej istotne w kontekście „prawa miękkiego”, gdy proces konsultacji może pociągać za sobą przyjęcie szeregu aktów.

119. Drugi czynnik dotyczy treści i ogólnego celu zaskarżonego aktu: jak precyzyjne są zawarte w nim „obowiązki”? Jaki jest jego ogólny cel? Im bardziej ogólne i abstrakcyjne akty prawa Unii, tym mniejsze szanse wywołania konkretnego i szczególnego skutku w postaci przestrzegania tych przepisów przez ich adresatów. Z drugiej strony, jeżeli akt prawa Unii zawiera szereg konkretnych i precyzyjnych zobowiązań, to z pewnością element ten jest istotny. Jeżeli ponadto tekst ma wyraźny cel w postaci harmonizacji, istnieje jeszcze większe prawdopodobieństwo, że będzie on postrzegany jako mogący wywołać skutki prawne.

80 Wyrok z dnia 12 września 2006 r., Reynolds Tobacco i in./Komisja (C-131/03 P, EU:C:2006:541, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

120. Trzeci czynnik dotyczy egzekucji. Czy akt zawiera jasne i konkretne mechanizmy regulujące przestrzeganie, egzekwowanie lub nakładanie sankcji? Oczywiście nie chodzi tu tylko o *bezpośrednie* egzekwowanie, które jest bardzo mało prawdopodobne, ale o *pośrednie* mechanizmy lub egzekwowanie, zarówno strukturalne, jak i instytucjonalne.

121. *Strukturalne* mechanizmy zgodności mogą obejmować szereg mechanizmów pośrednich, takich jak sprawozdawczość, powiadamianie, monitorowanie i nadzór. Istotne znaczenie mogą mieć również elementy wzajemnej presji, takie jak publikacja tabel wyników, sprawozdań w celu urzeczywistnienia zasady „name and shame” itp.

122. Znaczenie ma również element *instytucjonalny*: która instytucja przyjęła dany akt? Czy jest to ta sama instytucja, która w odniesieniu do powiązanych lub nawet tych samych obszarów regulacji może nakładać sankcje na tych samych adresatów<sup>81</sup>? Jeżeli rzeczywiście tak jest, wówczas istnieje prawdopodobieństwo, że zaskarżony akt prawny będzie skutecznie nakłaniać do zachowania zgodności.

##### 5. Zastosowanie kryteriów w niniejszej sprawie

123. Patrząc na zaskarżone zalecenie w takim świetle, muszę stwierdzić, że generalnie rzecz biorąc, zalecenie to wykracza znacznie poza to, czego można by oczekiwać od dokumentu, w którym po prostu zaleca się pewne *zasady*. W tym konkretnym przypadku można rzeczywiście twierdzić, że zalecenie to wywoła skutki prawne i że rozsądni adresaci prawdopodobnie zmienią swoje postępowanie, aby przynajmniej częściowo zastosować się do zalecenia.

124. Jeżeli treść ma przeważać nad formalnym oznaczeniem aktu w odniesieniu do oceny jego prawdziwego charakteru, wówczas analiza, która ma zostać przeprowadzona, polega na ustaleniu, jaki charakter dokumentu wydaje się wynikać z jego brzmienia, treści, kontekstu i celu, po usunięciu jego oficjalnego tytułu.

125. Rozpatrując w pierwszej kolejności ogólny cel zalecenia, w jego motywach<sup>82</sup> i dokumentach towarzyszących jego przyjęciu<sup>83</sup> stwierdzono dosyć wyraźnie, że celem zalecenia jest osiągnięcie minimalnego poziomu harmonizacji w zakresie, w jakim zawiera ono zalecenia dotyczące zasad wyższego poziomu ochrony konsumentów, graczy i nieletnich w odniesieniu do usług gier hazardowych online. Jednocześnie jest również jasne, z pewnością z punktu widzenia wielu państw członkowskich, że działania te odnoszą się do dość delikatnej materii<sup>84</sup>.

126. Następnie warto zwrócić uwagę na kilka elementów dotyczących treści i kontekstu. Po pierwsze, zaskarżony akt jest tekstem o bardzo ustrukturyzowanej formie i wygląda jak akt prawny. Zawiera on nie mniej niż 30 motywów. Zalecenie samo w sobie podzielone jest na 12 ponumerowanych sekcji. Zostało ono opublikowane w serii L *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej*.

127. W związku z tym już sama forma zalecenia stwarza wrażenie, że będzie ono wywoływało skutki prawne. Znajduje to również potwierdzenie w fakcie, że zalecenie nie jest aktem przygotowawczym. Jest to już punkt kulminacyjny procesu konsultacji, ponieważ stanowi on rozwinięcie poprzedniej zielonej księgi i komunikatu Komisji. W związku z tym wyraźnie skryształizowano w nim stanowisko tej ostatniej w kwestii ochrony konsumentów w odniesieniu do usług gier hazardowych online, przedstawiając państwom członkowskim bardzo konkretne zalecenia.

