



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MICHALA BOBKA,
predstavljeni 12. decembra 2017¹

Zadeva C-16/16 P

**Kraljevina Belgija
proti**

Evropski komisiji

„Pritožba – Varstvo potrošnikov – Spletne storitve iger na srečo – Varstvo potrošnikov in igralcev spletnih storitev iger na srečo ter onemogočanje dostopa do spletnih iger na srečo za mladoletnike – Priporočilo Komisije – Člen 263 PDEU – Izpodbojni akt – Sodni nadzor instrumentov mehkega prava – Nezavezujoči akti s pravnimi učinki – Akti, za katere je mogoče razumno šteti, da spodbujajo skladno ravnanje“

Kazalo

I.	Uvod	2
II.	Pravni okvir	3
	A. Primarno pravo	3
	B. Priporočilo Komisije	4
III.	Dejansko stanje in sodni postopek	5
IV.	Izpodbijani sklep	6
V.	Postopek pred Sodiščem	7
VI.	Presoja	9
	A. Vsebina prevlada nad obliko	10
	1. ERTA	10
	2. Test ERTA, kot ga je Splošno sodišče uporabilo v obravnavani zadevi	12

¹ Jezik izvirnika: angleščina.

3. Problematični elementi testa ERTA	11
a) Notranje težave	11
1) Pravni učinki, zavezujoča narava ali zavezujoči pravni učinki?	12
2) Kakšna je vloga avtorjevega namena?	13
b) Zunanje težave	13
1) Porast mehkega prava	13
2) Priporočila: niso zavezujoča, a imajo pravne učinke	15
i) Na ravni Unije	15
ii) Na ravni držav članic	16
4. Nazaj k izvoru: ERTA in pravni učinki	19
5. Uporaba testa v obravnavani zadevi	20
B. Oblika določa vsebino	23
1. (Popolna) izključitev: priporočilo pomeni priporočilo	24
2. Vsebina ali oblika?	24
3. (Morebiti) potrebna pojasnila	26
VII. Predlog	27

I. Uvod

1. Ena od velikih razprav, ki so izoblikovale (angloameriško) pravno filozofijo v zadnjih nekaj desetletjih, je razprava med Hartom in Dworkinom o naravi prava in zgradbi pravnega sistema. V poznih 60. in 70. letih 20. stoletja se je Dworkinova kritika Hartovega dela *Concept of Law*² izkristalizirala okoli več tem. Ena od Dworkinovih temeljnih trditev je bila, da je Hartovo razumevanje pravnega sistema preozko in preveč osredotočeno na pravna *pravila*, zanemarja pa drugi temeljni element vseh pravnih sistemov: *načela*.³

2. Najbrž je mogoče domnevati, da se Komisija, ko je sprejela „Priporočilo o načelih za varstvo potrošnikov in igralcev spletnih storitev iger na srečo ter onemogočanje dostopa do spletnih iger na srečo za mladoletnike“ (v nadaljevanju: Priporočilo),⁴ kljub naslovu ni nameravala opredeliti za eno od strani v tej teoretski razpravi. Vendar se je po tožbi za razglasitev ničnosti tega priporočila, ki jo je pri Splošnem sodišču vložila Kraljevina Belgija, sprožila formalno podobna, vsebinsko pa nekoliko

2 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. izdaja (z dodatkom), Clarendon Press, Oxford, 1997 (prva izdaja je bila objavljena leta 1961).

3 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (New Impression with a Reply to Critics), London, Duckworth, 1987 (prva izdaja je bila objavljena leta 1977), str. 22 in naslednje.

4 Priporočilo Komisije 2014/478/EU z dne 14. julija 2014 (UL 2014, L 214, str. 38). Poudarek dodan.

drugačna vrsta razprave: kako se v pravu Unije pri sodnem nadzoru taka *načela* razlikujejo od (zavezujočih pravnih) *pravil*? Dalje, ali je mogoče v zvezi s priporočilom Komisije – instrumentom prava Unije, ki je na podlagi člena 263(1) PDEU izrecno izključen iz sodnega nadzora – kljub temu vložiti tožbo za razglasitev ničnosti na podlagi te določbe?

3. Splošno sodišče je tožbo Belgije razglasilo za nedopustno⁵ in razsodilo, da namen Priporočila ni bil ustvariti zavezujoče pravne učinke. Kraljevina Belgija je zoper ta sklep vložila pritožbo pri Sodišču.

4. V teh sklepnih predlogih Sodišču v bistvu predlagam dvojje: prvič, na *splošni* ravni bi bilo treba glede na spremembe zakonodajne ureditve (ne zgolj) glede prava Unije, za katero je značilen porast različnih instrumentov mehkega prava, kot odgovor na ta razvoj prilagoditi dostop do sodišč Unije. V tem smislu – in kolikor to dopušča teoretična besedna igra – bi moral pristop dejansko postati nekoliko bolj dworkinjanski in priznati dejstvo, da obstajajo norme, ki povzročajo znatne pravne učinke, ki presegajo binarno logiko zavezujočih/nezavezujočih pravnih pravil. Drugič, na *konkretni* ravni Priporočila, ki je sporno v tej zadevi, bi moral normativni instrument, za katerega je mogoče glede na njegovo logiko, kontekst, namen in delno tudi jezik razumno šteti, da določa pravila ravnanja, biti predmet sodnega nadzora kljub temu, da je nekako zamaskiran kot sklop zgolj „*načel*“ v priporočilu.

II. Pravni okvir

A. Primarno pravo

5. V skladu s členom 4(3) PEU „[d]ržave članice sprejemajo vse splošne ali posebne ukrepe, potrebne za zagotovitev izpolnjevanja obveznosti, ki izhajajo iz Pogodb ali aktov institucij Unije. Države članice podpirajo Unijo pri izpolnjevanju njenih nalog in se vzdržijo vseh ukrepov, ki bi lahko ogrozili uresničevanje ciljev Unije“.

6. Člen 263(1) PDEU določa: „Sodišče Evropske unije nadzira zakonitost zakonodajnih aktov, ter aktov Sveta, Komisije in Evropske centralne banke razen priporočil in mnenj, pa tudi zakonitost aktov Evropskega parlamenta in Evropskega sveta s pravnim učinkom za tretje osebe. Nadzira tudi zakonitost aktov organov, uradov ali agencij Unije s pravnim učinkom za tretje osebe.“

7. Člen 288 PDEU določa:

„Za izvajanje pristojnosti Unije institucije sprejemajo uredbe, direktive, sklepe, priporočila in mnenja.

Uredba se splošno uporablja. Zavezujoča je v celoti in se neposredno uporablja v vseh državah članicah.

Direktiva je za vsako državo članico, na katero je naslovljena, zavezujoča glede cilja, ki ga je treba doseči, vendar prepušča nacionalnim organom izbiro oblike in metod.

Sklep je v celoti zavezujoč. Če določa tiste, na katere je naslovljen, je zavezujoč samo zanje.

Priporočila in mnenja niso zavezujoča.“

8. Člen 292 PDEU določa: „Svet sprejema priporočila. Na predlog Komisije odloča v vseh primerih, za katere Pogodbi določata, da akte sprejema na predlog Komisije. Na področjih, kjer se za sprejetje akta Unije zahteva soglasje, odloča s soglasjem. Komisija, v posebnih s Pogodbama predvidenih primerih, pa tudi Evropska centralna banka, sprejemata priporočila.“

⁵ Sklep z dne 27. oktobra 2015, Belgija/Komisija (T-721/14, EU:T:2015:829).

9. Člen 296 PDEU določa:

„Če Pogodbi ne določata vrste akta, ki naj se sprejme, se institucije o tem odločijo v vsakem primeru posebej, ob upoštevanju ustreznega postopka in načela sorazmernosti.

Pravni akti se obrazložijo, v njih pa se navedejo predlogi, pobude, priporočila, zahteve ali mnenja, predvideni v Pogodbah.

Evropski parlament in Svet pri obravnavi osnutkov zakonodajnih aktov ne sprejmeta nobenega akta, za katerega na zadevnem področju ni predviden ustrezen zakonodajni postopek.“

B. Priporočilo Komisije

10. V skladu z uvodno izjavo 5 Priporočila Komisije, „[č]e ni usklajenosti na ravni Unije, države članice načeloma prosto določajo cilje svoje politike na področju iger na srečo in opredelijo želeno raven zaščite zaradi varovanja zdravja potrošnikov [...]“.

11. V uvodni izjavi 8 je navedeno, da se „[p]ravila in politike, ki so jih države članice uvedle za doseganje ciljev v javnem interesu, [...] znatno razlikujejo. Ukrepanje na ravni Unije spodbuja države članice k zagotavljanju visoke ravni varstva po vsej Uniji [...]“.

12. Cilj Priporočila Komisije je naveden v uvodni izjavi 9: „zaščititi zdravje potrošnikov in igralcev ter čim bolj zmanjšati morebitno gospodarsko škodo, ki je lahko posledica kompulzivnega ali prekomernega igranja na srečo. Zato priporoča načela za visoko raven varstva potrošnikov, igralcev in mladoletnikov glede spletnih storitev iger na srečo. Pri pripravi tega priporočila se je Komisija oprla na dobre prakse v državah članicah“.

13. V uvodni izjavi 15 je navedeno, da „[j]e primerno] pozvati države članice, da pripravijo predpise, ki bi potrošnikom zagotovili informacije o spletnih igrah na srečo. [...]“.

14. V uvodni izjavi 16 je navedeno, da „[k]jer je to primerno, načela iz tega priporočila ne bi smela biti naslovljena samo na ponudnike, temveč tudi na tretje osebe, vključno s tako imenovanimi ‚povezanimi družbami‘, ki lahko v imenu ponudnika promovirajo spletne storitve iger na srečo“.

15. V uvodni izjavi 27 je navedeno, da je „[z]a ustrezno zaščito ciljev v javnem interesu [...] potreben učinkovit nadzor. Države članice bi morale imenovati pristojne organe, določiti jasna navodila za ponudnike in zagotoviti lahko dostopne informacije za potrošnike, igralce in ranljive skupine, tudi mladoletnike“.

16. V uvodni izjavi 29 je dodano, da „[t]o priporočilo ne posega v Direktivo 2005/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter Direktivo Sveta 93/113/EGS“.

17. V oddelku I Priporočila je naveden njegov namen. V skladu s točko 1 „[se d]ržavam članicam [...] priporoča, da dosežejo visoko raven varstva potrošnikov, igralcev in mladoletnikov s sprejetjem načel o spletnih storitvah iger na srečo in odgovornih komercialnih sporočilih o teh storitvah, da se zaščititi zdravje in čim bolj zmanjša gospodarska škoda, ki lahko nastane zaradi kompulzivnega ali prekomernega igranja na srečo“. V točki 2 je določeno, da „[t]o priporočilo ne posega v pravico držav članic, da urejajo področje iger na srečo“.

18. V oddelku III Priporočila so določene razmeroma konkretne in natančne zahteve glede informacij za spletišča ponudnikov iger na srečo, zlasti glede vrste informacij, ki bi morale biti prikazane na njihovi ciljni strani, ter glede tega, koliko klikov je potrebnih za dostop do vsake informacije. V oddelku IV so dodane nadaljnje zahteve glede mladoletnikov.

19. Oddelek V se nanaša na registracijo igralca in račun. Med drugim je v točki 15 navedeno, da „[bi d]ržave članice [...] morale zagotoviti, da je osebi dovoljena udeležba v spletnih storitvah iger na srečo le, če se registrira kot igralec in ima pri ponudniku odprt račun“.

20. V oddelku VI so obravnavane dejavnosti igralca in podpora. V oddelku VIII so obravnavana komercialna sporočila, v oddelku IX pa sponzorstvo.

21. Oddelek XI je namenjen nadzoru. V točki 51 so države članice pozvane, „naj določijo pristojne regulativne organe za igre na srečo z uporabo načel, določenih v tem priporočilu, za zagotavljanje in neodvisno spremljanje dejanske skladnosti z nacionalnimi ukrepi, sprejetimi v podporo načel iz tega priporočila“.

22. Oddelek XII, zadnji oddelek Priporočila, obravnava poročanje. V njegovi točki 52 je navedeno, da „[so d]ržave članice [...] pozvane, da Komisijo do 19. januarja 2016 obvestijo o vseh ukrepih, sprejetih v skladu s tem priporočilom, da bi Komisija lahko ocenila izvajanje tega priporočila“.

23. V skladu s točko 53 „[so d]ržave članice [...] pozvane, naj v statistične namene zberejo zanesljive letne podatke o:

- (a) veljavnih zaščitnih ukrepov, zlasti o številu (odprtih in zaprtih) igralnih računov, številu samoizključenih igralcev, igralcih, ki imajo motnje, povezane z igrami na srečo, in pritožbah igralcev;
- (b) komercialnih sporočilih po kategoriji in vrsti kršitve načel;

Države članice so pozvane, da sporočijo te informacije Komisiji, prvič do 19. julija 2016“.

24. Nazadnje, v točki 54 je navedeno, da „[bi] Komisija [...] morala oceniti izvajanje priporočila do 19. januarja 2017“.

III. Dejansko stanje in sodni postopek

25. Leta 2011 je Komisija v zeleni knjigi „o spletnih igrah na srečo na notranjem trgu“⁶ navedla skupne cilje držav članic o ureditvi spletnih storitev iger na srečo. Prav tako je navedla ključna prednostna področja za ukrepe Unije.

26. Komisija je v sporočilu „Celovitemu evropskemu okviru za spletne igre na srečo naproti“, sprejetem 23. oktobra 2012,⁷ predlagala vrsto ukrepov kot odgovor na regulativne, družbene in tehnične izzive, povezane s spletnimi igrami na srečo. Med drugim je Komisija navedla, da se na splošno zdi, da v tej fazi ni primerno predlagati sektorske zakonodaje EU za spletne igre na srečo. Komisija je v tem sporočilu napovedala, da bo predstavila priporočila o zaščiti potrošnikov na področju spletnih storitev iger na srečo, vključno z zaščito mladoletnikov, in o odgovornih reklamnih sporočilih spletnih storitev iger na srečo.

27. Evropski parlament je v Resoluciji z dne 10. septembra 2013 o spletnih igrah na srečo na notranjem trgu⁸ pozval Komisijo, naj razišče možnost interoperabilnosti med nacionalnimi registri samoizključitev. To bi okrepilo ozaveščanje o nevarnostih odvisnosti od iger na srečo in razmislek o uvedbi obveznega preverjanja identitete, ki ga izvaja tretja stran. Parlament je tudi pozval k obveznosti, da bi morali ponudniki spletnih iger na srečo zagotoviti podatke o regulatornih organih

⁶ COM(2011) 128 final.

