



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

MICHAL BOBEK

12 päivänä joulukuuta 2017¹

Asia C-16/16 P

**Belgian kuningaskunta
vastaan**

Euroopan komissio

Muutoksenhaku – Kuluttajansuoja – Sähköiset rahapelipalvelut – Sähköisten rahapelipalvelujen pelaajien ja kuluttajien suojeleminen sekä alaikäisten sähköisen rahapelaamisen estäminen – Komission suositus – SEUT 263 artikla – Kannekelpoinen toimi – Soft law -toimien valvonta tuomioistuimissa – Ei-sitovat toimet, joilla on oikeusvaikutuksia – Toimet, joiden voidaan kohtuudella katsoa johtavan niiden noudattamiseen

Sisällys

I.	Johdanto	2
II.	Asiaa koskeva lainsäädäntö	3
	A. Primäärioikeus	3
	B. Komission suositus	4
III.	Tosiseikat ja asian käsittelyn vaiheet	6
IV.	Valituksenalainen määräys	7
V.	Asian käsittely unionin tuomioistuimessa	8
VI.	Arviointi	10
	A. Sisältö ennen muotoa	11
	1. ERTA	11
	2. ERTA-testi siten kuin unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut sitä nyt käsiteltävässä asiassa	12

¹ Alkuperäinen kieli: englanti.

3. ERTA-testin ongelmalliset osatekijät	12
a) Sisäiset ongelmat	13
1) Oikeusvaikutukset, sitovuus vai sitovat oikeusvaikutukset?	13
2) Mikä on toimen laatijan tarkoituksen merkitys?	14
b) Ulkoisia ongelmia	14
1) Soft law -toimien yleistymisen	15
2) Suositukset: sitovuutta ei ole mutta oikeusvaikutuksia syntyy	16
i) Unionin taso	16
ii) Jäsenvaltioiden taso	18
4. Takaisin juurille: tuomio ERTA ja oikeusvaikutukset	21
5. Testin soveltaminen nyt käsiteltävään asiaan	22
B. Muoto määrittää sisällön	26
1. (Täydellinen) poissulkeminen: suositus tarkoittaa suositusta	26
2. Sisältö vai muoto?	27
3. (Mahdollisesti) tarvittavat selvennykset	29
VII. Ratkaisuehdotus	30

I. Johdanto

1. Yksi merkittävistä keskusteluista, jotka ovat muokanneet (angloamerikkalaista) oikeusfilosofiaa muutaman viime vuosikymmenen aikana, on Hartin ja Dworkinin vuoropuhelu lainsäädännön luonteesta ja oikeusjärjestyksen rakenteesta. Arvostelu, jota Dworkin esitti 1960-luvun lopussa ja 1970-luvulla Hartin teoksesta *Concept of Law*,² kiteytyi useisiin väittämiin. Yksi Dworkinin pääväittämistä oli, että Hartin näkemys oikeusjärjestyksestä on liian suppea ja keskittyy liikaa oikeussääntöihin mutta laiminlyö minkä tahansa oikeusjärjestyksen toisen keskeisen osatekijän: *periaatteet*.³

2. Voidaan ehkä varmuudella katsoa, että vaikka otsikkona oli ”Suositus *periaatteista* kuluttajien ja sähköisten rahapelipalvelujen pelaajien suojelemiseksi sekä alaikäisten sähköisen rahapelaamisen estämiseksi” (jäljempänä suositus),⁴ komissio ei suositusta antaessaan pyrkinyt valitsemaan puoliaan tässä oikeusteoreettisessa keskustelussa. Sen jälkeen kun Belgian kuningaskunta nosti

2 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. painos (jälkikirjoituksineen), Clarendon Press, Oxford, 1997 (ensimmäinen painos julkaistiin 1961).

3 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously: New Impression with a Reply to Critics*, London, Duckworth, 1987 (ensimmäinen painos julkaistiin 1977), s. 22 ja sitä seuraavat sivut.

4 Komission suositus 2014/478/EU, 14.7.2014 (EUVL 2014, L 214, s. 38). Kursivointi tässä.

kumoamiskanteen kyseisestä suosituksesta unionin yleisessä tuomioistuimessa, syntyi nimellisesti samankaltainen mutta sisällöllisesti hieman erityyppinen keskustelu: miten tällaiset *periaatteet* poikkeavat unionin oikeudessa laillisuusvalvonnan kannalta (sitovista, oikeudellisista) *säännöistä*? Entä voiko komission suositus, joka on nimenomaisesti jätetty laillisuusvalvonnan ulkopuolelle SEUT 263 artiklan 1 kohdassa, kuitenkin olla kumoamiskanteen kohteena kyseisen määräyksen nojalla?

3. Unionin yleinen tuomioistuin jätti Belgian kanteen tutkimatta,⁵ sillä se katsoi, ettei suosituksella ollut tarkoitettu olevan sitovia oikeusvaikutuksia. Belgian kuningaskunta haki kyseiseen ratkaisuun muutosta unionin tuomioistuimelta.

4. Ehdotukseni unionin tuomioistuimelle on tässä ratkaisuehdotuksessa oikeastaan kaksiosainen: kun otetaan ensinnäkin huomioon (ei ainoastaan) Euroopan unionin oikeuden *yleisellä* tasolla muuttuva lainsäädännöllinen tausta, jolle on ominaista erilaisten soft law -toimien runsaus, mahdollisuutta saattaa asia unionin tuomioistuinten käsiteltäväksi pitäisi mukauttaa tähän, jotta kyettäisiin vastaamaan kehitykseen. Siltä osin kuin oikeusteoreettinen sanailu sen sallii, näkökulmaa pitäisi tässä mielessä tosiaankin hioa hieman enemmän dworkinilaiseksi, kun tunnustetaan se tosiseikka, että on sääntöjä, joista aiheutuu merkittäviä oikeusvaikutuksia mutta jotka ovat kaksinapaisen sitovat/ei-sitovat oikeussäännöt -logiikan ulkopuolella. Toiseksi nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisen suosituksen *konkreettisella* tasolla normatiivisen toimen, jolla voidaan sen logiikan, asiayhteyden, tarkoituksen ja osittain myös kielen perusteella kohtuudella katsoa vahvistettavan käyttäytymissääntöjä, pitäisi olla laillisuusvalvonnan kohteena riippumatta siitä, että se on jossain määrin naamioitu pelkiksi ”*periaatteiksi*” suosituksessa.

II. Asiaa koskeva lainsäädäntö

A. Primäärioikeus

5. SEU 4 artiklan 3 kohdan nojalla ”jäsenvaltiot toteuttavat kaikki yleis- tai erityistoimenpiteet, joilla voidaan varmistaa perussopimuksista tai unionin toimielinten säädöksistä johtuvien velvoitteiden täyttäminen. Jäsenvaltiot tukevat unionia sen täyttäessä tehtäviään ja pidättäytyvät kaikista toimenpiteistä, jotka voisivat vaarantaa unionin tavoitteiden toteutumisen”.

6. SEUT 263 artiklan 1 kohdassa määrätään seuraavaa: ”Euroopan unionin tuomioistuin tutkii lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksytyjen säädösten sekä neuvoston, komission ja Euroopan keskuspankin säädösten laillisuuden, suosituksia ja lausuntoja lukuun ottamatta, samoin kuin Euroopan parlamentin ja Eurooppa-neuvoston sellaisten säädösten laillisuuden, joiden tarkoituksena on tuottaa oikeusvaikutuksia suhteessa kolmansiin osapuoliin. Tuomioistuin valvoo myös unionin elinten ja laitosten sellaisten säädösten laillisuutta, joiden tarkoituksena on tuottaa oikeusvaikutuksia suhteessa kolmansiin osapuoliin.”

7. SEUT 288 artiklan sanamuoto on seuraava:

”Käyttäessään unionin toimivaltaa toimielimet hyväksyvät asetuksia, direktiivejä ja päätöksiä sekä antavat suosituksia ja lausuntoja.

Asetus pätee yleisesti. Se on kaikilta osiltaan velvoittava, ja sitä sovelletaan sellaisenaan kaikissa jäsenvaltioissa.

Direktiivi velvoittaa saavutettavaan tulokseen nähden jokaista jäsenvaltiota, jolle se on osoitettu, mutta jättää kansallisten viranomaisten valittavaksi muodon ja keinot.

⁵ Määräys 27.10.2015, Belgia v. komissio (T-721/14, EU:T:2015:829).

Päätös on kaikilta osiltaan velvoittava. Jos siinä nimetään ne, joille se on osoitettu, se velvoittaa ainoastaan niitä.

Suosituksset ja lausunnot eivät ole sitovia.”

8. SEUT 292 artiklassa määrätään seuraavaa: ”Neuvosto antaa suosituksia. Se tekee ratkaisunsa komission ehdotuksesta aina silloin, kun perussopimuksissa määrätään, että neuvosto hyväksyy säädöksen komission ehdotuksesta. Neuvosto tekee ratkaisunsa yksimielisesti aloilla, joilla unionin säädöksen antaminen edellyttää yksimielisyyttä. Komissio sekä perussopimuksissa määrätyissä erityistapauksissa Euroopan keskuspankki antavat suosituksia.”

9. SEUT 296 artiklan sanamuoto on seuraava:

”Jollei perussopimuksissa määrätä annettavan säädöksen lajia, toimielimet valitsevat sen sovellettavien menettelyjen mukaisesti tapauskohtaisesti suhteellisuusperiaatetta noudattaen.

Säädökset perustellaan ja niissä viitataan perussopimuksissa määrättyihin ehdotuksiin, aloitteisiin, suosituksiin, pyyntöihin tai lausuntoihin.

Kun Euroopan parlamentin ja neuvoston käsiteltäväksi annetaan ehdotus lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttäväksi säädökseksi, ne pidätyvät antamasta sellaista säädöstä, joka ei ole kyseiseen alaan sovellettavan lainsäätämisyjärjestyksen mukainen.”

B. Komission suositus

10. Komission suosituksen johdanto-osan viidennen perustelukappaleen mukaan ”unionin tason yhdenmukaistamisen puuttuessa jäsenvaltiot voivat periaatteessa asettaa vapaasti rahapelipolitiikkansa tavoitteet ja määrittää haluamansa suojan tason kuluttajien terveyden suojelemiseksi – –”.

11. Johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa todetaan, että ”säännöissä ja politiikoissa, jotka jäsenvaltiot ovat ottaneet käyttöön saavuttaakseen yleisen edun mukaiset tavoitteet, on suuria eroja. Unionin tason toiminnalla jäsenvaltioita kannustetaan tarjoamaan korkeatasoinen suoja koko unionissa”.

12. Komission suosituksen tarkoituksena todetaan johdanto-osan yhdeksänsä perustelukappaleessa ”suojella kuluttajien ja pelaajien terveyttä ja minimoida siten myös mahdolliset taloudelliset vahingot, joita voi aiheutua pakonomaisesta tai liiallisesta rahapelaamisesta. Tätä varten suosituksessa suositetaan periaatteita, joilla pyritään kuluttajien, pelaajien ja alaikäisten korkeatasoiseen suojaan sähköisten rahapelipalvelujen osalta. Valmistellessaan tätä suositusta komissio on ottanut huomioon jäsenvaltioiden hyvät käytännöt”.

13. Johdanto-osan 15 perustelukappaleessa todetaan, että ”on asianmukaista kehottaa jäsenvaltioita ehdottamaan sääntöjä, joiden mukaisesti kuluttajille annetaan tietoa sähköisestä rahapelaamisesta – –”.

14. Johdanto-osan 16 perustelukappaleen mukaan ”tarvittaessa tämän suosituksen periaatteet olisi osoitettava paitsi operaattoreille myös kolmansille osapuolille, niin kutsutuille sidosyrityksille, joiden sallitaan markkinoida sähköisiä rahapelipalveluja operaattorin puolesta”.

15. Johdanto-osan 27 perustelukappaleessa huomautetaan, että ”yleisen edun mukaisten tavoitteiden saavuttamista on suojattava tehokkaalla valvonnalla. Jäsenvaltioiden olisi nimettävä toimivaltaiset viranomaiset, vahvistettava operaattoreita koskevat selkeät ohjeet ja annettava helposti saatavilla olevaa tietoa kuluttajille, pelaajille ja heikommassa asemassa oleville ryhmille, alaikäiset mukaan luettuina”.

16. Johdanto-osan 29 perustelukappaleessa lisätään, että ”tämä suositus ei vaikuta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY eikä neuvoston direktiivin 93/13/ETY soveltamiseen”.

17. Suosituksen tarkoitus esitetään sen I jaksossa. Sen 1 kohdan mukaan ”jäsenvaltioille suositetaan, että ne vahvistavat sähköisiä rahapelipalveluja ja niihin liittyvää vastuullista kaupallista viestintää koskevat periaatteet saavuttaakseen kuluttajien, pelaajien ja alaikäisten suojelussa korkean tason ja varjellakseen heidän terveyttään sekä minimoidakseen taloudelliset vahingot, joita pakonomainen tai liiallinen rahapelaaminen voi aiheuttaa”. Sen 2 kohdassa todetaan, että ”tämä suositus ei vaikuta jäsenvaltioiden oikeuteen säännellä rahapelipalveluja”.

18. Suosituksen III jaksossa vahvistetaan varsin täsmällisiä ja yksityiskohtaisia tietovaatimuksia, jotka koskevat operaattoreiden rahapeliverkkosivustoja ja erityisesti tietoja, joita olisi esitettävä etusivulla, ja niiden klikkausten lukumäärää, joilla päästään kuhunkin tietoon. Suosituksen IV jaksossa lisätään vielä alaikäisiä koskevia vaatimuksia.

19. Suosituksen V jakso koskee pelaajan rekisteröimistä ja pelitiliä. Erityisesti 15 kohdassa todetaan, että ”jäsenvaltioiden olisi varmistettava, että henkilö saa käyttää sähköistä rahapelipalvelua vain, jos hänet on rekisteröity pelaajaksi ja hän on operaattorin tarjoaman pelitilin haltija”.

20. Suosituksen VI jakso koskee pelaajan toimintaa ja tukemista. Suosituksen VIII jakso kattaa kaupallisen viestinnän ja IX jakso sponsoroinnin.

21. Suosituksen XI jakso käsittelee valvontaa. Jäsenvaltioita kehoitetaan 51 kohdassa ”nimeämään tässä suosituksessa vahvistettuja periaatteita soveltaessaan toimivaltaiset rahapelaamisen sääntelyviranomaiset, jotka riippumattomalla tavalla varmistavat sellaisten kansallisten toimenpiteiden noudattamisen, jotka toteutetaan tässä suosituksessa vahvistettujen periaatteiden soveltamiseksi, sekä valvovat niiden noudattamista”.

22. Suosituksen viimeinen jakso eli XII jakso koskee raportointia. Suosituksen 52 kohdassa todetaan, että ”jäsenvaltioita kehoitetaan antamaan komissiolle tiedoksi kaikki tämän suosituksen mukaisesti toteutetut toimenpiteet viimeistään 19 päivänä tammikuuta 2016, jotta komissio voisi arvioida tämän suosituksen täytäntöönpanoa”.

23. Suosituksen 53 kohdan mukaan ”jäsenvaltioita kehoitetaan keräämään vuosittain tilastotarkoituksiin luotettavat tiedot

- a) sovellettavista suojatoimenpiteistä, erityisesti (avattujen ja suljettujen) pelitilien, vapaaehtoisen pelikiellon asettaneiden pelaajien, pelaamishäiriöstä kärsivien henkilöiden ja pelaajien esittämien valitusten määrästä;
- b) kaupallisen viestinnän osalta periaatteiden rikkomisista luokittain ja tyypeittäin.

Jäsenvaltioita kehoitetaan ilmoittamaan nämä tiedot komissiolle ensimmäisen kerran viimeistään 19 päivänä heinäkuuta 2016”.

24. Lopuksi 54 kohdassa todetaan, että ”komission olisi arvioitava suosituksen täytäntöönpanoa viimeistään 19 päivänä tammikuuta 2017”.

III. Tosiseikat ja asian käsittelyn vaiheet

25. Komissio täsmensi vuonna 2011 vihreässä kirjassa ”sähköisesti välitettävistä rahapeleistä sisämarkkinoilla”⁶ jäsenvaltioiden yhteiset tavoitteet sähköisesti välitettävien rahapeliin sääntelylle. Se määritteli myös unionin toimien tärkeimmät alueet.

26. Komissio ehdotti 23.10.2012 antamassaan tiedonannossa ”Kohti sähköisesti välitettävien rahapeliin kattavaa eurooppalaista kehystä”⁷ useita toimia, jotta voitaisiin vastata sähköisen rahapelaamisen yhteiskunnallisiin ja teknisiin haasteisiin sekä sääntelyhaasteisiin. Komissio totesi erityisesti, että yleisesti ottaen tässä vaiheessa ei vaikuta tarkoituksenmukaiselta ehdottaa alakohtaista unionin lainsäädäntöä sähköisestä rahapelaamisesta. Komissio julisti kyseisessä tiedonannossa, että se esittäisi suosituksia kuluttajansuojasta sähköisesti välitettävien rahapeliin alalla, mukaan lukien alaikäisten suojeleminen, ja sähköisesti välitettävien rahapeliin vastuullisesta kaupallisesta viestinnästä.

