



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

MICHAL BOBEK

της 12ης Δεκεμβρίου 2017¹

Υπόθεση C-16/16 P

**Βασίλειο του Βελγίου
κατά**

Ευρωπαϊκής Επιτροπής

«Αίτηση αναιρέσεως – Προστασία των καταναλωτών – Υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση – Προστασία των καταναλωτών και των παικτών όσον αφορά τις υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση και αποτροπή των ανηλίκων από τη συμμετοχή σε τυχερά παιχνίδια σε απευθείας σύνδεση – Σύσταση της Επιτροπής – Άρθρο 263 ΣΛΕΕ – Πράξη δεκτική προσφυγής – Δικαστικός έλεγχος πράξεων ήπιου δικαίου – Μη δεσμευτικές πράξεις παράγουσες έννομα αποτελέσματα – Πράξεις που εύλογα μπορούν να εκληφθούν ως παροτρύνουσες τη συμμόρφωση με αυτές»

Περιεχόμενα

I. Εισαγωγή	2
II. Το νομικό πλαίσιο	3
1. Το πρωτογενές δίκαιο	3
2. Η Σύσταση της Επιτροπής	4
III. Τα πραγματικά περιστατικά και η διαφορά της κύριας δίκης	6
IV. Η αναιρεσιβαλλόμενη διάταξη	7
V. Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου	9
VI. Ανάλυση	11
1. Υπεροχή της ουσίας έναντι του τύπου	12
1. Ευρωπαϊκή Συμφωνία περί των οδικών μεταφορών	12

¹ Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

2. Το κριτήριο ΕΣΟΜ όπως εφαρμόστηκε από το Γενικό Δικαστήριο στην παρούσα υπόθεση ...	13
3. Τα προβληματικά στοιχεία του κριτηρίου ΕΣΟΜ	14
1) Εσωτερικά ζητήματα	14
1) Έννομα αποτελέσματα, δεσμευτική ισχύς ή δεσμευτικό έννομο αποτέλεσμα;	14
2) Πόσο σημαντική είναι η πρόθεση του οργάνου που εξέδωσε την πράξη;	15
2) Εξωτερικά προβλήματα	16
1) Η άνοδος του ήπιου δικαίου	16
2) Συστάσεις: δεν δεσμεύουν αλλά παράγουν έννομα αποτελέσματα	18
i) Σε επίπεδο Ένωσης	18
ii) Σε επίπεδο κρατών μελών	19
4. Επιστροφή στις ρίζες: ΕΣΟΜ και έννομα αποτελέσματα	22
5. Η εφαρμογή του κριτηρίου στην παρούσα υπόθεση	24
2. Ο τύπος καθορίζει την ουσία	28
1. (Πλήρης) αποκλεισμός: σύσταση σημαίνει σύσταση	28
2. Ουσία ή τύπος;	29
3. Οι (δυστηκτά) αναγκαίες διευκρινίσεις	32
VII. Πρόταση	33

I. Εισαγωγή

1. Μια από τις μεγάλες συζητήσεις που διαμόρφωσαν την (αγγλοαμερικανική) φιλοσοφία του δικαίου τις τελευταίες δεκαετίες είναι η συζήτηση μεταξύ του Hart και του Dworkin με αντικείμενο τη φύση του δικαίου και τη δομή ενός νομικού συστήματος. Στα τέλη της δεκαετίας του '60 και του '70, η κριτική του Dworkin σχετικά με το έργο του Hart «*The Concept of Law*»² αποκρυσταλλώθηκε σε διάφορα θέματα. Μια από τις βασικές αιτιάσεις του Dworkin ήταν ότι ο τρόπος με τον οποίο ο Hart κατανοούσε ένα νομικό σύστημα ήταν υπερβολικά στενός και εστίαζε υπερβολικά στους νομικούς κανόνες, παραλείποντας ένα άλλο βασικό στοιχείο κάθε νομικού συστήματος: τις αρχές³.

2 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2η έκδ. (με υστερόγραφο), Clarendon Press, Οξφόρδη, 1997 (η πρώτη έκδοση κυκλοφόρησε το 1961).

3 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (επανεκδοση με απάντηση στους επικριτές), Λονδίνο, Duckworth, 1987 (η πρώτη έκδοση κυκλοφόρησε το 1977), σ. 22 επ.

2. Είναι ίσως ασφαλές να γίνει δεκτό ότι η Επιτροπή, εκδίδοντας τη «σύσταση σχετικά με τις αρχές για την προστασία καταναλωτών και παικτών υπηρεσιών τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση, καθώς και για την αποτροπή των ανηλίκων από τη συμμετοχή σε τυχερά παιχνίδια σε απευθείας σύνδεση» (στο εξής: Σύσταση)⁴, παρά τον τίτλο της Συστάσεως, δεν είχε πρόθεση να ταχθεί υπέρ της μιας ή της άλλης πλευράς στη συγκεκριμένη θεωρητική συζήτηση. Ωστόσο, κατόπιν προσφυγής ακυρώσεως της Συστάσεως αυτής που άσκησε ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου το Βασίλειο του Βελγίου, πυροδοτήθηκε ένα κατ' όνομα παρόμοιο αλλά στην ουσία κάπως διαφορετικό είδος συζητήσεως: στο δίκαιο της Ένωσης, για τους σκοπούς δικαστικού ελέγχου, πώς διαφέρουν τέτοιες αρχές από (δεσμευτικούς, νομικούς) κανόνες; Περαιτέρω, μπορεί μια σύσταση της Επιτροπής, πράξη της Ένωσης ρητώς αποκλειόμενη βάσει του άρθρου 263, πρώτο εδάφιο, ΣΛΕΕ από τον δικαστικό έλεγχο, να αποτελέσει εντούτοις αντικείμενο προσφυγής ακυρώσεως δυνάμει της εν λόγω διατάξεως;

3. Το Γενικό Δικαστήριο απέρριψε την προσφυγή του Βελγίου ως απαράδεκτη⁵, κρίνοντας ότι η Σύσταση δεν είχε σκοπό να παραγάγει δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα. Το Βασίλειο του Βελγίου κατέθεσε ενώπιον του Δικαστηρίου αίτηση αναιρέσεως της διατάξεως αυτής.

4. Με τις παρούσες προτάσεις μου, προτείνω στο Δικαστήριο κάτι που στην ουσία είναι διττό: πρώτον, σε γενικό επίπεδο, λαμβανομένου υπόψη του μεταβαλλόμενου ενωσιακού (και όχι μόνο) νομοθετικού πλαισίου, το οποίο χαρακτηρίζεται από πληθώρα διάφορων πράξεων ήπιου δικαίου, η πρόσβαση στα δικαστήρια της Ένωσης θα πρέπει να προσαρμόζεται ώστε να υπάρχει ανταπόκριση με τις εξελίξεις αυτές. Υπό αυτή την έννοια, και όσο το επιτρέπει το θεωρητικό λογοπαίγνιο, η προσέγγιση θα πρέπει όντως να είναι λίγο περισσότερο ντουορκιανή, αναγνωρίζοντας το γεγονός ότι υπάρχουν νόρμες οι οποίες παράγουν σημαντικά έννομα αποτελέσματα τα οποία βρίσκονται πέραν της δυαδικής λογικής των δεσμευτικών/μη δεσμευτικών νομικών κανόνων. Δεύτερον, στο συγκεκριμένο επίπεδο της επίμαχης Συστάσεως στην παρούσα υπόθεση, μια κανονιστική πράξη, η οποία υπό το πρίσμα της λογικής, του πλαισίου, του σκοπού και εν μέρει της διατυπώσεώς της ευλόγως δύναται να θεωρηθεί ότι θέτει κανόνες συμπεριφοράς, θα πρέπει να υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο, ανεξαρτήτως του αν τρόπον τινά έχει μεταμφιεστεί σε ένα πλέγμα απλώς και μόνον «αρχών» που περιέχονται σε μια σύσταση.

II. Το νομικό πλαίσιο

1. Το πρωτογενές δίκαιο

5. Κατά το άρθρο 4, παράγραφος 3, ΣΕΕ, τα «[σ]ύμφωνα με την αρχή της καλόπιστης συνεργασίας, η Ένωση και τα κράτη μέλη εκπληρώνουν τα εκ των Συνθηκών καθήκοντα βάσει αμοιβαίου σεβασμού και αμοιβαίας συνεργασίας. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο ικανό να διασφαλίσει την εκτέλεση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τις Συνθήκες ή προκύπτουν από πράξεις των θεσμικών οργάνων της Ένωσης. Τα κράτη μέλη διευκολύνουν την Ένωση στην εκπλήρωση της αποστολής της και απέχουν από τη λήψη οποιουδήποτε μέτρου ικανού να θέσει σε κίνδυνο την πραγματοποίηση των στόχων της Ένωσης».

6. Το άρθρο 263, πρώτο εδάφιο, ΣΛΕΕ ορίζει: «Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ελέγχει τη νομιμότητα των νομοθετικών πράξεων, των πράξεων του Συμβουλίου, της Επιτροπής, και της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, εκτός των συστάσεων και γνωμών, και των πράξεων του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου που παράγουν νομικά αποτελέσματα έναντι τρίτων. Ελέγχει επίσης τη νομιμότητα των πράξεων των λοιπών οργάνων ή οργανισμών της Ένωσης που προορίζονται να παράγουν έννομα αποτελέσματα έναντι τρίτων».

4 Σύσταση 2014/478/ΕΕ της Επιτροπής, της 14ης Ιουλίου 2014 (ΕΕ 2014, L 214, σ. 38) Η υπογράμμιση δική μου.

5 Διάταξη της 27ης Οκτωβρίου 2015, Βέλγιο κατά Επιτροπής (Τ-721/14, ΕΥ:Τ:2015:829).

7. Κατά το άρθρο 288 ΣΛΕΕ:

«Για την άσκηση των αρμοδιοτήτων της Ένωσης, τα θεσμικά όργανα θεσπίζουν κανονισμούς, οδηγίες, αποφάσεις, συστάσεις και γνώμες.

Ο κανονισμός έχει γενική ισχύ. Είναι δεσμευτικός ως προς όλα τα μέρη του και ισχύει σε κάθε κράτος μέλος.

Η οδηγία δεσμεύει κάθε κράτος μέλος στο οποίο απευθύνεται, όσον αφορά το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, αλλά αφήνει την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών.

Η απόφαση είναι δεσμευτική ως προς όλα τα μέρη της. Όταν ορίζει αποδέκτες, είναι δεσμευτική μόνο για αυτούς.

Οι συστάσεις και οι γνώμες δεν δεσμεύουν.»

8. Το άρθρο 292 ΣΛΕΕ έχει ως εξής: «Το Συμβούλιο διατυπώνει συστάσεις. Αποφασίζει μετά από πρόταση της Επιτροπής σε όλες τις περιπτώσεις όπου οι Συνθήκες προβλέπουν την έκδοση πράξεων μετά από πρόταση της Επιτροπής. Αποφασίζει ομόφωνα στους τομείς για τους οποίους απαιτείται ομοφωνία για την έκδοση πράξης της Ένωσης. Η Επιτροπή, καθώς και η Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα στις ειδικές περιπτώσεις που προβλέπονται από τις Συνθήκες, διατυπώνουν συστάσεις».

9. Το άρθρο 296 ΣΛΕΕ ορίζει:

«Όταν δεν προβλέπεται στις Συνθήκες ο τύπος της προς έκδοση πράξης, τα θεσμικά όργανα επιλέγουν τον τύπο της πράξης αυτής κατά περίπτωση, τηρώντας τις εφαρμοστέες διαδικασίες και την αρχή της αναλογικότητας.

Οι νομικές πράξεις αιτιολογούνται και αναφέρονται στις προτάσεις, πρωτοβουλίες, συστάσεις, αιτήσεις ή γνώμες που προβλέπονται από τις Συνθήκες.

Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο, όταν επιλαμβάνονται σχεδίων νομοθετικών πράξεων, δεν εκδίδουν πράξεις που δεν προβλέπονται από τη νομοθετική διαδικασία που εφαρμόζεται στον οικείο τομέα.»

2. Η Σύσταση της Επιτροπής

10. Κατά την αιτιολογική σκέψη 5 της Συστάσεως της Επιτροπής, «[ε]λλείπει εναρμόνισης σε ενωσιακό επίπεδο, τα κράτη μέλη είναι, καταρχήν, ελεύθερα να θέτουν τους στόχους της πολιτικής τους σε σχέση με τα τυχερά παιχνίδια και να προσδιορίζουν το επίπεδο της επιδιωκόμενης προστασίας για τον σκοπό της προστασίας της υγείας των καταναλωτών [...]».

11. Η αιτιολογική σκέψη 8 αναφέρει ότι «[ο]ι κανόνες και οι πολιτικές που τα κράτη μέλη έχουν θεσπίσει για την επιδίωξη στόχων δημοσίου συμφέροντος ποικίλλουν σημαντικά. Η δράση σε επίπεδο Ένωσης ενθαρρύνει τα κράτη μέλη να παρέχουν υψηλό επίπεδο προστασίας σε ολόκληρη την Ένωση [...]».

12. Κατά την αιτιολογική σκέψη 9, σκοπός της Συστάσεως είναι «να προστατευθεί η υγεία των καταναλωτών και των παικτών και, επομένως, επίσης να ελαχιστοποιηθεί η ενδεχόμενη οικονομική βλάβη που μπορεί να προκύψει από την παθολογική ή υπερβολική εξάρτηση από τα τυχερά παιχνίδια. Για το σκοπό αυτό, συνιστά αρχές για ένα υψηλό επίπεδο προστασίας των καταναλωτών, των παικτών και των ανηλίκων όσον αφορά τις υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση. Κατά την προπαρασκευή της παρούσας σύστασης, η Επιτροπή βασίστηκε στις ορθές πρακτικές στα κράτη μέλη».

13. Η αιτιολογική σκέψη 15 αναφέρει ότι «[ε]ίναι σκόπιμο να κληθούν τα κράτη μέλη να προτείνουν κανόνες που θα παρέχουν στους καταναλωτές πληροφορίες σχετικά με τα τυχερά παιχνίδια σε απευθείας σύνδεση [...]».

14. Η αιτιολογική σκέψη 16 αναφέρει ότι, «[ό]που ενδείκνυται, οι αρχές της παρούσας σύστασης δεν θα πρέπει να απευθύνονται μόνο στους φορείς εκμετάλλευσης αλλά και σε τρίτους, συμπεριλαμβανομένων των λεγόμενων “συνδεδεμένων επιχειρήσεων”, στις οποίες επιτρέπεται να προωθούν υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση εξ ονόματος του φορέα εκμετάλλευσης».

15. Η αιτιολογική σκέψη 27 επισημαίνει ότι «[η] αποτελεσματική εποπτεία είναι αναγκαία για την κατάλληλη προστασία των στόχων δημόσιου συμφέροντος. Τα κράτη μέλη θα πρέπει να ορίσουν αρμόδιες αρχές, να θεσπίσουν σαφείς κατευθυντήριες γραμμές για τους φορείς εκμετάλλευσης και να παρέχουν πληροφορίες εύκολα προσβάσιμες για τους καταναλωτές, συμπεριλαμβανομένων των ανηλίκων».

16. Η αιτιολογική σκέψη 29 προσθέτει ότι «[η] παρούσα σύσταση δεν επηρεάζει την οδηγία 2005/29/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου ούτε την οδηγία 93/113/ΕΟΚ του Συμβουλίου».

17. Το τμήμα I της Συστάσεως ορίζει τον σκοπό της. Κατά το σημείο 1, «[σ]υνιστάται στα κράτη μέλη να επιτύχουν ένα υψηλό επίπεδο προστασίας για τους καταναλωτές, τους παίκτες και τους ανηλίκους, μέσω της θέσπισης αρχών για τις υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση και για τις υπεύθυνες εμπορικές ανακοινώσεις των εν λόγω υπηρεσιών, με σκοπό τη διαφύλαξη της υγείας καθώς και την ελαχιστοποίηση των ενδεχόμενων οικονομικών βλαβών που μπορεί να προκύψουν από την παθολογική εξάρτηση ή την υπερβολική συμμετοχή σε τυχερά παιχνίδια». Το σημείο 2 αναφέρει ότι «[η] παρούσα σύσταση δεν επηρεάζει το δικαίωμα των κρατών μελών να θεσπίζουν κανονιστικές ρυθμίσεις για τις υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών».

18. Το τμήμα III της Συστάσεως θέτει ορισμένες αρκετά ειδικές και αναλυτικές απαιτήσεις ενημερώσεως για τις σελίδες του δικτυακού τόπου τυχερών παιχνιδιών του φορέα εκμεταλλεύσεως, και δη για το είδος των πληροφοριών που θα πρέπει να προβάλλονται σε εμφανές σημείο στην αρχική σελίδα τους και για τον αριθμό των «clicks» που απαιτείται για να είναι προσβάσιμη κάθε πληροφορία. Το τμήμα IV προσθέτει περαιτέρω απαιτήσεις όσον αφορά τους ανήλικους.

19. Το τμήμα V διέπει την εγγραφή και τους λογαριασμούς του παίκτη. Ειδικότερα, το σημείο 15 προβλέπει ότι «[τ]α κράτη μέλη θα πρέπει να διασφαλίζουν ότι η συμμετοχή ενός προσώπου σε μια υπηρεσία τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση επιτρέπεται μόνο εάν ο παίκτης έχει εγγραφεί και διατηρεί λογαριασμό στον φορέα εκμετάλλευσης».

20. Το τμήμα VI ρυθμίζει τη δραστηριότητα και υποστήριξη του παίκτη. Το τμήμα VII καλύπτει την εμπορική ανακοίνωση και το τμήμα IX τις χορηγίες.

21. Το τμήμα XI αφορά την εποπτεία. Κατά το σημείο 51, τα κράτη μέλη καλούνται «να ορίσουν αρμόδιες ρυθμιστικές αρχές τυχερών παιχνιδιών κατά την εφαρμογή των αρχών που ορίζονται στην παρούσα σύσταση, για τη διασφάλιση και την παρακολούθηση, με ανεξάρτητο τρόπο, της αποτελεσματικής συμμόρφωσης με τα εθνικά μέτρα που λαμβάνονται για την υποστήριξη των αρχών που προβλέπονται στην παρούσα σύσταση».

22. Το τμήμα XII, ακροτελεύτιο τμήμα της Συστάσεως, διέπει την υποβολή εκθέσεων. Το σημείο 52 αναφέρει ότι «[τ]α κράτη μέλη καλούνται να κοινοποιήσουν στην Επιτροπή κάθε μέτρο που έχει ληφθεί σύμφωνα με την παρούσα σύσταση έως τις 19 Ιανουαρίου 2016, προκειμένου η Επιτροπή να είναι σε θέση να αξιολογήσει την εφαρμογή της παρούσας σύστασης».

23. Κατά το σημείο 53, «[τ]α κράτη μέλη καλούνται να συλλέγουν αξιόπιστα δεδομένα σε ετήσια βάση για στατιστικούς σκοπούς σχετικά με τα εξής:

α) τα εφαρμοστέα μέτρα προστασίας των παικτών, ιδίως τον αριθμό των λογαριασμών παικτών (που άνοιξαν και έκλεισαν), τον αριθμό των αυτοαποκλεισθέντων παικτών, τα πρόσωπα που αντιμετωπίζουν διαταραχές συνδεόμενες με τυχερά παιχνίδια και τις καταγγελίες από παίκτες·

β) τις εμπορικές ανακοινώσεις κατά κατηγορία και κατά είδος παράβασης των αρχών.

Τα κράτη μέλη καλούνται να κοινοποιούν τις πληροφορίες αυτές στην Επιτροπή, για πρώτη φορά, έως τις 19 Ιουλίου 2016.»

24. Τέλος, το σημείο 54 αναφέρει ότι «[η] Επιτροπή θα πρέπει να αξιολογήσει την εφαρμογή της σύστασης έως τις 19 Ιανουαρίου 2017».

III. Τα πραγματικά περιστατικά και η διαφορά της κύριας δίκης

25. Το 2011, στην Πράσινη Βίβλο για τα «Τυχερά παιχνίδια σε απευθείας σύνδεση στην εσωτερική αγορά»⁶, η Επιτροπή εντόπισε τους κοινούς στόχους των κρατών μελών όσον αφορά τη ρύθμιση των υπηρεσιών τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση. Επίσης, εντόπισε τους βασικούς τομείς προτεραιότητας για τη δράση της Ένωσης.

26. Με την ανακοίνωσή της «Προς ένα ολοκληρωμένο ευρωπαϊκό πλαίσιο για τα τυχερά παιχνίδια σε απευθείας σύνδεση», την οποία εξέδωσε στις 23 Οκτωβρίου 2012⁷, η Επιτροπή πρότεινε σειρά δράσεων για την αντιμετώπιση των κανονιστικών, κοινωνικών και τεχνολογικών προκλήσεων των τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση. Ειδικότερα, η Επιτροπή δήλωσε ότι, γενικώς, δεν κρίνεται σκόπιμο κατά το παρόν στάδιο να προταθεί τομεακή νομοθεσία της Ένωσης σχετική με τα τυχερά παιχνίδια σε απευθείας σύνδεση. Με την ίδια ανακοίνωση, η Επιτροπή εξήγγειλε ότι θα διατυπώσει συστάσεις για την προστασία των καταναλωτών στον τομέα των υπηρεσιών τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση, συμπεριλαμβανομένης της προστασίας των ανηλίκων, και για την υπεύθυνη διαφήμιση των υπηρεσιών τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση.

27. Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, με ψήφισμα της 10ης Σεπτεμβρίου 2013 σχετικά με τα τυχερά παιχνίδια σε απευθείας σύνδεση στην εσωτερική αγορά⁸, προέτρεψε την Επιτροπή να διερευνήσει τη δυνατότητα διαλειτουργικότητας μεταξύ των εθνικών μητρώων αυτοαποκλεισμού. Κάλεσε την Επιτροπή να αυξήσει την ευαισθητοποίηση σχετικά με τους κινδύνους εθισμού σε τυχερά παιχνίδια και να εξετάσει υποχρεωτικούς ελέγχους ταυτοποίησης από τρίτους. Ζήτησε επίσης να επιβληθεί στους φορείς εκμεταλλεύσεως παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση η υποχρέωση να παρέχουν

6 COM(2011) 128 τελικό.

7 COM(2012) 596 τελικό.

8 P7_TA(2013)0348.

πληροφορίες στις ρυθμιστικές αρχές, να ενημερώνουν των ανηλίκους και να χρησιμοποιούν αυτοπεριορισμούς στους ιστοτόπους τυχερών παιχνιδιών. Επιπλέον, το Κοινοβούλιο υποστήριξε τη διατύπωση κοινών αρχών για υπεύθυνες εμπορικές ανακοινώσεις. Οι εμπορικές ανακοινώσεις θα πρέπει να περιλαμβάνουν σαφείς προειδοποιήσεις για τις συνέπειες της εξαρτήσεως από τυχερά παιχνίδια και τους κινδύνους εθισμού σε αυτά. Οι εμπορικές ανακοινώσεις θα πρέπει να μην είναι υπερβολικές και να μην προβάλλονται με περιεχόμενο που εστιάζει ειδικά σε ανηλίκους ή όταν υπάρχει μεγαλύτερος κίνδυνος εστίασεως σε ανήλικους.

