



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 12 december 2017¹

Mål C-16/16 P

**Konungariket Belgien
mot**

Europeiska kommissionen

”Överklagande – Konsumentskydd – Onlinespeltjänster – Skydd av konsumenter och spelare i samband med onlinespeltjänster och förhindrande av att underåriga spelar onlinespel om pengar – Kommissionens rekommendation – Artikel 263 FEUF – Rättsakt mot vilken talan kan väckas – Domstolsprövning av så kallade soft law-instrument – Icke-bindande rättsakter som medför rättsverkningar – Rättsakter som rimligen kan anses medföra efterlevnad”

Innehållsförteckning

I. Inledning	2
II. Tillämpliga bestämmelser	3
A. Primärrätt	3
B. Kommissionens rekommendation	4
III. Bakgrund och förfarandet	5
IV. Det överklagade beslutet	6
V. Förfarandet vid domstolen	8
VI. Bedömning	10
A. Innehållet är viktigare än formen	11
1. ERTA	11
2. ERTA-kriteriet, såsom det tillämpades av tribunalen i detta fall	12

¹ Originalspråk: engelska.

3. De problematiska aspekterna av ERTA-kriteriet	12
a) Interna problem	13
1) Rättsverkningar, bindande verkan eller bindande rättsverkningar?	13
2) Vilken funktion fyller avsikten hos den som har avfattat rättsakten?	14
b) Externa problem	14
1) Ökningen av soft law	15
2) Rekommendationer: ingen bindande verkan, men medför rättsverkningar	16
i) På unionsnivå	16
ii) På medlemsstatsnivå	18
4. Tillbaka till ursprunget: ERTA och rättsverkningar	21
5. Tillämpning av kriteriet i förevarande mål	22
B. Formen avgör innehållet	26
1. Ett (fullständigt) undantag: rekommendation betyder rekommendation	26
2. Innehåll eller form?	27
3. De (eventuellt) nödvändiga klargörandena	29
VII. Förslag till avgörande	30

I. Inledning

1. En av de stora debatter som har format (angloamerikansk) rättsfilosofi under de senaste decennierna är meningsutbytet mellan Hart och Dworkin om rättens natur och strukturen i ett rättssystem. I slutet av 1960-talet och under 1970-talet utkristalliserade sig Dworkins kritik av Harts *Concept of Law*² kring flera teman. En av Dworkins centrala teser var att Harts tolkning av ett rättssystem är alltför snäv och alltför fokuserad på rättsliga *regler*, och beaktar inte en annan central del i alla rättssystem, nämligen *principer*.³

2. Man kan nog lugnt anta att kommissionen, vid antagandet av ”Rekommendation om *principer* för att skydda konsumenter och spelare i samband med onlinespeltjänster och för att förhindra att underåriga spelare onlinespel om pengar” (nedan kallad rekommendationen),⁴ titeln till trots, inte hade för avsikt att välja sida i denna teoretiska debatt. Till följd av en talan om ogiltigförklaring av denna rekommendation som Konungariket Belgien väckte vid tribunalen, har dock en formellt sett liknande,

² Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2:a upplagan (med en efterskrift), Clarendon Press, Oxford, 1997 (första upplagan publicerades år 1961).

³ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (New Impression with a Reply to Critics), London, Duckworth, 1987 (första upplagan publicerades år 1977), s. 22 och följande sidor.

⁴ Kommissionens rekommendation 2014/478/EU av den 14 juli 2014 (EUT L 214, 2014, s. 38). Min kursivering.

men materiellt sett något annorlunda typ av debatt uppstått: På vilket sätt skiljer sig sådana *principer* från (bindande, rättsliga) *regler* i unionsrätten, med avseende på domstolsprövning? Kan vidare en rekommendation från kommissionen, ett unionsinstrument som uttryckligen är undantaget från domstolsprövning enligt artikel 263 första stycket FEUF, ändå bli föremål för en talan om ogiltigförklaring enligt den bestämmelsen?