27. Euroopan parlamentti kehotti 10.9.2013 antamassaan päätöslauselmassa sähköisesti välitettävistä rahapeleistä sisämarkkinoilla⁸ komissiota tutkimaan mahdollisuuksia saada oman pelaamisen estämistä koskevat kansalliset rekisterit toimimaan yhteen. Tällä lisättäisiin tietoisuutta peliriippuvuuden riskeistä, ja päätöslauselmassa kehoitettiin myös harkitsemaan pakollisia, kolmannen osapuolen suorittamia henkilöllisyystarkastuksia. Parlamentti vaati myös, että sähköisesti välitettävien rahapeliin alan toimijat velvoitettaisiin antamaan tiedot sääntelyviranomaisista ja varoituksista alaikäisille ja käyttämään omaa pelaamista koskevia rajoituksia rahapeliverkkosivustoilla. Lisäksi parlamentti suositteli vastuullisen kaupallisen viestinnän periaatteiden vahvistamista. Se suositteli, että kaupalliseen viestintään sisällytettäisiin selkeitä varoituksia pelaamishäiriöiden seurauksista ja peliriippuvuuden vaaroista. Kaupallisen viestinnän ei pitäisi olla liiallista eikä sitä saisi esittää sellaisen sisällön yhteydessä, joka on nimenomaan suunnattu alaikäisille, eikä silloin, jos vaarana on, että se kohdistuu alaikäisiin.

28. Euroopan talous- ja sosiaalikomitea on myös kehottanut komissiota toteuttamaan toimenpiteitä parantaakseen kuluttajansuojaa sähköisesti välitettävien rahapeliin alalla ja suojelemaan alaikäisiä.⁹

29. Euroopan komissio antoi tässä asiayhteydessä 14.7.2014 riidanalaisen suosituksen SEUT 292 artiklan nojalla. Se julkaistiin kokonaan *Euroopan unionin virallisen lehden* L-sarjassa 19.7.2014.

30. Suosituksen hyväksymisen yhteydessä julkaistiin lehdistötiedote¹⁰ ja muistio.¹¹ Muistiossa esiteltiin komission suositus seuraavalla tavalla: ”Suositus on ei-sitova toimi, jota Euroopan komissio käyttää lähettääkseen jäsenvaltioille selkeän viestin siitä, mitä toimia odotetaan tilanteen korjaamiseksi, mutta samalla se jättää kansalliselle tasolle riittävästi joustoa tämän saavuttamiseksi. Sillä asetetaan tavoitteet, jolloin se toimii katalyyttinä koko Euroopan unionissa sovellettavien yhdenmukaisten periaatteiden kehittämiseksi.” Muistiossa lisättiin toimen tyyppin valinnasta, että ”sähköisten rahapelipalvelujen sektorilla ei ole olemassa sektorikohtaista unionin lainsäädäntöä eikä tällaisen erityislainsäädännön esittämistä ole pidetty asianmukaisena. Komission suositus voidaan lisäksi antaa välittömästi, kun taas unionin ministerineuvoston ja Euroopan parlamentin pitäisi antaa ehdotukset lainsäädännöksi, mikä saattaa viedä aikaa”.

6 KOM(2011) 128 lopullinen.

7 COM(2012) 596 final.

8 P7_TA(2013)0348.

9 2012/2322(INI).

10 IP/14/828, 14.7.2014 (saatavilla verkkosivuilla http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm).

11 MEMO/14/484, 14.7.2014 (saatavilla verkkosivuilla http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm).

IV. Valituksenalainen määräys

31. Belgian kuningaskunta vaati 13.10.2014 kyseisen suosituksen kumoamista unionin yleisessä tuomioistuimessa.

32. Unionin yleinen tuomioistuin jätti kanteen tutkimatta 27.10.2015 antamallaan määräyksellä.¹² Se totesi suosituksen sanamuodon, sisällön ja asiayhteyden perusteella, että sillä ei ollut eikä sillä ollut tarkoitus olla sitovia oikeusvaikutuksia. Tämän seurauksena sitä ei voitu pitää SEUT 263 artiklassa tarkoitettuna kannekelpoisena toimenä.¹³

33. Unionin yleinen tuomioistuin totesi perusteluissaan aluksi, että suosituksen sanamuoto ei olennaisilta osin ollut pakottava huolimatta vähäisistä poikkeamista kieliversioiden välillä.¹⁴

34. Unionin yleinen tuomioistuin totesi lisäksi suosituksen sisällön osoittavan, että komissiolla ei ollut tarkoituksena antaa sille sitovia oikeusvaikutuksia.¹⁵ Erityisesti 51–53 kohdassa *kehotetaan* jäsenvaltioita nimeämään sääntelyviranomaisia ja antamaan komissiolle tiedoksi kaikki suosituksen mukaisesti toteutetut toimenpiteet. Tällä ei vahvisteta jäsenvaltioille velvoitetta soveltaa kyseisessä toimessa vahvistettuja periaatteita. Komissio totesi lisäksi nimenomaisesti, että suositus ei vaikuttanut jäsenvaltioiden oikeuteen säännellä rahapelipalveluja: se vain kehotti jäsenvaltioita noudattamaan tässä toimessa vahvistettuja periaatteita.¹⁶

35. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että riidanalaisen suosituksen sanamuodon ja sisällön tarkastelun vahvisti sen asiayhteyden tutkiminen, johon suositus kuului. Neuvostossa, Euroopan parlamentissa ja komissiossa käydyt keskustelut osoittivat, että tuolloin ei ollut aikomusta ehdottaa alaa koskevaa unionin lainsäädäntöä.¹⁷

36. Unionin yleinen tuomioistuin lisäsi, että pelkästään se, että riidanalainen suositus julkaistiin virallisen lehden L-sarjassa eikä sen C-sarjassa, ei ollut omiaan kumoamaan päätelmää, jonka mukaan suosituksen tarkoituksena ei ollut tuottaa sitovia oikeusvaikutuksia.¹⁸ Se totesi myös, että pelkästään siitä, että vaikka suositukset eivät ole sitovia, niillä saattaa olla oikeusvaikutuksia, ei voida päätellä, että ne voidaan riitauttaa. Toisenlainen päätelmä olisi ristiriidassa SEUT 263 artiklan kanssa, sillä sen nojalla suositukset, joilla ei ole sitovia oikeusvaikutuksia, eivät voi olla kumoamiskanteen kohteena.¹⁹

37. Unionin toimielinten välisen tasapainon periaatteen, annetun toimivallan periaatteen tai vilpittömyyden yhteistyötä koskevan periaatteen väitetty loukkaaminen toimielimen toimesta ei oikeuta poikkeamaan perussopimuksessa määrätyistä kumoamiskanteen tutkittavaksi ottamisen edellytyksistä.²⁰ Erityisesti pelkästään siitä, että unionin tuomioistuin voi tutkia jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn yhteydessä toimen tai menettelytavan, jolla ei ole sitovia oikeusvaikutuksia, jäsenvaltioiden vilpittömyyden yhteistyötä koskevan velvollisuuden kannalta, ei seuraa, että näin pitäisi menetellä myös kumoamiskanteen yhteydessä.²¹

¹² Määräys 27.10.2015, Belgia v. komissio (T-721/14, EU:T:2015:829).

¹³ Valituksenalaisen määräyksen 37 kohta.

¹⁴ Valituksenalaisen määräyksen 21 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

¹⁵ Valituksenalaisen määräyksen 29 kohta.

¹⁶ Valituksenalaisen määräyksen 32–35 kohta.

¹⁷ Valituksenalaisen määräyksen 36 kohta.

¹⁸ Valituksenalaisen määräyksen 38–40 kohta.

¹⁹ Valituksenalaisen määräyksen 42–48 kohta.

²⁰ Valituksenalaisen määräyksen 51 ja 52 kohta.

²¹ Valituksenalaisen määräyksen 54 ja 55 kohta.

38. Unionin yleinen tuomioistuin totesi, että toisin kuin kantaja väitti, suositukseseen ei sisälly minkäänlaista sähköisten rahapelimarkkinoiden palvelujen yhdenmukaistamista koskevaa sääntöä eikä periaatetta. Tämä oli selvää 2 kohdan valossa, koska siinä vahvistetaan nimenomaisesti jäsenvaltioiden sääntelyvaltuudet tällä alalla.²² Suosituksen antaminen ei ollut omiaan rajoittamaan kunkin jäsenvaltion mahdollisuutta arvioida omien mieltymystensä mukaisesti, mitä vaatimuksia on asetettava moraalisten, uskonnollisten ja kulttuurillisten intressien suojaamiseksi.²³

V. Asian käsittely unionin tuomioistuimessa

39. Belgian kuningaskunta (valittaja) vaatii valituksessaan unionin tuomioistuinta kumoamaan unionin yleisen tuomioistuimen määräyksen, ottamaan kumoamiskanteen tutkittavaksi, ratkaisemaan asian asiakysymyksen, hyväksymään Helleenien tasavallan ja Portugalin tasavallan väliintulijoiksi²⁴ sekä määräämään komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

40. Komissio vaatii unionin tuomioistuinta hylkäämään valituksen ja määräämään valittajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

41. Valittaja esittää muutoksenhaussa kolme valitusperustetta: i) annetun toimivallan periaatteen, lojaalisuusperiaatteen ja toimielinten välisen tasapainon periaatteen loukkaaminen; ii) lojaalisuusperiaatteen loukkaaminen sekä jäsenvaltioille etuoikeutettuina kantajina kuuluvan aseman huomiotta jättäminen sekä iii) suosituksista johtuvien, Belgiaan kohdistuvien oikeusvaikutusten virheellinen tulkinta.

42. Valittaja väittää ensimmäisessä valitusperusteessaan, että kanteen tutkittavaksi ottamista koskevat edellytykset täyttyivät, koska unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt tutkia, oliko suosituksen laatija toimivaltainen, sen sijaan että se tutki vain sen, aiheutuuko siitä sitovia oikeusvaikutuksia. Unionin yleinen tuomioistuin ei tarkemmin sanoen noudattanut annetun toimivallan periaatetta, lojaalisuusperiaatetta eikä toimielinten välisen tasapainon periaatetta, koska se ei tutkinut, oliko suosituksen antamiselle olemassa aineellinen oikeusperusta. SEUT 292 artikla ei ole itsenäinen oikeusperusta: sillä annetaan sekä neuvostolle että komissiolle toimivalta antaa suosituksia, mutta jotta tiedettäisiin, kumpi näistä on toimivaltainen, on tutkittava kummallekin toimielimelle perussopimuksissa annettua aineellista toimivaltaa.

43. Valittaja väittää lisäksi, että myös ei-sitovan suosituksen pitäisi kuulua tuomioistuinvalvonnan piiriin, jotta kyetään määrittämään, onko se edellä mainittujen periaatteiden mukainen. Kun unionin yleinen tuomioistuin ei sallinut laillisuusvalvontaa, se loukkasi annetun toimivallan periaatetta. Se sovelsi myös SEUT 263 artiklaa tavalla, joka ei ole vakiintuneen oikeuskäytännön mukainen: jokaisessa toimielinten toteuttamassa toimessa pitäisi todeta selvästi sen oikeusperusta.²⁵

²² Valituksenalaisen määräyksen 64 kohta.

²³ Valituksenalaisen määräyksen 68 kohta.

²⁴ Portugalin tasavalta ja Helleenien tasavalta esittivät väliintulohakemuksen tukeakseen valittajan vaatimuksia unionin yleisessä tuomioistuimessa. Koska unionin yleinen tuomioistuin kuitenkin jätti kanteen tutkimatta, se totesi, että väliintulohakemuksista ei ollut tarpeen antaa ratkaisua (valituksenalaisen määräyksen 86 kohta).

²⁵ Valittaja nojautuu lausuntoon 2/00 painottaessaan asianmukaisen oikeusperustan valinnan perustuslaillista merkitystä (lausunto 2/00 (Cartagenan bioturvallisuuspöytäkirja), 6.12.2001, EU:C:2001:664, 5 kohta). Ks. myös tuomio 1.10.2009, komissio v. neuvosto (C-370/07, EU:C:2009:590, 47 kohta).

44. Valittajan mukaan jo sillä, että komissio toteutti yhden SEUT 288 artiklassa luetelluista oikeudellisista toimista ilman tällaista toimivaltaa, olisi oikeusvaikutus, koska sillä häiritään unionin ja jäsenvaltioiden välistä ja myös unionin toimielinten keskinäistä toimivallan tasapainoa. Näin ollen unionin tuomioistuimen pitäisi voida valvoa sen laillisuutta. Näiden periaatteiden noudattaminen pitäisi varmistaa ennen kuin arvioidaan, onko se ”todellinen” suositus. Valittaja esittää, että varsinainen unionin lainsäädäntötoimi on toteutettava unionin oikeuden mukaisesti, ja siinä yhteydessä on kunnioitettava muiden unionin toimielinten ja jäsenvaltioiden etuoikeuksia.

45. Valittaja arvostelee toisessa valitusperusteessaan sitä, että unionin yleinen tuomioistuin nojautui kumoamismenettelyn ja jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn väliseen eroon ja totesi merkityksettömäksi sen, että oikeuskäytännössä katsotaan, että sellaisten toimien laillisuutta, joilla ei ole sitovia oikeusvaikutuksia ja joita toteutettaessa on laiminlyöty lojaalin yhteistyön vaatimus, on voitava valvoa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä.²⁶ Tämä on perustavanlaatuisesti lojaalisuusperiaatteen vastavuoroisuuden vastaista.²⁷ Se johtaa siihen, että unionin yleinen tuomioistuin estää jäsenvaltiota saamasta kumoamiskanteita vireille unionin tuomioistuimessa, vaikka jäsenvaltiot ovat etuoikeutettuja kantajia.

46. Valittaja esittää kolmannessa valitusperusteessaan, että unionin yleinen tuomioistuin ei ole soveltanut oikein tuomiota ERTA²⁸ ja sitä seurannutta oikeuskäytäntöä tutkiessaan suositusta. Se päätelee, että suosituksen laillisuutta voidaan tutkia SEUT 263 artiklan nojalla, koska siitä aiheutuu oikeusvaikutuksia ainakin Belgialle ja Portugalille.

47. Valittaja väittää, että unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt ottaa huomioon, että suositus on sanamuodoltaan pakottava useissa kieliversioissa, kuten portugaliksi, mutta myös kahdella Belgian kolmesta virallisesta kielestä eli hollanniksi ja saksaksi erityisesti sen vuoksi, että kansallisten tuomioistuinten on otettava suositukset huomioon. Unionin yleisen tuomioistuimen ei pitäisi tarkastella suositusta yleisesti vaan tapauskohtaisesti määrittämällä, aiheutuuko siitä oikeusvaikutuksia Belgialle. Kun otetaan huomioon pakottava sanamuoto hollannin ja saksan kielellä, on mahdollista päätellä, että Belgiaan kohdistuu ”vahvempia” oikeusvaikutuksia, kun niitä verrataan muihin kieliversioihin.

48. Komissio hylkää puolustuksessaan valittajan perustelut, jotka koskevat suosituksista nostettujen kumoamiskanteiden tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä. Se esittää, että valittajan perustelut koskevat asian asiakysymyksiä (kun se tuo esiin annetun toimivallan periaatteen, lojaalin yhteistyön periaatteen, institutionaalisen tasapainon periaatteen ja oikeusperustan periaatteen), kun vireillä oleva menettely koskee vain tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymistä.

49. Komissio toteaa lojaalisuusperiaatteen vastavuoroisuudesta (toinen peruste), että Belgian kuningaskunta väitti virheellisesti, että jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä unionin yleisessä tuomioistuimessa vallitsi prosessuaalinen epäyhdenvertaisuus komission eduksi ja kumoamismenettelyssä jäsenvaltioiden vahingoksi. Tämä unionin yleisen tuomioistuimen päätelmä merkitsee vain sitä, että suosituksen laillisuutta ei voida tutkia SEUT 263 artiklan perusteella. SEUT 263 artiklaa ei siten sovelleta epäyhdenvertaisesti.

50. Komissio katsoo, että on merkityksetöntä, että yhdessä jäsenvaltion virallisista kielistä laaditussa versiossa on hieman erilainen sanamuoto. Tämä johtuu siitä, että jos suosituksella on ylipäänsä oikeusvaikutuksia, niiden arvioinnin pitäisi myös perustua toimen päämäärään ja asiayhteyteen. Komission mukaan unionin toimia pitäisi tulkita itsenäisesti kansallisesta lainsäädännöstä riippumatta.

26 Tuomio 12.2.2009, komissio v. Kreikka (C-45/07, EU:C:2009:81) ja tuomio 20.4.2010, komissio v. Ruotsi (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Tuomio 16.10.2003, Irlanti v. komissio (C-339/00, EU:C:2003:545, 71 kohta).

28 Tuomio 31.3.1971, komissio v. neuvosto (22/70, EU:C:1971:32).

51. Valittaja keskittyi vastauksessaan suosituksen oikeusperustaan, jonka se katsoo puuttuvan. Se korosti, että komission suosituksella on jo sen olemassaolon perusteella oikeusvaikutuksia (vaikka ne ovatkin rajallisia), mikä tarkoittaa sitä, että sen laillisuutta on voitava valvoa. Jäsenvaltion pitäisi kyetä pyytämään minkä tahansa unionin toimen pätevyyden laillisuusvalvontaa, mikäli ei ole selvää, onko se annettu annetun toimivallan periaatteen mukaisesti, erityisesti silloin, jos sille ei ole aineellista oikeusperustaa. Pelkkä viittaus SEUT 292 artiklaan ei riitä. Se ei täytä aineellista oikeusperustaa koskevaa vaatimusta.

52. Komissio esitti vastauksessaan, että perussopimusten mukaisissa menettelyissä ei ole aukkoa. Suositukset on jätetty SEUT 263 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. Ainoa kysymys koskee sitä, onko nyt käsiteltävä suositus ”todellinen” suositus. Oikeusperustaa koskeva ongelma kuuluu asiakysymyksen arviointiin, joten sitä pitäisi arvioida vain, jos kanteen tutkittavaksi ottamista koskevat edellytykset täyttyvät. Komissio ei missään tapauksessa katsonut, että valittaja olisi osoittanut, miksi jokin muu oikeusperusta kuin SEUT 292 artikla olisi tarpeen.

53. Belgian kuningaskunta ja komissio esittivät kirjallisten huomautustensa lisäksi suullisia lausumia 26.6.2017 pidetyssä istunnossa.

