



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MICHALA BOBEKA
od 12. prosinca 2017.¹

Predmet C-16/16 P

**Kraljevina Belgija
protiv**

Europske komisije

„Žalba – Zaštita potrošača – Usluge internetskih igara na sreću – Zaštita potrošača i igrača internetskih igara na sreću i sprječavanje maloljetnika u igranju internetskih igara na sreću – Preporuka Komisije – Članak 263. UFEU-a – Akt koji se može pobijati – Sudski nadzor instrumenata *soft lawa* – Neobvezujući akti koji proizvode pravne učinke – Akti za koje se razumno može smatrati da navode svoje adresate da ih poštuju”

Sadržaj

I. Uvod	2
II. Pravni okvir	3
A. Primarno pravo	3
B. Preporuka Komisije	4
III. Činjenično stanje i pravni postupak	5
IV. Pobijano rješenje	6
V. Postupak pred Sudom	7
VI. Ocjena	9
A. Sadržaj ispred forme	10
1. Presuda ERTA	10
2. Test iz presude ERTA kako ga je Opći sud primijenio u ovom predmetu	11

¹ Izvorni jezik: engleski

3. Problematični elementi testa iz presude ERTA	12
a) Unutarnji problemi	12
1) Pravni učinci, obvezujuća snaga ili obvezujući pravni učinak?	12
2) Koja je uloga namjere autora?	13
b) Vanjski problemi	14
1) Uspon soft lawa	14
2) Preporuke: nemaju obvezujuću snagu, ali proizvode pravne učinke	15
i) Razina Unije	15
ii) Razina država članica	17
4. Povratak korijenima: presuda ERTA i pravni učinci	19
5. Primjena testa na predmetni slučaj	21
B. Forma određuje sadržaj	24
1. (Potpuno) isključenje: preporuka je preporuka	24
2. Sadržaj ili forma?	25
3. (Potencijalno) nužna pojašnjenja	27
VII. Zaključak	28

I. Uvod

1. Jedna od velikih rasprava koje su obilježile (anglo-američku) pravnu teoriju tijekom posljednjih nekoliko desetljeća je ona između H. L. A. Harta i R. Dworkina o naravi prava i strukturi pravnog sustava. Tijekom kasnih 1960-ih i 1970-ih, Dworkinova kritika Hartova djela *Concept of Law*² iskristalizirala se oko nekoliko tema. Jedna od Dworkinovih ključnih tvrdnji bila je ta da je Hartovo shvaćanje preusko i previše usredotočeno na pravna *pravila*, a da pritom zanemaruje drugi ključan element svakog pravnog sustava: *načela*³.

2. Možda je sigurno pretpostaviti, unatoč naslovu odnosnog akta, da se Komisija kada je usvajala „Preporuke o načelima za zaštitu potrošača i igrača internetskih igara na sreću te sprječavanje maloljetnika u igranju internetskih igara na sreću” (u daljnjem tekstu: Preporuka)⁴, nije namjeravala prikloniti niti jednoj strani u toj teoretskoj raspravi. Međutim, nakon što je Kraljevina Belgija Općem sudu podnijela tužbu za poništenje te preporuke, razvila se nominalno slična, ali sadržajno donekle

2 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, drugo izdanje (s dodatkom), Clarendon Press, Oxford, 1997. (prvo izdanje objavljeno 1961.)

3 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (nova perspektiva s odgovorom kritičarima), London, Duckworth, 1987. (prvo izdanje objavljeno 1977.), str. 22. i sljedeće

4 Preporuka Komisije 2014/478/EU od 14. srpnja 2014. (SL 2014., L 214, str. 38.). Moje isticanje.

različita vrsta rasprave: na koji se način, u pravu Unije, za potrebe sudskog nadzora, takva *načela* razlikuju od (obvezujućih, pravnih) *pravila*? Nadalje, može li se protiv preporuke Komisije, instrumenta koji je člankom 263. stavkom 1. UFEU-a izričito isključen iz sudskog nadzora, ipak podnijeti tužba za poništenje na temelju te odredbe?

3. Opći je sud tužbu Belgije proglasio nedopuštenom⁵, utvrdivši da Preporuka nije bila namijenjena stvaranju obvezujućih pravnih učinaka. Kraljevina Belgija je protiv te odluke podnijela žalbu Sudu.

4. Moj prijedlog Sudu u ovom mišljenju ima u biti dva dijela: kao prvo, na *općoj* razini, s obzirom na promjenjivo zakonodavno okruženje (ne samo) prava Unije, koje je obilježeno širenjem raznih instrumenata *soft lawa*, pristup sudovima Unije treba prilagoditi tom razvoju. U tom smislu te koliko to dopušta teoretska igra riječi, pristup doista treba biti nešto više dworkinijanski, tako da se uvaži činjenica da postoje norme sa značajnim pravnim učincima koje se ne mogu svrstati ni u kategoriju obvezujućih ni u kategoriju neobvezujućih pravnih pravila. Kao drugo, na *konkretnoj* razini preporuke koja je sporna u ovom predmetu, normativni instrument za koji se, s obzirom na njegov smisao, kontekst, svrhu te djelomično i jezik, može smatrati da određuje *pravila* ponašanja treba podlijevati sudskom nadzoru, neovisno o činjenici da je donekle prikriven kao skup pukih „*načela*” u preporuci.

II. Pravni okvir

A. Primarno pravo

5. U skladu s člankom 4. stavkom 3. UEU-a, „[d]ržave članice poduzimaju sve odgovarajuće mjere, opće ili posebne, kako bi osigurale ispunjavanje obveza koje proizlaze iz Ugovora ili akata institucija Unije. Države članice olakšavaju ostvarivanje zadaća Unije i suzdržavaju se od svake mjere koja bi mogla ugroziti postizanje ciljeva Unije”.

6. Članak 263. stavak 1. UFEU-a glasi: „Sud Europske unije ispituje zakonitost zakonodavnih akata, akata Vijeća, Komisije i Europske središnje banke, osim preporuka i mišljenja, te akata Europskog parlamenta i Europskog vijeća koji proizvode pravne učinke prema trećima. On ispituje i zakonitost akata tijela, ureda ili agencija Unije koji bi mogli proizvesti pravne učinke prema trećima.”

7. U članku 288. UFEU-a predviđeno je:

„Radi izvršavanja nadležnosti Unije, institucije donose uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja.

Uredba ima opću primjenu. Obvezujuća je u cijelosti i neposredno se primjenjuje u svim državama članicama.

Direktiva je obvezujuća, u pogledu rezultata koji je potrebno postići, za svaku državu članicu kojoj je upućena, a odabir oblika i metoda postizanja tog rezultata prepušten je nacionalnim tijelima.

Odluka je u cijelosti obvezujuća. Odluka u kojoj je određeno kome je upućena, obvezujuća je samo za njih.

Preporuke i mišljenja nemaju obvezujuću snagu.”

⁵ Rješenje od 27. listopada 2015., Belgija/Komisija (T-721/14, EU:T:2015:829)

8. Članak 292. UFEU-a glasi: „Vijeće usvaja preporuke. Vijeće odlučuje na prijedlog Komisije u svim slučajevima kada se Ugovorima predviđa da Vijeće usvaja akte na prijedlog Komisije. Vijeće odlučuje jednoglasno u područjima u kojima je potrebna jednoglasnost za usvajanje akta Unije. Komisija, i Europska središnja banka u posebnim slučajevima predviđenima u Ugovorima, usvaja preporuke.”

9. U članku 296. UFEU-a predviđeno je:

„Kada se Ugovorima ne definira vrsta akta koji se donosi, institucije ga biraju ovisno o slučaju, u skladu s važećim postupcima i u skladu s načelom proporcionalnosti.

U pravnim se aktima navode razlozi na kojima se akti temelje i u njima se upućuje na sve prijedloge, inicijative, preporuke, zahtjeve ili mišljenja koja su potrebna na temelju Ugovorâ.

Pri razmatranju nacрта zakonodavnih akata, Europski parlament i Vijeće ne donose nijedan akt koji nije predviđen odgovarajućim zakonodavnim postupkom u predmetnom području.”

B. Preporuka Komisije

10. U skladu s uvodnom izjavom 5. Preporuke Komisije, „[u] nedostatku usklađenosti na razini Unije države članice u načelu mogu slobodno određivati ciljeve svoje politike o igrama na sreću i definirati razinu zaštite potrebne za zaštitu zdravlja potrošača [...]”.

11. U uvodnoj izjavi 8. navedeno je da se „[p]ravila i politike koje su države članice uvele u svrhu ostvarivanja ciljeva od javnog interesa uvelike [...] razlikuju”.

12. U uvodnoj izjavi 9. navedeno je da je cilj Preporuke Komisije „zaštititi zdravlje potrošača i igrača te time umanjiti moguću ekonomsku štetu koja može nastati zbog kompulzivnog ili pretjeranog kockanja. U tu svrhu, ova Preporuka sadržava načela za visoku razinu zaštite potrošača, igrača i maloljetnika u pogledu usluga internetskih igara na sreću. U pripremi ove Komunikacije Komisija se koristila dobrom praksom država članica”.

13. U skladu s uvodnom izjavom 15., „[p]rimjereno je pozvati države članice na predlaganje pravila na osnovu kojih se potrošačima pružaju informacije o internetskim igrima na sreću [...]”.

14. U uvodnoj izjavi 16. predviđeno je da, „[p]rema potrebi, načela ove Preporuke ne bi trebala biti upućena samo priređivačima, nego i trećim osobama, uključujući takozvane ‚podružnice’, kojima je dopuštena promidžba usluga internetskih igara na sreću u ime priređivača”.

15. U skladu s uvodnom izjavom 27., „[u]činkoviti nadzor nužan je za primjerenu zaštitu ciljeva od javnog interesa. Države članice trebale bi odrediti nadležna tijela, utvrditi jasne smjernice za priređivače i pružati lako dostupne informacije potrošačima, igračima i osjetljivim skupinama uključujući maloljetnike”.

16. U uvodnoj izjavi 29. dodano je da se „[o]va [...] Preporuka ne kosi s Direktivom 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i Direktivom Vijeća 93/113/EEZ”.

17. U odjeljku I. Preporuke utvrđena je njezina svrha. U skladu s točkom 1., „[d]ržavama članicama preporučuje se da visoku razinu zaštite potrošača, igrača i maloljetnika ostvare donošenjem načela za usluge internetskih igara na sreću i odgovornu komercijalnu komunikaciju tih usluga, sve kako bi zaštitile zdravlje i umanjile moguću ekonomsku štetu koja može nastati zbog kompulzivnog ili pretjeranog igranja”. U točki 2. navedeno je da se „[o]va [...] Preporuka ne kosi s pravom država članica na reguliranje usluga igara na sreću”.

18. U odjeljku III. Preporuke utvrđeni su prilično detaljni zahtjevi u pogledu podataka na internetskoj stranici priređivača igara na sreću, osobito u pogledu vrste podataka koji trebaju biti prikazani na njihovoj početnoj internetskoj stranici i broja klikova koji je potreban da bi se pristupilo pojedinim podacima. Odjeljak IV. sadržava dodatne zahtjeve u pogledu maloljetnika.

19. Odjeljak V. odnosi se na prijavu igrača i račune za igranje. Osobito, u točki 15. predviđeno je da bi „[d]ržave članice trebale [...] osigurati da je osobi dopušteno sudjelovanje u internetskim igrama na sreću tek nakon što se prijavi kao igrač i posjeduje račun kod priređivača”.

20. Odjeljak VI. odnosi se na aktivnost igrača i podršku igračima. Odjeljkom VIII. uređena je komercijalna komunikacija, a odjeljkom IX. sponzorstvo.

21. Odjeljak XI. odnosi se na nadzor. Točkom 51. pozivaju se države članice „na određivanje nadležnih regulatornih tijela za igre na sreću prilikom primjene načela utvrđenih ovom Preporukom kako bi osigurale i neovisno pratile učinkovito poštovanje nacionalnih mjera donesenih radi potpore tim načelima”.

22. Odjeljak XII., zadnji u Preporuci, odnosi se na izvješćivanje. U točki 52. navedeno je da se „[d]ržave članice pozivaju [...] na izvješćivanje Komisije o svim mjerama poduzetima u skladu s ovom Preporukom do 19. siječnja 2016. kako bi Komisija mogla ocijeniti provedbu ove Preporuke”.

23. U skladu s točkom 53., „[d]ržave članice pozivaju se na prikupljanje pouzdanih godišnjih podataka u statističke svrhe:

- (a) o primjenjivim mjerama zaštite, posebno o broju računa za igranje (otvorenih i zatvorenih), broju samoisključenih igrača, broju igrača s poremećajem povezanim s kockanjem i prigovorima igrača;
- (b) o komercijalnoj komunikaciji po kategoriji i vrsti kršenja načelâ;

Države članice pozivaju se na dostavljanje tih informacija Komisiji, prvi put do 19. srpnja 2016.”.

24. Naposljetku, u točki 54. navodi se da bi „Komisija [...] trebala ocijeniti provedbu Preporuke do 19. siječnja 2017.”.

III. Činjenično stanje i pravni postupak

25. Komisija je 2011., u Zelenoj knjizi „o internetskim igrama na sreću na unutarnjem tržištu”⁶, odredila zajedničke ciljeve država članica u pogledu uređenja usluga internetskih igara na sreću. Odredila je i ključna prioritetna područja za djelovanje Unije.

26. Komisija je u svojoj Komunikaciji „prema sveobuhvatnom Europskom okviru za internetske igre na sreću”, usvojenoj 23. listopada 2012.⁷, predložila niz mjera kao odgovor na regulatorne, društvene i tehničke izazove u području internetskih igara na sreću. Komisija je posebno navela da se, općenito gledajući, u tom trenutku nije činilo prikladnim predložiti propis Unije koji bi se konkretno odnosio na sektor internetskih igara na sreću. Komisija je u toj komunikaciji objavila da će iznijeti preporuke o zaštiti potrošača u području usluga internetskih igara na sreću, uključujući o zaštiti maloljetnika te o odgovornoj komercijalnoj komunikaciji usluga internetskih igara na sreću.