81 Zobacz także przypis 73 powyżej.

82 Motywy 8 i 9 cytowane powyżej w pkt 11 i 12 niniejszej opinii.

83 Punkt 30 niniejszej opinii powyżej.

84 Zobacz na przykład wyrok z dnia 22 stycznia 2015 r., Stanley International Betting i Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, pkt 51).

128. Po drugie, uderzający jest poziom szczegółowości i precyzji konkretnych przepisów zalecenia. Zalecenie to nie tylko nie określa jedynie „zasad”, lecz ustanawia raczej jasne i precyzyjne przepisy.

129. Aby podać kilka przykładów: w sekcji III zalecenie określa szczegółową treść informacji, jakie powinny być umieszczone na docelowej podstronie strony internetowej operatora, na której oferuje się gry hazardowe, i jakie powinny być dostępne ze wszystkich podstron tej strony internetowej. W sekcji V zalecenia wzywa się państwa członkowskie do zadbania, by korzystanie z usługi gry hazardowej online było możliwe tylko po zarejestrowaniu się jako gracz i pod warunkiem posiadania konta na stronie operatora. Ten ostatni weryfikuje szczegółowe dane dotyczące tożsamości gracza. Ponadto sekcja VIII ma na celu uregulowanie kwestii informacji handlowych. W szczególności uniemożliwia ona państwom członkowskim formułowanie pewnych stwierdzeń, takich jak przedstawianie hazardu jako aktywności atrakcyjnej społecznie lub sugerowanie, że uprawianie hazardu może stanowić rozwiązanie dla problemów osobistych.

130. Po trzecie, zalecenie zawiera bardzo szczegółowe i kompleksowe „zaproszenia” do nadzoru i sprawozdawczości. Zgodnie z sekcją XI państwa członkowskie „zachęca się do wyznaczenia w ramach zastosowania zasad określonych w niniejszym zaleceniu organów właściwych do spraw regulacji hazardu, aby w sposób niezależny gwarantować i monitorować faktyczną zgodność z krajowymi działaniami podjętymi dla wsparcia realizacji zasad określonych w niniejszym zaleceniu”. Sekcja XII dotyczy sprawozdawczości. Zgodnie z jej przepisami państwa członkowskie zachęca się nie tylko do *powiadomienia* Komisji o wszelkich środkach przedsięwziętych, lecz także do gromadzenia w określonych terminach rocznych danych do celów statystycznych.

131. W odniesieniu do takich „zaproszeń” dotyczących sprawozdawczości i nadzoru należy poczynić dwie uwagi. Po pierwsze, wydaje się, że w przeszłości, i ogólnie rzecz biorąc, Trybunał wykazał szczególną wrażliwość na wprowadzanie mechanizmów zgodności lub monitorowania w odniesieniu do różnych nietypowych aktów. Co najmniej dwukrotnie stwierdził on nieważność nietypowych aktów prawnych Komisji, ponieważ szczegółowo regulowały one wymogi sprawozdawczości i prawdopodobnie wykraczały poza to, co właściwe dla tego rodzaju aktów<sup>85</sup>. Po drugie, w kontekście tego konkretnego zalecenia interesujące jest to, że niewiążące zalecenie, którego państwa członkowskie nie są zobowiązane stosować, nadal wymaga od tych państw członkowskich (a nawet jedynie od tych, które zdecydowały się przyjąć „zaproszenie”), aby wyznaczyły, monitorowały, powiadamiały, dokonywały oceny, gromadziły dane i przekazywały Komisji sprawozdania w określonych terminach na temat wszystkich tych działań (całkowicie dobrowolnych).

132. W pkt 54 zalecenia stwierdza się następnie, że Komisja powinna ocenić jego *wdrożenie* (sic!) do dnia 19 stycznia 2017 r. W trakcie rozprawy stwierdzono jednak, że Komisja jak dotąd tego nie uczyniła, *ponieważ* nadal oczekuje sprawozdań państw członkowskich przed sporządzeniem własnego sprawozdania. Na tym etapie wydaje mi się, że stopień dysonansu poznawczego obecnego w takich twierdzeniach osiąga jakość zaawansowanej sztuczki umysłowej Jedi.

133. Po czwarte, zalecenie ma na celu skłonienie państw członkowskich do przyjęcia pewnych przepisów, a poprzez te przepisy – wywarcie wpływu na przedsiębiorstwa i graczy gier hazardowych, którzy są ich pośrednimi adresatami. Można zatem oczywiście stwierdzić, że formalnie i samo w sobie to nie zalecenie, lecz potencjalne ustawodawstwo krajowe będzie miało wpływ na prawa osób trzecich, ale trudno jest zaprzeczyć, że w zaleceniu tym znajduje się faktyczne źródło ustawodawstwa krajowego<sup>86</sup>.

85 Wyrok z dnia 13 listopada 1991 r., Francja/Komisja (C-303/90, EU:C:1991:424, pkt 20–25), gdzie w kodeksie postępowania wykonującym rozporządzenie Rady zażądano od państw członkowskich informacji z określoną częstotliwością i za pomocą określonych środków; wyrok z dnia 16 czerwca 1993 r., Francja/Komisja (C-325/91, EU:C:1993:245, pkt 22–23), gdzie komunikat Komisji uzupełniający dyrektywę nałożył dodatkowe obowiązki, takie jak składanie Komisji rocznych sprawozdań dotyczących danych finansowych w określonym terminie.