⁷ COM(2012) 596 final.

⁸ P7_TA(2013)0348.

in opozorila mladoletnikom ter uporabo samoomejitev na spletnih mestih z igrami na srečo. Poleg tega je Parlament zagovarjal vzpostavitev skupnih načel za odgovorna komercialna sporočila. Priporočil je, da bi morala komercialna sporočila vsebovati jasna opozorila glede posledic patološkega igranja iger na srečo in nevarnosti zasvojenosti z igrami na srečo. Komercialna sporočila ne bi smela biti čezmerna ali prikazana na vsebini, katere ciljna publika so izključno mladoletniki oziroma pri kateri obstaja višje tveganje, da cilja na mladoletnike.

28. Evropski ekonomsko-socialni odbor je prav tako pozval Komisijo, naj posreduje zaradi izboljšanja zaščite potrošnikov zvezi s spletnimi igrami na srečo in naj zaščiti mladoletnike.⁹

29. V takih okoliščinah je Evropska komisija 14. julija 2014 na podlagi člena 292 PDEU sprejela sporno priporočilo. V celoti je bilo objavljeno v seriji L Uradnega lista Evropske unije z dne 19. julija 2014.

30. Sprejetje Priporočila sta spremljala sporočilo za medije¹⁰ in memorandum.¹¹ V tem memorandumu je Priporočilo Komisije predstavljeno s temi besedami: „Priporočilo je nezavezujoč instrument Evropske komisije, s katerim pošilja jasno sporočilo državam članicam glede pričakovanih dejavnosti za izboljšanje položaja, pri čemer jim pušča zadostno prožnost na nacionalni ravni glede načina, kako to zagotoviti. Z določitvijo ciljev, ki jih je treba doseči, naj bi delovalo kot spodbujevalec razvoja usklajenih načel, ki jih je treba sprejeti v celotni Evropski uniji.“ V zvezi z izbiro vrste instrumenta je bilo v memorandumu dodano, da „ne obstaja sektorska zakonodaja Unije na področju sektorja spletnih storitev iger na srečo in se ni štelo za primerno predlagati tako posebno zakonodajo. Poleg tega je mogoče Priporočilo Komisije sprejeti takoj, medtem ko bi morala predloge zakonodaje sprejeti Svet ministrov Unije in Evropski parlament, kar pa zna biti zamudno“.

IV. Izpodbijani sklep

31. Kraljevina Belgija je 13. oktobra 2014 pri Splošnem sodišču predlagala razglasitev ničnosti zadevnega Priporočila Komisije.

32. Splošno sodišče je s sklepom z dne 27. oktobra 2015 tožbo kot nedopustno zavrglo.¹² Razsodilo je, da Priporočilo glede na svoje besedilo, vsebino in kontekst ne ustvarja zavezujočih pravnih učinkov niti nima takega namena. Zato ga ni bilo mogoče opredeliti kot akt, nad katerim je mogoč nadzor zakonitosti na podlagi člena 263 PDEU.¹³

33. Splošno sodišče je v obrazložitvi najprej navedlo, da se v besedilu Priporočila kljub manjšim razhajanjem med jezikovnimi različicami v bistvenem uporabljajo nezavezujoči izrazi.¹⁴

34. Splošno sodišče je dalje razsodilo, da je iz vsebine Priporočila razvidno, da mu Komisija ni želela dati zavezujočih pravnih učinkov.¹⁵ Med drugim so v točkah od 51 do 53 države članice *pozvane*, naj določijo regulativne organe za igre na srečo ter obvestijo Komisijo o vseh ukrepih, sprejetih v skladu s tem priporočilom. To državam članicam ne nalaga obveznosti za uporabo načel, navedenih v tem aktu. Dalje, Komisija je izrecno navedla, da Priporočilo ne posega v pristojnost držav članic za urejanje tega področja: države članice so z njim zgolj pozvane, naj ravnajo v skladu z načeli, ki so v njem določena.¹⁶

9 2012/2322(INI).

10 IP/14/828 z dne 14. julija 2014, dostopno na spletu na naslovu: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm.

11 MEMO/14/484 z dne 14. julija 2014, na spletu na naslovu: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm.

12 Sklep z dne 27. oktobra 2015, Belgija/Komisija (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 Točka 37 izpodbijanega sklepa.

14 Točka 21 in naslednje izpodbijanega sklepa.

15 Točka 29 izpodbijanega sklepa.

16 Točke od 32 do 35 izpodbijanega sklepa.

35. Splošno sodišče je menilo, da je analiza besedila in vsebine Priporočila potrjena z analizo njegovega konteksta. Iz razprav v Svetu, Evropskem parlamentu in Komisiji je razvidno, da ni bilo namena, da se takrat na tem področju predlaga zakonodaja Unije.¹⁷

36. Splošno sodišče je dodalo, da objava v seriji L Uradnega lista, in ne v njegovi seriji C, sama po sebi ne more ovreči ugotovitve, da namen navedenega priporočila ni ustvarjanje zavezujočih pravnih učinkov.¹⁸ Prav tako je navedlo, da tega ni mogoče sklepati zgolj iz dejstva, da priporočila, čeprav niso zavezujoča, lahko ustvarjajo pravne učinke, tako da jih je mogoče sodno izpodbijati. Drugačen sklep bi bil v nasprotju s členom 263 PDEU, na podlagi katerega ničnostne tožbe ni mogoče vložiti zoper priporočila, ki nimajo zavezujočega pravnega učinka.¹⁹

37. To, da je institucija Unije domnevno kršila načela institucionalnega ravnovesja, prenosa pooblastil ali lojalnega sodelovanja, ne more voditi do neuporabe pogojev dopustnosti ničnostne tožbe, ki so določeni s Pogodbo.²⁰ Zlasti iz dejstva, da lahko Sodišče v postopku zaradi neizpolnitve obveznosti preizkusi akt ali ravnanje, ki nima zavezujočih pravnih učinkov, ob upoštevanju dolžnosti lojalnega sodelovanja držav članic, ne izhaja, da mora enako veljati za ničnostno tožbo.²¹

38. Splošno sodišče je navedlo, da v nasprotju s trditvijo pritožnice v Priporočilu niso določena pravila ali načela za harmonizacijo trga storitev v sektorju spletnih iger na srečo. To je bilo jasno glede na točko 2, v kateri so izrecno potrjene regulativne pristojnosti držav članic na tem področju.²² Priporočilo ni bilo namenjeno omejevanju možnosti vsake države članice, da v skladu s svojimi preferencami presoja zahteve za varstvo moralnih, verskih in kulturnih vidikov.²³

V. Postopek pred Sodiščem

39. Kraljevina Belgija (pritožnica) s pritožbo predlaga Sodišču, naj razveljavi sklep Splošnega sodišča, razglasi ničnostno tožbo za dopustno, vsebinsko razišči o zadevi, ugotovi dopustnost predlogov za intervencijo Helenske republike in Portugalske republike²⁴ ter Komisiji naloži plačilo stroškov.

40. Komisija predlaga Sodišču, naj tožbo zavrne in pritožnici naloži plačilo stroškov.

41. Pritožnica v pritožbi navaja tri pritožbene razloge: (i) kršitev načel prenesenih pristojnosti, lojalnega sodelovanja in institucionalnega ravnovesja; (ii) kršitev načela lojalnega sodelovanja in neupoštevanje položaja držav članic kot privilegiranih tožnikov in (iii) nepravilno razlago pravnega učinka Priporočila za Belgijo.

42. Pritožnica s prvim pritožbenim razlogom trdi, da bi morala biti tožba razglašena za dopustno, ker bi Splošno sodišče moralo preučiti pristojnost avtorja Priporočila, ne pa zgolj, ali to ima zavezujoč pravni učinek. Natančneje, Splošno sodišče ni upoštevalo načel prenesenih pristojnosti, lojalnega sodelovanja in institucionalnega ravnovesja, saj ni preučilo, ali obstaja materialnopravna podlaga, ki upravičuje sprejetje Priporočila. Člen 292 PDEU ni avtonomna pravna podlaga: pooblašča Svet in Komisijo za sprejetje priporočil, vendar je treba za ugotovitev, kateri od obeh je pristojen, preučiti vsebinske pristojnosti, prenesene s Pogodbama na vsako od teh institucij.

¹⁷ Točka 36 izpodbijanega sklepa.

¹⁸ Točke od 38 do 40 izpodbijanega sklepa.

¹⁹ Točke od 42 do 48 izpodbijanega sklepa.

²⁰ Točke od 51 do 52 izpodbijanega sklepa.

²¹ Točke od 54 do 55 izpodbijanega sklepa.

²² Točka 64 izpodbijanega sklepa.

²³ Točka 68 izpodbijanega sklepa.

²⁴ Portugalska republika in Helenska republika sta predlagali intervencijo v podporo predlogom pritožnice pred Splošnim sodiščem. Vendar je Splošno sodišče, ker je tožbo zavrlo kot nedopustno, navedlo, da o teh predlogih za intervencijo ni treba odločiti (točka 86 izpodbijanega sklepa).

43. Pritožnica dalje trdi, da bi moralo biti tudi zoper nezavezujoče priporočilo še vedno mogoče vložiti pravno sredstvo zaradi ugotovitve, ali je skladno z zgoraj navedenimi načeli. Splošno sodišče, s tem da ni dovolilo sodnega nadzora, ni upoštevalo načela prenesenih pristojnosti. Prav tako je uporabilo člen 263 PDEU na način, ki ni skladen z ustaljeno sodno prakso: v vsakem ukrepu, ki ga sprejmejo institucije, bi morala biti jasno navedena njegova pravna podlaga.²⁵

44. Po trditvah pritožnice bi že dejstvo, da Komisija sprejme enega od pravnih instrumentov iz člena 288 PDEU, ne da bi imela tako pristojnost, samo po sebi imelo pravni učinek, ker bi kršilo ravnovesje pristojnosti med Unijo in državami članicami pa tudi med institucijami Unije. Zato bi moralo biti omogočeno, da je predmet nadzora Sodišča. Pred presojo, ali gre za „pravo“ priporočilo, bi morala biti ugotovljena skladnost s temi načeli. Pritožnica navaja, da mora biti dejanski zakonodajni akt Unije sprejet v skladu s pravom Unije in spoštovati prerogative drugih institucij Unije in držav članic.

45. Z drugim pritožbenim razlogom pritožnica graja dejstvo, da je Splošno sodišče – ki se je oprlo na razliko med postopkom za razglasitev ničnosti in postopkom zaradi kršitve obveznosti – za neupoštevno štelo sodno prakso, da je zoper akte, ki nimajo zavezujočih pravnih učinkov in pri sprejetju katerih je bila kršena zahteva po lojalnem sodelovanju, možno pravno sredstvo v postopku zaradi kršitve obveznosti.²⁶ To je popolnoma v nasprotju z vzajemnim značajem načela lojalnega sodelovanja.²⁷ To vodi Splošno sodišče do tega, da državi članici preprečuje dostop do Sodišča v ničnostnih tožbah, četudi so države članice privilegirane tožnice.

46. S tretjim pritožbenim razlogom pritožnica trdi, da Splošno sodišče pri preučitvi Priporočila ni pravilno uporabilo sodbe ERTA²⁸ in poznejše sodne prakse. Iz tega sklepa, da je mogoče zakonitost Priporočila preizkusiti na podlagi člena 263 PDEU, ker ima pravne učinke, vsaj za Belgijo in Portugalsko.

47. Pritožnica trdi, da bi moralo Splošno sodišče upoštevati dejstvo, da je Priporočilo v številnih jezikovnih različicah, kot je portugalska – pa tudi v dveh od treh uradnih jezikov v Belgiji, namreč v nizozemščini in nemščini – ubesedeno zapovedujoče, zlasti ker morajo priporočila upoštevati nacionalna sodišča. Splošno sodišče ne bi smelo Priporočila presojati na splošno, ampak konkretno, in ugotoviti, ali ima za Belgijo pravne učinke. Glede na zapovedujoče besedilo v nizozemščini in nemščini je mogoče sklepati, da za Belgijo obstajajo „močnejši“ pravni učinki v primerjavi z drugimi jezikovnimi različicami.

48. Komisija v odgovoru na tožbo zavrača trditve pritožnice glede pogojev dopustnosti postopka za razglasitev ničnosti priporočil. Navaja, da se trditve pritožnice nanašajo na vsebino zadeve (s tem ko se sklicuje na načela prenosa, lojalnega sodelovanja, institucionalnega ravnovesja in pravne podlage), medtem ko je postopek, ki poteka, omejen na dopustnost.

49. V zvezi z vzajemnim značajem načela lojalnega sodelovanja (drugi razlog) Komisija navaja, da je Kraljevina Belgija napačno trdila, da je Splošno sodišče ustvarilo postopkovno neenakost v korist Komisije v postopku zaradi neizpolnitve obveznosti in v škodo držav članic v postopku za razglasitev ničnosti. Ta ugotovitev Splošnega sodišča zgolj kaže, da nad zakonitostjo priporočil ni mogoč nadzor na podlagi člena 263 PDEU. Tako pri uporabi člena 263 PDEU ni neenakosti.

25 Pritožnica se, da bi poudarila pomen izbire pravne podlage, sklicuje na mnenje 2/00 (mnenje 2/00 (Kartagenski protokol o biološki varnosti), 6. december 2001, EU:C:2001:664, točka 5). Glej tudi sodbo z dne 1. oktobra 2009, Komisija/Svet (C-370/07, EU:C:2009:590, točka 47).

26 Sodbi z dne 12. februarja 2009, Komisija/Grčija (C-45/07, EU:C:2009:81), in z dne 20. aprila 2010, Komisija/Švedska (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Sodba z dne 16. oktobra 2003, Irska/Komisija (C-339/00, EU:C:2003:545, točka 71).

28 Sodba z dne 31. marca 1971, Komisija/Svet (22/70, EU:C:1971:32).

50. Komisija meni, da ni upoštevno, da se v uradnih jezikovnih različicah v eni državi članicah pojavlja nekoliko različno besedilo. Tako je, ker bi morala presoja pravnih učinkov priporočila, če ti sploh obstajajo, temeljiti tudi na cilju in kontekstu instrumenta. Po navedbah Komisije bi bilo treba akte Unije presojati avtonomno, neodvisno od domačega prava.

51. Pritožnica se je v repliki osredotočila na pravno podlago Priporočila, ki po njenem mnenju ne obstaja. Vztrajala je, da Priporočilo Komisije ima pravne učinke zaradi svojega obstoja (čeprav omejene), kar pomeni, da mora biti mogoč sodni nadzor njegove zakonitosti. Država članica bi morala imeli možnost zahtevati nadzor veljavnosti katerega koli akta Unije, kadar ni jasno, ali je bil sprejet v okviru načela prenosa pristojnosti, zlasti kadar ni materialnopravne podlage. Zgolj sklicevanje na člen 292 PDEU ni dovolj. Ne izpolnjuje zahteve po materialnopravni podlagi.