3. Tribunalen avvisade Belgiens talan,⁵ genom att slå fast att rekommendationen inte var avsedd att ha bindande rättsverkningar. Konungariket Belgien har överklagat det avgörandet till EU-domstolen.

4. I detta förslag till avgörande består mitt förslag till EU-domstolen i huvudsak av två delar: För det första bör på ett *allmänt* plan, mot bakgrund av den föränderliga regleringen (inte bara) i unionsrätten, vilken präglas av en spridning av olika så kallade soft law-instrument, möjligheten att väcka talan vid unionsdomstolen anpassas för att svara mot denna utveckling. I det avseendet, och såvitt den teoretiska ordleken tillåter det, bör synsättet faktiskt bli något mer dworkinianskt, genom att erkänna det faktum att det finns normer som ger upphov till betydande rättsverkningar och som inte kan inordnas i den binära logiken med bindande/icke-bindande rättsregler. För det andra, vad på ett *konkret* plan gäller den rekommendation som är aktuell i förevarande mål, bör ett normgivningsinstrument som mot bakgrund av dess logik, sammanhang, syfte och delvis även språkbruk rimligen kan anses fastställa *regler* för uppförande, kunna bli föremål för domstolsprövning, oberoende av det faktum att instrumentet i viss mån utges för att vara enbart en uppsättning "*principer*" i en rekommendation.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Primärrätt

5. I artikel 4.3 FEU stadgas att "[m]edlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter. Medlemsstaterna ska hjälpa unionen att fullgöra sina uppgifter, och de ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål".

6. I artikel 263 första stycket FEUF föreskrivs följande: "Europeiska unionens domstol ska granska lagenligheten av lagstiftningsakter, sådana akter som antas av rådet, av kommissionen eller av Europeiska centralbanken och som inte är rekommendationer och yttranden, samt sådana rättsakter som antas av Europaparlamentet och av Europeiska rådet och som ska ha rättsverkan i förhållande till tredje man. Den ska även granska lagenligheten av sådana akter antagna av unionens organ eller byråer som är avsedda att ha rättsverkan i förhållande till tredje man."

7. Artikel 288 FEUF har följande lydelse:

"När institutionerna utövar unionens befogenheter ska de anta förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden.

En förordning ska ha allmän giltighet. Den ska till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat.

Ett direktiv ska med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men ska överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

⁵ Beslut av den 27 oktober 2015, Belgien/kommissionen (T-721/14, EU:T:2015:829).

Ett beslut är till alla delar bindande. Om ett beslut anger till vem eller vilka det riktar sig, är det bindande endast för dessa.

Rekommendationer och yttranden ska inte vara bindande.”

8. Artikel 292 FEUF har följande lydelse: ”Rådet ska anta rekommendationer. Det ska besluta på förslag av kommissionen i samtliga fall där fördragen föreskriver att rådet ska anta akter på förslag av kommissionen. Rådet ska besluta med enhällighet på de områden där enhällighet krävs för antagandet av en unionsakt. Kommissionen ska anta rekommendationer, vilket även gäller Europeiska centralbanken i de särskilda fall som anges i fördragen.”

9. I artikel 296 FEUF föreskrivs följande:

”Om fördragen inte anger vilken typ av akt som ska antas, ska institutionerna välja typ av akt i varje enskilt fall, med beaktande av tillämpliga förfaranden och proportionalitetsprincipen.

Rättsakter ska motiveras och innehålla en hänvisning till de förslag, initiativ, rekommendationer, framställningar eller yttranden som föreskrivs i fördragen.

När ett utkast till lagstiftningsakt läggs fram för Europaparlamentet och rådet, ska dessa avstå från att anta akter som inte anges i det lagstiftningsförfarande som är tillämpligt på det berörda området.”

B. Kommissionens rekommendation

10. I skäl 5 i kommissionens rekommendation anges att ”[e]ftersom det inte finns någon harmonisering på EU-nivå är medlemsstaterna i princip fria att fastställa sin egen politik när det gäller hasardspel och definiera vilka säkerhetsnivåer som ska eftersträvas vad gäller skyddet av konsumenternas hälsa ...”.