86 Zobacz także pkt 102–105 powyżej. Zobacz także pkt 97 i 98 oraz możliwości zalecenia w zakresie kształtowania wykładni obowiązujących przepisów krajowych przyjętych w tym samym obszarze i dotyczących tej samej kwestii.



134. Po piąte, co być może samo w sobie jest kwestią marginalną, ale też podkreślającą dysonans pomiędzy treścią a tytułem, warto przyrzeć się zarówno motywowi 29, jak i pkt 2 zalecenia. Stwierdza się w nich, odpowiednio, że niniejsze zalecenie nie koliduje z (wiązącymi i obowiązującymi) dyrektywami Unii oraz że nie narusza ono prawa państw członkowskich do uregulowania usług hazardowych. Stwierdzenia te rodzą po prostu pytanie, czy gdyby zalecenie rzeczywiście miało charakter czysto niewiązący i nie miało na celu wywołania jakichkolwiek skutków prawnych, to dlaczego koniecznie należałoby wyraźnie zaznaczyć wspomniane aspekty. Prawdziwy niewiązący akt „prawa miękkiego” z definicji nigdy nie mógłby ingerować w wiążące i ważne prawodawstwo Unii ani w kompetencje państw członkowskich.

135. Podsumowując, już w odniesieniu do tych elementów celu, treści i kontekstu, jeżeli czytelnikowi zostałaby przekazany dokument z usuniętym tytułem i poproszono by go o przeczytanie tekstu bez znajomości jego tytułu, można bezpiecznie założyć, że mógłby on myśleć, iż czyta dyrektywę lub nawet – w niektórych miejscach – rozporządzenie, ale z pewnością dokument legislacyjny, który ma na celu nałożenie jasnych i precyzyjnych obowiązków oraz nakłonienie do przestrzegania przepisów.

136. Dopiero teraz pragnę odnieść się do brzmienia zalecenia, a ściślej do konkretnych sformułowań poszczególnych przepisów (po omówieniu ich poziomu szczegółowości i konkretności już w poprzednich punktach tej sekcji). Zgodnie z rozumowaniem Sądu brzmienie wydaje się odgrywać decydującą rolę. Niemniej jednak z powodów, które starałem się wyjaśnić ogólnie w poprzedniej sekcji<sup>87</sup>, moim zdaniem brzmienie jest istotne, ale nie decydujące. Ponadto z pewnością nie powinno ono być decydujące, jeżeli samo w sobie jest w rzeczywistości niejednoznaczne.

137. Wnoszący odwołanie zakwestionował w swoich uwagach na piśmie oraz w stanowisku ustnym ocenę językową dokonaną przez Sąd w jego postanowieniu. W szczególności wnoszący odwołanie utrzymywał, że w dwóch z trzech języków urzędowych Królestwa Belgii, mianowicie w językach niderlandzkim i niemieckim, brzmienie tych przepisów wydaje się „silniejsze” niż w innych wersjach językowych. W związku z tym w logicznej konsekwencji zalecenie wywoływałoby „silniejsze” skutki prawne w Belgii.

138. Ten konkretny argument wnoszącego odwołanie jest nieprzekonujący. Istotnie, niektóre wersje językowe mogą być postrzegane jako „bardziej wiążące” niż inne. Dotyczy to w szczególności wersji niemieckiej, hiszpańskiej, niderlandzkiej i portugalskiej. Wbrew twierdzeniom Sądu wersje polska lub czeska również mogą być przedmiotem dyskusji.

139. Nie ma jednak większego znaczenia, że wydaje się, iż w wersjach niderlandzkiej i niemieckiej używa się bardziej imperatywnego sformułowania niż w innych wersjach. Fakt, że są to języki urzędowe w Belgii, nie nadaje im większego znaczenia niż jakimkolwiek innym wersjom językowym. Istnieje powszechna zasada jednakowej autentyczności wszystkich wersji językowych źródeł unijnych, która moim zdaniem powinna mieć zastosowanie do zaleceń, podobnie jak ma to miejsce w przypadku wszelkich innych aktów przyjętych na mocy art. 288 TFUE. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w przypadku rozbieżności między wariantami językowymi dany przepis należy interpretować w zależności od kontekstu i ogólnego celu uregulowania, którego jest on częścią<sup>88</sup>.

140. Właśnie takie dyskusyjne porównania językowe pokazują i podkreślają, dlaczego liczba interpretacji wyrażenia „zachęca się do” zamiast „powinno” ma jedynie ograniczone znaczenie dla oceny takiego aktu. Ogólnie rzecz biorąc, wszystkie wersje językowe zmierzają w tym samym kierunku i pozwalają na wyciągnięcie jasnych wniosków co do charakteru tekstu bez konieczności rozwodzenia się nad kontekstem i celem danego aktu. Ewentualnie są one sprzeczne ze sobą, a tekst zalecenia nie powinien przeważać nad jego kontekstem i celem. Błędem jest jednak stwierdzenie, że istnieją

<sup>87</sup> Punkt 114 powyżej.