52. Komisija je v dupliki trdila, da v postopku, določenem s Pogodbama, ni pravne praznine. Priporočila so izključena s področja uporabe člena 263 PDEU. Edino vprašanje je, ali je to priporočilo „pravo“ priporočilo. Vprašanje pravne podlage spada v vsebinsko presojo in bi se moralo zato presojati le, če je tožba dopustna. Vsekakor pa po mnenju Komisije pritožnica ni dokazala, zakaj bi bila potrebna druga pravna podlaga od tiste iz člena 292 PDEU.

53. Kraljevina Belgija in Komisija sta predložili pisna stališča ter poleg teh na obravnavi 26. junija 2017 podali tudi ustne navedbe.

VI. Presoja

54. Pritožnica je v pritožbi navedla tri razloge. Menim, da je primerno najprej obravnavati tretji pritožbeni razlog (s katerim pritožnica trdi, da je Splošno sodišče napačno presodilo, da sporno priporočilo nima pravnih učinkov), in to v bistvu iz dveh razlogov. Prvič, pomeni bistvo pritožbe pred Sodiščem. Tako ali drugače se tretji razlog nanaša tudi na elemente prvega in drugega razloga. V zadevi, kakršna je obravnavana, so elementi vsebinske presoje deloma že povezani s fazo presojanja o dopustnosti in se z njo prepletajo. Drugič, menim, da je tretji pritožbeni razlog pritožnice utemeljen. Splošno sodišče je napačno uporabilo pravo: nepravilno je razlagalo učinek spornega priporočila in zato nepravilno presodilo dopustnost predloga.²⁹

55. Priporočilo je „tipičen“ akt prava Unije, naštet v členu 288 PDEU. V nasprotju s potencialno širokim naborom „tipičnih“ aktov institucij in organov Unije – namreč tistih, ki niso naštet – so v členu 288 PDEU določene značilnosti priporočila: ni zavezujoče. Poleg tega so priporočila s členom 263, prvi pododstavek, PDEU jasno izključena iz ničnostnih tožb.

56. Glede na to zakonodajno ureditev primarnega prava prenos prakse ERTA,³⁰ ki je bila razvita za „netipične“ akte, morda ni popolnoma samodejen. Zato sta pri obravnavi morebitnih tožb za razglasitev ničnosti priporočil možna dva pristopa. Prvič, obstaja pristop, da „*vsebina prevlada nad obliko*“, ki pomeni, da tudi pri tipičnih aktih vsebina izpodbijanega akta določa dopustnost tožbe za razglasitev ničnosti. Če je akt v nasprotju s svojim naslovom nekaj drugega, kot je navedeno (da ni, na primer, „pravo“ priporočilo), bi moral biti dovoljen sodni nadzor ne glede na njegovo poimenovanje. Drugič, obstaja pristop „*oblika določa vsebino*“, ki pomeni, da je lopata lopata, pa čeprav je nekoliko nenavadne oblike. Toda ker in dokler na njej piše, da je „lopata“, se bo kot taka razumela in razlagala.

²⁹ Po mojem mnenju je razlaga pravnih učinkov (ali neobstoja pravnih učinkov) (potencialnega) vira prava Unije, kot je priporočilo, povsem pravno vprašanje, zaradi česar je na pritožbeni stopnji predmet celotnega nadzora. *Iura (item „ius mollis“) novit Curia.*

³⁰ Sodba z dne 31. marca 1971, Komisija/Svet (22/70, EU:C:1971:32).

57. Zgradba teh sklepnih predlogov je naslednja. V delu A je prikazan prvi pristop: najprej se bom vrnil k izvoru testa v zadevi ERTA (A.1.), nato pa se bom posvetil sodni praksi in temu, kako je Splošno sodišče razumelo test v obravnavani zadevi (A.2.). Nato bom pojasnil, zakaj je v primeru priporočil ta test na več ravneh problematičen (A.3.), potem pa bom obravnaval njegovo predlagano prilagoditev (A.4.). Nato bom prikazal, kako bi se tak prožnejši test uporabil za sporno priporočilo (A.5.).

58. Del B se začne s predstavitev drugega pristopa (B.1.), nato pa so v njen predstavljeni nadaljnji argumenti, zakaj po mojem mnenju Sodišče ne bi smelo sprejeti tega pristopa (B.2.). Če pa bi Sodišče vendarle želelo to storiti, ga pozivam, naj poda vsaj več pomembnih pojasnil o naravi in učinkih priporočil (B.3.).

A. Vsebina prevlada nad obliko

1. ERTA

59. Člen 173 Pogodbe EGS (pozneje člen 230 ES, zdaj člen 263 PDEU) je v prvi različici iz leta 1957 določal, da je lahko zakonitost „pravnih aktov Komisije in Sveta razen priporočil in mnenj“ predmet nadzora Sodišča. V njem ni bilo pozitivne opredelitve pravnih aktov, ki so lahko predmet nadzora. Zato je moralo Sodišče odločiti, kateri so akti, zoper katere je možno pravno sredstvo: ali le tisti akti Komisije ali Sveta, ki so bili izrecno prepoznani kot zavezujoči akti v tedanjem členu 189 EGS (zdaj člen 288 PDEU), namreč uredbe, direktive in sklepi, ali pa so vključeni tudi „netipični akti“ teh institucij, ki niso izrecno omenjeni v Pogodbah.

60. Sodišče je v sodbi ERTA,³¹ ki se je nanašala na zapisnik Sveta o pogajanjih in sklenitvi mednarodnega sporazuma, vzpostavilo test za ugotovitev, ali je dopustna tožba za razglasitev ničnosti akta institucij (v nadaljevanju: test ERTA). Sodišče je razsodilo, da na podlagi člena 173 EGS akt, „ki je lahko predmet presoje Sodišča“, obsega „vse odločbe, ki jih sprejmejo institucije in katerih cilj je povzročiti pravne učinke [...] Ničnostno tožbo je mogoče vložiti zoper *kakršen koli akt, ki ga sprejmejo institucije, ne glede na vrsto ali obliko, ki ima namen ustvariti pravne učinke*“.³²

61. Tako se je prvotno besedilo sodbe ERTA ukvarjalo z dvema elementoma: ali obstaja akt Unije, katerega *namen* je ustvariti *pravne učinke*.

62. V poznejši sodni praksi je Sodišče uporabilo ta test za številne netipične akte, kot so notranja navodila ali smernice Komisije,³³ kodeks ravnanja za izvajanje uredbe Sveta,³⁴ sporočila,³⁵ informativna gradiva³⁶ ali dopisi.³⁷

31 Sodba z dne 31. marca 1971, Komisija/Svet (22/70, EU:C:1971:32).

32 Točke od 39 do 42 te sodbe (moj poudarek). Besedilo, ki se nanaša na „akte, ki ustvarjajo pravni učinek“, je bilo nato v člen 173 EGS vključeno z Maastrichtsko pogodbo.

33 Glej sodbi z dne 9. oktobra 1990, Francija/Komisija (C-366/88, EU:C:1990:348), in z dne 6. aprila 2000, Španija/Komisija (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Sodba z dne 13. novembra 1991, Francija/Komisija (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Glej sodbi z dne 16. junija 1993, Francija/Komisija (C-325/91, EU:C:1993:245), in z dne 20. marca 1997, Francija/Komisija (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Glej sodbo z dne 1. decembra 2005, Italija/Komisija (C-301/03, EU:C:2005:727), skupaj s poučnimi sklepnimi predloga generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa (C-301/03, EU:C:2005:550, točka 70 in naslednje).

37 Sodba z dne 5. oktobra 1999, Nizozemska/Komisija (C-308/95, EU:C:1999:477).

63. Če si podrobneje ogledamo te odločitve, besedilo testa ni bilo vedno povsem enako. Vendar obstaja ena jasna skupna točka: glede vseh teh netipičnih aktov je Sodišče jasno razsodilo, da vsebina nekega akta Unije prevlada nad njegovo obliko, kadar se odloča o dopustnosti tožbe za razglasitev ničnosti.³⁸ Dejansko ime in oblika akta nista odločilna za odločitev, ali je mogoče preskusiti njegovo zakonitost.

2. Test ERTA, kot ga je Splošno sodišče uporabilo v obravnavani zadevi

64. V spornem sklepu je Splošno sodišče navedlo: „Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da so izpodbojni akti v smislu člena 263 PDEU vse določbe, ki jih sprejmejo institucije, ne glede na obliko, in ki imajo zavezujoče pravne učinke [...] Nasprotno pa so iz sodnega nadzora, določenega v členu 263 PDEU, izvzeti vsi akti, ki ne povzročajo *zavezujočih* pravnih učinkov, kot so pripravljalni akti, potrditveni akti in povsem izvršilni akti, *zgolj priporočila* in mnenja ter načeloma notranja navodila [...] Glede na sodno prakso sposobnost akta, da ustvarja pravne učinke in je zato lahko predmet tožbe za razglasitev ničnosti na podlagi člena 263 PDEU, pomeni, da je treba preučiti njegovo besedilo in okoliščine, v katerih je bil sprejet [...], njegovo vsebino [...] ter namen njegovega avtorja“.³⁹

65. Splošno sodišče je nato v nadaljevanju prvič – vsaj kolikor je meni znano – uporabilo test ERTA za priporočilo. Splošno sodišče je preučilo besedilo, kontekst, vsebino in namen avtorja. Razsodilo je, da Priporočilo nima zavezujočih pravnih učinkov za njegove naslovnike. Priznalo je, da so načela, določena v Priporočilu, zelo podrobna. Kljub temu je razsodilo, da nimajo „zavezujoče“ narave, kar je zlasti razvidno iz besedila v smislu „pozivanja“ (*invitation*) v večini jezikovnih različic Priporočila. Ker je več teže pripisalo besedilu kot drugim dejavnikom, je Splošno sodišče sklenilo, da predlog ni dopusten.

66. Skratka, zdi se, da so odločilni elementi iz analize spornega priporočila, ki jo je opravilo Splošno sodišče, neobstoj *zavezujočih pravnih* učinkov Priporočila, ki je bil ugotovljen iz *namena* Komisije, kot izhaja prvenstveno iz oblike akta in njegovega besedila.

3. Problematični elementi testa ERTA

67. Test ERTA poraja nekaj težav, če je zasnovan in uporabljen tako. Uvrstiti jih je mogoče dve skupini: prvič, tu so problemi, ki obstajajo *znotraj* testa, njegova logika, pogoji in to, kako so izoblikovani, ki se toliko bolj izrazijo, če se uporabijo za priporočilo. Drugič, obstajajo težave, ki bi jih bilo mogoče poimenovati *zunanje*. Povezane so z dejstvom, da test ERTA, ki je sčasoma dejansko postajal vse ožji, ni več usklajen z razvojem normativne ureditve Unije. V svetu, v katerem je različnih instrumentov mehkega prava vse več in so pomembnejši kot leta 1971, bi se morali pogoji glede procesnega upravičenja in sodnega varstva odzvati na tak razvoj.

a) Notranje težave

68. V tem pogledu izstopata dve elementa: narava akta Unije, ki mora biti nujno *zavezujoča*, če naj bi bilo mogoče nadzirati njegovo zakonitost (1), in avtorjev *namen* glede njegovih pravnih učinkov (2).

38 Glej že v zvezi z akti Visoke oblasti sodbo z dne 10. decembra 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Visoka oblast (1/57 in 14/57, EU:C:1957:13).

39 Točke od 16 do 18 izpodbijanega sklepa (moj poudarek).

1) *Pravni učinki, zavezujoča narava ali zavezujoči pravni učinki?*

69. Točka 42 sodbe ERTA⁴⁰ se ni sklicevala na ukrepe, katerih namen je ustvariti *zavezujoč* pravni učinek, ampak zgolj *pravne* učinke. Očitno velja isto za izraze v drugih obstoječih jezikovnih različicah iz tistega časa.⁴¹

70. Do premika v terminologiji od zgolj pravnih učinkov do „*zavezujočih* pravnih učinkov“ je prišlo v poznejši sodni praksi.⁴² Očitno se ta trend nadaljuje, saj zdaj Sodišče pogojuje možnost sodnega nadzora aktov Unije s tem, da imajo *zavezujoč* pravni učinek.⁴³

71. Res bi bilo sicer mogoče trditi, da je Sodišče, čeprav je uporabilo izraz „pravni učinki“, v sodbi ERTA dejansko mislilo na „*zavezujočo naravo*“, čeprav ta navedba glede na vrsto dokumenta, ki je bil predmet nadzora v tisti zadevi (zapisnik Sveta), ni povsem prepričljiva. Tak predlog bi se lahko zlasti opiral na besedilo člena 189 EGS, ki je že tedaj razlikovalo med *zavezujočimi* akti (uredbe, direktive in sklepi) ter *nezavezujočimi* akti (priporočila in mnenja).⁴⁴ Tako je verjetno, da je, čeprav Sodišče seveda ni razlagalo člena 173 EGS ob upoštevanju izrazov iz člena 189 EGS, zadnja določba vplivala na test.

72. Kakor koli že, prav tako drži, da je očitno Sodišče šele nedavno postalo v splošnem strožje s tem, da je zožilo področje uporabe člena 263 PDEU na akte z *zavezujočim* pravnim učinkom, s čimer je dopolnilo besedilo te določbe, ki je sama omejena zgolj na *pravne* učinke (za tretje osebe). Ker pa v sodni praksi ni jasne razprave o tem razlikovanju in ker zlasti ne obstajajo dokazi o premišljeni izbiri med eno ali drugo stranjo, se je mogoče vprašati, ali je Sodišče dejansko želelo postati strožje in ožje. Vendar je jasno, da ne besedilo ne logika sodbe ERTA nista nujno obsegala poleg *pravnih* učinkov tudi *zavezujoče* učinke.

73. Tu ne gre zgolj za poigravanje z besedami. Gre za znaten praktični učinek, kot je razvidno iz obravnavane zadeve. Kaj natančno so *pravni* učinki, je lahko stvar razprave. Vendar je pojem nedvomno precej širok in omogoča vse vrste vpliva na pravo/v pravu, na njegovo razlago in uporabo. Nasprotno pa *zavezujoč* učinek, in še toliko bolj *zavezujoč pravni* učinek, pomeni veliko ožjo kategorijo.

74. Tradicionalno se *zavezujoča* moč prava povezuje s prisilo. V primeru neizpolnitve obveznosti lahko pride do izvrševanja in sankcije. V takem (povsem pozitivističnem⁴⁵) pogledu je obstoj sankcije opredeljujoč element *zavezujoče* moči.