VI. Arviointi

54. Valittaja on esittänyt muutoksenhaussa kolme valitusperustetta. Mielestäni on asianmukaista käsitellä ensin kolmas valitusperuste (jossa valittaja väittää unionin yleisen tuomioistuimen tehneen virheen arvioidessaan riidanalaisen suosituksen oikeusvaikutusten puuttumista) lähinnä kahdesta syystä. Ensinnäkin se on unionin tuomioistuimelle tehdyn valituksen ydin. Tavalla tai toisella kolmas peruste koskee myös ensimmäisen ja toisen perusteen osatekijöitä. Aineellisen arvioinnin osatekijät liittyvät nyt käsiteltävän kaltaisessa asiassa jossain määrin jo tutkittavaksi ottamista koskevien edellytysten tarkastelun vaiheeseen ja sulautuvat siihen. Toiseksi valittajan kolmas valitusperuste on mielestäni perusteltu. Unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen: se on tulkinnut virheellisesti riidanalaisen suosituksen vaikutuksia, joten se on arvioinut virheellisesti kanteen tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä.²⁹

55. Suositus on ”tyypillinen” unionin oikeuden toimi, joka on mainittu SEUT 288 artiklan luettelossa. Toisin kuin potentiaalisesti laajan unionin toimielinten ja elinten ”epätyypillisten” eli luettelon ulkopuolelle jätettyjen toimien kirjon osalta SEUT 288 artiklassa vahvistetaan suosituksen ominaisuudet: se ei ole sitova. Lisäksi SEUT 263 artiklan ensimmäisessä luetelmakohdassa jätetään suositukset nimenomaisesti kumoamiskanteiden ulkopuolelle.

56. Kun otetaan huomioon tämä primäärioikeuden lainsäädännöllinen kuva, ”epätyypillisiä” toimia koskevaan tuomioon ERTA³⁰ liittyvän oikeuskäytännön laajentaminen ei kenties ole täysin automaattista. Tästä syystä kaksi lähestymistapaa ovat mahdollisia, kun käsitellään tällaisista suosituksista mahdollisesti nostettavia kumoamiskanteita. Ensinnäkin on olemassa ”*sisältö ennen muotoa*” -lähestymistapa, jolla tarkoitetaan sitä, että myös tyyppillisten toimien yhteydessä riidanalaisen toimen sisällön tarkastelu määrittää kumoamiskanteen tutkittavaksi ottamista koskevien edellytysten täyttymisen. Jos toimi on nimityksensä vastaisesti tosiasiallisesti jotain muuta kuin siinä sanotaan (esimerkiksi niin, että se ei ole ”todellinen” suositus), sen laillisuutta pitäisi voida valvoa sen nimityksestä riippumatta. Toiseksi on olemassa ”*muoto määrittää sisällön*” -lähestymistapa, joka viittaa siihen, että lapio on lapio, vaikka se olisi hieman oudon muotoinen. Mutta koska ja niin kauan kuin siihen on kirjoitettu ”lapio”, se ymmärretään lapioksi ja sitä tulkitaan sellaisena.

29 Mielestäni (mahdollisen) unionin oikeuden lähteen, kuten suosituksen, oikeusvaikutusten (tai niiden puuttumisen) tulkinta on puhtaasti oikeuskysymys, joten se voidaan tutkia kaikilta osin muutoksenhaussa. Iura (item ”ius mollis”) novit Curia.

30 Tuomio 31.3.1971, komissio v. neuvosto (22/70, EU:C:1971:32).

57. Tämän ratkaisuehdotuksen rakenne on seuraava. A jaksossa esitetään ensin mainittu lähestymistapa: palaan aluksi tuomiossa ERTA esitetyn testin taustoihin (A.1.) ennen kuin käsittelen sen jälkeistä oikeuskäytäntöä ja unionin yleisen tuomioistuimen tulkintaa testistä nyt käsiteltävässä asiassa (A.2.). Tämän jälkeen selitän, miksi tämä testi on suositusten yhteydessä ongelmallinen monilla tasoilla (A.3.), ennen kuin käsittelen siihen ehdottamaani muutosta (A.4.). Lopuksi osoitan, miten tällaista hieman muunnettua testiä sovellettaisiin riidanalaiseen suositukseen (A.5.).

58. B jakso alkaa jälkimmäisen lähestymistavan hahmottelulla (B.1.), ennen kuin esitän lisäperusteluja sille, miksi unionin tuomioistuimen ei pitäisi mielestäni hyväksyä tätä lähestymistapaa (B.2.). Siltä varalta, että unionin tuomioistuin kuitenkin päättäisi valita tämän lähestymistavan, kehotan sitä ainakin esittämään useita tärkeitä selvennyksiä suositusten luonteesta ja vaikutuksista (B.3.).

A. Sisältö ennen muotoa

1. ERTA

59. ETY:n perustamissopimuksen 173 artiklassa (josta tuli myöhemmin EY 230 artikla ja joka on nykyään SEUT 263 artikla) määrättiin sen ensimmäisessä, vuonna 1957 annetussa versiossa, että yhteisöjen tuomioistuin tutkii ”neuvoston ja komission säädösten laillisuuden, suosituksia ja lausuntoja lukuun ottamatta”. Siinä ei esitetty positiivista määritelmää oikeudellisista toimita, jotka voitiin tutkia. Oli näin ollen yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä päättää, mitkä toimet voitiin tutkia: olivatko tällaisia toimia vain komission tai neuvoston toimet, joihin nimenomaisesti viitattiin sitovina toimina tuolloisessa EY 189 artiklassa (josta on tullut SEUT 288 artikla), eli asetukset, direktiivit ja päätökset, vai kuuluivatko niihin myös näiden toimielinten ”epätyypilliset toimet”, joita ei mainittu nimenomaisesti perussopimuksissa.

60. Yhteisöjen tuomioistuin vahvisti kansainvälisen sopimuksen sopimusneuvotteluihin ja sopimuksen tekemiseen liittyneitä neuvoston pöytäkirjoja koskeneessa tuomiossaan ERTA³¹ testin sen määrittämiseksi, voidaanko toimielinten toimen kumoamista koskeva kanne tutkia (jäljempänä ERTA-testi). Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että ETY:n perustamissopimuksen 173 artiklan mukaan ”kannekelpoisiksi toimiksi” luokitellaan ”kaikki toimet, jotka ovat toimielinten antamia ja joiden tarkoituksena on tuottaa oikeusvaikutuksia – – Kumoamiskanteen kohteena voivat siis olla *kaikki ne toimielinten antamat säännökset ja määräykset, luonteestaan tai muodostaan riippumatta, joiden tarkoituksena on tuottaa oikeusvaikutuksia*”.³²

61. Alkuperäisessä ERTA-testissä oli siten kaksi osatekijää: oliko olemassa unionin toimi, jonka *tarkoituksena* oli tuottaa *oikeusvaikutuksia*?

62. Yhteisöjen tuomioistuin sovelsi myöhemmässä oikeuskäytännössään kyseistä testiä moniin epätyypillisiin toimiin, kuten komission sisäisiin ohjeisiin tai suuntaviivoihin,³³ neuvoston asetuksen täytäntöönpanemiseksi annettuihin menettelytapasääntöihin,³⁴ tiedonantoihin,³⁵ muistioihin³⁶ tai kirjeisiin.³⁷

31 Tuomio 31.3.1971, komissio v. neuvosto (22/70, EU:C:1971:32).

32 Kyseisen tuomion 39 ja 42 kohta (kursivointi tässä). Kyseinen sanamuoto, jossa viitataan sanamuotoon toimet, ”joilla on oikeusvaikutuksia”, otettiin tämän jälkeen Maastrichtin sopimuksella EY 173 artiklaan.

33 Ks. tuomio 9.10.1990, Ranska v. komissio (C-366/88, EU:C:1990:348) ja tuomio 6.4.2000, Espanja v. komissio (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Ks. tuomio 13.11.1991, Ranska v. komissio (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Ks. tuomio 16.6.1993, Ranska v. komissio (C-325/91, EU:C:1993:245) ja tuomio 20.3.1997, Ranska v. komissio (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Ks. tuomio 1.12.2005, Italia v. komissio (C-301/03, EU:C:2005:727) sekä julkisasiamies Jacobsin valaiseva ratkaisuehdotus (C-301/03, EU:C:2005:550, 70 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

37 Ks. tuomio 5.10.1999, Alankomaat v. komissio (C-308/95, EU:C:1999:477).

63. Kun näitä tuomioita tarkastellaan tarkasti, testin kieliasu ei ole aina ollut täysin sama. Niissä on kuitenkin yksi selvästi yhteinen piirre: yhteisöjen tuomioistuin on todennut kaikkien näiden epätyypillisten toimien osalta selvästi, että unionin toimen sisällön on oltava ensisijainen sen muotoon nähden, kun annetaan ratkaisu kumoamiskanteen tutkittavaksi ottamisesta.³⁸ Toimen varsinainen nimi ja muoto eivät ole ratkaisevia määritettäessä sitä, voidaanko sen laillisuutta valvoa vai ei.

2. ERTA-testi siten kuin unionin yleinen tuomioistuin on soveltanut sitä nyt käsiteltävässä asiassa

64. Unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisessa määräyksessä, että ”vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 263 artiklassa tarkoitettuja kannekelpoisia toimia ovat muodostaan riippumatta kaikki unionin toimielinten toteuttamat toimenpiteet, joilla pyritään saamaan aikaan sitovia oikeusvaikutuksia – SEUT 263 artiklassa määrätyn tuomioistuinten harjoittaman valvonnan ulkopuolelle jäävät sitä vastoin kaikki toimet, joilla ei ole *sitovia* oikeusvaikutuksia, kuten valmistelutoimet, vahvistavat toimet ja pelkät täytäntöönpanotoimet, *pelkät suositukset* ja lausunnot sekä lähtökohtaisesti sisäiset ohjeet – Oikeuskäytännön perusteella sitä, voiko toimella olla oikeusvaikutuksia ja voiko se siten olla SEUT 263 artiklassa tarkoitettuna kumoamiskanteen kohteena, on tutkittava sen sanamuodon ja asiayhteyden –, sisällön – sekä sen laatijan tarkoituksen perusteella”.³⁹

65. Unionin yleinen tuomioistuin sovelsi tämän jälkeen ERTA-testiä ainakin minun tietääkseni ensimmäistä kertaa suositukseen. Unionin yleinen tuomioistuin tutki sanamuodon, asiayhteyden, sisällön sekä laatijan tarkoituksen. Se totesi, että suosituksella ei ollut sitovia oikeusvaikutuksia niille, joille se oli osoitettu. Unionin yleinen tuomioistuin myönsi, että suosituksessa esitetyt periaatteet olivat hyvin yksityiskohtaisia. Se totesi kuitenkin, että ne eivät olleet ”pakottavia”, mikä ilmeni erityisesti suosituksen useimpien kieliversioiden ”kehoitus”-tyyppisestä sanamuodosta. Unionin yleinen tuomioistuin antoi näin ollen enemmän painoarvoa sanamuodolle kuin muille tekijöille ja totesi, että kanteen tutkittavaksi ottamista koskevat edellytykset eivät täyttyneet.

66. Kaiken kaikkiaan ratkaisevat osatekijät riidanalaista suositusta koskevassa unionin yleisen tuomioistuimen selvityksessä näyttävät olevan suosituksen *sitovien oikeusvaikutusten* puuttuminen, minkä ratkaisi komission *tarkoitus*, joka johdettiin ensisijaisesti toimen muodosta ja sen sanamuodosta.

3. ERTA-testin ongelmalliset osatekijät

67. ERTA-testi aiheuttaa joitain ongelmia, jos sitä tulkitaan ja sovelletaan tällä tavoin. Ongelmat voidaan jakaa kahteen ryhmään: ensinnäkin on olemassa testiin liittyviä *sisäisiä*, sen logiikkaan, edellytyksiin ja niiden väliseen yhteyteen liittyviä ongelmia, jotka tulevat esiin ehkä vielä selvemmin, kun sitä sovelletaan suositukseen. Toiseksi on ongelmia, joita voitaisiin kutsua *ulkoisiksi* ongelmiksi. Ne liittyvät siihen, että ERTA-testi, josta on ajan kuluessa tulossa tosiasiallisesti yhä suppeampi, ei ole enää unionin normatiivisen ympäristön kehityksen tahdissa. Maailmassa, jossa erilaiset soft law -toimet ovat itse asiassa huomattavasti lukuisampia ja merkittävämpiä kuin vuonna 1971, asiavaltuutta ja laillisuusvalvontaa koskevien edellytysten pitäisi muuttua tällaisen kehityksen mukana.

38 Ks. korkean viranomaisen toimien osalta jo tuomio 10.12.1957, Société des usines à tubes de la Sarre v. korkea viranomainen (1/57 ja 14/57, EU:C:1957:13).

39 Valituksenalaisen tuomion 16–18 kohta (kursivointi tässä).

a) Sisäiset ongelmat

68. Tässä yhteydessä tulee esiin kaksi osatekijää: välttämätön unionin toimen *sitovuus*, jotta sen laillisuutta voitaisiin valvoa (1), ja sen oikeusvaikutuksiin liittyvä laatijan *tarkoitus* (2).

1) Oikeusvaikutukset, sitovuus vai sitovat oikeusvaikutukset?

69. Tuomion ERTA 42 kohta⁴⁰ koski toimenpiteitä, joiden tarkoituksena ei ollut tuottaa *sitovia* oikeusvaikutuksia vaan ainoastaan tuottaa *oikeusvaikutuksia*. Sama näyttää koskevan ilmaisuja, joita käytetään muissa tuolloisissa kieliversioissa.⁴¹

70. Terminologian muutos pelkistä oikeusvaikutuksista ”*sitoviin* oikeusvaikutuksiin” ilmeni tämän jälkeisessä oikeuskäytännössä.⁴² Tämä suuntaus näyttää kehittyneen edelleen viime aikoina, koska unionin tuomioistuin asettaa nykyään unionin toimien laillisuusvalvontaa koskevan mahdollisuuden edellytykseksi sen, onko niillä *sitovia* oikeusvaikutuksia.⁴³

71. Myönnettäköön, että voitaisiin esittää, että huolimatta siitä, että on käytetty käsitettä ”oikeusvaikutukset”, yhteisöjen tuomioistuin itse asiassa tarkoitti tuomiossa ERTA ”sitovuutta”, vaikka tämä näkemys ei ole täysin vakuuttava, kun otetaan huomioon kyseisessä tapauksessa tarkastellun asiakirjan tyyppi (neuvoston pöytäkirja). Tällainen esitys voisi perustua erityisesti ETY 189 artiklan sanamuotoon, jossa jo tuolloin erotettiin toisistaan sitovat toimet (asetukset, direktiivit ja päätökset) ja ei-sitovat toimet (suositukset ja lausunnot).⁴⁴ Vaikka yhteisöjen tuomioistuin ei selvästi tarkastellut ETY 173 artiklaa ETY 189 artiklassa vahvistetun nimikkeistön valossa, on siis todennäköistä, että viimeksi mainittu määräys vaikutti testiin.

72. Oli miten oli, pitää myös paikkansa, että on varsin tuore ilmiö, että unionin tuomioistuin on yleisesti tiukentanut tulkintaansa supistamalla SEUT 263 artiklan soveltamisalaa siten, että se koskee vain toimia, joilla on *sitovia* oikeusvaikutuksia, eli laajentanut kyseisen määräyksen sanamuotoa, jossa puhutaan vain *oikeusvaikutuksista* (kolmansiin osapuoliin nähden). Koska oikeuskäytännössä ei ole käyty mitään selkeää keskustelua tästä erosta eikä varsinkaan ole näyttöä valistuneesta päätöksestä, joka olisi tehty suuntaan tai toiseen, voidaan kuitenkin pohtia, halusiko unionin tuomioistuin todellisuudessa tiukentaa ja supistaa sitä. On kuitenkin selvää, että sen enempää tuomion ERTA sanamuoto kuin logiikkakaan ei välttämättä edellyttänyt *sitovuutta* pelkkien *oikeusvaikutusten* lisäksi.

73. Tämä ei ole pelkkää sanaleikkiä. Sillä on huomattava käytännön merkitys, kuten ilmenee nyt käsiteltävästä asiasta. Voidaan keskustella siitä, mikä tarkalleen ottaen muodostaa *oikeusvaikutukset*. Käsite on kuitenkin selvästi varsin laaja, ja siihen kuuluvat kaikenlaiset vaikutukset lain, sen tulkinnan ja soveltamisen osalta. Sitä vastoin sitovat vaikutukset ja varsinkin sitovat *oikeusvaikutukset* edustavat huomattavasti suppeampaa ryhmää.

40 Edellä alaviite 31.

41 Ranskan kielellä ”qui visent à produire des effets de droit”, saksan kielellä ”Rechtswirkungen zu erzeugen”, italian kielellä ”che miri a produrre effetti giuridici” ja hollannin kielellä ”die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen”.

42 Ks. esim. määräys 17.5.1989, Italia v. komissio (151/88, EU:C:1989:201, 21 kohta). Ks. myös tuomio 5.10.1999, Alankomaat v. komissio (C-308/95, EU:C:1999:477, 30 kohta). Ks. kuitenkin pelkkien ”oikeusvaikutusten” osalta esim. tuomio 1.12.2005, Italia v. komissio (C-301/03, EU:C:2005:727, 22–24 kohta).

43 Ks. tuomio 13.10.2011, Deutsche Post ja Saksa v. komissio (C-463/10 P ja C-475/10 P, EU:C:2011:656, 36 kohta) ja tuomio 13.2.2014, Unkari v. komissio (C-31/13 P, EU:C:2014:70, 54 kohta).