28. Επίσης η Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή ζήτησε από την Επιτροπή να παρέμβει προκειμένου να βελτιώσει την προστασία του καταναλωτή, όσον αφορά τα τυχερά παιχνίδια σε απευθείας σύνδεση, και να προστατεύσει τους ανηλίκους⁹.

29. Στο πλαίσιο αυτό, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξέδωσε στις 14 Ιουλίου 2014 την επίμαχη Σύσταση βάσει του άρθρου 292 ΣΛΕΕ. Το πλήρες κείμενο της Συστάσεως δημοσιεύθηκε στη σειρά L της *Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης* στις 19 Ιουλίου 2014.

30. Η έκδοση της Συστάσεως συνοδεύτηκε με ανακοινωθέν Τύπου¹⁰ και με υπόμνημα¹¹. Το υπόμνημα αυτό παρουσίασε τη Σύσταση της Επιτροπής ως εξής: «Μια σύσταση είναι ένα μη δεσμευτικό μέσο που η Ευρωπαϊκή Επιτροπή χρησιμοποιεί για να στείλει ένα σαφές μήνυμα στα κράτη μέλη σχετικά με τις δράσεις που αναμένεται να διορθώσουν μια κατάσταση, αφήνοντας επαρκή ευελιξία σε εθνικό επίπεδο σχετικά με τον τρόπο επιτεύξεως του σκοπού αυτού. Ο καθορισμός των σκοπών που πρέπει να επιτευχθούν πρέπει να λειτουργεί ως καταλύτης για την ανάπτυξη συνεκτικών αρχών που θα εφαρμόζονται σε ολόκληρη την Ευρωπαϊκή Ένωση». Όσον αφορά την επιλογή του είδους του νομικού μέσου, το υπόμνημα πρόσθεσε ότι «σε επίπεδο Ένωσης δεν υπάρχει ειδική τομεακή νομοθεσία όσον αφορά τον τομέα των υπηρεσιών τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση και δεν θεωρήθηκε σκόπιμο να προταθεί τέτοια ειδική νομοθεσία. Επιπλέον, σύσταση της Επιτροπής μπορεί να εκδοθεί αμέσως, ενώ οι νομοθετικές προτάσεις πρέπει να υιοθετηθούν από το Συμβούλιο των Υπουργών της Ένωσης και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, πράγμα το οποίο μπορεί να απαιτεί χρόνο».

IV. Η αναιρεσιβαλλόμενη διάταξη

31. Στις 13 Οκτωβρίου 2014, το Βασίλειο του Βελγίου άσκησε ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου προσφυγή ακυρώσεως της επίμαχης Συστάσεως.

32. Με διάταξη της 27ης Οκτωβρίου 2015, το Γενικό Δικαστήριο απέρριψε την προσφυγή ακυρώσεως ως απαράδεκτη¹². Έκρινε ότι, λαμβανομένων υπόψη του γράμματος, του περιεχομένου και του πλαισίου της, η Σύσταση δεν παρήγαγε ούτε είχε σκοπό να παραγάγει δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα. Ως εκ τούτου, δεν ήταν δυνατό να χαρακτηριστεί ως πράξη δεκτική προσφυγής κατά το άρθρο 263 ΣΛΕΕ¹³.

33. Στο σκεπτικό του, το Γενικό Δικαστήριο υπογράμμισε, πρώτα, ότι το κείμενο της Συστάσεως δεν είναι διατυπωμένο με επιτακτικό τρόπο, παρά ορισμένες ήσσονος σημασίας αποκλίσεις μεταξύ γλωσσικών αποδόσεων¹⁴.

9 2012/2322(INI).

10 IP/14/828 της 14ης Ιουλίου 2014, διατίθεται στη διαδικτυακή διεύθυνση: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_el.htm.

11 ΜΕΜΟ/14/484 της 14ης Ιουλίου 2014, διατίθεται στη διαδικτυακή διεύθυνση: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm.

12 Διάταξη της 27ης Οκτωβρίου 2015, Βέλγιο κατά Επιτροπής (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 Σκέψη 37 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

14 Σκέψεις 21 επ. της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

34. Περαιτέρω, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι το περιεχόμενο της επίμαχης Συστάσεως δείχνει ότι η Επιτροπή δεν είχε πρόθεση να της προσδώσει δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα¹⁵. Συγκεκριμένα, στα σημεία 51 έως 53 τα κράτη μέλη *καλούνται* να ορίσουν ρυθμιστικές και ελεγκτικές αρχές για τα τυχερά παιχνίδια και να κοινοποιούν στην Επιτροπή κάθε μέτρο που λαμβάνουν σύμφωνα με τη Σύσταση. Αυτό δεν επιβάλλει υποχρέωση στα κράτη μέλη να εφαρμόσουν τις αρχές που διατυπώνονται στη συγκεκριμένη πράξη. Εξάλλου, η Επιτροπή ρητώς ανέφερε ότι η Σύσταση δεν θίγει την κανονιστική εξουσία των κρατών μελών στον οικείο τομέα: τα κράτη μέλη απλώς καλούνται να συμμορφωθούν με τις αρχές που διατυπώνονται σε αυτήν¹⁶.

35. Το Γενικό Δικαστήριο θεώρησε ότι η συγκεκριμένη ανάλυση του γράμματος και του περιεχομένου της Συστάσεως επιβεβαιώνεται από την ανάλυση του πλαισίου στο οποίο αυτή εντάσσεται. Οι συζητήσεις εντός του Συμβουλίου, του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και της Επιτροπής δείχνουν ότι τότε δεν υπήρχε πρόθεση να προταθεί η θέσπιση ενωσιακής ρυθμίσεως στον τομέα αυτόν¹⁷.

36. Το Γενικό Δικαστήριο προσέθεσε ότι από μόνη της η δημοσίευση της Συστάσεως στη σειρά L και όχι στη σειρά C της Επίσημης Εφημερίδας δεν μπορεί να αναφέρει το συμπέρασμα ότι η Σύσταση δεν είχε σκοπό να παραγάγει δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα¹⁸. Εξέθεσε επίσης ότι από το γεγονός και μόνον ότι οι συστάσεις, μολονότι μη δεσμευτικές, ενδέχεται να έχουν έννομα αποτελέσματα δεν μπορεί να συναχθεί ότι είναι πράξεις δεκτικές προσφυγής. Αντίθετη κρίση θα προσέκρουε στο άρθρο 263 ΣΛΕΕ, κατά το οποίο οι συστάσεις, οι οποίες δεν δεσμεύουν, δεν υπόκεινται σε προσφυγή ακυρώσεως¹⁹.

37. Το γεγονός ότι θεσμικό όργανο της Ένωσης φέρεται ότι παραβίασε τις αρχές της θεσμικής ισορροπίας, του καταμερισμού των αρμοδιοτήτων ή της ειλικρινούς συνεργασίας δεν δικαιολογεί εξαίρεση από τους κανόνες περί παραδεκτού που η Σύμβαση θέσπισε για τις προσφυγές ακυρώσεως²⁰. Ειδικότερα, από το γεγονός ότι στο πλαίσιο προσφυγών λόγω παραβάσεως το Δικαστήριο δύναται να εξετάσει, υπό το πρίσμα της υποχρέωσης ειλικρινούς συνεργασίας που έχουν τα κράτη μέλη, πράξη ή δράση που δεν έχει δεσμευτικά έννομα αποτελεσμάτων δεν προκύπτει ότι το ίδιο πρέπει να ισχύει στο πλαίσιο προσφυγών ακυρώσεως²¹.

38. Το Γενικό Δικαστήριο εξέθεσε ότι, σε αντίθεση με το επιχείρημα του τότε προσφεύγοντος, η Σύσταση δεν περιέχει κάποιον κανόνα ή κάποια αρχή που να αποσκοπεί στην εναρμόνιση της αγοράς υπηρεσιών στον τομέα των τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση. Τούτο είναι σαφές υπό το πρίσμα του σημείου 2 το οποίο ρητώς επιβεβαιώνει την κανονιστική εξουσία των κρατών μελών στον οικείο τομέα²². Η Σύσταση δεν είχε σκοπό να περιορίσει την ευχέρεια κάθε κράτους μέλους να καθορίζει, σύμφωνα με τις δικές του προτιμήσεις, τι απαιτείται για τη διασφάλιση της προστασίας των περιών πρόκειται ηθικών, θρησκευτικών και πολιτισμικών πτυχών²³.

15 Σκέψη 29 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

16 Σκέψεις 32 έως 35 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

17 Σκέψη 36 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

18 Σκέψεις 38 έως 40 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

19 Σκέψεις 42 έως 48 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

20 Σκέψεις 51 και 52 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

21 Σκέψεις 54 και 55 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

22 Σκέψη 64 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

23 Σκέψη 68 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως.

V. Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

39. Με την αίτησή του αναιρέσεως, το Βασίλειο του Βελγίου (στο εξής: αναιρεσείον) ζητεί από το Δικαστήριο να αναιρέσει τη διάταξη του Γενικού Δικαστηρίου, να κηρύξει παραδεκτή την προσφυγή ακυρώσεως, να εκδικάσει την παρούσα υπόθεση επί της ουσίας, να δεχθεί τις αιτήσεις παρεμβάσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας και της Πορτογαλικής Δημοκρατίας²⁴ και να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

40. Η Επιτροπή ζητεί από το Δικαστήριο να απορρίψει την αίτηση αναιρέσεως και να καταδικάσει το αναιρεσείον στα δικαστικά έξοδα.

41. Το αναιρεσείον προβάλλει τρεις λόγους αναιρέσεως: (i) παραβίαση των αρχών της δοτής αρμοδιότητας, της καλόπιστης συνεργασίας και της θεσμικής ισορροπίας· (ii) παράβαση της αρχής της καλόπιστης συνεργασίας και παραγνώριση της θέσεως του κρατών μελών ως προνομιακών προσφευγόντων, και (iii) εσφαλμένη ερμηνεία των εννόμων αποτελεσμάτων της Συστάσεως έναντι του Βελγίου.

42. Με τον πρώτο λόγο αναιρέσεως, το αναιρεσείον προβάλλει ότι η προσφυγή έπρεπε να κηρυχθεί παραδεκτή, επειδή το Γενικό Δικαστήριο έπρεπε να εξετάσει αν το όργανο που εξέδωσε τη Σύσταση είχε αρμοδιότητα αντί να εξετάσει μόνον αν η Σύσταση έχει δεσμευτικό έννομο αποτέλεσμα. Ειδικότερα, το Γενικό Δικαστήριο δεν τήρησε τις αρχές της δοτής αρμοδιότητας, της καλόπιστης συνεργασίας και της θεσμικής ισορροπίας, καθόσον δεν εξέτασε αν υπήρχε ουσιαστική νομική βάση δικαιολογούσα την έκδοση της Συστάσεως. Το άρθρο 292 ΣΛΕΕ δεν παρέχει αυτοτελή νομική βάση: εξουσιοδοτεί τόσο το Συμβούλιο όσο και την Επιτροπή να εκδίδουν συστάσεις, αλλά προκειμένου να διαπιστωθεί ποιο από τα δύο είναι αρμόδιο πρέπει να εξεταστούν οι ουσιαστικές αρμοδιότητες που οι Συνθήκες παρέχουν σε κάθε ένα από τα όργανα αυτά.

43. Περαιτέρω, το αναιρεσείον διατείνεται ότι ακόμη και μια μη δεσμευτική σύσταση πρέπει να είναι δεκτική δικαστικού ελέγχου, προκειμένου να καθοριστεί αν τηρεί τις προαναφερθείσες αρχές. Το Γενικό Δικαστήριο, μη επιτρέποντας τον δικαστικό έλεγχο, παραγνώρισε την αρχή της δοτής αρμοδιότητας. Επίσης, εφάρμοσε το άρθρο 263 ΣΛΕΕ κατά τρόπο που δεν συνάδει με πάγια νομολογία: κάθε πράξη που εκδίδουν τα θεσμικά όργανα πρέπει να αναφέρει σαφώς τη νομική της βάση²⁵.

44. Κατά το αναιρεσείον, το γεγονός και μόνον ότι η Επιτροπή εξέδωσε νομική πράξη από τις απαριθμούμενες στο άρθρο 288 ΣΛΕΕ χωρίς να έχει την αναγκαία προς τούτο αρμοδιότητα, παράγει, αφ' εαυτού, νομικό αποτέλεσμα, επειδή διαταράσσει την ισορροπία αρμοδιοτήτων μεταξύ της Ένωσης και των κρατών μελών, καθώς και μεταξύ των θεσμικών οργάνων της Ένωσης. Κατά συνέπεια, η πράξη αυτή πρέπει να μπορεί να ελεγχθεί από το Δικαστήριο. Η συμμόρφωση με τις αρχές αυτές πρέπει να εξακριβώνεται πριν αξιολογείται αν πρόκειται για «γνήσια» σύσταση. Το αναιρεσείον υποστηρίζει ότι μια γνήσια νομοθετική πράξη της Ένωσης πρέπει να εκδίδεται σύμφωνα με τη νομοθεσία της Ένωσης και να λαμβάνει υπόψη τις προνομίες των άλλων θεσμικών οργάνων της Ένωσης και των κρατών μελών.

24 Η Πορτογαλική Δημοκρατία και η Ελληνική Δημοκρατία ζήτησαν να παρέμβουν υπέρ του αναιρεσείοντος ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου. Ωστόσο, εφόσον απέρριψε την προσφυγή ως απαράδεκτη, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι παρέλκει η εξέταση των εν λόγω αιτήσεων παρεμβάσεως (σκέψη 86 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως).

25 Το αναιρεσείον επικαλείται τη γνωμοδότηση 2/00 προκειμένου να τονίσει τη συνταγματικού χαρακτήρα σημασία της επιλογής της προσήκουσας νομικής βάσεως [γνωμοδότηση 2/00 (Πρωτόκολλο της Καρθαγένης περί προλήψεως των κινδύνων που απορρέουν από τη βιοτεχνολογία) της 6ης Δεκεμβρίου 2001, EU:C:2001:664, σκέψη 5]. Βλ., επίσης, απόφαση της 1ης Οκτωβρίου 2009, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (C-370/07, EU:C:2009:590, σκέψη 47).

45. Με τον δεύτερο λόγο αναιρέσεως, το αναιρεσείον προβάλλει την αιτίαση ότι, βασιζόμενο στη διαφορά μεταξύ της διαδικασίας ακυρώσεως και της διαδικασίας λόγω παραβάσεως, το Γενικό Δικαστήριο θεώρησε μη σχετική τη νομολογία κατά την οποία οι παράγουσες μη δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα πράξεις που εκδόθηκαν κατά παράβαση του καθήκοντος ειλικρινούς συνεργασίας υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο στο πλαίσιο διαδικασίας λόγω παραβάσεως²⁶. Τούτο ουδόλως λαμβάνει υπόψη τον αμοιβαίο χαρακτήρα της αρχής της καλόπιστης συνεργασίας²⁷. Έτσι, το Γενικό Δικαστήριο στερεί από κράτος μέλος τη δυνατότητα προσβάσεως στο Δικαστήριο με προσφυγή ακυρώσεως, ενώ τα κράτη μέλη είναι προνομιακοί προσφεύγοντες.

46. Με τον τρίτο λόγο αναιρέσεως, το αναιρεσείον υποστηρίζει ότι κατά την εξέταση της Σύστασης το Γενικό Δικαστήριο δεν εφάρμοσε ορθώς τη νομολογία σχετικά με την Ευρωπαϊκή Συμφωνία περί των οδικών μεταφορών (στο εξής: νομολογία ΕΣΟΜ)²⁸ και τη μεταγενέστερη νομολογία. Συνάγει ότι η νομιμότητα της Σύστασης δύναται να ελεγχθεί βάσει του άρθρου 263 ΣΛΕΕ επειδή η Σύσταση παράγει έννομα αποτελέσματα, τουλάχιστον έναντι του Βελγίου και της Πορτογαλίας.

47. Το αναιρεσείον υποστηρίζει ότι το Γενικό Δικαστήριο έπρεπε να λάβει υπόψη το γεγονός ότι η Σύσταση είναι διατυπωμένη με επιτακτικό τρόπο σε διάφορες γλωσσικές αποδόσεις, όπως η πορτογαλική, αλλά και στις δύο από τις τρεις επίσημες γλώσσες του Βελγίου, δηλαδή στην ολλανδική και τη γερμανική, δεδομένου ιδίως ότι οι συστάσεις πρέπει να λαμβάνονται υπόψη από τα εθνικά δικαστήρια. Το Γενικό Δικαστήριο δεν έπρεπε να δει τη Σύσταση με ένα γενικό τρόπο, αλλά με ειδικό τρόπο, καθορίζοντας αν παράγει έννομα αποτελέσματα έναντι του Βελγίου. Λαμβανομένης υπόψη της επιτακτικής διατυπώσεως στην ολλανδική και τη γερμανική γλώσσα, είναι δυνατόν να συναχθεί ότι υπάρχουν «ισχυρότερα» έννομα αποτελέσματα έναντι του Βελγίου, σε σύγκριση με άλλες γλωσσικές αποδόσεις.

48. Με το υπόμνημά της επί της αιτήσεως αναιρέσεως, η Επιτροπή απορρίπτει τις αιτιάσεις του αναιρεσείοντος ως προς τις προϋποθέσεις παραδεκτού της προσφυγής ακυρώσεως μιας συστάσεως. Υποστηρίζει ότι τα επιχειρήματα του αναιρεσείοντος αφορούν την ουσία της υποθέσεως (καθώς θέτουν ζητήματα ως προς τις αρχές της δοτής αρμοδιότητας, της καλόπιστης συνεργασίας και της θεσμικής ισορροπίας και ως προς τη νομική βάση), ενώ η εκκρεμής διαδικασία περιορίζεται στο παραδεκτό.

49. Όσον αφορά τον αμοιβαίο χαρακτήρα της αρχής της ειλικρινούς συνεργασίας (δεύτερος λόγος αναιρέσεως), η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το Βασίλειο του Βελγίου εσφαλμένως προέβαλε ότι το Γενικό Δικαστήριο δημιούργησε δικονομική ανισότητα υπέρ της Επιτροπής στο πλαίσιο της διαδικασίας λόγω παραβάσεως και εις βάρος των κρατών μελών στο πλαίσιο της διαδικασίας ακυρώσεως. Αυτό το συμπέρασμα του Γενικού Δικαστηρίου συνεπάγεται μόνον ότι η νομιμότητα των συστάσεων δεν δύναται να ελεγχθεί βάσει του άρθρου 263 ΣΛΕΕ. Επομένως, δεν υπάρχει ανισότητα όσον αφορά την εφαρμογή του άρθρου 263 ΣΛΕΕ.

50. Η Επιτροπή θεωρεί ότι δεν ασκεί επιρροή το γεγονός ότι υπάρχει μια ελαφρώς διαφορετική διατύπωση σε μια από τις αποδόσεις στις επίσημες γλώσσες ενός κράτους μέλους. Τούτο, επειδή η αξιολόγηση των έννομων αποτελεσμάτων που παράγει μια σύσταση, αν παράγει, πρέπει να βασίζεται επίσης στον σκοπό και στο πλαίσιο της συγκεκριμένης πράξεως. Κατά την Επιτροπή, οι πράξεις της Ένωσης πρέπει να ερμηνεύονται με αυτοτελή τρόπο, ανεξάρτητα από το εσωτερικό δίκαιο.

26 Αποφάσεις της 12ης Φεβρουαρίου 2009, Επιτροπή κατά Ελλάδας (C-45/07, EU:C:2009:81), και της 20ής Απριλίου 2010, Επιτροπή κατά Σουηδίας (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Απόφαση της 16ης Οκτωβρίου 2003, Ιρλανδία κατά Επιτροπής (C-339/00, EU:C:2003:545, σκέψη 71).

28 Απόφαση της 31ης Μαρτίου 1971, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (22/70, EU:C:1971:32).

51. Με το υπόμνημά του απαντήσεως, το αναιρεσείον εστίασε στη νομική βάση της Συστάσεως, η οποία, κατά την άποψή του, λείπει. Επέμεινε στο ότι μια σύσταση της Επιτροπής παράγει έννομα αποτελέσματα λόγω της υπάρξεώς της (έστω και περιορισμένα), πράγμα που σημαίνει ότι πρέπει να μπορεί να ελεγχθεί ως προς τη νομιμότητά της. Ένα κράτος μέλος πρέπει να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει έλεγχο του κύρους οποιασδήποτε πράξεως της Ένωσης όταν δεν είναι σαφές αν αυτή εκδόθηκε εντός των ορίων της αρχής της δοτής αρμοδιότητας, ιδίως όταν δεν υφίσταται ουσιαστική νομική βάση. Η απλώς και μόνον παραπομπή στο άρθρο 292 ΣΛΕΕ δεν είναι αρκετή. Δεν ικανοποιεί την απαίτηση υπάρξεως ουσιαστικής νομικής βάσεως.

52. Με το υπόμνημά της ανταπαντήσεως, η Επιτροπή προέβαλε ότι δεν υπάρχει κενό στις διαδικασίες που προβλέπουν οι Συνθήκες. Οι συστάσεις αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 263 ΣΛΕΕ. Το μόνο ζήτημα είναι αν η επίμαχη Σύσταση είναι «γνήσια» σύσταση. Το ζήτημα της νομικής βάσεως ανήκει στην εκτίμηση της ουσίας και επομένως πρέπει να αξιολογηθεί μόνον αν η προσφυγή είναι παραδεκτή. Εν πάση περιπτώσει, η Επιτροπή δεν θεώρησε ότι το αναιρεσείον απέδειξε γιατί ήταν αναγκαία νομική βάση άλλη από το άρθρο 292 ΣΛΕΕ.

53. Πέρα από τα υπομνήματά τους, το Βασίλειο του Βελγίου και η Επιτροπή υπέβαλαν προφορικές παρατηρήσεις κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 26ης Ιουνίου 2017.