⁶ COM (2011) 128 *final*

⁷ COM (2012) 596 *final*

27. Europski je parlament u svojoj Rezoluciji od 10. rujna 2013. o internetskim igrama na sreću na unutarnjem tržištu⁸ pozvao Komisiju da istraži mogućnost interoperabilnosti među nacionalnim registrima o samoisključivanju. To bi podiglo svijest o rizicima ovisnosti o igrama na sreću te o potrebi uvođenja obveznih provjera identiteta koje bi vršila treća strana. Parlament je također pozvao da se priređivače igara na sreću obveže da na svojim internetskim stranicama prikazuju informacije o regulatornim tijelima i poruke upozorenja maloljetnicima te omogućuju upotrebu samoograničenja. Osim toga, Parlament se založio za određivanje zajedničkih načela o odgovornoj komercijalnoj komunikaciji. Preporučio je da komercijalne komunikacije trebaju sadržavati jasna upozorenja o posljedicama patološkog kockanja te o rizicima ovisnosti o kockanju. Komercijalne komunikacije ne smiju biti pretjerane niti prikazivati sadržaj koji je posebno namijenjen maloljetnicima ili kod kojeg postoji veći rizik da bude namijenjen maloljetnicima.

28. Europski gospodarski i socijalni odbor također je pozvao Komisiju da intervenira kako bi poboljšala zaštitu potrošača u pogledu internetskih igara na sreću i zaštitila maloljetnike⁹.

29. U takvom kontekstu, Europska komisija je 14. srpnja 2014., na temelju članka 292. UFEU-a, usvojila spornu preporuku. Ona je u cijelosti objavljena u seriji L *Službenog lista Europske unije* od 19. srpnja 2014.

30. Usvajanje Preporuke popraćeno je medijskim priopćenjem¹⁰ i memorandumom¹¹. Preporuka Komisije je u tom memorandumu predstavljena na sljedeći način: „Preporuka je neobvezujući instrument koji Europska komisija koristi da bi državama članicama poslala jasnu poruku o tome koje se mjere očekuju da bi se ispravila situacija, a pritom im ostavlja dovoljno fleksibilnosti u pogledu načina da se to postigne. Preporuka, time što se u njoj određuju ciljevi kojima se teži, treba djelovati kao katalizator razvoja dosljednih načela koja se trebaju primjenjivati u čitavoj Europskoj uniji”. U memorandumu je, u pogledu odabira vrste instrumenta, dodano da „ne postoji propis Unije koji se konkretno odnosi na internetske igre na sreću te se nije smatralo prikladnim predložiti takve konkretne propise. Osim toga, preporuku Komisije moguće je odmah usvojiti, dok prijedloge propisa mora usvojiti Vijeće ministara Unije i Europski parlament, što može potrajati”.

IV. Pobijano rješenje

31. Dana 13. listopada 2014., Kraljevina Belgija podnijela je Općem sudu tužbu za poništenje sporne preporuke.

32. Opći je sud rješenjem od 27. listopada 2015. tužbu odbio kao nedopuštenu¹². Utvrdio je da Preporuka, uzimajući u obzir njezin tekst, sadržaj i kontekst, ne stvara niti je namijenjena stvaranju obvezujućih pravnih učinaka pa se ne može klasificirati kao akt čiju je zakonitost moguće ispitivati u smislu članka 263. UFEU-a¹³.

33. Opći je sud u svojem obrazloženju prvo naveo da je Preporuka u bitnome sastavljena na neobvezujući način, unatoč određenim manjim razlikama između jezičnih verzija¹⁴.

8 P7_TA(2013)0348

9 2012/2322(INI)

10 IP/14/828 od 14. srpnja 2014., dostupno na internetskoj adresi: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm

11 MEMO/14/484 od 14. srpnja 2014., dostupan na internetskoj adresi: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm

12 Rješenje od 27. listopada 2015., Belgija/Komisija (T-721/14, EU:T:2015:829)

13 Točka 37. pobijanog rješenja

14 Točka 21. i sljedeće pobijanog rješenja

34. Opći je sud dalje istaknuo da iz sadržaja Preporuke proizlazi da joj Komisija nije ni na koji način namjeravala dodijeliti obvezujuće pravne učinke¹⁵. Osobito, u točkama 51. do 53. Preporuke *poziva* se države članice da odrede regulatorna tijela za igre na sreću i da izvijeste Komisiju o svim mjerama poduzetima u skladu s tom preporukom. Time se državama članicama ne nameće obveza primjene načela predviđenih u tom aktu. Nadalje, Komisija je izričito navela da se Preporuka ne kosi sa zakonodavnim ovlastima država članica u tom području: samo je pozvala države članice da poštuju u njoj utvrđena načela¹⁶.

35. Opći je sud zaključio da analizu teksta i sadržaja Preporuke potvrđuje analiza njezina konteksta. Rasprave u Vijeću, Europskom parlamentu i Komisiji pokazuju da u to vrijeme nije postojala namjera predlaganja propisa Unije u tom području¹⁷.

36. Opći je sud dodao da objava Preporuke u seriji L *Službenog lista*, a ne u njegovoj seriji C, ne može sama po sebi dovesti u pitanje zaključak da ta preporuka nije bila namijenjena stvaranju obvezujućih pravnih učinaka¹⁸. Također je naveo da to ne može učiniti ni puka činjenica da preporuke, iako nisu obvezujuće, mogu imati pravne učinke, istaknuvši da ona ne omogućuje njihovo sudske pobijanje. Drugačiji zaključak bio bi protivan članku 263. UFEU-a, u skladu s kojim se protiv preporuka, koje ne stvaraju obvezujuće pravne učinke, ne može podnijeti tužba za poništenje¹⁹.

37. Navodna povreda načela institucionalne ravnoteže, dodjeljivanja ovlasti ili lojalne suradnje od strane Unijine institucije ne dopušta zanemarivanje uvjeta dopuštenosti tužbe za poništenje propisanih Ugovorom²⁰. Osobito, iz činjenice da Sud u okviru postupka zbog povrede obveze može, s obzirom na obvezu države članice na lojalnu suradnju, ispitati akt ili postupanje koji nemaju obvezujuće pravne učinke ne proizlazi da isto vrijedi i za tužbu za poništenje²¹.

38. Opći je sud naveo, nasuprot žaliteljevim tvrdnjama, da Preporuka ne propisuje nijedno pravilo ni načelo koje bi imalo za cilj usklađivanje tržišta internetskih igara na sreću. To jasno proizlazi iz točke 2. Preporuke koja izričito potvrđuje regulatorne ovlasti država članica u toj domeni²². Preporuka nije namijenjena tomu da ograniči mogućnost pojedinih država članica da ocijene, prema vlastitim afinitetima, koji su uvjeti potrebni za zaštitu moralnih, vjerskih i kulturoloških aspekata²³.

V. Postupak pred Sudom

39. Kraljevina Belgija (žalitelj) svojom žalbom od Suda zahtijeva da ukine rješenje Općeg suda, da tužbu za poništenje proglasi dopuštenom, da odluči o meritumu predmeta, da zahtjeve za intervenciju Helenske Republike i Portugalske Republike proglasi dopuštenima²⁴ i da Komisiji naloži snošenje troškova.

40. Komisija od Suda zahtijeva da odbije žalbu i da žalitelju naloži snošenje troškova.

15 Točka 29. pobijanog rješenja

16 Točke 32. do 35. pobijanog rješenja

17 Točka 36. pobijanog rješenja

18 Točke 38. do 40. pobijanog rješenja

19 Točke 42. do 48. pobijanog rješenja

20 Točke 51. i 52. pobijanog rješenja

21 Točke 54. i 55. pobijanog rješenja

22 Točka 64. pobijanog rješenja

23 Točka 68. pobijanog rješenja

24 Portugalska Republika i Helenska Republika podnijele su zahtjeve za intervenciju u postupku pred Općim sudom, u potporu žalitelju. Međutim, budući da je tužbu proglasio nedopuštenom, Opći je sud utvrdio da nije potrebno odlučiti o tim zahtjevima za intervenciju (točka 86. pobijanog rješenja).

41. Žalitelj u svojoj žalbi ističe tri žalbena razloga: (i.) povredu načela dodijeljenih nadležnosti, lojalne suradnje i institucionalne ravnoteže; (ii.) povredu uzajamnosti načela lojalne suradnje i zanemarivanje svojstva države članice kao povlaštenog tužitelja; te; (iii.) pogrešno tumačenje pravnog učinka Preporuke u odnosu na Belgiju.

42. Žalitelj u prvom žalbenom razlogu navodi da je tužbu trebalo proglasiti dopuštenom jer je Opći sud trebao ispitati je li autor Preporuke bio nadležan usvojiti je, a ne samo ispitati proizvodi li ona obvezujući pravni učinak. Točnije, Opći sud nije poštovao načela dodijeljenih nadležnosti, lojalne suradnje i institucionalne ravnoteže, jer nije ispitao je li postojala materijalna pravna osnova koja bi opravdala usvajanje Preporuke. Članak 292. UFEU-a ne predstavlja autonomnu pravnu osnovu: on ovlašćuje i Vijeće i Komisiju da usvajaju preporuke, ali potrebno je ispitati materijalne nadležnosti koje su svakoj od tih dviju institucija dodijeljene Ugovorima da bi se znalo koja je od njih nadležna.

43. Dalje, žalitelj navodi da bi i neobvezujuća preporuka trebala podlijegati sudskom nadzoru, kako bi se utvrdilo je li u skladu s gorenavedenim načelima. Ne dopustivši sudski nadzor, Opći je sud zanemario načelo dodijeljenih nadležnosti. Također je članak 263. UFEU-a primijenio na način koji nije u skladu s ustaljenom sudskom praksom: u svakoj mjeri koju institucija usvoji jasno se mora navesti njezina pravna osnova²⁵.

44. Žalitelj navodi da bi i sama činjenica da je Komisija usvojila jedan od pravnih instrumenata navedenih u članku 288. UFEU-a, a da za to nije bila nadležna, proizvela pravni učinak jer bi narušila ravnotežu nadležnosti između Unije i država članica, kao i između Unijinih institucija. Posljedično, Sud bi takav instrument trebao moći preispitati. Prije ocjene radi li se o „istinskoj” preporuci treba utvrditi jesu li ta načela poštovana. Žalitelj ističe da stvarni zakonodavni akt Unije mora biti usvojen u skladu s pravom Unije te da se prilikom njegova usvajanja moraju poštovati ovlasti drugih Unijinih institucija i država članica.

45. U svojem drugom žalbenom razlogu, žalitelj kritizira činjenicu da je Opći sud, vodeći se razlikom između postupaka za poništenje akata i postupaka zbog povrede obveze, nevažnom ocijenio sudsku praksu koja predviđa da akti s neobvezujućim pravnim učincima usvojeni u suprotnosti sa zahtjevom lojalne suradnje podliježu sudskom nadzoru u okviru postupka zbog povrede obveze²⁶. To je u suštinskoj suprotnosti s uzajamnom naravi načela lojalne suradnje²⁷. Opći sud time onemogućuje državi članici pristup Sudu u okviru postupaka za poništenje, a države članice su povlašteni tužitelji.

46. U svojem trećem žalbenom razlogu, žalitelj tvrdi da Opći sud prilikom razmatranja Preporuke nije pravilno primijenio presudu ERTA²⁸ i kasniju sudsku praksu. Zaključuje da je zakonitost Preporuke moguće ispitati na temelju članka 263. UFEU-a jer ona proizvodi pravne učinke, barem u odnosu na Belgiju i Portugal.

47. Žalitelj navodi da je Opći sud trebao uzeti u obzir činjenicu da je Preporuka sastavljena na obvezujući način u nekoliko jezičnih verzija, kao što je portugalska, ali i na dvama od triju službenih jezika Belgije, odnosno na nizozemskom i njemačkom, osobito iz razloga što nacionalni sudovi moraju preporuke uzimati u obzir. Opći sud nije trebao Preporuku općenito sagledavati, nego konkretno, tako da utvrdi stvara li pravne učinke u odnosu na Belgiju. Uzimajući u obzir obvezujući tekst u nizozemskoj i njemačkoj verziji, moguće je zaključiti da u odnosu na Belgiju postoje „snažniji” pravni učinci, u usporedbi s drugim jezičnim verzijama.

25 Žalitelj se poziva na mišljenje 2/00 kako bi naglasio ustavnu važnost odabira prikladne pravne osnove (Mišljenje 2/00 (Protokol iz Kartagene o biološkoj sigurnosti), od 6. prosinca 2001., EU:C:2001:664, t. 5.). Također vidjeti presudu od 1. listopada 2009., Komisija/Vijeće (C-370/07, EU:C:2009:590, t. 47.).

26 Presude od 12. veljače 2009., Komisija/Grčka (C-45/07, EU:C:2009:81), i od 20. travnja 2010., Komisija/Švedska (C-246/07, EU:C:2010:203)

27 Presuda od 16. listopada 2003., Irska/Komisija (C-339/00, EU:C:2003:545, t. 71.)

28 Presuda od 31. ožujka 1971., Komisija/Vijeće (22/70, EU:C:1971:32)

48. Komisija u svojem odgovoru na žalbu odbacuje žaliteljeve argumente u pogledu uvjeta dopuštenosti postupaka za poništenje preporuka. Navodi da se žaliteljevi argumenti (u pogledu načela dodjeljivanja ovlasti, lojalne suradnje, institucionalne ravnoteže i pravne osnove) odnose na meritum predmeta, dok je tekući postupak ograničen na pitanje dopuštenosti.

49. Što se tiče uzajamne naravi načela iskrenosti (drugi žalbeni razlog), Komisija ističe da je Kraljevina Belgija pogrešno iznijela da je Opći sud stvorio postupovno nejednak položaj u korist Komisije u postupcima zbog povrede obveze a na štetu država članica u postupcima za poništenje. Taj zaključak Općeg suda samo znači da zakonitost preporuka nije moguće ispitivati na temelju članka 263. UFEU-a. Stoga, u primjeni članka 263. UFEU-a ne postoji nejednakost.

50. Komisija nevažnom smatra činjenicu da je tekst preporuke na jednom od službenih jezika države članice neznatno različit. To je zato što se ocjena pravnih učinaka preporuke, ako postoje, treba temeljiti i na cilju i kontekstu akta. Komisija navodi da akte Unije treba autonomno tumačiti, neovisno o domaćem pravu.

51. Žalitelj se u svojoj replici usredotočuje na pravnu osnovu Preporuke, za koju smatra da ne postoji. Inzistirao je da preporuka Komisije proizvodi pravne učinke (makar ograničene) na temelju svojeg postojanja, što znači da mora postojati mogućnost preispitivanja njezine zakonitosti. Država članica bi trebala moći zahtijevati ispitivanje valjanosti svakog akta Unije kada nije jasno je li donesen unutar granica načela dodjeljivanja ovlasti, osobito kada ne postoji materijalna pravna osnova. Puko upućivanje na članak 292. UFEU-a nije dovoljno. Ne ispunjava zahtjev u pogledu materijalne pravne osnove.