44 Ks. tuomio 31.3.1971, komissio v. neuvosto (22/70, EU:C:1971:32, 39 kohta), luettuna yhdessä julkisasiamies Dutheillet de Lamothien asiassa komissio v. neuvosto antaman ratkaisuehdotuksen (22/70, ei julkaistu, EU:C:1971:23, s. 287) kanssa, kun siinä todettiin, että ”173 artikla ja 189 artikla muodostavat johdonmukaisen kokonaisuuden”. Ks. myös tuomio 23.4.1986, Les Verts v. parlamentti (294/83, EU:C:1986:166, 24 kohta).

74. Lain *sitovuus* liittyy perinteisesti pakkoon. Lain noudattamisen laiminlyönnistä saattaa seurata pakkokeinoja ja seuraamus. Tällaisen (täysin positivistisen⁴⁵) näkemyksen mukaan seuraamuksen olemassaolo on sitovuuden määrittävä osatekijä.

75. Kun jätetään teoreettiset keskustelut sivuun, on aivan selvää, että jos mittariksi pitäisi omaksua *sitovat oikeusvaikutukset*, useat toimet, joilla on todennäköisesti merkittäviä oikeusvaikutuksia adressaattien käyttäytymiseen mutta jotka eivät ole perinteisessä mielessä sitovia, koska ne eivät sisällä suoraa tai itsenäistä pakotusmekanismia, jäävät ERTA-testin ja viime kädessä SEUT 263 artiklan 1 kohdan perusteella valvonnan ulkopuolelle. Kuten jäljempänä havaitaan, tilanne on tällainen erityisesti nyt käsiteltävän suosituksen osalta.

2) Mikä on toimen laatijan tarkoituksen merkitys?

76. ERTA-testi, sellaisena kuin unionin yleinen tuomioistuin on sitä soveltanut, on toiseksi sisäisesti epäselvä: mikä on toimen laatijan tarkoituksen täsmällinen merkitys määritettäessä, onko toimella katsottava olevan (sitovia) oikeusvaikutuksia?

77. Tuomio ERTA samoin kuin SEUT 263 artiklan tämänhetkinen sanamuoto perustuvat toimen laatijan tarkoitukseen. Imperfektin käyttö [englanninkielisessä versiossa "was intended to"] viittaa siihen, että merkityksellistä on varmistaa laatijan *aikaisempi (historiallinen) subjektiivinen* tarkoitus, sellaisena kuin se ilmeni kyseisen toimen toteuttamishetkellä. Tällainen tulkinta olisi kiistatta myös niiden yleissääntöjen mukainen, joita sovelletaan kumoamiskanteisiin. Riidanalaisia unionin toimia on tällaisten kanteiden yhteydessä arvioitava niiden tosiseikkojen ja oikeudellisten seikkojen perusteella, jotka vallitsivat toimenpiteen toteuttamishetkellä.⁴⁶

78. Mikäli toimen laatijan tarkoituksen oletetaan aina olevan subjektiivinen aikaisempi tarkoitus, minkään suosituksen laillisuutta ei voitaisi käytännössä koskaan valvoa. Suosituksen luonteen ja vaikutusten arviointi päättyy nopeasti kehäpäätelmään. Koska komissiolla ei ollut tarkoitusta antaa sitovaa lainsäädäntöä, valittiin suositus. Koska komissio valitsi suosituksen, sen subjektiivisena tarkoituksena oli selvästi se, että kyseinen toimi ei olisi sitova. Koska tarkoitus on tällainen ja se on tosiasiallisesti vahvistettu toimen valinnalla, se ei voi koskaan olla sitova sisällöstään ja sanamuodostaan riippumatta, koska komissiolla ei ollut tarkoitusta antaa sitovaa lainsäädäntöä.

79. Tällä tavoin toimen valinta määrittää aina etukäteen toimenpiteen asiayhteyden ja tarkoituksen, mikä sen jälkeen todennäköisesti menee sen sisällön ja sanamuodon edelle.

b) Ulkoisia ongelmia

80. Näiden loogisten ongelmien lisäksi, joita liittyy unionin yleisen tuomioistuimen omaksuman ERTA-testin yhteyksiin, kun sitä sovelletaan suosituksiin, tällä testillä on mahdollisesti laajempia, ulkoisia haasteita. Tässä jaksossa käsitellään kahta niistä: ensinnäkin sellaiset erilaiset soft law -toimet ovat yleistyneet, jotka tarkalleen ottaen eivät ole sitovia mutta joilla on samaan aikaan oikeusvaikutuksia (1). Toiseksi suosituksilla on käytännössä todennäköisesti useita oikeusvaikutuksia, jotka ovat usein varsin merkittäviä sekä unionin tasolla että kansallisella tasolla (2).

⁴⁵ Tällä tavoin huomattavasti enemmän kelseniläisen kuin edellä siteeratulla tavalla hartilaisen näkemyksen mukaan, koska viimeksi mainittu on huomattavasti "sosiologisempi". Hart hyväksyi sen, että oikeussääntö voi olla sitova paitsi sen vuoksi, että se on annettu jonkin sellaisen sekundäärisen säännön mukaisesti, jossa todetaan, että säännön on oltava sitova, myös sen vuoksi, että ihmisryhmä hyväksyy kyseisen normin käyttäytymisstandardikseen, jolla luodaan sisäistä sosiaalista painetta ryhmän sisällä sen noudattamiseen – ks. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. painos (jälkikirjoituksineen), Clarendon Press, Oxford, 1997, V ja VI luku.

⁴⁶ Ks. esim. tuomio 7.2.1979, Ranska v. komissio (15/76 ja 16/76, EU:C:1979:29, 7 kohta) ja tuomio 29.4.2004, Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238, 39 kohta).

1) *Soft law* -toimien yleistyminen

81. Unionin oikeudessa (eikä ainoastaan siellä) on laaja valikoima erinimisiä ja -muotoisia toimia (suuntaviivat, tiedonannot, menettelytapaohjeet, muistiot, suositukset, lausunnot, toimielinten väliset sopimukset, päätelmät, toteamukset, julkilausumat jne.), joihin viitataan yleisluontoisesti ”soft law” -toimina. Niitä voidaan toteuttaa millä tahansa alalla päätöksentekomenettelyn kaikissa mahdollisissa vaiheissa, olipa kyseessä varhainen sidosryhmien etukäteiskuuleminen tai lainsäädäntötoimien täytäntöönpano päätöksenteon jälkeen. Näitä toimia voidaan siten toteuttaa yhtä hyvin ennen lainsäädännön antamista kuin lainsäädännön antamisen jälkeen.

82. On kenties kaksi osatekijää, joista vallitsee yleinen yhteisymmärrys, vaikka tällaisia soft law -toimia lähestytään muutoin hyvin eri tavoin: ensinnäkään soft law ei sovi kovin hyvin kaksijakoiseen mustavalkoiseen erotteluun sitovien ja ei-sitovien oikeusvaikutusten välillä. Toiseksi niiden määrä on lisääntynyt viimeisten muutaman vuosikymmenen aikana, ja niitä käytetään useammin kuin aikaisemmin.⁴⁷

83. Näin ollen soft law -toimien yleistymisestä ja niiden laillisuusvalvonnasta (tai laillisuusvalvonnan puuttumisesta) on keskusteltu paitsi oikeuskirjallisuudessa⁴⁸ myös unionin toimielimissä.⁴⁹

84. Lisäksi useiden jäsenvaltioiden ylimmät tuomioistuimet ovat viime vuosina yrittäneet käsitellä samaa ilmiötä kansallisella tasolla. Ne ovat laajentaneet laillisuusvalvontaa siten, että se sisältää toimet, jotka eivät ole varsinaisesti sitovia, jolloin ne ovat helpottaneet kumoamiskanteiden tutkittavaksi ottamista koskevia edellytyksiä varmistaakseen oikeuden tehokkaaseen oikeussuojaan.⁵⁰ Tilanne on tällainen esimerkiksi silloin, jos adressaatit voivat pitää riidanalaista toimea sitovana tiettyjen seikkojen perusteella, esimerkiksi siksi, että ne sisältävät kannustimia,⁵¹ tai siksi, että toimen laatijalla on toimivalta määrätä seuraamuksia,⁵² tai siksi, että sillä voi olla merkittäviä vaikutuksia adressaatille.⁵³ Sama pätee, itse asiassa paljon suuremmassakin määrin, common law -tuomioistuihin, jotka ovat olleet perinteisesti ei-sitovien toimien laillisuusvalvonnan osalta huomattavasti sallivampia kuin Manner-Euroopan tuomioistuimet. Esimerkiksi Irlannissa tuomioistuimet varmistavat perusoikeuksien suojelun silloinkin, jos riidanalainen toimenpide ei ole sitova eikä vaikuta konkreettisesti adressaattien oikeuksiin eikä velvoitteisiin.⁵⁴

47 Näin voidaan päätellä oikeuskirjallisuuden määrästä ja aiheeseen kohdistetusta mielenkiinnosta.

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

49 Ks. erityisesti Euroopan parlamentin tutkimus ”Checks and Balances of soft EU rule-making”, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens’ rights ja constitutional affairs, 2012 (PE 462.433), erityisesti s. 54–58.

50 Esim. Saksan Bundesverwaltungsgericht (liittovaltion ylin hallintotuomioistuin), tuomio 15.11.2010 – 19 BV 10.871 (joka koskee hallinnollisia soveltamisohjeita päästömäärien vahvistamisesta ympäristöasioissa).

51 Ks. Ruotsin ylin hallinto-oikeus, 24.5.1996, asia 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 Ks. esim. Belgian Conseil d’Etat’n (ylin hallintotuomioistuin) hallinnollisten soveltamisohjeiden osalta tuomio 237/674, 16.3.2017; ks. myös kannanotoista (prises de position) tai kertomuksista, joita ovat antaneet riippumattomat hallintoviranomaiset, joilla on toimivalta määrätä seuraamuksia, Ranskan Conseil d’Etat’n (ylin hallintotuomioistuin) tuomio 17.11.2010, Syndicat français des ostéopathes, nro 332 771, ja tuomio 11.10.2012, Société Casino Guichard-Perrachon, nro 357193.

53 Esim. Ruotsissa julkiset ja yksityiset elimet voivat riitauttaa hallintotoimen laillisuuden, jos ne ovat pitäneet sitä sitovana ja toimineet sen mukaisesti (ylin hallintotuomioistuin, 10.2.2004, asia 2696-03 (RA 2004 ref 8), joka koskee ”tietoja”, joilla on todennäköisesti tosiasiallisia vaikutuksia adressaatin henkilökohtaisen ja taloudelliseen tilanteeseen).

54 Ks. esim. kanteesta, joka on nostettu hallinnollisesta raportista suunnittelumenettelyjen yhteydessä, High Court, De Burca v. Wicklow County Manager (2009) IEHE 54; ks. myös Irish Competition Authorityn suuntaviivojen osalta High Court (ylempi piirituomioistuin, Irlanti), Law Society of Ireland v. Competition Authority (2006) 2 IR 262.

85. Lopuksi on syytä mainita tässä yhteydessä erikseen Ranskan Conseil d'Etat'n lähestymistapa ja käytäntö. Ensinnäkin Conseil d'Etat ikään kuin kartoitti maaperää kattavassa selvityksessä, jossa esitettiin muun muassa soft law -toimien määritelmä.⁵⁵ Toiseksi se myös nojautui viime vuonna kyseiseen tutkimukseen laatimalla uuden oikeudellisen testin, jossa keskityttiin taloudellisiin vaikutuksiin ja siihen, onko olemassa merkittävä vaikutus toimen adressaattien käyttäytymiseen.⁵⁶

86. Vaikuttaa siltä, että vaikka erilaiset soft law -toimet ovat erilaisia sekä kansallisella tasolla että unionin oikeuden tasolla, niissä kaikissa on sama keskeinen ominaisuus: ne eivät ole perinteisessä mielessä *sitovia*. Ne ovat yksi *epätäydellisen* normin muoto: niissä on yhtäältä selvästi normatiivista kunnianhimoa ohjata niitä, joille ne on osoitettu, noudattamaan toimia. Toisaalta niihin ei liity suoran pakottamisen keinoja. Niitä annetaan tavanomaisesti siinä vaiheessa, kun aloitetaan menettely, jossa kuullaan eri sidosryhmiä (alhaalta ylös -lähestymistapa), ja ne voivat sisältää ”mietoja velvoitteita” tai ”vahvoja kehotuksia”, jotka on muotoiltu ”pyynnöiksi”.

2) Suositukset: sitovuutta ei ole mutta oikeusvaikutuksia syntyy

87. Suositukset ovat yleensä tällaisen kuvauksen mukaisia. Perussopimuksissa suositukset määritellään vain negatiivisesti: ne eivät ole sitovia (SEUT 288 artikla). Tätä lukuun ottamatta suositusten käyttö ja niihin liittyvät käytännöt ovat moninaisia.⁵⁷ Niissä esitetään yleensä kehotuksia tietyn käyttäytymisen omaksumiseen taikka sellaisten menettelytapojen tai sääntöjen noudattamiseen, joita niiden laatija pitää tai laatijat pitävät asianmukaisina tavoitellun päämäärän kannalta.

88. Vaikka suosituksia selvästi kuvataan ei-sitoviksi, niillä voi kuitenkin olla huomattavia oikeusvaikutuksia siinä mielessä, että ne saavat aikaan tietynlaista käyttäytymistä ja niillä muutetaan normatiivista todellisuutta. Suositukset ovat omiaan vaikuttamaan niiden adressaattien ja kolmansien osapuolten oikeuksiin ja velvoitteisiin. Tässä jaksossa kuvataan muutamia esimerkkejä tällaisista vaikutuksista kahdella eri tasolla, jotka kuitenkin liittyvät toisiinsa, eli i) Euroopan unionissa ja ii) jäsenvaltioiden tasolla.

i) Unionin taso

89. Unionin tasolla voidaan korostaa suositusten kolmentyyppisiä oikeusvaikutuksia: i) luottamus ja perusteltu luottamus, ii) suositusten tulkinnallinen tehtävä ja iii) mahdollisuus luoda suosituksilla rinnakkaisia sääntökokonaisuuksia, joilla syrjäytetään lainsäädäntömenettely ja jotka siten vaikuttavat institutionaaliseen tasapainoon.

55 Se määritteli vuosikertomuksessaan 2013 soft law -toimet sarjaksi toimia, jotka täyttävät seuraavat kolme edellytystä: 1) niiden tavoitteena on oltava niiden adressaattien käyttäytymisen muuttaminen tai ohjaaminen niiden noudattamisen suuntaan; 2) niillä ei sinänsä luoda oikeuksia tai velvoitteita niille, joille ne on osoitettu; 3) ne edustavat sisältönsä ja rakenteensa perusteella sellaista formalisoinnin astetta ja rakennetta, joiden vuoksi ne näyttävät enemmän lain säännöksiltä (Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2013 – Le droit souple*, La Documentation française, 2013, s. 61–63).

56 Conseil d'Etat, tuomio 21.3.2016, Numericable, nro 390023, ja tuomio 21.3.2016, Société Fairvesta International GmbH, nro 368082, joista ensimmäinen koski Ranskan kilpailuviranomaisen kannanottoa ja jälkimmäinen Ranskan rahoitusmarkkinaviranomaisen lehdistötietoita.

57 Ks. varhaisista, nytemmin klassikoiksi muodostuneista kirjoituksista esim. Morand, C., ”Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire”, *Cahiers de droit européen*, 1970, s. 523; Soldatos, P., Vandersanden, G., ”La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne”, teoksessa De Ripaindel-Landy, D. ym., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bryssel, 1976, s. 94.

90. Jos ensinnäkin unionin toimielin antaa suosituksia siitä, miten muiden oletetaan käyttäytyvän, on kenties kohtuullista olettaa, että mikäli asia tulee ajankohtaiseksi, kyseisen toimielimen voidaan olettaa noudattavan samaa suositusta omana käytäntönään ja menettelytapanaan. Tästä näkökulmasta tällä tavoin synnytetty perusteltu luottamus vastaa tosiasiallisesti muuntyyppisiä soft law -toimia, joita unionin toimielimet tai elimet toteuttavat ja joita pidetään niiden oman harkintavallan käytön (itse annettuna) rajoituksena tulevaisuudessa.⁵⁸

91. Toiseksi suosituksia todennäköisesti käytetään oikeudellisessa tulkinnassa, erityisesti sitovaan lainsäädäntöön sisältyvien määrittelemättömien oikeudellisten käsitteiden merkityksen määrittelemiseksi. Tämä pätee erityisesti (mutta ei varmasti yksinomaan) lainsäädännön antamisen jälkeen annettaviin suosituksiin, joita ei anneta yksinomaan SEUT 292 artiklan nojalla vaan johdetun oikeuden toimen perusteella erityisesti siinä käytettyjen oikeudellisten käsitteiden havainnollistamiseksi. Myös lainsäädännön antamista edeltävät suositukset voivat kuitenkin täyttää saman tehtävän joko perussopimuksissa määrittelemättömien oikeudellisten käsitteiden osalta tai jonkin toisen sellaisen lainsäädäntötoimen tulkintaa varten, joka on sisällöllisesti päällekkäinen kyseisen suosituksen kanssa. Tällä tavalla molemmat suositustyyppit voivat täydentää sitovaa lainsäädäntöä.

92. Yhteisöjen tuomioistuin on kolmanneksi jo selittänyt tuomiossa Grimaldi olosuhteita, joissa suosituksia voidaan antaa: yhteisön toimielimet antavat yleensä niitä, jos niillä ”ei ole perustamissopimuksen nojalla valtaa antaa sitovia säädöksiä tai jos ne katsovat, ettei ole tarpeen antaa sitovampia sääntöjä”.⁵⁹

93. Se, mikä on ehkä suositusten suurin vahvuus, saattaa olla siis niihin liittyvä suurin vaara. Niitä saatettaisiin käyttää enemmän kuin vain toimina, joilla edistetään poliittisia toimia, jotka ovat poliittisesti (konsensuksen puuttuminen) tai oikeudellisesti (tätä koskevien erityistoimivallan puuttuminen) umpikujassa. Niitä voitaisiin myös mahdollisesti käyttää keinona samojen lainsäädäntömenettelyjen kiertämiseen.

