



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. ВОВЕК
представено на 12 декември 2017 година¹

Дело C-16/16 P

**Кралство Белгия
срещу**

Европейска комисия

„Обжалване — Защита на потребителите — Услуги в областта на хазартните игри по интернет — Защита на потребителите и играчите, ползващи услуги в областта на хазартните игри по интернет, и предпазване на малолетните и непълнолетните лица от участие в хазартни игри по интернет — Препоръка на Комисията — Член 263 ДФЕС — Обжалваем акт — Съдебен контрол по отношение на актове с незадължителна сила („меко законодателство“) — Незадължителни актове, които пораждат правни последици — Актове, които основателно може да се възприемат като предизвикващи съответстващо поведение“

Съдържание

I. Въведение	2
II. Правна уредба	3
А. Първичното право	3
Б. Препоръката на Комисията	4
III. Фактите и производството	6
IV. Обжалваното определение	7
V. Производството пред Съда	9
VI. Анализ	11
А. Предимство на съдържанието пред формата	11
1. Решение AETR	12

¹ Език на оригиналния текст: английски.

2. Прилагането на критерия AETR от Общия съд по настоящото дело	13
3. Проблематичните моменти в критерия AETR.....	13
а) Вътрешни проблеми	13
1) Правно действие, задължителна сила или задължително правно действие?	14
2) Каква е ролята на намерението на автора?	15
б) Външни проблеми	16
1) Увеличаването на „мекото законодателство“	16
2) Препоръките: без задължителна сила, но с правни последици.....	17
i) На равнището на Съюза.....	18
ii) На равнището на държавите членки	19
4. Обратно към корените: решение AETR и правното действие	22
5. Прилагането на критерия към настоящия случай	24
Б. Формата определя съдържанието	28
1. (Пълно) изключване: препоръка означава препоръка.....	28
2. Съдържание или форма?.....	29
3. (Евентуално) необходимите пояснения.....	31
VII. Заключение	33

I. Въведение

1. Един от големите дебати, които оформят (англо-американската) правна философия през последните няколко десетилетия, е спорът между Хърбърт Харт и Роналд Дуоркин за естеството на правото и структурата на правната система. В края на 60-те и 70-те години на XX век критиката на Дуоркин за книгата на Харт „Понятие за правото“² се избистря около няколко теми. Една от основните тези на Дуоркин е, че разбирането на Харт за правна система е твърде тясно и прекалено фокусирано върху правните *норми*, а пропуска друг важен елемент на всяка правна система, а именно *принципите*³.

2 Hart, H. L. A. The Concept of Law“, ed. 2 (with a postscript). Oxford: Clarendon Press, 1997 (първото издание е публикувано през 1961 г.).

3 Dworkin, R. Taking Rights Seriously (New Impression with a Reply to Critics). London: Duckworth, 1987, p. 22 sq. (първото издание е публикувано през 1977 г.).

2. Вероятно няма да е погрешно да се допусне, че въпреки заглавието, при приемането на „Препоръка относно *принципите* за защита на потребителите и играчите, ползващи услуги в областта на хазартните игри по интернет, и за предпазване на малолетните и непълнолетните лица от участие в хазартни игри по интернет“ (наричана по-нататък „Препоръката“)⁴, Комисията не е имала намерение да взема страна в този теоретичен дебат. Когато обаче Кралство Белгия подава до Общия съд жалба за отмяна на Препоръката, възниква на вид сходен, но съдържателно малко по-различен въпрос: за целите на съдебния контрол по какво тези *принципи* се различават от (задължителните правни) *норми* в правото на Съюза? Освен това може ли препоръките на Комисията — актове от правото на Съюза, които изрично са изключени от обхвата на съдебния контрол по член 263, първа алинея ДФЕС, все пак да бъдат обжалвани по реда на тази разпоредба?

3. Общият съд обявява жалбата на Белгия за недопустима⁵, като приема, че Препоръката няма за цел да породи задължителни правни последици. Кралство Белгия обжалва това решение пред Съда.

4. В настоящото заключение ще предложа на Съда по същество двучастен отговор: първо, в *общ* план, с оглед на променящата се законодателна реалност в правото на Съюза (и не само там), белязана от растящата употреба на различни актове с незадължителна сила („soft law“, или „меко законодателство“), достъпът до съдилищата на Съюза следва да се адаптира съответно на тези промени. В този смисъл, и доколкото теоретичният каламбур го позволява, подходът действително би трябвало да стане малко по-дуоркиновски, като се признае фактът, че съществуват норми със значително правно действие, които остават извън двоичната логика, деляща правните норми на задължителни и незадължителни. Второ, *конкретно* що се отнася до обсъжданата по настоящото дело препоръка, нормативен акт, който по своята логика, контекст, цел и отчасти език може основателно да се разглежда като установяващ *норми* за поведение, следва да подлежи на съдебен контрол, независимо че е донякъде „замаскиран“ просто като набор от „*принципи*“ в препоръка.

II. Правна уредба

A. Първичното право

5. Съгласно член 4, параграф 3 ДЕС „[д]ържавите членки вземат всички общи или специални мерки, необходими за гарантиране на изпълнението на задълженията, произтичащи от Договорите или от актовете на институциите на Съюза. Държавите членки съдействат на Съюза при изпълнението на неговите задачи и се въздържат от всякакви мерки, които биха могли да застрашат постигането на целите на Съюза“.

6. Член 263, първа алинея ДФЕС предвижда: „Съдът на Европейския съюз осъществява контрол относно законосъобразността на законодателните актове, на актовете на Съвета, на Комисията и на Европейската централна банка, с изключение на препоръките и становищата, както и на актовете на Европейския парламент и на Европейския съвет, предназначени да произведат правно действие по отношение на трети страни. Той контролира също така законосъобразността на актовете, издадени от органите, службите или агенциите на Съюза, предназначени да произвеждат правно действие по отношение на трети страни“.

4 Препоръка 2014/478/ЕС на Комисията от 14 юли 2014 г. (ОВ L 214, 2014 г., стр. 38). Курсивът е мой.

5 Определение от 27 октомври 2015 г., Белгия/Комисия (Т-721/14, EU:T:2015:829).

7. Член 288 ДФЕС гласи:

„С оглед на упражняването на областите на компетентност на Съюза институциите приемат регламенти, директиви, решения, препоръки и становища.

Регламентът е акт с общо приложение. Той е задължителен в своята цялост и се прилага пряко във всички държави членки.

Директивата е акт, който обвързва по отношение на постигането на даден резултат от държавите членки, до която е адресиран, като оставя на националните власти свобода при избора на формата и средствата за постигане на този резултат.

Решението е задължително в своята цялост. Когато решението посочва адресати, то е задължително само за тях.

Препоръките и становищата нямат задължителен характер“.

8. Член 292 ДФЕС гласи следното: „Съветът приема препоръки. Той действа по предложение на Комисията във всички случаи, когато Договорите предвиждат той да приема актове по предложение на Комисията. Съветът действа с единодушие в областите, за които се изисква единодушие за приемане на акт на Съюза. Комисията, както и Европейската централна банка в специфичните случаи, предвидени в Договорите, приемат препоръки“.

9. Член 296 гласи:

„Когато Договорите не предвиждат вида акт, който следва да се приеме, институциите решават това за всеки отделен случай при зачитане на приложимите процедури и принципа на пропорционалност.

Правните актове са мотивирани и се позовават на предложенията, инициативите, препоръките, исканията или становищата, предвидени в Договорите.

Когато проект на законодателен акт е отнесен до Европейския парламент и до Съвета, те се въздържат от приемане на актове, които не са предвидени от законодателната процедура, приложима в съответната област“.

Б. Препоръката на Комисията

10. Съгласно съображение 5 от Препоръката на Комисията, „[т]ъй като на равнището на Европейския съюз липсва хармонизация, държавите членки по принцип могат свободно да формулират целите на своята политика по отношение на хазартните игри, както и да определят желаното равнище на защита с оглед на опазването на здравето на потребителите [...]“.

11. В съображение 8 се посочва, че „[п]равилата и политиките, които държавите членки са въвели, за да преследват цели от обществен интерес, се различават значително. Предприемането на мерки на равнището на ЕС мотивира държавите членки да осигурят висока степен на защита на цялата му територия“.

12. Целта на Препоръката на Комисията е посочена в съображение 9, както следва: „да се опази здравето на потребителите и играчите, като по този начин също така се сведат до минимум евентуалните икономически щети, които могат да произтекат от натрапчивото или прекомерното комарджийство. С оглед на това в нея се препоръчват принципи за осигуряване на висока степен на защита на потребителите, играчите и малолетните и непълнолетните лица по отношение на услугите в областта на хазартните игри по интернет. При изготвянето на настоящата препоръка Комисията изхождаше от утвърдените практики на държавите членки“.

13. В съображение 15 се посочва, че е „[ц]елесъобразно [...] държавите членки да бъдат приканени да въведат правила за предоставяне на информация на потребителите относно хазартните игри по интернет [...]“.

14. Съображение 16 гласи, че „[к]огато е целесъобразно, принципите на настоящата препоръка следва да се отнасят не само за същинските оператори, но и за трети страни, в това число и свързаните с тях дружества, които рекламират от тяхно име услуги в областта на хазартните игри по интернет“.

15. В съображение 27 се посочва, че „[з]а адекватната защита на целите от обществен интерес е необходим ефективен надзор. Държавите членки следва да определят компетентни органи, да установят ясни насоки за операторите и да предоставят леснодостъпна информация за потребителите, играчите и уязвимите групи, включително малолетните и непълнолетните лица“.

16. В съображение 29 се допълва, че „[н]астоящата препоръка не засяга разпоредбите на Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и Директива 93/13/ЕИО на Съвета“.

17. В раздел I от Препоръката се посочва нейната цел. Съгласно точка 1 „[н]а държавите членки се препоръчва да осигурят висока степен на защита на потребителите, играчите, малолетните и непълнолетните лица, като приемат принципи за услугите в областта на хазартните игри по интернет, както и за отговорни търговски съобщения за тези услуги, с цел опазване на здравето и свеждане до минимум на евентуалните икономически щети, които могат да произтекат от натрапчивото или прекомерното комарджийство“. Точка 2 гласи, че „[н]астоящата препоръка не засяга правото на държавите членки да регламентират услугите в областта на хазартните игри“.

18. Раздел III от Препоръката установява съвсем конкретни и подробни изисквания относно информацията, насочени към уебсайтовете за хазартни игри на операторите и включващи в частност изисквания за вида на информацията, която следва да бъде изобразена на началната им страница, както и за броя щраквания, необходими за достигане до всяка информация. Раздел IV добавя още изисквания относно малолетните и непълнолетните лица.

19. Раздел V се отнася до регистрацията на играчите и игралните сметки. По-специално, точка 15 гласи, че „[д]ържавите членки следва да гарантират, че дадено лице има право да участва в хазартна услуга по интернет само когато е регистрирано като играч и има сметка при оператора“.

20. Раздел VI се отнася до игралната активност и помощта за играчите. Раздел VIII урежда търговските съобщения, а раздел IX — спонсорирането.

21. Раздел XI се отнася до надзора. В точка 51 държавите членки се приканват „при прилагането на принципите, залегнали в настоящата препоръка, да определят компетентни регулаторни органи по хазарта, които да осигуряват и наблюдават безпристрастно ефективното спазване на националните мерки, приети в подкрепа на принципите, посочени в настоящата препоръка“.

22. Раздел XII, последният раздел от Препоръката, е относно докладването. Точка 52 от него гласи, че „[д]ържавите членки се приканват до 19 януари 2016 г. да уведомят Комисията за мерките, предприети въз основа на настоящата препоръка, за да може Комисията да направи оценка на нейното изпълнение“.

23. Съгласно точка 53 „[д]ържавите членки се приканват да събират за статистически цели надеждни годишни данни относно:

- а) приложимите мерки за защита, и по-специално относно броя на игралните сметки (открити и закрити), броя на самоизключилите се играчи, броя на играчите, които страдат от свързани с хазарта смущения в поведението, и броя на жалбите от страна на играчите;
- б) търговските съобщения по категории и по вид нарушение на принципите.

Държавите членки се приканват да съобщават тази информация на Комисията, като първото съобщаване следва да се извърши най-късно до 19 юли 2016 г.“.

24. Накрая, в точка 54 се посочва, че „Комисията ще извърши оценка на изпълнението на настоящата препоръка до 19 януари 2017 г.“.

III. Фактите и производството

25. През 2011 г. в Зелената книга „относно хазарта по интернет на вътрешния пазар“⁶ Комисията определя общите цели на държавите членки относно регулирането на хазартните услуги по интернет. Освен това тя установява основните приоритетни области за действие на Съюза.

26. В своето съобщение „За цялостна европейска нормативна уредба в областта на хазартните игри по интернет“, прието на 23 октомври 2012 г.⁷, Комисията предлага редица действия в отговор на регулаторните, обществените и технологичните предизвикателства във връзка с хазартните игри по интернет. По-конкретно Комисията посочва, че като цяло на този етап не изглежда целесъобразно Съюзът да предлага специфична за сектора нормативна уредба на хазартните игри по интернет. В съобщението Комисията обявява, че ще представи препоръка за защитата на потребителите на услуги в областта на хазартните игри по интернет, включително защитата на малолетните и непълнолетните лица, както и за отговорните търговски съобщения за тези услуги.