52. Komisija u svojem odgovoru na repliku tvrdi da ne postoji praznina u postupcima koji su predviđeni Ugovorima. Preporuke su isključene iz područja primjene članka 263. UFEU-a. Jedino se postavlja pitanje je li ova preporuka „istinska” preporuka. Pitanje pravne osnove spada pod ocjenu merituma te bi ga stoga trebalo razmatrati samo ako je tužba dopuštena. U svakom slučaju, Komisija ne smatra da je žalitelj dokazao zašto bi pravna osnova pored članka 292. UFEU-a bila potrebna.

53. Osim svojih pisanih očitovanja, Kraljevina Belgija i Komisija iznijele su usmena očitovanja na raspravi održanoj 26. lipnja 2017.

VI. Ocjena

54. Žalitelj je u svojoj žalbi istaknuo tri žalbena razloga. Smatram da je prikladno prvo razmotriti treći žalbeni razlog (kojim žalitelj navodi da je Opći sud pogriješio u svojoj ocjeni nepostojanja pravnih učinaka pobijane preporuke), u biti zbog dvaju razloga. Kao prvo, on predstavlja glavni dio žalbe podnesene Sudu. On se, na ovaj ili onaj način, također dotiče elemenata prvog i drugog žalbenog razloga. U predmetu poput ovog, elementi ocjene merituma u određenoj su mjeri povezani s fazom ocjene dopuštenosti te se u nju pretaču. Kao drugo, mišljenja sam da je žaliteljev treći žalbeni razlog osnovan. Opći je sud počinio pogrešku koja se tiče prava: pogrešno je protumačio učinke sporne preporuke te je stoga pogrešno ocijenio dopuštenost tužbe²⁹.

55. Preporuka je „tipičan” akt prava Unije, naveden u članku 288. UFEU-a. U suprotnosti s potencijalno širokom lepezom „netipičnih” akata institucija i tijela Unije, koji nisu navedeni, člankom 288. UFEU-a predviđene su značajke preporuke – ona nema obvezujuću snagu. Osim toga, u prvom stavku članka 263. UFEU-a jasno je istaknuto da se protiv preporuka ne mogu podnositi tužbe za poništenje.

²⁹ Po mojem mišljenju, tumačenje pravnih učinaka (ili njihova nepostojanja) (mogućeg) izvora prava Unije, kao što je preporuka, u potpunosti predstavlja pravno pitanje te stoga podliježe punom nadzoru u žalbenom postupku. *Iura (item „iusmollis”) novit Curia.*

56. S obzirom na tu zakonodavnu pozadinu u primarnom pravu, proširenje sudske prakse proizašle iz presude ERTA³⁰, koja se odnosi na „netipične” akte, možda nije sasvim automatsko. Stoga, moguća su dva pristupa kada je riječ o tužbama za poništenje preporuka. Kao prvo, tu je pristup „*sadržaj ispred forme*”, u skladu s kojim, čak i kada se radi o tipičnim aktima, analiza sadržaja pobijanog akta je ta o kojoj ovisi dopuštenost tužbe za poništenje. Ako akt zapravo nije ono što mu stoji u naslovu (primjerice, nije „istinska” preporuka), treba podlijevati nadzoru, neovisno o njegovu naslovu. Kao drugo, tu je i pristup „*forma određuje sadržaj*”, prema kojem je akt ono što mu stoji u naslovu, čak i ako ima pomalo neobičan oblik. Međutim, treba ga se shvatiti i tumačiti prema onome što mu stoji u naslovu, dok god isti nosi.

57. Ovo je mišljenje strukturirano na sljedeći način. U odjeljku A govorim o prvom pristupu: prvo razmatram korijene testa iz presude ERTA (A.1.), nakon čega ću se osvrnuti na kasniju sudsku praksu i način na koji Opći sud taj test shvaća u ovom predmetu (A.2.). Potom ću objasniti zašto je taj test, kada je riječ o preporukama, problematičan iz više razloga (A.3.), nakon čega ću razmatrati prijedlog za njegovu prilagodbu (A.4.). Potom ću prikazati na koji bi se način takav razrađeni test primjenjivao na predmetnu preporuku (A.5.).

58. U odjeljku B prvo opisujem drugi pristup (B.1.), nakon čega iznosim daljnje argumente zbog kojih, po momu mišljenju, Sud ne bi trebao prihvatiti taj pristup (B.2.). Međutim, ako ga Sud ipak prihvati, pozvat ću ga da pruži barem nekoliko važnih pojašnjenja u pogledu naravi i učinaka preporuka (B.3.).

A. Sadržaj ispred forme

1. Presuda ERTA

59. U njegovoj prvoj verziji iz 1957., člankom 173. Ugovora o EEZ-u (koji je kasnije postao članak 230. UEZ-a, a danas je to članak 263. UFEU-a) bilo je predviđeno da Sud može ispitivati zakonitost „pravnih akata Komisije i Vijeća, osim preporuka i mišljenja” [neslužbeni prijevod]. U njemu nije bila navedena pozitivna definicija pravnih akata koje je moguće ispitivati. Stoga je bilo na Sudu da odluči koje je akte moguće ispitivati: jesu li to bili samo oni akti Komisije ili Vijeća koji su u tadašnjem članku 189. UEEZ-a (sadašnjem članku 288. UFEU-a) bili izričito navedeni kao obvezujući, to jest uredbe, direktive i odluke, ili su obuhvaćali i „netipične akte” tih institucija, ali koji nisu bili izričito spomenuti u Ugovorima.

60. U presudi ERTA³¹, koja se odnosila na zapisnik Vijeća u pogledu pregovora i sklapanja međunarodnog sporazuma, Sud je utvrdio test za ocjenu je li tužba za poništenje akta institucije dopuštena (u daljnjem tekstu: test iz presude ERTA). Sud je utvrdio da članak 173. predviđa da se može podnijeti tužba protiv „svih akata koje su donijele institucije i čiji je cilj proizvoditi pravne učinke [...]”. Tužba za poništenje stoga mora biti dostupna protiv *svih odluka koje su donijele institucije, i koje su usmjerene na stvaranje pravnih učinaka bez obzira na njihovu prirodu ili oblik*³².

61. Dakle, izvorni test iz presude ERTA odnosio se na dva elementa: radi li se o aktu Unije koji je *usmjeren* na stvaranje *pravnih* učinaka?

30 Presuda od 31. ožujka 1971., Komisija/Vijeće (22/70, EU:C:1971:32)

31 Presuda od 31. ožujka 1971., Komisija/Vijeće (22/70, EU:C:1971:32)

32 Točke 39. i 42. te presude (moje isticanje). Taj tekst („akti koji proizvode pravne učinke”) je kasnije, Ugovorom iz Maastrichta, uvršten u članak 173. UEEZ-a.

62. Sud je u kasnijoj sudskoj praksi taj test primijenio na nekoliko netipičnih akata kao što su interne Komisijine upute ili smjernice³³; pravilnici ponašanja kojima su se provodile uredbe Vijeća³⁴; komunikacije³⁵; obavijesti³⁶; ili dopisi³⁷.

63. Ako поближе proučimo te odluke, vidjet ćemo da formulacija testa nije uvijek bila jednaka. Međutim, uvijek je postojalo jedno zajedničko obilježje: Sud je u pogledu svih tih netipičnih akata jasno navodio da je sadržaj akta Unije uvijek važniji od njegove forme kada se ocjenjuje dopuštenost tužbe za poništenje³⁸. Sâm naziv ili forma akta nisu odlučujući u ocjeni može li se ispitivati njegovu zakonitost ili ne.

2. Test iz presude ERTA kako ga je Opći sud primijenio u ovom predmetu

64. Opći je sud u pobijanom rješenju naveo: „[i]z ustaljene sudske prakse proizlazi da se kao akti koji se mogu pobijati u smislu članka 263. UFEU-a smatraju sve odredbe koje su usvojile institucije, u bilo kojem obliku, koje imaju obvezujuće pravne učinke [...]. [N]isu predmet sudskog preispitivanja iz članka 263. UFEU-a akti koji ne stvaraju *obvezujuće* pravne učinke, poput pripremnih akata, potvrđujućih akata i čisto provedbenih akata, *običnih preporuka* i mišljenja kao i načelno internih uputa [...]. [S obzirom na sudsku praksu], utvrđivanje mogućnosti da takav akt stvara pravne učinke i tako bude predmet tužbe za poništenje temeljem članka 263. UFEU-a podrazumijeva ispitivanje njegova teksta i konteksta u koji je smješten [...], njegova [sadržaja] [...], kao i namjere njegova autora”³⁹.

65. Opći je sud potom, barem koliko je meni poznato, prvi put primijenio test iz presude ERTA na preporuku. Ispitivao je tekst, kontekst i sadržaj preporuke, kao i namjeru njezina autora. Zaključio je da Preporuka nema obvezujući pravni učinak na svoje adresate. Opći je sud priznao da su načela predviđena Preporukom bila vrlo detaljna. Unatoč tomu je zaključio da nemaju „obvezujuću” narav, što je posebno vidljivo iz „pozivnih” formulacija prisutnih u većini jezičnih verzija Preporuke. Posljedično, Opći je sud, pridavši veći značaj tekstu nego drugim čimbenicima, zaključio da tužba nije dopuštena.

66. Ukratko, čini se da se Opći sud u svojoj analizi pobijane preporuke prije svega vodio navodnom činjenicom nepostojanja *obvezujućih pravnih učinaka* Preporuke, koju je utvrdio na temelju *namjere* Komisije, koju je pak odredio prvenstveno s obzirom na formu akta i njegov tekst.

33 Vidjeti presude od 9. listopada 1990., Francuska/Komisija (C-366/88, EU:C:1990:348), i od 6. travnja 2000., Španjolska/Komisija (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Vidjeti presudu od 13. studenoga 1991., Francuska/Komisija (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Vidjeti presude od 16. lipnja 1993., Francuska/Komisija (C-325/91, EU:C:1993:245) i od 20. ožujka 1997., Francuska/Komisija (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Vidjeti presudu od 1. prosinca 2005., Italija/Komisija (C-301/03, EU:C:2005:727), kao i mišljenje F. G. Jacobsa u tom predmetu (C-301/03, EU:C:2005:550, t. 70. i sljedeće).

37 Vidjeti presudu od 5. listopada 1999., Nizozemska/Komisija (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 U pogledu akata koje je donijelo Visoko tijelo, vidjeti presudu od 10. prosinca 1957., Société des usines à tubes de la Sarre/Visoko tijelo (1/57 i 14/57, EU:C:1957:13).

39 Točke 16. do 18. pobijanog rješenja (moje isticanje)

3. Problematični elementi testa iz presude ERTA

67. Test iz presude ERTA, ako ga se shvati i primijeni na taj način, izaziva određene probleme. Moguće ih je svrstati u dvije kategorije: kao prvo, postoje *unutarnji* problemi testa, njegov smisao, uvjeti i njihova primjena, koji na vidjelo još jasnije izlaze kada se test primijeni na preporuku. Kao drugo, postoje problemi koje se može nazvati *vanjskima*. Oni se odnose na činjenicu da test iz presude ERTA, koji je s vremenom postajao sve uži i uži, nije u skladu s razvojem Unijina normativnog okvira. U svijetu u kojem razni instrumenti *soft lawa* postaju mnogo brojniji i značajniji nego 1971., uvjeti procesne legitimacije i sudskog nadzora trebaju reagirati na takav razvoj.

a) Unutarnji problemi

68. U tom se pogledu ističu dva elementa: nužno *obvezujuća* narav akta Unije kao uvjet mogućnosti ispitivanja njegove zakonitosti (1.) i *namjera* autora u pogledu pravnih učinaka akta (2.).

1) Pravni učinci, obvezujuća snaga ili obvezujući pravni učinak?

69. U točki 42. presude ERTA⁴⁰ ne govori se o mjerama koje su usmjerene na stvaranje *obvezujućeg* pravnog učinka, nego samo *pravnih* učinaka. Čini se da isto vrijedi i za izraze korištene u drugim jezičnim verzijama te presude⁴¹.

70. Do promjene u terminologiji – s običnih pravnih učinaka na „*obvezujuće* pravne učinke” došlo je u kasnijoj sudskoj praksi⁴². Čini se da taj trend dodatno jača u posljednje vrijeme, jer Sud mogućnost sudskog nadzora akata Unije sada uvjetuje time imaju li oni *obvezujući* pravni učinak⁴³.

71. Istina, moglo bi se smatrati da je Sud u presudi ERTA, unatoč uporabi izraza „pravni učinci”, zapravo mislio na „obvezujuću snagu”, iako ta tvrdnja, s obzirom na vrstu dokumenta koju se razmatralo u tom predmetu (zapisnik Vijeća), nije sasvim uvjerljiva. Takva bi se tvrdnja osobito mogla temeljiti na tekstu članka 189. UEEZ-a, u kojem se još tada pravila razlika između obvezujućih akata (uredbi, direktiva i odluka) i neobvezujućih akata (preporuka i mišljenja)⁴⁴. Stoga, iako Sud nije članak 173. UEEZ-a izričito protumačio s obzirom na nomenklaturu iz članka 189. UEEZ-a, potonja odredba vjerojatno je utjecala na test.

72. Neovisno o tomu, točno je i da je odnedavno Sud općenito postao stroži, sužavajući područje primjene članka 263. UFEU-a na akte koji imaju *obvezujući* pravni učinak, čime dopunjava tekst te odredbe, koja je ograničena samo na *pravne* učinke (prema trećima). Međutim, u nedostatku bilo kakvih rasprava u sudskoj praksi o toj razlici, a prije svega u nedostatku dokaza o jasnom priklanjanju jednom ili drugom pristupu, moguće je zapitati se je li Sud doista htio postati stroži i zauzeti uži pristup. Unatoč tomu, jasno je da ni iz teksta ni iz smisla presude ERTA nužno ne proizlazi da *pravni* učinci moraju biti i *obvezujući*.

⁴⁰ Vidjeti gornju bilješku 31.

⁴¹ U francuskoj verziji, „qui visent à produire des effets de droit”; u njemačkoj, „Rechtswirkungen zu erzeugen”; u talijanskoj, „che miri a produrre effetti giuridici”; u nizozemskoj, „die beogen rechts gevolgen teweeg te brengen”.

⁴² Vidjeti, primjerice, rješenje od 17. svibnja 1989., Italija/Komisija (151/88, EU:C:1989:201, t. 21.). Također vidjeti presudu od 5. listopada 1999., Nizozemska/Komisija (C-308/95, EU:C:1999:477, t. 30.). Međutim, u, primjerice, presudi od 1. prosinca 2005., Italija/Komisija (C-301/03, EU:C:2005:727, t. 22. do 24.), spominju se obični pravni učinci.