94. Tästä aiheutuu kahdentyyppistä eli lyhyen ja pitkän aikavälin syrjäyttämistä. Välitön ongelma, joka liittyy siihen, että sivuutetaan muut toimielimet, jotka normaalisti osallistuvat lainsäädäntömenettelyyn, on jo tunnustettu, ja sitä on käsitelty.⁶⁰ On näin ollen selvää, että suositus voi vaikuttaa toimielinten väliseen tasapainoon⁶¹ ja siten myös toimivallan jakoon unionin sisällä. Jos suositukset jätettäisiin laillisuusvalvonnan ulkopuolelle pelkästään sillä perusteella, että ne eivät ole sitovia, toimielinten välisen tasapainon periaatetta ei voitaisi kuitenkaan koskaan valvoa.⁶²

58 Ks. tuomio 29.9.2011, Arkema v. komissio (C-520/09 P, EU:C:2011:619, 88 kohta) ja tuomio 28.6.2005, Dansk Rørindustri ym. v. komissio (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P ja C-213/02 P, EU:C:2005:408, 209–211 kohta). Ks. kuitenkin monisävyisemmästä lähestymistavasta tiedonannoista kilpailuoikeuden alalla tuomio 13.12.2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, 29 kohta).

59 Tuomio 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, 14 kohta).

60 Parempaa lainsäädäntöä koskevassa aloitteessa on korostettu soft law -toimien tätä ongelmallista ulottuvuutta. Ks. erityisesti puitesopimus Euroopan parlamentin ja Euroopan komission välisistä suhteista (EUVL 2010, L 304, s. 47). Sen 43 kohdassa todetaan erityisesti seuraavaa: ”Komissio käyttää tarvittaessa ja asianmukaisesti perustelluissa tapauksissa ei-sitovaa lainsäädäntöä niillä aloilla, joilla parlamentti yleensä osallistuu lainsäädäntömenettelyyn, annettuaan ensin parlamentille mahdollisuuden ilmaista näkemyksensä. Komissio antaa parlamentille yksityiskohtaisen selvityksen siitä, kuinka sen näkemykset on otettu huomioon ehdotusta hyväksyttäessä.”

61 Muistutettakoon, että annetun toimivallan periaate ja toimielinten välinen tasapaino olivat perusteena yhteisöjen tuomioistuimen tuomiolle 23.4.1986, Les Verts v. parlamentti (294/83, EU:C:1986:166, 25 kohta).

62 Tämä sattuu olemaan perustelu, jonka valittaja on esittänyt toisessa valitusperusteessaan. Tietystä näkökulmasta pitää paikkansa, että kun kumoamiskanteen tutkittavaksi ottamisen edellytykseksi asetetaan sitovien oikeusvaikutusten olemassaolo (eikä pelkästään oikeusvaikutusten olemassaolo), sillä estetään sen varmistaminen, että riidanalaisen toimen laatija on toiminut toimivaltansa mukaisesti. Tämän jälkeen tulee esiin se ongelma, voidaanko soft law -toimia, mukaan lukien suositus, antaa vain unionille ja kyseiselle toimielimelle annetun toimivallan perusteella. Tämä on kuitenkin tietynlainen kehäpäätelmä, koska tällaisia sitovia oikeusvaikutuksia ei ole, minkä vuoksi niiden laillisuusvalvonta kumoamiskanteen avulla ei ole mahdollista.

95. On kuitenkin toisenkin tyyppinen syrjäyttäminen, jollainen todennäköisesti esiintyy erityisesti lainsäädännön antamista edeltävissä suosituksissa: mahdollisuus antaa normeja ennen varsinaista lainsäädäntömenettelyä, mikä saattaa jopa merkitä yksipuolista lainsäädäntömenettelyn syrjäyttämistä. On kiistatonta, että suosituksella pyritään saamaan ne, joille se on osoitettu, noudattamaan sitä. Jos tässä onnistutaan edes osittain, sillä muotoillaan ajateltavissa olevia (hyväksyttäviä) normatiivisia ratkaisuja tulevaisuutta varten. Jos suosituksen perusteella useat unionin toimielimet tai jäsenvaltiot noudattavat jo ratkaisua, nämä toimijat luonnollisesti edistävät mahdollisessa myöhemmässä lainsäädäntömenettelyssä lainsäädännöllistä ratkaisua, jonka ne ovat jo omaksuneet. Tällä tavoin tämän päivän soft law -toimista tulee huomisen lainsäädäntöä.

ii) Jäsenvaltioiden taso

96. Suosituksista aiheutuu ainakin kolmentyyppisiä oikeusvaikutuksia jäsenvaltioiden tasolla. Niiden täsmällinen ulottuvuus riippuu siitä, miten pitkälle lojaalin ja vilpittömän yhteistyön periaatetta laajennetaan suositusten yhteydessä.

97. Ensimmäinen ja tärkein suosituksia koskevien velvoitteiden tyyppi, jonka unionin tuomioistuin on tähän mennessä todennut, on kansallisten tuomioistuinten velvoite ottaa ne huomioon tulkittessaan näiden säännösten täytäntöönpanemiseksi annettua kansallista lainsäädäntöä. On täysin selvää, että suosituksilla ei sellaisenaan voida luoda oikeuksia, joihin yksityiset voisivat nojautua kansallisessa tuomioistuimessa.⁶³ Yhteisöjen tuomioistuin lisäsi kuitenkin tuomiossa Grimaldi myös, että suositusten ei ”voida kuitenkaan katsoa olevan vailla minkäänlaisia oikeusvaikutuksia. Kansallisten tuomioistuinten on otettava huomioon suositukset ratkaistessaan niiden käsiteltäviksi saatettuja asioita erityisesti silloin, kun niissä selvennetään suositusten toteuttamiseksi annettujen kansallisten säädösten tulkintaa tai kun niiden tarkoituksena on täydentää yhteisön sitovia säädöksiä”.⁶⁴

98. Huomautettakoon, että tähän mennessä unionin tuomioistuin on tunnustanut tällaiset *tulkinnalliset oikeusvaikutukset* vain suositusten osalta ja siten erottanut ne muista ei-sitovista unionin toimista.⁶⁵

99. Mitä tarkalleen ottaen tarkoittaa *velvollisuus ottaa huomioon*? Tästä on olemassa useita mahdollisia tulkintoja. Kirjon yksi mahdollinen ääripää on se, merkitsisikö se tuomion Von Colson⁶⁶ kaltaista yhdenmukaisen tulkinnan velvollisuutta. Tuomiossa omaksutun sanamuodon perusteella vaikuttaa siltä, että yhteisöjen tuomioistuimen tarkoituksena ei kenties ollut mennä niin pitkälle, että kansallisille tuomioistuimille asetettaisiin velvollisuus tulkita kansallista lainsäädäntöä suositusten mukaisesti.⁶⁷ Toisessa kuvittelussa ääripäässä ”huomioon ottaminen” voisi tarkoittaa myös ”tarkastelemista”, minkä jälkeen se voitaisiin sivuuttaa kokonaan.

63 Ks. tuomio 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, 16 kohta). Ks. myös tuomio 21.1.1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, 18 kohta); tuomio 11.9.2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, 41 kohta) ja tuomio 18.3.2010, Alassini ym. (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, 40 kohta).

64 Tuomio 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, 18 kohta).

65 Unionin tuomioistuin on muun muassa kieltäytynyt tunnustamasta komission tiedonannoille oikeusvaikutuksia (tuomio 13.12.2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, 31 kohta).

66 Tuomio 10.4.1984, von Colson ja Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 Kuten on myöhemmin kehitelty ja todettu vakiintuneesti esimerkiksi tuomiossa 5.10.2004, Pfeiffer ym. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 114 ja 115 kohta); tuomiossa 4.7.2006, Adeneler ym. (C-212/04, EU:C:2006:443, 108 ja 109 kohta) ja tuomio 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, 99–101 kohta).

100. Teoriassa voisi olla olemassa myös ääripäiden väliin sijoittuva näkemys: kansallisen viranomaisen ainakin *edellytetään perustelevan kantansa*, kun se poikkeaa suosituksesta, ilman että sillä olisi tiukkaa velvollisuutta tulkita kansallista lainsäädäntöä sen mukaisesti. Tämä näkemys on esitetty aikaisemmin toisentyypisestä soft law -toimesta.⁶⁸ On mahdollista ymmärtää, miksi näennäisesti ääripäiden välimaastoon sijoittuva näkemys saattaisi houkutella: vaikka unionin tuomioistuin on tähän mennessä asettanut tällaisen velvollisuuden vain sellaisten sisäisissä toimissa tai suuntaviivoissa vahvistettujen toimintasääntöjen laatijalle, joilla on ulkoisia vaikutuksia,⁶⁹ ei voida poissulkea sitä, että kyseistä oikeuskäytäntöä voitaisiin yhtä hyvin soveltaa suosituksiin, jotka ovat tunnustetusti soft law -toimien kehittyneempi ja jalostuneempi muoto, koska ne ovat yksi SEUT 288 artiklassa mainituista ”tyypillisistä” toimista ja koska kansallisten tuomioistuinten on otettava ne huomioon.⁷⁰

101. Miksi tällaista näkemystä kutsutaan näennäisesti ääripäiden välimaastoon sijoittuvaksi? Pelkästään siitä syystä, että velvollisuus perustella, miksi tuomioistuin poikkeaa tietystä lähteestä, merkitsee väistämättä sitä, että tämä lähde on *sitova*. Tuomioistuin on velvollinen perustelemaan vain poikkeamisen *pakollisista* lähteistä.⁷¹ Jos siis ”velvollisuutta ottaa huomioon” pitäisi tulkita siten, että siinä asetetaan kansallisille tuomioistuimille velvollisuus perustella ja selittää, miksi ne eivät noudattaneet suositusta, se merkitsisi eo ipso, että tällaisilla suosituksilla ei ole ainoastaan ”jotain oikeusvaikutuksia” vaan että ne ovat tosiasiallisesti sitovia.

102. Mitkä ovat toiseksi kansallisten viranomaisten täsmälliset tehtävät suosituksen perusteella? Kun SEU 4 artiklan 3 kohdan sanamuodossa vahvistetaan velvoite lojaaliin ja vilpittömään yhteistyöhön unionissa, se kiistatta on hyvin kattava ja mahdollisesti kauas kantava. Voitaisiin esittää, että koska kyseisessä määräyksessä viitataan vain ”velvoitteisiin” ja koska suositukset ovat SEUT 288 artiklan nojalla ”ei-sitovia”, niillä ei määritelmän mukaisesti voida luoda velvoitteita, eivätkä ne siten kuulu lainkaan SEU 4 artiklan 3 kohdan soveltamisalaan.

103. Mielestäni tällainen tulkinta SEU 4 artiklan 3 kohdasta ei olisi aidosti sen tulkintalinjan mukainen, jonka unionin tuomioistuin on jo jonkin aikaa sitten omaksunut tästä määräyksestä. Vilpittömän ja lojaalin yhteistyön velvoitetta sovelletaan yleensä periaatetasolla, ei välttämättä siten, että aina kiinnitettäisiin huomio johonkin konkreettiseen ja erityiseen määräykseen tai erilliseen lailliseen velvoitteeseen.⁷²

104. Vaikka oletettaisiin, että suosituksen täytäntöönpanoon ei ole *positiivista* velvoitetta, voidaanko sanoa samaa jäsenvaltioiden mahdollisista ”lievemmistä” velvoitteista, kuten suosituksen ottamisesta huomioon, kun annetaan lainsäädäntöä tietyllä alalla? Tämä vaikutus saattaa ehkä olla näkyvämpi lainsäädännön jälkeen annettavien suositusten osalta, sillä niitä käytetään selventämään sitovan lainsäädännön oikeudellisia käsitteitä. Eikö voitaisi odottaa, että kun jäsenvaltio panee täytäntöön unionin lainsäädännön alkuperäisen säädöksen, johon lainsäädännön jälkeen annettava suositus jollain tavoin ”liitetään”, se panee sen täytäntöön suosituksessa tarkemmin selvennetyllä tavalla? Jos ei, mihin suositusta silloin tarvitaan? Jos kyllä, suosituksen merkittäviä ja tosiasiallisia oikeusvaikutuksia tuskin voidaan kiistää.

68 Ks. julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus asiassa Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, 38 ja 39 kohta), jonka mukaan kansallisten viranomaisten ja tuomioistuinten on otettava asianmukaisesti huomioon komission kilpailupoliittiset tiedonannot. Tämä merkitsi erityisesti kyseisessä yksittäistapauksessa, että näiden viranomaisten ja tuomioistuinten on tutustuttava tiedonannossa esitettyyn komission arvioon siitä, mikä on tuntuva kilpailunrajoitus, ja poiketessaan siitä ilmoitettava perusteet, jotka voidaan riitauttaa tuomioistuimissa.

69 Ks. tuomio 28.6.2005, Dansk Rørindustri ym. v. komissio (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P ja C-213/02 P, EU:C:2005:408, 209–211 kohta) ja tuomio 29.9.2011, Arkema v. komissio (C-520/09 P, EU:C:2011:619, 88 kohta).

70 Ks. tuomio 13.12.2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, 26 kohta).

71 Toisin kuin luvalliset tai suostuttelevat lähteet – ks. esim. Peczenik, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, s. 319 ja sitä seuraavat sivut.

72 Ks. vastaavasti siitä, miten lojaalia yhteistyötä on käytetty luomaan välittömän vaikutuksen yhteydessä velvoitteita, jäsenvaltion vastuu unionin oikeuden rikkomisesta tai seuraamuksia (esim. tuomio 16.12.1976, Comet, 45/76, EU:C:1976:191, 12 kohta; tuomio 2.2.1977, Amsterdam Bulb, 50/76, EU:C:1977:13, 32 kohta, ja tuomio 19.11.1991, Francovich ym., C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428, 36 kohta).

105. Voitaisiin kuitenkin varmasti todeta, että täytäntöönpanovelvollisuutta ei ole, koska sen laiminlyönnistä ei ole olemassa erillistä ja itsenäistä seuraamusta. Vaikka jätetään huomiotta hieman formalistinen tulkinta ”välittömästä” seuraamuksesta, joka on *sitovuuden* keskeinen ja määrittävä ominaisuus,⁷³ mitä on sanottava mahdollisista *negatiivisista* velvollisuuksista, joita jäsenvaltioille kuuluu suositusten osalta? Tässä vaiheessa tämä perustuu varmasti arvailuihin eikä voimassa olevaan lainsäädäntöön, mutta jos direktiivien estävä vaikutus kohdistuu ajanjaksoon, joka edeltää niiden täytäntöönpanoajanjakson päättymistä, eikä jäsenvaltio saa tämän ajanjakson aikana toteuttaa toimenpidettä, joka olisi omiaan vaarantamaan vakavalla tavalla direktiivissä kuvatus lopputuloksen,⁷⁴ voisiko olla niin, että sama logiikka ei olisi sovellettavissa suositukseen?

106. Kolmanneksi ja lopuksi on pohdittava seuraavaa: millaisia oikeusvaikutuksia suosituksista voisi aiheutua kansallisten oikeussääntöjen ja menettelyjen yhteydessä? Yhteisöjen tuomioistuin selvensi tuomiossa Grimaldi, että ennakkoratkaisupyyntö voitiin tehdä suosituksen tulkinnasta.⁷⁵ Jää vielä pohdittavaksi, voisiko kansallinen tuomioistuin pyytää unionin tuomioistuinta arvioimaan suosituksen pätevyyttä. Minun tietääkseni tällaista tapausta ei ole tähän mennessä koskaan ollut käsiteltävänä, mutta vaikuttaa siltä, että yhteisöjen tuomioistuin vahvisti tuomiossa Grimaldi, että tällaisen pyynnön esittäminen olisi mahdollista.⁷⁶

107. Vaikuttaa siis siltä, että yhteisöjen tuomioistuin on selvästi ennakoinut, että suosituksella on oikeusvaikutuksia kansallisella tasolla. Se on kaiken kaikkiaan tarkoitus ottaa huomioon jäsenvaltioissa riippumatta siitä, mitä se täsmälleen tarkoittaa. Lisättäköön vielä, että aikaisemmin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on todettu useita ei-sitovia unionin toimia, joilla on ollut vaikutuksia kansallisella tasolla, ja itse asiassa valvottu niiden laillisuutta ennakkoratkaisumenettelyssä, kuten äskettäin Euroopan keskuspankin lehdistötiedotteen osalta.⁷⁷

108. Siten suosituksesta, samalla tavoin kuin muista unionin oikeuden toimista, jotka vaikuttavat ei-sitovilta, voidaan esittää sekä tulkintaa että pätevyyttä koskeva ennakkoratkaisupyyntö. Mielestäni tilanne tuskin voisi olla toisin kokonaisvaltaisessa oikeussuojajärjestelmässä.⁷⁸ Suositusten tausta-ajatuksena on kannustaminen niiden noudattamiseen. Ajatellaan jäsenvaltiota, joka on toiminut vilpittömässä mielessä ja vilpittömän ja lojaalin yhteistyön hengessä ja saattanut suosituksen osaksi kansallista lainsäädäntöään. Kyseinen jäsenvaltio on vahvistanut kansallisella lainsäädäntötoimella yksityisille velvoitteita kansallisella tasolla. Mikäli kansallinen lainsäädäntö nyt riitautetaan kansallisissa tuomioistuimissa, olisi hieman omituista evätä kansallisen lainsäädännön aineellisena perustana olevan unionin suosituksen laillisuusvalvonta⁷⁹ sillä hieman formalistisella verukkeella, että velvoitteiden taustalla oli kansallinen lainsäädäntö eikä unionin oikeuden toimi ja että jäsenvaltio menetteli näin vain omasta tahdostaan.