VI. Ανάλυση

54. Το αναιρεσείον προέβαλε τρεις λόγους αναιρέσεως. Θεωρώ σκόπιμο να προταχθεί η εξέταση του τρίτου λόγου αναιρέσεως (με τον οποίο προβάλλεται ότι το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη εκτιμήσεως όσον αφορά την έλλειψη έννομων αποτελεσμάτων της επίμαχης Συστάσεως), στην ουσία για δύο λόγους. Πρώτον, πρόκειται για την αιχμή του δόρατος της αιτήσεως αναιρέσεως ενώπιον του Δικαστηρίου. Με τον ένα ή τον άλλο τρόπο, ο τρίτος λόγος αναιρέσεως επίσης άπτεται στοιχείων του πρώτου και του δευτέρου λόγου αναιρέσεως. Σε ορισμένο βαθμό, σε μια υπόθεση όπως η παρούσα, στοιχεία ουσιαστικής εκτιμήσεως ήδη συνδέονται με το στάδιο της κρίσεως περί παραδεκτού. Δεύτερον, είμαι της γνώμης ότι ο τρίτος λόγος αναιρέσεως είναι βάσιμος. Το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο: ερμήνευσε εσφαλμένως τα αποτελέσματα της επίμαχης Συστάσεως και, επομένως, εξέφερε εσφαλμένη κρίση ως προς το παραδεκτό της προσφυγής²⁹.

55. Η σύσταση αποτελεί «τυπική» πράξη του δικαίου της Ένωσης η οποία απαριθμείται στο άρθρο 288 ΣΛΕΕ. Σε αντίθεση με ένα δυνητικά ευρύ φάσμα «άτυπων» πράξεων των θεσμικών οργάνων και οργανισμών της Ένωσης, δηλαδή όσων δεν απαριθμούνται, το άρθρο 288 ΣΛΕΕ καθορίζει τα χαρακτηριστικά μιας συστάσεως –δεν δεσμεύει. Επιπλέον, το άρθρο 263, πρώτο εδάφιο, ΣΛΕΕ σαφώς αποκλείει τις συστάσεις από τις προσφυγές ακυρώσεως.

56. Λαμβανομένου υπόψη αυτού του νομοθετικού πλαισίου σε επίπεδο πρωτογενούς δικαίου, η επέκταση της νομολογίας ΕΣΟΜ³⁰, η οποία διαμορφώθηκε για τις «άτυπες» πράξεις, ίσως δεν είναι εντελώς αυτόματη. Επομένως, κατά την εξέταση προσφυγών ακυρώσεως συστάσεων, δύο είναι οι πιθανές προσεγγίσεις. Πρώτον, υπάρχει η προσέγγιση «*υπεροχή της ουσίας έναντι του τύπου*», που σημαίνει ότι ακόμη και στην περίπτωση τυπικών πράξεων, η ανάλυση της ουσίας της προσβαλλομένης πράξεως είναι αυτή που καθορίζει το παραδεκτό της προσφυγής ακυρώσεως. Αν, σε αντίθεση με τον τίτλο της, η πράξη είναι όντως κάτι άλλο από αυτό που δηλώνει (για παράδειγμα, δεν

29 Κατ' εμέ, η ερμηνεία των έννομων αποτελεσμάτων (ή της ελλείψεως έννομων αποτελεσμάτων) μιας (δυνητικής) πηγής του δικαίου της Ένωσης, όπως είναι μια σύσταση, αποτελεί αμιγώς νομικό ζήτημα και ως εκ τούτου υπόκειται σε πλήρη έλεγχο κατά το ανααιρετικό στάδιο. *Iura (item «ius molle») novit Curia.*

30 Απόφαση της 31ης Μαρτίου 1971, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (22/70, EU:C:1971:32).

είναι «γνήσια» σύσταση), θα πρέπει να μπορεί να ελεγχθεί δικαστικώς, ανεξαρτήτως της ονομασίας της. Δεύτερον, υπάρχει η προσέγγιση «ο τύπος καθορίζει την ουσία», κατά την οποία ένα φτυάρι είναι πάντοτε ένα φτυάρι, έστω και αν έχει ένα κάπως περίεργο σχήμα. Αλλά επειδή και για όσο χρόνο αναγράφεται πάνω του η λέξη «φτυάρι», πρέπει να γίνεται αντιληπτό και να ερμηνεύεται ως τέτοιο.

57. Οι παρούσες προτάσεις διαρθρώνονται ως ακολούθως. Στην ενότητα (Α) παρουσιάζεται η πρώτη προσέγγιση: θα αρχίσω ανατρέχοντας στο ιστορικό του κριτηρίου που διατυπώθηκε στη νομολογία ΕΣΟΜ (Α.1), πριν έλθω στη μεταγενέστερη νομολογία και στην κατανόηση του κριτηρίου από το Γενικό Δικαστήριο στην παρούσα υπόθεση (Α.2). Στη συνέχεια, θα εξηγήσω τους λόγους για τους οποίους το κριτήριο αυτό είναι, στην περίπτωση των συστάσεων, πολλαπλώς προβληματικό (Α.3), πριν διατυπώσω την προτεινόμενη αναπροσαρμογή του (Α.4). Τέλος, θα δείξω τον τρόπο με τον οποίο ένα τέτοιο πιο εκλεπτυσμένο κριτήριο μπορεί να εφαρμοστεί στην επίμαχη Σύσταση (Α.5).

58. Στην ενότητα (Β) αποτυπώνεται κατ' αρχάς ένα περίγραμμα της δεύτερης προσεγγίσεως (Β.1), πριν διατυπωθούν περαιτέρω επιχειρήματα ως προς το γιατί, κατά την άποψή μου, το Δικαστήριο δεν πρέπει να υιοθετήσει την προσέγγιση αυτή (Β.2). Ωστόσο, για την περίπτωση που το Δικαστήριο θελήσει παρά ταύτα να ακολουθήσει την οδό αυτή, θα του ζητήσω να παράσχει τουλάχιστον ορισμένες σημαντικές διευκρινίσεις ως προς τη φύση και τα αποτελέσματα των συστάσεων (Β.3).

1. Υπεροχή της ουσίας έναντι του τύπου

1. Ευρωπαϊκή Συμφωνία περί των οδικών μεταφορών

59. Στην αρχική διατύπωσή του το 1957, το άρθρο 173 της Συνθήκης ΕΟΚ (κατόπιν άρθρο 230 ΕΚ, νυν άρθρο 263 ΣΛΕΕ), όριζε ότι το Δικαστήριο δύναται να ελέγχει τη νομιμότητα των «πράξεων του Συμβουλίου και της Επιτροπής, εκτός των συστάσεων και γνωμών». Το άρθρο δεν έδωσε θετικό ορισμό των νομικών πράξεων που θα μπορούσαν να ελεγχθούν δικαστικώς. Επομένως, του Δικαστηρίου έργο ήταν να αποφασίσει ποιες πράξεις μπορούσαν να ελεγχθούν δικαστικώς: ήταν μόνον οι πράξεις της Επιτροπής ή του Συμβουλίου που ρητώς ανέφερε ως δεσμευτικές πράξεις το τότε άρθρο 189 της Συνθήκης ΕΟΚ (νυν άρθρο 288 ΣΛΕΕ), δηλαδή οι κανονισμοί, οι οδηγίες και οι αποφάσεις, ή περιλαμβάνονταν επίσης οι «άτυπες πράξεις» που εκδίδονταν από τα εν λόγω θεσμικά όργανα, αλλά δεν αναφέρονταν ρητώς στις Συνθήκες;

60. Με την απόφαση στην υπόθεση Ευρωπαϊκή Συμφωνία περί των οδικών μεταφορών (στο εξής: απόφαση ΕΣΟΜ)³¹, η οποία αφορούσε πρακτικά του Συμβουλίου σχετικά με τη διαπραγμάτευση και τη σύναψη μιας διεθνούς συμφωνίας, το Δικαστήριο διατύπωσε ένα κριτήριο καθορισμού του αν μια προσφυγή ακυρώσεως πράξεως θεσμικού οργάνου είναι παραδεκτή (στο εξής: κριτήριο ΕΣΟΜ). Το Δικαστήριο έκρινε ότι κατά το άρθρο 173 της Συνθήκης ΕΟΚ στις «πράξεις κατά των οποίων μπορεί να ασκηθεί προσφυγή» περιλαμβάνεται «κάθε διάταξη θεσπιζόμενη από τα κοινοτικά όργανα και η οποία αποσκοπεί στη δημιουργία εννόμων αποτελεσμάτων [...] Η προσφυγή ακυρώσεως πρέπει, επομένως, να είναι δυνατή εναντίον *οποιασδήποτε πράξεων των κοινοτικών οργάνων, όποια και αν είναι η φύση ή η μορφή τους, οι οποίες αποσκοπούν στη δημιουργία εννόμων αποτελεσμάτων*»³².

61. Ως εκ τούτου, το αρχικό κριτήριο ΕΣΟΜ αφορούσε δύο στοιχεία: υπήρχε πράξη της Ένωσης *αποσκοπούσα* στην παραγωγή *έννομων αποτελεσμάτων*;

31 Απόφαση της 31ης Μαρτίου 1971, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (22/70, EU:C:1971:32).

32 Σκέψεις 39 και 42 της αποφάσεως (η υπογράμμιση δική μου). Στη συνέχεια, αυτή η έκφραση περί «πράξεων που παράγουν έννομα αποτελέσματα» ενσωματώθηκε στο άρθρο 173 ΕΚ με τη Συνθήκη του Μάαστριχτ.

62. Στη μεταγενέστερη νομολογία, το Δικαστήριο εφάρμοσε το κριτήριο σε ορισμένες άτυπες πράξεις, όπως σε εσωτερικές οδηγίες ή εσωτερικούς προσανατολισμούς³³, κώδικες δεοντολογίας σχετικά με τις λεπτομέρειες εφαρμογής ενός κανονισμού του Συμβουλίου³⁴, ανακοινώσεις³⁵, ενημερωτικά σημειώματα³⁶, ή επιστολές³⁷.

63. Από προσεκτική εξέταση των αποφάσεων αυτών προκύπτει ότι η διατύπωση του κριτηρίου δεν ήταν πάντοτε ακριβώς η ίδια. Είναι όμως σαφές ένα κοινό στοιχείο: όσον αφορά όλες αυτές τις άτυπες πράξεις, το Δικαστήριο έκρινε σαφώς ότι η ουσία μιας πράξεως της Ένωσης υπερσχύει του τύπου της όταν κρίνεται το παραδεκτό προσφυγής ακυρώσεως³⁸. Το όνομα και ο τύπος της πράξεως δεν είναι καθοριστικής σημασίας για να κριθεί αν η νομιμότητά της μπορεί να ελεγχθεί δικαστικώς.

2. Το κριτήριο ΕΣΟΜ όπως εφαρμόστηκε από το Γενικό Δικαστήριο στην παρούσα υπόθεση

64. Στην αναιρεσιβαλλόμενη διάταξη, το Γενικό Δικαστήριο εξέθεσε ότι, «[κ]ατά πάγια νομολογία, θεωρούνται πράξεις δεκτικές προσφυγής κατά την έννοια του άρθρου 263 ΣΛΕΕ, όλα, ανεξαρτήτως της μορφής τους, τα μέτρα των θεσμικών οργάνων, τα οποία έχουν ως σκοπό να παράγουν δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα [...]. [Δ]εν υπόκεινται στον δικαστικό έλεγχο που προβλέπεται από το άρθρο 263 ΣΛΕΕ οι πράξεις οι οποίες δεν παράγουν δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα, όπως οι προπαρασκευαστικές, οι επιβεβαιωτικές και οι αμιγώς εκτελεστικές πράξεις, *οι απλές συστάσεις* και γνωμοδοτήσεις, καθώς και κατ' αρχήν οι εσωτερικές οδηγίες [...]. Βάσει της νομολογίας, για να κριθεί κατά πόσο μια πράξη μπορεί να παραγάγει έννομα αποτελέσματα και, ως εκ τούτου, να προσβληθεί με προσφυγή ακύρωσης δυνάμει του άρθρου 263 ΣΛΕΕ πρέπει να εξεταστεί το γράμμα της και το πλαίσιο στο οποίο αυτή εντάσσεται [...], η ουσία της [...] καθώς και η βούληση του οργάνου που την εξέδωσε [...]»³⁹.

65. Στη συνέχεια, το Γενικό Δικαστήριο εφάρμοσε για πρώτη φορά, τουλάχιστον εξ όσων γνωρίζω, το κριτήριο ΕΣΟΜ σε σύσταση. Το Γενικό Δικαστήριο εξέτασε το γράμμα, το πλαίσιο, την ουσία και τη πρόθεση του οργάνου που την εξέδωσε. Έκρινε ότι η Σύσταση δεν παρήγαγε δεσμευτικό έννομο αποτέλεσμα έναντι των αποδεκτών της. Το Γενικό Δικαστήριο αναγνώρισε ότι οι αρχές που διατυπώθηκαν στη Σύσταση ήσαν πολύ αναλυτικές. Ωστόσο, έκρινε ότι δεν είχαν «υποχρεωτικό» χαρακτήρα, όπως προκύπτει ειδικά από το γράμμα της Συστάσεως στις περισσότερες γλωσσικές αποδόσεις της, το οποίο «καλεί» τα κράτη μέλη να πράξουν τούτο ή εκείνο. Κατά συνέπεια, το Γενικό Δικαστήριο, δίδοντας μεγαλύτερο βάρος στο γράμμα από ό,τι στα άλλα στοιχεία, έκρινε απαράδεκτη την προσφυγή.

66. Εν ολίγοις, προκύπτει ότι, κατά την εξέταση της επίμαχης Συστάσεως, το καθοριστικό στοιχείο για το Γενικό Δικαστήριο ήταν η έλλειψη *δεσμευτικών έννομων* αποτελεσμάτων της Συστάσεως, συνεπεία της *προθέσεως* της Επιτροπής, όπως αυτή συνάγεται κυρίως από τον τύπο της πράξεως και από το γράμμα της.

33 Βλ. αποφάσεις της 9ης Οκτωβρίου 1990, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-366/88, EU:C:1990:348), και της 6ης Απριλίου 2000, Ισπανία κατά Επιτροπής (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Βλ. απόφαση της 13ης Νοεμβρίου 1991, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Βλ. αποφάσεις της 16ης Ιουνίου 1993, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-325/91, EU:C:1993:245), και της 20ής Μαρτίου 1997, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Βλ. απόφαση της 1ης Δεκεμβρίου 2005, Ιταλία κατά Επιτροπής (C-301/03, EU:C:2005:727), σε συνδυασμό με τις διευκρινιστικές προτάσεις του γενικού εισαγγελέα F.G. Jacobs (C-301/03, EU:C:2005:550, σημεία 70 επ.).

37 Βλ. απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 1999, Κάτω Χώρες κατά Επιτροπής (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 Βλ. ήδη, όσον αφορά τις πράξεις της Ανωτάτης Αρχής, απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 1957, Société des usines à tubes de la Sarre κατά Ανωτάτης Αρχής (1/57 και 14/57, EU:C:1957:13).

39 Σκέψεις 16 έως 18 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως (η υπογράμμιση δική μου).

3. Τα προβληματικά στοιχεία του κριτηρίου ΕΣΟΜ

67. Αν το κριτήριο ΕΣΟΜ νοηθεί και εφαρμοστεί με αυτόν τον τρόπο, υπάρχουν ορισμένα προβλήματα που θέτει το κριτήριο αυτό. Αυτά μπορούν να ομαδοποιηθούν σε δύο κατηγορίες: πρώτον, υπάρχουν τα *εσωτερικά* ζητήματα του κριτηρίου, όπως είναι η λογική του, οι προϋποθέσεις του και η διάρθρωσή τους, τα οποία έρχονται στην επιφάνεια ίσως ακόμη πιο έντονα όταν το κριτήριο εφαρμόζεται σε μια σύσταση. Δεύτερον, υπάρχουν ζητήματα που θα μπορούσαν να αποκληθούν *εξωτερικά*. Σχετίζονται με το γεγονός ότι συν τω χρόνω το κριτήριο ΕΣΟΜ καθιστάμενο στην ουσία όλο και πιο στενό δεν συγχρονίζεται με την εξέλιξη του ενωσιακού κανονιστικού πλαισίου. Σε έναν κόσμο όπου στην πραγματικότητα οι διάφορες πράξεις του «ήπιου δικαίου» είναι πολύ πιο πολλές και σημαντικές από ό,τι το 1971, οι προϋποθέσεις ενεργητικής νομιμοποίησης και δικαστικού ελέγχου θα πρέπει να ανταποκρίνονται στις εξελίξεις αυτές.

1) Εσωτερικά ζητήματα

68. Συναφώς, ξεχωρίζουν δύο στοιχεία: ο αναγκαστικά *δεσμευτικός* χαρακτήρας μιας πράξεως της Ένωσης προκειμένου να είναι δυνατό να ελεγχθεί η νομιμότητά της (1) και η *πρόθεση* του οργάνου που την εξέδωσε ως προς τα έννομα αποτελέσματά της (2).

1) Έννομα αποτελέσματα, δεσμευτική ισχύς ή δεσμευτικό έννομο αποτέλεσμα;

69. Η σκέψη 42 της αποφάσεως ΕΣΟΜ⁴⁰ δεν αναφέρεται σε πράξεις των οποίων σκοπός είναι να έχουν *δεσμευτικό* έννομο αποτέλεσμα, αλλά μόνο *έννομο* αποτέλεσμα. Το ίδιο φαίνεται να ισχύει με τις εκφράσεις που τότε χρησιμοποιήθηκαν στις άλλες γλωσσικές αποδόσεις⁴¹.

70. Η μετατόπιση της ορολογίας από απλώς και μόνον έννομα αποτελέσματα σε «*δεσμευτικά* έννομα αποτελέσματα» εμφανίστηκε στη μεταγενέστερη νομολογία⁴². Προσφάτως, η τάση αυτή φαίνεται να ενισχύεται περαιτέρω, καθόσον τώρα το Δικαστήριο εξαρτά τη δυνατότητα δικαστικού ελέγχου των πράξεων της Ένωσης από το αν έχουν *δεσμευτικό* έννομο αποτέλεσμα⁴³.

71. Ομολογουμένως, θα μπορούσε να ληχθεί ότι, παρά τη χρήση του όρου «έννομα αποτελέσματα», αυτό που πράγματι εννοούσε το Δικαστήριο στην απόφαση ΕΣΟΜ ήταν «*δεσμευτική ισχύς*», μολονότι η άποψη αυτή, λαμβανομένου υπόψη του είδους του εγγράφου που ελέγχθηκε στην υπόθεση εκείνη (πρακτικά του Συμβουλίου), δεν είναι εντελώς πειστική. Ειδικότερα, μια τέτοια άποψη θα μπορούσε να στηριχθεί στο γράμμα του άρθρου 189 της Συνθήκης ΕΟΚ, το οποίο ήδη διέκρινε μεταξύ δεσμευτικών πράξεων (κανονισμών, οδηγιών και αποφάσεων) και μη δεσμευτικών πράξεων (συστάσεων και γνωμών)⁴⁴. Επομένως, ακόμη και αν το Δικαστήριο δεν ερμήνευσε με σαφήνεια το άρθρο 173 της Συνθήκης ΕΟΚ υπό το πρίσμα της ονοματολογίας που παρατίθεται στο άρθρο 189 της Συνθήκης ΕΟΚ, είναι πιθανό ότι η τελευταία διάταξη επηρέασε τη διατύπωση του κριτηρίου.

40 Βλ. υποσημείωση 31 των παρούσων προτάσεων.

41 Στη γαλλική γλώσσα, «qui visent à produire des effets de droit» στη γερμανική γλώσσα, «Rechtswirkungen zu erzeugen» στην ιταλική γλώσσα, «che miri a produrre effetti giuridici» στην ολλανδική γλώσσα, «die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen».

42 Βλ., για παράδειγμα, διάταξη της 17ης Μαΐου 1989, Ιταλία κατά Επιτροπής (151/88, EU:C:1989:201, σκέψη 21). Βλ., επίσης, απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 1999, Κάτω Χώρες κατά Επιτροπής (C-308/95, EU:C:1999:477, σκέψη 30). Πάντως, για αναφορά απλώς σε «έννομα αποτελέσματα», βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 1ης Δεκεμβρίου 2005, Ιταλία κατά Επιτροπής (C-301/03, EU:C:2005:727, σκέψεις 22 έως 24).

43 Βλ. αποφάσεις της 13ης Οκτωβρίου 2011, Deutsche Post και Γερμανία κατά Επιτροπής (C-463/10 P και C-475/10 P, EU:C:2011:656, σκέψη 36), και της 13ης Φεβρουαρίου 2014, Ουγγαρία κατά Επιτροπής (C-31/13 P, EU:C:2014:70, σκέψη 54).

44 Βλ. απόφαση της 31ης Μαρτίου 1971, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (22/70, EU:C:1971:32, σκέψη 39), υπό το πρίσμα των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα A. Dutheil de Lamothe στην υπόθεση Επιτροπή κατά Συμβουλίου (22/70, μη δημοσιευθείσες, EU:C:1971:23, σ. 751), όπου εκθέτει ότι «τα άρθρα 173 και 189 αποτελούν ένα ενιαίο σύνολο». Βλ., επίσης, απόφαση της 23ης Απριλίου 1986, Les Verts κατά Κοινοβουλίου (294/83, EU:C:1986:166, σκέψη 24).

72. Όπως και αν έχουν τα πράγματα, αληθεύει επίσης ότι είναι μάλλον ένα πρόσφατο φαινόμενο ότι το Δικαστήριο φαίνεται να κατέστη γενικώς αυστηρότερο, περιορίζοντας το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 263 ΣΛΕΕ στις πράξεις που έχουν *δεσμευτικό* έννομο αποτέλεσμα, προσθέτοντας ένα επιπλέον στοιχείο στο γράμμα της συγκεκριμένης διατάξεως, η οποία αυτή καθ' εαυτή περιορίζεται στα *έννομα* απλώς αποτελέσματα (έναντι τρίτων). Πάντως, με δεδομένο ότι η νομολογία ουδόλως αποσαφήνισε τη διάκριση αυτή και, πρωτίστως, ελλείψει δικαιολογημένης επιλογής προς τη μία ή την άλλη κατεύθυνση, ευλόγως ανακύπτει το ερώτημα αν το Δικαστήριο είχε όντως τη βούληση να γίνει πιο αυστηρό στενεύοντας το πεδίο εφαρμογής της διατάξεως. Ωστόσο, είναι σαφές ότι ούτε το γράμμα ούτε η λογική της νομολογίας ΕΣΟΜ συνεπάγονται κατ' ανάγκην ότι τα *έννομα* αποτελέσματα πρέπει επιπλέον να είναι *δεσμευτικά*.

73. Δεν πρόκειται απλά για παιχνίδι λέξεων. Υπάρχουν σημαντικές πρακτικές συνέπειες, όπως είναι προφανές στην παρούσα υπόθεση. Το τι ακριβώς συνιστά *έννομο* αποτέλεσμα είναι πιθανώς κάτι αμφιλεγόμενο. Πάντως, η έννοια αυτή σαφώς είναι ευρύτατη, καλύπτουσα κάθε είδος συνεπειών στη νομοθεσία, στην ερμηνεία της και στην εφαρμογή της. Αντιθέτως, το δεσμευτικό αποτέλεσμα, και κατά μείζονα λόγο το δεσμευτικό *έννομο* αποτέλεσμα, αντιπροσωπεύει μια πολύ, πολύ στενότερη κατηγορία.