11. I skäl 8 anges att ”[m]edlemsstaternas regler och politik för att uppnå mål av allmänt intresse skiljer sig åt betydligt sinsemellan. Åtgärder på unionsnivå gör att medlemsstaterna uppmuntras att hålla en hög skyddsnivå inom hela unionen ...”.

12. I skäl 9 anges att syftet med kommissionens rekommendation är ”att skydda konsumenternas och spelarnas hälsa och därmed även att minimera den ekonomiska skada som ett tvångsmässigt eller överdrivet spelande eventuellt kan ge upphov till. För detta ändamål rekommenderas således principer för en hög skyddsnivå för konsumenter, spelare och underåriga, när det gäller onlinespeltjänster. Kommissionen har utarbetat denna rekommendation på grundval av god praxis i medlemsstaterna”.

13. I skäl 15 anges att ”[m]edlemsstaterna bör uppmanas att anta bestämmelser som ger konsumenterna information om onlinespel ...”.

14. I skäl 16 anges att ”[i] tillämpliga fall ska principerna i denna rekommendation inte bara rikta sig till spelaktörerna utan även till tredje parter, exempelvis s.k. ’närliggande’, som har rätt att främja onlinespeltjänster på spelaktörens vägnar”.

15. I skäl 27 påpekas att ”[d]et krävs att det finns en effektiv tillsyn för att man ska kunna skydda mål av allmänt intresse på bästa sätt. Medlemsstaterna bör utse behöriga myndigheter, fastställa tydliga riktlinjer för spelaktörer och se till att det finns lättillgänglig information för konsumenter, spelare och sårbara grupper, som t.ex. underåriga”.

16. I skäl 29 anges även att ”[d]enna rekommendation inverkar inte på Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG eller rådets direktiv 93/13/EEG”.

17. I avsnitt I i rekommendationen anges dess syfte. I punkt 1 föreskrivs att "[m]edlemsstaterna rekommenderas att hålla en hög skyddsnivå för konsumenter, spelare och underåriga genom att anta principer för onlinespeltjänster och för ansvarsfulla kommersiella meddelanden om dessa tjänster, i syfte att skydda de berörda personernas hälsa och att minimera den ekonomiska skada som ett tvångsmässigt eller överdrivet spelande eventuellt kan ge upphov till". I punkt 2 anges att "[d]enna rekommendation påverkar inte medlemsstaternas rätt att reglera speltjänster".

18. I avsnitt III i rekommendationen föreskrivs ganska specifika och detaljerade informationskrav för spelaktörernas spelwebbplatser, särskilt vad gäller den typ av information som bör finnas synlig på ingångssidan och hur många klick som krävs för att få tillgång till varje upplysning. I avsnitt IV anges även ytterligare krav vad gäller underåriga.

19. Avsnitt V rör spelarregistrering och spelkonton. I punkt 15 anges särskilt att "[m]edlemsstaterna bör se till att det krävs att en person är registrerad som spelare och innehar ett spelkonto hos spelaktören för att han eller hon ska få delta i en onlinespeltjänst".

20. Avsnitt VI behandlar spelaraktivitet och stöd. Avsnitt VIII omfattar kommersiella meddelanden, medan avsnitt IX rör sponsring.

21. Avsnitt XI behandlar tillsyn. I punkt 51 uppmanas medlemsstaterna "att i samband med tillämpningen av de principer som fastställs i denna rekommendation utse behöriga tillsynsmyndigheter för spelverksamhet i syfte att säkerställa och övervaka på ett oberoende sätt att dessa principer överensstämmer med de nationella åtgärder som vidtagits till stöd för de principer som anges i denna rekommendation".

22. Avsnitt XII, det sista avsnittet i rekommendationen, rör rapportering. I punkt 52 anges att "[m]edlemsstaterna uppmanas att underrätta kommissionen om alla åtgärder som vidtas i enlighet med denna rekommendation senast den 19 januari 2016 för att kommissionen ska kunna utvärdera genomförandet av den".