<sup>88</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 26 kwietnia 2012 r., DR i TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

rozbieżności między różnymi wersjami językowymi, a następnie utrzymywanie, że ponieważ większość z nich zawiera stwierdzenie X, to powinna być to właściwa wykładnia. W systemie jednakowej autentyczności wszystkich języków nie można „przegłosować” żadnego języka w kontekście wykładni<sup>89</sup>.

141. Ostatecznie jednak drobiazgowo badanie (nie)imperatywnego używania struktur językowych w niektórych językach Unii będzie zawsze niejednoznaczne, w szczególności przy badaniu skutków prawnych instrumentów „prawa miękkiego”. Dla tego konkretnego rodzaju oceny kontekst, system i logika są o wiele istotniejsze. Nieuchronnie można by zauważyć ogromne różnice w interpretacji stwierdzenia: „Zapraszam do przesłania mi komentarzy w tej sprawie na piśmie do najbliższego piątku do południa”, w zależności od tego, czy jest to wypowiedź szefa, współpracownika czy partnera. Zależy to oczywiście od konkretnej relacji, ale jest całkiem prawdopodobne, że w pierwszym przypadku „zaproszenie” jest w rzeczywistości poleceniem, w drugim jedynie sugestią, a w trzecim – żartem.

142. Podsumowując, każdy z poszczególnych elementów treści i kontekstu rozpatrywany w oderwaniu może doprowadzić do wniosku, że chodzi o zalecenie, które nie ma na celu wywołania żadnych skutków prawnych. Jednak *łącznie* oddziaływanie tych poszczególnych elementów w kontekście *tego* konkretnego zalecenia, biorąc ponadto pod uwagę fakt, że zostało ono przyjęte przez instytucję, której powierzono nadzór nad przestrzeganiem przepisów w tym samym obszarze (mianowicie regulację rynku wewnętrznego), prowadzi mnie do wniosku, że wyraźnie dąży ono do wywołania skutków prawnych i skłonienia do zachowania zgodności wykraczającej poza zwykłe sugestie w zakresie polityki.

143. Ze wszystkich powyższych względów uważam, że trzeci zarzut odwołania wnoszącego odwołanie jest zasadny. Sąd naruszył prawo, dokonując błędnej oceny skutków prawnych zaskarżonego zalecenia, i w konsekwencji błędnie uznał skargę o stwierdzenie nieważności za niedopuszczalną.

## **B. Forma determinuje treść**

144. W przeciwieństwie do „nietypowych” aktów wydanych przez instytucje lub organy Unii, dla których pierwotnie opracowano kryteria z wyroku AETR, zalecenia są „typowymi” aktami prawnymi wymienionymi w art. 288 TFUE, których kontrola sądowa jest wyraźnie wykluczona na mocy art. 263 akapit pierwszy TFUE. Czy fakt ten powinien odgrywać jakąkolwiek rolę w kontroli zaleceń i ich dopuszczalności?

145. Argument zawarty w części A niniejszej opinii opierał się na założeniu, że kryteria z wyroku AETR, choć być może nieco zmienione, mają zastosowanie do zaleceń, podobnie jak w przypadku każdej innej formy „prawa miękkiego”. W pierwszej części niniejszej sekcji przedstawiono w skrócie alternatywne podejście, które kładłoby większy nacisk na fakt, że zalecenia są „typowymi” aktami prawnymi, w przypadku których interpretacja treści powinna być determinowana przez formę (1). Z kilku powodów zalecałbym jednak Trybunałowi, aby nadal stosował (zmodyfikowane) podejście polegające na przewadze treści nad formą, opisane w części A niniejszej opinii (2). Gdyby jednak Trybunał był zdania, że w konkretnym przypadku zaleceń forma powinna rzeczywiście decydować o interpretacji treści, wówczas pokrótce przedstawię kilka ważnych i koniecznych wyjaśnień (3).

<sup>89</sup> Włączając w to także skrajne sytuacje, w których wydaje się dość wyraźnie, że wystąpił błąd w tłumaczeniu tylko w jednej wersji językowej aktu prawa Unii – zob. na przykład wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r., Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

### 1. (Pełne) wykluczenie: zalecenie oznacza zalecenie

146. Rozumowanie Sądu opierało się na założeniu, że kryteria, które Trybunał opracował w wyroku AETR dla „nietypowych” aktów prawnych instytucji i organów Unii, mają zastosowanie również do „typowego” aktu prawnego, takiego jak zalecenie. Ten punkt wyjścia może być przedmiotem debaty na dwóch poziomach: normatywnym i praktycznym. Z *normatywnego* punktu widzenia art. 288 TFUE wyraźnie stanowi, że zalecenie nie jest wiążące. Następnie art. 263 akapit pierwszy zdanie pierwsze TFUE wyraźnie wyłącza zalecenia Komisji z zakresu stosowania tego postanowienia, a tym samym wyłącza je z możliwości wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności. Te dwa postanowienia wyraźnie stanowią, że zalecenie nie może być wiążące i nie może zostać poddane kontroli.