74. Παραδοσιακά, η *δεσμευτική* ισχύς του νόμου συνδέεται με τον εξαναγκασμό. Σε περίπτωση μη συμμορφώσεως, ενδέχεται να ακολουθήσουν εξαναγκασμός και κύρωση. Σε μια τέτοια (αμιγώς θετικιστική⁴⁵) θεώρηση, η ύπαρξη κυρώσεως είναι το καθοριστικό στοιχείο της δεσμευτικής ισχύος.

75. Πέραν των θεωρητικών συζητήσεων, είναι σαφέστατο ότι, αν υιοθετηθεί το κριτήριο της *δεσμευτικής έννομης* ισχύος, ορισμένες πράξεις οι οποίες ενδέχεται να έχουν σημαντικά *έννομα* αποτελέσματα στη συμπεριφορά των αποδεκτών αλλά δεν είναι δεσμευτικές υπό την παραδοσιακή έννοια επειδή δεν περιέχουν κάποιον άμεσο ή ανεξάρτητο μηχανισμό εξαναγκασμού, θα διαφεύγουν τον δικαστικό έλεγχο σύμφωνα με το κριτήριο ΕΣΟΜ και τελικά σύμφωνα με το άρθρο 263, πρώτο εδάφιο, ΣΛΕΕ. Όπως θα δούμε πιο κάτω, αυτό θα συμβεί ειδικά με την επίμαχη Σύσταση.

2) Πόσο σημαντική είναι η πρόθεση του οργάνου που εξέδωσε την πράξη;

76. Δεύτερον, υπάρχει έλλειψη εσωτερικής σαφήνειας στο κριτήριο ΕΣΟΜ όπως αυτό εφαρμόστηκε από το Γενικό Δικαστήριο: ποιος είναι ο ακριβής ρόλος της προθέσεως του οργάνου που εξέδωσε την πράξη προκειμένου να καθοριστεί αν μια πράξη θεωρείται ότι παράγει (δεσμευτικά) *έννομα* αποτελέσματα;

77. Η νομολογία ΕΣΟΜ, όπως η τωρινή διατύπωση του άρθρου 263 ΣΛΕΕ, στηρίζονται στην πρόθεση του οργάνου που εξέδωσε την πράξη. Η χρήση παρελθόντος χρόνου (που προοριζόταν) σημαίνει περαιτέρω ότι το σημαντικό είναι η εξακρίβωση του *παρελθούσας (ιστορικής) υποκειμενικής* προθέσεως του οργάνου όπως είχε κατά τον χρόνο εκδόσεως της επίμαχης πράξεως. Μια τέτοια κατανόηση θα ήταν αναμφίβολα σύμφωνη με τους γενικούς κανόνες που ισχύουν για τις προσφυγές ακυρώσεως. Στο πλαίσιο τέτοιων προσφυγών, οι αμφισβητούμενες πράξεις της Ένωσης πρέπει να αξιολογούνται με βάση τα πραγματικά και νομικά στοιχεία που υφίσταντο κατά τον χρόνο εκδόσεως του μέτρου⁴⁶.

45 Κατ' αυτόν τον τρόπο, πολύ πιο κελσενιανή από την προαναφερθείσα χαρτιανή παράδοση, δεδομένου ότι η τελευταία είναι πολύ πιο «κοινωνιολογική». Ο Hart δέχθηκε ότι ένας νομικός κανόνας μπορεί να είναι δεσμευτικός όχι μόνο επειδή θεσπίστηκε σύμφωνα με κάποιον δευτερεύοντα κανόνα ο οποίος λέγει ότι ο κανόνας θα είναι δεσμευτικός, αλλά επίσης επειδή μια ομάδα ανθρώπων δέχεται την επιταγή αυτή ως πρότυπο της συμπεριφοράς της, δημιουργώντας εσωτερική κοινωνική πίεση εντός της ομάδας προκειμένου τα μέλη της να συμμορφωθούν – βλ. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2η έκδ. (με υστερόγραφο), Clarendon Press, Οξφόρδη, 1997, κεφάλαια V και VI.

46 Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 7ης Φεβρουαρίου 1979, Γαλλία κατά Επιτροπής (15/76 και 16/76, EU:C:1979:29, σκέψη 7), και της 29ης Απριλίου 2004, Γερμανία κατά Επιτροπής (C-277/00, EU:C:2004:238, σκέψη 39).

78. Ωστόσο, αν η πρόθεση του οργάνου που εξέδωσε την πράξη υποτίθεται ότι είναι πάντοτε υποκειμενική και ιστορική, τότε, στην πράξη, ουδεμία σύσταση ουδέποτε θα δύναται να ελεγχθεί δικαστικώς. Η αξιολόγηση της φύσεως και των αποτελεσμάτων μιας συστάσεως θα πέφτει γρήγορα στο κενό. Επειδή η Επιτροπή δεν είχε την πρόθεση να θεσπίσει δεσμευτική νομοθεσία, επελέγη η έκδοση συστάσεως. Επειδή η Επιτροπή επέλεξε την έκδοση συστάσεως, η υποκειμενική της πρόθεση ήταν σαφώς η πράξη αυτή να μην είναι δεσμευτική. Λόγω της προθέσεως αυτής, η οποία όντως επιβεβαιώνεται από την επιλογή του μέσου, το τελευταίο ουδέποτε δύναται να είναι δεσμευτικό, ανεξαρτήτως του περιεχομένου του και του γράμματός του, επειδή η Επιτροπή δεν είχε πρόθεση να θεσπίσει δεσμευτική νομοθεσία.

79. Με τον τρόπο αυτόν, η επιλογή του μέσου πάντοτε θα προεξοφλεί το πλαίσιο και τον σκοπό του μέτρου, οπότε το μέσο είναι πιθανό να υπερισχύσει του όποιου περιεχομένου και γράμματός του.

2) Εξωτερικά προβλήματα

80. Εκτός από αυτά τα λογικά προβλήματα που είναι σύμφυτα με τη διάρθρωση του υιοθετηθέντος από το Γενικό Δικαστήριο κριτηρίου ΕΣΟΜ όταν αυτό εφαρμόζεται σε συστάσεις, αναμφισβήτητα το ίδιο κριτήριο βρίσκεται αντιμέτωπο με ευρύτερες, εξωτερικές προκλήσεις. Δύο από αυτές θα περιγραφούν στην παρούσα ενότητα: πρώτον, η άνοδος διάφορων ειδών ήπιου δικαίου τα οποία, κατά κυριολεξία, δεν δεσμεύουν αλλά συγχρόνως παράγουν έννομα αποτελέσματα (1). Δεύτερον, οι συστάσεις είναι στην πράξη πιθανό να παράγουν ορισμένα έννομα αποτελέσματα, συχνά πολύ σημαντικά, τόσο σε ενωσιακό όσο και σε εθνικό επίπεδο (2).

1) Η άνοδος του ήπιου δικαίου

81. Υπάρχει ευρύ φάσμα πράξεων (όχι μόνο) στο δίκαιο της Ένωσης, υπό διάφορα ονόματα και μορφές (προσανατολισμοί, ανακοινώσεις, κώδικες δεοντολογίας, σημειώματα, συστάσεις, γνώμες, διοργανικές συμφωνίες, συμπεράσματα, δηλώσεις, ψηφίσματα κ.ο.κ.), που γενικώς αποκαλούνται «ήπιο δίκαιο». Οι πράξεις αυτές μπορούν να εκδοθούν σε οποιονδήποτε τομέα, σε όλα τα πιθανά στάδια της διαδικασίας λήψεως αποφάσεως, είτε πρόκειται για πρώτη, ανάντη διαβούλευση με τα ενδιαφερόμενα μέρη είτε για κατάντη εφαρμογή νομοθετικών πράξεων. Έτσι, οι πράξεις αυτές μπορούν να είναι είτε προ-νομοθετικές είτε μετα-νομοθετικές.

82. Υπάρχουν ίσως δύο στοιχεία ως προς τα οποία υφίσταται γενική συμφωνία στις κατά τα άλλα πολύ διαφορετικές προσεγγίσεις τέτοιων πράξεων ήπιου δικαίου: πρώτον, το ήπιο δίκαιο δεν εντάσσεται εύκολα στη δυαδική, τύπου «άσπρο-μαύρο», διάκριση μεταξύ δεσμευτικών και μη δεσμευτικών έννομων αποτελεσμάτων. Δεύτερον, την τελευταία ή τις τελευταίες δύο δεκαετίες, ο όγκος του ήπιου δικαίου έχει αρχίσει να αυξάνεται και πλέον πράξεις ήπιου δικαίου χρησιμοποιούνται όλο και πιο συχνά από ό,τι προηγουμένως⁴⁷.

83. Κατά συνέπεια, το ζήτημα της ραγδαίας αυξήσεως του όγκου του ήπιου δικαίου και της ελλείψεως δικαστικού ελέγχου του δεν έχει εξεταστεί μόνο στην ακαδημαϊκή βιβλιογραφία⁴⁸ αλλά και στα θεσμικά όργανα της Ένωσης⁴⁹.

⁴⁷ Κρινομένου τούτου από τον όγκο της ακαδημαϊκής βιβλιογραφίας και την προσοχή που έχει προσελκύσει το ζήτημα αυτό.

⁴⁸ Γενικώς, όσον αφορά το ήπιο δίκαιο στο πλαίσιο της Ένωσης, βλ., για παράδειγμα, Wellens, K. C., και Borchardt, G. M., «Soft Law in European Community law», *European Law Review* 14, 1989, σ. 267· Klabbers, J., «Informal Instruments before the European Court of Justice», *Common Market Law Review* 31, 1994, σ. 997· Senden, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Οξφόρδη και Portland Oregon, 2004· Schwarze, J., «Soft Law im Recht der Europäischen Union», *Europarecht*, 2011, σ. 3· Scott, J., «In Legal Limbo: Post-Legislative Guidance as a Challenge for European Administrative Law», *Common Market Law Review* 48, 2011, σ. 329· Knauff, M., «Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens», *Europarecht*, 2011, σ. 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, σ. 73.

⁴⁹ Βλ. ιδίως, μελέτη του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου «Checks and Balances of soft EU rule-making», Γενική Διεύθυνση Εσωτερικών Πολιτικών, Τμήμα Πολιτικής Γ: Δικαιώματα των πολιτών και συνταγματικές υποθέσεις, 2012 (PE 462.433), ειδικότερα σ. 54 έως 58.

84. Επιπλέον, τα τελευταία χρόνια, ορισμένα από τα ανώτατα δικαστήρια κρατών μελών προσπάθησαν να εξετάσουν σε εθνικό επίπεδο το ίδιο φαινόμενο. Διεύρυναν τον δικαστικό έλεγχο προκειμένου να συμπεριλάβουν πράξεις που δεν είναι κατά κυριολεξία δεσμευτικές, αμβλύνοντας τα κριτήρια του παραδεκτού των ενδίκων βοηθημάτων ακυρώσεως, για τη διασφάλιση του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας⁵⁰. Τούτο συμβαίνει, για παράδειγμα, όταν οι αποδέκτες μπορούν να εκλάβουν την προσβαλλόμενη πράξη ως δεσμευτική βάσει ενός συνόλου στοιχείων, ιδίως επειδή περιέχει κίνητρα⁵¹ ή όταν το όργανο που την εξέδωσε έχει εξουσία επιβολής κυρώσεων⁵² ή όταν η πράξη μπορεί να έχει σημαντικές συνέπειες για τον αποδέκτη της⁵³. Τούτο, ή στην πραγματικότητα πολύ περισσότερο, ισχύει για τα δικαστήρια του κοινοδικαίου τα οποία παραδοσιακά δέχονται, πολύ περισσότερο από τα δικαστήρια στην ηπειρωτική Ευρώπη, τον δικαστικό έλεγχο μη δεσμευτικών πράξεων. Στην Ιρλανδία, για παράδειγμα, τα δικαστήρια διασφαλίζουν την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων ακόμη και όταν το προσβαλλόμενο μέτρο δεν είναι δεσμευτικό και δεν έχει συγκεκριμένο αποτέλεσμα στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των αποδεκτών του⁵⁴.

85. Τέλος, συναφώς αξίζουν να επισημανθούν η προσέγγιση και η πρακτική του γαλλικού Conseil d'État (Συμβούλιο της Επικρατείας, Γαλλία). Πρώτον, το Conseil d'État (Συμβούλιο της Επικρατείας) χαρτογράφησε το έδαφος, ούτως ειπείν, με μια περιεκτική έκθεση, η οποία διελάμβανε, μεταξύ άλλων, ορισμό του ήπιου δικαίου⁵⁵. Δεύτερον, το περασμένο έτος, στηριζόμενο στη μελέτη αυτή, διατύπωσε ένα νέο κριτήριο δικαστικού ελέγχου το οποίο εστιάζεται στις οικονομικές συνέπειες και στην ύπαρξη σημαντικής επιδράσεως στη συμπεριφορά των αποδεικτών της πράξεως⁵⁶.

86. Προκύπτει ότι, παρά την ποικιλομορφία τους, τόσο σε εθνικό όσο και σε ενωσιακό επίπεδο, οι διάφορες πράξεις ήπιου δικαίου έχουν το ίδιο βασικό χαρακτηριστικό: δεν είναι δεσμευτικές με την παραδοσιακή έννοια. Είναι ένα είδους ατελούς κανόνα: από τη μια πλευρά, σαφώς έχουν την κανονιστική φιλοδοξία να παροτρύνουν σε συμμόρφωση τους αποδέκτες τους. Από την άλλη πλευρά, δεν διαθέτουν μηχανισμούς άμεσου εξαναγκασμού. Εκδιδόμενες συνήθως εκδίδονται στην αρχή μιας διαδικασίας διαβουλεύσεως με τα διάφορα ενδιαφερόμενα μέρη (προσέγγιση από τα κάτω προς τα πάνω), δύνανται να περιέχουν «ήπιες υποχρεώσεις» ή «ισχυρές προτροπές» οι οποίες διατυπώνονται ως «πρόσκληση».

50 Για παράδειγμα, το γερμανικό Bundesverwaltungsgericht, απόφαση της 15ης Νοεμβρίου 2010 – 19 BV 10.871 (σχετικά με διοικητικές εγκυκλίους που καθορίζουν συντελεστές εκπομπών σε περιβαλλοντικά θέματα).

51 Βλ. Σουηδικό Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Σουηδίας, απόφαση της 24ης Μαΐου 1996, υπόθεση 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 Βλ., για παράδειγμα, όσον αφορά διοικητικές εγκυκλίους, το βελγικό Conseil d'État (Συμβούλιο της Επικρατείας), απόφαση 237/674 της 16ης Μαρτίου 2017· βλ., επίσης, όσον αφορά τοποθετήσεις (prises de position) ή εκθέσεις ανεξάρτητων διοικητικών αρχών εχουσών εξουσία επιβολής κυρώσεων, το γαλλικό Conseil d'État (Συμβούλιο της Επικρατείας), απόφαση της 17ης Νοεμβρίου 2010, Syndicat français des ostéopathes, αριθ. 332 771, και της 11ης Οκτωβρίου 2012, Société Casino Guichard-Perrachon, αριθ. 357193.

53 Για παράδειγμα, στη Σουηδία, δημόσιοι και ιδιωτικοί φορείς δύνανται να βάλλουν κατά της νομιμότητας μιας διοικητικής πράξεως όταν την έχουν εκλάβει ως δεσμευτική και έχουν ενεργήσει σύμφωνα με αυτήν [Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο, 10 Φεβρουαρίου 2004, υπόθεση 2696-03 (RA 2004 ref 8), σχετικά με μια «πληροφορία» που ενδέχεται να έχει πραγματικές συνέπειες στην προσωπική και οικονομική κατάσταση του αποδέκτη].

54 Βλ., για παράδειγμα, σχετικά με μια δικαστική ενέργεια κατά διοικητικής εκθέσεως στο πλαίσιο διαδικασιών σχεδιασμού, High Court (ανώτερο δικαστήριο), De Burca κατά Wicklow County Manager (2009) IEHE 54· σχετικά με τις κατευθυντήριες γραμμές της ιρλανδικής αρχής ανταγωνισμού, βλ. High Court (ανώτερο δικαστήριο), Law Society of Ireland κατά Competition Authority (2006) 2 IR 262.

55 Στην ετήσια έκθεσή του για το 2013, όρισε το ήπιο δίκαιο ως το σύνολο των πράξεων που πληρούν τα ακόλουθα τρία κριτήρια: 1) πρέπει να έχουν ως σκοπό την τροποποίηση ή την καθοδήγηση της συμπεριφοράς των αποδεκτών τους, οδηγώντας τους στην τήρησή τους· 2) δεν δημιουργούν από μόνες τους δικαιώματα ή υποχρεώσεις για τους αποδέκτες τους· 3) έχουν, λόγω του περιεχομένου τους και του τρόπου διαρθρώσεώς τους, έναν βαθμό τυποποίησης και δομής που τις κάνει να μοιάζουν με κανόνες δικαίου (Conseil d'État, *Etude annuelle 2013 - Le droit souple*, La Documentation française, 2013, σ. 61 έως 63).

56 Conseil d'État (Συμβούλιο της Επικρατείας), αποφάσεις της 21ης Μαρτίου 2016, Numericable, αριθ. 390023, και της 21ης Μαρτίου 2016, Société Fairvesta International GmbH, αριθ. 368082, αντιστοίχως, σχετικές με τοποθέτηση (prise de position) της γαλλικής αρχής ανταγωνισμού και με δελτία τύπου της γαλλικής αρχής χρηματοπιστωτικών αγορών.

2) *Συστάσεις: δεν δεσμεύουν αλλά παράγουν έννομα αποτελέσματα*

87. Γενικώς, οι συστάσεις αντιστοιχούν σε μια τέτοια περιγραφή. Στις Συνθήκες, οι συστάσεις ορίζονται μόνο αρνητικά: δεν δεσμεύουν (άρθρο 288 ΣΛΕΕ). Εκτός αυτού, η χρήση και η πρακτική των συστάσεων ποικίλλει⁵⁷. Με τις συστάσεις, συνήθως τα κράτη μέλη προσκαλούνται να επιδείξουν ορισμένη συμπεριφορά, να ακολουθήσουν μια πολιτική, ή κανόνες που από το ή τα όργανα που τους εξέδωσαν θεωρούνται κατάλληλοι για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού.

88. Ωστόσο, μολοντί σαφώς περιγράφονται ως μη δεσμευτικές, οι συστάσεις μπορούν να παραγάγουν σημαντικά έννομα αποτελέσματα, υπό την έννοια ότι παροτρύνουν σε ορισμένη συμπεριφορά και τροποποιούν την κανονιστική πραγματικότητα. Είναι πιθανό να επηρεάσουν τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των αποδεκτών τους και τρίτων. Ενδεικτικά, στην παρούσα ενότητα, θα περιγραφούν ορισμένα τέτοια αποτελέσματα, σε δύο χωριστά αλλά αλληλένδετα επίπεδα: i) σε επίπεδο Ένωσης και ii) σε επίπεδο κρατών μελών.

i) *Σε επίπεδο Ένωσης*

89. Σε επίπεδο Ένωσης, αξίζει να επισημανθούν τρία είδη έννομων αποτελεσμάτων που παράγουν οι συστάσεις: i) η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη· ii) ο ερμηνευτικός ρόλος τους· και iii) η δυνατότητα να θέτουν εκ παραλλήλου σύνολα κανόνων που προεξοφλούν τη νομοθετική διαδικασία και έτσι έχουν αντίκτυπο στη θεσμική ισορροπία.

90. Πρώτον, αν θεσμικό όργανο της Ένωσης εκδίδει συστάσεις ως προς τον τρόπο με τον οποίο άλλοι πρέπει να συμπεριφέρονται, ίσως είναι δίκαιο να αναμένεται ότι το συγκεκριμένο θεσμικό όργανο θα ακολουθήσει την ίδια σύσταση όσον αφορά τις δικές του πρακτικές και τη δική του συμπεριφορά. Από την άποψη αυτή, η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη που δημιουργήθηκε με τον τρόπο αυτόν είναι στην ουσία ανάλογη με αυτήν που απορρέει από άλλα είδη πράξεων ήπιου δικαίου που εκδίδονται από θεσμικά όργανα ή οργανισμούς της Ένωσης και εκλαμβάνονται ως (αυτο)περιορισμός κατά την άσκηση της διακριτικής τους ευχέρειας στο μέλλον⁵⁸.

91. Δεύτερον, συστάσεις είναι πιθανόν να χρησιμοποιηθούν κατά την ερμηνεία του δικαίου, ιδίως προκειμένου να δοθεί περιεχόμενο σε αόριστες νομικές έννοιες που περιέχονται σε δεσμευτική ρύθμιση. Τούτο ισχύει ειδικότερα (αλλά ασφαλώς όχι αποκλειστικά) για τις μετα-νομοθετικές συστάσεις που δεν εκδόθηκαν μόνο βάσει του άρθρου 292 ΣΛΕΕ, αλλά επίσης βάσει πράξεως του παραγώγου δικαίου, ακριβώς για να διευκρινιστούν οι νομικές έννοιες που περιέχονται εκεί. Ωστόσο, επίσης προ-νομοθετικές συστάσεις μπορούν να επιτελέσουν την ίδια λειτουργία είτε όσον αφορά ασαφείς νομικές έννοιες στις Συνθήκες είτε για την ερμηνεία άλλης νομικής πράξεως η οποία *rationae materiae* επικαλύπτεται από τη σύσταση αυτή. Με τον τρόπο αυτόν, αμφότερα τα είδη συστάσεως δύνανται να συμπληρώσουν μια δεσμευτική ρύθμιση.

92. Τρίτον, με την απόφαση Grimaldi, το Δικαστήριο έχει ήδη διευκρινίσει τις περιστάσεις υπό τις οποίες δύναται να εκδοθούν συστάσεις: «όταν τα εν λόγω όργανα δεν διαθέτουν, δυνάμει της Συνθήκης, την εξουσία να θεσπίσουν δεσμευτικές πράξεις ή όταν κρίνουν ότι η θέσπιση περισσότερο δεσμευτικών κανόνων δεν είναι απαραίτητη»⁵⁹.

⁵⁷ Για πρώτη φορά αλλά ήδη κλασική θεώρηση, βλ., για παράδειγμα, Morand, C., «Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire», *Cahiers de droit européen*, 1970, σ. 523· Soldatos, P., Vandersanden, G., «La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne», σε De Ripaindel-Landy, D., κ.λπ., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Βρυξέλλες, 1976, σ. 94.

⁵⁸ Βλ. αποφάσεις της 29ης Σεπτεμβρίου 2011, Arkema κατά Επιτροπής (C-520/09 P, EU:C:2011:619, σκέψη 88), και της 28ης Ιουνίου 2005, Dansk Rørindustri κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P έως C-208/02 P και C-213/02 P, EU:C:2005:408, σκέψεις 209 έως 211). Βλ., όμως, για μια πιο εκλεπτυσμένη προσέγγιση, όσον αφορά τις ανακοινώσεις στον τομέα του δικαίου του ανταγωνισμού, απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, σκέψη 29).