23. I punkt 53 anges att "[m]edlemsstaterna uppmanas att samla in tillförlitliga årliga uppgifter för statistiska ändamål om

- a) tillämpliga skyddsåtgärder, i synnerhet antalet spelkonton (öppnade och stängda), antalet egenavstängda spelare, personer med spelproblem och klagomål från spelare,
- b) kommersiella meddelanden per kategori och per typ av åsidosättande av principerna.

Medlemsstaterna uppmanas att överlämna dessa uppgifter till kommissionen för första gången senast den 19 juli 2016."

24. Slutligen anges det i punkt 54 att "[k]ommissionen bör utvärdera genomförandet av rekommendationen senast den 19 januari 2017".

III. Bakgrund och förfarandet

25. År 2011 identifierade kommissionen, i en grönbok "om onlinespel på den inre marknaden",⁶ medlemsstaternas gemensamma mål vad gäller regleringen av onlinespeltjänster. Den identifierade även de viktigaste prioriterade områdena för EU-åtgärder.

⁶ KOM (2011) 128 slutlig.

26. I sitt meddelande ”En övergripande europeisk ram för onlinespel” som antogs den 23 oktober 2012,⁷ föreslog kommissionen en rad åtgärder som syftar till att lösa de lagstiftningsmässiga, samhällsrelaterade och tekniska utmaningarna i samband med onlinespel. I synnerhet uppgav kommissionen att det på det hela taget inte föreföll lämpligt att i detta skede föreslå sektorsspecifik EU-lagstiftning för onlinespel. I detta meddelande tillkännagav kommissionen att den skulle lägga fram rekommendationer om konsumentskydd på området onlinespeltjänster, inbegripet skydd av underåriga, och om ansvarsfulla kommersiella meddelanden när det gäller onlinespeltjänster.

27. I sin resolution av den 10 september 2013 om onlinespel på den inre marknaden⁸ uppmanade Europaparlamentet kommissionen att utforska möjligheten att samköra nationella register för egenavstängning. Detta skulle öka medvetenheten om riskerna för spelberoende. Kommissionen uppmanades även att överväga att införa en obligatorisk identitetskontroll av tredje part. Parlamentet begärde även att onlinespelsaktörerna skulle vara tvungna att tillhandahålla information om reglerings- och tillsynsmyndigheter och varningar till underåriga och möjliggöra användningen av egenbegränsningar på spelwebbplatser. Dessutom förespråkade parlamentet att det skulle fastställas gemensamma principer för ansvarsfulla kommersiella meddelanden. Det rekommenderade att kommersiella meddelanden skulle innehålla tydliga varningar om konsekvenserna av tvångsmässigt spelande och för risken att bli spelberoende. Kommersiella meddelanden bör varken vara överdrivna eller visas i samband med innehåll som specifikt riktar till underåriga eller där det finns en ökad risk att underåriga utsätts.

28. Även Europeiska ekonomiska och sociala kommittén har uppmanat kommissionen att ingripa för att förbättra konsumentskyddet när det gäller onlinespel och för att skydda underåriga.⁹

29. I ett sådant sammanhang antog Europeiska kommissionen den omtvistade rekommendationen den 14 juli 2014 med stöd av artikel 292 FEUF. Den publicerades i sin helhet i serie L i *Europeiska unionens officiella tidning* av den 19 juli 2014.

30. Antagandet av rekommendationen åtföljdes av ett pressmeddelande¹⁰ och en promemoria.¹¹ I denna promemoria beskrevs en rekommendation från kommissionen på följande sätt: ”En rekommendation är ett icke-bindande instrument som Europeiska kommissionen använder för att ge medlemsstaterna en tydlig signal om vilka åtgärder som förväntas avhjälpa en situation, samtidigt som det lämnas tillräckligt utrymme för flexibilitet på nationell nivå beträffande hur man ska uppnå detta. Genom att fastställa de mål som ska uppnås, ska den fungera som en katalysator för utvecklingen av konsekventa principer som ska tillämpas inom hela Europeiska unionen.” Vad beträffar valet av typen av instrument, angavs det även i promemorian att ”det finns inte någon sektorsspecifik unionslagstiftning inom sektorn för onlinespeltjänster och det ansågs inte lämpligt att föreslå sådan särskild lagstiftning. Vidare kan en rekommendation från kommissionen antas omedelbart, medan lagstiftningsförslag måste antas av EU:s ministerråd och Europaparlamentet, vilket kan ta tid.”