⁴³ Vidjeti presude od 13. listopada 2011., Deutsche Post i Njemačka/Komisija (C-463/10 P i C-475/10 P, EU:C:2011:656, t. 36.), i presudu od 13. veljače 2014., Mađarska/Komisija (C-31/13 P, EU:C:2014:70, t. 54.).

⁴⁴ Vidjeti presudu od 31. ožujka 1971., Komisija/Vijeće (22/70, EU:C:1971:32, t. 39.), s obzirom na mišljenje nezavisnog odvjetnika A. Dutheilleta de Lamothea u predmetu Komisija/Vijeće (22/70, neobjavljeno, EU:C:1971:23, str. 287.), u kojem je navedeno da „članak 173. i članak 189. čine skladnu cjelinu”. Također vidjeti presudu od 23. travnja 1986., Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, t. 24.).

73. To nije samo igra riječi. Postoje i značajne praktične posljedice, kako je vidljivo u ovom predmetu. Što točno čini *pravne* učinke otvoreno je za raspravu. Međutim, taj je pojam očito prilično širok, obuhvaća sve vrste posljedica za pravo/u pravu, njegovo tumačenje i primjenu. Nasuprot tomu, obvezujući učinak, a posebno obvezujući *pravni* učinak, predstavlja mnogo, mnogo užu kategoriju.

74. *Obvezujuća* snaga propisa oduvijek je povezana s prisilom. U slučaju njegova nepoštovanja, može doći do prisilne provedbe i sankcija. Iz takvog (čisto pozitivističkog⁴⁵) gledišta, postojanje sankcije je određujući element obvezujuće snage.

75. Neovisno o teoretskim raspravama, prilično je jasno da mnogi akti koji vjerojatno imaju značajne pravne učinke na ponašanje subjekata kojima su upućeni, ali koji nisu obvezujući u tradicionalnom smislu jer ne sadržavaju nikakve izravne ili neovisne mehanizme prisile, neće podlijetati nadzoru prema testu iz presude ERTA, te u konačnici prema članku 263. stavku 1. UFEU-a, ako se prihvati kriterij obvezujuće pravne snage. Kako će se vidjeti u nastavku, to je slučaj i s predmetnom preporukom.

2) Koja je uloga namjere autora?

76. Kao drugo, testu iz presude ERTA, kako ga je Opći sud primijenio, nedostaje unutarnja jasnoća: koja je točno uloga namjere autora u kontekstu ocjene stvara li akt (obvezujuće) pravne učinke?

77. Presuda ERTA, kao i trenutni tekst članka 263. UFEU-a, temelje se na namjeri autora. Uporaba prošlog glagolskog vremena (bila je usmjerena na) dodatno ide u prilog tomu da se *prošla (povijesna) subjektivna* namjera autora, kakva je bila u trenutku usvajanja predmetnog akta, istakne kao relevantna. Takvo je shvaćanje, moglo bi se reći, u skladu i s općim pravilima koja se primjenjuju na postupke za poništenje. U okviru takvih postupaka, pobijane akte Unije mora se ocijeniti na temelju činjeničnih i pravnih elemenata koji su postojali u vrijeme usvajanja mjere⁴⁶.

78. Međutim, ako namjera autora akta uvijek treba biti subjektivna i povijesna, u praksi nijedna preporuka ne bi podlijevala nadzoru. Ocjena naravi i učinaka preporuke brzo upada u prazninu. Preporuka je izabrana jer Komisija nije imala namjeru usvojiti obvezujući propis. Budući da je Komisija izabrala preporuku, njezina subjektivna namjera očito je bila da taj instrument ne bude obvezujući. Zbog takve namjere, koju potvrđuje odabir instrumenta, taj instrument ne može biti obvezujući, neovisno o njegovu sadržaju i tekstu, jer Komisija nije imala namjera donijeti bilo kakav obvezujući propis.

79. Na taj način, odabir instrumenta uvijek predodređuje kontekst i svrhu mjere, što će onda njezin sadržaj ili tekst vjerojatno staviti u drugi plan.

⁴⁵ Ono stoga mnogo više odgovara kelsenijanskom nego hartijanskom pristupu, s obzirom na to da je potonji mnogo više „sociološki”. H. L. A. Hart je prihvatio da pravna norma može biti obvezujuća ne samo zato što je usvojena u skladu s nekim sekundarnim pravilom koje predviđa da će norma biti obvezujuća, nego i zato što skupina ljudi tu normu prihvaća kao standard svojeg ponašanja, što stvara društveni pritisak unutar grupe da se norma poštuje – vidjeti Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, drugo izdanje (s dodatkom), Clarendon Press, Oxford, 1997., poglavlja V. i VI.

⁴⁶ Vidjeti, primjerice, presude od 7. veljače 1979., Francuska/Komisija (15/76 i 16/76, EU:C:1979:29, t. 7.), i od 29. travnja 2004., Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238, t. 39.).

b) Vanjski problemi

80. Osim tih logičnih problema svojstvenih obliku testa iz presude ERTA koji je Opći sud prihvatio kada ga je primijenio na preporuku, taj isti test suočava se, moglo bi se reći, i sa širim, vanjskim izazovima. U ovom ću odjeljku opisati dva takva izazova: kao prvo, tu je uspon raznih oblika *soft lawa* koji, strogo govoreći, nemaju obvezujuću snagu, ali istovremeno proizvode pravne učinke (1.). Kao drugo, preporuke će u praksi vjerojatno proizvesti brojne pravne učinke, često i prilično značajne, kako na razini Unije tako i na nacionalnoj razini (2.).

1) Uspon *soft lawa*

81. Postoji širok raspon instrumenata (ne samo) u pravu Unije, različitih naziva i oblika (smjernice, komunikacije, pravilnici ponašanja, obavijesti, preporuke, mišljenja, međuinstitucionalni sporazumi, zaključci, izjave, rezolucije i tako dalje), koji se generički nazivaju „*soft law*”. Moguće ih je usvojiti u bilo kojem području, u svim mogućim fazama postupka donošenja odluka, bilo tijekom ranog savjetovanja sa zainteresiranim stranama ili tijekom kasnije provedbe zakonodavnih akata. Stoga, ti instrumenti mogu biti i predzakonodavni i postzakonodavni.

82. Postoje možda dva elementa u pogledu kojih postoji opći konsenzus u inače vrlo različitim pristupima takvim instrumentima *soft lawa*: kao prvo, *soft law* ne može se jednostavno svrstati u binarno, crno-bijelo razlikovanje između obvezujućih i neobvezujućih pravnih učinaka. Kao drugo, ono je u usponu tijekom posljednjeg desetljeća ili dva, i postaje sve češće nego prije⁴⁷.

83. Posljedično, o pitanju širenja *soft lawa* i (nepostojanja) njegova sudskog nadzora raspravljalo se ne samo u znanstvenoj literaturi⁴⁸, nego i unutar institucija Unije⁴⁹.

84. Osim toga, vrhovni sudovi nekoliko država članica posljednjih su godina nastojali urediti tu istu pojavu na nacionalnoj razini. Sudskim nadzorom su obuhvatili akte koji, strogo govoreći, nisu obvezujući, čime su ustvari ublažili kriterije dopuštenosti tužbi za poništenje kako bi osigurali pravo na djelotvornu sudsku zaštitu⁵⁰. O takvom se slučaju radi, primjerice, kada adresati mogu pobijati akt smatrati obvezujućim na temelju skupa elemenata, posebno zato što sadržavaju poticaje⁵¹, ili kada njihov autor upotrijebi ovlast izricanja sankcija⁵², ili kada akt može imati značajne učinke na

47 Sudeći prema količini znanstvene literature i pažnje posvećene toj temi

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

49 Osobito vidjeti studiju Europskog parlamenta, „Unutarnje kontrole u kontekstu usvajanja mekog zakonodavstva Unije”, Glavna uprava za unutarnju politiku, resorni odjel C, Uprava za prava građana i ustavna pitanja, 2012. (PE 462.433), osobito str. 54. do 58.

50 Primjerice, presuda njemačkog Bundesverwaltungsgerichts od 15. studenoga 2010. – 19 BV 10.871 (koja se odnosi na upravne okružnice kojima se određuju razine emisija u okolišnim pitanjima)

51 Vidjeti presudu švedskog Vrhovnog upravnog suda od 24. svibnja 1996., predmet 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 U pogledu upravnih okružnica, vidjeti, primjerice, presudu belgijskog Conseil d'Etat 237/674 od 16. ožujka 2017.; također vidjeti, u pogledu stajališta (prises de position) ili izvješća neovisnih upravnih tijela ovlaštenih da izriču sankcije, presude francuskog Conseil d'Etat od 17. studenoga 2010., Syndicat français des ostéopathes, br. 332 771; i od 11. listopada 2012., Société Casino Guichard-Perrachon, br. 357193.

adresata⁵³. Isto, ili zapravo još i više, vrijedi za sudove u sustavima običajnog prava koji su tradicionalno u mnogo većoj mjeri dopuštali sudski nadzor neobvezujućih akata nego sudovi u kontinentalnim pravnim sustavima. U Irskoj, primjerice, sudovi osiguravaju zaštitu temeljnih prava čak i kada pobijana mjera nije obvezujuća i nema konkretan učinak na prava i obveze adresata⁵⁴.

85. Naposljetku, u tom pogledu valja izdvojiti pristup i praksu francuskog *Conseil d'Etat*. Kao prvo, *Conseil d'Etat* je, tako govoreći, istražio teren u opsežnom izvješću u kojem je, *inter alia*, ponudio definiciju *soft lawa*⁵⁵. Kao drugo, prošle je godine, nastavno na tu studiju, osmislio sudski test usredotočen na ekonomske učinke i postojanje značajnog utjecaja na ponašanje adresata instrumenta⁵⁶.

86. Čini se da unatoč njihovoj raznolikosti, kako na nacionalnoj tako i na razini Unije, različiti instrumenti *soft lawa* dijele isto zajedničko obilježje: nisu *obvezujući* u tradicionalnom smislu. Oni su vrsta *nesavršene* norme: s jedne strane, očito imaju normativnu ambiciju da adresate navedu da ih poštuju. S druge strane, ne prate ih nikakvi instrumenti izravne prisile. Obično se usvajaju u svjetlu postupka savjetovanja s različitim zainteresiranim stranama (pristup odozdo prema gore) te mogu sadržavati „blage obveze” ili „odlučne poticaje” koji su sročeni u obliku „poziva”.

2) Preporuke: nemaju obvezujuću snagu, ali proizvode pravne učinke

87. Preporuke obično odgovaraju takvom opisu. Preporuke su u Ugovorima samo negativno definirane: nemaju obvezujuću snagu (članak 288. UFEU-a). Osim toga, uporaba preporuka i s njima povezana praksa su različite⁵⁷. Obično sadržavaju pozive da se usvoji određeno ponašanje, slijedi politika ili pravila koja autor (ili autori) smatra prikladnima s obzirom na cilj kojemu se teži.

88. Međutim, iako su jasno opisane kao neobvezujuće, preporuke mogu proizvoditi značajne pravne učinke, u smislu da potiču određeno ponašanje i mijenjanju normativnu stvarnost. Vjerojatno će imati utjecaj na prava i obveze njihovih adresata i trećih strana. U ovom ću odjeljku ilustrativno opisati nekoliko takvih učinaka, na dvije različite, ali međusobno povezane razine: (i.) na razini Unije i (ii.) na razini država članica.

i) Razina Unije

89. Na razini unije valja istaknuti tri vrste pravnih učinaka preporuka: (i.) pouzdanje i legitimna očekivanja; (ii.) njihova interpretativna uloga; i (iii.) potencijal preporuka da stvore usporedne skupove pravila koji predodređuju zakonodavni postupak i tako utječu na institucionalnu ravnotežu.

53 U Švedskoj, primjerice, javna i privatna tijela mogu pobijati zakonitost upravnog akta kada ga smatraju obvezujućim te kada su djelovala u skladu s njim (presuda Vrhovnog upravnog suda od 10. veljače 2004., predmet 2696-03 (RA 2004 ref 8), koja se odnosila na „informacije” kod kojih je postojala vjerojatnost da će imati stvarne učinke na osobnu i ekonomsku situaciju adresata).

54 U pogledu sudske tužbe protiv upravnog izvješća donesenog u okviru postupaka planiranja, vidjeti, primjerice, presudu High Courta, *De Burca v Wicklow County Manager* (2009.) IEHE 54; također vidjeti, u pogledu smjernica irskog tijela za tržišno natjecanje, presudu High Courta, *Law Society of Ireland v Competition Authority* (2006.) 2 IR 262.

55 U svojem je godišnjem izvješću iz 2013. *Conseil d'Etat* definirao *soft law* kao skup instrumenata koji ispunjavaju sljedeća tri kriterija: 1.) cilj im mora biti prilagodba ili usmjeravanje ponašanja njihovih adresata, ako ih se ti adresati pridržavaju; 2.) ne smiju, sami po sebi, svojim adresatima davati prava ili nametati obveze; 3.) predstavljaju, na temelju svojeg sadržaja i načina na koji su oblikovani, određen stupanj formalizacije i strukture, što ih po izgledu približava pravnim normama (*Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013 – Le droit souple*, La Documentation française, 2013., str. 61. do 63.).

56 *Conseil d'Etat*, presuda od 21. ožujka 2016., *Numericable*, br. 390023, koja se odnosila na stajalište francuskog tijela za tržišno natjecanje, i presuda od 21. ožujka 2016., *Société Fairvesta International GmbH*, br. 368082, koja se odnosila na medijska priopćenja francuskog tijela za financijsko tržište.

57 Za rane, sada već klasične primjere, vidjeti, primjerice, Morand, C., „Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire”, *Cahiers de droit européen*, 1970., str. 523.; Soldatos, P., Vandersanden, G., „La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne”, u De Ripainsel-Landy, D. i dr., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976., str. 94.

90. Kao prvo, ako institucija Unije usvoji preporuku u pogledu načina na koji se drugi trebaju ponašati, možda je opravdano pretpostaviti da se od te institucije, ako se pojavi odgovarajuća situacija, može očekivati da u pogledu vlastitih praksi i ponašanja slijedi tu istu preporuku. Iz tog gledišta, tako stvoreno legitimno očekivanje zapravo je usporedivo s drugim vrstama *soft lawa* koje institucije ili tijela Unije stvaraju te se smatra (samo)ograničenjem izvršavanja njihovih vlastitih diskrecijskih ovlasti u budućnosti⁵⁸.