73 Kuten edellä esitettiin (alaviite 45), tällainen suppea näkemys ei ole vallitseva edes positivistisen oikeusteorian lukuisissa muunnelmissa. Lisäksi tällainen tulkinta on hyvin kaukana tosiasiallisesta tilanteesta, joka liittyy siihen, miten ne, joille on esittänyt ”ei-sitovia toiveita” *yksi ja sama* sääntelyvallan käyttäjä, joka voi myös seuraavana päivänä antaa sitovaa lainsäädäntöä ja määrätä seuraamuksia samalla tai siihen liittyvällä alalla, ymmärtävät ja kokevat nämä toiveet. Muistutettakoon, että tällainen logiikka on johtanut siihen, että jotkin ylemmät kansalliset tuomioistuimet ovat ottaneet tällaisten sääntelyvallan käyttäjien ”ei-sitovat toimet” laillisuusvalvonnan piiriin (ks. edellä alaviite 52).

74 Alkaen tuomiosta 18.12.1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

75 ”Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan se, että yhteisön oikeuden toimella ei ole sitovaa vaikutusta, ei estä yhteisöjen tuomioistuinta antamasta ratkaisua sen tulkinnasta 177 artiklan mukaisessa ennakkoratkaisumenettelyssä” (tuomio 13.12.1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, 9 kohta ja tuomio 21.1.1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, 18 kohta oikeustapausviittauksineen).

76 ”– toisin kuin ETY:n perustamissopimuksen 173 artiklassa, jossa suljetaan pois yhteisöjen tuomioistuimen valta tutkia suositusluonteisten toimien laillisuus, 177 artiklassa annetaan yhteisöjen tuomioistuimelle toimivalta antaa ennakkoratkaisu yhteisön toimielinten kaikkien toimien pätevydestä ja tulkinnasta ilman poikkeuksia” – tuomio 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, 8 kohta) – kursivointi tässä.

77 Tuomio 16.6.2015, Gauweiler ym. (C-62/14, EU:C:2015:400). Unionin tuomioistuin ei tutkinut lehdistötiedotteesta nostetun kanteen tutkittavaksi ottamista koskevien edellytysten täyttymistä sellaisenaan. Ks. kuitenkin julkisasiamies Cruz Villalón ratkaisuehdotus asiassa Gauweiler ym. (C-62/14, EU:C:2015:7, 70 ja sitä seuraavat kohdat).

78 Ks. esim. tuomio 23.4.1986, Les Verts v. parlamentti (294/83, EU:C:1986:166, 23 kohta) ja tuomio 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, 66 kohta).

79 Erityisesti tapauksissa, joissa kansallista täytäntöönpanoa koskeva riitautus kansallisella tasolla vain heijastaa suositusta itseään koskevaa samaa mahdollista ongelmaa – ks. tässä yhteydessä analogisesti tuomio 22.6.2010, Melki ja Abdeli (C-188/10 ja C-189/10, EU:C:2010:363, 54 ja 55 kohta).

4. Takaisin juurille: tuomio ERTA ja oikeusvaikutukset

109. Edellisen jakson yksityiskohtaisella käsittelyllä oli kaksi tarkoitusta: ensinnäkin osoittaa ERTA-testin (sellaisena kuin miksi sitä on asteittain muutettu) ongelmat, joita aiheutuu, kun sitä sovelletaan suosituksiin (mutta mielestäni laajemmin myös silloin, kun sitä sovelletaan muihin soft law -toimiin), ja toiseksi osoittaa, että vaikka suosituksilla ei ehkä ole sitovaa vaikutusta sanan perinteisessä ja varsin suppeassa merkityksessä, niillä saattaa olla merkittäviä oikeusvaikutuksia sekä unionin tasolla että kansallisella tasolla.

110. Katson näin ollen, että ERTA-testi, sellaisena kuin unionin yleinen tuomioistuin on sitä soveltanut, tarvitsee hieman mukautusta. Ehdotukseni on tässä yhteydessä varsin yksinkertainen: testin pitäisi palata alkulähteilleen, ERTA-tuomioon, ja myös SEUT 263 artiklan 1 kohdan sanamuotoon. Näissä molemmissa viitataan ”oikeusvaikutuksiin” eikä ”sitoviin oikeusvaikutuksiin”. Sekä joen rantaa että oikeuskäytäntöä on toisinaan tarpeen ruopata vuosien varrella kertyneestä (sanallisesta) sakasta, jonka takia lainsäädännössä navigointi on mahdotonta.

111. Tällainen mukautus ei ole sellainen vallankumous, miltä se ensi arviolta vaikuttaa. Arvioitaessa sitä, onko unionin oikeuden toimella oikeusvaikutuksia niille, joille se on osoitettu, ja/tai kolmansille osapuolille, testin perusta pysyisi samana: arvioinnin kohteena ovat riidanalaisen toimen sanamuoto, asiayhteys ja tarkoitus. Tarvitaan kuitenkin kaksi selvennystä tapaan, jolla testiä on sovellettava: ensinnäkin on arvioitava vain oikeusvaikutusten olemassaoloa, ei sitovia oikeusvaikutuksia. Toiseksi testin sisällä korostettaisiin toimenpiteen sisältöä ja asiayhteyttä, ei pelkkää sanamuotoa.

112. Kuten edellisessä jaksossa jo selitin, sitovien ja ei-sitovien oikeusvaikutusten kahtiajaolla ei ole juurikaan analyttistä käyttöä soft law -toimien yhteydessä. Jos sitovien vaikutusten olemassaolon edellytyksenä on suora täytäntöönpanomekanismi ja pakko, silloin soft law -toimet eivät määritelmän mukaan ole koskaan sitovia riippumatta niiden sisältämistä säännöistä.

113. Sen sijaan arvioitaessa, voiko aiheutua oikeusvaikutuksia eli voidaanko vaikuttaa adressaatin oikeudelliseen tilanteeseen, pitäisi keskittyä eri asiaan: voisinko minä järkevänä adressaattina päätellä suosituksen tai laajemmin ajatellen soft law -toimen sisällöstä, tarkoituksesta, kokonaisrakenteesta ja yleisestä asiayhteydestä, että minun oletetaan tekevän jotain? Muuttaisinko todennäköisesti käyttäytymistäni sen mukaisesti tai onko toimi omiaan vaikuttamaan minun oikeusasemaani?

114. Kun seuraavaksi tarkastellaan säännösten tulkinnan kolmea perinteistä osatekijää eli sanamuodon mukaista, asiayhteyteen perustuvaa ja tarkoitukseen perustuvaa tulkintaa, suositusta tai muita soft law -toimia arvioitaessa toimen sanamuoto (erityisesti nimitys ja sanatarkka muoto) ei saa olla etusijalla sen sisältöön, asiayhteyteen ja tarkoitukseen nähden sen arvioinnin yhteydessä. Sanamuodon pitäisi jopa perusolemukseltaan olla pikemminkin toissijainen verrattuna sisällön osatekijöihin tutkittavaksi ottamisen edellytysten yhteydessä. Jos tilanne olisi toinen, ”kehottava” sanamuoto johtaisi välttämättä siihen, ettei laillisuusvalvonta ole mahdollinen. Se merkitsisi itse asiassa sitä, että muoto olisi ensisijainen sisältöön nähden ja että näin ollen minkään sellaisten suositusten laillisuutta ei voitaisi koskaan valvoa, joissa käytetään ”kannustamiseen” liittyvää sanastoa. Siten hienovaraisempaa painoarvoa pitäisi kenties antaa logiikalle, sisällölle, asiayhteydelle ja tarkoitukselle.

115. Tällaisen asiayhteyden ja tarkoituksen arvioinnin sisällä kolmella tekijällä näyttää olevan merkitystä määritettäessä, aiheutuuko unionin toimesta todennäköisesti oikeusvaikutuksia ja voidaanko kohtuudella odottaa, että sitä noudatetaan.

116. Ensimmäinen tekijä, joka pitäisi ottaa huomioon, on toimenpiteen *virallisuuden* aste (onko unionin toimenpide oikeudellisen toimen muodossa?) ja *lopullisuus* (onko se toteutettu menettelyn lopuksi, kuulemisen kulminaatiopisteenä, vai yleisemmin ”soft law” -menettelyn yhteydessä?). Toisin sanoen ja kun molempia tarkastellaan yhdessä, vaikuttaako kyseinen unionin toimi pikemminkin viimeistellyltä lainsäädäntötoimelta?

117. Mahdollisesti kannekelpoisen toimen on vaikutettava muodoltaan oikeudelliselta tekstiltä, jotta sillä voidaan kohtuudella ajatella olevan oikeusvaikutuksia. Tältä osin toimi vaikuttaa oikeudelliselta toimelta, jos se on esimerkiksi jaettu artikloihin tai ainakin jaksoihin tai jos se on julkaistu Euroopan unionin virallisessa lehdessä (varsinkin jos se on julkaistu L-sarjassa, jossa lainsäädäntö edellytetään julkaistavan).

118. Valmistelutoimet eivät todennäköisesti täytä lopullisuutta koskevaa edellytystä. Sama logiikka pätee jo valmistelutoimiin unionin päätöksentekomenettelyn yhteydessä.⁸⁰ Sen pitäisi sitä suuremmalla syyllä koskea myös soft law -toimien laatimismenettelyjä. Tällainen valmistelutoimien sulkeminen laillisuusvalvonnan ulkopuolelle vaikuttaa erityisen tärkeältä soft law -toimien asiayhteydessä, jos kuulemismenettely saattaa johtaa useisiin toimiin.

119. Toinen tekijä liittyy riidanalaisen toimen sisältöön ja yleiseen tarkoitukseen: miten täsmällisiä ovat siihen sisältyvät ”velvollisuudet”? Mikä on yleinen tarkoitus? Mitä yleisempiä ja abstraktimpia unionin toimet ovat, sitä epätodennäköisempää on, että ne, joille toimet on osoitettu, noudattavat niitä konkreettisella, erityisellä tavalla. Jos toisaalta unionin toimeen sisältyy useita erityisiä ja täsmällisiä sitoumuksia, tällä osatekijällä on varmasti merkitystä. Jos toimella on lisäksi selkeä yhdenmukaistamistarkoitus, on vielä todennäköisempää, että sillä katsotaan olevan oikeusvaikutuksia.

120. Kolmas tekijä liittyy täytäntöönpanoon. Sisältääkö toimenpide selkeitä ja erityisiä sen noudattamista, täytäntöönpanoa tai seuraamusta koskevia mekanismeja? Tällä ei tietenkään tarkoiteta vain *välitöntä* täytäntöönpanoa, joka on epätodennäköistä, vaan *välillisiä* mekanismeja tai välillistä täytäntöönpanoa, joka voi olla sekä rakenteellista että institutionaalista.

121. *Rakenteellisiin* valvontamekanismeihin voisi kuulua useita välillisiä mekanismeja, kuten raportointi, ilmoitukset, seuranta ja valvonta. Myös vertaisryhmältä tulevaan paineeseen liittyvillä tekijöillä, kuten suorituksia mittaavien taulukoiden julkaisemisella, selvityksillä, joissa asianomaiset nimetään julkisesti ja nolataan, ja niin edelleen, saattaisi olla merkitystä.

122. Myös *institutionaalisella* osatekijällä on merkitystä: mikä toimielin toteutti kyseisen toimen? Onko se sama toimielin kuin se, joka kykenee tähän liittyvillä tai jopa samoilla sääntelyn aloilla määräämään seuraamuksia samoille tahoille, jolle toimi on osoitettu?⁸¹ Jos näin tosiaan on, on todennäköistä, että riidanalaisista toimea tosiasiallisesti noudatetaan.

5. Testin soveltaminen nyt käsiteltävään asiaan

123. Kun riidanalaisista suositusta tarkastellaan tällaisesta näkökulmasta, minun on pääteltävä, että suosituksessa mennään kaiken kaikkiaan huomattavasti pidemmälle kuin voitaisiin odottaa asiakirjalta, jossa vain suositellaan tiettyjä *periaatteita*. Tässä yksittäistapauksessa voidaan tosiaankin väittää, että suosituksella on väistämättä oikeusvaikutuksia ja että järkevät adressaatit todennäköisesti muuttavat käyttäytymistään noudattaakseen suositusta ainakin osittain.

124. Jos sisältö on asetettava ensisijaiseksi toimen muodolliseen nimitykseen nähden sen todellista luonnetta arvioitaessa, silloin on asiakirjan muodollisen nimityksen sivuuttamisen jälkeen tutkittava, mikä asiakirja näyttää olevan sanamuotonsa, sisältönsä, asiayhteytensä ja tarkoituksensa perusteella.

⁸⁰ Tuomio 12.9.2006, Reynolds Tobacco ym. v. komissio (C-131/03 P, EU:C:2006:541, 55 kohta oikeustapausviittauksineen).

⁸¹ Ks. myös yllä alaviite 73.

125. Kun tarkastellaan aluksi suosituksen kokonaisvaltaista tarkoitusta, sen johdanto-osan perustelukappaleissa⁸² ja sen antamiseen liittyneissä asiakirjoissa⁸³ todetaan varsin nimenomaisesti, että suosituksella pyritään yhdenmukaistamisen vähimmäistasoon, koska siinä suositellaan periaatteita, jotka koskevat kuluttajien, pelaajien ja alaikäisten suojelun korkeampaa tasoa sähköisten rahapelipalvelujen alalla. Samaan aikaan on myös selvää, että siinä menetellään näin varmasti useiden jäsenvaltioiden näkökulmasta varsin arkaluontoisessa aiheessa.⁸⁴

126. Todettakoon seuraavaksi, että useat sisältöön ja asiayhteyteen liittyvät osatekijät ovat korostamisen arvoisia. Riidanalainen toimi on ensinnäkin hyvin strukturoitu teksti ja ulkoasultaan oikeudellinen toimi. Sen johdanto-osassa on peräti 30 perustelukappaletta. Suositus itse on jaettu 12 numeroituun jaksoon. Se on julkaistu Euroopan unionin virallisen lehden L-sarjassa.

127. Suosituksen tosiasiallinen muoto antaa näin ollen vaikutelman siitä, että sillä on väistämättä oikeusvaikutuksia. Tämän vahvistaa sekin, että ei ole valmistelutoimi. Se on jo kuulemismenettelyn kulminaatiopiste, koska siinä konkretisoidaan aikaisempi komission vihreä kirja ja tiedonanto. Tästä syystä siinä selvennetään komission kantaa sähköisten rahapelipalvelujen kuluttajansuojasta esittämällä joitain erittäin konkreettisia suosituksia jäsenvaltioille.

128. Toiseksi suosituksen konkreettisten kohtien yksityiskohtaisuuden ja täsmällisyyden taso on huomattava. Suosituksessa ei suinkaan vahvisteta vain ”periaatteita” vaan vahvistetaan pikemminkin selkeitä ja täsmällisiä sääntöjä.

129. Esitän tästä muutamia esimerkkejä: suosituksen III jaksossa vahvistetaan niiden tietojen yksityiskohtainen sisältö, jotka pitäisi esittää operaattorin pelisivujen etusivulla ja joiden pitäisi olla saatavilla verkkosivujen kaikilla sivuilla. Suosituksen V jaksossa kehoitetaan jäsenvaltioita varmistamaan, että henkilö voi osallistua sähköiseen rahapelipalveluun vain, jos hänet on rekisteröity pelaajaksi ja hänellä on tili operaattorilla. Operaattorin pitäisi selvittää pelaajan henkilöllisyyteen liittyvät yksityiskohtaiset tiedot. VIII jaksossa pyritään sääntelemään kaupallista viestintää. Siinä muun muassa esitetään jäsenvaltioita esittämästä tiettyjä toteamuksia, kuten kuvaamasta pelaamista sosiaalisesti houkuttelevana tai viittaamasta siihen, että pelaaminen voisi ratkaista henkilökohtaisia ongelmia.

130. Kolmanneksi suositus sisältää hyvin yksityiskohtaisia ja kattavia valvontaan ja raportointiin liittyviä ”kehotuksia”. Suosituksen XI jaksossa jäsenvaltioita ”kehoitetaan nimeämään tässä suosituksessa vahvistettuja periaatteita soveltaessaan toimivaltaiset rahapelaamisen sääntelyviranomaiset, jotka riippumattomalla tavalla varmistavat sellaisten kansallisten toimenpiteiden noudattamisen, jotka toteutetaan tässä suosituksessa vahvistettujen periaatteiden soveltamiseksi, sekä valvovat niiden noudattamista”. Suosituksen XII jakso koskee raportointia. Sen mukaan jäsenvaltioita kehoitetaan paitsi *antamaan tiedoksi* kaikki toteutetut toimenpiteet komissiolle myös keräämään vuosittain tilastotarkoituksiin tietoja ennen tiettyjä määraaikoja.

131. Tällaisista raportointia ja valvontaa koskevista ”kehotuksista” on esitettävä kaksi huomautusta. Ensinnäkin vaikuttaisi siltä, että unionin tuomioistuin on osoittanut aikaisemmin ja yleisesti erityistä hienovaraisuutta siltä osin kuin on kyse noudattamista tai valvontaa koskevien mekanismien sisällyttämisestä erilaisiin epätyypillisiin keinoihin. Se on ainakin kahdessa tapauksessa kumonnut epätyypillisiä komission toimia sen vuoksi, että niissä säänneltiin tiedonantovaatimuksia yksityiskohtaisesti ja mahdollisesti mentiin pidemmälle kuin oli asianmukaista sentyyppisen toimen

82 Edellä tämän ratkaisuehdotuksen 11 ja 12 kohdassa siteeratut johdanto-osan kahdeksas ja yhdeksäs perustelukappale.

83 Edellä tämän ratkaisuehdotuksen 30 kohta.

84 Ks. esim. tuomio 22.1.2015, Stanley International Betting ja Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, 51 kohta).

yhteydessä.⁸⁵ Toiseksi tämän nimenomaisen suosituksen yhteydessä on mielenkiintoista havaita, että ei-sitovassa suosituksessa, jota jäsenvaltiot eivät ole velvollisia panemaan täytäntöön, tästä huolimatta oletetaan, että kyseiset jäsenvaltiot (tai vaikka vain ne, jotka ovat päättäneet hyväksyä ”kehotuksen”) yksilöivät, seuraavat, antavat tiedoksi, arvioivat, keräävät tietoja ja ilmoittavat komissiolle tiettyihin päivämääriin mennessä tietoja kaikista näistä (täysin vapaaehtoisista) toiminnoista.