⁵⁹ Απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, σκέψη 13).

93. Έτσι, αυτό που ίσως είναι η μεγαλύτερη δύναμη των συστάσεων μπορεί επίσης να είναι ο μέγιστος κίνδυνος. Μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως κάτι περισσότερο από εργαλεία για την προώθηση πολιτικών που από πολιτικής απόψεως (έλλειψη συναινέσεως) ή νομικής απόψεως (μη ειδικές εξουσίες προς τούτο) είναι αδιέξοδες. Μπορούν επίσης να χρησιμοποιηθούν ως εργαλείο για την καταστράτηγηση των ίδιων νομοθετικών διαδικασιών.

94. Αυτό δημιουργεί δύο είδη προεξοφλήσεως αποτελεσμάτων: ένα βραχυπρόθεσμο και ένα μακροπρόθεσμο. Το άμεσο πρόβλημα της παρακάμψεως των άλλων θεσμικών οργάνων που συνήθως μετέχουν στη νομοθετική διαδικασία έχει ήδη αναγνωριστεί και συζητηθεί⁶⁰. Επομένως, είναι σαφές ότι μια σύσταση μπορεί να έχει αντίκτυπο στη θεσμική ισορροπία⁶¹ και, ως εκ τούτου, επίσης στη διάκριση των εξουσιών εντός της Ένωσης. Ωστόσο, αν οι συστάσεις αποκλειστούν από τον έλεγχο νομιμότητας απλώς και μόνο για τον λόγο ότι δεν είναι δεσμευτικές, η αρχή της θεσμικής ισορροπίας ουδέποτε θα μπορεί να διασφαλιστεί⁶².

95. Ωστόσο, υπάρχει ένα άλλο είδος προεξοφλήσεως αποτελεσμάτων που είναι πιθανό να εμφανιστεί ειδικά στις προ-νομοθετικές συστάσεις: η δυνατότητα διατυπώσεως επιταγών πριν από την πραγματική νομοθετική διαδικασία, η οποία μπορεί να θεωρηθεί ως μονομερής προεξόφληση του αποτελέσματος της νομοθετικής διαδικασίας. Δεν αμφισβητείται ότι η σύσταση έχει τη φιλοδοξία να παροτρύνει σε συμμόρφωση τους αποδέκτες της. Επομένως, αν είναι έστω και εν μέρει επιτυχής, θα διαμορφώσει το φάσμα των νοητών (αποδεκτών) κανονιστικών λύσεων για το μέλλον. Αν, βασιζόμενα σε σύσταση, ορισμένα θεσμικά όργανα της Ένωσης ή κράτη μέλη ήδη έχουν συμμορφωθεί, αυτά φυσικά τω λόγω θα προωθήσουν, κατά τη νομοθετική διαδικασία που ενδέχεται να ακολουθήσει, τη νομοθετική λύση που έχουν ήδη υιοθετήσει. Με αυτόν τον τρόπο, το ήπιο δίκαιο του σήμερα καθίσταται το σκληρό δίκαιο του αύριο.

ii) Σε επίπεδο κρατών μελών

96. Υπάρχουν τουλάχιστον τρία είδη έννομων αποτελεσμάτων που οι συστάσεις παράγουν σε επίπεδο κρατών μελών. Το ακριβές τους εύρος εξαρτάται από το πώς η αρχή της καλόπιστης και ειλικρινούς συνεργασίας προωθείται όσον αφορά με τις συστάσεις.

97. Το πρώτο και κύριο είδος υποχρεώσεων σχετικά με τις συστάσεις το οποίο έχει αναφέρει μέχρι σήμερα το Δικαστήριο είναι το καθήκον των εθνικών δικαστηρίων να τις λαμβάνουν υπόψη κατά την ερμηνεία του εθνικού δικαίου που μεταφέρει τις διατάξεις αυτές. Είναι σαφέστατο ότι οι συστάσεις δεν δύνανται αυτές καθ' εαυτές να δημιουργήσουν δικαιώματα τα οποία ιδιώτες μπορούν να επικαλεστούν ενώπιον εθνικού δικαστηρίου⁶³. Ωστόσο, στην απόφαση Grimaldi, το Δικαστήριο προσέθεσε ότι οι συστάσεις «δεν μπορούν, εντούτοις, να θεωρηθούν ως στερούμενες οποιουδήποτε εννόμου

60 Η πρωτοβουλία για τη βελτίωση του νομοθετην ανέδειξε αυτή την προβληματική διάσταση του ήπιου δικαίου. Βλ., ιδίως, συμφωνία-πλαίσιο για τις σχέσεις μεταξύ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (ΕΕ 2010, L 304, σ. 47). Το σημείο 43 αναφέρει ειδικότερα: «Σε τομείς όπου το Κοινοβούλιο συμμετέχει συνήθως στη νομοθετική διαδικασία, η Επιτροπή χρησιμοποιεί μη δεσμευτικές νομοθετικές πράξεις, εφόσον τούτο προσφέρεται και δικαιολογείται πλήρως, αφού δώσει στο Κοινοβούλιο την ευκαιρία να εκφράσει τις απόψεις του. Η Επιτροπή παρέχει λεπτομερείς επεξηγήσεις στο Κοινοβούλιο σχετικά με το πώς ελήφθησαν υπόψη οι απόψεις του κατά την έγκριση της πρότασής της».

61 Θα μπορούσε να υπομνησθεί ότι η παροχή δοτής αρμοδιότητας και η θεσμική ισορροπία οδήγησαν το Δικαστήριο επίσης στην απόφαση της 23ης Απριλίου 1986, Les Verts κατά Κοινοβουλίου (294/83, ΕΥ:C:1986:166, σκέψη 25).

62 Παρεμπιπτόντως, αυτό είναι το επιχείρημα που το αναιρεσίον προέβαλε με τον δεύτερο λόγο αναιρέσεως. Από ορισμένη άποψη, είναι αληθές ότι η εξάρτηση του παραδεκτού της προσφυγής ακυρώσεως από την ύπαρξη δεσμευτικών έννομων αποτελεσμάτων (σε αντίθεση με απλώς έννομα αποτελέσματα) εμποδίζει να διασφαλιστεί ότι το όργανο που εξέδωσε την προσβαλλομένη πράξη ενήργησε στο πλαίσιο της αρμοδιότητάς του. Τούτο, στη συνέχεια, δημιουργεί το ζήτημα αν πράξεις ήπιου δικαίου, συμπεριλαμβανομένης μιας συστάσεως, μπορούν να εκδοθούν μόνο στο πλαίσιο της αρμοδιότητας που έχει παρασχεθεί στην Ένωση και στο εν λόγω θεσμικό όργανο. Ωστόσο, όχι εντελώς εκτός οποιουδήποτε φαύλου κύκλου, όταν δεν υφίστανται δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα, ο δικαστικός έλεγχός τους μέσω προσφυγής ακυρώσεως δεν είναι παραδεκτός.

63 Βλ. απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 1989, Grimaldi (C-322/88, ΕΥ:C:1989:646, σκέψη 16). Βλ., επίσης, αποφάσεις της 21ης Ιανουαρίου 1993, Deutsche Shell (C-188/91, ΕΥ:C:1993:24, σκέψη 18), της 11ης Σεπτεμβρίου 2003, Altair Chimica (C-207/01, ΕΥ:C:2003:451, σκέψη 41), και της 18ης Μαρτίου 2010, Alassini κ.λπ. (C-317/08 έως C-320/08, ΕΥ:C:2010:146, σκέψη 40).

αποτελέσματος. Πράγματι, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν, κατά την επίλυση των διαφορών, να λαμβάνουν υπόψη τους τις συστάσεις, ιδίως όταν αυτές φωτίζουν την ερμηνεία εθνικών διατάξεων που έχουν θεσπιστεί με σκοπό την εφαρμογή των εν λόγω συστάσεων, ή ακόμα όταν οι συστάσεις έχουν ως αντικείμενο τη συμπλήρωση κοινοτικών διατάξεων δεσμευτικού χαρακτήρα»⁶⁴.

98. Πρέπει να επισημανθεί ότι, μέχρι τώρα, τέτοια *ερμηνευτικά έννομα αποτελέσματα* έχουν αναγνωριστεί από το Δικαστήριο μόνο στην περίπτωση των συστάσεων, οπότε έτσι το Δικαστήριο διακρίνει τις συστάσεις από άλλες μη δεσμευτικού χαρακτήρα πράξεις της Ένωσης⁶⁵.

99. Ωστόσο, τι ακριβώς σημαίνει η *υποχρέωση να λαμβάνουν υπόψη*; Υπάρχει ένα φάσμα πιθανών ερμηνειών. Στο ένα άκρο του φάσματος θα μπορούσε να υπάρχει το ζήτημα αν η υποχρέωση αυτή θα κατέληγε σε μια τύπου Von Colson⁶⁶ υποχρέωση σύμφωνης ερμηνείας. Λαμβανομένης υπόψη της διατυπώσεως που επελέγη στην εν λόγω απόφαση, φαίνεται ότι το Δικαστήριο ίσως δεν είχε την πρόθεση να φθάσει στο σημείο να επιβάλει στα εθνικά δικαστήρια την υποχρέωση να ερμηνεύουν το εθνικό δίκαιο κατά τρόπο σύμφωνο με συστάσεις⁶⁷. Στο άλλο θεωρητικό άκρο, η υποχρέωση να «λαμβάνουν υπόψη» τις συστάσεις θα μπορούσε επίσης να σημαίνει για τον δικαστή να «ρίξει μια ματιά» και στη συνέχεια να επιλέξει να αγνοήσει εντελώς τη σύσταση.

100. Θεωρητικά, θα μπορούσε να υπάρξει μια ενδιάμεση θέση: η εθνική αρχή *οφείλει* τουλάχιστον να *παραθέσει τους λόγους* για τους οποίους αψίσταται από μια σύσταση, χωρίς να έχει ρητώς την υποχρέωση να ερμηνεύσει την εθνική νομοθεσία κατά τρόπο σύμφωνο με τη σύσταση αυτή. Η πρόταση αυτή διατυπώθηκε στο παρελθόν σχετικά με ένα άλλο είδος ήπιου δικαίου⁶⁸. Δύναται να γίνει κατανοητό γιατί μια τέτοια φαινομενικά ενδιάμεση θέση μπορεί να ασκεί κάποια έλξη: μολονότι μέχρι στιγμής το Δικαστήριο έχει επιβάλει το καθήκον αυτό μόνο στο όργανο που διατυπώνει κανόνες συμπεριφοράς περιεχόμενους σε εσωτερικά μέτρα ή σε προσανατολισμούς που έχουν εξωτερικά αποτελέσματα⁶⁹, εντούτοις δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο η νομολογία αυτή να μπορεί να εφαρμοστεί επίσης στις συστάσεις, οι οποίες ασφαλώς είναι μια πιο αναπτυγμένη και εκλεπτυσμένη μορφή ήπιου δικαίου, δεδομένου ότι ανήκουν στις «τυπικές» πράξεις που αναφέρει το άρθρο 288 ΣΛΕΕ και πρέπει να λαμβάνονται υπόψη από τα εθνικά δικαστήρια⁷⁰.

101. Γιατί μια τέτοια θέση να αποκληθεί φαινομενικά ενδιάμεση; Για τον απλό λόγο ότι η υποχρέωση του δικαστή να παραθέσει τους λόγους για τους οποίους αποκλίνει από ορισμένη πηγή του δικαίου σημαίνει αναγκαστικά ότι η πηγή αυτή έχει *δεσμευτικό* χαρακτήρα. Μόνο την απόκλιση από *υποχρεωτικές* πηγές του δικαίου είναι ένας δικαστής υποχρεωμένος να δικαιολογήσει⁷¹. Έτσι, αν η «υποχρέωση να λαμβάνουν υπόψη» συστάσεις ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιβάλλει στους εθνικούς δικαστές το καθήκον να δικαιολογούν και να εξηγούν το γιατί δεν ακολούθησαν μια σύσταση, τούτο από μόνο του σημαίνει ότι οι συστάσεις όχι μόνο παράγουν «ορισμένα έννομα αποτελέσματα», αλλά και ότι όντως είναι δεσμευτικές.

64 Απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, σκέψη 18).

65 Το Δικαστήριο αρνήθηκε ιδίως να αναγνωρίσει αυτό το έννομο αποτέλεσμα στις ανακοινώσεις της Επιτροπής (απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, σκέψη 31).

66 Απόφαση της 10ης Απριλίου 1984, von Colson και Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 Όπως διαδοχικά αναπτύχθηκε και παγιώθηκε, για παράδειγμα, με τις αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 2004, Pfeiffer κ.λπ. (C-397/01 έως C-403/01, EU:C:2004:584, σκέψεις 114 και 115), της 4ης Ιουλίου 2006, Αδενέλερ κ.λπ. (C-212/04, EU:C:2006:443, σκέψεις 108 και 109), και της 15ης Απριλίου 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, σκέψεις 99 έως 101).

68 Βλ. προτάσεις της γενικής εισαγγελέα J. Kokott στην υπόθεση Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, σημεία 38 και 39), η οποία εκτίμησε ότι οι εθνικές αρχές και τα δικαστήρια πρέπει να λαμβάνουν δεόντως υπόψη τις ανακοινώσεις της Επιτροπής για την πολιτική στον τομέα του ανταγωνισμού. Τούτο συνεπάγεται ιδίως στη συγκεκριμένη περίπτωση ότι οι αρχές αυτές και τα δικαστήρια *πρέπει* να λαμβάνουν υπόψη την εκτίμηση της Επιτροπής, όπως εκτίθεται στις εν λόγω ανακοινώσεις, ως προς τι συνιστά σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού και πρέπει να *παραθέτουν αιτιολογία, δυνάμενη να ελεγχθεί δικαστικώς, για τις τυχόν αποκλίσεις από την εκτίμηση αυτή*.

69 Βλ. αποφάσεις της 28ης Ιουνίου 2005, Dansk Rørindustri κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P έως C-208/02 P και C-213/02 P, EU:C:2005:408, σκέψεις 209 έως 211), και της 29ης Σεπτεμβρίου 2011, Arkema κατά Επιτροπή (C-520/09 P, EU:C:2011:619, σκέψη 88).

70 Βλ. απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, σκέψη 26).

71 Σε αντίθεση με τις προαιρετικές ή πειστικές πηγές, βλ., για παράδειγμα, Peczenik, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, σ. 319 επ.

102. Δεύτερον, ποια είναι τα ακριβή καθήκοντα των εθνικών αρχών έναντι μιας συστάσεως; Η διατύπωση του άρθρου 4, παράγραφος 3, ΣΕΕ, αποτυπώνοντας το καθήκον καλόπιστης και ειλικρινούς συνεργασίας εντός της Ένωσης, είναι αναμφισβήτητα περιεκτικότερη και ενδεχομένως ευρύτερη του δέοντος. Εφόσον η διάταξη αυτή αναφέρεται μόνο σε «υποχρεώσεις» και εφόσον οι συστάσεις είναι βάσει του άρθρου 288 ΣΛΕΕ «μη δεσμευτικές», θα μπορούσε να λεχθεί ότι, εξ ορισμού, δεν μπορούν να δημιουργήσουν οποιαδήποτε υποχρέωση και επομένως ουδόλως εμπίπτουν στο άρθρο 4, παράγραφος 3, ΣΕΕ.

103. Είμαι της γνώμης ότι η κατ' αυτόν τον τρόπο κατανόηση του άρθρου 4, παράγραφος 3, ΣΕΕ δεν αντικατοπτρίζει πραγματικά την ερμηνευτική προσέγγιση που το Δικαστήριο έχει εδώ και αρκετό χρόνο υιοθετήσει σχετικά με τη συγκεκριμένη διάταξη. Υπάρχει η τάση το καθήκον καλόπιστης και ειλικρινούς συνεργασίας να εφαρμόζεται σε επίπεδο αρχών και το καθήκον αυτό δεν επικεντρώνεται πάντοτε σε συγκεκριμένη και ειδική διάταξη ή σε χωριστή νομική υποχρέωση⁷².

104. Ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι δεν υπάρχει *θετική* υποχρέωση εφαρμογής μιας συστάσεως, μπορεί άραγε να λεχθεί το ίδιο όσον αφορά τις ενδεχόμενες «ηπιότερες» υποχρεώσεις των κρατών μελών, όπως είναι η υποχρέωση να λαμβάνουν υπόψη μια σύσταση όταν θεσπίζουν νομοθεσία στο συγκεκριμένο πεδίο; Το αποτέλεσμα αυτό θα μπορούσε ίσως να είναι πιο ορατό για τις μετα-νομοθετικές συστάσεις, οι οποίες χρησιμοποιούνται για τη διευκρίνιση νομικών εννοιών που περιέχονται στη δεσμευτική νομοθεσία. Δεν θα μπορούσε να αναμένεται όπως ένα κράτος μέλος, όταν εφαρμόζει την αρχική νομοθεσία της Ένωσης, στην οποία η μετα-νομοθετική σύσταση είναι κατά κάποιο τρόπο «προσαρτημένη», να την εφαρμόζει κατά τον τρόπο που διευκρινίζει περαιτέρω η σύσταση αυτή; Αν όχι, ποιος είναι τότε ο ρόλος της συστάσεως; Αν ναι, τότε τα σημαντικά και πραγματικά έννομα αποτελέσματα μιας συστάσεως δύσκολα μπορούν να αμφισβητηθούν.

105. Ωστόσο, ασφαλώς θα μπορούσε να λεχθεί ότι δεν υφίσταται υποχρέωση εφαρμογής επειδή δεν προβλέπεται χωριστή και αυτοτελής κύρωση σε περίπτωση μη συμμορφώσεως. Ακόμη και αν αφήσουμε κατά μέρος την τρόπον τινά φορμαλιστική κατανόηση της «άμεσης» κυρώσεως ως κομβικού και καθοριστικού στοιχείου της *δεσμευτικής* ισχύος⁷³, τι θα γίνει με τις *αρνητικές* υποχρεώσεις που ενδεχομένως έχουν τα κράτη μέλη όσον αφορά τις συστάσεις; Σε αυτό το στάδιο, τούτο ασφαλώς βρίσκεται στη σφαίρα της εικασίας και δεν αποτελεί στοιχείο του ισχύοντος δικαίου, αλλά, αν το ανασχετικό αποτέλεσμα των οδηγιών έχει εφαρμογή στην περίοδο πριν από την εκπνοή της προθεσμίας μεταφοράς τους και αν, κατά την περίοδο αυτή, τα κράτη μέλη δεν μπορούν να λάβουν μέτρο ικανό να θέσει σε σοβαρό κίνδυνο το επιδιωκόμενο από μια οδηγία αποτέλεσμα⁷⁴, δεν θα μπορούσε η ίδια λογική να εφαρμοστεί σε μια σύσταση;

72 Βλ., κατ' αναλογία, το πώς το καθήκον ειλικρινούς συνεργασίας χρησιμοποιήθηκε με σκοπό τη δημιουργία υποχρεώσεων συνδεδεμένων με το άμεσο αποτέλεσμα, με την ευθύνη των κρατών μελών για παραβιάσεις του δικαίου της Ένωσης ή με την επιβολή κυρώσεων (αντιστοίχως, βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 16ης Δεκεμβρίου 1976, Comet, 45/76, EU:C:1976:191, σκέψη 12, της 2ας Φεβρουαρίου 1977, Amsterdam Bulb, 50/76, EU:C:1977:13, σκέψη 32, και της 19ης Νοεμβρίου 1991, Francovich κ.λπ., C-6/90 και C-9/90, EU:C:1991:428, σκέψη 36).

73 Όπως υποδηλώθηκε ανωτέρω (υποσημείωση 45), μια τόσο στενή άποψη δεν επικρατεί ούτε καν σε ορισμένα ρεύματα της θετικιστικής νομικής θεωρίας. Εκτός αυτού, η αντίληψη αυτή είναι αρκετά απομακρυσμένη από τον τρόπο με τον οποίο «μη δεσμευτικές επιθυμίες» που εκφράζει η *ίδια ρυθμιστική αρχή*, η οποία ενδέχεται την επόμενη ημέρα να εκδώσει δεσμευτική νομοθεσία και να επιβάλει κυρώσεις εντός του αυτού τομέα ή συνδεδεμένου τομέα, θα γίνουν στην πραγματικότητα αντιληπτές και κατανοητές από τους αποδέκτες τους. Έτσι, εκτός από τις άμεσες κυρώσεις, μπορεί να υπάρχουν και *έμμεσες* κυρώσεις, ασφαλώς σε περιπτώσεις που οι παίκτες είναι οι ίδιοι και στις δύο πλευρές (η ίδια ρυθμιστική αρχή και η ίδια ομάδα αποδεκτών). Υπενθυμίζεται ότι παρόμοια λογική οδήγησε ορισμένα ανώτατα δικαστήρια να υποβάλλουν σε δικαστικό έλεγχο «μη δεσμευτικές» πράξεις τέτοιων ρυθμιστικών αρχών (υποσημείωση 52 των παρούσων προτάσεων).

74 Αρχής γενομένης με την απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

106. Τρίτον και τελευταίον, ποια είδη έννομων αποτελεσμάτων θα μπορούσαν να παραγάγουν οι συστάσεις στο πλαίσιο των εθνικών κανόνων και διαδικασιών; Με την απόφαση Grimaldi, το Δικαστήριο κατέστησε σαφές ότι δύναται να γίνει προδικαστική παραπομπή ως προς την ερμηνεία συστάσεως⁷⁵. Παραμένει το ζήτημα αν εθνικό δικαστήριο δύναται να ζητήσει από το Δικαστήριο να αξιολογήσει το κύρος συστάσεως. Εξ όσων γνωρίζω, μια τέτοια περίπτωση δεν έχει ανακύψει μέχρι στιγμής, αλλά προκύπτει ότι με την απόφαση Grimaldi το Δικαστήριο επιβεβαίωσε ότι μια τέτοια προδικαστική παραπομπή είναι δυνατή⁷⁶.

107. Επομένως, προκύπτει ότι το Δικαστήριο σαφώς έχει προβλέψει τη δυνατότητα μια σύσταση να παραγάγει έννομα αποτελέσματα σε εθνικό επίπεδο. Εξάλλου, ο σκοπός είναι οι συστάσεις να λαμβάνονται υπόψη στα κράτη μέλη, ανεξαρτήτως του τι ακριβώς μπορεί αυτό να συνεπάγεται. Θα μπορούσε να προστεθεί ότι κατά το παρελθόν η νομολογία του Δικαστηρίου αναγνώρισε, και όντως ήλεγξε, μέσω της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής, διάφορες μη δεσμευτικές πράξεις της Ένωσης οι οποίες όντως είχαν αντίκτυπο σε εθνικό επίπεδο, περιλαμβανομένου προσφάτως ενός ανακοινωθέντος τύπου της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας⁷⁷.