91. Kao drugo, preporuke će se vjerojatno koristiti u pravnom tumačenju, osobito da bi se odredilo značenje nejasnih pravnih pojmova iz obvezujućeg zakonodavstva. To osobito (ali nipošto ne isključivo) vrijedi za postzakonodavne preporuke koje nisu usvojene isključivo na temelju članka 292. UFEU-a, nego na temelju propisa sekundarnog prava, upravo radi pojašnjenja u njemu sadržanih pravnih pojmova. Međutim, i predzakonodavne preporuke mogu imati tu funkciju, bilo u pogledu nejasnih pravnih pojmova u Ugovorima, bilo za tumačenje drugog pravnog instrumenta koji se preklapa s *rationae materiae* te preporuke. Na taj način, obje vrste preporuka mogu dopunjavati obvezujuće zakonodavstvo.

92. Kao treće, Sud je u presudi Grimaldi već objasnio okolnosti u kojima je preporuke moguće usvojiti: „obično ih usvajaju institucije Zajednice kada nisu Ugovorom ovlaštene usvojiti obvezujuće mjere ili kada smatraju da nije prikladno usvojiti obvezna pravila”⁵⁹.

93. Ono što je možda najveća snaga preporuka može ujedno predstavljati i njihovu najveću opasnost. Moglo bi ih se koristiti ne samo kao sredstvo za ostvarenje ciljeva koji su u političkom (nedostatak konsenzusa) ili pravnom (nepostojanje konkretnih ovlasti u tom pogledu) zastoju. Potencijalno ih se može upotrijebiti i kao sredstvo za zaobilazanje tih istih zakonodavnih postupaka.

94. Time se zakonodavstvo predodređuje na dva načina: kratkoročno i dugoročno. Neposredni problem zaobilazanja drugih institucija koje obično sudjeluju u zakonodavnom postupku već je priznat i razmatran⁶⁰. Stoga je jasno da preporuka može utjecati na institucionalnu ravnotežu⁶¹ te time i na podjelu ovlasti unutar Unije. Međutim, ako bi se preporuke isključilo iz nadzora zakonitosti samo zato što nisu obvezujuće, načelo institucionalne ravnoteže nikada ne bi moglo zaživjeti⁶².

95. Međutim, postoji još jedan način predodređivanja zakonodavstva koji će se vjerojatno pojaviti, osobito u pogledu predzakonodavnih preporuka: njihova sposobnost oblikovanja normi prije provedbe samog zakonodavnog postupka, što može predstavljati jednostrano predodređivanje zakonodavnog postupka. Nesporno je da se preporukom nastoji adresate potaknuti da poštuju pravila koja promiče. Ako je i samo djelomično u tome uspješna, oblikovat će razna zamisliva (prihvatljiva) normativna rješenja u budućnosti. Institucije koje slijede preporuku u kasnijem će zakonodavnom postupku, logično, promovirati zakonodavno rješenje koje su već prihvatile. Na taj način, sadašnji *soft law* postaje *hard law* u budućnosti.

58 Vidjeti presude od 29. rujna 2011., Arkema/Komisija (C-520/09 P, EU:C:2011:619, t. 88.), i od 28. lipnja 2005., Dansk Rørindustri i dr./Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, t. 209. do 211.). Međutim, za razrađeni pristup u pogledu obavijesti u pravu tržišnog natjecanja, vidjeti presudu od 13. prosinca 2012., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, t. 29.).

59 Presuda od 13. prosinca 1989., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, t. 13.).

60 Inicijativa za bolje zakonodavstvo stavila je naglasak na tu problematičnu dimenziju *soft lawa*. Osobito vidjeti Okvirni sporazum o odnosima između Europskog parlamenta i Europske komisije (SL 2010., L 304, str. 47.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 267.). U točki 43. je predviđeno: „U područjima u kojima je Parlament uobičajeno uključen u zakonodavni postupak, Komisija koristi neobvezujuće zakonodavstvo ako je to prikladno i opravdano, nakon što je Parlamentu dala priliku da izrazi svoja stajališta. Komisija daje Parlamentu detaljno objašnjenje na koji su način njegova stajališta uzeta u obzir pri usvajanju prijedloga”.

61 Valja podsjetiti da je Sud presudu od 23. travnja 1986., Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, t. 25.), donio i s obzirom na načela dodjeljivanja ovlasti nadležnosti i institucionalne ravnoteže.

62 Uzgred, žalitelj je taj argument istaknuo u svojem drugom žalbenom razlogu. Iz određene je perspektive točno da uvjetovanje dopuštenosti tužbe za poništenje postojanjem obvezujućih pravnih učinaka (a ne samo običnih pravnih učinaka) onemogućuje da se osigura da je autor pobijanog akta djelovao u okviru svoje nadležnosti. Time se potom otvara pitanje može li se instrumente *soft lawa*, kao što su preporuke, usvojiti u okviru nadležnosti Unije i dotične institucije. Međutim, u tom kontekstu postoji određena kvaka 22 – s obzirom na to da takvi obvezujući pravni učinci ne postoje, njihovo ispitivanje u okviru postupka za poništenje nije dopušteno.

ii) Razina država članica

96. Postoje barem tri vrste pravnih učinaka koje preporuke stvaraju na razini država članica. Njihov točan opseg ovisi o tome koliko se načelo lojalne suradnje poštuje u pogledu preporuka.

97. Prva i glavna vrsta obveza koju je Sud priznao preporukama je dužnost nacionalnih sudova da preporuke uzmu u obzir pri tumačenju nacionalnih propisa kojima se njihove odredbe provode. Prilično je jasno da preporuke ne mogu same po sebi stvarati prava na koja se pojedinci mogu pozivati pred nacionalnim sudom⁶³. Međutim, Sud je u presudi Grimaldi također dodao da za preporuke „nije moguće smatrati da nemaju nikakav pravni učinak. Nacionalni sudovi su obvezni preporuke uzeti u obzir pri rješavanju sporova koji se pred njima vode, osobito kada te preporuke pojašnjavaju mjere usvojene radi njihove provedbe ili kada su namijenjene provedbi obvezujućih propisa Zajednice”⁶⁴.

98. Valja istaknuti da je Sud do sada takve *interpretativne pravne učinke* priznao samo u pogledu preporuka, čime ih je izdvojio od ostalih akata Unije neobvezujuće naravi⁶⁵.

99. Međutim, što točno podrazumijeva *obveza uzimanja u obzir*? Moguća su brojna tumačenja. Jedno od krajnjih je da predstavlja obvezu tumačenja u skladu s preporukama, kakva je utvrđena u presudi Von Colson⁶⁶. S obzirom na formulaciju upotrijebljenu u toj presudi, čini se da Sud možda nije imao namjeru otići toliko daleko da domaćim sudovima nametne obvezu da nacionalno pravo tumače u skladu s preporukama⁶⁷. Na drugom zamišljenom kraju spektra, „uzeti u obzir” može značiti „pogledati” i potom odlučiti potpuno zanemariti.

100. U teoriji može postojati i srednji pristup: nacionalno tijelo je *obvezno obrazložiti* zašto odstupa od preporuke, a pritom nema čvrstu obvezu nacionalno pravo tumačiti u skladu s njom. Taj je prijedlog u prošlosti iznesen u pogledu jedne druge vrste *soft lawa*⁶⁸. Razumljivo je zašto bi takav naizgled srednji pristup mogao biti donekle opravdan: iako je Sud do sada takvu obvezu nametao samo autoru pravila ponašanja predviđenih u unutarnjim mjerama ili smjernicama koje imaju vanjske učinke⁶⁹, ne može se isključiti da ta sudska praksa jednako vrijedi i za preporuke, koje su, istina, mnogo napredniji i dorađeniji oblik *soft lawa*, zato što predstavljaju jedan od „tipičnih” akata navedenih u članku 288. UFEU-a i zato što ih nacionalni sudovi moraju uzeti u obzir⁷⁰.

63 Vidjeti presudu od 13. prosinca 1989., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, t. 16.). Također vidjeti presude od 21. siječnja 1993., Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, t. 18.); od 11. rujna 2003., Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, t. 41.); i od 18. ožujka 2010., Alassini i dr. (C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, t. 40.).

64 Presuda od 13. prosinca 1989., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, t. 18.)

65 Sud je taj pravni učinak izričito odbio priznati u pogledu obavijesti Komisije (presuda od 13. prosinca 2012., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, t. 31.).

66 Presuda od 10. travnja 1984., von Colson i Kamann (14/83, EU:C:1984:153)

67 Kako je kasnije razvijena i konsolidirana u, primjerice, presudama od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 114. i 115.); od 4. srpnja 2006., Adeneler i dr. (C-212/04, EU:C:2006:443, t. 108. i 109.); i od 15. travnja 2008., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, t. 99. do 101.).

68 Vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, t. 38. i 39.), koja je zauzela stajalište da nacionalna tijela i sudovi moraju uzeti u obzir Komisijine obavijesti u pogledu politike tržišnog natjecanja. To je u tom konkretnom predmetu prije svega značilo da ta tijela i sudovi moraju razmotriti Komisijinu ocjenu iz tih obavijesti o tome što čini osjetno ograničenje tržišnog natjecanja i da *moraju pružiti obrazloženje koje je moguće sudski ispitati*.

69 Vidjeti presude od 28. lipnja 2005., Dansk Rørindustri i dr./Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, t. 209. do 211.), i od 29. rujna 2011., Arkema/Komisija (C-520/09 P, EU:C:2011:619, t. 88.).

70 Vidjeti presudu od 13. prosinca 2012., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, t. 26.).

101. Zašto takav pristup nazivati naizgled srednjim? Iz jednostavnog razloga što obveza navođenja razloga zbog kojih sudac odstupa od određenog izvora nužno znači da je taj izvor *obvezujuće* naravi. Sudac mora opravdati samo odstupanje od *obveznih* izvora⁷¹. Stoga, ako bi „obvezu uzimanja u obzir” protumačili na način da podrazumijeva obvezu nacionalnih sudaca da opravdaju i objasne zašto nisu slijedili preporuku, to bi samo po sebi značilo da su takve preporuke zapravo obvezujuće, a ne samo da stvaraju „neke pravne učinke”.

102. Kao drugo, koje su točno obveze nacionalnih tijela u pogledu preporuka? Nema dvojbe da je tekst članka 4. stavka 3. UEU-a vrlo sveobuhvatan i potencijalno dalekosežan u izražavanju načela lojalne suradnje u Uniji. Moglo bi se tvrditi, s obzirom na to da se u toj odredbi spominju samo „obveze”, te da su preporuke, u skladu s člankom 288. UFEU-a, „neobvezujuće”, da one po definiciji ne mogu proizvesti nikakve obveze i da se stoga članak 4. stavak 3. UFEU-a na njih uopće ne primjenjuje.

103. Smatram da takvo shvaćanje članka 4. stavka 3. UEU-a ne bi istinski odrazilo interpretativni pristup koji Sud već duže vrijeme zauzima u pogledu te odredbe. Obveza lojalne suradnje uglavnom se primjenjuje na načelnoj razini, a ne uvijek u pogledu konkretne i specifične odredbe ili zasebne pravne obveze⁷².

104. Čak i ako pretpostavimo da ne postoji *pozitivna* obveza provedbe preporuke, može li se isto reći u pogledu potencijalno „blažih” obveza država članica, primjerice, da preporuku uzmu u obzir kada usvajaju propise u određenom području? Taj je učinak možda vidljiviji u slučaju postzakonodavnih preporuka, kojima se pojašnjavaju pravni pojmovi iz obvezujućih propisa. Ne može li se od države članice, kada provodi izvorni Unijin propis, s kojim je postzakonodavna preporuka na neki način „spojena”, očekivati da ga provede na način koji je dodatno pojašnjen u toj preporuci? Ako ne može, koja je onda svrha preporuke? Ako može, tada je značajne i stvarne pravne učinke preporuke teško moguće osporavati.

105. Međutim, svakako je moguće utvrditi da ne postoji obveza provedbe preporuke zato što ne postoji zasebna i konkretna sankcija za njezinu neprovedbu. Čak i ako po strani ostavimo pomalo formalističko shvaćanje „izravne” sankcije kao ključnog i određujućeg elementa *obvezujuće* snage⁷³, što je s potencijalnim *negativnim* obvezama država članica u pogledu preporuka? To je trenutno na razini nagađanja te nije element pozitivnog prava, ali ako se blokirajuće djelovanje direktiva primjenjuje na razdoblje prije isteka roka za njihovu provedbu te države članice u tom razdoblju ne mogu usvajati mjere koje mogu ozbiljno ugroziti rezultat predviđen direktivom⁷⁴, nije li moguće tu istu logiku primijeniti na preporuku?

71 U suprotnosti s neobveznim ili usmjeravajućim izvorima – vidjeti, primjerice, Peczenik, A. *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989., str. 319. i sljedeće.

72 Vidjeti, po analogiji, način na koji je lojalna suradnja korištena za stvaranje obveza u vezi s izravnim učinkom, odgovornošću država članica za povredu prava Unije ili usvajanjem sankcija (primjeri navedenog mogu se pronaći, redom, u presudi od 16. prosinca 1976., Comet (45/76, EU:C:1976:191, t. 12.); presudi od 2. veljače 1977., Amsterdam Bulb (50/76, EU:C:1977:13, t. 32.); i u presudi od 19. studenoga 1991., Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, t. 36.).

73 Kako se gore već sugeriralo (bilješka 45.), tako usko shvaćanje ni ne postoji u brojnim strujama pozitivističke pravne teorije. Osim toga, to je shvaćanje prilično odvojeno od stvarnosti načina na koji će „neobvezujuće želje” *jednog te istog* zakonodavca, koji sljedeći dan može usvojiti i obvezujuće propise i sankcije u tom ili povezanom području, shvatiti i percipirati oni kojima su upućene. Stoga, osim izravnih sankcija, mogu postojati i *neizravne* sankcije, zasigurno u pogledu istih subjekata na obje strane (jedan te isti zakonodavac i ista skupina adresata). Valja podsjetiti da su vrhovni sudovi nekih država na temelju slične logike „neobvezujuće akte” takve vrste zakonodavaca podvrgnuli sudskom nadzoru (vidjeti gornju bilješku 52).

74 Počevši s presudom od 18. prosinca 1997., Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628)

106. Kao treće i posljednje, koje vrste pravnih učinaka preporuke mogu proizvesti u kontekstu nacionalnih pravila i postupaka? Sud je u presudi Grimaldi jasno naveo da je radi tumačenja preporuke moguće podnijeti zahtjev za prethodnu odluku⁷⁵. Ostaje pitanje može li nacionalni sud od Suda zatražiti da ocijeni valjanost preporuke. Koliko mi je poznato, takav predmet se do sada nije pojavio, ali se čini da je Sud u presudi Grimaldi potvrdio da je moguće podnijeti takav zahtjev⁷⁶.