75. Če pustim ob strani teoretične razprave, je precej jasno, da se – če bi se uporabilo merilo *zavezujoče pravne* moči – za številne akte, ki bodo verjetno imeli znatne pravne učinke na ravnanje naslovnikov, ki pa v tradicionalnem smislu niso *zavezujoči*, ker ne vsebujejo neposrednih ali neodvisnih mehanizmov prisile, ne bo uporabil nadzor iz testa ERTA in s tem iz člena 263(1) PDEU. Kot bo razvidno, gre za to predvsem v primeru zadevnega priporočila.

40 Opomba 31 zgoraj.

41 V francoščini „qui visent à produire des effets de droit“; v nemščini „Rechtswirkungen zu erzeugen“; v italijanščini, „che miri a produrre effetti giuridici“; v nizozemščini „die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen“.

42 Glej na primer sklep z dne 17. maja 1989, Italija/Komisija (151/88, EU:C:1989:201, točka 21). Glej tudi sodbo z dne 5. oktobra 1999, Nizozemska/Komisija (C-308/95, EU:C:1999:477, točka 30). Vendar glej v zvezi s sklicevanjem na zgolj „pravne učinke“ na primer sodbo z dne 1. decembra 2005, Italija/Komisija (C-301/03, EU:C:2005:727, točke od 22 do 24).

43 Glej sodbi z dne 13. oktobra 2011, Deutsche Post in Nemčija/Komisija (C-463/10 P in C-475/10 P, EU:C:2011:656, točka 36), in z dne 13. februarja 2014, Madžarska/Komisija (C-31/13 P, EU:C:2014:70, točka 54).

44 Glej sodbo z dne 31. marca 1971, Komisija/Svet (22/70, EU:C:1971:32, točka 39), ob upoštevanju sklepnih predlogov generalnega pravobranilca A. Dutheilleta de Lamotha v zadevi Komisija/Svet (22/70, neobjavljeni, EU:C:1971:23, str. 287), v katerih je navedeno, da „tvorita člena 173 in 189 skladno celoto“. Glej tudi sodbo z dne 23. aprila 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, točka 24).

45 In tako precej bolj kelsenovskem, kot je že omenjena hartovska tradicija, saj je zadnja precej bolj „sociološka“. Hart je priznal, da je lahko pravno pravilo *zavezujoče* ne le zato, ker je bilo sprejeto v skladu z nekim sekundarnim pravilom, v katerem je določeno, da je pravilo *zavezujoče*, ampak tudi zato, ker skupina ljudi sprejema to normo kot standard svojega vedenja, s čimer ustvarja notranji družbeni pritisk znotraj skupine, da bo ravnala skladno z njim – glej Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. izdaja (z dodatkom), Clarendon Press, Oxford, 1997, poglavji V in VI.

2) Kakšna je vloga avtorjevega namena?

76. Drugič, test ERTA, kot ga je uporabilo Splošno sodišče, ni notranje jasen: kakšno vlogo ima pravzaprav namen avtorja pri ugotavljanju, ali se bo štelo, da akt proizvaja (zavezujoče) pravne učinke?

77. Test ERTA in sedanje besedilo člena 263 PDEU temeljita na namenu avtorja. Uporaba preteklika (katerega namen je bil) bi dalje pomenila, da je upoštevno ugotoviti *pretekli (zgodovinski) subjektivni* namen avtorja ob sprejetju zadevnega akta. Tako razumevanje bi bilo tudi v skladu s splošnimi pravili, ki se uporabljajo za ničnostne tožbe. V primeru takih tožb je treba izpodbijane akte Unije presojati glede na dejanske in pravne elemente, ki so obstajali na dan, ko je bil ukrep sprejet.⁴⁶

78. Vendar če naj bi bil namen avtorja akta vedno subjektiven in zgodovinski, v praksi nikoli ne bo mogoč sodni nadzor nobenega priporočila. Presoja narave in učinkov priporočila se hitro znajde v začaranem krogu. Ker Komisija ni imela namena sprejeti zavezujoče zakonodaje, je izbrala priporočilo. Ker je Komisija izbrala priporočilo, je bil očitno njen subjektivni namen, da ta instrument ni zavezujoč. Zaradi takega namena, o katerem dejansko priča izbira instrumenta, priporočilo ne more nikoli biti zavezujoče, ne glede na svojo vsebino in besedilo, saj Komisija ni imela namena sprejeti zavezujoče zakonodaje.

79. Tako bo izbira instrumenta vedno vnaprej določila vsebino in namen ukrepa, kar bo nato verjetno pretehtalo nad njegovo vsebino in besedilom.

b) Zunanje težave

80. Poleg teh logičnih problemov, značilnih za artikulacijo testa ERTA, ki jo sprejema Splošno sodišče, kadar ga uporablja za priporočila, pa obstajajo glede istega testa širše, zunanje težave. Dve bosta predstavljeni v tem delu: prvič, porast različnih oblik mehkega prava, ki v strogem pomenu besede niso zavezujoče, hkrati pa imajo pravne učinke (1). Drugič, priporočila lahko v praksi sprožijo številne pravne učinke, pogosto prav pomembne, tako na ravni Unije kot na nacionalni ravni (2).

1) Porast mehkega prava

81. V pravu Unije (in ne samo v njem) obstaja širok nabor instrumentov z različnimi poimenovanji in v različnih oblikah (smernice, sporočila, kodeksi ravnanja, obvestila, priporočila, mnenja, medinstitucionalni dogovori, sklepi, izjave, resolucije in tako dalje), ki se generično imenujejo „mehko pravo“. Sprejeti jih je mogoče na vseh področjih, na kateri koli možni stopnji postopka odločanja, najsi gre za zgodnje predhodno posvetovanje deležnikov ali pa za naknadno izvajanje zakonodajnih aktov. Tako so lahko ti instrumenti sprejeti pred zakonodajnimi akti ali za njimi.

82. Obstajata verjetno dva elementa, glede katerih obstaja splošno strinjanje v sicer zelo različnih pristopih k takim instrumentom mehkega prava: prvič, mehkega prava ni mogoče uvrstiti v binarno črno-belo razlikovanje med zavezujočimi in nezavezujočimi pravnimi učinki. Drugič, v zadnjem desetletju ali dveh je v porastu in postaja bistveno pogostejše kot pred tem.⁴⁷

⁴⁶ Glej na primer sodbi z dne 7. februarja 1979, Francija/Komisija (15/76 in 16/76, EU:C:1979:29, točka 7), in z dne 29. aprila 2004, Nemčija/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238, točka 39).

⁴⁷ Če je soditi po količini znanstvene literature in pozornosti, ki je temu namenjena.

83. Posledično sta bili vprašanji razširjenosti mehkega prava in (neobstoja) njegovega sodnega nadzora predmet razprav ne le v znanstveni literaturi,⁴⁸ ampak tudi v institucijah Unije.⁴⁹

84. Poleg tega so najvišja sodišča v številnih državah članicah v preteklih letih skušala obravnavati isti pojav na nacionalni ravni. Razširila so sodni nadzor, tako da obsega akte, ki strogo gledano niso zavezujoči, s čimer se merila dopustnosti ničnostnih tožb dejansko sprostila, da bi se zagotovila pravica do učinkovitega sodnega varstva.⁵⁰ Za to gre na primer, ko lahko naslovniki doživljajo izpodbijani akt kot zavezujoč na podlagi vrste elementov, predvsem ker vsebuje spodbude⁵¹ ali kadar ima njegov avtor pristojnost za sprejetje sankcij⁵² ali kadar lahko pomembno učinkuje na naslovnika.⁵³ Enako ali še bolj to velja za sodišča v sistemu običajnega prava, ki so bila tradicionalno bolj permissivna od kontinentalnih sodišč pri dopuščanju sodnega nadzora nezavezujočih aktov. Na Irskem na primer sodišča zagotavljajo varstvo temeljnih pravic, čeprav izpodbijani ukrep ni zavezujoč in nima konkretnega vpliva na pravice in obveznosti naslovnikov.⁵⁴

85. Nazadnje, v tem pogledu je primerno izpostaviti pristop in prakso francoskega Conseil d'Etat. Prvič, Conseil d'Etat je tako rekoč pripravilo teren v celovitem poročilu, v katerem je bila med drugim navedena opredelitev mehkega prava.⁵⁵ Drugič, lansko leto je nadgradilo to študijo, tako da je zasnovalo nov sodni test, ki se osredotoča na gospodarske učinke in obstoj znatnega vpliva na ravnanje naslovnikov instrumenta.⁵⁶

86. Očitno je, da imajo različni instrumenti mehkega prava na nacionalni ravni in ravni Unije kljub svoji raznolikosti isto bistveno značilnost: v tradicionalnem smislu niso *zavezujoči*. So vrsta *nepopolne* norme: po eni strani imajo jasno normativno ambicijo, da bi pri svojih naslovnikih dosegli spoštovanje. Po drugi strani jim niso dodani instrumenti neposredne prisile. Običajno so sprejeti v postopku posvetovanja z različnimi deležniki (pristop od spodaj navzgor), lahko vsebujejo „blage zaveze“ ali pa „robustna opozorila“, ki so oblikovana v smislu „povabila“.

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

49 Glej zlasti študijo Evropskega parlamenta, „Checks and Balances of soft EU rule-making“, Splošni direktorat za notranje politike, Tematski oddelek C, državljanske pravice in ustavne zadeve, 2012 (PE 462.433), zlasti str. od 54 do 58.

50 Na primer nemško Bundesverwaltungsgericht, sodba z dne 15. novembra 2010 – 19 BV 10.871 (v zvezi z upravnimi okrožnicami o določitvi stopenj izpustov v okoljskih zadevah).

51 Glej švedsko vrhovno upravno sodišče, 24. maj 1996, zadeva 2904-1994 (I) (RA 1996 št. 43).

52 V zvezi z upravnimi okrožnicami glej na primer belgijski Conseil d'Etat, sodbo 237/674 z dne 16. marca 2017; v zvezi s stališči (*prises de position*) ali poročili, ki jih sprejemajo neodvisni upravni organi, pristojni za sprejetje sankcij, glej tudi francoski Conseil d'Etat, sodbi z dne 17. novembra 2010, Syndicat français des ostéopathes, št. 332771, in z dne 11. oktobra 2012, Société Casino Guichard-Perrachon, št. 357193.

53 Na Švedskem lahko na primer javni in zasebni organi izpodbijajo zakonitost upravnega akta, če ga dojemajo kot zavezujočega in so ravnali v skladu z njim (vrhovno upravno sodišče, 10. februar 2004, zadeva 2696-03 (RA 2004 št. 8), o „informaciji“, ki bo lahko dejansko vplivala na osebni in ekonomski položaj naslovnika).

54 O tožbi zoper upravno poročilo v okviru postopkov načrtovanja glej na primer High Court, De Burca proti Wicklow County Manager (2009) IEHC 54; prav tako o smernicah irskega organa za varstvo konkurence, glej High Court, Law Society of Ireland proti Competition Authority (2006) 2 IR 262.

55 V letnem poročilu za leto 2013 je opredelilo mehko pravo kot zbir instrumentov, ki izpolnjujejo tri merila: 1) njihov predmet mora biti spreminjanje ali usmerjanje ravnanja njihovih naslovnikov, kar vodi do njihovega spoštovanja; 2) sami po sebi ne ustvarjajo obveznosti za svoje naslovnike; 3) po svoji naravi in načinu strukturiranosti pomenijo določeno stopnjo formalizacije in strukture, zaradi česar so bolj podobni pravnim pravilom (Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 – Le droit souple*, La Documentation française, 2013, str. od 61 do 63).

56 Conseil d'Etat, sodbi z dne 21. marca 2016, Numericable, št. 390023, in z dne 21. marca 2016, Société Fairvesta International GmbH, št. 368082, o *prise de position* francoskega organa za varstvo konkurence oziroma sporočilu za javnost francoskega organa za nadzor finančnih trgov.

2) Priporočila: niso zavezujoča, a imajo pravne učinke

87. Priporočila v splošnem ustrezajo takemu opisu. V Pogodbah so priporočila opredeljena le negativno: niso zavezujoča (člen 288 PDEU). Razen tega se uporaba in praksa priporočil razlikujeta.⁵⁷ Običajno pomenijo povabilo k sprejetju določenega ravnanja, sledenju politiki ali pa pravila, ki jih njihov(i) avtor(ji) šteje(jo) za primerna za doseganje zasledovanega cilja.

88. Vendar lahko imajo priporočila, čeprav so jasno označena kot nezavezujoča, znatne pravne učinke v tem smislu, da spodbujajo določeno ravnanje in spremenijo normativno resničnost. Lahko vplivajo na pravice in obveznosti svojih naslovnikov in tretjih. Za ponazoritev bodo številni taki učinki prikazani v tem delu na dveh ločenih, a povezanih ravneh: (i) na ravni Unije in (ii) držav članic.

i) Na ravni Unije

89. Na ravni Unije je smiselno predstaviti tri vrste pravnih učinkov priporočil: (i) zaupanje in legitimna pričakovanja, (ii) njihovo razlagalno vlogo in (iii) potencial priporočil, da ustvarjajo vzporedne sklope pravil, ki predhodno posežejo v zakonodajni postopek in tako vplivajo na institucionalno ravnovesje.

90. Prvič, če institucija Unije sprejme navodila o tem, kako naj bi ravnali drugi, je verjetno mogoče domnevati, da je mogoče od te institucije pričakovati, če bi to postalo upoštevno, da bo sledila temu priporočilu v svojih praksah in ravnanju. S tega vidika je legitimno pričakovanje, ki tako nastane, dejansko enako drugim vrstam mehkega prava, ki ga ustvarjajo institucije ali organi Unije in ki se dojema kot (samo)omejevanje izvajanja njihove lastne diskrecijske pravice v prihodnosti.⁵⁸

91. Drugič, priporočila bodo verjetno uporabljena pri pravni razlagi, zlasti za to, da bo dan pomen nedoločnim pravnim pojmom iz zavezujoče zakonodaje. To velja zlasti (a ne izključno) za izvedbena priporočila, ki niso sprejeta zgolj na podlagi člena 292 PDEU, ampak tudi na podlagi akta sekundarne zakonodaje ravno zato, da bi dopolnila v njem vsebovane pravne pojme. Vendar lahko tudi predzakonodajna priporočila opravljajo isto funkcijo bodisi glede nedoločenih pravnih pojmov v Pogodbah ali za razlago kakega drugega pravnega instrumenta, ki se *rationae materiae* prekriva s tem priporočilom. Tako lahko obe vrsti priporočil dopolnjujeta zavezujočo zakonodajo.