27. В Резолюция от 10 септември 2013 г. относно хазартните игри по интернет на вътрешния пазар⁸ Европейският парламент призовава Комисията да проучи възможността за взаимодействие между националните регистри за самоизключване, което би повишило осведомеността за рисковете от пристрастяване към хазартните игри, както и да разгледа възможността за задължителни проверки на идентификацията от трета страна. Парламентът също така призовава операторите на хазартни игри по интернет да бъдат задължени да поместват на уебсайтовете за хазартни игри информация относно регулаторните органи и предупреждения към малолетните и непълнолетните лица, както и да насърчават използването на самоограничения. Наред с това Парламентът призовава да се въведат общи принципи за отговорни търговски съобщения. Той препоръчва търговските съобщения да съдържат ясни предупреждения за последствията от патологичната зависимост от хазарта и за рисковете от

⁶ COM (2011) 128 окончателен.

⁷ COM (2012) 596 окончателен.

⁸ P7_TA(2013)0348.

пристрастяване към хазартните игри. Търговските съобщения следва да не бъдат прекомерни и да не се разполагат върху съдържание, което е конкретно предназначено за малолетни и непълнолетни лица, или на места, на които има по-висока степен на риск да бъдат насочени към малолетните и непълнолетните.

28. Европейският икономически и социален комитет също призовава Комисията да се намеси за подобряване на защитата на потребителите по отношение на онлайн хазарта и за защита на малолетните и непълнолетните лица⁹.

29. В този контекст, на 14 юли 2014 г. Европейската комисия приема спорната препоръка на основание член 292 ДФЕС. Пълният ѝ текст е публикуван в *Официален вестник на Европейския съюз*, 19 юли 2014 г., серия L.

30. Приемането на Препоръката е придружено от съобщение за медиите¹⁰ и обяснителна записка¹¹. В обяснителната записка Препоръката на Комисията е представена по следния начин: „Препоръката е акт с незадължителен характер, който Европейската комисия използва, за да отправи ясно послание към държавите членки какви действия се очакват от тях за решаването на даден проблем, като същевременно даде възможност за достатъчна гъвкавост по отношение на средствата за постигането на тази цел на национално равнище. Определяйки целите, които трябва да се постигнат, този акт следва да ускори разработването на последователни принципи, които да се прилагат в целия Европейски съюз“. Що се отнася до избора на вида акт, в обяснителната записка се допълва, че „не съществува специфична за сектора нормативна уредба на хазартните игри по интернет в Съюза, а и не е счтено за целесъобразно да се предложи такава специфична уредба. Освен това Комисията може да приеме препоръка незабавно, докато евентуалните законодателни предложения ще трябва да бъдат приети от Съвета на министрите на Съюза и от Европейския парламент, което може да отнеме време“.

IV. Обжалваното определение

31. На 13 октомври 2014 г. Кралство Белгия подава до Общия съд жалба за отмяна на въпросната препоръка.

32. С определение от 27 октомври 2015 г. Общият съд отхвърля жалбата като недопустима¹². Общият съд приема, че предвид текста, съдържанието и контекста ѝ Препоръката не произвежда и не е предназначена да произведе задължително правно действие. Поради това тя не може да бъде квалифицирана като акт, който подлежи на контрол за законосъобразност по реда на член 263 ДФЕС¹³.

33. В мотивите си Общият съд първо посочва, че въпреки някои незначителни различия между текстовете на различните езици, в съществената си част текстът на Препоръката няма императивен характер¹⁴.

⁹ 2012/2322(INI).

¹⁰ IP/14/828 от 14 юли 2014 г., публикувано в интернет на адрес http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_bg.htm.

¹¹ МЕМО/14/484 от 14 юли 2014 г., публикувана в интернет на адрес http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm.

¹² Определение от 27 октомври 2015 г., Белгия/Комисия (T-721/14, EU:T:2015:829).

¹³ Точка 37 от обжалваното определение.

¹⁴ Точка 21 и сл. от обжалваното определение.

34. По-нататък Общият съд приема, че видно от съдържанието на Препоръката, Комисията не е имала намерение да ѝ придаде задължително правно действие¹⁵. По-конкретно, в точки 51—53 от Препоръката държавите членки се *приканват* да определят компетентни регулаторни органи и да уведомяват Комисията за мерките, предприети въз основа на Препоръката. Това не създава задължение за държавите членки да прилагат принципите, установени с този акт. Освен това Комисията изрично заявява, че Препоръката не засяга регулаторните правомощия на държавите членки в тази област, а само приканва държавите членки да се съобразяват със закрепените в нея принципи¹⁶.

35. Общият съд приема, че анализът на текста и съдържанието на Препоръката се потвърждава от анализа на нейния контекст. Обсъжданията в Съвета, Европейския парламент и Комисията показват, че към онзи момент не е имало намерение да се предлага нормативна уредба на Съюза в тази област¹⁷.

36. Общият съд допълва, че публикуването на Препоръката в серия L вместо в серия C на Официален вестник само по себе си не може да опровергае извода, че Препоръката не е предназначена да произвежда задължително правно действие¹⁸. Освен това според него само от обстоятелството, че препоръките, макар и незадължителни, могат да пораждат правно действие, не може да се заключи, че те представляват обжалваеми актове. В противен случай би се стигнало до противоречие с член 263 ДФЕС, съгласно който препоръките, които не произвеждат задължително правно действие, не могат да бъдат предмет на жалба за отмяна¹⁹.

37. Когато се твърди, че съответната институция на Съюза е нарушила принципите на институционалното равновесие, на предоставената компетентност или на лоялно сътрудничество, това не създава възможност за отклоняване от поставените от Договора условия за допустимост на жалбата за отмяна²⁰. По-конкретно, обстоятелството, че в производство по иск за установяване на неизпълнение на задължения Съдът може да подложи акт или действие без задължителни правни последици на проверка от гледна точка на задължението на държавите членки за лоялно сътрудничество, не означава, че същото следва да важи за производствата, образувани по жалби за отмяна²¹.

38. Общият съд посочва, че противно на твърденията на жалбоподателя, Препоръката не съдържа нито правило, нито принцип за хармонизиране на пазара на услугите в областта на хазартните игри по интернет. Това е видно от точка 2, в която изрично са потвърдени регулаторните правомощия на държавите членки в тази област²². Препоръката няма за цел да ограничи възможността за всяка държава членка да прецени, в съответствие със собствените си предпочитания, какви изисквания налага защитата на съответните морални, религиозни и културни аспекти²³.

15 Точка 29 от обжалваното определение.

16 Точки 32—35 от обжалваното определение.

17 Точка 36 от обжалваното определение.

18 Точки 38—40 от обжалваното определение.

19 Точки 42—48 от обжалваното определение.

20 Точки 51 и 52 от обжалваното определение.

21 Точки 54 и 55 от обжалваното определение.

22 Точка 64 от обжалваното определение.

23 Точка 68 от обжалваното определение.

V. Производството пред Съда

39. С жалбата си Кралство Белгия (наричано по-нататък „жалбоподателят“) иска от Съда да отмени определението на Общия съд, да обяви за допустима подадената до Общия съд жалба за отмяна, да разреши делото по същество, да уважи молбите за встъпване на Република Гърция и Португалската република²⁴ и да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

40. Комисията иска от Съда да отхвърли жалбата и да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

41. Жалбоподателят изтъква три основания за обжалване: i) нарушение на принципите на предоставена компетентност, лоялност и институционално равновесие, ii) нарушение на принципа за лоялност и незачитане на статута на държавите членки като привилегирани жалбоподатели и iii) неправилно тълкуване на правните последици на Препоръката по отношение на Белгия.

42. По първото основание жалбоподателят твърди, че жалбата е трябвало да бъде обявена за допустима, тъй като Общият съд е трябвало да провери и дали Препоръката е издадена от компетентен орган, а не само дали произвежда задължително правно действие. По-точно, Общият съд не спазил принципите на предоставена компетентност, лоялност и институционално равновесие, тъй като не разгледал въпроса дали е налице материалноправно основание за приемането на Препоръката. Член 292 ДФЕС не бил самостоятелно правно основание: той оправомощавал Съвета и Комисията да приемат препоръки, но за да се установи коя от двете институции е компетентна, трябвало да се прецени каква материална компетентност е предоставена на всяка от тях с Договорите.

43. Освен това жалбоподателят твърди, че дори незадължителната препоръка трябва да подлежи на съдебен контрол, за да се установи дали съответства на посочените по-горе принципи. Като не допуснал съдебен контрол, Общият съд действал в разрез с принципа на предоставената компетентност. Освен това той приложил член 263 ДФЕС по начин, който не съответства на установената съдебна практика, че във всеки акт на институциите следва ясно да бъде посочено правното му основание²⁵.

44. Според жалбоподателя самият факт, че Комисията приема един от правните актове, изброени в член 288 ДФЕС, без да има такава компетентност, сам по себе си би породил правно действие, тъй като би нарушил баланса на правомощията между Съюза и държавите членки, както и между институциите на Съюза. Следователно трябвало да е налице възможност за контрол от страна на Съда. Спазването на тези принципи трябвало да бъде доказано, преди да се преценява дали става въпрос за „истинска“ препоръка. Жалбоподателят твърди, че действителният законодателен акт на Съюза трябва да е приет в съответствие с правото на Съюза и при зачитане на правомощията на другите институции на Съюза и на държавите членки.

45. По второто основание жалбоподателят се оплаква от това, че като се обосновава с разликата между производството по жалба за отмяна и производството за установяване на неизпълнение на задължения, Общият съд третира като ирелевантна съдебната практика, съгласно която актовете с незадължително правно действие, приети в нарушение на изискването за лоялно

24 Португалската република и Република Гърция подават молби за встъпване по делото пред Общия съд в подкрепа на жалбоподателя. Тъй като обаче отхвърля жалбата като недопустима, Общият съд приема, че няма основание да се произнесе по тези молби за встъпване (точка 86 от обжалваното определение).

25 Жалбоподателят се позовава на становище 2/00, за да подчертае конституционното значение на избора на подходящото правно основание (становище 2/00 (Протокол от Картагена за биологична безопасност) от 6 декември 2001 г., EU:C:2001:664, т. 5). Вж. също решение от 1 октомври 2009 г., Комисия/Съвет (C-370/07, EU:C:2009:590, т. 47).

сътрудничество, подлежат на съдебен контрол в производството за установяване на неизпълнение на задължения²⁶. Това изцяло противоречало на взаимния характер на принципа на лоялност²⁷. В резултат от това Общият съд отнемал възможността на държава членка да го сезира с жалба за отмяна, въпреки че държавите членки са привилегирани жалбоподатели.

46. По третото основание жалбоподателят твърди, че при разглеждането на Препоръката Общият съд неправилно е приложил решение AETR²⁸ и последващата съдебна практика. Той заключава, че Препоръката подлежи на контрол за законосъобразност съгласно член 263 ДФЕС, тъй като произвежда правно действие, поне по отношение на Белгия и Португалия.

47. Жалбоподателят твърди, че Общият съд е трябвало да вземе предвид факта, че текстът на Препоръката има императивен характер на няколко езика, например на португалски, а също и на два от трите официални езика на Белгия, а именно нидерландски и немски, по-специално тъй като препоръките трябва да се вземат предвид от националните съдилища. Общият съд трябвало да разглежда Препоръката не общо, а конкретно, като прецени дали тя произвежда правно действие по отношение на Белгия. Предвид императивните текстове на нидерландски и немски език можело да се заключи, че правното действие по отношение на Белгия е „по-силно“, отколкото следва от текстовете на други езици.

48. В писмения си отговор Комисията оспорва доводите на жалбоподателя относно условията за допустимост на жалбите за отмяна на препоръки. Според нея доводите на жалбоподателя се отнасят до съществуването на делото (доколкото се изтъкват принципите на предоставена компетентност, лоялно сътрудничество и институционално равновесие и въпросът за правното основание), докато висиящото тук дело се отнася само до въпроса за допустимостта.

49. Що се отнася до взаимния характер на принципа на лоялност (второто основание), Комисията посочва, че Кралство Белгия неоснователно поддържа, че Общият съд е създал процесуално неравенство в полза на Комисията в производствата за установяване на неизпълнение на задължения и в ущърб на държавите членки в производствата по жалби за отмяна. Този извод на Общия съд просто означавал, че законосъобразността на препоръките не може да бъде оспорвана на основание член 263 ДФЕС. Следователно не било налице неравно третиране при прилагането на член 263 ДФЕС.

50. Според Комисията няма значение, че в текстовете на официалните езици на една от държавите членки се откриват малки различия. Всъщност преценката на правните последици на дадена препоръка, доколкото има такива, следвало да се основава и на целта и контекста на акта. Според Комисията актовете на Съюза следва да се тълкуват самостоятелно, независимо от вътрешното право.

51. В репликата си жалбоподателят се фокусира върху правното основание на Препоръката, каквото според него липсва. Той настоява, че със самото си съществуване препоръките на Комисията произвеждат правни последици (макар и ограничени), което означавало, че те трябва да подлежат на контрол за законосъобразност. Държавите членки трябвало да могат да поискат проверка на валидността на всеки акт на Съюза, когато не е сигурно дали той е приет в съответствие с принципа на предоставената компетентност, особено когато липсва материалноправно основание. Не било достатъчно само позоваване на член 292 ДФЕС. То не отговаряло на изискването за посочване на материалноправно основание.