147. Należy także uwzględnić stwierdzenie Trybunału zawarte w wyroku Grimaldi, w którym (ponownie) wprowadzono do gry ocenę merytoryczną: zalecenie nie podlega kontroli, dopóki jest „prawdziwym zaleceniem”<sup>90</sup>. Tak więc w konsekwencji możliwe jest wskazanie „fałszywego zalecenia”, które może wpisywać się w zakres aktów poddawanych kontroli i faktycznie jej podlegać. Pomimo dość jasnego brzmienia traktatów orzecznictwo Trybunału w pewnym stopniu potwierdza zatem, że zalecenia, mimo iż są „typowymi” aktami prawnymi (brak ich wiążącej mocy wyraźnie wskazano w traktacie), podlegają kryteriom z wyroku AETR<sup>91</sup>.

148. Na poziomie *praktycznym* jednak, przy ocenie, czy dany dokument jest „prawdziwym” czy „fałszywym” zaleceniem, fakt, że dany dokument nazwano zaleceniem, nieuchronnie „wypacza” ocenę jego kontekstu i celu. Po raz kolejny jednak należy podkreślić, że kryteria, które opracowano z myślą o aktach „nietypowych”, należy stosować w sposób, który w dużej mierze jest „obojętny na formę”, z pominięciem tytułu/okładki dokumentu. W przeciwnym razie prowadzi to nieuchronnie do powstania pewnego rodzaju błędnego koła w rozumowaniu, w którym forma ostatecznie decyduje o interpretacji treści<sup>92</sup>.

149. Powyższe rozważania prowadzą mnie do propozycji ewentualnego podejścia alternatywnego. Wiązałoby się to z tym, że zamiast pozwalać, by forma „typowego” aktu prawnego niepostrzeżenie wypaczała interpretację aktu prawnego o „nietypowym” charakterze, rozróżnienie to prowadziłoby do pełnych logicznych wniosków: „typowa” forma implikuje „typowe” konsekwencje, *niezależnie od* treści. Zalecenie nigdy nie będzie miało mocy wiążącej i nie powinno wywoływać żadnych skutków prawnych. Kropka. Nie byłoby potrzeby przeprowadzania dalszej oceny, czy jest to zalecenie „prawdziwe” czy „fałszywe”. Zalecenie to zalecenie.

150. W tym względzie można przyjąć analogię z opiniami w świetle traktatu EWWiS: aktami, które również były wyraźnie niewiążące i niepodlegające kontroli. Trybunał potwierdził już w 1957 r., że akty te nie mogą zostać poddane kontroli. W szczególności wyraźnie stwierdzono, że opinie zawierają jedynie wskazówki. Były one postrzegane jako „jedynie porady udzielane przedsiębiorstwom. Te ostatnie zachowują zatem swobodę, jeśli chodzi o uwzględnianie lub ignorowanie ich, ale muszą zrozumieć, że ignorując negatywną opinię, akceptują ryzyko, na jakie są narażone w wyniku sytuacji, do której powstania same się przyczyniły [...]”. Innymi słowy, swoboda podejmowania decyzji i odpowiedzialność przedsiębiorstw pozostają niezmiennione, podobnie jak w przypadku Wysokiej Władzy<sup>93</sup>. To samo stwierdzenie można by zresztą parafrazować in extenso w przypadku zaleceń.

90 Wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 16).

91 Co w konsekwencji doprowadziło Sąd do stwierdzenia, że „[s]ama okoliczność, iż sporne zalecenie formalnie określono jako zalecenie i że wydano je na podstawie art. 292 TFUE, nie może automatycznie wykluczać możliwości zakwalifikowania go jako aktu podlegającego zaskarżeniu” (pkt 20 zaskarżonego postanowienia).

92 Co szczegółowo opisano w pkt 77–79 powyżej.

93 Wyrok z dnia 10 grudnia 1957 r., Société des usines à tubes de la Sarre/Wysoka Władza (1/57 i 14/57, EU:C:1957:13, Rec. s. 115) [tłumaczenie nieoficjalne].

## 2. Treść czy forma?

151. Istnieją dwa argumenty przemawiające za *formalnym* podejściem do „typowych” aktów prawnych: (i) argument pewności prawa i przewidywalności oraz (ii) argument dotyczący potrzeby pewnej elastyczności legislacyjnej.

152. Po pierwsze, formalne podejście pozostaje wierne brzmieniu art. 263 TFUE, który od 1957 r. zawsze konsekwentnie i wyraźnie wykluczał zalecenia i opinie z zakresu skarg o stwierdzenie nieważności.

153. Wiązą się z tym zależność i oczekiwania. Choć formalizm niemal zawsze przedstawiany jest jako zło, ma on również pozytywne wymiary. Sprzyja pewności prawa i przewidywalności. Należy nazywać rzeczy po imieniu, bez nieustannej potrzeby dokonywania ich ponownej oceny merytorycznej i kontekstowej.