92. Tretjič, Sodišče je v sodbi Grimaldi že pojasnilo okoliščine, v katerih je mogoče sprejeti priporočila: „v splošnem jih sprejmejo institucije Skupnosti, kadar na podlagi Pogodbe nimajo pristojnosti za sprejetje zavezujočih aktov ali kadar menijo, da ni primerno sprejeti bolj zavezujočih pravil“.⁵⁹

93. Kar je morda najmočnejši adut priporočil, je lahko torej tudi njihova največja šibkost. Uporabljena bi bila lahko ne le kot orodje za zasledovanje politik, ki so politično (neobstoj konsenza) ali pravno (neobstoj posebne pristojnosti v zvezi s tem) obstale v slepi ulici. Potencialno bi jih bilo mogoče uporabiti tudi kot orodje za zaobitje teh zakonodajnih postopkov.

⁵⁷ Za zgodnje, zdaj klasične ocene, glej na primer Morand, C., „Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire“, *Cahiers de droit européen*, 1970, str. 523; Soldatos, P., Vandersanden, G., „La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne“, v De Ripainseel-Landy, D. in drugi, *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselj, 1976, str. 94.

⁵⁸ Glej sodbi z dne 29. septembra 2011, Arkema/Komisija (C-520/09 P, EU:C:2011:619, točka 88), in z dne 28. junija 2005, Dansk Rørindustri in drugi/Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, EU:C:2005:408, točke od 209 do 211). Za bolj razdelan pristop v zvezi z obvestili v konkurenčnem pravu glej sodbo z dne 13. decembra 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, točka 29).

⁵⁹ Sodba z dne 13. decembra 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, točka 13).

94. To ustvarja dve vrsti predhodnega poseganja: kratkoročno in dolgoročno. Neposreden problem zaobitja drugih institucij, ki običajno sodelujejo v zakonodajnem postopku, je že bil prepoznan in se je o njem razpravljalo.⁶⁰ Zato je jasno, da lahko priporočilo vpliva na institucionalno ravnoesje⁶¹ in tako tudi na delitev pristojnosti v Uniji. Če pa bi bila priporočila izključena iz nadzora zakonitosti le zato, ker niso zavezujoča, nikoli ne bi bilo mogoče uresničevati načela institucionalnega ravnoesja.⁶²

95. Vendar obstaja druga vrsta predhodnega poseganja, ki je lahko prisotna zlasti v predzakonodajnih priporočilih: možnost za izoblikovanje norm, preden pride do dejanskega zakonodajnega postopka, kar se lahko prevede celo v enostransko predhodno poseganje v zakonodajni postopek. Ni sporno, da se želi s priporočilom doseči, da bi njegovi naslovniki ravnali v skladu z njim. Tudi če je le delno uspešno, bo oblikovalo vrsto verjetnih (sprejemljivih) normativnih rešitev za prihodnost. Če bodo na podlagi priporočila številne institucije Unije ali države članice že ravnale skladno z njim, bodo akterji v zakonodajnem postopku, ki bo morda sledil, seveda podpirali zakonodajno rešitev, ki so jo že prevzeli. Tako lahko današnje mehko pravo postane jutrišnje zavezujoče pravo (*trdo pravo*).

ii) Na ravni držav članic

96. Na ravni držav članic imajo priporočila vsaj tri vrste pravnih učinkov. Njihov natančen obseg bo odvisen od tega, kako daleč se v zvezi s priporočili prižene načelo lojalnega sodelovanja.

97. Prva in glavna vrsta obveznosti, ki jo je Sodišče do zdaj navajalo v zvezi s priporočili, je obveznost, da jih nacionalna sodišča upoštevajo pri razlagi nacionalnega prava, s katerim se izvajajo te določbe. Precej jasno je, da priporočila sama po sebi ne morejo ustvarjati pravic, na katere se lahko posamezniki sklicujejo pred nacionalnim sodiščem.⁶³ Vendar je Sodišče v sodbi Grimaldi dodalo tudi, da za priporočila „ni mogoče šteti, da nimajo pravnega učinka. Nacionalna sodišča so namreč zavezana, da v sporih, o katerih odločajo, upoštevajo priporočila, zlasti takrat, kadar pojasnjujejo nacionalne določbe, ki so bile sprejete zato, da bi se zagotovila njihova izvedba oziroma da bi dopolnjevala zavezujoče predpise Skupnosti“.⁶⁴

98. Ugotoviti je treba, da je Sodišče do zdaj glede priporočil priznavalo take *interpretativne pravne učinke*, s čimer jih je razlikovalo od drugih nezavezujočih aktov Unije.⁶⁵

60 Pobuda za boljšo pripravo zakonodaje je poudarila ta problematični vidik mehkega prava. Glej zlasti Okvirni sporazum o odnosih med Evropskim parlamentom in Evropsko komisijo (UL 2010, L 304, str. 47). V točki 43 je zlasti navedeno: „Na področjih, kjer je Parlament navadno vključen v zakonodajni postopek, uporabi Komisija nezavezujoče akte, kjer je to primerno, in le iz res utemeljenih razlogov, potem ko Parlamentu da možnost, da izrazi svoje mnenje. Komisija Parlamentu natančno obrazloži, kako se je pri sprejemanju predloga upoštevalo mnenje Parlamenta“.

61 Naj spomnim, da sta prenos pooblastil in institucionalno ravnoesje vodila Sodišče k sodbi z dne 23. aprila 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, točka 25).

62 To je sicer trditev pritožnice v drugem pritožbenem razlogu. Z določenega stališča je sicer res, da pogojevanje dopustnosti ničnostne tožbe z zavezujočimi pravnimi učinki (v nasprotju z zgolj pravnimi učinki) preprečuje zagotovitev, da je avtor izpodbijanega akta ravnal v okviru svoje pristojnosti. To nato sproži vprašanje, ali je mogoče instrumente mehkega prava, vključno s priporočilom, sprejeti le v okviru pristojnosti, podeljene Uniji in zadevni instituciji. Vendar – in ne čisto brez podobnosti s Kavljem 22 – ker ni takih zavezujočih pravnih učinkov, njihov nadzor prek ničnostne tožbe ni dopusten.

63 Glej sodbo z dne 13. decembra 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, točka 16). Glej tudi sodbe z dne 21. januarja 1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, točka 18); z dne 11. septembra 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, točka 41), in z dne 18. marca 2010, Alassini in drugi (od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, točka 40).

64 Sodba z dne 13. decembra 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, točka 18).

65 Sodišče zlasti ni priznalo tega pravnega učinka obvestilom Komisije (sodba z dne 13. decembra 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, točka 31).

99. Toda kaj natančno pomeni *obveznost upoštevanja*? Obstaja več možnih razlag. Ena možna skrajnost je, da bi pomenila obveznost skladne razlage, kakršna je bila v sodbi von Colson.⁶⁶ Glede na formulacijo iz sodb je očitno, da Sodišče verjetno ni imelo namena, da bi domačim sodiščem naložilo dolžnost razlage nacionalnega prava v skladu s priporočili.⁶⁷ Druga namišljena skrajnost bi pomenila, da bi lahko „upoštevati“ pomenilo tudi „ogledati si“ in se potem odločiti, da se sploh ne upošteva.

100. Teoretično bi lahko obstajala vmesna možnost: nacionalni organ je *dolžan* vsaj *navesti obrazložitev*, kadar odstopi od priporočila, nima pa čvrste dolžnosti, da razlaga nacionalno pravo v skladu z njim. Ta predlog je bil v preteklosti podan v zvezi z neko drugo vrsto instrumenta mehkega prava.⁶⁸ Predstavljati si je mogoče, zakaj bi tak na videz vmesni položaj lahko bil privlačen: čeprav je Sodišče do zdaj tako dolžnost naložilo zgolj samemu avtorju pravil ravnanja, določenih v internih ukrepih ali smernicah z zunanjimi učinki,⁶⁹ ni mogoče izključiti, da bi se taka sodna praksa lahko prav tako uporabljala za priporočila, ki so res naprednejša in bolj prečiščena oblika mehkega prava, ker so eden od „tipičnih“ aktov, navedenih v členu 288 PDEU, in ker jih morajo upoštevati nacionalna sodišča.⁷⁰

101. Zakaj naj bi za tako stališče šteli, da je na videz vmesno? Iz preprostega razloga, ker obveznost obrazložitve, zakaj sodišče odstopi od določenega vira, nujno pomeni, da je ta vir *zavezujoč*. Sodišče mora obrazložiti le odstopanje od *zavezujočih* virov.⁷¹ Če bi bilo torej treba „obveznost upoštevanja“ razlagati tako, da nalaga dolžnost nacionalnim sodiščem, da upravičijo in pojasnijo, zakaj niso sledila priporočilu, bi to *eo ipso* pomenilo ne le, da imajo taka priporočila „določene pravne učinke“, ampak da so dejansko zavezujoča.

102. Drugič, katere so natančno dolžnosti nacionalnih organov v zvezi s priporočili? Besedilo člena 4(3) PEU je pri opisovanju dolžnosti lojalnega sodelovanja v Uniji nedvomno zelo celovito in potencialno daljnosežno. Trditi bi bilo mogoče, da ker se ta določba nanaša le na „obveznosti“ in ker so v skladu s členom 288 PDEU priporočila „nezavezujoča“, po definiciji ne morejo ustvarjati obveznosti in zato sploh ne spadajo v okvir člena 4(3) PEU.

103. Menim, da tako razumevanje člena 4(3) PEU ne bi dejansko odsevalo interpretativnega pristopa, ki ga ima Sodišče do te določbe že kar nekaj časa. Dolžnost lojalnega sodelovanja se pretežno uporablja na ravni načel, pri čemer ni nujno vedno osredotočena na konkretno in določeno določbo ali diskretno pravno obveznost.⁷²

104. Tudi če bi predpostavili, da ni pozitivne obveznosti za izvajanje priporočila, ali je mogoče isto trditi glede ostalih „milejših“ obveznosti držav članic, kakršna je upoštevanje priporočila ob sprejemanju zakonodaje na danem področju? Ta učinek je morda bolj viden pri izvedbenih priporočilih, ki se uporabljajo za opredelitev pravnih pojmov v zavezujoči zakonodaji. Ali ne bi

66 Sodba z dne 10. aprila 1984, von Colson in Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 Kot je bilo zaporedoma razvito in potrjeno na primer v sodbah z dne 5. oktobra 2004, Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točki 114 in 115); z dne 4. julija 2006, Adeneler in drugi (C-212/04, EU:C:2006:443, točki 108 in 109), in z dne 15. aprila 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, točke od 99 do 101).

68 Glej sklepe predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, točki 38 in 39), v katerih je bilo navedeno, da morajo nacionalni organi in sodišča upoštevati obvestila Komisije s področja konkurence. To je v tisti konkretni zadevi predvsem pomenilo, da morajo ti organi in sodišča pretehtati oceno Komisije o znatnih omejitvah konkurence, ki je izražena v teh obvestilih, in ob morebitnem odstopanju od te ocene *navesti razloge, ki jih je mogoče sodno preveriti*.

69 Glej sodbi z dne 28. junija 2005, Dansk Rørindustri in drugi/Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, EU:C:2005:408, točke od 209 do 211), in z dne 29. septembra 2011, Arkema/Komisija (C-520/09 P, EU:C:2011:619, točka 88).

70 Glej sodbo z dne 13. decembra 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, točka 26).

71 V nasprotju z dovoljenimi ali vplivnimi viri – glej na primer Peczenik, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, str. 319 in naslednje.

72 Glej po analogiji, kako je bilo lojalno sodelovanje uporabljeno za ustvarjanje obveznosti v zvezi z neposrednim učinkom, odgovornostjo držav članic za kršitve prava Unije ali sprejemanje sankcij (v tem zaporedju na primer sodbe z dne 16. decembra 1976, Comet, 45/76, EU:C:1976:191, točka 12; z dne 2. februarja 1977, Amsterdam Bulb, 50/76, EU:C:1977:13, točka 32, in z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi, C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428, točka 36).

pričakovali od države članice, kadar izvaja originalni akt zakonodaje Unije, ki mu je nekako „dodano“ izvedbeno priporočilo, da ga bo izvedla na način, pojasnjen v tem priporočilu? Če ni tako, čemu je priporočilo sploh namenjeno? Če je tako, potem je znatnim in dejanskim pravnim učinkom priporočila težko oporekati.

105. Vendar bi lahko zagotovo rekli, da obveznost izvajanja ne obstaja, ker ni ločene in jasne sankcije, če do tega ne pride. Tudi če zanemarimo nekoliko formalistično razumevanje „neposredne“ sankcije kot odločilnega in opredeljujočega elementa *zavezujoče* sile,⁷³ kaj pa potencialne *negativne* obveznosti držav članic v zvezi s priporočili? V tej fazi to zagotovo spada še na področje domnev in ni element veljavnega prava, toda če se preprečevalni učinek direktiv nanaša na obdobje, preden je potekel rok za njihov prenos in v katerem države članice ne smejo sprejeti ukrepa, ki bi resno ogrozil rezultat, določen z direktivo,⁷⁴ ali se ne bi enaka logika uporabila za priporočilo?

106. Tretjič in zadnjič, katere vrste pravnih učinkov bi lahko priporočila imela v kontekstu nacionalnih pravil in postopkov? V zadevi Grimaldi je Sodišče pojasnilo, da bi bilo mogoče podati predlog za sprejetje predhodne odločbe o razlagi priporočila.⁷⁵ Ostaja pa vprašanje, ali bi lahko nacionalno sodišče zaprosilo Sodišče za presojo veljavnosti priporočila. Kolikor vem, do zdaj takega primera še ni bilo, zdi pa se, da je Sodišče v sodbi Grimaldi potrdilo, da bi bil tak predlog mogoč.⁷⁶

107. Zdi se, da je Sodišče jasno predvidelo, da bo priporočilo imelo pravne učinke na nacionalni ravni. Konec koncev naj bi ga države članice upoštevale, kar koli pač že to pomeni. Dodati je mogoče, da je v preteklosti sodna praksa Sodišča priznala in dejansko prek postopka predhodnega odločanja opravila nadzor številnih nezavezujočih aktov Unije, ki so imeli učinke na nacionalni ravni, pred kratkim tudi sporočil za medije Evropske centralne banke.⁷⁷

108. Zato je lahko priporočilo tako kot drugi navidez nezavezujoči akti prava Unije predmet predloga za sprejetje prehodne odločbe tako glede razlage kot glede veljavnosti. Menim, da bi v zgrajenem sistemu pravnih sredstev le težko bilo kako drugače.⁷⁸ Namen priporočila je spodbuditi skladno ravnanje. Predstavljajte si državo članico, ki je ravnala v dobri veri in duhu lojalnega sodelovanja ter prenesla priporočilo v nacionalno pravo. Z aktom nacionalne zakonodaje je ta država članica vzpostavila obveznosti za posameznike na nacionalni ravni. Če se zdaj ta nacionalna zakonodaja izpodbija pred nacionalnimi sodišči, bi bilo nekoliko nenavadno zavriniti preizkus tega, kar je materialna podlaga te nacionalne zakonodaje, namreč priporočila Unije,⁷⁹ z nekoliko formalističnim izgovorom, da so bile te obveznosti vzpostavljene z nacionalno zakonodajo in ne z instrumentom prava Unije ter da je država članica to storila po lastni volji.