108. Επομένως, μια σύσταση, όπως άλλες φαινομενικά μη δεσμευτικού χαρακτήρα πράξεις του δικαίου της Ένωσης, δύναται να αποτελέσει αντικείμενο αιτήσεως προδικαστικής αποφάσεως, τόσο ως προς την ερμηνεία όσο και ως προς το κύρος της. Είμαι της γνώμης ότι αυτό δύσκολα θα μπορούσε να μην είναι έτσι σε ένα πλήρες σύστημα ενδίκων βοηθημάτων⁷⁸. Ο σκοπός των συστάσεων είναι η παρότρυνση σε συμμόρφωση. Φανταστείτε ένα κράτος μέλος το οποίο, έχοντας ενεργήσει με καλή πίστη και με πνεύμα ειλικρινούς συνεργασίας, έχει μεταφέρει μια σύσταση στην εθνική έννομη τάξη. Με πράξη εθνικής νομοθεσίας, το εν λόγω κράτος μέλος επέβαλε υποχρεώσεις εις βάρος ιδιωτών σε εθνικό επίπεδο. Αν αυτή η εθνική νομοθεσία αμφισβητηθεί ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων, θα ήταν κάπως παράξενο να μην ελεγχθεί δικαστικώς η ουσιαστική βάση της συγκεκριμένης εθνικής νομοθεσίας, ήτοι η σύσταση της Ένωσης⁷⁹, με την τρόπον τινά φορμαλιστική δικαιολογία ότι αυτή που δημιούργησε τις υποχρεώσεις αυτές ήταν η εθνική νομοθεσία, και όχι μια πράξη του δικαίου της Ένωσης, και ότι το κράτος μέλος προχώρησε στη θέσπισή της αμιγώς οικεία βουλήσει.

4. Επιστροφή στις ρίζες: ΕΣΟΜ και έννομα αποτελέσματα

109. Η λεπτομερής ανάλυση της προηγούμενης ενότητας είχε διττό σκοπό: πρώτον, να δείξει τα προβλήματα που το κριτήριο ΕΣΟΜ (όπως, εν συνεχεία, τροποποιήθηκε σταδιακώς) έχει όταν εφαρμόζεται σε συστάσεις (αλλά, κατά την άποψή μου, ευρύτερα επίσης όταν εφαρμόζεται σε άλλα μέσα ήπιου δικαίου)· και, δεύτερον, να δείξει ότι, μολοντί ίσως δεν έχουν δεσμευτική ισχύ με την παραδοσιακή και μάλλον στενή έννοια του όρου, οι συστάσεις ενδέχεται να παράγουν σημαντικά έννομα αποτελέσματα τόσο σε επίπεδο Ένωσης όσο και σε εθνικό επίπεδο.

75 «Επιβάλλεται να τονιστεί ότι, κατά πάγια νομολογία, το γεγονός ότι μια πράξη του κοινοτικού δικαίου στερείται δεσμευτικής ισχύος δεν αποκλείει τη δυνατότητα του Δικαστηρίου να αποφαίνεται, στο πλαίσιο της διαδικασίας υποβολής προδικαστικών ερωτημάτων δυνάμει του άρθρου 177, ως προς την ερμηνεία της πράξεως αυτής» (αποφάσεις της 13ης Δεκεμβρίου 1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, σκέψη 9, και της 21ης Ιανουαρίου 1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, σκέψη 18 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

76 «[...] αντίθετα προς ό,τι συμβαίνει στην περίπτωση του άρθρου 173 της Συνθήκης ΕΟΚ, το οποίο αποκλείει τον έλεγχο του Δικαστηρίου επί των πράξεων που έχουν χαρακτήρα συστάσεως, το άρθρο 177 παρέχει στο Δικαστήριο αρμοδιότητα να *αποφαίνεται* προδικαστικώς ως προς το κύρος και την ερμηνεία [όλων] των πράξεων των οργάνων της Κοινότητας, χωρίς να *εξαιρεί κανένα είδος πράξεως*» –απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, σκέψη 8)–, η υπογράμμιση δική μου.

77 Απόφαση της 16ης Ιουνίου 2015, Gauweiler κ.λπ. (C-62/14, EU:C:2015:400). Το Δικαστήριο δεν εξέτασε το παραδεκτό προσφυγής κατά ανακοινωθέντος Τύπου ως τέτοιου. Βλ. όμως προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Cruz Villalón στην υπόθεση Gauweiler κ.λπ. (C-62/14, EU:C:2015:7, σημεία 70 επ.).

78 Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 23ης Απριλίου 1986, Les Verts κατά Κοινοβουλίου (294/83, EU:C:1986:166, σκέψη 23), και της 28ης Μαρτίου 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, σκέψη 66).

79 Ιδίως στις περιπτώσεις κατά τις οποίες η προσφυγή που σε εθνικό επίπεδο ασκήθηκε κατά της μεταφοράς στην εσωτερική έννομη τάξη απλώς αντανάκλα την ίδια προβληματική που ενδεχομένως έθεσε η ίδια η σύσταση, βλ., συναφώς, κατ' αναλογία, απόφαση της 22ας Ιουνίου 2010, Melki και Abdeli (C-188/10 και C-189/10, EU:C:2010:363, σκέψεις 54 και 55).

110. Συνεπώς, κατά τη γνώμη μου, το κριτήριο ΕΣΟΜ, όπως αυτό εφαρμόστηκε από το Γενικό Δικαστήριο, χρειάζεται κάποια αναπροσαρμογή. Η πρότασή μου συναφώς είναι αρκετά απλή: το κριτήριο πρέπει να επανέλθει στην πηγή του, ήτοι στην απόφαση ΕΣΟΜ, καθώς επίσης στη διατύπωση του άρθρου 263, πρώτο εδάφιο, ΣΛΕΕ. Και στις δύο περιπτώσεις γίνεται λόγος για «έννομα αποτελέσματα» και όχι για «δεσμευτικό έννομο αποτέλεσμα». Με τις κοίτες των ποταμών, όπως με τη νομολογία, είναι μερικές φορές απαραίτητο να καθαρίζεται το ρεύμα, αφαιρουμένων των (λεκτικών) ιζημάτων που δημιουργούνται με την πάροδο των ετών και καθιστούν αδύνατη την πλεύση του δικαίου.

111. Μια τέτοια αναπροσαρμογή δεν είναι η επανάσταση που με την πρώτη ματιά φαίνεται ότι είναι. Η βάση το κριτηρίου για την εκτίμηση του αν μια πράξη του δικαίου της Ένωσης παράγει έννομα αποτελέσματα έναντι των αποδεικτών της και/ή τρίτων παραμένει η ίδια: αυτό το οποίο πρόκειται να αξιολογηθεί είναι το γράμμα, το πλαίσιο και ο σκοπός της προσβαλλόμενης πράξεως. Πάντως, χρειάζονται δύο διευκρινίσεις ως προς τον τρόπο με τον οποίο πρέπει να εφαρμοστεί το συγκεκριμένο κριτήριο: πρώτον, αυτό που πρέπει να εκτιμηθεί είναι αν υπάρχουν μόνο έννομα αποτελέσματα, όχι δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα. Δεύτερον, στο πλαίσιο του κριτηρίου, η έμφαση δίδεται στο περιεχόμενο και στο πλαίσιο του μέτρου, όχι απλώς στο κείμενό του.

112. Όπως ήδη διευκρινίστηκε στην προηγούμενη ενότητα, η απόλυτη διάκριση μεταξύ δεσμευτικών και μη δεσμευτικών έννομων αποτελεσμάτων είναι ελάχιστης αναλυτικής αξίας όσον αφορά το ήπιο δίκαιο. Αν η προϋπόθεση για την ύπαρξη δεσμευτικών αποτελεσμάτων είναι ο μηχανισμός άμεσης εφαρμογής και ο εξαναγκασμός, τότε, εξ ορισμού, το ήπιο δίκαιο ουδέποτε θα είναι δεσμευτικό, ανεξαρτήτως των διατάξεων που περιέχει.

113. Αντιθέτως, η εκτίμηση του αν δύνανται να παραχθούν έννομα αποτελέσματα, ήτοι αν μπορεί να υπάρξει αντίκτυπος στη νομική κατάσταση των αποδεκτών της πράξεως, θα πρέπει να επικεντρωθεί σε ένα διαφορετικό ζήτημα: θα μπορούσα εγώ, ως λογικός αποδέκτης της πράξεως, να συναγάγω από το περιεχόμενο, τον σκοπό, τη γενική οικονομία και το όλο πλαίσιο μιας συστάσεως ή, γενικότερα, μιας πράξεως ήπιου δικαίου ότι αναμένεται να πράξω κάτι; Θα μπορούσα να τροποποιήσω αναλόγως τη συμπεριφορά μου ή μήπως η πράξη αυτή μπορεί να επηρεάσει τη νομική μου κατάσταση;

114. Στη συνέχεια, όσον αφορά τις τρεις κλασσικές αρχές νομικής ερμηνείας, ήτοι τη γραμματική, την εννοιολογική και την τελολογική, σε περιπτώσεις αξιολογήσεως μιας συστάσεως ή άλλων πράξεων ήπιου δικαίου το γράμμα (και συγκεκριμένα η ονομασία και η λεκτική μορφή) μιας πράξεως δεν πρέπει κατά την αξιολόγησή της να υπερβαίνει το περιεχόμενο, το πλαίσιο και τον σκοπό της. Το γράμμα πρέπει ακόμη, μέσω της ουσίας του, να είναι δευτερεύουσας σημασίας σε σύγκριση με τα ουσιαστικά στοιχεία στο πλαίσιο του παραδεκτού. Σε αντίθετη περίπτωση, η «πρόσκληση» που διατυπώνεται προς τους αποδέκτες της θα οδηγούσε αναγκαστικά στον αποκλεισμό του δικαστικού ελέγχου. Στην πραγματικότητα, αυτό θα σήμαινε ότι ο τύπος υπερσχύει της ουσίας και, ως εκ τούτου, οι συστάσεις δεν θα μπορούσαν ποτέ να ελεγχθούν ακριβώς λόγω του λεξιλογίου «ενθαρρύνσεως» που χρησιμοποιούν. Επομένως, πιο λεπτή έμφαση πρέπει ίσως να δοθεί στη λογική, το περιεχόμενο, το πλαίσιο και τον σκοπό.

115. Στο πλαίσιο μιας τέτοιας εκτιμήσεως του πλαισίου και του σκοπού, τρεις παράγοντες είναι σημαντικοί προκειμένου να καθοριστεί αν είναι πιθανό μια πράξη της Ένωσης να παραγάγει έννομα αποτελέσματα και αν ευλόγως μπορεί να αναμένεται η συμμόρφωση προς αυτήν.

116. Το πρώτο στοιχείο που πρέπει να ληφθεί υπόψη είναι ο βαθμός *τυποποίησης* (έχει το μέτρο της Ένωσης περιβληθεί τον τύπο μιας νομικής πράξεως;) και *οριστικότητας* του μέτρου (τελικά, αποτελεί την απόρροια διαβουλεύσεως ή, γενικότερα, μιας διαδικασίας «θεσπίσεως ήπιου δικαίου»);). Με άλλα λόγια, και συνεξεταζομένων των δύο αυτών στοιχείων, μοιάζει η επίμαχη πράξη της Ένωσης περισσότερο με οριστική νομοθετική πράξη;

117. Όσον αφορά τον τύπο μιας πράξεως που είναι δεκτική προσβολής, πρέπει να μοιάζει με νομικό κείμενο που εύλογα μπορεί να εκληφθεί ως παράγον έννομα αποτελέσματα. Από την άποψη αυτή, μια πράξη θα προκύπτει ότι αποτελεί νομική πράξη αν, για παράδειγμα, υποδιαιρείται σε άρθρα ή τουλάχιστον σε τμήματα, αν έχει δημοσιευθεί στην Επίσημη Εφημερίδα (ασφαλώς στη σειρά L, όπου υποτίθεται ότι δημοσιεύεται η νομοθεσία).

118. Όσον αφορά την πτυχή της οριστικότητας, οι προπαρασκευαστικές πράξεις είναι πιθανόν να μην εμπίπτουν εδώ. Η ίδια λογική ισχύει ήδη για τις προπαρασκευαστικές πράξεις στο πλαίσιο της διαδικασίας λήψεως αποφάσεων της Ένωσης⁸⁰. Τούτο θα πρέπει, *κατά μείζονα λόγο*, να ισχύει και για τις διαδικασίες θεσπίσεως ήπιου δικαίου. Ο αποκλεισμός των προπαρασκευαστικών πράξεων από τον δικαστικό έλεγχο είναι ακόμη πιο σημαντικός στο πλαίσιο του ήπιου δικαίου, όπου η διαδικασία διαβουλεύσεως μπορεί να συνεπάγεται την έκδοση διαφόρων πράξεων.

119. Το δεύτερο στοιχείο αφορά το περιεχόμενο και τον γενικό σκοπό της προσβαλλόμενης πράξεως: πόσο ακριβείς είναι οι «υποχρεώσεις» που περιέχει; Ποιος είναι ο γενικός σκοπός που επιδιώκεται; Όσο πιο γενικές και αφηρημένες είναι οι πράξεις της Ένωσης τόσο λιγότερο πιθανό είναι να παροτρύνουν τους αποδέκτες τους να συμμορφωθούν με αυτές κατά τρόπο σαφή και συγκεκριμένο. Αν, αντιθέτως, η πράξη της Ένωσης περιλαμβάνει συγκεκριμένες και ακριβείς δεσμεύσεις, το στοιχείο αυτό είναι ασφαλώς σημαντικό. Επιπλέον, αν το κείμενο έχει σαφή σκοπό εναρμονίσεως, είναι ακόμη πιο πιθανό να θεωρηθεί ικανό να παραγάγει έννομα αποτελέσματα.

120. Το τρίτο στοιχείο αφορά την εφαρμογή. Περιλαμβάνει το μέτρο σαφείς και συγκεκριμένους μηχανισμούς συμμορφώσεως, επιβολής ή κυρώσεων; Φυσικά, αυτό δεν αποσκοπεί μόνο στην άμεση εφαρμογή, η οποία είναι λίαν απίθανο να συντρέχει, αλλά σε *έμμεσους* μηχανισμούς ή στην *έμμεση* εφαρμογή, τόσο από διαρθρωτικής όσο και από θεσμικής απόψεως.

121. Μεταξύ των *διαρθρωτικών* μηχανισμών συμμορφώσεως ενδέχεται να υπάρχουν ορισμένοι έμμεσοι μηχανισμοί, όπως η υποβολή εκθέσεων, οι ανακοινώσεις, η παρακολούθηση και η εποπτεία. Στοιχεία πιέσεως από ομότιμους μπορεί επίσης να ασκούν επιρροή, όπως η δημοσίευση πινάκων αποδοτικότητας, εκθέσεων που συνεπάγονται δημόσια κατονομασία και μομφή κ.ο.κ.

122. Το *θεσμικό* στοιχείο είναι επίσης σημαντικό: ποιο θεσμικό όργανο εξέδωσε την επίμαχη πράξη; Πρόκειται για το ίδιο θεσμικό όργανο που σε σχετικούς ή ακόμη και στους ίδιους τομείς ρυθμίσεως μπορεί να επιβάλει κυρώσεις στους ίδιους αποδέκτες⁸¹; Αν πράγματι συμβαίνει αυτό, τότε είναι πιθανό η προσβαλλόμενη πράξη όντως να παροτρύνει τη συμμόρφωση με αυτήν.

5. Η εφαρμογή του κριτηρίου στην παρούσα υπόθεση

123. Εξετάζοντας υπό αυτή την οπτική γωνία την επίμαχη Σύσταση, οφείλω να συναγάγω ότι συνολικά η Σύσταση υπερβαίνει κατά πολύ αυτό που μπορεί να αναμένεται από ένα έγγραφο που απλώς συνιστά ορισμένες *αρχές*. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, όντως μπορεί να υποστηριχθεί ότι η επίμαχη Σύσταση υποχρεωτικά παράγει έννομα αποτελέσματα και ότι οι λογικοί αποδέκτες είναι πιθανό να τροποποιήσουν τη συμπεριφορά τους προκειμένου να συμμορφωθούν, τουλάχιστον εν μέρει, με τη Σύσταση.

124. Αν η ουσία πρέπει να υπερισχύσει του τυπικού προσδιορισμού μιας πράξεως κατά την εκτίμηση της πραγματικής της φύσεως, η ανάλυση που πρέπει να ακολουθηθεί πρέπει να εστιάζει, παρακάμπτοντας τον τυπικό τίτλο του εγγράφου, στο τι έγγραφο είναι με βάση τη διατύπωση, το περιεχόμενο, το πλαίσιο και τον σκοπό του.

80 Απόφαση της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, Reynolds Tobacco κ.λπ. κατά Επιτροπής (C-131/03 P, EU:C:2006:541, σκέψη 55 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

81 Βλ., επίσης, υποσημείωση 73 των παρούσων προτάσεων.

125. Αρχίζοντας με τον γενικό σκοπό της Συστάσεως, οι αιτιολογικές της σκέψεις⁸² και τα έγγραφα που συνοδεύουν την έκδοσή της⁸³ αναφέρουν ρητώς ότι η Σύσταση αποσκοπεί στην επίτευξη ενός ελάχιστου βαθμού εναρμονίσεως, στο μέτρο που συνιστά αρχές για υψηλότερο επίπεδο προστασίας των καταναλωτών, των παικτών και των ανηλίκων σχετικά με τις υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση. Ταυτόχρονα, είναι επίσης σαφές ότι τούτο το πράττει σε ένα αρκετά ευαίσθητο θέμα, ασφαλώς από τη σκοπιά ορισμένων κρατών μελών⁸⁴.

126. Εν συνεχεία, υπάρχουν διάφορα στοιχεία που αφορούν το περιεχόμενο και το πλαίσιο και που αξίζει να επισημανθούν. Πρώτον, η επίμαχη πράξη είναι ένα σε μεγάλο βαθμό διαρθρωμένο κείμενο και, κατά τα φαινόμενα, ένα νομικό κείμενο. Έχει περισσότερες από 30 αιτιολογικές σκέψεις. Η ίδια η Σύσταση χωρίζεται σε 12 αριθμημένα τμήματα. Έχει δημοσιευθεί στη σειρά L της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

127. Συνεπώς, η μορφή που έχει η Σύσταση δίδει την εντύπωση ότι η Σύσταση παράγει υποχρεωτικώς έννομα αποτελέσματα. Τούτο επιβεβαιώνεται και από το γεγονός ότι η Σύσταση δεν αποτελεί προπαρασκευαστική πράξη. Σηματοδοτεί την κατάληξη μιας διαδικασίας διαβουλεύσεως, δεδομένου ότι συμπληρώνει την Πράσινη Βίβλο που προηγήθηκε και μια ανακοίνωση της Επιτροπής. Ως εκ τούτου, αποκρυσταλλώνει με σαφήνεια τη θέση της Επιτροπής όσον αφορά το ζήτημα της προστασίας των καταναλωτών στις υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση, διατυπώνοντας ορισμένες πολύ συγκεκριμένες συστάσεις προς τα κράτη μέλη.

128. Δεύτερον, το επίπεδο αναλύσεως και ακρίβειας συγκεκριμένων διατάξεων της Συστάσεως είναι εντυπωσιακό. Η Σύσταση, πόρρω απέχουσα από το να διατυπώνει απλώς «αρχές», θέτει σαφείς και ακρίβεις κανόνες.

129. Ενδεικτικώς, αναφέρονται ορισμένα παραδείγματα: στο τμήμα III, η Σύσταση αναφέρει το λεπτομερές περιεχόμενο των πληροφοριών που θα πρέπει να εμφανίζονται στην αρχική σελίδα του ιστοτόπου του φορέα εκμεταλλεύσεως τυχερών παιχνιδιών και να είναι προσβάσιμες από όλες τις σελίδες του ιστοτόπου. Στο τμήμα V, η Σύσταση καλεί τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν ότι η συμμετοχή ενός προσώπου σε μια υπηρεσία τυχερών παιχνιδιών σε απευθείας σύνδεση επιτρέπεται μόνο αν ο παίκτης έχει εγγραφεί και διατηρεί λογαριασμό στον φορέα εκμεταλλεύσεως. Ο τελευταίος θα πρέπει να εξακριβώσει τα στοιχεία ταυτότητας του παίκτη. Επίσης, το τμήμα VIII αποσκοπεί στη ρύθμιση των εμπορικών ανακοινώσεων. Αντιτίθεται ειδικά στο ενδεχόμενο τα κράτη μέλη να προβαίνουν σε ορισμένες δηλώσεις, όπως να παρουσιάζουν τα τυχερά παιχνίδια ως κοινωνικώς ελκυστικά ή να υπαινίσσονται ότι τα τυχερά παιχνίδια μπορούν να λύσουν προσωπικά προβλήματα.

130. Τρίτον, η Σύσταση περιλαμβάνει «προσκλήσεις» για πολύ λεπτομερή και περιεκτική εποπτεία και υποβολή πολύ λεπτομερών και περιεκτικών εκθέσεων. Κατά το τμήμα XI, τα κράτη μέλη «καλούνται να ορίσουν αρμόδιες ρυθμιστικές αρχές τυχερών παιχνιδιών κατά την εφαρμογή των αρχών που ορίζονται στην παρούσα σύσταση, για τη διασφάλιση και την παρακολούθηση, με ανεξάρτητο τρόπο, της αποτελεσματικής συμμόρφωσης με τα εθνικά μέτρα που λαμβάνονται για την υποστήριξη των αρχών που προβλέπονται στην παρούσα σύσταση». Το τμήμα XII αφορά την υποβολή εκθέσεων. Με τις διατάξεις του, τα κράτη μέλη δεν καλούνται απλώς να *κοινοποιούν* στην Επιτροπή κάθε μέτρο που έχει ληφθεί για την εφαρμογή της Συστάσεως, αλλά και να συλλέγουν, σε ετήσια βάση, δεδομένα για στατιστικούς σκοπούς πριν από ορισμένες καταληκτικές ημερομηνίες.

82 Αιτιολογικές σκέψεις 8 και 9, οι οποίες προπαρατέθηκαν στα σημεία 11 και 12 των παρούσων προτάσεων.

83 Βλ. σημείο 30 των παρούσων προτάσεων.

84 Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 22ας Ιανουαρίου 2015, Stanley International Betting και Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, σκέψη 51).