107. Stoga se čini da je Sud jasno predvidio da će preporuke proizvoditi pravne učinke na nacionalnoj razini. Uostalom, države članice ih trebaju uzeti u obzir, što god to točno značilo. Moglo bi se dodati da je u ranijoj sudskoj praksi Suda priznato i zapravo ispitano, u okviru prethodnog postupka, nekoliko neobvezujućih akata Unije koji su proizvodili učinke na nacionalnoj razini, među kojima je i nedavni slučaj medijskog priopćenja Europske središnje banke⁷⁷.

108. Dakle, kao i u pogledu drugih akata Unije naizgled neobvezujuće naravi, zahtjev za prethodnu odluku moguće je podnijeti i u pogledu preporuke, kako radi njezina tumačenja tako i radi ocjene njezine valjanosti. Smatram da drugačije rješenje ni nije moguće u cjelovitom sustavu pravnih lijekova⁷⁸. Svrha preporuka je potaknuti njihove adresate da ih se pridržavaju. Zamislimo državu članicu koja je, djelujući u dobroj vjeri te u duhu lojalne suradnje, prenijela preporuku u nacionalno pravo. Država članica je nacionalnim propisom uspostavila obveze za pojedince na nacionalnoj razini. Ako bi se taj nacionalni propis osporilo pred nacionalnim sudovima, bilo bi pomalo neobično ne ispitati materijalnopravnu osnovu tog nacionalnog propisa, odnosno preporuku Unije⁷⁹, uz pomalo formalistički izgovor da je te obveze stvorio nacionalni propis, a ne akt Unije, i da je odnosna država članica to učinila sasvim svojevrijedno.

4. Povratak korijenima: presuda ERTA i pravni učinci

109. Detaljna rasprava u prethodnom odjeljku imala je dvostruku svrhu: pokazati, kao prvo, probleme s kojima se test iz presude ERTA (kako je postupno mijenjan) suočava kada ga se primijeni na preporuke (međutim, po mojem mišljenju, kada ga se primijeni i na druge instrumente *soft law*); te, kao drugo, da preporuke, unatoč tomu što možda nemaju obvezujuću snagu u tradicionalnom i prilično uskom smislu riječi, mogu proizvoditi značajne pravne učinke, kako na razini Unije tako i na nacionalnoj razini.

110. Stoga smatram da je test iz presude ERTA, kako ga je Opći sud primijenio, potrebno u određenoj mjeri prilagoditi. Moj je prijedlog u tom pogledu prilično jednostavan: test se mora vratiti svojim korijenima, presudi ERTA, kao i tekstu članka 263. stavka 1. UFEU-a. I u presudi ERTA i u navedenoj odredbi govori se o „pravnim učincima”, a ne o „obvezujućem pravnom učinku”. Kao što je slučaj s riječnim koritima, i kod sudske prakse je ponekad potrebno pročistiti tok uklanjanjem (verbalnog) taloga koji se tijekom godina nakupio i koji onemogućuje adekvatnu primjenu prava.

⁷⁵ „U skladu s ustaljenom sudskom praksom, činjenica da mjera Zajednice nema obvezujući učinak ne sprječava Sud da donese prethodnu odluku o njezinu tumačenju u skladu s člankom 177.” (presude od 13. prosinca 1989., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, t. 9.), i od 21. siječnja 1993., Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, t. 18. i navedena sudska praksa)).

⁷⁶ „[...] za razliku od članka 173. Ugovora o EEZ-u, koji isključuje mogućnost da Sud ispituje akte kao što su preporuke, članak 177. ovlašćuje Sud da donese prethodnu odluku o valjanosti i tumačenju svih akata institucija Unije, bez iznimke” – presuda od 13. prosinca 1989., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, t. 8.) – moje isticanje.

⁷⁷ Presuda od 16. lipnja 2015., Gauweiler i dr. (C-62/14, EU:C:2015:400). Sud zapravo nije ocjenjivao dopuštenost tužbe protiv medijskog priopćenja kao takvu. Međutim, vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u predmetu Gauweiler i dr. (C-62/14, EU:C:2015:7, t. 70. i sljedeće).

⁷⁸ Vidjeti, primjerice, presude od 23. travnja 1986., Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, t. 23.), i od 28. ožujka 2017., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, t. 66.).

⁷⁹ Osobito u slučajevima u kojima se nacionalni postupak protiv prijenosa preporuke tiče pitanja povezanih sa samom preporukom – u tom pogledu, po analogiji, vidjeti presudu od 22. lipnja 2010., Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 54. i 55.).

111. Takva prilagodba ne predstavlja revoluciju kakvom se na prvi pogled čini. Osnova testa za ocjenu proizvodi li akt Unije pravne učinke prema svojim adresatima i/ili trećim stranama ostala bi ista: ocjenjuje se tekst, kontekst i svrha pobijanog akta. Međutim, potrebna su dva pojašnjenja u pogledu načina na koji taj test treba primijeniti: kao prvo, potrebno je ocijeniti postojanje samo pravnih učinaka, ne obvezujućeg pravnog učinka. Kao drugo, u tom bi testu naglasak bio na sadržaju i kontekstu mjere, ne samo na tekstu.

112. Kako je već objašnjeno u prethodnom odjeljku, razlikovanje između obvezujućih i neobvezujućih pravnih učinaka nije od velike pomoći u kontekstu *soft lawa*. Ako je izravan mehanizam provedbe i prisile preduvjet postojanja obvezujućih učinaka, tada *soft law*, po definiciji, nikada neće biti obvezujući, neovisno o odredbama koje sadržava.

113. Umjesto toga, ocjena sposobnosti preporuke (ili instrumenta *soft lawa* općenito) da stvori pravne učinke, odnosno da utječe na pravni položaj (ili u njegovu kontekstu) svojih adresata, treba se usredotočiti na drugo pitanje: mogu li ja, kao razboriti adresat, iz sadržaja, cilja, opće strukture i cjelokupnog konteksta preporuke ili, općenitije, instrumenta *soft lawa* zaključiti da se od mene očekuje određeno postupanje? Hoću li svoje ponašanje prilagoditi odnosnom aktu ili hoće li on utjecati na moj pravni položaj?

114. Dalje, među tri klasična stupa tumačenja svakog pravnog instrumenta – tekst, kontekst i svrha – u ocjeni preporuke ili drugog instrumenta *soft lawa*, tekst odnosnog instrumenta (osobito njegov naziv i verbalni oblik) ne smije imati prednost pred njegovim sadržajem, kontekstom ili svrhom. Tekst bi u ocjeni dopuštenosti zapravo trebao biti sporedan u odnosu na sadržajne elemente. U suprotnom bi tekst formuliran u obliku „poziva” nužno doveo do isključenja sudskog nadzora. To bi u biti značilo da forma ima prednost pred sadržajem te ne bi bilo moguće ispitivati nijedne preporuke u kojima se koristi „ohrabrujući” vokabular. Stoga se možda veći naglasak treba staviti na smisao, sadržaj, kontekst i svrhu.

115. Tri se čimbenika čine relevantnima u okviru takve ocjene konteksta i svrhe kako bi se utvrdilo hoće li akt Unije proizvesti pravne učinke te može li se razumno očekivati da će biti poštovan.

116. Prvi čimbenik koji treba uzeti u obzir je stupanj *formalizacije* (ima li mjera Unije oblik pravnog akta?) i *konačnost* mjere (je li usvojena na kraju, kao kulminacija savjetovanja, ili, općenitije, u postupku „usvajanja *soft lawa*”?). Drugim riječima te uzimajući oboje u obzir, čini li se akt Unije dovršenim propisom?

117. Što se tiče formata potencijalno osporivog akta, on mora izgledati kao pravni tekst tako da ga se razumno može percipirati na način da proizvodi pravne učinke. U tom pogledu, akt će djelovati kao pravni akt ako je, primjerice, podijeljen na članke ili barem odjeljke, ako je objavljen u *Službenom listu* (osobito u seriji L, u kojoj se zakonodavstvo objavljuje).

118. Što se tiče aspekta konačnosti, pripremni akti uglavnom ne zadovoljavaju taj kriterij. Ista logika već vrijedi za pripremne akte u postupku donošenja odluka u Uniji⁸⁰. Stoga još više treba vrijediti za postupke usvajanja *soft lawa*. To isključenje pripremljenih akata iz sudskog nadzora još je važnije u kontekstu *soft lawa* u pogledu kojeg postupak savjetovanja uključuje usvajanje nekoliko akata.

119. Drugi čimbenik odnosi se na sadržaj i opću svrhu pobijanog akta: koliko su precizne „obveze” koje predviđa? Koji je njegov opći cilj? Što su akti Unije općenitiji i apstraktniji, manja je vjerojatnost da će svoje adresate potaknuti na konkretno, specifično ponašanje. S druge strane, ako akt Unije predviđa više konkretnih i preciznih obveza, taj je element svakako relevantan. Osim toga, ako tekst ima jasnu svrhu usklađivanja, još je veća vjerojatnost da će ga se smatrati sposobnim proizvesti pravne učinke.

⁸⁰ Presuda od 12. rujna 2006., Reynolds Tobacco i dr./Komisija (C-131/03 P, EU:C:2006:541, t. 55. i navedena sudska praksa)

120. Treći čimbenik odnosi se na provedbu. Sadržava li mjera ikakve jasne i konkretne mehanizme za osiguravanje njezina poštovanja, provedbene mehanizme ili mehanizme sankcija? Naravno, pritom se ne misli samo na *izravne* provedbene mehanizme, koji vjerojatno neće postojati, nego na *neizravne* provedbene mehanizme, kako strukturne tako i institucionalne.

121. *Strukturni* provedbeni mehanizmi uključuju nekoliko neizravnih mehanizama, kao što je izvješćivanje, obavješćivanje, praćenje i nadzor. Relevantni mogu biti i elementi društvenog pritiska, kao što su objave tablica o uspješnosti, izvješća s javnim prozivanjem i sramoćenjem, i tako dalje.

122. Relevantan je i *institucionalni* element: koja je institucija usvojila odnosni instrument? Je li to bila institucija koja u povezanim ili čak istim normativnim područjima može određivati sankcije istim adresatima⁸¹? Ako to doista jest slučaj, tada će pobijani akt svoje adresate vjerojatno navesti da ga poštuju.

5. Primjena testa na predmetni slučaj

123. Ako pobijanu preporuku promatram kroz tu prizmu, moram zaključiti da ona, općenito gledajući, značajno nadilazi ono što se može očekivati od dokumenta koji samo preporučuje određena *načela*. U ovom konkretnom predmetu, doista se može tvrditi da će ta preporuka zasigurno proizvesti pravne učinke i da će razboriti adresati vjerojatno prilagoditi svoje ponašanje kako bi je barem djelomično slijedili.

124. Ako u ocjeni stvarne naravi akta njegov sadržaj ima prednost pred njegovom formalnom oznakom, tada će se analiza naravi dokumenta, nakon što se zanemari njegov formalni naslov, provesti s obzirom na njegov tekst, sadržaj, kontekst i svrhu.

125. Ako započnemo s općom svrhom preporuke, u njezinim se uvodnim izjavama⁸² i dokumentima koji su pratili njezino usvajanje⁸³ prilično izričito navodi da je cilj Preporuke postizanje minimalnog stupnja usklađenosti time što ona preporuča načela za višu razinu zaštite potrošača, igrača i maloljetnika u pogledu usluga internetskih igara na sreću. Istovremeno, jasno je da ona to čini u pogledu, barem iz perspektive nekih država članica, vrlo osjetljive materije⁸⁴.

126. Dalje, valja naglasiti nekoliko elemenata koji se odnose na sadržaj i kontekst. Kao prvo, pobijani akt je izrazito strukturirani tekst te, po izgledu, pravni tekst. Ima trideset uvodnih izjava. Sama Preporuka je podijeljena na dvanaest brojevima označenih odjeljaka. Objavljena je u seriji L *Službenog lista Europske unije*.

127. U skladu s tim, sâm oblik Preporuke ostavlja dojam da će ona zasigurno proizvoditi pravne učinke. To potvrđuje i činjenica da Preporuka nije pripremni akt. Naime, ona predstavlja kulminaciju postupka savjetovanja jer artikulira raniju Zelenu knjigu i komunikaciju Komisije. Ona stoga jasno kristalizira Komisijino stajalište o temi zaštite potrošača u području usluga internetskih igara na sreću tako što državama članicama daje neke vrlo konkretne preporuke.

128. Kao drugo, zapanjujuć je stupanj detalja i preciznosti konkretnih odredbi Preporuke. Njome nisu utvrđena samo „načela”, nego i prilično jasna i precizna pravila.

⁸¹ Također vidjeti gornju bilješku 73.

⁸² Uvodne izjave 8. i 9., citirane u točkama 11. i 12. ovog mišljenja

⁸³ Vidjeti točku 30. ovog mišljenja.

⁸⁴ Vidjeti, primjerice, presudu od 22. siječnja 2015., Stanley International Betting i Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, t. 51.).

129. Iznijet ću nekoliko primjera: Preporuka u odjeljku III. detaljno predviđa sadržaj podataka koji moraju biti prikazani na početnoj internetskoj stranici priređivača igara na sreću i kojima se mora moći pristupiti sa svih dijelova internetske stranice. U odjeljku V., Preporuka poziva države članice da osiguraju da osoba može u usluzi internetske igre na sreću sudjelovati samo ako je registrirana kao igrač te ako posjeduje račun za igranje kod priređivača. Priređivač mora provjeriti pojedinosti igračeva identiteta. Također, odjeljkom VIII. nastoji se urediti komercijalna komunikacija. Osobito, njime se državama članicama onemogućuje iznošenje određenih izjava, primjerice, da prikazuju igre na sreću kao društveno privlačne ili da sugeriraju da igranje igara na sreću može biti rješenje osobnih problema.

130. Kao treće, Preporuka sadržava vrlo detaljne i opsežne „pozive” na nadzor i izvješćivanje. U odjeljku XI. države članice se „pozivaju na određivanje nadležnih regulatornih tijela za igre na sreću prilikom primjene načela utvrđenih ovom Preporukom kako bi osigurale i neovisno pratile učinkovito poštovanje nacionalnih mjera donesenih radi potpore tim načelima”. Odjeljak XII. odnosi se na izvješćivanje. U njegovim odredbama države članice se ne poziva samo na *izvješćivanje* Komisije o svim provedbenim mjerama, nego i na prikupljanje, unutar određenih rokova, godišnjih podataka u statističke svrhe.