73 Kot je že bilo predlagano zgoraj (opomba 45), tako ozko stališče ne prevlada niti v številnih usmeritvah pozitivistične pravne teorije. Poleg tega je isto razumevanje precej oddaljeno od realnosti glede tega, kako bodo „nezavezujoče želje“, ki jih izrazi *en in isti* regulator – ki lahko naslednji dan izda zavezujočo zakonodajo in sankcije na istem ali povezanem področju – razumeli in dojeli njihovi naslovniki. Tako lahko poleg neposrednih sankcij obstajajo tudi *posredne* sankcije, zagotovo ko gre za iste udeležence na obeh straneh (isti regulator in ista skupina naslovnikov). Spomniti je mogoče, da je podobna logika vodila nekatera višja nacionalna sodišča do tega, da so „nezavezujoče“ akte takih regulatorjev podredili sodnemu nadzoru (opomba 52 zgoraj).

74 Začenši s sodbo z dne 18. decembra 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

75 „V skladu z ustaljeno sodno prakso dejstvo, da neki pravni akt Skupnosti ni zavezujoč, ni ovira za to, da Sodišče v postopku predhodnega odločanja na podlagi člena 177 odloči o razlagi tega akta“ (sodbi z dne 13. decembra 1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, točka 9, in z dne 21. januarja 1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, točka 18 in navedena sodna praksa).

76 „[...] v nasprotju s členom 173 Pogodbe o EGS, ki izključuje nadzor Sodišča nad akti v obliki priporočil, podeljuje člen 177 Sodišču pristojnost za predhodno odločanje o veljavnosti in razlagi vseh aktov institucij Skupnosti brez kakršne koli izjeme“ – sodba z dne 13. decembra 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, točka 8) – moj poudarek.

77 Sodba z dne 16. junija 2015, Gauweiler in drugi (C-62/14, EU:C:2015:400). Sodišče ni preučilo dopustnosti tožbe glede sporočila za medije kot takega. Vendar glej sklepe predloge generalnega pravobranilca P. Cruza Villalóna v zadevi Gauweiler in drugi (C-62/14, EU:C:2015:7, točka 70 in naslednje).

78 Glej na primer sodbi z dne 23. aprila 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, točka 23), in z dne 28. marca 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, točka 66).

79 Zlasti v zadevah, v katerih nacionalno izpodbijanje nacionalnega prenosa zgolj odseva isto potencialno uporabo samega priporočila – glej v tem smislu po analogiji sodbo z dne 22. junija 2010, Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točki 54 in 55).

4. Nazaj k izvoru: ERTA in pravni učinki

109. Namen podrobne razprave v prejšnjem delu je bil dvojen: predstaviti, prvič, težave, s katerimi se sooča test ERTA (kot je bil pozneje postopoma spremenjen), kadar se uporablja za priporočila (vendar po mojem mnenju tudi širše, kadar se uporablja za druge instrumente mehkega prava); in drugič, da lahko imajo priporočila kljub temu, da morda nimajo zavezujoče moči v tradicionalnem in razmeroma ozkem pomenu besede, znatne pravne učinke tako na ravni Unije kot na nacionalnih ravneh.

110. Zato menim, da so pri testu ERTA, kot ga uporablja Splošno sodišče, potrebne nekatere prilagoditve. Moj predlog v tem pogledu je precej preprost: test bi se moral premakniti k svojim izvorom – k sodbi ERTA in tudi besedilu člena 263(1) PDEU. Ta se oba sklicujeta na „pravne učinke“ in ne na „zavezujoče pravne učinke“. Pri rečnem dnu in pri sodni praksi je včasih treba počistiti tok in odstraniti (verbalne) usedline, ki so se nabrale z leti in ki onemogočajo usmerjanje prava.

111. Taka prilagoditev ni revolucija, kot se zdi na prvi pogled. Podlaga testa za presojo, ali ima akt prava Unije pravne učinke za svoje naslovnike in/ali tretje osebe, bi ostala ista: presoja se besedilo, kontekst in namen spornega akta. Vendar sta potrebni dve pojasnili glede načina uporabe testa: prvič, tisto, kar je treba presojati, je zgolj obstoj pravnih učinkov, ne pa zavezujočih pravnih učinkov. Drugič, v testu bi bil poudarek na vsebini in kontekstu ukrepa, ne zgolj na besedilu.

112. Kot je že bilo pojasnjeno v prejšnjem delu, je analitični pomen dihotomije zavezujočih in nezavezujočih pravnih učinkov za mehko pravo le majhen. Če je pogoj za obstoj zavezujočih učinkov neposreden mehanizem za izvrševanje in prisilo, potem mehko pravo po definiciji nikoli ne bo zavezujoče, ne glede na vsebino določb.

113. Namesto tega bi se morala presoja zmožnosti za vzpostavljanje pravnih učinkov – torej vpliva v pravnem položaju/na pravni položaj njegovih naslovnikov – osredotočiti na drugo vprašanje: ali bi lahko jaz sam kot razumni naslovník iz vsebine, namena, splošne sistematike in celotnega konteksta priporočila ali, splošneje, instrumenta mehkega prava sklepal, da se od mene pričakuje neko ravnanje? Ali bi ustrezno spremenil svoje vedenje oziroma ali bi ta akt verjetno vplival na moj pravni položaj?

114. Dalje, v okviru treh klasičnih načel vsake zakonske razlage – besedila, konteksta in namena – pri presoji priporočila ali drugih instrumentov mehkega prava besedilo (še posebej poimenovanje in besedna oblika) akta ne bi smelo prevladati nad njegovo vsebino, kontekstom in namenom v okviru njegove presoje. Besedilo bi moralo biti prek svojega bistva v kontekstu dopustnosti v primerjavi z vsebinskimi elementi prej drugotnega pomena. Če bi bilo drugače, bi besedilo, ki „vabi“, nujno vodilo k izključitvi sodnega nadzora. Dejansko bi to pomenilo, da oblika prevlada nad vsebino in da zato priporočila, katerih besedišče bolj „spodbuja“, nikoli ne bi mogla biti predmet nadzora. Tako bi bilo morda treba več previdnega poudarka nameniti logiki, vsebini, kontekstu in namenu.

115. V okviru take presoje konteksta in namena so očitno upoštevni trije dejavniki za ugotovitev, ali bo akt Unije verjetno imel pravne učinke in ali je mogoče razumno pričakovati ravnanje v skladu z njim.

116. Prvi dejavnik, ki bi ga bilo treba upoštevati, je stopnja *formalizacije* (ali ima ukrep Unije obliko pravnega akta?) in *dokončnosti* ukrepa (ali je bil sprejet na koncu, kot vrhunec posvetovanja, ali, splošneje, v postopku „sprejemanja mehkega prava“?). Povedano drugače in ob upoštevanju obojega skupaj, ali se zdi zadevni akt Unije kot dokončan zakonodajni akt?

117. Format potencialno izpodbojnega akta mora izgledati kot pravno besedilo, tako da bi ga bilo razumno mogoče šteti kot takega, da ima pravne učinke. V tem smislu bo akt izgledal kot pravni akt, če bo na primer razdeljen na člene ali vsaj oddelke ali če bo objavljen v Uradnem listu (zagotovo v seriji L, v kateri se objavlja zakonodaja).

118. Kar se tiče dokončnosti, pripravljalni akti zagotovo ne bodo preskočili letvice. Ista logika že velja za pripravljalne akte v okviru postopka odločanja v Uniji.⁸⁰ Toliko bolj bi morala veljati tudi za postopke sprejemanja mehkega prava. Taka izključitev pripravljalnih aktov iz sodnega nadzora je očitno toliko pomembnejša v kontekstu mehkega prava, kjer lahko postopek posvetovanja vsebuje sprejetje več aktov.

119. Drugi dejavnik se nanaša na vsebino in splošni namen izpodbijanega akta: kako natančne so v njem vsebovane „obveznosti“? Kaj je splošni cilj, ki se mu sledi? Bolj ko so akti Unije splošni in abstraktni, manj verjetno je, da bodo pri svojih naslovnikih povzročili konkretno, specifično skladno ravnanje. Če so po drugi strani v aktu Unije vsebovane številne konkretne in natančne zaveze, je ta element zagotovo upošteven. Poleg tega, če je besedilo jasno namenjeno harmonizaciji, bo verjetno toliko bolj dojeta kot tako, da povzroča pravne učinke.

120. Tretji dejavnik se nanaša na izvrševanje. Ali ukrep vsebuje jasne in konkretne mehanizme za skladno ravnanje, izvrševanje ali sankcije? Seveda to ne pomeni le *neposrednega* izvrševanja, ki zelo verjetno ne bo prisotno, ampak *posredne* mehanizme ali izvrševanje – tako strukturno kot institucionalno.

121. Med mehanizme *strukturne* skladnosti lahko spadajo številni posredni mehanizmi, kot so poročanje, obveščanje, spremljanje in nadzorovanje. Prav tako upoštevni so lahko elementi medsebojnega pritiska, kot so objava tabel o uspešnosti, poročila z imenovanjem in izpostavljanjem kršiteljev itd.

122. Upošteven je tudi *institucionalni* element: katera institucija je sprejela zadevni instrument? Ali je to ista institucija, ki lahko na sorodnih ali celo istih področjih regulacije naloži sankcije istim naslovnikom?⁸¹ Če je tako, potem bo verjetno izpodbijani akt dejansko povzročil skladno ravnanje.

5. Uporaba testa v obravnavani zadevi

123. Če na sporno priporočilo pogledam skozi to prizmo, moram skleniti, da v splošnem to priporočilo bistveno presega tisto, kar bi lahko pričakovali od dokumenta, ki zgolj priporoča nekatera *načela*. V tej konkretni zadevi je res mogoče trditi, da je to priporočilo tako, da bo imelo pravne učinke in da bodo razumni naslovniki verjetno spremenili svoje vedenje, da bi se – vsaj delno – uskladili z njim.

124. Če naj vsebina prevlada nad formalnim poimenovanjem akta glede presoje njegove dejanske narave, potem je treba analizirati – po tem ko je odstranjen formalni naslov dokumenta – kot kaj se kaže dokument glede na svoje besedilo, vsebino, kontekst in namen.

125. Če začnem s splošnim namenom Priporočila: z njegovimi uvodnimi izjavami⁸² in dokumenti, ki so spremljali njegovo sprejetje,⁸³ je razmeroma izrecno navedeno, da je namenjeno doseganju minimalne ravni harmonizacije, saj priporoča načela za visoko raven varstva potrošnikov, igralcev in mladotletnikov glede spletnih storitev iger na srečo. Hkrati je prav tako jasno, da to počne v zvezi z razmeroma občutljivim predmetom, vsaj z vidika več držav članic.⁸⁴

80 Sodba z dne 12. septembra 2006, Reynolds Tobacco in drugi/Komisija (C-131/03 P, EU:C:2006:541, točka 55 in navedena sodna praksa).

81 Glej opombo 73 zgoraj.

82 Uvodni izjavi 8 in 9, navedeni zgoraj v točkah 11 in 12 teh sklepnih predlogov.

83 Zgoraj, točka 30 teh sklepnih predlogov.

84 Glej na primer sodbo z dne 22. januarja 2015, Stanley International Betting in Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, točka 51).

126. Dalje, obstaja več vsebinskih in kontekstualnih elementov, ki jih velja izpostaviti. Prvič, izpodbijani akt je visoko strukturirano besedilo in na pogled pravno besedilo. Vsebuje kar 30 uvodnih izjav. Samo Priporočilo je razdeljeno na 12 oštevilčenih oddelkov. Objavljeno je bilo v seriji L Uradnega lista Evropske unije.

127. V skladu s tem dejanska oblika Priporočila daje vtis, da bo imelo pravne učinke. To je potrjeno tudi z dejstvom, da Priporočilo ni pripravljalni akt. Pomeni že vrhunec postopka posvetovanja, saj pojasnjuje prejšnjo zeleno knjigo in sporočilo Komisije. Zato jasno izraža stališče zadnje o vprašanju varstva potrošnikov v spletnih storitvah iger na srečo, s tem da za države članice prinaša nekaj zelo konkretnih priporočil.

128. Drugič, raven natančnosti in točnosti konkretnih določb Priporočila je presenetljiva. Priporočilo ne določa zgolj „načel“, ampak jasna in natančna pravila.

129. Na primer: v oddelku III Priporočila je določena natančna vsebina informacij, ki bi morale biti vidno prikazane na pristajalni strani spletišča ponudnika iger na srečo in dostopne z vseh strani spletišča. V oddelku V Priporočila so države članice pozvane, da zagotovijo, da je osebi dovoljena udeležba v spletnih storitvah iger na srečo le, če se registrira kot igralec in ima pri ponudniku odprt račun. Zadnji bi moral preveriti osebne podatke igralca. Oddelek VIII je namenjen ureditvi komercialnih sporočil. Predvsem državam članicam preprečuje podajanje nekaterih trditev, kot so prikazovanje iger na srečo kot družbeno privlačnih ali namigovanje, da lahko igre na srečo rešijo osebne težave.

130. Tretjič, Priporočilo vsebuje zelo natančne in celovite „pozive“ k nadzoru in poročanju. V oddelku XI so države članice „pozvane, naj določijo pristojne regulativne organe za igre na srečo z uporabo načel, določenih v tem priporočilu, za zagotavljanje in neodvisno spremljanje dejanske skladnosti z nacionalnimi ukrepi, sprejetimi v podporo načel iz tega priporočila“. Oddelek XII se nanaša na poročanje. Z njegovimi določbami so države članice pozvane, da Komisijo *obvestijo* o ukrepih za izvajanje in da do določenih rokov v statistične namene zbirajo letne podatke.