131. Όσον αφορά τέτοιες «προσκλησεις» για υποβολή εκθέσεων και εποπτεία, είναι αναγκαίες δύο παρατηρήσεις. Πρώτον, φαίνεται ότι κατά παρελθόν και γενικώς το Δικαστήριο έδειξε ιδιαίτερη ευαισθησία όσον αφορά την εισαγωγή μηχανισμών συμμορφώσεως ή παρακολουθήσεως σε διάφορες άτυπες πράξεις. Σε δύο τουλάχιστον περιπτώσεις, το Δικαστήριο ακύρωσε άτυπες πράξεις της Επιτροπής, επειδή ρύθμιζαν λεπτομερώς τις απαιτήσεις υποβολής εκθέσεων και αναμφισβήτητα υπερέβαιναν τα όρια που ήταν κατάλληλα για αυτό το είδος πράξεως⁸⁵. Δεύτερον, στο πλαίσιο της συγκεκριμένης Συστάσεως, είναι ενδιαφέρον να σημειωθεί ότι μια μη δεσμευτική Σύσταση που τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να εφαρμόσουν εξακολουθεί να αναμένει από τα κράτη μέλη (ή έστω μόνο από εκείνα που αποφάσισαν να αποδεχθούν την «πρόσκληση»), να ορίζουν ρυθμιστικές αρχές, να παρακολουθούν, να κοινοποιούν, να αξιολογούν, να συλλέγουν δεδομένα και να υποβάλλουν εκθέσεις στην Επιτροπή σε συγκεκριμένες ημερομηνίες για όλες αυτές τις (εντελώς εθελοντικές) δραστηριότητες.

132. Το σημείο 54 της Συστάσεως αναφέρει στη συνέχεια ότι η Επιτροπή πρέπει να αξιολογήσει την *εφαρμογή* (sic!) της Συστάσεως έως τις 19 Ιανουαρίου 2017. Ωστόσο, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση διαπιστώθηκε ότι η Επιτροπή δεν προχώρησε μέχρι στιγμής στην αξιολόγηση αυτή, *επειδή* εξακολουθεί να αναμένει τις εκθέσεις των κρατών μελών πριν καταρτίσει τη δική της έκθεση. Στο παρόν στάδιο, μου φαίνεται ότι ο βαθμός γνωστικής ασυμφωνίας που υπάρχει σε τέτοιες δηλώσεις φθάνει στο επίπεδο προχωρημένου τεχνάσματος του μυαλού ενός Τζεντάι.

133. Τέταρτον, η Σύσταση σκοπό έχει να παροτρύνει τα κράτη μέλη να θεσπίσουν συγκεκριμένη νομοθεσία και μέσω της νομοθεσίας αυτής να επηρεάσουν τις επιχειρήσεις τυχερών παιχνιδιών και τους παίκτες, οι οποίοι είναι οι έμμεσοι αποδέκτες της. Επομένως, φυσικά μπορεί να υποστηριχθεί ότι, από τυπικής απόψεως και αυτή καθ' εαυτή, όχι η Σύσταση αλλά η δυνητική εθνική νομοθεσία είναι εκείνη που θα επηρεάσει τα δικαιώματα τρίτων, αλλά είναι δύσκολο να αρνηθεί κανείς ότι η πραγματική πηγή της εθνικής νομοθεσίας βρίσκεται στη Σύσταση⁸⁶.

134. Πέμπτον, ίσως από μόνη της μια περιθωριακή παρατήρηση η οποία όμως αναδεικνύει την ασυμφωνία μεταξύ του περιεχομένου και του τίτλου, έχει ενδιαφέρον να επισημανθούν τόσο η αιτιολογική σκέψη 29 όσο και το σημείο 2 της Συστάσεως. Αναφέρουν, αντιστοίχως, ότι η εν λόγω Σύσταση δεν επηρεάζει τις (δεσμευτικές και ισχύουσες) οδηγίες της Ένωσης και ότι δεν επηρεάζει το δικαίωμα των κρατών μελών να ρυθμίζουν τις υπηρεσίες τυχερών παιχνιδιών. Οι δηλώσεις αυτές δημιουργούν το ζήτημα ότι, αν η Σύσταση ήταν όντως μια αμιγώς μη δεσμευτική σύσταση που δεν προοριζόταν να παραγάγει οποιοδήποτε έννομο αποτέλεσμα, γιατί τότε ήταν απαραίτητο να δηλωθεί ρητώς κάτι τέτοιο. Μια πραγματική μη δεσμευτική πράξη ήπιου δικαίου, εξ ορισμού, ουδέποτε θα μπορούσε να επηρεάσει τη δεσμευτική και έγκυρη νομοθεσία της Ένωσης ή τις αρμοδιότητες των κρατών μελών.

135. Εν συντομία, ήδη με βάση τα συγκεκριμένα στοιχεία σκοπού, περιεχομένου και πλαισίου, αν ένας αναγνώστης λάμβανε το έγγραφο αυτό δίχως τον τίτλο του και καλούνταν να διαβάσει το κείμενο χωρίς να γνωρίζει τον τίτλο του, με ασφάλεια μπορεί να γίνει δεκτό ότι θα μπορούσε να σκεφθεί ότι διαβάζει μια οδηγία ή, σε ορισμένα χωρία, ακόμη και κανονισμό, αλλά σε κάθε περίπτωση ένα νομοθετικό κείμενο που επιδιώκει να επιβάλει σαφείς και συγκεκριμένες υποχρεώσεις και να παροτρύνει σε συμμόρφωση με αυτό.

85 Αποφάσεις της 13ης Νοεμβρίου 1991, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-303/90, EU:C:1991:424, σκέψεις 20 έως 25), όπου κώδικας δεοντολογίας σχετικά με τις λεπτομέρειες εφαρμογής κανονισμού του Συμβουλίου απαιτούσε όπως τα κράτη μέλη παρέχουν πληροφοριακά στοιχεία με ορισμένη συχνότητα και με συγκεκριμένους τρόπους ανακοινώσεως, και της 16ης Ιουνίου 1993, Γαλλία κατά Επιτροπής (C-325/91, EU:C:1993:245, σκέψεις 22 και 23), όπου ανακοίνωση της Επιτροπής που συμπλήρωνε μια οδηγία επέβαλλε επιπλέον υποχρεώσεις, όπως την κατ' έτος γνωστοποίηση οικονομικών στοιχείων στην Επιτροπή σε συγκεκριμένη ημερομηνία.

86 Βλ., επίσης, σημεία 102 έως 105 των παρούσων προτάσεων. Βλ., επίσης, σημεία 97 και 98 και τη δυνατότητα της Συστάσεως να διαμορφώσει την ερμηνεία υφιστάμενων εθνικών κανόνων που θεσπίστηκαν στον ίδιο τομέα και διέπουν την ίδια θεματική.

136. Μόνο τώρα έρχομαι στη διατύπωση της Συστάσεως, και ειδικότερα στο συγκεκριμένο κείμενο των επιμέρους αυτών διατάξεων (έχοντας ήδη ασχοληθεί στα προηγούμενα σημεία της παρούσας ενότητας με το επίπεδο λεπτομέρειας και ακρίβειάς τους). Στο σκεπτικό του Γενικού Δικαστηρίου, η διατύπωση φαίνεται να διαδραματίζει αποφασιστικό ρόλο. Ωστόσο, για τους λόγους που προσπάθησα να εξηγήσω γενικώς στην προηγούμενη ενότητα⁸⁷, είμαι της γνώμης ότι η διατύπωση είναι σημαντική αλλά όχι αποφασιστική. Περαιτέρω, ασφαλώς δεν πρέπει να είναι αποφασιστική αν από μόνη της όντως δεν οδηγεί σε ασφαλές συμπέρασμα.

137. Με τις γραπτές και τις προφορικές παρατηρήσεις του, το αναιρεσείον αμφισβήτησε τη γλωσσική εκτίμηση στην οποία το Γενικό Δικαστήριο προέβη με τη διάταξή του. Ειδικότερα, το αναιρεσείον υποστήριξε ότι σε δύο από τις τρεις επίσημες γλώσσες του Βασιλείου του Βελγίου, δηλαδή στα ολλανδικά και στα γερμανικά, η διατύπωση των διατάξεων είναι «αυστηρότερη» από ό,τι σε άλλες γλωσσικές αποδόσεις. Έτσι, ως λογική συνέπεια, η Σύσταση θα έχει «ισχυρότερα» έννομα αποτελέσματα στο Βέλγιο.

138. Το συγκεκριμένο επιχείρημα του αναιρεσείοντος δεν είναι πειστικό. Βεβαίως, ορισμένες γλωσσικές αποδόσεις θα μπορούσαν να θεωρηθούν «πιο δεσμευτικές» από άλλες. Τούτο ισχύει ιδίως για τη γερμανική, την ισπανική, την ολλανδική και την πορτογαλική απόδοση. Σε αντίθεση με τις κρίσεις του Γενικού Δικαστηρίου, η πολωνική ή η τσεχική απόδοση ίσως θα μπορούσαν να γίνουν το αντικείμενο συζητήσεως.

139. Πάντως, μικρή σημασία έχει αν η ολλανδική και η γερμανική γλωσσική απόδοση φαίνεται να χρησιμοποιούν πιο επιτακτική διατύπωση από άλλες. Το γεγονός ότι πρόκειται για επίσημες γλώσσες του Βελγίου δεν τους προσδίδει μεγαλύτερη βαρύτητα από οποιαδήποτε άλλη γλωσσική απόδοση. Υπάρχει η γνωστή αρχή της ίσης αυθεντικότητας όλων των γλωσσικών αποδόσεων των διαφόρων πηγών της Ένωσης η οποία, κατ' εμέ, πρέπει να εφαρμόζεται στις συστάσεις, όπως σε κάθε άλλη πράξη που εκδίδεται βάσει του άρθρου 288 ΣΛΕΕ. Αποτελεί πάγια νομολογία ότι, σε περίπτωση αποκλίσεως μεταξύ γλωσσικών αποδόσεων, η επίμαχη διάταξη πρέπει να ερμηνευθεί με γνώμονα τον σκοπό και την εν γένει οικονομία της ρυθμίσεως της οποίας αποτελεί μέρος⁸⁸.

140. Ακριβώς τέτοιες αμφισβητήσιμες γλωσσικές συγκρίσεις αποδεικνύουν και υπογραμμίζουν γιατί κατά την αξιολόγηση ενός τέτοιου μέτρου έχει ελάχιστη σημασία το πόσες φορές χρησιμοποιήθηκε η έκφραση «καλούνται» αντί της εκφράσεως «πρέπει». Σε γενικές γραμμές, όλες οι γλωσσικές αποδόσεις κινούνται προς την ίδια κατεύθυνση και επιτρέπουν ένα σαφές συμπέρασμα ως προς τη φύση του κειμένου χωρίς να χρειάζεται να εξεταστούν σε βάθος το πλαίσιο και ο σκοπός ενός μέτρου. Ή είναι σε αντίθεση μεταξύ τους και το κείμενο μιας συστάσεως δεν πρέπει να υπερισχύει του πλαισίου της και του σκοπού της. Πάντως, δεν είναι ορθό να λεχθεί ότι υπάρχουν αποκλίσεις μεταξύ των διαφόρων γλωσσικών αποδόσεων και στη συνέχεια να υποστηριχθεί ότι, επειδή η πλειονότητά τους λέγει Χ, αυτή πρέπει να είναι η ορθή ερμηνεία. Στο σύστημα της ίσης αυθεντικότητας όλων των γλωσσών, ουδεμία γλώσσα δύναται να βρεθεί σε «μειοψηφία» όσον αφορά την ερμηνεία⁸⁹.

141. Πάντως, τελικά, η λεπτομερής εξέταση της (μη) επιτακτικής διατυπώσεως σε ορισμένες γλώσσες της Ένωσης ουδέποτε θα οδηγεί σε ασφαλές συμπέρασμα, ιδίως κατά την εξέταση των έννομων αποτελεσμάτων των πράξεων ήπιου δικαίου. Για το συγκεκριμένο είδος εκτιμήσεως, το πλαίσιο, το σύστημα και η λογική ενδιαφέρουν πολύ περισσότερο. Αναπόφευκτα θα υπάρχει τεράστια διαφορά στην ερμηνεία της δηλώσεως «Σε καλώ να μου στείλεις τα σχόλιά σου επί του συγκεκριμένου θέματος γραπτώς πριν από το μεσημέρι αυτής της Παρασκευής», αναλόγως του αν τα λόγια αυτά

⁸⁷ Βλ. σημείο 114 των παρουσών προτάσεων.

⁸⁸ Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 26ης Απριλίου 2012, DR και TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, σκέψη 45 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

⁸⁹ Συμπεριλαμβανομένων, για το θέμα αυτό, επίσης των ακραίων καταστάσεων όπου είναι μάλλον προφανές ότι υπάρχει λάθος στη μετάφραση μόνο σε μία γλωσσική απόδοση της πράξεως της Ένωσης –βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 19ης Απριλίου 2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

εκστομίστηκαν από το αφεντικό κάποιου, από ερευνητή συνάδελφό του ή από συνétaίρό του. Φυσικά εξαρτάται από την πραγματική σχέση μεταξύ τους, αλλά είναι πολύ πιθανό ότι στην πρώτη περίπτωση, η «πρόσκληση» είναι στην πραγματικότητα μια εντολή, στη δεύτερη μόνο μια πρόταση και στην τρίτη ένα αστείο.

142. Εν ολίγοις, κάθε ένα από τα επιμέρους στοιχεία του περιεχομένου και του πλαισίου, λαμβανόμενο μεμονωμένα, θα μπορούσε ίσως να οδηγήσει στο να θεωρηθεί ότι η Σύσταση δεν είχε ως σκοπό τη δημιουργία έννομων αποτελεσμάτων. Ωστόσο, αν ληφθούν συλλήβδην, ο *συνδυασμός* της λειτουργίας των διαφορετικών αυτών στοιχείων στο πλαίσιο *αυτής* της συγκεκριμένης Συστάσεως, λαμβανομένου επιπλέον υπόψη του γεγονότος ότι εκδόθηκε από το θεσμικό όργανο που είναι επιφορτισμένο με τον έλεγχο της εφαρμογής της ρυθμίσεως στον ίδιο τομέα (δηλαδή της ρυθμίσεως της εσωτερικής αγοράς), με οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η Σύσταση σαφώς επιδιώκει να παραγάγει έννομα αποτελέσματα και να παροτρύνει σε συμμόρφωση με αυτήν πέραν των απλών προτάσεων πολιτικής.

143. Για όλους αυτούς τους λόγους, είμαι της γνώμης ότι ο τρίτος λόγος αναιρέσεως είναι βάσιμος. Το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο, εκτιμώντας εσφαλμένως τα έννομα αποτελέσματα της εν λόγω Συστάσεως. και, κατά συνέπεια, κακώς κήρυξε απαράδεκτη την προσφυγή ακυρώσεως.

2. Ο τύπος καθορίζει την ουσία

144. Σε αντίθεση με τις «άτυπες» πράξεις που εκδίδονται από θεσμικά όργανα ή οργανισμούς της Ένωσης, για τις οποίες σχεδιάστηκε αρχικά το κριτήριο ΕΣΟΜ, οι συστάσεις είναι «τυπικές» πράξεις που απαριθμούνται στο άρθρο 288 ΣΛΕΕ, ο δικαστικός έλεγχος των οποίων αποκλείεται ρητώς βάσει του άρθρου 263, πρώτο εδάφιο, ΣΛΕΕ. Πρέπει το γεγονός αυτό να διαδραματίσει οποιονδήποτε ρόλο όσον αφορά τον δικαστικό έλεγχο των συστάσεων και το παραδεκτό του;

145. Το επιχείρημα που διατυπώνεται στην ενότητα (Α) των παρουσών προτάσεων στηρίζεται στην προκείμενη ότι το κριτήριο ΕΣΟΜ, μολοντί ίσως κάπως αναθεωρημένο, έχει εφαρμογή στις συστάσεις, όπως και σε οποιαδήποτε άλλη μορφή ήπιου δικαίου. Το πρώτο μέρος της ενότητας αυτής περιγράφει μια εναλλακτική προσέγγιση, η οποία δίνει μεγαλύτερη έμφαση στο γεγονός ότι οι συστάσεις είναι «τυπικές» πράξεις, για τις οποίες ο τύπος θα πρέπει να καθορίζει την ερμηνεία της ουσίας (1). Ωστόσο, για διάφορους λόγους, θα συνιστούσα στο Δικαστήριο να εμμένει στην (τροποποιημένη) προσέγγιση της ουσίας που υπερέχει του τύπου, η οποία περιγράφεται στην ενότητα (Α) των παρουσών προτάσεων (2). Για την περίπτωση που το Δικαστήριο κρίνει παρά ταύτα ότι, στη συγκεκριμένη περίπτωση των συστάσεων, ο τύπος πρέπει όντως να καθορίζει την ερμηνεία της ουσίας, θα εκθέσω εν συντομία διάφορες σημαντικές διευκρινίσεις που είναι αναγκαίες (3).

1. (Πλήρης) αποκλεισμός: σύσταση σημαίνει σύσταση

146. Η συλλογιστική του Γενικού Δικαστηρίου έχει ως προκείμενη ότι το κριτήριο που το Δικαστήριο υιοθέτησε στην απόφαση ΕΣΟΜ για τις «άτυπες» πράξεις των θεσμικών οργάνων και οργανισμών της Ένωσης μπορεί να εφαρμοστεί επίσης σε μια «τυπική» πράξη, όπως είναι η σύσταση. Το συγκεκριμένο σημείο αφετηρίας μπορεί να αμφισβητηθεί σε δύο επίπεδα: σε κανονιστικό και σε πρακτικό επίπεδο. Σε *κανονιστικό* επίπεδο, το άρθρο 288 ΣΛΕΕ σαφώς λέγει ότι η σύσταση δεν είναι δεσμευτική. Στη συνέχεια, το άρθρο 263, πρώτο εδάφιο, πρώτη περίοδος, ΣΛΕΕ ρητώς αποκλείει τις συστάσεις της Επιτροπής από το πεδίο εφαρμογής της διατάξεως αυτής και, συνεπώς, από τις προσφυγές ακυρώσεως. Οι δύο αυτές διατάξεις, σε συνδυασμό μεταξύ τους, αναφέρουν σαφώς ότι μια σύσταση δεν μπορεί να είναι δεσμευτική και δεν μπορεί να γίνει αντικείμενο δικαστικού ελέγχου.

147. Στα ανωτέρω, όμως, έρχεται να προστεθεί η κρίση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Grimaldi, η οποία (επαν)εισάγει την ουσιαστική εκτίμηση στο παιχνίδι: σύσταση δεν είναι δεκτική δικαστικού ελέγχου εφόσον είναι «γνήσια σύσταση»⁹⁰. Έτσι, εξ αντιδιαστολής, θα μπορεί να υπάρχει «ψευδής σύσταση» η οποία θα μπορεί να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διατάξεως και να γίνει αντικείμενο δικαστικού ελέγχου. Επομένως, παρά το αρκετά σαφές γράμμα των Συνθηκών, υπάρχει κάποιο στήριγμα για τη νομολογία του Δικαστηρίου κατά την οποία οι συστάσεις, μολονότι είναι «τυπικές» πράξεις (η έλλειψη δεσμευτικής ισχύος τους εκτίθεται σαφώς στη Συνθήκη) υποβάλλονται στο κριτήριο ΕΣΟΜ⁹¹.

148. Ωστόσο, αυτό που συμβαίνει στη συνέχεια σε *πρακτικό* επίπεδο είναι ότι, κατά την εκτίμηση του αν ένα έγγραφο αποτελεί «γνήσια» ή «ψευδή» σύσταση, το γεγονός ότι το έγγραφο ονομάζεται σύσταση, αναπόφευκτα «μολύνει» την εκτίμηση του περιεχομένου του και του σκοπού του. Παρά ταύτα, ένα κριτήριο που σχεδιάστηκε για «άτυπες» πράξεις πρέπει να εφαρμόζεται κατά τρόπο που σε μεγάλο βαθμό είναι «τυφλός ως προς τον τύπο», αγνοώντας τον τίτλο/εξώφυλλο του εγγράφου. Διαφορετικά, οδηγούμαστε αναπόφευκτα σε ένα ορισμένο είδος διάλληλου συλλογισμού, βάσει του οποίου τελικά ο τύπος καθορίζει την ερμηνεία της ουσίας⁹².

149. Τούτο με φέρνει στην πιθανή εναλλακτική προσέγγιση. Η προσέγγιση αυτή σημαίνει ότι, αντί η μορφή μιας «τυπικής» πράξεως να επιτρέπεται να μολύνει σιωπηρά την ερμηνεία της φύσεως μιας «άτυπης» πράξεως, η διάκριση φθάνει μέχρι τα πλήρη λογικά συμπεράσματά της: μια «τυπική» μορφή έχει «τυπικές» συνέπειες, *ανεξάρτητα από* το περιεχόμενο. Μια σύσταση ουδέποτε θα δεσμεύει και ουδέποτε θα παράγει έννομα αποτελέσματα. Τελεία και παύλα. Δεν θα χρειάζεται να διενεργηθεί καμία περαιτέρω εκτίμηση ως προς το αν αποτελεί «γνήσια» ή «ψευδή» σύσταση. Σύσταση σημαίνει σύσταση.

150. Από την άποψη αυτή, μπορεί να γίνει ένας παραλληλισμός όσον αφορά τις γνώμες βάσει της Συνθήκης ΕΚΑΧ: πράξεις που επίσης ήσαν ρητώς μη δεσμευτικές και μη δεκτικές δικαστικού ελέγχου. Το Δικαστήριο επιβεβαίωσε, το 1957, ότι οι πράξεις αυτές δεν μπορούσαν να ελεγχθούν δικαστικώς. Διευκρίνισε ειδικότερα ότι οι γνώμες έχουν μόνο κατευθυντήριο ρόλο. Θεωρήθηκαν ως «απλή συμβουλή προς τις επιχειρήσεις. Επομένως, οι τελευταίες παραμένουν ελεύθερες να τη λάβουν υπόψη ή να τη αγνοήσουν αλλά πρέπει να κατανοήσουν ότι, αγνοώντας μια αρνητική γνώμη, αποδέχονται τους κινδύνους τους οποίους αντιμετωπίζουν ως αποτέλεσμα μιας καταστάσεως στην οποία συνέβαλαν οι ίδιες (...). Με άλλα λόγια, η ελευθερία της απόφασης και η ευθύνη των επιχειρήσεων παραμένουν αμετάβλητες, όπως και εκείνες της Ανωτάτης Αρχής»⁹³. Αυτή ακριβώς η κρίση θα μπορούσε να παραφραστεί *in extenso* στην περίπτωση των συστάσεων.

2. Ουσία ή τύπος;

151. Υπάρχουν δύο επιχειρήματα που ενισχύουν την *τυπική* προσέγγιση στις «τυπικές» νομικές πράξεις: (i) το επιχείρημα της ασφάλειας δικαίου και της προβλεψιμότητας και (ii) το επιχείρημα της ανάγκης για έναν ορισμένη νομοθετική ευελιξία.

152. Πρώτον, η τυπική προσέγγιση μένει πιστή στο γράμμα του άρθρου 263 ΣΛΕΕ, το οποίο από το 1957 έχει αποκλείσει συστηματικά και ρητά τις συστάσεις και τις γνώμες από το πεδίο των προσφυγών ακυρώσεως.

90 Απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, σκέψη 16).