154. Jest to tym bardziej istotne w odniesieniu do „typowych”, sformalizowanych źródeł. Jak daleko idące może być podejście polegające na „przewadze treści nad formą”? Czy zatem należy również dokonać oceny innych typowych źródeł prawa Unii, takich jak rozporządzenie i dyrektywa, pod względem ich prawdziwej, rzeczywistej treści? Czy one również mogłyby zostać potencjalnie „przeklasyfikowane”, ponieważ ich tytuł nie współgra z ich treścią? Czy w skrajnych przypadkach taka zmiana klasyfikacji może prowadzić nawet do wykluczenia kontroli sądowej? Czy Trybunał może stwierdzić niedopuszczalność skargi o stwierdzenie nieważności np. rozporządzenia, ponieważ zostało ono tak źle sformułowane, że w rzeczywistości nie może wywoływać (wiązących) skutków prawnych?

155. Po drugie, zalecenia mogą być ważnymi punktami odniesienia, inspiracji i dobrej praktyki. Mogą one pozwolić na przetestowanie różnych rozwiązań i pomysłów w celu określenia, które z nich powinny być dalej podejmowane, a które odrzucane. W ten sposób można by je postrzegać jako swego rodzaju laboratorium legislacyjne. Być może należy przyznać, że jeśli jakiegokolwiek zalecenie mogłoby zostać zaatakowane i zakwestionowane, taka elastyczność laboratorium legislacyjnego zostałaby utracona. W szczególności można by skutecznie uniemożliwić Komisji realizowanie bardziej nieformalnych form działań w celu realizacji jej programu w interesie Unii.

156. Odpowiedź na oba te argumenty z punktu widzenia podejścia „przewagi treści nad formą” nie jest skomplikowana: po pierwsze, podejście to jest potrzebne właśnie wtedy, gdy nie przestrzega się formalnych granic „typowego” aktu. W związku z tym, nie kwestionując wszystkich typowych aktów, podejście to z natury rzeczy jest zarezerwowane dla skrajnych scenariuszy. Po drugie, zalety elastycznego laboratorium legislacyjnego powinny być wyraźnie ograniczone zasadą legalności władzy publicznej i zasadą kompetencji przydzielonych. Nawet dobrze funkcjonujące laboratoria legislacyjne mogą szybko przekształcić się w „prawodawstwo wprowadzane ukradkiem”.

157. Istnieją natomiast co najmniej trzy argumenty przemawiające za podejściem merytorycznym opisanym w części A: (i) stałe nadrzędne traktowanie treści względem formy, (ii) potrzeba zapewnienia skutecznej ochrony sądowej oraz (iii) ogólna spójność środków prawnych w prawie Unii.

158. Po pierwsze, nawet jeśli rzeczywiście istnieją pewne godne uwagi wyjątki, ogólne podejście i mentalność w prawie Unii odwołują się po prostu do merytoryki: w niezliczonych obszarach prawa Unii badane są treść, istota zjawiska, kategoria lub instytucja – nie jest to w rzeczywistości analiza formalna nazwy lub oznaczenia. Forma z pewnością ma znaczenie. Stanowi ona jednak w prawie Unii pierwsze zbliżenie do prawdziwego charakteru aktu prawnego. Nie ma ona decydującego znaczenia.

159. Po drugie, jak już szczegółowo wyjaśniono powyżej<sup>94</sup>, trudno jest kwestionować fakt, że zalecenia wywołują szereg istotnych skutków prawnych, nawet jeśli, ściśle rzecz ujmując, nie są one wiążące w konkretnym przypadku. Jeżeli tak rzeczywiście jest, musi za tym iść skuteczna ochrona prawna. Należy przypomnieć, że w przeszłości, zarówno pierwotnie w wyroku AETR, jak i następnie w kolejnych sprawach, Trybunał nie wahał się przyjąć do wiadomości ewolucji na gruncie społecznym i prawnym oraz wypełnić luki w zakresie ochrony prawnej, które w ten sposób powstały<sup>95</sup>. Sugerowano również, że pojawienie się nowych i „łagodniejszych” sposobów sprawowania rządów stanowi tego rodzaju ewolucję<sup>96</sup>.

160. Po trzecie, argument dotyczący spójności środków prawnych w prawie Unii ma znaczenie na dwóch poziomach: z jednej strony chodzi o spójność między art. 263 TFUE (skarga o stwierdzenie nieważności) i art. 267 TFUE (postępowanie prejudycjalne), a z drugiej strony – o sytuację (nie)uprzywilejowanych skarżących w tych postępowaniach.

161. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „[k]ontrola legalności aktów Unii, którą zapewnia Trybunał na podstawie norm traktatowych, odbywa się [...] w ramach dwóch uzupełniających się postępowań sądowych. Otóż w traktacie FUE, w art. 263 i 277 z jednej strony oraz w art. 267 z drugiej, ustanowiono zupełny system środków prawnych i procedur zapewniający kontrolę legalności aktów Unii, powierzając ją sądom Unii [...]. Nieodłączną cechą tego zupełnego systemu środków prawnych i procedur jest prawo podmiotów do kwestionowania – w ramach postępowania wszczętego przed sądem krajowym – legalności przepisów zawartych w aktach prawa Unii, które posłużyły za podstawę wydania wobec nich decyzji lub aktu krajowego [...]”<sup>97</sup>.