26 Решения от 12 февруари 2009 г., Комисия/Гърция (C-45/07, EU:C:2009:81), и от 20 април 2010 г., Комисия/Швеция (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Решение от 6 октомври 2003 г., Ирландия/Комисия (C-339/00, EU:C:2003:545, т. 71).

28 Решение от 31 март 1971 г., Комисия/Съвет (22/70, EU:C:1971:32).

52. В дубликата си Комисията твърди, че няма празнота в предвидените в Договорите процедури. Препоръките били изключени от обхвата на член 263 ДФЕС. Единственият въпрос бил дали обсъжданата препоръка е „истинска“. Въпросът за правното основание спадал към преценката по същество и следователно трябвало да бъде разглеждан само ако искането е допустимо. Във всички случаи Комисията не счита, че жалбоподателят е доказал необходимостта от правно основание, различно от член 292 ДФЕС.

53. В допълнение към писмените си становища Кралство Белгия и Комисията излагат устни становища в съдебното заседание от 26 юни 2017 г.

VI. Анализ

54. Жалбоподателят обжалва на три основания. Счита за уместно най-напред да разгледам третото основание (във връзка с което жалбоподателят твърди, че Общият съд е допуснал грешка в преценката относно липсата на правно действие на обжалваната препоръка) основно поради две причини. Първо, то представлява най-съществената част от жалбата до Съда. По един или друг начин третото основание засяга и части от първото и второто основание. В известна степен в случаи като настоящия определени аспекти от преценката по същество имат значение още на етапа на допустимостта и стават част от него. Второ, според мен жалбата е основателна поради третото изтъкнато от жалбоподателя основание. Решението на Общия съд е неправилно, доколкото той неправилно е тълкувал действието на разглежданата препоръка и поради това неправилно е преценил въпроса за допустимостта на жалбата²⁹.

55. Препоръката е „типичен“ акт от правото на Съюза и е сред изброените в член 288 ДФЕС. За разлика от възможния широк спектър от „нетипични“ актове на институциите и органите на Съюза, а именно тези, които не са изброени, член 288 ДФЕС определя характеристиките на препоръката — тя няма задължителен характер. Освен това член 263, първа алинея ДФЕС ясно изключва препоръките от кръга на подлежащите на обжалване актове.

56. При този нормативен контекст в първичното право едва ли може съвсем автоматично тук да се пренесе подходът от разработената за „нетипичните актове“ съдебна практика, произтичаща от решение AETR³⁰. Следователно са възможни два подхода към евентуалните жалби за отмяна на препоръки. Първият е подходът на *„предимството на съдържанието пред формата“*, което означава, че дори при типични актове допустимостта на жалбата за отмяна ще се определя от анализа на съдържанието на спорния акт. Ако актът всъщност не е това, което сочи заглавието му (например ако не е „истинска“ препоръка), ще трябва да подлежи на обжалване независимо от неговото наименование. При втория подход *„формата определя съдържанието“*, което предполага, че всяко нещо отговаря на името си, дори да изглежда малко по-особено. Щом пише какво е и именно защото пише какво е, то трябва да се счита за такова и да се тълкува като такова.

57. Настоящото заключение е структурирано по следния начин: в раздел А описвам първия подход, като най-напред се връщам към корените на критерия от решение AETR (подраздел 1), а след това разглеждам последващата съдебна практика и начина, по който Общият съд прилага критерия в настоящия случай (подраздел 2). По-нататък обяснявам защо, когато става дума за препоръки, този критерий е проблематичен в много отношения (подраздел 3), а после давам предложение за неговото адаптиране (подраздел 4). Накрая показвам как този по-диференциран критерий би се приложил към разглежданата препоръка (подраздел 5).

29 Според мен тълкуването на правното действие (или липсата на такова) на (евентуален) източник на правото на Съюза, например препоръка, е изцяло правен въпрос, поради което подлежи на пълен контрол в производството по обжалване на акта на Общия съд. Iura (item „ius mollis“) novit Curia („съдът познава закона (включително „мекото законодателство“).

30 Решение от 31 март 1971 г., Комисия/Съвет (22/70, EU:C:1971:32).

58. Раздел Б започва с представяне на втория подход (подраздел 1), след което излагам още доводи, за да покажа защо според мен Съдът не трябва да възприема този подход (подраздел 2). Ако обаче Съдът все пак реши да постъпи така, бих го приканил поне да даде няколко важни пояснения за естеството и действието на препоръките (подраздел 3).

А. Предимство на съдържанието пред формата

1. Решение AETR

59. В първата си редакция от 1957 г. член 173 от Договора за ЕИО (по-късно член 230 ЕО, а понастоящем член 263 ДФЕС) гласи, че Съдът осъществява контрол за законосъобразност на „актовете на Съвета и на Комисията, с изключение на препоръките и становищата“. Не е дадено положително определение кои правни актове могат да бъдат обжалвани. Затова се налага Съдът да преценява кои актове подлежат на обжалване: дали само актовете на Комисията и на Съвета, които изрично са определени като задължителни с тогавашния член 189 ЕИО (понастоящем член 288 ДФЕС), а именно регламенти, директиви и решения, или и „нетипичните актове“, които също се приемат от тези институции, но не са изрично споменати в Договорите.

60. В решение AETR³¹, което се отнася до разискванията на Съвета във връзка с преговорите и сключването на международно споразумение, Съдът установява критерий за преценка на допустимостта на жалбите за отмяна на актове на институциите (наричан по-нататък „критерият AETR“). Съдът приема, че съгласно член 173 ЕИО обжалваеми актове са „всички разпоредби, приети от институциите и предназначени да произведат правно действие [...]“. Поради това възможността за подаване на жалба за отмяна трябва да съществува по отношение на *всички приети от институциите разпоредби, които са предназначени да произведат правно действие, независимо от тяхното естество или форма*³².

61. Така първоначалният критерий AETR обхваща два признака: налице ли е акт на Съюза, *предназначен* да произведе *правно действие*?

62. В последващата си практика Съдът прилага този критерий по отношение на редица нетипични актове като вътрешни инструкции или насоки на Комисията³³, кодекси за поведение за прилагане на регламент на Съвета³⁴, съобщения³⁵, информационни бележки³⁶ и писма³⁷.

63. При внимателно разглеждане на тези решения се забелязва, че критерият не винаги е формулиран съвсем еднакво. Те обаче имат един ясен общ момент: във връзка с всички тези нетипични актове Съдът винаги приема, че при преценката за допустимост на жалбата за отмяна съдържанието на акта на Съюза има предимство пред формата³⁸. Фактическото наименование и форма на акта не са достатъчни, за да се определи дали той подлежи на контрол за законосъобразност.

31 Решение от 31 май 1971 г., Комисия/Съвет (22/70, EU:C:1971:32).

32 Точки 39 и 42 от това решение (курсивът е мой). Формулировката „актове, които произвеждат правно действие“ тогава е включена в член 173 ЕИО с Договора от Маастрихт.

33 Вж. решения от 9 октомври 1990 г., Франция/Комисия (C-366/88, EU:C:1990:348), и от 6 април 2000 г., Испания/Комисия (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Вж. решение от 13 ноември 1991 г., Франция/Комисия (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Вж. решения от 16 юни 1993 г., Франция/Комисия (C-325/91, EU:C:1993:245), и от 20 март 1997 г., Франция/Комисия (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Вж. решение от 1 декември 2005 г., Италия/Комисия (C-301/03, EU:C:2005:727), заедно с добре изясняващото въпроса заключение на генералния адвокат Jacobs (C-301/03, EU:C:2005:550, т. 70 и сл.).

37 Вж. решение от 5 октомври 1999 г., Нидерландия/Комисия (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 Вж. още решение от 10 декември 1957 г., Société des usines à tubes de la Sarre/Върховен орган (1/57 и 14/57, EU:C:1957:13), което се отнася до актовете на Върховния орган.

2. Прилагането на критерия AETR от Общия съд по настоящото дело

64. В обжалваното определение Общият съд посочва, че „[o]т постоянната съдебна практика следва, че за обжалваеми актове по член 263 ДФЕС се считат всички приети от институциите разпоредби, независимо от тяхната форма, които имат за цел да породят задължителни правни последици [...]. [...] [И]звън обхвата на съдебния контрол по член 263 ДФЕС остава всеки акт, който не поражда *задължителни* правни последици, каквито са подготвителните актове, потвърждаващите актове и чисто изпълнителните актове, актовете, представляващи *само препоръки* или становища, както и по принцип вътрешните инструкции [...]. С оглед на съдебната практика, за да се прецени способността на даден акт да породява правно действие и следователно да бъде оспорван с жалба за отмяна на основание член 263 ДФЕС, [...] следва да се разгледа неговият текст и контекстът, в който той се вписва, неговата същност, както и намерението на неговия автор“³⁹.

65. Тогава Общият съд за първи път, поне доколкото ми е известно, прилага критерия AETR по отношение на препоръка. Общият съд разглежда текста, контекста и същността на акта, както и намерението на автора. Той приема, че Препоръката не поражда задължителни правни последици за своите адресати. Общият съд признава, че формулираните в Препоръката принципи са много подробни. Въпреки това той приема, че те нямат „задължителен“ характер, което особено ясно личи от формулирания като „покана“ текст на Препоръката на повечето езици. Затова, като отдава по-голяма тежест на текста, отколкото на другите фактори, Общият съд приема, че жалбата е недопустима.

66. В обобщение, определящите моменти в анализа на Общия съд на обжалваната препоръка видимо са липсата на *задължителни правни* последици на Препоръката, което следва от *намерението* на Комисията, което пък е установено преди всичко с оглед на формата на акта и неговия текст.

3. Проблематичните моменти в критерия AETR

67. Разбиран и приложен по този начин, критерият AETR поставя някои проблеми. Те могат да се групират в две категории: първата включва проблемите, които са *вътрешни* за критерия, неговата логика, условия и връзката между тях и които изпъкват може би още по-ясно, когато критерият се прилага по отношение на препоръка. Втората категория проблеми могат да бъдат наречени *външни*. Те са свързани с факта, че критерият AETR, който с течение на времето все повече се стеснява, изостава от промените в законодателната реалност в Съюза. При положение че различните актове на „мекото законодателство“ определено стават все повече и все по-значими, отколкото са били през 1971 г., условията за процесуална легитимация и съдебен контрол трябва да отговорят на тези промени.

а) Вътрешни проблеми

68. Тук се открояват два момента: необходимостта актът на Съюза да има *задължителен* характер, за да може да бъде обект на контрол за законосъобразност (1), и *намерението* на автора относно правните му последици (2).

³⁹ Точки 16—18 от обжалваното определение (курсивът е мой).

1) *Правно действие, задължителна сила или задължително правно действие?*

69. В точка 42 от решение AETR⁴⁰ се говори за мерки, предназначени да произведат не *задължително* правно действие, а само *правно* действие. Това видимо е вярно и за изразите, използвани в текстовете на другите езици по онова време⁴¹.

70. Промяната на терминологията — от само правно действие на „задължително правно действие“, настъпва в последващата съдебна практика⁴². Напоследък тази тенденция, изглежда, се утвърждава, доколкото понастоящем Съдът приема, че възможността за съдебен контрол на актовете на Съюза зависи от условието да имат *задължителни* правни последици⁴³.

71. Наистина може да се поддържа тезата, че въпреки употребата на термина „правно действие“, в решение AETR Съдът всъщност е искал да каже „задължителна сила“, макар че, като се има предвид какъв документ е бил обжалван по онова дело (протокол с разисквания на Съвета), това твърдение не е съвсем убедително. Такава теза би могла в частност да се обоснове с текста на член 189 ЕИО, който още тогава прави разграничение между задължителни актове (регламенти, директиви и решения) и актове с незадължителен характер (препоръки и становища)⁴⁴. В този смисъл, макар че Съдът не тълкува явно член 173 ЕИО с оглед на установената в член 189 ЕИО номенклатура, вероятно последната разпоредаба е оказала въздействие върху критерия.

72. Както и да стои този въпрос, несъмнено все още е съвсем ново явление общата тенденция в Съда към по-голяма строгост чрез ограничаване на обхвата на член 263 ДФЕС до актовете, пораждащи *задължителни* правни последици, при което се стига до допълване на текста на тази разпоредаба, в която се говори само за *правно* действие (по отношение на трети страни). Тъй като това разграничение не е ясно обсъдено в съдебната практика и най-вече няма данни за обмислен избор в едната или другата посока, би могло да възникне съмнение дали наистина волята на Съда е за по-строг и по-ограничителен подход. Независимо от това е ясно, че нито текстът, нито логиката на решение AETR непременно предполагат и *задължителни*, а не само *правни* последици.

73. Това не е само игра на думи. Както е видно в настоящия случай, въпросът има голямо практическо значение. Какво точно съставлява *правни* последици, може да бъде предмет на обсъждане. Безспорно обаче понятието е доста широко и обхваща всички видове въздействие върху или във правото, неговото тълкуване и прилагане. Обратно, задължителните последици, а на още по-силно основание и задължителните *правни* последици, са далеч по-тясна категория.

40 Вж. по-горе, бележка под линия 31.

41 На френски език „qui visent à produire des effets de droit“; на немски „Rechtswirkungen zu erzeugen“; на италиански „che miri a produrre effetti giuridici“, на нидерландски „die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen“.