132. Suosituksen 54 kohdassa todetaan tämän jälkeen, että komission olisi arvioitava suosituksen *täytäntöönpanoa* (sic!) viimeistään 19 päivänä tammikuuta 2017. Suullisessa käsittelyssä todettiin kuitenkin, että komissio ei ole onnistunut tekemään arviointia tähän mennessä, *koska* se odottaa yhä ilmoituksia jäsenvaltioilta ennen oman raporttinsa laatimista. Tässä vaiheessa vaikuttaa siltä, että näihin toteamuksiin sisältyvän kognitiivisen dissonanssin määrä ylittää mestarillisen silmänkääntötempun tasolle.

133. Neljänneksi suosituksella pyritään saamaan jäsenvaltiot antamaan tiettyä lainsäädäntöä ja tällä lainsäädännöllä vaikuttamaan peliyhteyksiin ja pelaajiin, joille suositus on välillisesti osoitettu. Siten voidaan tietysti väittää, että muodollisesti ja sellaisenaan kolmansien osapuolten oikeuksiin ei vaikuta suositus vaan mahdollinen kansallinen lainsäädäntö, mutta on vaikeaa kiistää, että kansallisen lainsäädännön varsinainen lähde on suositus.⁸⁶

134. Viidenneksi on kenties sellaisenaan vähämerkityksisenä mutta myös sisällön ja otsikon epäsuhtaa korostavana seikkana mielenkiintoista tarkastella sekä suosituksen johdanto-osan 29 perustelukappaletta että 2 kohtaa. Ensin mainitussa todetaan, että tämä suositus ei vaikuta unionin (sitovien ja voimassa olevien) direktiivien soveltamiseen, ja jälkimmäisessä, että se ei vaikuta jäsenvaltioiden oikeuteen säännellä rahapelipalveluja. Nämä toteamukset yksinkertaisesti pakottavat kysymään, että jos suositus olisi tosiasiallisesti tarkoitettu vain ei-sitovaksi suositukseksi, jolla ei olisi tarkoitettu olevan mitään oikeusvaikutuksia, miksi mitään tällaista olisi ollut tarpeen todeta nimenomaisesti. Todellinen ei-sitova soft law -toimi ei voisi määritelmänkään mukaan ikinä vaikuttaa sitovaan ja voimassa olevaan unionin lainsäädäntöön eikä jäsenvaltioiden toimivaltaan.

135. Jos lukijalle annettaisiin kyseinen asiakirja, josta olisi poistettu otsikko, ja häntä kehoitettaisiin lukemaan teksti ilman, että hän tietäisi tätä otsikkoa, kaiken kaikkiaan jo näistä tarkoitusta, sisältöä ja asiayhteyttä koskevista seikoista voidaan huoletta olettaa, että hän saattaisi ajatella lukevansa direktiiviä tai joissain kohdin jopa asetusta, mutta aivan varmasti lainsäädäntöön kuuluvaa asiakirjaa, jolla pyritään asettamaan selviä ja täsmällisiä velvoitteita ja houkuttelemaan niiden noudattamiseen.

136. Vasta tässä vaiheessa käsittelen suosituksen sanamuotoa ja konkreettisemmin yksittäisten kohtien nimenomaista tekstiä (käsiteltyäni tämän jakson edellisissä kohdissa näiden kohtien yksityiskohtaisuutta ja konkreettisuutta). Sanamuodolla vaikuttaa olevan ratkaiseva asema unionin yleisen tuomioistuimen perusteluissa. Syistä, joita pyrin selittämään yleisesti edellisessä jaksossa,⁸⁷ sanamuodolla on mielestäni merkitystä, mutta se ei ole kuitenkaan ratkaiseva. Sen ei pitäisi varmasti myöskään olla ratkaiseva, jos se ei sellaisenaan ole tosiasiallisesti lopullinen.

137. Valittaja on riitauttanut sekä kirjallisissa että suullisissa huomautuksissaan unionin yleisen tuomioistuimen määräyksissään esittämän kielellisen arvioinnin. Valittaja väitti erityisesti, että kahdella kolmesta Belgian kuningaskunnan virallisista kielistä eli hollanniksi ja saksaksi näiden kohtien sanamuoto vaikuttaa olevan ”vahvempi” kuin muissa kieliversioissa. Suosituksella olisi siten tämän johdonmukaisena seurauksena ”vahvempi” oikeusvaikutuksia Belgiassa.

85 Tuomio 13.11.1991, Ranska v. komissio (C-303/90, EU:C:1991:424, 20–25 kohta), jossa neuvoston asetuksen täytäntöönpanosta annetussa menettelytapaohjeessa vaadittiin jäsenvaltioilta tietoja tietyin väliajoin ja tietyillä menettelytavoilla; tuomio 16.6.1993, Ranska v. komissio (C-325/91, EU:C:1993:245, 22 ja 23 kohta), jossa direktiivin soveltamisesta annetussa komission tiedonannossa asetettiin ylimääräisiä velvoitteita, kuten taloustietojen vuosittainen raportointi komissiolle tiettyyn päivämäärään mennessä.

86 Ks. edellä myös 102–105 kohta. Ks. myös 97 ja 98 kohta sekä mahdollisuudet muokata suosituksella olemassa olevien samaa alaa ja samaa asiaa koskevien kansallisten oikeussääntöjen tulkintaa.

87 Edellä 114 kohta.

138. Tämä nimenomainen valittajan väite ei vakuuta. On myönnettävä, että joitain kieliversioita voitaisiin pitää ”sitovampina” kuin muita. Tämä koskee erityisesti saksan-, espanjan-, hollannin- ja portugalinkielisiä versioita. Unionin yleisen tuomioistuimen esittämän vastaisesti puolan- ja tšekinkieliset versiot saattaisivat ehkä antaa aihetta keskusteluun.

139. Sillä on kuitenkin vain vähän merkitystä, että hollannin- ja saksankielisessä versioissa näytetään käytettävän pakottavampaa sanamuotoa kuin muissa. Sillä, että ne ovat Belgian virallisia kieliä, ei anneta niille enempää painoarvoa kuin millekään muullekaan kieliversiolle. Suosituksiin samoin kuin mihin tahansa muihin SEUT 288 artiklan nojalla toteutettaviin toimenpiteisiin pitäisi mielestäni soveltaa hyvin tunnettua periaatetta, jonka mukaan kaikki unionin kieliversiot ovat yhtä todistusvoimaisia. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on katsottu, että erikielisten versioiden poiketessa toisistaan kyseessä olevaa sääntöä on tulkittava ottamalla huomioon sen säännösten tavoite ja rakenne, jonka osa sääntö on.⁸⁸

140. Juuri tällaiset kiistanalaiset kielelliset vertailut osoittavat ja korostavat, miksi ilmaisujen ”kehotetaan tekemään” määrällä verrattuna ilmaisuun ”on tehtävä” on vain vähäinen merkitys tällaisen toimenpiteen arvioinnissa. Yleisesti arvioiden kaikki kieliversiot ovat samansuuntaisia, ja niiden perusteella voidaan tehdä selvä päätelmä tekstin luonteesta, ilman että olisi tarpeen syventyä toimenpiteen asiayhteyteen ja tarkoitukseen. Tai ne ovat keskenään ristiriidassa, eikä suosituksen sanamuodon pitäisi mennä sen asiayhteyden ja tarkoituksen edelle. On kuitenkin virheellistä todeta, että eri kieliversioiden välillä on poikkeamia, mutta silti väittää, että koska suurimmassa osassa niistä todetaan X, tämän pitäisi olla oikea tulkinta. Järjestelmässä, jossa kaikki kielet ovat yhtä todistusvoimaisia, mitään kieliä ei voida äänestää ulos tulkinnassa.⁸⁹

141. Kaiken kaikkiaan imperatiivin jossain unionin kielessä käytön (tai sen käyttämättä jättämisen) yksityiskohtainen tutkiminen on aina tuloksetonta, erityisesti tutkittaessa soft law -toimien oikeusvaikutuksia. Nimenomaan sellaisessa arvioinnissa asiayhteydellä, järjestelmällä ja logiikalla on huomattavasti suurempi merkitys. On väistämättä huomattava ero siinä, miten tulkitaan toteamusta ”Kehotan sinua lähettämään minulle tätä asiaa koskevat huomautuksesi kirjallisesti ennen puoltapäivää tänä perjantaina” sen mukaan, esittääkö tämän toteamuksen asianomaisen esimies, tutkijakollega vai puoliso. Tämä riippuu luonnollisesti kyseisestä tosiasiallisesta suhteesta, mutta on varsin todennäköistä, että ensin mainitussa tapauksessa ”kehotus” on todellisuudessa käsky, toisessa vain ehdotus ja kolmannessa vitsi.

142. Kaiken kaikkiaan kukin sisällön ja asiayhteyden yksittäisistä osatekijöistä saattaisi ehkä johtaa siihen, että sitä yhä pidettäisiin suosituksena, jolla ei tarkoiteta luotavan oikeusvaikutuksia. Näiden eri osatekijöiden yhteisvaikutus tämän nimenomaisen suosituksen asiayhteydessä, kun otetaan huomioon sekin, että sen antoi toimielin, jonka tehtäväksi on annettu sääntöjen valvominen samalla alalla (eli sisämarkkinoiden sääntely), johtaa kuitenkin kaiken kaikkiaan siihen päätelmään, että sillä pyritään selvästi luomaan oikeusvaikutuksia ja houkuttelemaan suosituksen noudattamiseen sen sijaan, että kyseessä olisi pelkkä linjausehdotus.

143. Kaikista näistä syistä katson, että valittajien kolmas valitusperuste on perusteltu. Unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen arvioidessaan väärin kyseisen suosituksen oikeusvaikutuksia, ja näin ollen se totesi virheellisesti, että kumoamiskannetta ei voitu ottaa tutkittavaksi.

⁸⁸ Ks. esim. tuomio 26.4.2012, DR ja TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, 45 kohta oikeustapausviittauksineen).

⁸⁹ Mukaan lukien tältä osin myös äärimmäiset tilanteet, joissa ilmenee varsin selvästi, että vain yhdessä unionin toimenpiteen kieliversiossa oli tehty käännösvirhe – ks. esim. tuomio 19.4.2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

B. Muoto määrittää sisällön

144. Toisin kuin unionin toimielinten tai elinten ”epätyypilliset” toimet, joita varten ERTA-testi alun perin tarkoitettiin, suositukset ovat ”tyypillisiä” toimia, jotka on lueteltu SEUT 288 artiklassa ja joiden laillisuusvalvonta on nimenomaisesti jätetty SEUT 263 artiklan 1 kohdan ulkopuolelle. Pitäisikö tällä seikalla olla merkitystä suositusten valvonnassa ja tutkittavaksi ottamisessa niiden osalta?

145. Tämän ratkaisuehdotuksen A osan väite perustui siihen lähtökohtaan, että ERTA-testi on sovellettavissa suosituksiin samalla tavalla kuin mihin muuhun tahansa soft law -toimeen, vaikka kenties hieman mukautettuna. Tämän jakson ensimmäisessä osassa hahmotellaan vaihtoehtoinen lähestymistapa, jossa korostettaisiin enemmän sitä, että suositukset ovat ”tyypillisiä” toimia, joiden osalta muodon pitäisi määrittää sisällön tulkinta (1). Monistakin syistä suosittelen kuitenkin, että unionin tuomioistuin pitäytyisi tämän ratkaisuehdotuksen A osassa hahmotellussa (muutetussa) sisältö ennen muotoa -lähestymistavassa (2). Mikäli unionin tuomioistuin kuitenkin katsoisi, että nimenomaan suositusten osalta muodon pitäisi sittenkin määrittää sisällön tulkinta, kuvaan lyhyesti useita tärkeitä selvennyksiä, joita tarvittaisiin (3).

1. (Täydellinen) poissulkeminen: suositus tarkoittaa suositusta

146. Unionin yleisen tuomioistuimen perustelujen lähtökohtana oli, että testi, jonka yhteisöjen tuomioistuin kehitti tuomiossa ERTA unionin toimielinten ja elinten ”epätyypillisiä” toimia varten, on sovellettavissa myös suositusten kaltaiseen ”tyypilliseen” toimeen. Tämä lähtökohta saattaa olla avoin keskustelulle kahdella tasolla: normatiivisella ja käytännöllisellä. *Normatiivisesti* SEUT 288 artiklassa todetaan selvästi, että suositus ei ole sitova. SEUT 263 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä virkkeessä jätetään komission suositukset nimenomaisesti kyseisen määräyksen ja siten kumoamiskanteiden soveltamisalan ulkopuolelle. Näissä kahdessa määräyksessä todetaan yhdessä luettuna selkeästi, että suositus ei voi olla sitova eikä laillisuusvalvonnan kohteena.

147. Tähän on kuitenkin lisättävä yhteisöjen tuomioistuimen toteamus tuomiossa Grimaldi, jossa otettiin (uudelleen) käyttöön aineellinen arviointi: suositus ei ole laillisuusvalvonnan kohteena niin kauan kuin se on ”todellinen suositus”.⁹⁰ Implisiittisesti voisi siis olla olemassa ”näennäinen suositus”, johon voitaisiin tarttua ja jonka laillisuutta voitaisiin valvoa. Huolimatta perussopimuksen varsin selvästä sanamuodosta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä on siis saatavissa hieman tukea sille, että vaikka suositukset ovat ”tyypillisiä” toimia (perussopimuksessa todetaan selvästi, että ne eivät ole sitovia), niihin on sovellettava ERTA-testiä.⁹¹

148. Kuitenkin *käytännön* tasolla arvioitaessa sitä, onko asiakirja ”todellinen” vai ”näennäinen” suositus, kutsumalla asiakirjaa suositukseksi väistämättä ”pilataan” sen asiayhteyden ja tarkoituksen arviointi. Tässäkin tapauksessa testi, joka suunniteltiin ”epätyypillisille” toimille, on toteutettava tavalla, joka on suuressa määrin muodosta riippumaton ja jossa jätetään huomiotta asiakirjan otsikko/kansilehti. Muussa tapauksessa päädytään väistämättä tietynlaiseen kehäpäätelmään, jossa muoto viime kädessä määrittää sisällön tulkinnan.⁹²

⁹⁰ Tuomio 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, 16 kohta).

⁹¹ Unionin yleinen tuomioistuin totesi tämän perusteella, että ”pelkästään se, että riidanalainen suositus on muodollisesti nimetty suositukseksi ja että se on annettu SEUT 292 artiklan nojalla, ei ole omiaan merkitsemään automaattisesti sitä, että sitä ei voitaisi pitää kannekelpoisena tomena” (valituksenalaisen määräyksen 20 kohta).

⁹² Esitetty yksityiskohtaisesti edellä 77–79 kohdassa.

149. Tästä pääsen mahdolliseen vaihtoehtoiseen lähestymistapaan. Tämä edellyttäisi sitä, että sen sijaan että annetaan ”tyypillisen” toimen muodon hiljaisesti pilata ”epätyypillisen” toimen luonteen tulkinta, tehdään tästä erosta täydet johdonmukaiset päätelmät: ”tyypillinen” muoto edellyttää ”tyypillisiä” seurauksia sisällöstä *riippumatta*. Suositus ei ole koskaan sitova, eikä sillä pitäisi olla oikeusvaikutuksia. Piste. Ei pitäisi olla tarpeen tehdä mitään muita arviointeja siitä, onko se ”todellinen” vai ”näennäinen” suositus. Suositus tarkoittaa suositusta.

150. Tältä osin voidaan löytää vastaavuuksia EHTY:n perustamissopimuksen nojalla annettaviin lausuntoihin: toimiin, jotka olivat myös nimenomaisesti ei-sitovia ja joiden laillisuutta ei voitu valvoa. Yhteisöjen tuomioistuin vahvisti jo vuonna 1957, ettei näiden toimien laillisuutta voitu valvoa. Se selvensi erityisesti, että lausunnot ovat vain ohjeellisia. Niiden katsottiin olevan ”vain yrityksille annettuja ohjeita. Viimeksi mainitut voivat siten vapaasti ottaa ne huomioon tai jättää ne huomiotta, mutta niiden on ymmärrettävä, että mikäli ne jättävät vastakkaisen näkemyksen huomiotta, ne hyväksyvät riskit, joita ne kohtaavat tilanteessa, jonka syntymiseen ne ovat itse vaikuttaneet – –. Päätöksentekovapaus ja yritysten vastuu toisin sanoen säilyvät ennallaan, kuten myös korkean viranomaisen päätöksentekovapaus ja vastuu”.⁹³ Tämä sama toteamus voitaisiin itse asiassa esittää laajemmin suositusten osalta.

2. Sisältö vai muoto?

151. Kaksi seikkaa puoltaa ”tyypillisiä” oikeudellisia toimia koskevaa *formaalista* lähestymistapaa: i) oikeusvarmuutta ja ennakoitavuutta koskeva perustelu ja ii) tietyn lainsäädännöllisen joustavuuden tarvetta koskeva perustelu.

152. Formaalin lähestymistapa on ensinnäkin SEUT 263 artiklan sanamuodon mukainen, sillä siinä on vuodesta 1957 lähtien vakiintuneesti ja nimenomaisesti jätetty suositukset ja lausunnot kumoamiskanteiden soveltamisalan ulkopuolelle.