162. Chciałbym zwrócić uwagę na dwa zawarte w tym cytacie przymiotniki: „uzupełniający się” i „zupełny”. Być może nieco paradoksalnie, ten drugi może być problematyczny dla uprzywilejowanego skarżącego, czyli państwa członkowskiego, które jest „zaproszone” do zrobienia czegoś w drodze zalecenia i kwestionuje to „zaproszenie”, w sytuacji gdy brak jest jednak (jeszcze) jakiegokolwiek sprawy odnoszącej się do tego zalecenia na szczeblu krajowym.

163. Z jednej strony, jak już wspomniano<sup>98</sup>, wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczący ważności zalecenia wydaje się możliwy. W takim przypadku trudno jest zrozumieć, dlaczego uprzywilejowanemu skarżącemu trudniej byłoby zaskarżyć akt bezpośrednio do Trybunału na podstawie art. 263 TFUE niż nieuprzywilejowanemu skarżącemu pośrednio na podstawie art. 267 TFUE.

164. Z drugiej strony, nawet gdyby nadrzędne znaczenie przypisać ogólnej logice komplementarności, zniechęcając do bezpośredniego kwestionowania ważności i dążąc do poddania jej procedurze prejudycjalnej, nie czyniłoby to sytuacji państwa członkowskiego łatwiejszą. Praktycznie rzecz biorąc, jaki tok postępowania powinno przyjąć państwo członkowskie? Czy powinno najpierw wdrożyć zalecenie (którego w ogóle nie chciało wprowadzić w życie), a następnie zaskarżyć je do własnych sądów krajowych? Czy powinno ono wywołać pozorny spór?

94 Punkty 87–108 powyżej.

95 Aby zapoznać się z godnym uwagi przykładem, zob. na przykład wyrok z dnia 23 kwietnia 1986 r., *Les Verts/Parlament* (294/83, EU:C:1986:166, pkt 24).

96 Punkty 81–86 powyżej.

97 Wyrok z dnia 28 marca 2017 r., *Rosneft* (C-72/15, EU:C:2017:236, pkt 66, 67 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także opinia 1/09 (porozumienie ustanawiające jednolity system sądowego rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r. (EU:C:2011:123, pkt 70).

98 Punkty 106–108 powyżej.

165. Nie chcąc ponownie otwierać tych kwestii<sup>99</sup> wystarczy podkreślić, że państwa członkowskie nie są po prostu jednostkami, które być może później mogłyby zostać zobowiązane do zastosowania się do aktu prawa Unii po jego zastosowaniu na mocy indywidualnego orzeczenia, czy to w przedmiocie prawa krajowego, czy prawa Unii. To państwa członkowskie zaprasza się do wdrożenia tych zasad w pierwszej kolejności. Nielogiczne byłoby zatem po prostu nakłanianie państw członkowskich do podjęcia działań, a jednocześnie odbieranie im możliwości wniesienia skargi do Trybunału. Byłoby to sprzeczne z interesem dobrej administracji wymiaru sprawiedliwości, ponieważ opóźniłoby ewentualne skargi przeciwko zaleceniu, ale również z interesami autora samego zalecenia. Zamiast możliwości skierowania potencjalnego sporu na drogę sądową, rozwiązania go i pójsia dalej, państwo członkowskie byłoby po prostu zmuszone odmówić współpracy i poczekać, aż jeden z własnych sądów i ewentualnie sąd w innym państwie członkowskim wystąpi z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE w przedmiocie ważności zaskarżonego aktu. Jest to w moim mniemaniu bardzo mało praktyczne rozwiązanie.

### **3. (Potencjalnie) konieczne wyjaśnienia**

166. Podsumowując, widzę wiele innych przekonujących powodów, dla których zachęcałbym Trybunał do rozszerzenia zmodyfikowanych kryteriów z wyroku AETR o ewentualną kontrolę sądową zaleceń.

167. Gdyby jednak Trybunał zdecydował się stanąć na stanowisku, zgodnie z którym forma „typowego” aktu prawnego determinuje postrzeganie i interpretację jego istoty, bez konieczności odrębnej analizy, istotne wydaje się wyjaśnienie kilku kwestii. Te niezbędne wyjaśnienia skutecznie odnosiłyby się do elementów uprzednio określonych w ramach faktycznych skutków prawnych zaleceń<sup>100</sup>. Chciałbym w szczególności zwrócić uwagę na trzy kluczowe elementy: (i) zakres obowiązku lojalnej współpracy spoczywającego na państwach członkowskich w odniesieniu do zaleceń; (ii) brak antycypującego skutku zaleceń dla potencjalnego przyszłego procesu legislacyjnego na poziomie Unii oraz (iii) wyjaśnienie zakresu spoczywającego na sądach krajowych obowiązku z wyroku Grimaldi.