42 Вж. например определение от 17 май 1989 г., Италия/Комисия (151/88, EU:C:1989:201, т. 21). Вж. също решение от 5 октомври 1999 г., Нидерландия/Комисия (C-308/95, EU:C:1999:477, т. 30). Само за „правни последици“ обаче се говори например в решение от 1 декември 2005 г., Италия/Комисия (C-301/03, EU:C:2005:727, т. 22—24).

43 Вж. решения от 13 октомври 2011 г., Deutsche Post и Германия/Комисия (C-463/10 P и C-475/10 P, EU:C:2011:656, т. 36), и от 13 февруари 2014 г., Унгария/Комисия (C-31/13 P, EU:C:2014:70, т. 54).

44 Вж. решение от 31 март 1971 г., Комисия/Съвет (22/70, EU:C:1971:32, т. 39), в контекста на заключението на генералния адвокат Dutheil de Lamothe по дело Комисия/Съвет (22/70, непубликувано, EU:C:1971:23, стр. 287), в което се посочва, че „член 173 и член 189 образуват вътрешно последователна цялост“. Вж. също решение от 23 април 1986 г., Les Verts/Парламент (294/83, EU:C:1986:166, т. 24).

74. *Задължителната* сила на правото традиционно се свързва с принудата. В случай на неизпълнение може да последва принудително изпълнение и санкция. При това (чисто позитивистично⁴⁵) схващане наличието на санкция е определящият признак на задължителната сила.

75. Независимо от тези теоретични дискусии, съвсем ясно е, че ако се възприеме критерият *задължителна правна* сила, редица актове, които вероятно имат значителни правни последици за поведението на адресатите, но не са задължителни в традиционния смисъл на думата, тъй като не са обвързани с пряк или независим механизъм за принуда, биха останали извън обхвата на съдебния контрол съгласно критерия АЕТР и в крайна сметка съгласно член 263, първа алинея ДФЕС. Както ще покажа по-нататък, точно такъв е случаят с разглежданата препоръка.

2) Каква е ролята на намерението на автора?

76. На второ място, така както е приложен от Общия съд, критерият АЕТР е вътрешно неясен: каква точно е ролята на намерението на автора, когато се преценява дали актът поражда (задължителни) правни последици?

77. Решение АЕТР, както и настоящият текст на член 263 ДФЕС, се основават на намерението на автора. Използването на минало глаголно време („was intended to“) допълнително би сочило, че важното е да се установи *миналото (историческо) субективно* намерение на автора към момента на приемането на въпросния акт. Може да се твърди, че подобно разбиране би съответствало и на общите правила, приложими по отношение на жалбите за отмяна. В производствата по такива жалби спорните актове на Съюза трябва да се преценяват въз основа на фактите и правната уредба към момента на приемането на съответния акт⁴⁶.

78. Ако обаче винаги се взема предвид субективното и историческо намерение на автора на акта, на практика изобщо не би имало препоръки, които да подлежат на обжалване. Преценката на естеството и последиците на препоръката бързо попада в омагьосан кръг. Тъй като не е имала намерение да приеме задължителен нормативен акт, Комисията е избрала препоръка. Тъй като е избрала препоръка, нейното субективно намерение очевидно е било този акт да няма задължителен характер. Щом това е било намерението ѝ, надлежно доказано от избора на акт, последният никога няма да е задължителен, независимо от съдържанието и текста му, тъй като Комисията не е имала намерение да приема задължителен нормативен акт.

79. По този начин изборът на акт винаги ще предопределя контекста и целта на мярката, които на свой ред вероятно ще надделяват над съдържанието и текста ѝ.

45 И съответно много по-келзеновско, отколкото вече цитираната доктрина на Харт, тъй като последната е доста по-„социологическа“. Харт приема, че правната норма може да е задължителна не само защото е приета в съответствие с вторична норма, която предвижда тя да има задължителен характер, но и защото група хора приемат тази норма като правило за своето поведение и това създава вътрешен социален натиск за нейното спазване в рамките на групата: вж. *Hart*, H. L. A. *The Concept of Law*, ed. 2 (with a postscript). Oxford: Clarendon Press, 1997, chapters V and VI.

46 Вж. например решения от 7 февруари 1979 г., Франция/Комисия (15/76 и 16/76, EU:C:1979:29, т. 7), и от 29 април 2004 г., Германия/Комисия (C-277/00, EU:C:2004:238, т. 39).

б) Външни проблеми

80. Освен тези логически проблеми, вътрешно присъщи на възприетия от Общия съд вариант на критерия AETR, видимо съществуват и по-общи, външни спънки пред използването на критерия. В този раздел ще разгледам две от тях: първо, все повече стават различните форми на „мекото законодателство“, които, строго погледнато, нямат задължителен характер, но същевременно пораждат правни последици (1). Второ, на практика е възможно препоръките да произвеждат редица правни последици, често значителни, както на равнището на Съюза, така и на национално равнище (2).

1) Увеличаването на „мекото законодателство“

81. Съществува широк набор от актове в правото на Съюза (и не само там), с различни наименования и различна форма (насоки, съобщения, кодекси на поведение, известия, препоръки, становища, междуинституционални споразумения, заключения, изявления, резолюции и т.н.), които се обозначават с родовия термин „мекото законодателство“. Такива актове могат да се приемат във всяка област, на всички възможни етапи от процеса на вземане на решение, независимо дали става въпрос за ранния предварителен стадий на консултациите със заинтересованите лица, или за последващия стадий на правоприлагането. Поради това тези актове могат да са както пред-, така и следзаконодателни.

82. Може би има два аспекта, по които е налице общо съгласие сред иначе твърде различните подходи към тези актове с незадължителна сила: първо, актовете на „мекото законодателство“ не се вменят лесно в двоичното, черно-бяло разделение между задължителни и незадължителни правни последици. Второ, през последните едно-две десетилетия броят на тези актове расте и те се срещат все по-често от преди⁴⁷.

83. Затова проблемът с разпространението на „мекото законодателство“ и (липсата на) съдебен контрол в това отношение се обсъждат не само в научната литература⁴⁸, но и от институциите на Съюза⁴⁹.

84. Освен това през последните години върховните съдилища на редица държави членки се стремят да решат проблемите, произтичащи от същото явление на национално равнище. Те разширяват обхвата на съдебния контрол, така че да се отнася и до актове, които, строго погледнато, не са задължителни, а по този начин на практика смекчават критериите за допустимост на жалбите за отмяна, за да гарантират правото на ефективна съдебна защита⁵⁰. Такъв например е подходът, когато адресатите може да възприемат обжалвания акт като задължителен въз основа на съвкупност от характеристики, особено поради това че предвижда

47 Съдейки по обема на научната литература и вниманието, което привлича тази тема.

48 Общо за „мекото законодателство“ в контекста на правото на Съюза вж. например Wellens, K.C. et Borchardt, G.M. Soft Law in European Community law. — European Law Review 14, 1989, p. 267; Klabbers, J. Informal Instruments before the European Court of Justice. — Common Market Law Review 31, 1994, p. 997; Senden, L. Soft Law in European Community Law. Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004; Schwarze, J. Soft Law im Recht der Europäischen Union. — Europarecht, 2011, p. 3; Scott, J. In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law. — Common Market Law Review 48, 2011, p. 329; Knauff, M. Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens. — Europarecht, 2011, p. 735; Stefan, O. Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2013; Bertrand, B. Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne. — Revue de l'Union européenne, 2014, p. 73.

49 Вж. най-вече проучването на Европейския парламент, озаглавено „Checks and Balances of soft EU rule-making“, генерална дирекция „Вътрешни политики“, отдел „С“, Права на гражданите и конституционни въпроси, 2012 г. (PE 462.433), по-специално стр. 54—58.

50 Например Bundesverwaltungsgericht (германският върховен административен съд), решение от 15 ноември 2010 г., 19 BV 10.871 (относно административни циркулярни писма, с които се определят нива на емисии по въпроси на околната среда).

стимули за изпълнение⁵¹, или когато авторът разполага с правомощия да налага санкции⁵² или пък когато актът може да има значителни последици за адресата⁵³. Същото важи, и то в много по-голяма степен, за съдилищата от системата на общото право (common law), които по традиция допускат контрол върху незадължителни актове много по-лесно, отколкото съдилищата от континенталната система. В Ирландия например съдилищата упражняват контрол с цел защита на основните права дори когато обжалваната мярка няма задължителен характер и няма конкретни последици за правата и задълженията на адресатите⁵⁴.

85. Накрая, специално внимание в това отношение заслужават подходът и практиката на френския Conseil d'Etat (Държавен съвет). Първо, Conseil d'Etat (Държавният съвет), образно казано, проучва терена в изчерпателен доклад, който в частност съдържа определение за „мекото законодателство“⁵⁵. Второ, миналата година той допълни това изследване, като разработи нов съдебен критерий, фокусиран върху икономическите последици и наличието на значително въздействие върху поведението на адресатите на акта⁵⁶.

86. Явно въпреки тяхното разнообразие както на национално равнище, така и на равнището на Съюза, различните актове от „мекото законодателство“ притежават една и съща основна характеристика: те не са *задължителни* в традиционния смисъл на думата. Те са вид *несвършени* норми: от една страна, явно имат нормативната амбиция да предизвикват съответстващо поведение от страна на адресатите. От друга страна, не са обвързани с никакви мерки за пряка принуда. Обикновено се приемат след процес на консултации с различните заинтересовани лица (подход „отдолу нагоре“), като могат да съдържат „умерени задължения“ или „силни призови“, формулирани като „покана“.

2) Препоръките: без задължителна сила, но с правни последици

87. Препоръките като цяло отговарят на това описание. В Договорите препоръките са определени само по отрицателен начин: те нямат задължителен характер (член 288 ДФЕС). Извън това използването и приложението на препоръките е различно⁵⁷. Обикновено те съдържат покани за възприемане на определено поведение, следване на политика или правила, които авторите им считат за подходящи с оглед на преследваната цел.

51 Вж. Högsta förvaltningsdomstolen (шведският върховен административен съд), решение от 24 май 1996 г. по дело 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 Вж. например белгийския Conseil d'Etat (Държавен съвет), решение 237/674 от 16 март 2017 г., отнасящо се до циркулярни писма на администрацията; вж. също френския Conseil d'Etat (Държавен съвет), решения от 17 ноември 2010 г., Syndicat français des ostéopathes, № 332 771, и от 11 октомври 2012 г., Société Casino Guichard-Perrachon, № 357193, отнасящи се до становища (prises de position) и доклади на независими административни органи с правомощия да налагат санкции.

53 Например в Швеция субектите на публичното и на частното право могат да оспорват законосъобразността на административен акт, когато са го приели за задължителен и са действали в съответствие с него (Högsta förvaltningsdomstolen (Върховен административен съд), решение от 10 февруари 2004 г. по дело 2696-03 (RA 2004 ref 8), постановено по жалба срещу „информация“, която може да има реални последици за личното или икономическото положение на адресата).

54 Вж. например High Court (Висш съд), решение De Burca c/y Wicklow County Manager (2009) IENE 54, постановено по жалба срещу административен доклад от процедури в областта на устройството на територията; вж. също High Court (Висш съд), решение Law Society of Ireland c/y Competition Authority (2006) 2 IR 262, постановено по жалба срещу насоки на ирландския орган за защита на конкуренцията.

55 В годишния си доклад за 2013 г. той определя „мекото законодателство“ като съвкупност от актове, които отговарят на следните три критерия: 1) трябва да имат за цел да изменят или да направляват поведението на адресатите, като подтикват към съобразено с тях поведение; 2) сами по себе си не създават права и задължения за адресатите; 3) предвид съдържанието и начина на изготвянето им се отличават със степен на формализъм и структурираност, която ги прави подобни на правните норми (Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013 — Le droit souple, La Documentation française, 2013, 61—63).

56 Conseil d'Etat (Държавен съвет), решения от 21 март 2016 г., Numericable, № 390023 и от 21 март 2016 г., Société Fairvesta International GmbH, № 368082, съответно относно „становище“ („prise de position“) на френския орган по конкуренцията и относно прессъобщения на френския надзорен орган на финансовия пазар.

57 За най-ранни и вече класически примери вж. по-конкретно *Morand, C.* Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire. — *Cahiers de droit européen*, 1970, p. 523; *Soldatos, P., Vandersanden, G.* La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne. — In: D. De Ripainsel-Landy et al. *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976, p. 94.

88. Макар и ясно да са определени като незадължителни, препоръките все пак могат да пораждат значителни правни последици, в смисъл да подтикват към определено поведение и да изменят нормативната реалност. Те са годни да въздействат върху правата и задълженията на своите адресати и на трети лица. В този раздел ще посоча за пример няколко такива последици на две различни, но взаимосвързани равнища: i) на Съюза и ii) на държавите членки.

i) На равнището на Съюза

89. На равнището на Съюза заслужава да се изтъкнат три вида правни последици на препоръките: i) доверие и оправдани правни очаквания, ii) тяхната тълкувателна роля и iii) способността на препоръките да създават паралелни групи правила, които изпреварват законодателния процес и по този начин въздействат върху институционалното равновесие.

90. Първо, ако институция на Съюза приеме препоръки за поведението на други субекти, вероятно е оправдано да се приеме, че в съответните случаи може да се очаква тази институция да следва същата препоръка по отношение на собствената си практика и поведение. От тази гледна точка създадените по такъв начин оправдани правни очаквания са на практика аналогични на други видове „меко законодателство“, приемано от институции или органи на Съюза и считано за (само)ограничение при упражняването на свободата им на преценка ⁵⁸.