131. Što se tiče „poziva” na obavješćivanje i nadzor, potrebno je istaknuti dvije stvari. Kao prvo, čini se da je Sud, u prošlosti i općenito, bio vrlo osjetljiv u pogledu uključivanja mehanizama za provedbu ili nadzor u razne netipične instrumente. U barem je dvije prigode poništio netipične akte Komisije jer su detaljno uređivali zahtjeve u pogledu izvješćivanja te možda nadilazili ono što je bilo prikladno za odnosnu vrstu akta⁸⁵. Kao drugo, u kontekstu ove konkretne preporuke, zanimljivo je istaknuti da se i neobvezujućom preporukom, koju države članice nisu obvezne provesti, od tih država članica (ili barem onih koje su odlučile prihvatiti „poziv”) očekuje da odrede, prate, priopćavaju, ocjenjuju, prikupljaju podatke i da Komisiju do određenih datuma izvješćuju o svim tim (sasvim dobrovoljnim) aktivnostima.

132. U točki 54. potom se navodi da bi Komisija trebala ocijeniti *provedbu* (*sic!*) Preporuke do 19. siječnja 2017. Međutim, na raspravi je ustanovljeno da Komisija to do sada nije učinila *jer* još uvijek iščekuje izvješća država članica prije nego što sastavi vlastito izvješće. U ovoj mi se fazi čini da stupanj kognitivne disonance prisutan u takvim navodima doseže razinu naprednog jedijevskog umnog trika.

133. Kao četvrto, svrha je Preporuke potaknuti države članice da usvoje određene propise i da putem tih propisa utječe na priređivače igara na sreću i igrače, koji su njezini neizravni adresati. Stoga se, naravno, može tvrditi da na prava trećih strana formalno neće utjecati Preporuka kao takva, nego mogući nacionalni propisi, ali je teško negirati činjenicu da je Preporuka stvarni izvor nacionalnih propisa⁸⁶.

134. Kao peto, iako možda samo po sebi nevažno, zanimljivo je istaknuti uvodnu izjavu 29. i točku 2. Preporuke jer naglašavaju disonancu između njezina sadržaja i naslova. U njima je navedeno da se Preporuka ne kosi s (obvezujućim i valjanim) Unijinim direktivama, odnosno da se ne kosi s pravom država članica na reguliranje usluga igara na sreću. Nužno se postavlja pitanje zašto je išta od toga

⁸⁵ Presuda od 13. studenoga 1991., Francuska/Komisija (C-303/90, EU:C:1991:424, t. 20. do 25.), koja se odnosila na pravilnik ponašanja kojim se provodila uredba Vijeća te se od država članica zahtijevalo da u određenim vremenskim intervalima i na određene načine dostavljaju informacije; presuda od 16. lipnja 1993., Francuska/Komisija (C-325/91, EU:C:1993:245, t. 22. i 23.), koja se odnosila na komunikaciju Komisije kojom se konkretiziralo direktivu te su se nametale dodatne obveze, kao što je godišnje priopćavanje financijskih podataka Komisiji na određeni datum.

⁸⁶ Također vidjeti gornje točke 102. do 105. Vidjeti i točke 97. i 98. i potencijal Preporuke da oblikuje tumačenje postojećih nacionalnih pravila koja su usvojena u istom području te se odnose na istu materiju.

potrebno izričito navoditi ako je Preporuka doista samo neobvezujuća preporuka koja nije namijenjena stvaranju apsolutno nikakvih pravnih učinaka. Istinski neobvezujući instrument *soft law* nikada se, po definiciji, ne bi mogao kositi s obvezujućim i valjanim Unijinim propisima ili s nadležnostima država članica.

135. Ukratko, može se sa sigurnošću pretpostaviti da bi čitatelj tog dokumenta već na temelju tih elemenata njegove svrhe, sadržaja i konteksta, ne poznavajući njegov naslov, pomislio da čita direktivu ili, u nekim dijelovima, čak i uredbu, ali zasigurno zakonodavni dokument kojim se nastoje nametnuti jasne i precizne obveze te navesti njegove adresate da ga poštuju.

136. Tek ću se sada (nakon što sam se u prethodnom odjeljku bavio razinom detalja i preciznosti tih odredbi) osvrnuti na sadržaj Preporuke, točnije, na konkretan tekst pojedinih odredbi. Čini se da tekst igra odlučujuću ulogu u zaključivanju Općeg suda. Međutim, zbog razloga koje sam nastojao objasniti u prethodnom odjeljku⁸⁷, smatram da je tekst značajan, ali ne i presudan. Nadalje, definitivno ne treba biti presudan ako je sam po sebi zapravo neodređen.

137. Žalitelj je u svojim pisanim i usmenim očitovanjima osporavao lingvističku ocjenu koju je Opći sud proveo u svojem rješenju. Žalitelj je osobito tvrdio da se tekst tih odredbi na dvama od triju službenih jezika Kraljevine Belgije, odnosno na nizozemskom i njemačkom, čini „snažnijim” nego u drugim jezičnim verzijama. Stoga bi, kao logičnu posljedicu toga, Preporuka u Belgiji proizvodila „snažnije” pravne učinke.

138. Taj žaliteljev argument nije uvjerljiv. Istina, neke jezične verzije moguće je smatrati „više obvezujućim” od ostalih. To osobito vrijedi za njemačku, španjolsku, nizozemsku i portugalsku verziju. Nasuprot navodima Općeg suda, moglo bi se raspravljati i o poljskoj i češkoj verziji.

139. Međutim, nije naročito relevantno da se u nizozemskoj i njemačkoj verziji koristi tekst koji je „više obvezujuć” od drugih. Činjenica da se radi o službenim jezicima u Belgiji ne daje im veći značaj u odnosu na druge jezične verzije. Postoji dobro poznato načelo jednake autentičnosti svih jezičnih verzija akata Unije, koje bi se, po mojem mišljenju, trebalo primjenjivati na preporuke kao i na sve druge mjere usvojene na temelju članka 288. UFEU-a. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, u slučaju neslaganja između jezičnih verzija, odnosna odredba se tumači ovisno o kontekstu i svrsi propisa čiji je sastavni element⁸⁸.

140. Upravo takve dvojbene lingvističke usporedbe pokazuju i naglašavaju zašto broj zamjena izraza „pozivaju se na” obvezujućim izrazima ima tek ograničen značaj u ocjeni takve mjere. Općenito, sve jezične verzije idu u istom smjeru te omogućuju donošenje jasnog zaključka u pogledu naravi teksta, bez potrebe za dubljom analizom konteksta i svrhe mjere. Ili su pak u suprotnosti jedna s drugom pa tekst preporuke ne smije imati veću važnost od njezina konteksta i svrhe. Međutim, pogrešno je tvrditi da postoje odstupanja između različitih jezičnih verzija, a istodobno isticati neko tumačenje kao pravilno jer većina tih verzija na njega upućuje. U sustavu jednake autentičnosti svih jezičnih verzija, nijednu jezičnu verziju nije moguće „isključiti” prilikom tumačenja⁸⁹.

⁸⁷ Vidjeti gornju točku 114.

⁸⁸ Vidjeti, primjerice, presudu od 26. travnja 2012., DR i TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, t. 45. i navedenu sudsku praksu).

⁸⁹ Uključujući i ekstremne situacije u kojima se prilično jasnim čini da je u samo jednoj jezičnoj verziji Unijine mjere počinjena pogreška u prevodenju – vidjeti, primjerice, presudu od 19. travnja 2007., Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

141. Međutim, u konačnici, detaljna analiza uporabe (ne)obvezujućih formulacija u nekim jezičnim verzijama akata Unije uvijek će biti nedorečena, osobito u ocjeni pravnih učinaka instrumenata *soft law*. Za tu su vrstu ocjene mnogo važniji kontekst, sustav i smisao. Neizbježno će postojati ogromna razlika u tumačenju izjave „Pozivam te da mi svoja očitovanja o tom pitanju dostaviš do petka u podne”, ovisno o tome je li tu izjavu izgovorio nečiji šef, kolega u istraživanju ili partner. Naravno, bitna je stvarna narav dotičnog odnosa, ali vrlo je vjerojatno da u prvom slučaju ta izjava predstavlja naredbu, u drugom samo prijedlog, a u trećem šalu.

142. Ukratko, svaki od pojedinačnih elemenata sadržaja i konteksta preporuke mogao bi, sam po sebi, navesti na zaključak da ona ipak jest preporuka koja nije namijenjena stvaranju pravnih učinaka. Međutim, ukupno gledajući, *zajedničko* djelovanje tih različitih elemenata u kontekstu ove *konkretne* preporuke, ako se u obzir uzme i činjenica da ju je usvojila institucija kojoj je povjeren nadzor poštovanja pravila u tom istom području (odnosno, u regulaciji unutarnjeg tržišta), vodi me do zaključka da se Preporukom jasno nastoje stvoriti pravni učinci i navesti njezine adresate da je poštuju, te da stoga ne sadržava samo prijedloge u pogledu politike.

143. Zbog svih tih razloga smatram da je žaliteljev treći žalbeni razlog osnovan. Opći je sud počinio pogrešku koja se tiče prava jer je nepravilno ocijenio pravne učinke Preporuke te je, posljedično, tužbu za njezino poništenje nepravilno proglasio nedopuštenom.

B. Forma određuje sadržaj

144. U suprotnosti s „netipičnim” aktima institucija ili tijela Unije, za koje je test iz presude ERTA izvorno osmišljen, preporuke su „tipični” akti, navedeni u članku 288. UFEU-a, čiji je sudski nadzor izričito isključen člankom 263. stavkom 1. UFEU-a. Treba li ta činjenica igrati ikakvu ulogu u postupku ocjene preporuka i u pogledu njegove dopuštenosti?

145. Argument iz dijela A ovog mišljenja temeljio se na pretpostavci da je test iz presude ERTA, makar u određenoj mjeri prilagođen, primjenjiv na preporuke, kao i na sve druge oblike *soft law*. U prvom dijelu ovog odjeljka izložen je alternativni pristup, kojim se snažno naglašava činjenica da su preporuke „tipični” akti, kod kojih bi forma trebala određivati tumačenje sadržaja (1.). Međutim, zbog nekoliko bih razloga predložio Sudu da ostane pri (izmijenjenom) pristupu „sadržaj ispred forme” opisanom u dijelu A ovog mišljenja (2.). Za slučaj da Sud ipak bude smatrao da u pogledu preporuka forma treba određivati tumačenje sadržaja, ukratko ću istaknuti nekoliko važnih pojašnjenja (3.).

1. (Potpuno) isključenje: preporuka je preporuka

146. Pristup Općeg suda počivao je na pretpostavci da je test koji je Sud u presudi ERTA osmislio za „netipične” akte institucija i tijela Unije primjenjiv i na „tipične” akte, kao što su preporuke. O toj se polaznoj točki može raspravljati na dvjema razinama: normativnoj i praktičnoj. Iz *normativne* perspektive, članak 288. UFEU-a jasno navodi da preporuka nije obvezujuća. Potom se, u članku 263. stavku 1. prvoj rečenici UFEU-a, Komisijine preporuke izričito isključuje iz područja primjene te odredbe, čime se ujedno onemogućuje da se protiv njih podnose tužbe za poništenje. Iz tih dviju odredbi, promatranih zajedno, jasno proizlazi da preporuka ne može biti obvezujuća i da ne može podlijeći nadzoru.

147. Međutim, tomu treba dodati navod Suda iz presude Grimaldi, kojim je u igru uvedena (vraćena) subjektivna ocjena: preporuka ne podliježe nadzoru ako je „istinska preporuka”⁹⁰. Stoga, logično, mogu postojati i „lažne preporuke” koje je moguće pobijati i ispitivati. Dakle, unatoč prilično jasnom tekstu Ugovorâ, u sudskoj praksi postoje određeni elementi koji idu u prilog tomu da se preporuke, iako su one „tipični” akti (u Ugovoru je jasno navedeno da nemaju obvezujuću snagu), podvrgne testu iz presude ERTA⁹¹.

148. U tom se slučaju na *praktičnoj* razini, u ocjeni radi li se o „istinskom” ili „lažnom” dokumentu, ipak događa to da činjenica da se dokument naziva preporukom neizbježno „zamućuje” analizu njegova konteksta i svrhe. Ponovno, test koji je osmišljen za „netipične” akte mora se provesti na način kojim se u velikoj mjeri „zanemaruje forma”, odnosno naslov/oznaka dokumenta. U suprotnom neizbježno dolazi do kružnih zaključaka, kod kojih forma u konačnici određuje tumačenje sadržaja⁹².

149. To me dovodi do mogućeg alternativnog pristupa. U skladu s njim, umjesto da se formi „tipičnog” akta dopusti da potihom zamuti tumačenje naravi „netipičnog” akta, iz odnosne se dihotomije izvlače krajnji logički zaključci: „tipičan” akt podrazumijeva „tipične” posljedice, *neovisno o* sadržaju. Preporuka nikada neće imati nikakvu obvezujuću snagu te ne treba proizvoditi nikakve pravne učinke. Točka. Nije potrebno provoditi nikakvu daljnju ocjenu predstavlja li „istinsku” ili „lažnu” preporuku. Preporuka je preporuka.

150. U tom je pogledu moguće povući paralelu s mišljenjima na temelju Ugovora o EZUČ-u: aktima koji su također bili izričito neobvezujući i nije ih se moglo preispitivati. Sud je 1957. potvrdio da te akte nije moguće preispitivati. Osobito je istaknuo da mišljenja samo pružaju smjernice. Smatralo ih se „tek savjetima za poduzetnike. Poduzetnici su stoga mogli birati hoće li ih uzeti u obzir ili zanemariti, ali su, u slučaju odabira potonje opcije, morali prihvatiti rizike koji bi nastali iz situacije koju su sami pomogli stvoriti [...]. Drugim riječima, sloboda odlučivanja i odgovornost poduzetnikâ, kao i Visokog tijela, ostaju nepromijenjeni”⁹³. Tu je izjavu zapravo moguće široko parafrazirati u kontekstu preporuka.

2. Sadržaj ili forma?

151. Dva su argumenta koja idu u prilog *formalnom* pristupu „tipičnim” pravnim aktima: (i.) argument u pogledu pravne sigurnosti i predvidljivosti, i (ii.) argument u pogledu potrebe za određenom zakonodavnom fleksibilnošću.

152. Kao prvo, formalni pristup je dosljedan tekstu članka 263. UFEU-a u kojem je još od 1957. uvijek i izričito bilo navedeno da protiv preporuka i mišljenja nije moguće podnijeti tužbe za poništenje.