131. V zvezi s takimi „pozivi“ k poročanju in nadzoru je treba navesti dve ugotovitvi. Prvič, očitno je Sodišče v preteklosti in na splošno izkazalo prav posebno občutljivost v zvezi z vstavljanjem mehanizmov za skladnost in spremljanje v različne netipične instrumente. Vsaj dvakrat je netipične akte Komisije razglasilo za nične, ker so zahteve o poročanju urejali zelo natančno in presegli, kar je bilo primerno za to vrsto akta.⁸⁵ Drugič, v kontekstu tega posebnega priporočila je zanimivo navesti, da se z nezavezujočim priporočilom, ki ga države članice (ali celo samo tiste, ki so se odločile sprejeti „poziv“) niso dolžne izvajati, od njih pričakuje, da bodo določile, spremljale, obveščale, ocenjevale, spremljale podatke in Komisiji do določenih rokov poročale o vseh teh (popolnoma prostovoljnih) dejavnostih.

132. V točki 54 Priporočila je nato navedeno, da bi morala Komisija oceniti *izvajanje* (*sic!*) priporočila do 19. januarja 2017. Vendar je bilo na obravnavi ugotovljeno, da Komisija do zdaj tega ni storila, *ker* še vedno čaka na poročila držav članic, preden bo oblikovala svoje poročilo. Na tej točki se mi zdi, da je stopnja kognitivne disonance, ki jo vsebujejo taki predlogi, dosegla moč naprednega jedijevskega mentalnega trika.

⁸⁵ Sodba z dne 13. novembra 1991, Francija/Komisija (C-303/90, EU:C:1991:424, točke od 20 do 25), v kateri so bile s kodeksom ravnanja za izvajanje uredbe Sveta v določenih razmikih in na določen način od držav članic zahtevane informacije; sodba z dne 16. junija 1993, Francija/Komisija (C-325/91, EU:C:1993:245, točke od 22 do 23), v kateri so bile s sporočilom Komisije, ki je udeležilo direktivo, naložene dodatne obveznosti, kakršna je letno poročanje Komisiji na določen datum o finančnih podatkih.

133. Četrtrič, Priporočilo je zasnovano, da bi države članice spodbudilo k sprejetju določene zakonodaje in k temu, da bi s to zakonodajo vplivale na podjetja, ki se ukvarjajo z igrami na srečo, ter igralce, ki so njegovi posredni naslovljenci. Tako je seveda mogoče trditi, da formalno in samo po sebi ni Priporočilo, ampak potencialna nacionalna zakonodaja tista, ki bo vplivala na pravice tretje osebe, vendar je težko zanikati, da je dejanski vir nacionalne zakonodaje mogoče najti v tem priporočilu.⁸⁶

134. Petič – morda je to samo po sebi obrobno, kaže pa na razhajanje med vsebino in naslovom – zanimivo je opozoriti na uvodno izjavo 29 in točko 2 Priporočila. V njiju je navedeno, da to priporočilo ne posega v (zavezujoče in veljavne) direktive Unije oziroma da ne posega v pravico držav članic, da urejajo področje iger na srečo. Ti navedbi kar kličeta po vprašanju, da če je Priporočilo zares zgolj nezavezujoče priporočilo, ki naj ne bi imelo nobenih pravnih učinkov, zakaj bi bilo to treba izrecno navesti. Pravi nezavezujoči instrument mehkega prava že po definiciji nikoli ne bi mogel posegati v zavezujočo in veljavno zakonodajo Unije ali pristojnosti držav članic.

135. Skratka, že samo na podlagi teh elementov, povezanih z namenom, vsebino in kontekstom, je mogoče domnevati, da bi bralec, če bi mu dali ta dokument brez naslova in ga pozvali, naj besedilo prebere, ne da bi poznal njegov naslov, lahko mislil, da bere direktivo ali na nekaterih mestih celo uredbo, vsekakor pa zakonodajni dokument, ki je namenjen naložitvi jasnih in določnih obveznosti ter spodbujanju skladnosti.

136. Šele zdaj se bom posvetil besedilu Priporočila, natančneje, konkretnemu besedilu posameznih določb (po tem ko sem v prejšnjih točkah tega dela že obravnaval natančnost in konkretnost teh določb). Očitno je, da je v obrazložitvi Splošnega sodišča besedilu namenjena odločilna vloga. Vendar je iz razlogov, ki sem jih skušal v splošnem pojasniti v prejšnjem delu,⁸⁷ po mojem mnenju besedilo pomembno, ne pa odločilno. Dalje, zagotovo ne bi smelo biti odločilno, če samo po sebi dejansko ni prepričljivo.

137. Pritožnica je v pisnih in ustnih navedbah oporekala jezikovni presoji v sklepu Splošnega sodišča. Natančneje, trdila je, da je besedilo določb v dveh od treh uradnih jezikov v Kraljevini Belgiji, namreč nizozemščini in nemščini, „močnejše“ kot v drugih jezikovnih različicah. Tako bi Priporočilo logično imelo v Belgiji „močnejše“ pravne učinke.

138. Ta konkretna trditev pritožnice ni prepričljiva. Res je mogoče nekatere jezikovne različice šteti za „močnejše“ od drugih. To zlasti velja za nemško, špansko, nizozemsko in portugalsko različico. V nasprotju s trditvami Splošnega sodišča sta lahko stvar razprave morda tudi poljska ali češka različica.

139. Vendar je le malo pomembno, da je v nizozemski in nemški različici očitno uporabljeno bolj zapovedujoče besedilo kot v drugih. Dejstvo, da sta to uradna jezika v Belgiji, jima ne daje več teže kot kateri koli drugi jezikovni različici. Obstaja dobro znano načelo enake verodostojnosti vseh jezikovnih različic virov prava Unije, ki bi ga bilo treba po mojem mnenju uporabiti za priporočila in za katere koli druge ukrepe, sprejete na podlagi člena 288 PDEU. V skladu z ustaljeno sodino prakso je treba v primeru razhajanja med jezikovnimi različicami zadevno določbo razlagati glede na kontekst in namen predpisa, katerega del je.⁸⁸

140. Prav takšne sporne jezikovne primerjave dokazujejo in poudarjajo, zakaj ima obračanje v stavku „pozvane“ namesto „bodo“ pri presoji takega ukrepa le omejen pomen. V splošnem vse jezikovne različice kažejo v isto smer in dovoljujejo jasen sklep glede narave besedila, ne da bi se bilo treba poglobljeno ukvarjati s kontekstom in namenom ukrepa. Ali pa si medsebojno nasprotujejo in

⁸⁶ Glej tudi zgoraj, točke od 102 do 105. Glej tudi točki 97 in 98 ter potencial, ki ga ima Priporočilo za oblikovanje razlage obstoječih nacionalnih pravil, ki so bila sprejeta na istem področju in se ukvarjajo z istim predmetom.

⁸⁷ Zgoraj, točka 114.

⁸⁸ Glej na primer sodbo z dne 26. aprila 2012, DR in TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, točka 45 in navedena sodna praksa).

besedilo priporočila ne bi smelo prevladati nad njegovim kontekstom in namenom. Vendar ni pravilno navajati, da med različnimi jezikovnimi različicami obstajajo neskladja, hkrati pa še vedno trditi, da ker večina med njimi navaja X, bi to morala biti pravilna razlaga. V sistemu enake verodostojnosti vseh jezikov v razlagi ni mogoče „preglasovati“ nobenega jezika.⁸⁹

141. Na koncu pa bo vendarle natančno preučevanje (ne)zapovedujoče uporabe jezika v nekaterih jezikih Unije še vedno nesklepčno, zlasti pri preučevanju pravnih učinkov instrumentov mehkega prava. Za to posebno vrsto presoje so bistveno pomembnejši kontekst, sistem in logika. Zagotovo bo razlaga izjave „pozivam te, da mi pošlješ pisne pripombe o tej zadevi do petka opoldne“ zelo različna – odvisno od tega, ali gre za izjavo direktorja, raziskovalnega kolege ali partnerja neke osebe. Seveda je odvisna od dejanskega zadevnega razmerja, vendar je zelo verjetno, da je v prvem primeru „poziv“ dejansko ukaz, v drugem predlog in v tretjem šala.

142. Skratka, vsak posamični element vsebine in konteksta, gledan ločeno, bi lahko morda še vedno pripeljal do tega, da bi ga videli kot priporočilo, ki ni namenjeno ustvarjanju pravnih učinkov. Če pa se presojuje skupaj, me skupno delovanje teh različnih elementov v kontekstu tega konkretnega priporočila – ob hkratnem upoštevanju dejstva, da ga je sprejela institucija, ki je pristojna za sprejemanje pravil na istem področju (namreč uredbe o notranjem trgu) – vodi k sklepu, da je jasno namenjeno ustvarjanju pravnih učinkov in spodbujanju skladnosti ter da presega zgolj predloge politike.

143. Zaradi vsega tega menim, da je tretji pritožbeni razlog pritožnice utemeljen. Splošno sodišče je napačno uporabo pravo s tem, da je napačno ocenilo pravne učinke zadevnega priporočila in da je zato napačno razglasilo ničnostno tožbo za nedopustno.

B. Oblika določa vsebino

144. V nasprotju z „netipičnimi“ akti, ki jih izdajajo institucije ali organi Unije, za katere je bil originalno zasnovan test ERTA, so priporočila „tipični“ akti, naštetih v členu 288 PDEU, katerih sodni nadzor je izrecno izključen na podlagi člena 263(1) PDEU. Ali bi morale to dejstvo imeti kakšno vlogo pri nadzoru priporočil in dopustnosti takega nadzora?

145. Trditev v delu A teh sklepnih predlogov je temeljila na premisi, da se test ERTA, čeprav morda nekoliko revidiran, lahko uporabi za priporočila in za katero koli drugo obliko mehkega prava. Prvi del tega dela prikazuje alternativni pristop, ki bi bolj poudaril dejstvo, da so priporočila „tipični“ akti, pri katerih bi morala oblika določati razlago vsebine (1). Vendar bi iz več razlogov predlagal Sodišču, naj se drži pristopa, prikazanega v delu A teh sklepnih predlogov, da (prilagojena) vsebina prevlada nad obliko (2). Če pa bo Sodišče kljub temu menilo, da bi morala v konkretnem primeru priporočil oblika vendarle določati, kakšna bo razlaga vsebine, bom na kratko predstavil več pomembnih pojasnil, ki bi bila potrebna (3).

⁸⁹ Vključno tudi s skrajnimi situacijami, v katerih je razmeroma očitno, da gre za napako v prevodu pri zgolj eni jezikovni različici ukrepa Unije – glej na primer sodbo z dne 19. aprila 2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

1. (Popolna) izključitev: priporočilo pomeni priporočilo

146. Razlogovanje Splošnega sodišča je izhajalo iz premise, da je test, ki ga je Sodišče vzpostavilo v zadevi ERTA za „netipične“ akte institucij in organov Unije, uporaben tudi za „tipične“ akte, kakršno je priporočilo. To izhodišče je lahko predmet razprave na dveh ravneh: na normativni in na praktični. *Normativno* je v členu 288 PDEU jasno določeno, da priporočilo ni zavezujoče. S členom 263(1), prvi stavek, PDEU pa so priporočila Komisije izrecno izključena s področja uporabe te določbe in zato od ničnostnih tožb. Povezano branje teh določb jasno kaže, da priporočilo ne more biti zavezujoče in ne more biti predmet sodnega nadzora.

147. Če se k temu doda navedba Sodišča iz sodbe Grimaldi, pride do (ponovne) uvedbe vsebinske presoje: priporočilo je zunaj obsega sodnega nadzora, če je „pravo priporočilo“.⁹⁰ Tako bi posledično lahko obstajala „neprava priporočila“, ki bi lahko bila zajeta in predmet nadzora. Kljub razmeroma jasnemu besedilu Pogodb je v sodni praksi Sodišča mogoče najti nekaj opore za to, da bi priporočila, čeprav so „tipični“ akti (pri čemer je to, da niso zavezujoča, jasno navedeno v Pogodbi), spadala pod test ERTA.⁹¹

148. Na *praktični* ravni pa se potem vendarle zgodi, da pri presoji tega, ali je dokument „pravo“ ali „nepravo“ priporočilo, dejstvo, da se dokument imenuje priporočilo, nujno „okuži“ presojo njegovega konteksta in namena. Pa vendar mora biti test, ki je bil zasnovan za „netipične“ akte, opravljen na način, ki je v veliki meri neodvisen od oblike in ki ne upošteva naslova/ovoja dokumenta. Sicer se neizogibno znajdemo v nekakšnem krožnem razmišljanju, v katerem bo oblika sčasoma določila, kakšna bo razlaga vsebine.⁹²

149. Tako pridem do možnega alternativnega pristopa. Ta bi – namesto da se dovoli, da bi oblika „tipičnega“ akta potihoma okužila razlago narave „netipičnega“ akta – pomenil, da se to razlikovanje pripelje do svojih polnih logičnih sklepov: „tipična“ oblika pomeni „tipične“ posledice, *ne glede* na vsebino. Priporočilo ne bo nikoli zavezujoče in ne bi smelo imeti pravnih učinkov. Pika. Nobene potrebe ne bi več bilo za nadaljnjo presojo, ali gre za „pravo“ ali „nepravo“ priporočilo. Priporočilo je priporočilo.

150. V zvezi s tem je mogoče povleči vzporednico z mnenji na podlagi Pogodbe ESPJ: akti, ki so prav tako bili izrecno nezavezujoči in nepodvrženi nadzoru. Sodišče je davnega leta 1957 potrdilo, da ti akti ne morejo biti predmet nadzora. Med drugim je pojasnilo, da se z mnenji dajejo le usmeritve. Štelo se jih je za „zgolj nasvete podjetjem. Zadnja jih lahko torej upoštevajo ali ne, razumeti pa morajo, da če ne upoštevajo neugodnega mnenja, morajo sprejeti tveganja, ki nastanejo kot posredna posledica položaja, ki so ga sama pomagala ustvariti [...]. Povedano drugače, svoboda pri odločanju in odgovornost podjetij ostaneta, tako kot svoboda in odgovornost Visoke oblasti, nespremenjeni“.⁹³ Prav to navedbo bi bilo dejansko mogoče v celoti parafrazirati v primeru priporočil.

2. Vsebina ali oblika?

151. V prid *formalnemu* pristopu k „tipičnim“ pravnim aktom sta dva argumenta: (i) argument pravne varnosti in predvidljivosti ter (ii) argument potrebe po določeni zakonodajni prožnosti.

152. Prvič, formalni pristop ostaja zvest besedilu člena 263 PDEU, ki od leta 1957 vedno vztrajno in izrecno izključuje priporočila in mnenja s področja ničnostnih tožb.

⁹⁰ Sodba z dne 13. decembra 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, točka 16).

⁹¹ Kar je nato Splošno sodišče vodilo do tega, da je navedlo, da „zgolj to, da je sporno priporočilo formalno označeno kot priporočilo in da je bilo sprejeto v skladu s členom 292 PDEU, ne more samodejno izključiti njegove opredelitve kot izpodbojnega akta“ (točka 20 izpodbojnega sklepa).