91. Второ, препоръките могат да се използват при тълкуването на правото, по-специално за уточняване на значението на неопределени правни понятия, които се съдържат в задължителни разпоредби. Това важи конкретно (но със сигурност не само) за следзаконодателните препоръки, които се приемат на основание не само на член 292 ДФЕС, но и на акт от вторичното законодателство именно с цел да се конкретизират съдържащите се в този акт правни понятия. Предзаконодателните препоръки обаче могат да изпълняват същата функция — по отношение на неопределени правни понятия в Договорите или за целите на тълкуването на друг правен акт, чийто предметен обхват се застъпва с този на препоръката. По този начин и двата вида препоръки могат да допълват разпоредбите на задължителното законодателство.

92. Трето, в решение Grimaldi Съдът вече е изяснил при какви обстоятелства могат да се приемат препоръки: „институциите на Общността обикновено ги приемат, когато нямат правомощия съгласно Договора да приемат задължителни актове или когато считат, че не е подходящо да приемат по-обвързващи правила“ ⁵⁹.

93. Може би най-голямото предимство на препоръките обаче крие и най-голямата опасност. Те могат да се използват не само като средство за прокарване на политики, които са блокирани политически (липса на консенсус) или правно (липса на конкретни правомощия в този смисъл). Наред с това те имат потенциала да бъдат използвани като средство за заобикаляне на същите законодателни процеси.

⁵⁸ Вж. решения от 29 септември 2011 г. Arkema/Комисия (C-520/09 P, EU:C:2011:619, т. 88), и от 28 юни 2005 г., Dansk Rørindustri и др./Комисия (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P—C-208/02 P и C-213/02 P, EU:C:2005:408, т. 209—211). За по-диференциран подход по отношение на известията в правото на конкуренцията вж. решение от 13 декември 2012 г., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, т. 29).

⁵⁹ Решение от 13 декември 1989 г., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, т. 13).

94. Това създава два типа „изпреварващ ефект“: краткосрочен и дългосрочен. Непосредственият проблем със заобикалянето на другите институции, които по принцип участват в законодателния процес, вече е признат и обсъждан⁶⁰. Следователно е ясно, че препоръката може да окаже въздействие върху институционалното равновесие⁶¹, а оттам и върху разделението на властите в рамките на Съюза. Ако обаче препоръките бъдат изключени от контрола за законосъобразност само защото нямат задължителен характер, изобщо няма да е възможно да се защити принципът на институционалното равновесие⁶².

95. Има обаче и друг тип „изпреварващ ефект“, който би се проявявал в частност при предзаконодателните препоръки: възможността за формулиране на нормите преди провеждането на реалния законодателен процес, което може дори да прерасне в едностранно изпреварващо законодателно действие. Безспорно е, че препоръката има за цел да предизвика съответстващо поведение от страна на адресатите. Ако дори само отчасти постигне тази цел, тя ще очертае кръга на възможните (приемливите) нормативни решения за в бъдеще. Ако въз основа на препоръката редица институции на Съюза или държави членки вече се съобразяват с предписаното в нея, в хода на евентуален бъдещ законодателен процес тези участници в него естествено ще подкрепят законодателното решение, което вече са възприели. По този начин днешното „меко законодателство“ става утрешният „твърд“ закон.

ii) На равнището на държавите членки

96. Поне три вида са правните последици на препоръките на равнището на държавите членки. Точният им обхват ще зависи от това колко далеч се простира принципът на лоялно сътрудничество по отношение на препоръките.

97. Първото и основно задължение, което до този момент Съдът е посочвал във връзка с препоръките, е задължението на националните съдилища да ги вземат предвид при тълкуването на националната правна уредба за прилагане на тези разпоредби. Съвсем ясно е, че препоръките сами по себе си не създават права, на които лицата могат да се позовават пред национален съд⁶³. В решение Grimaldi обаче Съдът също така допълва, че препоръките „не са лишени от каквото и да е правно действие. Националните съдилища са длъжни да вземат предвид препоръките при разрешаването на разглежданите от тях спорове, по-конкретно когато препоръките изясняват тълкуването на национални разпоредби, приети с оглед на изпълнението им, или когато имат за цел да допълнят общностни разпоредби с обвързващ характер“⁶⁴.

60 Инициативата „За по-добро законотворчество“ акцентира върху това проблематично измерение на актовете с незадължителна юридическа сила („меко законодателство“). Вж. по-специално Рамково споразумение за отношенията между Европейския парламент и Европейската комисия (ОВ L 304, 2010 г., стр. 47). Точка 43 по-специално гласи: „Във всички сфери, в които Парламентът обикновено участва в законодателния процес, Комисията използва актове с незадължителна юридическа сила, когато е уместно и на надлежно аргументирано основание, след като е дала на Европейския парламент възможност да изрази мнението си. При приемане на предложението Комисията предоставя на Парламента подробно обяснение относно това, как мнението му е било взето предвид“.

61 Може да се припомни, че в решение от 23 април 1986 г., Les Verts/Парламент (294/83, EU:C:1986:166, т. 25), Съдът също се произнася именно с оглед на предоставената компетентност и институционалното равновесие.

62 Впрочем това е един от доводите на жалбоподателя във връзка с второто посочено от него основание за обжалване. В известно отношение е вярно, че обуславянето на допустимостта на жалбата за отмяна от наличието на задължително правно действие (а не просто на правно действие) не позволява да се гарантира, че авторът на обжалвания акт е действал в пределите на своята компетентност. Това пък поставя въпроса дали актовете на „мекото законодателство“, включително препоръките, могат да се приемат единствено в сферата на предоставената компетентност на Съюза и на съответната институция. Същевременно, едва ли не като в „Параграф 22“, тъй като не е налице задължително правно действие, не е допустим контрол по реда на производството по жалби за отмяна.

63 Вж. решение от 13 декември 1989 г., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, т. 16). Вж. също решения от 21 януари 1993 г., Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, т. 18), от 11 септември 2003 г., Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, т. 41), и от 18 март 2010 г., Alassini и др. (C-317/08—C-320/08, EU:C:2010:146, т. 40).

64 Решение от 13 декември 1989 г., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, т. 18).

98. Следва да се отбележи, че досега Съдът е признавал такива *тълкувателни правни последици* само на препоръките, с което ги отличава от другите актове на Съюза с незадължителен характер⁶⁵.

99. Какво точно обаче означава *задължението* за *вземане предвид*? Съществуват няколко възможности за тълкуване. В единия край на спектъра е възможността то да се разбира като задължение за съответстващо тълкуване от типа на изведеното в решение Colson⁶⁶. От възприетата в решението формулировка е видно, че Съдът може би не е имал намерение чак да задължи националните съдилища да тълкуват националното право в съответствие с препоръките⁶⁷. В другия въображаем край „да вземат предвид“ би могло и да означава „да погледнат“ препоръките, а след това, ако искат, изобщо да не се съобразяват с тях.

100. Теоретично може да има и междинен вариант: националният орган да няма категорично задължение да тълкува националното право в съответствие с препоръката, но поне да е *длъжен да изложи мотиви*, когато се отклонява от нея. Тази теза вече е изразявана във връзка с друг вид акт на „мекото законодателство“⁶⁸. Разбираемо е защо такава привидно междинна позиция може да срещне известно противопоставяне: въпреки че до този момент Съдът е налагал такова задължение единствено на самия автор на правила за поведение, установени във вътрешни актове или насоки с външно действие⁶⁹, не е изключена възможността тази съдебна практика да се приложи по същия начин по отношение на препоръките, които несъмнено са по-усъвършенстван и подобрен вид „мекото законодателство“, тъй като те са един от „типичните“ актове, посочени в член 288 ДФЕС, и тъй като трябва да бъдат вземани предвид от националните съдилища⁷⁰.

101. Защо казвам, че тази позиция е привидно междинна? Поради простата причина, че задължението на съда да се мотивира, когато се отклонява от определен източник на правото, непременно означава, че този източник е *задължителен*. Съдът е длъжен да се мотивира само когато се отклонява от *задължителни* източници⁷¹. Следователно, ако „задължението да вземат предвид“ се тълкува като задължение на националните съдилища да се мотивират и да обяснят защо не се придържат към препоръката, това би означавало ео ipso, че препоръките не само пораждаат „някои правни последици“, но и фактически са задължителни.

102. Второ, какви точно са задълженията на националните органи по отношение на препоръките? Текстът на член 4, параграф 3 ДЕС, който закрепва задължението за лоялно сътрудничество в рамките на Съюза, несъмнено е много общ и потенциално всеобхватен. Може да се поддържа, че тъй като в тази разпоредба се посочват само „задължения“ и тъй като съгласно член 288 ДФЕС препоръките са „незадължителни“, по дефиниция те не могат да създават задължения и следователно изобщо не попадат в обхвата на член 4, параграф 3 ДЕС.

65 По-специално, Съдът отказва да признае такова правно действие на известията на Комисията (решение от 13 декември 2012 г., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, т. 31).

66 Решение от 10 април 1984 г., Von Colson и Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 По-късно доразвито и обобщено например в решения от 5 октомври 2004 г., Pfeiffer и др. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 114 и 115), от 4 юли 2006 г., Adeneler и др. (C-212/04, EU:C:2006:443, т. 108 и 109), и от 15 април 2008 г., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, т. 99—101).

68 Вж. заключението на генералния адвокат Kokott по дело Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, т. 38 и 39), в което се приема, че националните органи и съдилища трябва надлежно да вземат предвид известията на Комисията относно политиката в областта на конкуренцията. В онзи конкретен случай това е означавало, че тези органи и съдилища трябва да разгледат изразеното в известието становище на Комисията какво е съществено ограничение на конкуренцията и да посочат годни за проверка по съдебен път съображения при евентуално отклоняване от това становище.

69 Вж. решения от 28 юни 2005 г., Dansk Rørindustri и др./Комисия (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P—C-208/02 P и C-213/02 P, EU:C:2005:408, т. 209—211), и от 29 септември 2011 г., Arkema/Комисия (C-520/09 P, EU:C:2011:619, т. 88).

70 Вж. решение от 13 декември 2012 г., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, т. 26).

71 За разлика от факултативните или инструктивни източници: вж. например Peczenik, A. On Law and Reason. Dordrecht: Kluwer, 1989, p. 319 sq.

103. Не смятам, че такова разбиране за член 4, параграф 3 ДЕС би отразило вярно тълкувателния подход, който Съдът от доста време следва по отношение на тази разпоредба. Задължението за лоялно сътрудничество се прилага по-скоро на принципно равнище, без непременно винаги да се фокусира върху конкретна и специфична разпоредба или отделно правно задължение⁷².

104. Дори да се приеме, че не съществува *положително* задължение за изпълнение на препоръка, може ли същото да се каже по отношение на евентуални „по-леки“ задължения на държавите членки, като например да вземат предвид препоръка при приемането на законодателство в дадената област? Тази последица може би е по-видима при следзаконодателните препоръки, които се използват за уточняване на правни понятия в обвързващото законодателство. Не може ли да се очаква държавата членка да прилага първоначалния законодателен акт на Съюза, към който в известен смисъл е „прикрепена“ следзаконодателната препоръка, в съответствие с поясненията в тази препоръка? Ако не може, за какво тогава служи препоръката? Ако може, тогава значителните и действителни правни последици на препоръката едва ли могат да бъдат оспорвани.

105. Със сигурност обаче може да се твърди, че не съществува задължение за изпълнение, тъй като липсва отделна и определена санкция за неизпълнение. Дори ако оставим настрана донякъде формалистичното разбиране за „*първата*“ санкция като основен и определящ елемент на *задължителната* сила⁷³, какво да кажем за евентуалните *отрицателни* задължения на държавите членки във връзка с препоръките? На този етап това е изцяло в сферата на предположенията, а не част от действащото право, но щом блокиращото действие на директивите е налице в периода преди изтичането на срока за тяхното транспониране и в този период държавите членки не могат да приемат мерки, годни да застрашат сериозно постигането на предвидения от директивата резултат⁷⁴, може ли същата логика да не важи и за препоръките?

106. Трето и последно, какви видове правни последици могат да поразят препоръките в контекста на националните правила и процедури? В решение Grimaldi Съдът ясно посочва, че могат да се отправят преюдициални запитвания за тълкуване на препоръки⁷⁵. Остава въпросът дали национална юрисдикция може да поиска от Съда да се произнесе по валидността на препоръка. Доколкото ми е известно, досега такъв случай не е възниквал, но като че ли в решение Grimaldi Съдът потвърждава възможността за такова запитване⁷⁶.

72 Вж. по аналогия как принципът на лоялно сътрудничество се използва за създаване на задължения във връзка с директния ефект, отговорността на държавите членки за нарушения на правото на Съюза или приемането на санкции (вж. за съответни примери решения от 16 декември 1976 г., Comet (45/76, EU:C:1976:191, т. 12), от 2 февруари 1977 г., Amsterdam Bulb (50/76, EU:C:1977:13, т. 32), и от 19 ноември 1991 г., Francovich и др. (C-6/90 и C-9/90, EU:C:1991:428, т. 36).