153. Tähän liittyvät luottamus ja odotukset. Vaikka formalismi kuvataan melkein aina huonoksi asiaksi, sillä on myönteisiäkin puolia. Se edistää oikeusvarmuutta ja ennakoitavuutta. Jos esinettä kutsutaan lapioksi, sen pitäisi tosiasiallisesti olla lappio, ilman jatkuvaa tarvetta arvioida sitä sisällöllisesti ja asiasyhteyden mukaan.

154. Tämä pätee vieläkin paremmin ”tyypillisiin” formaalisiin lähteisiin. Miten pitkälle voitaisiin mennä ”sisältö ennen muotoa” -lähestymistavalla? Pitäisikö silloin arvioida myös muiden tyyppillisten unionin oikeuden lähteiden, kuten asetuksen ja direktiivin, aitoutta ja todellista sisältöä? Voitaaisiinko ne silloin myös mahdollisesti ”luokitella uudelleen”, koska niiden otsikko ei vastaa niiden sisältöä? Voisiko tällainen uudelleenluokittelu äärimmäisissä tapauksissa johtaa jopa laillisuusvalvonnan poissulkemiseen? Voisiko unionin tuomioistuin jättää tutkimatta kumoamiskanteen, joka on nostettu esimerkiksi asetuksesta, koska asetus on laadittu niin huonosti, että sillä ei voi tosiasiallisesti olla mitään (sitovia) oikeusvaikutuksia?

155. Toiseksi suositukset voivat olla hyväksyttäviä vertailukohtia sekä inspiraation ja hyvien käytäntöjen lähteitä. Ne voivat mahdollistaa erilaisten ratkaisujen ja ajatusten testaamisen sen määrittämiseksi, mitä pitäisi kehittää edelleen ja mitkä pitäisi hylätä. Tällä tavoin niitä voitaisiin pitää tietynlaisena lainsäädännöllisenä laboratoriona. On kenties kohtuullista tunnustaa, että jos mikä tahansa suositus voitaisiin riitauttaa ja kyseenalaistaa, tällainen lainsäädännöllisen laboratorion joustavuus menetettäisiin. Erityisesti komissiota voitaisiin tehokkaasti estää käyttämästä epämuodollisempia toimintatapoja edistääkseen tavoitteitaan unionin etujen mukaisesti.

⁹³ Tuomio 10.12.1957, Société des usines à tubes de la Sarre v. korkea viranomainen (1/57 ja 14/57, EU:C:1957:13, s. 115).

156. Vastaaminen näihin molempiin väitteisiin ”sisältö ennen muotoa” -näkökulmasta ei ole vaikeaa: ensinnäkin tätä näkökulmaa tarvitaan nimenomaan silloin, jos ”tyypillisen” toimen muodollisia rajoja ei noudateta. Kyseessä ei siis missään tapauksessa ole kaikkien tyyppillisten toimien kyseenalaistaminen, vaan tämä näkökulma on varattu äärimmäistapauksia varten. Toiseksi julkisen vallan laillisuusperiaatteen ja annetun toimivallan periaatteen pitäisi selvästi rajoittaa joustavan lainsäädännöllisen laboratorion houkuttelevuutta. Jopa hyvää tarkoittavat lainsäädännölliset laboratoriot voivat muuttua nopeasti ”varkain annetuksi lainsäädännöksi”.

157. Sitä vastoin on ainakin kolme seikkaa, jotka puoltavat sisältöön perustuvaa lähestymistapaa ja jotka on esitetty A osassa: i) sisältö ennen muotoa -lähestymistavan yleisyys, ii) tarve varmistaa tehokas oikeussuoja ja iii) oikeussuojakeinojen kokonaisvaltainen johdonmukaisuus unionin lainsäädännössä.

158. Ensinnäkin muutamista merkittävistä poikkeuksista huolimatta yleinen lähestymistapa ja mentaliteetti ovat unionin oikeudessa yksinkertaisesti sisällöllisiä: lukemattomilla unionin oikeuden aloilla tutkitaan sisältöä, ilmiön, ryhmän tai instituution perusolemusta – ei varsinaisesti sen formaalia nimitystä tai nimeä. Muodolla on tietenkin merkitystä. Unionin oikeudessa muoto muodostaa kuitenkin ensimmäisen arvioinnin toimen todellisesta luonteesta. Se ei ole ratkaiseva.

159. Kuten edellä jo yksityiskohtaisesti selitettiin,⁹⁴ on toiseksi tuskin kiistanalaista, että suosituksilla on monia merkittäviä oikeusvaikutuksia, vaikka ne eivät ehkä ole varsinaisesti sitovia tietyssä yksittäistapauksessa. Jos näin todellakin on, tämä edellyttää tehokasta oikeussuojaa. On muistettava, että unionin tuomioistuin ei ole aiemmin, alun perin tuomiossa ERTA mutta sittemmin muissakaan tapauksissa, epäröinyt tunnustaa sosiaalista ja oikeudellista kehitystä eikä tukkia oikeussuojassa tämän seurauksena syntyneitä aukkoja.⁹⁵ On myös esitetty, että uusien ja ”pehmeämpien” hallintotapojen syntyminen edustaa tällaista kehitystä.⁹⁶

160. Kolmanneksi väite, joka koskee oikeussuojakeinojen johdonmukaisuutta unionin oikeudessa, on merkityksellinen kahdella tasolla: yhtäältä johdonmukaisuus SEUT 263 artiklan (kumoamiskanne) ja SEUT 267 artiklan (ennakkoratkaisumenettely) välillä ja toisaalta etuoikeutettujen (tai etuoikeudettomien) kantajien asema näissä oikeudenkäynneissä.

161. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ”unionin toimiin kohdistuva laillisuusvalvonta, josta unionin tuomioistuin huolehtii perussopimusten nojalla, perustuu – – kahteen toisiaan täydentävään tuomioistuinmenettelyyn. Yhtäältä näet EUT-sopimuksen 263 ja 277 artiklalla sekä toisaalta sen 267 artiklalla on luotu täysin kattava oikeussuojakeinojen ja menettelyjen järjestelmä, jonka tarkoituksena on varmistaa unionin toimiin kohdistuva laillisuusvalvonta antamalla se unionin tuomioistuimien tehtäväksi – – Tähän kattavaan oikeussuojakeinojen ja menettelyjen järjestelmään kuuluu erottamattomasti se, että yksityisillä on kansallisessa tuomioistuimessa nostetun kanteen yhteydessä oikeus riitauttaa sellaisiin unionin toimiin sisältyvien säännösten laillisuus, jotka ovat perustana niiden osalta annetulle päätökselle tai kansalliselle toimelle – –”.⁹⁷

162. Haluaisin korostaa kahta adjektiivia, jotka sisältyvät tähän sitaattiin: ”toisiaan täydentävä” ja ”kattava”. On ehkä hieman ristiriitaista, että jälkimmäinen adjektiivi saattaa olla ongelmallinen etuoikeutetulle kantajalle eli jäsenvaltiolle, jota ”kehotetaan” tekemään jotain suosituksella ja joka kokee tämän ”kehotuksen” ongelmalliseksi, ilman että olisi kuitenkaan (vielä) mitään tapausta, joka liittyisi tähän suositukseen kansallisella tasolla.

⁹⁴ Edellä 87–108 kohta.

⁹⁵ Ks. merkittävistä esimerkeistä esim. tuomio 23.4.1986, *Les Verts v. parlamentti* (294/83, EU:C:1986:166, 24 kohta).

⁹⁶ Edellä 81–86 kohta.

⁹⁷ Tuomio 28.3.2017, *Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, 66 ja 67 kohta oikeustapausviittauksineen)*. Ks. myös lausunto 1/09 (sopimus yhdistetyn patenttioikeudenkäyntijärjestelmän perustamisesta), 8.3.2011 (EU:C:2011:123, 70 kohta).

163. Yhtäältä, kuten edellä jo esitin,⁹⁸ suosituksen pätevyyttä koskeva ennakkoratkaisupyyntö näyttää olevan mahdollinen. Jos näin on, on vaikeaa ymmärtää, miksi etuoikeutetun kantajan pitäisi olla vaikeampaa riitauttaa toimi suoraan unionin tuomioistuimessa SEUT 263 artiklan perusteella kuin etuoikeutta vailla olevan kantajan epäsuorasti SEUT 267 artiklan perusteella.

164. Toisaalta on niin, että vaikka täydentävyyden logiikka pitäisi asettaa ensisijaiseksi ja haluttaisiin vähentää pätevyyden suoria riitauttamisia sekä pyrkiä kanavoimaan ne ennakkoratkaisumenettelyihin, jäsenvaltion asemaa ei tehdä paljon helpommaksi. Miten jäsenvaltio voisi käytännössä menetellä? Pitäisikö sen ensin panna suositus täytäntöön (mitä se ei alun alkaen halunnut tehdä) ja riitauttaa se sen jälkeen omissa kansallisissa tuomioistuimissaan? Pitäisikö sen järjestää riita keinotekoisesti?

165. En ala käsitellä näitä seikkoja⁹⁹ vaan totean, että jäsenvaltiot eivät yksinkertaisesti ole yksityisiä, jotka saattaisivat ehkä myöhemmin olla velvollisia noudattamaan unionin toimenpidettä sen jälkeen, kun sitä on sovellettu heihin yksittäistapausta koskevalla päätöksellä joko kansallisen lainsäädännön tai unionin oikeuden mukaisesti. Nimenomaan jäsenvaltioita kehoitetaan alun alkaen panemaan nämä säännöt täytäntöön. Olisi siis pelkästään epäjohdonmukaista kehottaa jäsenvaltioita tekemään jotain ja samaan aikaan viedä niiltä mahdollisuus nostaa kanne unionin tuomioistuimessa. Tämä olisi hyvän oikeudenkäytön periaatteiden vastaista, koska sillä viivästyttäisiin mahdollista kanteen nostamista suosituksesta, mutta se olisi myös suosituksen laatijan omien etujen vastaista. Sen sijaan, että annettaisiin mahdollisuus kanavoida mahdollinen ristiriita, ratkaista se ja edetä asiassa, jäsenvaltio olisi vain pakotettu kieltäytymään yhteistyöstä ja odottamaan, kunnes jokin sen omista tuomioistuimista ja mahdollisesti jonkin toisen jäsenvaltion tuomioistuin esittää SEUT 267 artiklan nojalla ennakkoratkaisupyyntö riidanalaisen toimen pätevyydestä. Tämä ei vaikuta minusta kovin käytännölliseltä.

3. (Mahdollisesti) tarvittavat selvennykset

166. Näen kaiken kaikkiaan painavampia syitä siihen, että unionin tuomioistuin laajentaisi mukautettua ERTA-testiä siten, että se sisältää suositusten mahdollisen laillisuusvalvonnan.

167. Mikäli unionin tuomioistuin päättäisi kuitenkin omaksua näkemyksen, jonka mukaan ”tyypillisen” toimen muoto määrittää sen sisällön ymmärtämisen ja tulkinnan eikä erillinen tutkiminen olisi tarpeen, olisi mielestäni olennaisen tärkeää selvittää useita seikkoja. Tarvittavat selvennykset liittyisivät tosiasiallisesti seikkoihin, jotka on aikaisemmin yksilöity suositusten tosiasiallisten oikeusvaikutusten osalta.¹⁰⁰ Korostan erityisesti kolmea keskeistä seikkaa: i) jäsenvaltioille suositusten osalta kuuluvan lojaalin ja vilpittömän yhteistyön velvoitteen laajuutta; ii) sitä, että suositukset eivät vaikutukseltaan syrjäytä mahdollista tulevaa lainsäädäntömenettelyä unionin tasolla, ja iii) kansallisille tuomioistuimille kuuluvan tuomioon Grimaldi perustuvan velvoitteen ulottuvuuden selventämistä.

168. Ensinnäkään suositukset eivät ole sitovia eikä niillä saa olla mitään oikeusvaikutuksia. Niillä ei siis voida luoda oikeuksia eikä velvoitteita jäsenvaltioille eikä yksityisille. Mitä tulee jäsenvaltioihin, lojaalin ja vilpittömän yhteistyön periaatetta ei voida käyttää tämän lähtökohdan rapauttamiseen millään tavoin. Jäsenvaltioilla on täysi oikeus jättää suosituksen sisältö täysin huomiotta ilman että olisi olemassa mitään mahdollisuutta suoriin tai epäsuoriin seuraamuksiin. Tämä ei koske ainoastaan konkreettisia ”velvoitteita”, joita jäsenvaltioita rohkaistaan panemaan täytäntöön, vaan myös raportointia koskevia ”kehotuksia”. Suosituksesta ei voi seurata positiivisia eikä negatiivisia velvoitteita. Suositusta ei voida myöskään käyttää määrittämään standardia tai määrittelemätöntä oikeudellista käsitettä, joka pannaan tämän jälkeen täytäntöön jäsenvaltiota tai yksityistä vastaan, kun sille on annettu sisältö kyseisessä suosituksessa.

⁹⁸ Edellä 106–108 kohta.

⁹⁹ Ratkaistu 1.4.2004 annetulla tuomiolla komissio v. Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

¹⁰⁰ Edellä 87–108 kohta.

169. Toiseksi suositus ja varsinkin lainsäädännön antamista edeltävä suositus on vain yksipuolinen, ei-sitova toimielimen mielipiteenilmaisu. Jos sitä koskaan seuraa sitova lainsäädäntö, lainsäädäntömenettely on aloitettava puhtaalta pöydältä. Suosituksella ei ainakaan voida luoda lainsäädännöllistä ”oikotietä” eikä sitä voida käyttää ”syrjäyttämiseen” jättämällä tietyt toimijat myöhemmän lainsäädäntömenettelyn ulkopuolelle tai määräämällä tosiasiallisesti seuraamuksia toimijoille myöhemmässä menettelyssä sillä perusteella, että ne eivät olleet jo esittäneet näkemyksiään, huomautuksiaan, tietoja tai raportteja suosituksesta ja/tai sen ”täytäntöönpanomenettelyn” aikana.

170. Mainittakoon lopuksi tuomio Grimaldi.¹⁰¹ Jos suositukset eivät ole sitovia, niillä ei voida määritelmän mukaisesti luoda kansallisille tuomioistuimille mitään *velvoitetta* ottaa tällaista ei-sitovaa ohjeistusta huomioon, eikä varsinkaan voida puhua minkäänlaisesta velvoitteesta suosituksen mukaiseen tulkintaan. Jos unionin tuomioistuin omaksuisi tämän lähestymistavan, joka on formaalimpi lähestymistapa ”tyypilliseen” unionin toimeen, tuomiota Grimaldi pitäisi tarkastella uudelleen tältä osin ja todeta selvästi, että velvoitetta ottaa suositus huomioon ei ole. Kansalliset tuomioistuimet *saavat* tehdä niin, jos pitävät sitä hyödyllisenä, mutta eivät varmasti ole *velvollisia* menettelemään niin.

171. Tämä tarkoittaisi siis, että kansallisten tuomioistuinten pitäisi käsitellä suosituksia samalla tavoin kuin mitä tahansa muita *sallittuja* juridisen tulkinnan inspiraation lähteitä, kuten oikeuskirjallisuutta tai vertailevia tutkimuksia. Ne voivat halutessaan sisällyttää niitä perusteluihinsa, mutta ne voivat myös jättää ne täysin huomiotta, ilman velvoitetta perustella, miksi ne tekevät niin.

VII. Ratkaisuehdotus

172. Edellä esitetyn perusteella katson unionin yleisen tuomioistuimen tehneen virheen arvioidessaan riidanalaisen suosituksen oikeusvaikutuksia. Valittajan kolmas valitusperuste on näin ollen perusteltu, eikä ole tarpeen tutkia erikseen ensimmäistä ja toista valitusperustetta. Koska unionin yleisen tuomioistuimen määräyksessä on todettu, että kanteen tutkittavaksi ottamista koskevat edellytykset eivät täyty, määräys on siten kumottava.

173. Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 61 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan unionin tuomioistuin voi kumottuaan unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisun myös itse ratkaista asian lopullisesti, jos asia on ratkaisukelpoinen.

174. Nyt käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuin ei kykene oikeudenkäynnin tässä vaiheessa antamaan ratkaisua unionin yleisessä tuomioistuimessa nostetun kanteen asiakysymyksestä. Koska unionin yleinen tuomioistuin jätti kanteen tutkimatta, kyseisessä tuomioistuimessa käytiin hyvin vähäistä ja varsin epäsuoraa keskustelua asian asiakysymyksestä. Samoista syistä myöskään väliintulijat eivät saaneet mahdollisuutta esittää huomautuksiaan.¹⁰² Jos unionin tuomioistuin toteaisi, että kumoamiskanne on otettava tutkittavaksi, on todennäköistä, että nämä väliintulijat ja mahdollisesti myös muut olisivat halukkaita esittämään huomautuksiaan.

175. Katson kuitenkin, että unionin tuomioistuimella on käytössään kaikki tarvittavat asiakirjat, jotta se kykenee antamaan ratkaisun, jolla se hylkää komission ensimmäisessä oikeusasteessa esittämän alustavan oikeudenkäyntiväitteen. Ehdotan tehokkuuden ja prosessiekonomian nimissä, että unionin tuomioistuin valitsee tämän menettelytavan ja toteaa, että kanne on otettava tutkittavaksi, ja palauttaa asian takaisin unionin yleiseen tuomioistuimeen asiakysymyksen ratkaisemista varten.

176. Tästä syystä ehdotan, että unionin tuomioistuin

¹⁰¹ Edellä 97–101 kohta.

¹⁰² Edellä alaviite 24.

- kumoaa unionin yleisen tuomioistuimen määräyksen T-721/14 ja toteaa, että valittajan kyseisessä asiassa nostama kumoamiskanne on otettava tutkittavaksi
- palauttaa asian unionin yleiseen tuomioistuimeen asiakysymyksen ratkaisemista varten ja
- määrää, että oikeudenkäyntikuluista päätetään myöhemmin.