168. Po pierwsze, zalecenia ani nie są wiążące, ani też nie mogą wywoływać żadnych skutków prawnych. W związku z tym nie mogą one prowadzić do powstania żadnych praw ani obowiązków dla państw członkowskich lub osób fizycznych. Jeśli chodzi o państwa członkowskie, zasada lojalnej współpracy nie może zostać użyta do tego, by w jakikolwiek sposób naruszać zasadność tego twierdzenia. Państwa członkowskie mają pełne prawo do całkowitego lekceważenia treści zalecenia bez możliwości nakładania bezpośrednich lub pośrednich sankcji. Dotyczy to nie tylko konkretnych „obowiązków”, do realizacji których zachęca się państwa członkowskie, lecz również wszelkich „zaproszeń” do składania sprawozdań. Zalecenie nie może zawierać żadnych pozytywnych ani negatywnych zobowiązań. Zalecenia nie można również wykorzystać do zdefiniowania normy lub nieokreślonego pojęcia prawnego, które następnie, po nadaniu treści w drodze tego zalecenia, będzie egzekwowane wobec państwa członkowskiego lub osoby fizycznej.

169. Po drugie, zalecenie, z pewnością to o charakterze przedlegislacyjnym, jest po prostu jednostronnym, niewiążącym wyrażeniem opinii instytucji. Jeśli po jakimś czasie miałyby nastąpić jakiegokolwiek wiążące prawodawstwo, proces legislacyjny musiałby rozpocząć się od czystej karty. W szczególności zalecenie nie może stworzyć „skrótów” legislacyjnego lub „przejęcia” poprzez wykluczenie niektórych podmiotów z późniejszego procesu legislacyjnego lub skuteczne karanie niektórych podmiotów w późniejszym procesie, ponieważ nie przedstawiły one jeszcze swoich poglądów, spostrzeżeń, danych lub sprawozdań na temat zalecenia lub procesu jego „wdrażania”.

99 Wyrok z dnia 1 kwietnia 2004 r., Komisja/Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

100 Punkty 87–108 powyżej.

170. Wreszcie, istnieje wyrok Grimaldi<sup>101</sup>. Jeżeli zalecenia nie są wiążące, z definicji nie mogą nakładać na sądy krajowe jakiegokolwiek *obowiązku* uwzględnienia takich niewiążących wytycznych, a fortiori nie mówiąc o jakimkolwiek obowiązku wykładni zgodnej. Gdyby Trybunał miał przychylić się do tego bardziej formalnego podejścia do „typowego” aktu prawa Unii, konieczna byłaby ponowna analiza sprawy Grimaldi w tym względzie i wyraźne stwierdzenie, że nie ma obowiązku uwzględniania zalecenia. Sądy krajowe *mogą* to zrobić, jeżeli uznają to za użyteczne, ale z pewnością *nie są* do tego *zobowiązane*.

171. Oznaczałoby to wówczas, że sądy krajowe powinny traktować zalecenia jak każde inne *dopuszczalne* źródło inspiracji w procesie dokonywania wykładni prawnej, swego rodzaju naukowy komentarz lub argument komparatywny. Mogą oni włączyć je do przyjętego toku rozumowania, jeśli taka jest ich wola, ale mogą również całkowicie je pominąć, bez obowiązku przedstawienia uzasadnienia.

## VII. Wnioski

172. W świetle powyższego mój wniosek jest taki, że Sąd dokonał błędnej oceny skutków prawnych zaskarżonego zalecenia. Podniesiony przez wnoszącego odwołanie zarzut trzeci jest zatem uzasadniony, bez konieczności odrębnego badania zarzutów pierwszego i drugiego. W związku z tym, w zakresie, w jakim Sąd uznał skargę za niedopuszczalną, należy uchylić postanowienie Sądu.

173. Zgodnie z art. 61 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w przypadku uchylenia orzeczenia Sądu Trybunał może również wydać orzeczenie ostateczne w sprawie, jeżeli stan postępowania na to pozwala.

174. Na tym etapie postępowania w niniejszej sprawie Trybunał nie może jednak orzec co do istoty w przedmiocie skargi wniesionej do Sądu. Ponieważ Sąd uznał skargę za niedopuszczalną, w ramach tej jurysdykcji toczyła się jedynie bardzo ograniczona i raczej pośrednia dyskusja co do istoty sprawy. Ponadto z tych samych powodów żaden inny interwenient nie mógł przedstawić swoich uwag<sup>102</sup>. Gdyby Trybunał uznał skargę o stwierdzenie nieważności za dopuszczalną, prawdopodobnie wspomniani interwenienci, a potencjalnie także inni, byłiby zainteresowani przedstawieniem swoich uwag.

175. Uważam jednak, że Trybunał dysponuje całym potrzebnym materiałem, aby móc wydać orzeczenie oddalające wstępny zarzut niedopuszczalności podniesiony przez Komisję w pierwszej instancji. W interesie skuteczności i ekonomiki procesowej proponuję, aby Trybunał obrał tę drogę, uznając skargę za dopuszczalną i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd w celu wydania orzeczenia co do istoty.

176. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał:

- uchylił postanowienie Sądu Unii Europejskiej w sprawie T-721/14 i stwierdził dopuszczalność skargi o stwierdzenie nieważności w tej sprawie wniesionej przez wnoszącego odwołanie;
- przekazał sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd w celu wydania orzeczenia co do istoty;
- orzekł, że rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

<sup>101</sup> Punkty 97–101 powyżej.

<sup>102</sup> Przypis 24 powyżej.