73 Както вече посочих по-горе (бележка под линия 45), такова тясно разбиране не е възприето дори в редица позитивистични направления на правната теория. Освен това същото разбиране доста се отдалечава от действителния начин, по който „незадължителните пожелания“, изразени от *един и същ* регулаторен орган, който също така е в състояние на следващия ден да приеме обвързващо законодателство и санкции в същата или свързана с нея област, ще бъдат разбрани и възприети от техните адресати. Затова освен преките санкции могат да съществуват и *непреки* санкции, със сигурност поне когато участниците и от двете страни отново са същите (същият регулаторен орган и същата група адресати). Може да се припомни, че подобна логика е накарала някои висши национални съдилища да допуснат съдебен контрол по отношение на „незадължителните“ актове на този тип регулаторни органи (вж. бележка под линия 52 по-горе).

74 Започвайки с решение от 18 декември 1997 г., Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

75 „Съгласно постоянната съдебна практика обстоятелството, че даден акт от общностното право няма задължителна сила, не е пречка за тълкуването му от Съда в производство по преюдициално запитване съгласно член 177“ (решения от 13 декември 1989 г., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, т. 9), и от 21 януари 1993 г., Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, т. 18 и цитираната съдебна практика).

76 „[...] за разлика от член 173 от Договора за ЕИО, който изключва от контрола на Съда актовете с естество на препоръки, член 177 предоставя на Съда компетентност да се произнася по преюдициални запитвания относно *валидността* и тълкуването на *всички* актове на институциите на Общността *без изключение*“: решение от 13 декември 1989 г., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, т. 8) — курсивът е мой.

107. Затова изглежда, че Съдът явно е предвидил, че препоръката би пораждала правни последици на национално равнище. В крайна сметка тя трябва да бъде взета предвид в държавите членки, независимо какво точно означава това. Може да се добави, че вече има практика на Съда, в която той е признал и фактически е упражнил контрол чрез производството по преюдициални запитвания по отношение на няколко незадължителни акта на Съюза, които действително са имали отражение на национално равнище, например неотдавна — по отношение на прессъобщение на Европейската централна банка⁷⁷.

108. Така препоръката, както други актове от правото на Съюза с привидно незадължителен характер, може да бъде предмет на преюдициално запитване както за тълкуване, така и за валидност. Според мен това едва ли би могло да бъде другоаче в една завършена система от способности за защита⁷⁸. Смисълът на препоръките е да предизвикват съответстващо поведение. Да си представим държава членка, която, действайки добросъвестно и в духа на лоялно сътрудничество, е транспонирала препоръка във вътрешното си право. С национален законодателен акт тази държава членка установява задължения за лицата на национално равнище. Ако обаче този национален законодателен акт бъде атакуван пред националните съдилища, би било странно да не се допусне контрол по отношение на материалноправното му основание, а именно препоръката на Съюза⁷⁹, с донякъде формалистичното оправдание, че тези задължения са въведени с национален законодателен акт, а не с акт от правото на Съюза, и че държавата членка е действала единствено по своя воля.

4. Обратно към корените: решение AETR и правното действие

109. Подробният анализ в предходния раздел имаше двойка цел: първо, да покаже проблемите при прилагането на критерия AETR (по-късно постепенно изменен) по отношение на препоръките (а според мен, в по-широк план, и при прилагането му по отношение на други актове на „мекото законодателство“), и второ, да покаже, че макар и може би да нямат задължителна сила в традиционния и доста тесен смисъл на думата, препоръките могат да произвеждат значителни правни последици както на равнището на Съюза, така и на национално равнище.

110. Затова според мен критерият AETR, приложен от Общия съд, се нуждае от известно адаптиране. Моето предложение в това отношение е съвсем просто: критерият трябва да се върне към корените си, към решение AETR и към текста на член 263, първа алинея ДФЕС. И в решението, и в разпоредбата се говори за „правно действие“, а не за „задължителни правни последици“. Подобно на речните корита, съдебната практика понякога се нуждае от изчистване чрез отстраняване на натрупаните с годините (вербални) наноси, в резултат от които правото става непроходимо.

111. Това адаптиране не е чак толкова революционно, колкото изглежда на пръв поглед. В основата си критерият за преценката дали даден акт от правото на Съюза произвежда правно действие по отношение на своите адресати и/или трети лица остава непроменен: на преценка подлежат текстът, контекстът и целта на обжалвания акт. Налагат се обаче две уточнения за

⁷⁷ Решение от 16 юни 2015 г., Gauweiler и др. (C-62/14, EU:C:2015:400). Съдът не разглежда самия въпрос за допустимостта на жалби за отмяна на прессъобщения. Вж. обаче заключението на генералния адвокат Cruz Villalón по дело Gauweiler и др. (C-62/14, EU:C:2015:7, т. 70 и сл.).

⁷⁸ Вж. например решения от 23 април 1986 г., Les Verts/Парламент (294/83, EU:C:1986:166, т. 23) и от 28 март 2017 г., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, т. 66).

⁷⁹ По-специално в случаи, в които обжалването на национално равнище на вътрешния акт за транспониране просто отразява същия потенциален проблем на самата препоръка: в това отношение вж. по аналогия решение от 22 юни 2010 г., Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363, т. 54 и 55).

начина, по който следва да се прилага този критерий: първо, следва да се преценява само наличието на правно действие, а не на задължително правно действие. Второ, в рамките на критерия ударението следва да се постави върху съдържанието и контекста на акта, а не само върху текста му.

112. Както вече поясних в предходния раздел, при „мекото законодателство“ дихотомията задължителни/незадължителни правни последици няма особена аналитична стойност. Ако предпоставката за съществуването на задължителни правни последици е наличието на пряк механизъм за изпълнение и принуда, то тогава по дефиниция „мекото законодателство“ никога не би било задължително, независимо какви разпоредби съдържа.

113. Обратно, преценката на годността за поражение на правни последици, тоест на въздействие върху/във правното положение на адресатите, следва да се съсредоточи върху друг въпрос: може ли въз основа на съдържанието, целта, общата логика и цялостния контекст на съответната препоръка, или по-общо на съответния акт на „мекото законодателство“, аз като разумен адресат да заключа, че от мен се очаква определено поведение? Вероятно ли е да променя съответно поведението си или пък този акт да окаже въздействие върху моето правно положение?

114. По-нататък, в рамките на трите класически опори на всяко тълкуване на закона — текст, контекст и цел, когато се преценява препоръка или друг акт на „мекото законодателство“, формулировката (особено наименованието и глаголните форми) на акта не трябва да има по-голяма тежест за тази преценка от съдържанието, контекста и целта му. Поради същността си формулировката дори трябва да се третира като вторична спрямо съществените фактори в контекста на допустимостта. В противен случай „приканващата“ формулировка неизменно ще води до изключване на съдебния контрол. На практика това би означавало формата да има предимство пред съдържанието и следователно нито една препоръка, формулирана с изрази за „насърчаване“, да не може да бъде обект на съдебен контрол. Поради това вероятно трябва да се постави по-внимателен акцент върху логиката, съдържанието, контекста и целта.

115. В рамките на тази преценка на съдържанието и целта три фактора са от значение, за да се определи дали даден акт на Съюза може да произведе правно действие и разумно може да се очаква да бъде спазван.

116. Първият фактор, който следва да се вземе предвид, е степента на *формализиране* (взета ли е мярката на Съюза във формата на правен акт?) и на *окончателност* на мярката (приета ли е в края, като връхна точка на консултации, или по-общо като част от процес на приемане на „меко законодателство“?). С други думи, за да обединя двата признака, прилича ли въпросният акт на Съюза на окончателен законодателен акт?

117. Що се отнася до формата на евентуално обжалваемия акт, той трябва да прилича на правен акт, за да има основание да се смята за произвеждащ правно действие. В това отношение актът ще се явява правен например ако е разделен на членове или поне на раздели, ако е публикуван в Официален вестник (разбира се в серия L, където се публикуват законодателните актове).

118. Що се отнася до окончателността, подготвителните актове вероятно няма да отговарят на това условие. Същата логика вече се прилага по отношение на подготвителните актове в контекста на процеса на вземане на решения в Съюза⁸⁰. На още по-силно основание тя следва да важи и за процеса на приемане на „меко законодателство“. Това изключване на подготвителните актове от обхвата на съдебния контрол има още по-голямо значение в контекста на „мекото законодателство“, в който процесът на консултации може да доведе до приемането на няколко акта.

119. Вторият фактор е свързан със съдържанието и общата цел на обжалвания акт: доколко точно са определени съдържателните се в него „задължения“? Каква е общата му цел? Колкото по-общи и абстрактни са актовете на Съюза, толкова по-малко вероятно е те да предизвикват конкретно, специфично съответстващо поведение от страна на адресатите. От друга страна, ако актът на Съюза определя няколко специфични и точни ангажимента, този елемент безспорно е от значение. Освен това, ако целта на текста явно е постигане на хармонизация, то тогава е още по-вероятно да се възприеме като годен да породи правни последици.

120. Третият фактор се отнася до изпълнението. Съдържа ли мярката ясни и конкретни механизми за осигуряване на съответствие, за принудително изпълнение или за санкциониране? Естествено, не става дума само за *пряко* принудително изпълнение, каквото едва ли би могло да е налице, а за *непреки* механизми или непряко налагане на изпълнението както на структурно, така и на институционално равнище.

121. Сред *структурните* механизми за осигуряване на съответствие могат да бъдат няколко *непреки* механизми, като например докладване, уведомяване, наблюдение и надзор. Елементите на партньорски натиск също могат да бъдат релевантни, като например публикуване на таблици за изпълнението, доклади с публично посочване и порицаване и т.н.

122. *Институционалният* елемент също е от значение: коя институция е приела въпросния акт? Дали това е същата институция, която може да наложи санкции в свързани или дори в същите регулаторни области на същите адресати⁸¹? Ако наистина е така, най-вероятно обжалваният акт действително ще предизвиква съответстващо поведение.

5. Прилагането на критерия към настоящия случай

123. Разглеждайки обжалваната препоръка през тази призма, съм длъжен да направя извода, че като цяло Препоръката значително надхвърля границите на онова, което може да се очаква от документ, просто препоръчващ определени *принципи*. В конкретния случай действително може да се твърди, че Препоръката несъмнено ще произвежда правно действие и че всеки разумен адресат вероятно ще коригира своето поведение, за да се съобрази поне отчасти с нея.

124. Ако при преценката на същинската природа на даден акт съдържанието следва да има предимство пред формалното му предназначение, то след абстрахиране от формалното заглавие на документа трябва да се анализира въпросът какъв е документът предвид неговия текст, съдържание, контекст и цел.

⁸⁰ Решение от 12 септември 2006 г., Reynolds Tobacco и др./Комисия (C-131/03 P, EU:C:2006:541, т. 55 и цитираната съдебна практика).

⁸¹ Вж. също по-горе, бележка под линия 73.

125. Ще започна с общата цел на Препоръката: в съображенията към нея⁸² и в документите, съпътстващи приемането ѝ⁸³, изрично се посочва, че Препоръката има за цел да осигури определена минимална степен на хармонизация, доколкото препоръчва принципи за по-висока степен на защита на потребителите, играчите и малолетните и непълнолетните лица по отношение на услугите в областта на хазартните игри по интернет. Същевременно е видно, че тя се отнася до доста чувствителна област, поне от гледна точка на някои държави членки⁸⁴.

126. По-нататък, няколко аспекта на съдържанието и контекста ѝ заслужават специално внимание. Първо, обжалваният акт има ясно изразена структура и изглежда като правен акт. Съдържа не по-малко от 30 съображения. Самата препоръка е разделена на 12 номерирани раздела. Публикувана е в серия L на *Официален вестник на Европейския съюз*.

127. Следователно фактическата форма на Препоръката създава впечатлението, че тя несъмнено ще произвежда правно действие. Това се потвърждава и от факта, че Препоръката не е подготвителен акт. Тя е връхната точка на процес на консултации, тъй като конкретизира издадените преди това зелена книга и съобщение на Комисията. Следователно тя очевидно определя позицията на Комисията по въпроса за защитата на потребителите на услуги в областта на хазартните игри в интернет, като дава някои съвсем конкретни препоръки на държавите членки.

128. Второ, степента на подробност и точност на конкретни разпоредби на Препоръката е впечатляваща. Тя далеч не установява само „принципи“, а определя съвсем ясни и точни правила.

129. Ще дам няколко примера: в раздел III Препоръката определя подробното съдържание на информацията, която трябва да бъде изобразена на началната страница на уебсайта за хазартни игри на оператора и която трябва да бъде достъпна от всички страници на уебсайта. В раздел V Препоръката приканва държавите членки да гарантират, че дадено лице ще има право да участва в хазартна услуга по интернет само когато е регистрирано като играч и има сметка при оператора. Последният следва да проверява данните за самоличността на играча. Освен това раздел VIII има за цел да регламентира търговските съобщения. Преди всичко той не допуска държавите членки да правят определени твърдения, като например да представят хазартните игри като обществено привлекателни или да внушават, че хазартните игри могат да представляват решение на лични проблеми.

130. Трето, Препоръката съдържа много подробни и изчерпателни „покани“ за надзор и докладване. Съгласно раздел IX държавите членки „се приканват при прилагането на принципите, залегнали в настоящата препоръка, да определят компетентни регулаторни органи по хазарта, които да осигуряват и наблюдават безпристрастно ефективното спазване на националните мерки, приети в подкрепа на принципите, посочени в настоящата препоръка“. Раздел XII се отнася до докладването. Съгласно неговите разпоредби държавите членки се приканват не само да *уведомят* Комисията за предприетите мерки за изпълнение, но и да събират за статистически цели годишни данни в определени срокове.