⁹² Natančneje predstavljeno zgoraj, točke od 77 do 79.

⁹³ Sodba z dne 10. decembra 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Visoka oblast (1/57 in 14/57, EU:C:1957:13), Recueil, str. 115.

153. S tem so povezani zaupanje in pričakovanja. Čeprav se formalizem skoraj vedno prikazuje kot nekaj slabega, pa ima tudi dobre plati. Podpira pravno varnost in predvidljivost. Kar se imenuje lopata, bi resnično moralo biti lopata, ne da bi bilo potrebno njeno stalno vsebinsko, kontekstualno vnovično preverjanje.

154. To velja toliko bolj za „tipične“, formalizirane vire. Toda kako daleč lahko gre načelo „vsebina prevlada nad obliko“? Ali bi torej druge tipične vire prava Unije, kot sta uredba in direktiva, tudi bilo treba presojati glede na njihovo pravo, dejansko vsebino? Ali bi jih torej bilo mogoče prav tako morebiti „prerazvrstiti“, ker njihov naslov ni usklajen z njihovo vsebino? Ali bi lahko v izjemnih primerih taka prerazvrstitev vodila celo do izključitve sodnega nadzora? Ali bi lahko Sodišče ničnostno sodbo zoper, na primer, uredbo razglasilo za nedopustno, ker je ta uredba napisana tako slabo, da ne more imeti (zavezujočih) pravnih učinkov?

155. Drugič, priporočila so lahko koristna glede referenc, navdiha in dobrih praks. Omogočajo lahko testiranje različnih rešitev in idej zaradi ugotovitve, katere je treba dalje razvijati in katere opustiti. Tako bi jih bilo mogoče šteti za neke vrste zakonodajni laboratorij. Verjetno je pošteno priznati, da če bi lahko vsako priporočilo izpodbijali in postavili pod vprašaj, bi se taka prožnost zakonodajnega laboratorija izgubila. Zlasti Komisiji bi se učinkovito preprečilo zasledovanje bolj neformalnih oblik delovanja za pospeševanje njenega delovanja v interesu Unije.

156. Odgovor na obe ti trditvi z vidika pristopa „vsebina prevlada nad obliko“ ni zapleten: prvič, ta pristop je primeren ravno takrat, kadar niso spoštovane formalne meje „tipičnega“ akta. Tako je ta pristop – in pri tem niti slučajno ne postavlja pod vprašaj vseh tipičnih aktov – po svoji naravi rezerviran za skrajne scenarije. Drugič, privlačnost prožnega zakonodajnega laboratorija bi morala biti jasno omejena z načelom zakonitosti javne oblasti in načelom dodeljenih pristojnosti. Tudi dobronamerni zakonodajni laboratoriji se lahko hitro sprevržejo v „skrivno zakonodajno delovanje“.

157. Po drugi strani pa obstajajo vsaj trije argumenti v podporo vsebinskemu pristopu, prikazanemu v delu A: (i) vsebina prevlada nad obliko vsepovsod naokrog, (ii) potreba po zagotovitvi učinkovitega sodnega varstva in (iii) splošna skladnost pravnih sredstev v pravu Unije.

158. Prvič, tudi če obstajajo nekatere opazne izjeme, sta splošni pristop in mentaliteta v pravu Unije enostavno vsebinska: na premnogh področjih prava Unije se preučuje vsebina, bistvo pojava, kategorije ali institucije – in ne formalno poimenovanje ali oznaka. Oblika seveda je pomembna. Vendar v pravu Unije oblika pomeni prvi približek dejanske narave akta. Ni odločilna.

159. Drugič, kot je že bilo podrobno pojasnjeno zgoraj,⁹⁴ skorajda ni sporno, da imajo priporočila številne pomembne pravne učinke, čeprav strogo gledano v posamezni zadevi morda niso zavezujoča. Če je tako, mora biti možno učinkovito pravno varstvo. Spomniti je mogoče, da Sodišče v preteklosti – najprej v zadevi ERTA in nato tudi v drugih zadevah – ni pomišljalo, da bi priznalo družbeni in pravni razvoj ter zapolnilo praznine, ki so s tem nastale v pravnem varstvu.⁹⁵ Prav tako je bilo navedeno, da pojav novih in „mehkejših“ načinov upravljanja pomeni tako vrsto razvoja.⁹⁶

160. Tretjič, trditev o skladnosti pravnih sredstev v pravu Unije je upoštevana na dveh ravneh: po eni strani gre za skladnost med členom 263 PDEU (ničnostna tožba) in členom 267 PDEU (postopek predhodnega odločanja), po drugi strani pa za položaj (ne)privilegiranih tožnikov v teh postopkih.

⁹⁴ Zgoraj, točke od 87 do 108.

⁹⁵ Za pomemben primer glej na primer sodbo z dne 23. aprila 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, točka 24).

⁹⁶ Zgoraj, točke od 81 do 86.

161. V skladu z ustaljeno sodno prakso „[n]adzor zakonitosti aktov Unije, ki ga na podlagi Pogodb zagotavlja Sodišče, [...] temelji na dveh dopolnjujočih se postopkih. Pogodba DEU je namreč po eni strani s členoma 263 in 277 ter po drugi s členom 267 določila zaključen sistem pravnih sredstev in postopkov, ki je namenjen zagotavljanju nadzora zakonitosti aktov Unije, ta nadzor pa je zaupan sodiščem Unije. [...] Za ta zaključen sistem pravnih sredstev in postopkov je značilno, da imajo posamezniki pravico, da v okviru pravnega sredstva pred nacionalnim sodiščem izpodbijajo veljavnost določb, vsebovanih v aktih Unije, na katerih temelji odločitev ali akt nacionalnega prava, ki je bil sprejet v zvezi z njimi [...]“.⁹⁷

162. Poudaril bi rad dva pridevnika iz tega citata: „dopolnjujoč“ in „zaključen“. Nekoliko paradoksalno je lahko morda drugi pridevnik problematičen za privilegiranega tožnika, torej za državo članico, ki je s priporočilom „pozvana“, naj nekaj stori, pa se s tem „pozivom“ ne strinja, čeprav (za zdaj) še ni nobene zadeve, ki bi bila s tem priporočilom povezana na nacionalni ravni.

163. Po eni strani je, kot je bilo že pojasnjeno,⁹⁸ očitno mogoč predlog za sprejetje predhodne odločbe glede veljavnosti priporočila. Če je tako, je težko razumeti, zakaj bi bilo težje izpodbijati akt neposredno pred Sodiščem na podlagi člena 263 PDEU za privilegiranega tožnika kot za neprivelegiranega tožnika posredno na podlagi člena 267 PDEU.

164. Po drugi strani, tudi če bi prevladala splošna logika komplementarnosti, ki odvrča od neposrednega izpodbijanja veljavnosti in ki skuša postopek usmerjati prek postopkov predhodnega odločanja, ni položaj držav članic nič kaj dosti boljši. Kako naj bi država članica v zvezi s tem ravnala v praksi? Naj bi najprej izvedla priporočilo (ki si ga tako ali tako ni želela) in ga potem izpodbijala pred svojimi nacionalnimi sodišči? Ali naj bi sprožila spor?

165. Ne da bi želel ponovno izpostaviti katero od teh dilem,⁹⁹ zadošča poudariti, da države članice niso zgolj posamezniki, ki bodo morda pozneje morali ravnati v skladu z ukrepom Unije, po tem ko jim je bila izdana posamična odločba na podlagi nacionalnega prava ali prava Unije. Države članice so tiste, ki so v prvi vrsti pozvane k izvajanju teh pravil. Zato enostavno ne bi bilo logično spodbujati držav članic k nekemu ravnanju in jim hkrati odvzeti možnost vložitve tožbe pri Sodišču. To bi bilo v nasprotju z interesi učinkovitega izvajanja sodne oblasti, ker bi odložilo morebitno tožbo zoper priporočilo, pa tudi z interesi avtorja priporočila samega. Namesto da bi se državi članici dovolilo, da morebitni konflikt usmeri, reši in se premakne naprej, bi se jo enostavno prisililo, da zavrne sodelovanje in čaka, dokler eno od njenih sodišč ali morda celo sodišče iz druge države članice postavi vprašanje na podlagi člena 267 PDEU glede veljavnosti izpodbijanega akta. To se mi zdi sila nepraktično.

3. (Morebiti) potrebna pojasnila

166. Skratka, vidim bistveno več tehtnih razlogov, zakaj naj bi Sodišče razširilo modificirani test ERTA tako, da bi vključeval morebiten sodni nadzor priporočil.

⁹⁷ Sodba z dne 28. marca 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, točki 66 in 67 ter navedena sodna praksa). Glej tudi mnenje 1/09 (Sporazum, ki vzpostavlja enotni sistem za reševanje patentnih sporov) z dne 8. marca 2011 (EU:C:2011:123, točka 70).

⁹⁸ Zgoraj, točke od 106 do 108.

⁹⁹ Določeno s sodbo z dne 1. aprila 2004, Komisija/Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

167. Če pa bi Sodišče odločilo, da bo sledilo usmeritvi, v skladu s katero oblika „tipičnega“ akta določa dojemanje in razlago njegove vsebine, ne da bi bila potrebna ločena preučitev, bi bilo verjetno nujno pojasniti nekaj stvari. Ta potrebna pojasnila bi se dejansko nanašala na elemente, ki so bili predhodno navedeni pod dejanskimi pravnimi učinki priporočil.¹⁰⁰ Zlasti poudarjam tri ključne elemente: (i) obseg dolžnosti lojalnega sodelovanja, ki ga imajo države članice v zvezi s priporočili; (ii) neobstoj učinka predhodnega poseganja priporočil v morebitni prihodnji zakonodajni postopek na ravni Unije in (iii) pojasnilo o obsegu obveznosti iz sodbe Grimaldi, ki zadeva nacionalna sodišča.

168. Prvič, priporočila niso zavezujoča in tudi ne smejo imeti pravnih učinkov. Zato ne morejo ustvarjati pravic ali obveznosti za države članice ali posameznike. V zvezi z državami članicami, načela lojalnega sodelovanja nikakor ni mogoče uporabiti za to, da bi spodkopali to navedbo. Države članice so popolnoma upravičene, da v celoti ne upoštevajo vsebine priporočila, pri čemer jih ni mogoče nikakor neposredno ali posredno sankcionirati. To velja ne le za konkretne „obveznosti“, k izvajanju katerih se spodbuja države članice, ampak tudi za vse „pozive“ k poročanju. Iz priporočila ne morejo izhajati ne pozitivne ne negativne obveznosti. Priporočila tudi ni mogoče uporabiti za opredelitev standarda ali nedoločenega pravnega pojma, ki se bo po tem, ko mu je vsebino dalo priporočilo, izvrševal proti državi članici ali posamezniku.

169. Drugič, priporočilo – zagotovo vsaj predzakonodajno priporočilo – je enostavno enostranska nezavezujoča podaja mnenja neke institucije. Če mu bo kdaj sledila zavezujoča zakonodaja, se mora zakonodajni postopek začeti z ničelne točke. Zlasti pa priporočilo ne more vzpostaviti zakonodajne „bližnjice“ ali „predhodnega poseganja“ z izključitvijo nekaterih avtorjev in poznejšega zakonodajnega postopka ali dejansko kaznovati nekaterih avtorjev v poznejšem postopku, ker še niso predložili svojih mnenj, stališč, podatkov ali poročil o priporočilu in/ali v postopku njegovega „izvajanja“.

170. In nazadnje, tu je sodba Grimaldi.¹⁰¹ Če priporočila niso zavezujoča, po definiciji ne morejo ustvarjati *obveznosti* za nacionalna sodišča, da upoštevajo take nezavezujoče usmeritve, da dolžnosti skladne razlage niti ne omenim. Če bi Sodišče sledilo temu bolj formalnemu pristopu k „tipičnemu“ aktu prava Unije, bo v zvezi s tem nujno ponovno preučiti sodbo Grimaldi in jasno navesti, da ni nikakršne obveznosti za upoštevanje priporočila. Nacionalna sodišča jih *smejo* upoštevati, če menijo, da je koristno, zagotovo pa k temu *niso zavezana*.

171. To bi pomenilo, da bi morala nacionalna sodišča obravnavati priporočila enako kot kateri koli drug dovoljen vir navdiha v postopku razlage prava, kakršen je na primer akademski komentar ali primerjalna argumentacija. Lahko ga vključijo v svoje razmišljanje, če želijo, prav tako pa ga lahko popolnoma zanemarijo in niso dolžna utemeljevati, zakaj.

VII. Predlog

172. Glede na navedeno lahko sklenem, da je Splošno sodišče napačno presodilo pravne učinke spornega priporočila. Tretji pritožbeni razlog pritožnice je zato utemeljen, ne da bi bila potrebna ločena preučitev prvega in drugega pritožbenega razloga. Zato bi bilo treba sklep Splošnega sodišča, ker je bila z njim tožba razglašena za nedopustno, razveljaviti.

173. V skladu s členom 61, prvi odstavek, Statuta Sodišča Evropske unije lahko Sodišče, po tem ko razveljavi odločitev Splošnega sodišča, samo dokončno odloči o zadevi, če stanje postopka to dovoljuje.

¹⁰⁰ Zgoraj, točke od 87 do 108.

¹⁰¹ Zgoraj, točke od 97 do 101.

174. V obravnavani zadevi Sodišče v tej fazi postopka ne more razsoditi o vsebini tožbe, vložene pri Splošnem sodišču. Ker je Splošno sodišče razglasilo tožbo za nedopustno, je to sodišče zelo omejeno in razmeroma posredno razpravljalo o vsebini zadeve. Poleg tega iz istih razlogov drugim intervenientom ni bilo dovoljeno predstaviti svojih stališč.¹⁰² Če bi Sodišče ničnostno tožbo razglasilo za dopustno, bi ti intervenienti, morda pa tudi drugi, verjetno bili zainteresirani za predložitev svojih stališč.

175. Vendar menim, da ima Sodišče na voljo vse potrebne podatke za to, da zavrne predhodni ugovor nedopustnosti, ki ga je Komisija uveljavljala na prvi stopnji. V interesu učinkovitosti in ekonomičnosti postopka predlagam, naj Sodišče ravna tako ter tožbo razglasi za dopustno in vrne zadevo Splošnemu sodišču v ponovno vsebinsko odločanje.

176. Zato predlagam Sodišču, naj:

- razveljavi sklep Splošnega sodišča Evropske unije v zadevi T-721/14 in ugotovi, da je tožba pritožnice za razglasitev ničnosti v tej zadevi dopustna,
- vrne zadevo Splošnemu sodišču v ponovno vsebinsko odločanje in
- pridrži odločitev o stroških.

¹⁰² Opomba 24 zgoraj.