91 Το οποίο τότε οδήγησε το Γενικό Δικαστήριο να εκθέσει ότι «[τ]ο γεγονός και μόνον ότι η επίδικη σύσταση έχει ονομαστεί σύσταση και έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 292 ΣΛΕΕ δεν αρκεί για να αποκλειστεί αυτομάτως ο χαρακτηρισμός της ως πράξης δεκτικής προσφυγής» (σκέψη 20 της αναιρεσιβαλλομένης διατάξεως).

92 Εκτέθηκε λεπτομερώς στα σημεία 77 έως 79 των παρουσών προτάσεων.

93 Απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 1957, Société des usines à tubes de la Sarre κατά Ανωτάτης Αρχής (1/57 και 14/57, EU:C:1957:13).

153. Με αυτό συνδέονται η εμπιστοσύνη και οι προσδοκίες. Μολονότι σχεδόν πάντοτε εικονίζεται ως κακό, ο formalismός έχει επίσης θετικές διαστάσεις. Προωθεί την ασφάλεια δικαίου και την προβλεψιμότητα. Αυτό που ονομάζεται φτυάρι πρέπει να είναι στην πραγματικότητα ένα φτυάρι, χωρίς τη διαρκή ανάγκη για μια ουσιαστική και με βάση τα συμφραζόμενα επανεκτίμησή του.

154. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο όσον αφορά τις «τυπικές», τυποποιημένες πηγές. Πόσο μακριά θα μπορούσε να φτάσει η «υπεροχή της ουσίας έναντι του τύπου»; Θα πρέπει τότε να αξιολογούνται άλλες τυπικές πηγές δικαίου της Ένωσης, όπως είναι ένας κανονισμός και μια οδηγία, όσον αφορά το αυθεντικό, πραγματικό τους περιεχόμενο; Θα μπορούσαν τότε επίσης να «αναταξινομηθούν», επειδή ο τίτλος τους δεν είναι συμβαδίζει με το περιεχόμενό τους; Σε ακραίες περιπτώσεις, θα μπορούσε μια τέτοια αναταξινόμηση να οδηγήσει ακόμη και στον αποκλεισμό τους από τον δικαστικό έλεγχο; Δύναται το Δικαστήριο να κρίνει απαράδεκτη μια προσφυγή ακυρώσεως, για παράδειγμα, κανονισμού επειδή ο κανονισμός αυτός είναι τόσο κακοδιατυπωμένος ώστε να μην μπορεί να παραγάγει οποιαδήποτε (δεσμευτικά) έννομα αποτελέσματα;

155. Δεύτερον, οι συστάσεις μπορούν να είναι έγκυρα σημεία αναφοράς, εμπνεύσεως και ορθών πρακτικών. Μπορούν να καταστήσουν δυνατή τη δοκιμή διαφορετικών λύσεων και ιδεών προκειμένου να καθοριστεί ποιες πρέπει να αναπτυχθούν περαιτέρω και ποιες πρέπει να αγνοηθούν. Με αυτόν τον τρόπο, θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως ένα είδος νομοθετικού εργαστηρίου. Είναι ίσως δίκαιο να αναγνωρίσουμε ότι, αν οποιαδήποτε σύσταση μπορεί να προσβληθεί και να τεθεί υπό αμφισβήτηση, αυτή η ευελιξία του νομοθετικού εργαστηρίου θα χαθεί. Ειδικότερα, η Επιτροπή θα μπορούσε όντως να εμποδιστεί να αναλαμβάνει πιο ανεπίσημες μορφές δράσεως για την προώθηση της θεματολογίας της προς το συμφέρον της Ένωσης.

156. Η απάντηση στα δύο αυτά επιχειρήματα από τη σκοπιά της προσεγγίσεως «υπεροχή της ουσίας έναντι του τύπου» δεν είναι περίπλοκη: πρώτον, η προσέγγιση αυτή επιβάλλεται ακριβώς όταν δεν τηρούνται τα επίσημα όρια μιας «τυπικής» πράξεως. Έτσι, πόρρω απέχουσα από το να επιτρέπει να αμφισβητούνται όλες τις τυπικές πράξεις, η προσέγγιση αυτή, από τη φύση της, περιορίζεται στις ακραίες περιπτώσεις. Δεύτερον, όσο ελκυστική και αν είναι η υπόθεση ενός ευέλικτου νομοθετικού εργαστηρίου, θα πρέπει να οριοθετηθεί με σαφήνεια με βάση την αρχή της νομιμότητας της δημόσιας εξουσίας και την αρχή της δοτής αρμοδιότητας. Ακόμη και καλής προαιρέσεως νομοθετικά εργαστήρια μπορούν γρήγορα να μετατραπούν σε «α(δια)φανείς νομοθέτες».

157. Αντιθέτως, υπάρχουν τουλάχιστον τρία επιχειρήματα που συνηγορούν υπέρ της ουσιαστικής προσεγγίσεως, όπως αυτή περιγράφηκε στην ενότητα (Α): (i) η υπεροχή της ουσίας έναντι του τύπου είναι παντού· (ii) η ανάγκη διασφάλισης αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας· και (iii) η συνολική συνοχή των ενδίκων βοηθημάτων στο δίκαιο της Ένωσης.

158. Πρώτον, ακόμη και αν όντως υπάρχουν ορισμένες αξιοσημείωτες εξαιρέσεις, η γενική προσέγγιση και νοοτροπία στο δίκαιο της Ένωσης είναι απλώς ουσιαστική: σε αμέτρητους τομείς του δικαίου της Ένωσης, αυτό που εξετάζεται είναι η ουσία, η ουσία ενός φαινομένου, μιας κατηγορίας ή ενός θεσμού –δεν είναι στην πραγματικότητα η επίσημη ονομασία ή ετικέτα του. Ο τύπος έχει ασφαλώς σημασία. Ωστόσο, στο δίκαιο της Ένωσης, ο τύπος αποτελεί μια πρώτη προσέγγιση στην πραγματική φύση μιας πράξεως. Δεν είναι καθοριστικός.

159. Δεύτερον, όπως ήδη διευκρινίστηκε λεπτομερώς ανωτέρω⁹⁴, ουδόλως αμφισβητείται το ότι οι συστάσεις όντως παράγουν ορισμένα σημαντικά έννομα αποτελέσματα, ακόμη και αν δεν είναι κατά κυριολεξία δεσμευτικά σε μια δεδομένη περίπτωση. Αν όντως συμβαίνει αυτό, πρέπει να ακολουθεί αποτελεσματική έννομη προστασία. Υπενθυμίζεται ότι στο παρελθόν, τόσο στο αρχικό στάδιο της

94 Βλ. σημεία 87 έως 108 των παρουσών προτάσεων.

νομολογίας ΕΣΟΜ όσο και στη μεταγενέστερη νομολογία, το Δικαστήριο δεν δίστασε να αναγνωρίσει την κοινωνική και νομική εξέλιξη και να κλείσει τα κενά που δημιουργήθηκαν με τον τρόπο αυτόν δημιουργήθηκαν στην έννομη προστασία⁹⁵. Έχει επίσης λεχθεί ότι η εμφάνιση νέων και «πιο ήπιων» τρόπων διακυβερνήσεως αντιπροσωπεύει ένα τέτοιο είδος εξελίξεως⁹⁶.

160. Τρίτον, το επιχείρημα σχετικά με τη συνοχή των ενδίκων βοηθημάτων στο δίκαιο της Ένωσης είναι κρίσιμο σε δύο επίπεδα: αφενός, ως προς τη συνοχή μεταξύ του άρθρου 263 ΣΛΕΕ (προσφυγή ακυρώσεως) και του άρθρου 267 ΣΛΕΕ (διαδικασία προδικαστικής παραπομπής) και, αφετέρου, ως προς τη θέση των (μη) προνομιακών προσφευγόντων στις διαδικασίες αυτές.

161. Αποτελεί πάγια νομολογία ότι «ο έλεγχος της νομιμότητας των πράξεων της Ένωσης τον οποίο διασφαλίζει το Δικαστήριο δυνάμει των Συνθηκών στηρίζεται [...] σε δύο συμπληρωματικές ένδικες διαδικασίες. Συγκεκριμένα, η Συνθήκη ΛΕΕ, με τα άρθρα της 263 και 277, αφενός, και με το άρθρο της 267, αφετέρου, καθιέρωσε ένα πλήρες σύστημα ενδίκων βοηθημάτων και διαδικασιών για τον έλεγχο της νομιμότητας των πράξεων της Ένωσης, αναθέτοντας τον έλεγχο αυτόν στον δικαστή της Ένωσης [...]. Αποτελεί εγγενές στοιχείο του πλήρους αυτού συστήματος ενδίκων βοηθημάτων και διαδικασιών το δικαίωμα κάθε διαδίκου, στο πλαίσιο προσφυγής ενώπιον εθνικού δικαστηρίου, να αμφισβητήσει τη νομιμότητα διατάξεων που περιέχονται σε πράξεις της Ένωσης και οι οποίες αποτελούν το έρεισμα εθνικής αποφάσεως ή πράξεως [...]»⁹⁷.

162. Επιθυμώ να υπογραμμίσω δύο επίθετα που περιέχονται στο ανωτέρω παράθεμα: «συμπληρωματικές» και «πλήρες». Κάπως παράδοξο ίσως, το δεύτερο επίθετο μπορεί να είναι προβληματικό για έναν προνομιακό προσφεύγοντα, δηλαδή ένα κράτος μέλος που «καλείται» από μια σύσταση να κάνει κάτι και αμφισβητεί την «πρόσκληση» αυτή, χωρίς όμως σε εθνικό επίπεδο να υπάρχει (ακόμη) κάποια υπόθεση σχετική με τη σύσταση αυτή.

163. Αφενός, όπως προαναφέρθηκε⁹⁸, αίτηση προδικαστικής αποφάσεως ως προς το κύρος συστάσεως φαίνεται να είναι δυνατή. Αν συμβαίνει αυτό, είναι δύσκολο να κατανοηθεί γιατί πρέπει να είναι πιο δύσκολο για έναν προνομιακό προσφεύγοντα να προσβάλει μια πράξη απευθείας ενώπιον του Δικαστηρίου βάσει του άρθρου 263 ΣΛΕΕ παρά για έναν μη προνομιακό προσφεύγοντα να προσβάλει εμμέσως μια πράξη βάσει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ.

164. Αφετέρου, ακόμη και αν η γενική λογική της συμπληρωματικότητας επικρατήσει, αποθαρρύνοντας τις άμεσες προσφυγές κατά του κύρους και επιδιώκοντας να τις κατευθύνει μέσω της διαδικασίας της προδικαστικής παραπομπής, η θέση ενός κράτους μέλους δεν γίνεται πολύ πιο εύκολη. Πρακτικά, πώς πρέπει να ενεργήσει ένα κράτος μέλος; Πρέπει πρώτα να εφαρμόσει τη σύσταση (την οποία δεν θέλησε εξαρχής) και στη συνέχεια να την αμφισβητήσει ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων του; Πρέπει να κατασκευάσει μια ένδικη διαφορά;

165. Χωρίς να θέλω να επαναφέρω οποιοδήποτε από τα ζητήματα αυτά⁹⁹, είναι αρκετό να υπογραμμίσω ότι τα κράτη μέλη απλώς δεν είναι ιδιώτες που, ίσως αργότερα, ενδέχεται να υποχρεωθούν να συμμορφωθούν με ένα μέτρο της Ένωσης μετά την εφαρμογή του σε αυτούς με μια επιμέρους απόφαση, είτε βάσει της εθνικής νομοθεσίας είτε βάσει της κοινοτικής νομοθεσίας. Τα κράτη μέλη είναι εκείνα που εξαρχής καλούνται να εφαρμόσουν τους κανόνες αυτούς. Επομένως, θα ήταν απλώς παράλογο να παροτρύνονται τα κράτη μέλη να πράξουν κάτι και, ταυτόχρονα, να ανακαλείται η δυνατότητά τους να προσφύγουν ενώπιον του Δικαστηρίου. Αυτό θα έρχεται σε

95 Για αξιοσημείωτο παράδειγμα, βλ., ενδεικτικώς, απόφαση της 23ης Απριλίου 1986, *Les Verts* κατά Κοινοβουλίου (294/83, EU:C:1986:166, σκέψη 24).

96 Σημεία 81 έως 86 των παρουσών προτάσεων.

97 Απόφαση της 28ης Μαρτίου 2017, *Rosneft* (C-72/15, EU:C:2017:236, σκέψεις 66 και 67 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Βλ., επίσης, γνωμοδότηση 1/09 (Συμφωνία περί δημιουργίας ενοποιημένου συστήματος επιλύσεως διαφορών σε θέματα διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας) της 8ης Μαρτίου 2011 (EU:C:2011:123, σκέψη 70).

98 Σημεία 106 έως 108 των παρουσών προτάσεων.

99 Επιλύθηκαν με την απόφαση της 1ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά Jégo-Quéré* (C 263/02 P, EU:C:2004:210).

αντίθεση με τα συμφέροντα της ορθής απονομής της δικαιοσύνης, καθόσον θα καθυστερούσε ενδεχόμενη προσφυγή κατά συστάσεως, αλλά και σε αντίθεση με τα συμφέροντα του ίδιου του οργάνου που εξέδωσε τη σύσταση. Αντί να έχει τη δυνατότητα να κατευθύνει την ενδεχόμενη διαφορά, να τη λύσει και να προχωρήσει, το κράτος μέλος θα αναγκαστεί να αρνηθεί απλώς να συνεργαστεί και να περιμένει μέχρις ότου κάποιο από τα δικαστήριά του και ενδεχομένως δικαστήριο άλλου κράτους μέλους υποβάλει αίτηση βάσει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ όσον αφορά το κύρος της επίμαχης πράξεως. Θεωρώ ότι τούτο έχει ελάχιστο πρακτικό νόημα.

3. Οι (δυννητικά) αναγκαίες διευκρινίσεις

166. Εν ολίγοις, βλέπω πολλούς πειστικούς λόγους να προτείνω στο Δικαστήριο να επεκτείνει το τροποποιημένο κριτήριο ΕΣΟΜ ώστε να περιλαμβάνει τον δυννητικό δικαστικό έλεγχο συστάσεων.

167. Ωστόσο, αν το Δικαστήριο αποφασίσει να ακολουθήσει την οδό όπου η μορφή μιας «τυπικής» πράξεως καθορίζει τη κατανόηση και ερμηνεία της ουσίας της, δίχως χωριστή εξέταση ως προς το αν αυτό είναι αναγκαίο, είναι ουσιώδες να διασαφηνιστούν ορισμένα σημεία. Οι αναγκαίες αυτές διευκρινίσεις θα αφορούν στην ουσία τα στοιχεία που εντοπίστηκαν προηγουμένως κατά την εξέταση των πραγματικών έννομων αποτελεσμάτων των συστάσεων¹⁰⁰. Θα υπογραμμίσω ιδιαίτερα τρία βασικά στοιχεία: (i) το πεδίο του καθήκοντος καλόπιστης και ειλικρινούς συνεργασίας που τα κράτη μέλη έχουν όσον αφορά τις συστάσεις· (ii) την έλλειψη προεξοφλήσεως των αποτελεσμάτων των συστάσεων όσον αφορά την ενδεχόμενη μελλοντική νομοθετική διαδικασία σε επίπεδο Ένωσης, και (iii) την αποσαφήνιση του εύρους της υποχρεώσεως Grimaldi την οποία υπέχουν τα εθνικά δικαστήρια.

168. Πρώτον, οι συστάσεις δεν είναι ούτε δεσμευτικές ούτε επιτρέπεται να παράγουν οποιαδήποτε έννομα αποτελέσματα. Συνεπώς, δεν μπορούν να δημιουργήσουν δικαιώματα ή υποχρεώσεις για τα κράτη μέλη ή για ιδιώτες. Όσον αφορά τα κράτη μέλη, η αρχή της καλόπιστης και ειλικρινούς συνεργασίας δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί προκειμένου να αρχίσει η διάβρωση της ανωτέρω παραδοχής, με οποιονδήποτε τρόπο. Τα κράτη μέλη έχουν δικαίωμα να αγνοούν πλήρως το περιεχόμενο μιας συστάσεως χωρίς να υπάρχει δυνατότητα άμεσων ή έμμεσων κυρώσεων. Αυτό ισχύει όχι μόνο για τις συγκεκριμένες «υποχρεώσεις» που τα κράτη μέλη παροτρύνονται να εφαρμόσουν, αλλά και για τις «προσκλήσεις» υποβολής εκθέσεων. Δεν μπορεί να υπάρξουν ούτε θετικές ούτε αρνητικές υποχρεώσεις από μια σύσταση. Μια σύσταση δεν μπορεί ούτε να χρησιμοποιηθεί για τον ορισμό μιας συνηθισμένης ή μιας ακαθόριστης νομικής έννοιας, η οποία, μετά τον προσδιορισμό του περιεχομένου της από την εν λόγω σύσταση, θα εφαρμοστεί εις βάρος κράτους μέλους ή ιδιώτη.

169. Δεύτερον, μια σύσταση, ασφαλώς μια προ-νομοθετική σύσταση, είναι απλώς μια μονομερής, μη δεσμευτική δήλωση της γνώμης ενός θεσμικού οργάνου. Αν επρόκειτο ποτέ να ακολουθηθεί από μια οποιαδήποτε δεσμευτική νομοθεσία, η νομοθετική διαδικασία θα πρέπει να αρχίσει ως *tabula rasa*. Συγκεκριμένα, μια σύσταση δεν μπορεί να προκαλέσει ή να εκδηλώσει μια νομοθετική «συντόμευση» ή «προτίμηση» εξαιρώντας ορισμένους παράγοντες από την μεταγενέστερη νομοθετική διαδικασία ή στην ουσία τιμωρώντας ορισμένους από τους μετέχοντες στη μεταγενέστερη διαδικασία επειδή δεν είχαν ήδη υποβάλει τις απόψεις τους, τις παρατηρήσεις τους, τα στοιχεία ή τις αναφορές τους σχετικά με τη σύσταση και/ή κατά τη διαδικασία «εφαρμογής» της.

170. Τέλος υπάρχει η απόφαση Grimaldi¹⁰¹. Αν οι συστάσεις είναι μη δεσμευτικές, εξ ορισμού δεν μπορούν να δημιουργήσουν καμία *υποχρέωση* των εθνικών δικαστηρίων να λαμβάνουν υπόψη τέτοιες μη δεσμευτικές κατευθύνσεις, και *κατά μείζονα λόγο* δεν είναι δυνατό να γίνει λόγος για καθήκον σύμφωνης ερμηνείας. Αν το Δικαστήριο ακολουθήσει αυτή την οδό μιας πιο φορμαλιστικής

100 Βλ. σημεία 87 έως 108 των παρουσών προτάσεων.

101 Σημεία 97 έως 101 των παρουσών προτάσεων.

προσεγγίσεως για μια «τυπική» πράξη της Ένωσης, θα είναι αναγκαίο να επανεξετάσει την απόφαση Grimaldi ως προς αυτό το θέμα και να εκθέσει ρητώς ότι δεν υπάρχει υποχρέωση να λαμβάνεται υπόψη μια σύσταση. Τα εθνικά δικαστήρια *μπορούν* να το πράξουν, αν το θεωρούν χρήσιμο, αλλά ασφαλώς *δεν είναι υποχρεωμένα*.

171. Αυτό σημαίνει ότι τα εθνικά δικαστήρια θα πρέπει να αντιμετωπίζουν τις συστάσεις ως οποιαδήποτε άλλη επιτρεπτή πηγή εμπνεύσεως κατά τη διαδικασία νομικής ερμηνείας, όπως είναι ένα ακαδημαϊκό σχόλιο ή ένα συγκριτικό επιχείρημα. Θα μπορούν να την συμπεριλάβουν στη συλλογιστική τους αν το επιθυμούν, αλλά θα μπορούν επίσης να την αγνοήσουν εντελώς, χωρίς καθήκον να εξηγήσουν το γιατί.

VII. Πρόταση

172. Κατόπιν των ανωτέρω, το συμπέρασμά μου είναι ότι το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε σφάλμα εκτιμήσεως όσον αφορά τα έννομα αποτελέσματα της επίμαχης Συστάσεως. Ο τρίτος λόγος αναιρέσεως είναι ως εκ τούτου βάσιμος και παρέλκει η αυτοτελής εξέταση του πρώτου και του δεύτερου λόγου αναιρέσεως. Συνεπώς, κατά το μέρος που κήρυξε απαράδεκτη την προσφυγή, η διάταξη του Γενικού Δικαστηρίου πρέπει να αναιρεθεί.

173. Κατά την παράγραφο 1 του άρθρου 61 του Οργανισμού του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το Δικαστήριο δύναται επίσης, μετά την αναίρεση της αποφάσεως του Γενικού Δικαστηρίου, να αποφανθεί το ίδιο οριστικά επί της διαφοράς, εφόσον αυτή είναι ώριμη προς εκδίκαση.

174. Στην παρούσα υπόθεση, το Δικαστήριο δεν είναι σε θέση, σε αυτό το στάδιο της διαδικασίας, να αποφανθεί επί της ουσίας της προσφυγής που ασκήθηκε ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου. Δεδομένου ότι το Γενικό Δικαστήριο κήρυξε την προσφυγή απαράδεκτη, μόνο μια πολύ περιορισμένη και μάλλον έμμεση συζήτηση σχετικά με την ουσία της υποθέσεως έλαβε χώρα ενώπιον του Δικαστηρίου. Επιπλέον, για τους ίδιους λόγους, δεν επιτράπη να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους όσοι είχαν ζητήσει να παρέμβουν¹⁰². Αν το Δικαστήριο είχε κηρύξει παραδεκτή την προσφυγή ακυρώσεως, είναι πιθανόν ότι αυτοί, και ενδεχομένως και άλλοι, θα είχαν συμφέρον να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους.

175. Πάντως, θεωρώ ότι το Δικαστήριο έχει στη διάθεση του όλα τα αναγκαία αποδεικτικά στοιχεία ώστε να μπορέσει να απορρίψει την ένσταση απαραδέκτου που πρότεινε πρωτοδίκως η Επιτροπή. Με γνώμονα την αποτελεσματικότητα και την οικονομία της διαδικασίας, προτείνω στο Δικαστήριο να επιλέξει αυτή την οδό, κηρύσσοντας παραδεκτή την ασκηθείσα προσφυγή και αναπέμποντας την υπόθεση στο Γενικό Δικαστήριο προκειμένου αυτό να αποφανθεί επί της ουσίας.

176. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο:

- να αναιρέσει τη διάταξη του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην υπόθεση T-721/14 και να κρίνει παραδεκτή την προσφυγή ακυρώσεως που το αναιρεσείον άσκησε στην υπόθεση εκείνη·
- να αναπέμψει την υπόθεση στο Γενικό Δικαστήριο προκειμένου αυτό να αποφανθεί επί της ουσίας·
- να επιφυλαχθεί ως προς τα δικαστικά έξοδα.

¹⁰² Βλ. υποσημείωση 24 των παρούσων προτάσεων.