131. По отношение на тези „покани“ за докладване и надзор следва да се отбележат две съображения. Първо, в миналото и като цяло Съдът видимо проявява особена чувствителност, когато с различни нетипични актове се въвеждат механизми за осигуряване на съответствие и за наблюдение. В поне два случая той отменя нетипични актове на Комисията, тъй като те подробно регламентират изисквания за докладване и несъмнено надхвърлят границите на

82 Съображения 8 и 9, цитирани по-горе в точки 11 и 12 от настоящото заключение.

83 Вж. по-горе, точка 30 от настоящото заключение.

84 Вж. например решение от 22 януари 2015 г., *Stanley International Betting и Stanleybet Malta* (C-463/13, EU:C:2015:25, т. 51).

приемливото за този вид актове⁸⁵. Второ, в контекста на конкретната препоръка е интересно да се отбележи, че тази незадължителна препоръка, която държавите членки не са длъжни да изпълняват, все пак предполага държавите членки (или дори само онези от тях, които са решили да приемат „поканата“) да посочват, да наблюдават, да уведомяват, да оценяват, да събират данни и да докладват на Комисията в определени срокове за всички тези (изцяло доброволни) дейности.

132. В точка 54 от Препоръката се посочва, че Комисията следва да извърши оценка на *изпълнението* (sic!) на Препоръката до 19 януари 2017 г. В съдебното заседание обаче се установи, че досега Комисията не е успяла да направи това, тъй като все още очаква докладите на държавите членки, за да изготви своя доклад. На този етап ми се струва, че степента на когнитивен дисонанс в такива изявления достига висотата на сложен джедайски мисловен трик.

133. Четвърто, Препоръката има за цел да предизвика държавите членки да приемат определена правна уредба и чрез нея да въздействат на предприятията за хазартни игри и играчите, които са нейните непреки адресати. Затова, разбира се, може да се твърди, че формално не Препоръката, а евентуалната национална правна уредба ще оказва въздействие върху правата на третите лица, но е трудно да се отрече, че действителният източник на националното законодателство ще е именно тази препоръка⁸⁶.

134. Пето, интересно е да се обърне внимание на съображение 29 и точка 2 от Препоръката — само по себе си това може би е странично наблюдение, но все пак откроява разминаването между съдържанието и заглавието ѝ. В тях съответно се посочва, че тази препоръка не засяга разпоредбите на определени (задължителни и валидни) директиви на Съюза и че не засяга правото на държавите членки да регламентират услугите в областта на хазартните игри. Тези изявления настойчиво поставят въпроса щеше ли да е необходимо изрично да се правят такива уговорки, ако Препоръката действително беше изцяло незадължителен акт, който не е предназначен да произвежда каквото и да е правно действие? Истинските актове на „мекото законодателство“ по дефиниция изобщо не биха могли да засегнат задължителното и валидно законодателство на Съюза, нито компетентността на държавите членки.

135. В обобщение, още въз основа на тези аспекти на целта, съдържанието и контекста спокойно може да се предположи, че всеки читател, който получи този документ със заличено заглавие и прочете текста му, без да знае как е бил озаглавен, би си помислил, че чете директива, а на някои места — дори регламент, но при всички случаи законодателен документ, който има за цел да възложи ясни и точни задължения и да предизвика съответстващо поведение.

136. Едва сега ще разгледам текста на Препоръката, и по-конкретно специфичните формулировки на отделните разпоредби (след като в предходните точки на този раздел вече се спрях на степента на подробност и конкретност на тези разпоредби). За изводите на Общия съд текстът на Препоръката, изглежда, има решаващо значение. Според мен обаче — по съображенията, които се опитам най-общо да обясня в предходния раздел⁸⁷, текстът е важен, но не е решаващ фактор. Освен това той със сигурност не може да е решаващ, щом сам по себе си всъщност е нееднозначен.

85 Решение от 13 ноември 1991 г., Франция/Комисия (C-303/90, EU:C:1991:424, т. 20—25), в което става дума за кодекс на поведение, приет в изпълнение на регламент на Съвета и изискващ от държавите членки да представят информация с определена честота и по определени способи; решение от 16 юни 1993 г., Франция/Комисия (C-325/91, EU:C:1993:245, т. 22—23), в което става дума за съобщение на Комисията, конкретизиращо директива и възлагащо допълнителни задължения, например годишно отчитане на финансови данни пред Комисията на определена дата.

86 Вж. също точки 102—105 по-горе. Вж. също точки 97 и 98 за потенциала на Препоръката да задава тълкуването на съществуващи национални правила в същата област и със същия предмет.

87 Вж. точка 114 по-горе.

137. В писмените и устните си изявления жалбоподателят оспорва езиковия анализ в определението на Общия съд. Жалбоподателят в частност твърди, че на два от трите официални езика на Кралство Белгия, а именно на нидерландски и немски, разпоредбите са формулирани с „по-силни думи“, отколкото на други езици. Като логическо следствие от това Препоръката щяла да произведе „по-силно“ правно действие в Белгия.

138. Този конкретен довод на жалбоподателя е неубедителен. Безспорно текстовете на някои от езиците могат да се възприемат като „по-обвързващи“ в сравнение с други. Това важи по-специално за текстовете на немски, испански, нидерландски и португалски език. Противно на приетото от Общия съд, като че ли може да се спори и за текстовете на полски и чешки.

139. Няма голямо значение обаче, че текстовете на нидерландски и немски са формулирани по-императивно от някои други. Фактът, че те са официални езици в Белгия, не им придава по-голяма тежест в сравнение с текстовете на другите езици. Според мен добре известният принцип за еднаквата автентичност на текстовете на актовете на Съюза на всички езици би трябвало да важи за препоръките така, както за всички други мерки, приемани съгласно член 288 ДФЕС. Съгласно постоянната практика на Съда в случай на несъответствие между текстовете на някои езици разпоредбата трябва да се тълкува в зависимост от общата структура и целите на правната уредба, от която е част⁸⁸.

140. Точно такива спорни езикови съпоставки нагледно и убедително показват защо броят повторения на израза „се приканват“ вместо израза „са длъжни“ е почти без значение за преценката на подобна мярка. Обикновено текстовете на всички езици вървят в една посока и позволяват да се направи категоричен извод за естеството на текста, без да е необходимо задълбочено изследване на контекста и целта на мярката. Понякога пък са несъвместими помежду си и текстът на препоръката не бива да има по-голяма тежест от контекста и целта ѝ. Неправилно е обаче да се твърди, че има противоречия между текстовете на различните езици, а след това да се поддържа, че тъй като повечето от тях гласят „Х“, това трябва да бъде правилното тълкуване. При режим на еднаква автентичност на текста на всички езици нито един от езиците не може да бъде „преодолян“ при тълкуването⁸⁹.

141. В крайна сметка обаче подробното изследване на (не)императивната употреба на езика в текстовете на някои от официалните езици на Съюза винаги ще бъде неубедително, особено при преценката на правните последици на актовете на „мекото законодателство“. За този конкретен тип преценка с много по-голямо значение са контекстът, системата и логиката. Изявлението „Приканвам те да ми изпратиш становището си по този въпрос в писмен вид този петък до обяд“ неизбежно ще се тълкува съвсем различно според това дали е произнесено от началник, от колега или от житейски партньор. Естествено, всичко зависи от конкретното взаимоотношение, но е много вероятно в първия случай „поканата“ всъщност да е заповед, във втория случай — просто предложение, а в третия — шега.

142. В обобщение, всеки отделен аспект на съдържанието и контекста, взет сам по себе си, може би все още позволява актът да се разглежда именно като препоръка, която не е предназначена да произвежда правно действие. Когато обаче разглеждам тези аспекти заедно, в тяхната *взаимовръзка* и в контекста на *тази* конкретна препоръка, като вземам предвид и факта, че тя е приета от институцията, натоварена с контрола за спазването на правилата в същата област (а именно регулирането на вътрешния пазар), стигам до извода, че актът явно има за цел да произведе правно действие и да предизвика съответстващо поведение, а не само да предложи някакви ръководни принципи.

⁸⁸ Вж. например решение от 26 април 2012 г., DR и TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, т. 45 и цитираната съдебна практика).

⁸⁹ Включително и в крайните случаи, в които ясно личи, че е допусната грешка в превода на текста на акта на Съюза само на един от езиците: вж. например решение от 19 април 2007 г., Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

143. По изложените съображения считам, че твърденията на жалбоподателя по третото основание са основателни. Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, тъй като неправилно е преценил правните последици на въпросната препоръка и съответно неправилно е отхвърлил жалбата за отмяна като недопустима.

Б. Формата определя съдържанието

144. За разлика от „нетипичните“ актове на институциите и органите на Съюза, за които първоначално е формулиран критерият AETR, препоръките са „типични“ актове, посочени в член 288 ДФЕС, но по отношение на тях съдебният контрол изрично е изключен съгласно член 263, първа алинея ДФЕС. Трябва ли това обстоятелство да е от значение за контрола върху препоръките и неговата допустимост?

145. Доводите ми в част А от настоящото заключение се основават на разбирането, че критерият AETR, все пак може би с известни изменения, е приложим по отношение на препоръките, както и по отношение на всеки друг акт на „мекото законодателство“. В първата част на този раздел очертавам алтернативния подход, при който ударението се поставя върху обстоятелството, че препоръките са „типични“ актове, за които формата трябва да определя тълкуването на съдържанието (1). Поради няколко причини обаче бих препоръчал на Съда да се придържа към (изменения) подход на предимството на съдържанието пред формата, представен в част А от настоящото заключение (2). Ако обаче Съдът все пак прецени, че конкретно при препоръките формата действително следва да определя тълкуването на съдържанието, накратко ще изложа няколко важни и необходими в такъв случай пояснения (3).

1. (Пълно) изключване: препоръка означава препоръка

146. В мотивите си Общият съд се опира на разбирането, че изведеният от Съда критерий в решение AETR за „нетипичните“ актове на институциите и органите на Съюза е приложим и за „типичните“ актове като препоръките. Това отправно допускане може да се оспори на две равнища: нормативно и практическо. *Нормативно* погледнато, член 288 ДФЕС ясно предвижда, че препоръките нямат задължителен характер. Освен това член 263, първа алинея, първо изречение ДФЕС изрично изключва препоръките на Комисията от обхвата на тази разпоредба, като по този начин изключва и възможността да се оспорват с жалба за отмяна. Тези две разпоредби, разгледани заедно, ясно показват, че препоръките не могат да са задължителни и не подлежат на обжалване.

147. Към това обаче трябва да се добави постановеното от Съда в решение *Grimaldi*, с което (отново) се въвежда съдържателна преценка: препоръката не може да бъде обект на съдебен контрол, стига да е „истинска“ препоръка⁹⁰. Следователно по подразбиране съществуват и „неистински“ препоръки, които могат да бъдат разпознати и обжалвани. Въпреки доста ясния текст на Договорите, в съдебната практика се открива известна подкрепа за прилагането на критерия AETR към препоръките⁹¹, макар те да са „типични“ актове (доколкото това, че нямат задължителен характер, ясно е посочено в Договора).

⁹⁰ Решение от 13 декември 1989 г., *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646, т. 16).

⁹¹ Коего кара Общият съд да заяви, че: „само по себе си обстоятелството, че обжалваната препоръка е формално определена като препоръка и че тя е била приета на основание член 292 ДФЕС, не е от такова естество, че да изключи автоматично нейната квалификация като обжалваем акт“ (т. 20 от обжалваното определение).

148. На практика обаче се получава така, че при преценката дали един документ е „истинска“ или „неистинска“ препоръка фактът, че актът е наречен „препоръка“, неизбежно „опорочава“ преценката на съдържанието и целта му. Същевременно критерий, който е разработен за „нетипични“ актове, трябва да се прилага по начин, който е до голяма степен неутрален към формата, без да се взема предвид заглавието/наименованието на документа. В противен случай неизбежно разсъжденията ще се затварят в порочен кръг, така че в крайна сметка винаги формата ще определя тълкуването на съдържанието⁹².

149. Това ме отвежда до възможния алтернативен подход. При него, вместо да се позволява формата на „типичен“ акт мълчаливо да „опорочи“ тълкуването на естеството на „нетипичен“ акт, това разграничение се разширява до неговото пълно логическо следствие: „типична“ форма предполага „типични“ последици, *независимо* от съдържанието. Препоръката никога не може да има задължителен характер и не произвежда правно действие. Точка. Няма да е необходима никаква допълнителна преценка дали препоръката е „истинска“ или „неистинска“. Препоръка означава препоръка.

150. В това отношение може да се направи паралел със становищата съгласно Договора за ЕОВС — актове, които също са били изрично определени като незадължителни и необжалваеми. В далечната 1957 г. Съдът потвърждава, че тези актове не подлежат на обжалване. Той в частност пояснява, че становищата само дават насоки. Приема се, че те са „просто съвет към предприятията. В този смисъл последните са свободни да се съобразяват или да не се съобразяват с тях, но трябва да са наясно, че ако действат въпреки наличието на отрицателно становище, поемат рисковете, които може да произтекат за тях в резултат от ситуацията, за чието възникване сами са спомогнали [...]. С други думи, свободата на решение и отговорността на предприятията остават непроменени, също както тези на Върховния орган“⁹³. Точно този извод може да бъде перифразиран *in extenso* по отношение на препоръките.