153. S tim su povezani pouzdanje i očekivanja. Iako se gotovo uvijek prikazuje u negativnom svjetlu, formalizam ima i pozitivne aspekte. Akt treba shvaćati u skladu s onim što mu stoji u naslovu, bez stalne potrebe za njegovim sadržajnim, kontekstualnim preispitivanjem.

⁹⁰ Presuda od 13. prosinca 1989., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, t. 16.)

⁹¹ Zbog čega je Opći sud naveo da „sama činjenica da je sporna preporuka formalno označena kao takva i da je usvojena na temelju članka 292. UFEU-a nije takve prirode da automatski isključuje njezinu kvalifikaciju kao akta koji se može pobijati” (točka 20. pobijanog rješenja).

⁹² Detaljno opisano u gornjim točkama 77. do 79.

⁹³ Presuda od 10. prosinca 1957., Société des usines à tubes de la Sarre/Visoko tijelo (1/57 i 14/57, EU:C:1957:13), Zb., str. 115.

154. To još više vrijedi u pogledu „tipičnih”, formaliziranih izvora. Koliko se primjena pristupa „sadržaj ispred forme” može proširiti? Treba li onda i druge tipične izvore prava Unije, kao što su uredbe i direktive, ocjenjivati s obzirom na njihov istinski, stvarni sadržaj? Bi li se i njih moglo „prekvalificirati” zato što njihov naslov nije u skladu s njihovim sadržajem? Bi li takva prekvalifikacija mogla u ekstremnim slučajevima dovesti do isključenja sudskog nadzora? Bi li Sud mogao tužbu za poništenje, primjerice, uredbe proglasiti nedopuštenom iz razloga što je ta uredba tako loše sastavljena da zapravo ne može proizvesti nikakve (obvezujuće) pravne učinke?

155. Kao drugo, preporuke mogu predstavljati valjan referentni okvir, izvor inspiracije i dobre prakse. Često omogućuju testiranje različitih rješenja i ideja kako bi se utvrdilo koje treba dodatno razraditi, a koje odbaciti. U tom smislu, može ih se smatrati određenom vrstom zakonodavnog laboratorija. Možda je pošteno priznati da bi takva fleksibilnost zakonodavnog laboratorija nestala ako bi se svaku preporuku moglo napadati i dovoditi u pitanje. Osobito, Komisija bi u praksi mogla biti spriječena u poduzimanju neformalnih radnji za promicanje svojih planova u interesu Unije.

156. Odgovor na oba navedena argumenta iz perspektive pristupa „sadržaj ispred forme” nije kompliciran: kao prvo, taj je pristup potreban upravo kada se ne poštuju „formalna” ograničenja „tipičnog” akta. Stoga, on nipošto ne dovodi u pitanje sve „tipične” akte, nego je po svojoj naravi rezerviran za ekstremne slučajeve. Kao drugo, načelo zakonitosti javne ovlasti i načelo dodijeljene nadležnosti treba biti jasno ograničenje privlačnosti fleksibilnog zakonodavnog laboratorija. Čak se i zakonodavni laboratoriji osmišljeni s dobrom namjerom mogu brzo pretvoriti u „prikriveno usvajanje propisa”.

157. Nasuprot tomu, postoje barem tri argumenta koji idu u prilog sadržajnom pristupu, opisanom u dijelu A: (i.) pristup „sadržaj ispred forme” je sveprisutan; (ii.) potreba za osiguravanjem djelotvorne sudske zaštite; i (iii.) opća koherentnost pravnih lijekova u pravu Unije.

158. Kao prvo, iako doista postoje neke istaknute iznimke, fokus na sadržaj predstavlja opći pristup i mentalitet u pravu Unije: u nebrojenim područjima prava Unije ispituje se sadržaj, bit pojave, kategorije ili institucije – a ne njihov formalni izgled ili oznaka. Forma svakako ima određen značaj. Međutim, ona u pravu Unije predstavlja prvu naznaku istinske naravi akta. Nije odlučujuća.

159. Kao drugo, kako je gore već detaljno objašnjeno⁹⁴, praktički je nesporno da preporuke doista proizvode brojne značajne pravne učinke, čak i ako, strogo govoreći, oni nisu obvezujući u određenim slučajevima. Ako je to doista tako, djelotvorna pravna zaštita mora postojati. Valja podsjetiti da Sud u prošlosti, kako u presudi ERTA tako i u kasnijim presudama, nije oklijevao uvažiti društveni i pravni razvoj te zatvoriti tako stvorene praznine u pravnoj zaštiti⁹⁵. Također je navedeno da pojava novih i „mekših” regulatornih modela predstavlja takvu vrstu razvoja⁹⁶.

160. Kao treće, argument u pogledu koherentnosti pravnih lijekova u pravu Unije relevantan je u dvama pogledima: s jedne strane, u pogledu sklada između članka 263. UFEU-a (tužba za poništenje) i članka 267. UFEU-a (prethodni postupak) te, s druge strane, u pogledu položaja (ne)povlaštenih tužitelja u tim postupcima.

⁹⁴ Vidjeti gornje točke 87. do 108.

⁹⁵ Kao istaknut primjer, vidjeti presudu od 23. travnja 1986., *Les Verts/Parlament* (294/83, EU:C:1986:166, t. 24.).

⁹⁶ Vidjeti gornje točke 81. do 86.

161. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, „[n]adzor zakonitosti akata Unije koji Sud osigurava na temelju Ugovorâ počiva na dvama komplementarnim sudskim postupcima. Naime, UFEU je [...] svojim člancima 263. i 277., s jedne, te člankom 267., s druge strane, ustanovio cjelovit sustav pravnih lijekova i postupaka kojima je cilj osigurati nadzor zakonitosti akata Unije povjeravajući ga sud[ovima] Unije [...]. Tom je cjelovitom sustavu pravnih lijekova i postupaka svojstveno to da pojedinci u okviru tužbe podnesene pred nacionalnim sudom imaju pravo osporavati zakonitost odredbi sadržanih u aktima Unije koje su temelj odluke ili nacionalnog akta donesenog u odnosu na njih [...]”⁹⁷.

162. Želim naglasiti dva pridjeva u tom citatu: „komplementarna” i „cjelovitom”. Pomalo je paradoksalno da bi drugi pridjev mogao biti problematičan za povlaštenog tužitelja, to jest za državu članicu koju se preporukom „poziva” da nešto učini, ali kojoj taj „poziv” ne odgovara, a da pritom na nacionalnoj razini (još) ne postoji nijedan predmet povezan s tom preporukom.

163. S jedne strane, kako je već opisano⁹⁸, podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku u pogledu valjanosti preporuke čini se mogućim. Ako to jest tako, teško je razumjeti zašto bi povlaštenom tužitelju trebalo biti teže akt pobijati izravno pred Sudom na temelju članka 263. UFEU-a nego nepovlaštenom tužitelju neizravno na temelju članka 267. UFEU-a.

164. S druge strane, čak i ako bi opća logika komplementarnosti prevagnula, položaj države članice neće biti puno lakši ako se izravno pobijanje valjanosti akata obeshrabruje te se nastoji ograničiti na prethodne postupke. Iz praktične perspektive, na koji način država članica treba postupiti u tom slučaju? Treba li prvo provesti preporuku (koju zapravo nije ni htjela) te je potom pobijati pred svojim nacionalnim sudovima? Treba li izmisliti spor?

165. Ne želeći ponovno otvarati ta pitanja⁹⁹, dovoljno je naglasiti da države članice jednostavno nisu pojedinci koji bi kasnije mogli biti obvezni pridržavati se Unijine mjere nakon što je na njih primijenjena pojedinačnom odlukom, bilo na nacionalnoj razini ili na razini Unije. Države članice su te koje se poziva da provedu ta pravila. Stoga bi naprosto bilo nelogično potaknuti države članice da nešto učine, a istovremeno im oduzeti mogućnost podnošenja tužbe Sudu. To bi bilo u suprotnosti s interesima dobre uprave jer bi odgodilo eventualno podnošenje tužbe protiv preporuke, ali i s interesima autora same preporuke. Umjesto da joj se omogući da kanalizira potencijalni sukob, riješi ga i krene dalje, država članica bi jednostavno bila prisiljena surađivati i čekati da jedan od njezinih sudova te možda i sud druge države članice podnese zahtjev za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a u pogledu valjanosti pobijanog akta. Smatram da to nema praktičnog smisla.

3. (Potencijalno) nužna pojašnjenja

166. Ukratko, vidim još mnogo valjanih razloga za to da se Sud pozove na proširenje testa iz presude ERTA tako da obuhvaća potencijalni sudski nadzor preporuka.

167. Međutim, ako bi se Sud odlučio za pristup prema kojem forma „tipičnog” akta određuje shvaćanje i tumačenje njegova sadržaja, bez potrebe da ga se zasebno analizira, čini se nužnim razjasniti nekoliko stvari. Ta nužna pojašnjenja bi se u biti odnosila na elemente koji su ranije određeni u kontekstu stvarnih pravnih učinaka preporuka¹⁰⁰. Osobito bih naglasio tri ključna elementa: (i.) opseg obveze lojalne suradnje koju države članice imaju u pogledu preporuka; (ii.) nepostojanje preodređujućeg učinka preporuka na mogući zakonodavni postupak na razini Unije u budućnosti; i (iii.) pojašnjenje opsega obveze nacionalnih sudova utvrđene u presudi Grimaldi.

⁹⁷ Presuda od 28. ožujka 2017., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, t. 66. i 67. i navedena sudska praksa). Također vidjeti mišljenje 1/09 (Sporazum o uspostavi jedinstvenog sustava rješavanja patentnih sporova) od 8. ožujka 2011. (EU:C:2011:123, t. 70.).

⁹⁸ Vidjeti gornje točke 106. do 108.

⁹⁹ Riješena presudom od 1. travnja 2004., Komisija/Jégo-Quéré (C 263/02 P, EU:C:2004:210).

¹⁰⁰ Vidjeti gornje točke 87. do 108.

168. Kao prvo, preporuke nisu obvezujuće niti mogu proizvoditi ikakve pravne učinke. Stoga, one ne mogu stvarati nikakva prava ili obveze, ni za države članice ni za pojedince. Što se tiče država članica, načelo lojalne suradnje nije moguće koristiti za bilo kakvo dovođenje toga u pitanje. Države članice imaju puno pravo sasvim zanemariti sadržaj preporuke a da im pritom ne prijete ikakva mogućnost izravnih ili neizravnih sankcija. To ne vrijedi samo za konkretne „obveze” na čiju se provedbu države članice potiče, nego i za sve „pozive” na izvješćivanje. Preporuka ne može stvarati ni pozitivne ni negativne obveze. Osim toga, preporuku se ne može koristiti za definiranje standarda ili neodređenog pojma koji će potom, nakon što mu je preporukom definiran sadržaj, provesti država članica ili pojedinac.

169. Kao drugo, preporuka, posebno ona predzakonodavna, naprosto predstavlja jednostrani, neobvezujući izraz mišljenja neke institucije. Ako joj ikada uslijedi bilo koji obvezujući propis, zakonodavni postupak mora početi od nule. Osobito, preporuka ne smije stvoriti zakonodavni „prečac” ili „predrediti” propise tako što će određene subjekte isključiti iz kasnijeg zakonodavnog postupka ili praktički kazniti neke subjekte u tom postupku zato što nisu iznijeli svoja stajališta, zapažanja, podatke ili izvješća o preporuci i/ili u procesu njezine „provedbe”.

170. Naposljetku, tu je presuda Grimaldi¹⁰¹. Ako preporuke nisu obvezujuće, tada po definiciji ne mogu nacionalnim sudovima nametati nikakve *obveze* da takve neobvezujuće smjernice uzimaju u obzir, a posebno ne obvezu tumačenja u skladu s preporukom. Ako bi Sud prihvatio taj formalniji pristup „tipičnom” aktu Unije, bilo bi potrebno preispitati presudu Grimaldi i jasno navesti da ne postoji obveza uzimanja preporuke u obzir. Nacionalni sudovi *mogu* to učiniti, ali nipošto nisu na to *obvezni*.

171. To bi značilo da nacionalni sudovi trebaju preporuke tretirati kao svaki drugi *neobvezni* izvor inspiracije u postupku pravnog tumačenja, kao što su akademski komentari ili komparativni argumenti. Mogu ih uključiti u svoje obrazloženje ako to žele, ali ih mogu i potpuno zanemariti, bez obveze da opravdaju zašto su to učinili.

VII. Zaključak

172. S obzirom na navedeno, zaključujem da je Opći sud pogriješio u svojoj ocjeni pravnih učinaka pobijane preporuke. Žaliteljev treći žalbeni razlog stoga je osnovan, pri čemu nije potrebna zasebna analiza prvog i drugog žalbenog razloga. U skladu s tim, rješenje Općeg suda treba ukinuti u dijelu u kojem je njime tužba proglašena nedopuštenom.

173. U skladu s prvim stavkom članka 61. Statuta Suda Europske unije, nakon što ukinu odluku Općeg suda, Sud može i sam odlučiti o sporu ako stanje postupka to dopušta.

174. U ovom predmetu te u ovoj fazi postupka, Sud nije u mogućnosti odlučiti o meritumu tužbe podnesene Općem sudu. Budući da je Opći sud tužbu proglasio nedopuštenom, pred njime je vođena tek vrlo ograničena i prilično neizravna rasprava o meritumu predmeta. Osim toga, zbog istih razloga niti jednom intervenijentu nije dopušteno iznošenje očitovanja¹⁰². Ako Sud tužbu za poništenje proglasi dopuštenom, ti će intervenijenti, a možda i drugi, vjerojatno htjeti podnijeti svoja očitovanja.

175. Međutim, smatram da Sud raspolaže svim potrebnim elementima da donese odluku kojom odbija uvodni prigovor nedopuštenosti koji je Komisija istaknula na prvom stupnju. U interesu efikasnosti i ekonomije postupka, predlažem da Sud odluči tako da proglasi tužbu dopuštenom i vrati predmet Općem sudu radi donošenja odluke o meritumu.

¹⁰¹ Vidjeti gornje točke 97. do 101.

¹⁰² Vidjeti gornju bilješku 24.

176. Stoga, predlažem da Sud:

- ukine rješenje Općeg suda Europske unije u predmetu T-721/14 i da žaliteljevu tužbu za poništenje u tom predmetu proglasi dopuštenom;
- vrati predmet Općem sudu radi donošenja odluke o meritumu;
- odredi da će se o troškovima naknadno odlučiti.