2. Съдържание или форма?

151. Съществуват два довода в подкрепа на *формалния* подход към „типичните“ правни актове: i) доводът за правната сигурност и предвидимост и ii) доводът за необходимостта от известна законодателна гъвкавост.

152. Първо, формалният подход остава верен на текста на член 263 ДФЕС, който от 1957 г. насам неизменно и изрично изключва препоръките и становищата от обхвата на контрола по жалби за отмяна.

153. Свързани с това са доверието и очакванията. Въпреки че почти винаги се представя като зло, формализмът има и положителни страни. Той укрепва правната сигурност и предвидимост. Всяко нещо трябва да отговаря на името си, без да е нужно постоянно да се преоценява с оглед на съдържанието и контекста му.

154. Това важи в още по-голяма степен за „типичните“, формализирани източници на правото. Докъде може да стигне подходът „предимство на съдържанието пред формата“? Трябва ли тогава други типични източници на правото на Съюза, например регламенти и директиви, също да се преценяват според истинското, действителното им съдържание? Могат ли и те евентуално да бъдат „преквалифицирани“, тъй като заглавието им не съответства на съдържанието? В

⁹² Изложено подробно по-горе, точки 77—79.

⁹³ Решение от 10 декември 1957 г., *Société des usines à tubes de la Sarre*/Върховен орган (1/57 и 14/57, EU:C:1957:13, стр. 115).

крайни случаи, може ли преквалифицирането да доведе дори до изключване на съдебния контрол? Може ли Съдът да обяви за недопустима жалбата за отмяна например на регламент, поради това че този регламент е толкова лошо изготвен, че на практика не е в състояние да произведе каквото и да било (задължително) правно действие?

155. Второ, препоръките могат надлежно да служат за сравнение, ориентир и пример за добри практики. Те могат да позволят да се изпробват различни решения и идеи, за да се определи кои от тях трябва да се възприемат занапред и кои — да бъдат отхвърлени. По този начин те могат да се разглеждат като своеобразна законодателна лаборатория. Може би трябва да се признае, че ако всяка препоръка може да бъде атакувана и оспорвана, ще се изгуби именно тази гъвкавост на законодателната лаборатория. В частност може Комисията на практика да бъде възприета да предприема по-неформални действия, за да прокара идеите си в интерес на Съюза.

156. Отговорът и на двата довода от гледна точка на подхода „предимство на съдържанието пред формата“ не е сложен: първо, този подход е необходим именно когато формалните ограничения на „типичния“ акт не са спазени. Така този подход далеч не поставя под съмнение всички типични актове, а поначало е приложим само в извънредни случаи. Второ, предимствата на гъвкавата законодателна лаборатория трябва да срещат ясни граници в принципа на законност на публичната власт и принципа на предоставената компетентност. Дори създадените с най-добри намерения законодателни лаборатории бързо могат да се превърнат в „скрито законодателство“.

157. Противно на това, има поне три довода в подкрепа на съдържателния подход, изложен в част А: i) предимството на съдържанието пред формата е вездесъщо, ii) необходимостта да се гарантира ефективна съдебна защита и iii) общата съгласуваност на способите за защита в правото на Съюза.

158. Първо, макар да има и някои важни изключения, цялостният подход и начин на мислене в правото на Съюза е ориентиран към съдържанието: в многобройни области на правото на Съюза проверката е насочена към съдържанието, същността на явлението, категорията или института, а не към формалното му наименование или обозначение. Формата определено има значение. В правото на Съюза обаче формата дава само първи поглед към истинската природа на даден акт. Тя не е определяща.

159. Второ, както вече подробно обясних по-горе⁹⁴, едва ли може да се оспори фактът, че препоръките наистина пораждаат някои важни правни последици, дори, строго погледнато, да не са задължителни в конкретния случай. Ако действително е така, трябва да последва ефективна правна защита. Може да се припомни, че в миналото, както първоначално в решение AETR, така и впоследствие в други решения, Съдът без колебание признава промените в обществените и правните отношения и съответно запълва възникналите празнини в правната защита⁹⁵. Твърди се, че навлизането на нови и „по-меки“ способности на управление е именно такава промяна⁹⁶.

160. Трето, доводът относно съгласуваността на способите за защита в правото на Съюза е релевантен на две равнища: от една страна, съгласуваността между член 263 ДФЕС (производството по жалби за отмяна) и член 267 ДФЕС (производството по преюдициални запитвания), а от друга страна — статутът на (не)привилегированите жалбоподатели в тези производства.

⁹⁴ Вж. точки 87—108 по-горе.

⁹⁵ Като важен пример вж. решение от 23 април 1986 г., *Les Verts*/Парламент (294/83, EU:C:1986:166, т. 24).

⁹⁶ Вж. по-горе, точки 81—86.

161. Съгласно постоянната съдебна практика „контролът за законосъобразност на актовете на Съюза, който Съдът осигурява въз основа на Договорите, почива на две допълващи се съдебни производства. Всъщност в членове 263 и 277, от една страна, и член 267, от друга, Договорът за функционирането на ЕС е установил завършена система от способности за защита и процедури, чиято цел е да осигурят контрола за законосъобразност на актовете на Съюза, поверявайки го на съда на Съюза [...]. Присъщо на тази завършена система от способности за защита и процедури е правото — в контекста на иск или жалба, подаден(а) пред национална юрисдикция — на правните субекти да оспорват законосъобразността на разпоредби, съдържащи се в актове на Съюза, които са послужили за основание на прието по отношение на тях решение или национален акт [...]"⁹⁷.

162. Бих искал да подчертая две определения от този цитат: „допълващи се“ и „завършена“. Може би е донякъде парадоксално, но второто определение би могло да е проблематично за привилегированите жалбоподатели, тоест за държава членка, която с препоръка е „приканена“ да направи нещо и не е съгласна с тази „покана“, но (до момента) няма свързано с тази препоръка дело на национално равнище.

163. От една страна, както вече посочих⁹⁸, видимо е възможно да се отправи преюдициално запитване за валидността на препоръка. Ако е така, неразбираемо е защо трябва да е по-трудно привилегирован жалбоподател да обжалва акта пряко пред Съда на основание член 263 ДФЕС, отколкото непривилегирован жалбоподател да го оспорва непряко чрез механизма по член 267 ДФЕС.

164. От друга страна, дори ако трябва да се отдаде предимство на общата логика на взаимното допълване, като се ограничи прякото оспорване на валидността и тези спорове се канализират през производствата по преюдициални запитвания, положението на държавата членка не се облекчава особено. Как следва на практика да процедира държавата членка? Трябва ли първо да изпълни препоръката (което именно тя не иска да направи) и след това да я оспори пред националните съдилища? Трябва ли да симулира спор?

165. Без да повдигам отново тези въпроси⁹⁹, достатъчно е да подчертая, че държавите членки просто не са лица, които може би на по-късен етап биха се оказали длъжни да съобразят поведението си с мярката на Съюза, след като тя бъде приложена спрямо тях с индивидуално решение на равнището на националното право или на равнището на правото на Съюза. Поначало именно държавите членки са приканени да въведат тези правила. Следователно би било просто нелогично да се подтиква държавата членка да направи нещо, а същевременно да ѝ се отнема възможността да подаде жалба до Съда. Това би противоречало както на интересите на доброто правораздаване, тъй като би забавило евентуалното оспорване на препоръката, така и на интересите на автора на самата препоръка. Вместо да се позволи на държавата членка да канализира евентуалния спор, да го разреши и да продължи напред, тя просто би била принудена да откаже да сътрудничи и да изчака, докато някоя от нейните юрисдикции или евентуално юрисдикция от друга държава членка отправи преюдициално запитване съгласно член 267 ДФЕС относно валидността на спорния акт. За мен в това няма особен практически смисъл.

⁹⁷ Решение от 28 март 2017 г., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, т. 66 и 67, както и цитираната съдебна практика). Вж. още становище 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123, т. 70).

⁹⁸ Вж. по-горе, точки 106—108.

⁹⁹ Уредени с решение от 1 април 2004 г., Комисия/Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

3. (Евентуално) необходимите пояснения

166. В обобщение, намирам много по-убедителни причини да приканя Съда да разшири обхвата на изменения критерий AETR, така че да включи и потенциалния съдебен контрол по отношение на препоръките.

167. Ако обаче Съдът реши да следва подхода, при който формата на „типичен“ акт определя възприемането и тълкуването на неговото съдържание, без да е необходимо последното да се разглежда самостоятелно, ще бъде важно да се изяснят някои моменти. Тези необходими пояснения на практика са свързани с посочените по-горе аспекти на въпроса за действителните правни последици на препоръките¹⁰⁰. Ще изтъкна по-специално три основни аспекта: i) обхватът на задължението за лоялно сътрудничество, възложено на държавите членки във връзка с препоръките, ii) липсата на изпреварващ ефект на препоръките върху потенциалния бъдещ законодателен процес на равнището на Съюза и iii) изясняването на обхвата на задължението на националните съдилища съгласно решение Grimaldi.

168. Първо, препоръките не са нито задължителни, нито се допуска да произвеждат правно действие. Следователно те не могат да пораждат права и задължения за държавите членки или за частноправните субекти. Що се отнася до държавите членки, принципът на лоялно сътрудничество не може да се използва, за да се постави по какъвто и да е начин под съмнение това разбиране. Държавите членки имат пълното право изцяло да пренебрегнат съдържанието на препоръката, без това да създава възможност за преки или непреки санкции. Това важи не само за конкретните „задължения“, които държавите членки се насърчават да въведат, но и за всякакви „покани“ за докладване. От препоръките не могат да произтичат нито положителни, нито отрицателни задължения. Освен това препоръката не може да се използва за дефиниране на стандарти или неопределени правни понятия, които, след като бъдат изпълнени със съдържание въз основа на тази препоръка, да се прилагат задължително по отношение на държавите членки или частноправните субекти.

169. Второ, препоръката, поне със сигурност предзаконодателната препоръка, е просто едностранно, необвързващо становище на институция. Ако изобщо бъде последвано от обвързващо законодателство, законодателният процес трябва да започне „на чисто“. По-специално, препоръката не може да „съкращава“ или „изпреварва“ законодателния процес, като изключва определени участници от последващия законодателен процес или на практика наказва някои участници в последващия процес, защото не са представили още преди това своите мнения, съображения, данни или доклади по препоръката и/или в процеса на нейното „изпълнение“.

170. На последно място, не бива да се забравя решение Grimaldi¹⁰¹. Щом не са задължителни, по дефиниция препоръките не могат по никакъв начин да *задължат* националните съдилища да вземат предвид подобни необвързващи насоки, а още по-малко пък може да се говори за някакво задължение за съответстващо тълкуване. Ако Съдът възприеме този по-формален подход към „типичните“ актове на Съюза, ще трябва да преразгледа решение Grimaldi в това отношение и ясно да заяви, че не съществува задължение да се вземат предвид препоръките. Националните съдилища *биха могли* да ги вземат предвид, ако сметнат за целесъобразно, но със сигурност *не са длъжни*.

¹⁰⁰ Точки 87—108 по-горе.

¹⁰¹ Точки 97—101 по-горе.

171. Това би означавало, че националните съдилища следва да третираят препоръките като всеки друг *факултативен* източник на насоки в процеса на тълкуване на правото, каквито са например становищата в доктрината или сравнителноправният анализ. Ако желаят, могат да ги включат в мотивите си, но могат и изцяло да ги пренебрегнат, без да са длъжни да се обосноват.

VII. Заключение

172. Предвид всичко изложено по-горе стигам до заключението, че Общият съд е допуснал грешка при преценката на правните последици на обжалваната препоръка. Следователно жалбата е основателна на третото изтъкнато от жалбоподателя основание и не е необходимо отделно да се обсъждат първото и второто основание за обжалване. Поради това определението на Общия съд следва да бъде отменено, доколкото с него подадената пред Общия съд жалба е обявена за недопустима.

173. Съгласно член 61, първа алинея от Статута на Съда на Европейския съюз, когато отмени решение на Общия съд, Съдът може сам да постанови окончателно решение по делото, когато фазата на производството позволява това.

174. В настоящия случай на този етап Съдът не е в състояние да се произнесе по съществото на подадената пред Общия съд жалба. Тъй като Общият съд обявява жалбата за недопустима, пред него почти не са обсъждани пряко въпросите по същество. Освен това по същите причини не са уважени подадените молби за встъпване¹⁰². Ако Съдът приеме, че подадената пред Общия съд жалба за отмяна е допустима, вероятно същите, а може би и други желаещи да встъпят страни ще искат да представят своите становища.

175. Считам обаче, че Съдът разполага с всички необходими данни по делото, за да може да отхвърли възражението за недопустимост, повдигнато от Комисията на първа инстанция. В интерес на процесуалната бързина и икономия предлагам на Съда да обяви жалбата за допустима и да върне делото на Общия съд за произнасяне по същество.

176. Предлагам на Съда да се произнесе, както следва:

- да отмени определението на Общия съд на Европейския съюз по дело T-721/14 и да обяви за допустима подадената по въпросното дело жалба за отмяна,
- да върне делото на Общия съд за произнасяне по същество,
- да не се произнася по съдебните разноски.

¹⁰² Вж. по-горе, бележка под линия 24.