IV. Det överklagade beslutet

31. Den 13 oktober 2014 väckte Konungariket Belgien talan om ogiltigförklaring av den aktuella rekommendationen vid tribunalen.

⁷ COM (2012) 596 final.

⁸ P7_TA(2013)0348.

⁹ 2012/2322(INI).

¹⁰ IP/14/828 av den 14 juli 2014, tillgängligt på följande webbadress: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm.

¹¹ MEMO/14/484 av den 14 juli 2014, på följande webbadress: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm.

32. Genom beslut av den 27 oktober 2015 avvisade tribunalen talan.¹² Tribunalen slog fast att rekommendationen, med beaktande av dess ordalydelse, innehåll och sammanhang, varken medförde eller var avsedd att medföra bindande rättsverkningar. Den kunde därför inte anses utgöra en rättsakt vars lagenlighet kan prövas enligt artikel 263 FEUF.¹³

33. I sitt resonemang noterade tribunalen först att rekommendationens ordalydelse var huvudsakligen icke-imperativ, trots några mindre skillnader mellan de olika språkversionerna.¹⁴

34. Tribunalen fann vidare att det följde av rekommendationens innehåll att kommissionen inte har haft för avsikt att rekommendationen ska ha bindande rättsverkningar.¹⁵ Särskilt i punkterna 51–53 *uppmannas* medlemsstaterna att utse regleringsmyndigheter och att underrätta kommissionen om alla åtgärder som vidtas i enlighet med rekommendationen. Detta ålägger inte medlemsstaterna någon skyldighet att faktiskt tillämpa de principer som fastställs i rekommendationen. Vidare uppgav kommissionen explicit att rekommendationen inte påverkade medlemsstaternas rätt att lagstifta på området: den medförde endast en uppmaning till medlemsstaterna att följa de principer som fastställs däri.¹⁶

35. Tribunalen ansåg att denna analys av rekommendationens ordalydelse och innehåll bekräftades av en analys av dess sammanhang. Överläggningar inom rådet, Europaparlamentet och kommissionen visar att det inte fanns någon avsikt att föreslå unionslagstiftning på detta område vid den tidpunkten.¹⁷

36. Tribunalen tillade att det faktum att rekommendationen publicerats i serie L, och inte i serie C, i EUT inte i sig kunde kullkasta slutsatsen att rekommendationen inte var avsedd att medföra bindande rättsverkningar.¹⁸ Den uppgav även att det inte går att av enbart den omständigheten att rekommendationer, fastän de inte är bindande, kan medföra rättsverkningar, att de kan angripas i domstol. En annan slutsats skulle strida mot artikel 263 FEUF, enligt vilken rekommendationer som inte medför bindande rättsverkningar inte kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring.¹⁹

37. Ett påstått åsidosättande av principen om institutionell jämvikt, principen om tilldelade befogenheter eller principen om lojalt samarbete från en unionsinstitutions sida medför inte att man kan underlåta att tillämpa de sakprövningsförutsättningar för talan om ogiltigförklaring som föreskrivs i fördraget.²⁰ Den omständigheten att domstolen kan pröva rättsakter eller åtgärder som saknar bindande rättsverkningar mot bakgrund av medlemsstaternas skyldighet till lojalt samarbete inom ramen för en talan om fördragsbrott kan inte i sig leda till att samma bedömning ska göras beträffande en talan om ogiltigförklaring.²¹

12 Beslut av den 27 oktober 2015, Belgien/kommissionen (T-721/14, EU:T:2015:829).

13 Punkt 37 i det överklagade beslutet.

14 Punkt 21 och följande punkter i det överklagade beslutet.

15 Punkt 29 i det överklagade beslutet.

16 Punkterna 32–35 i det överklagade beslutet.

17 Punkt 36 i det överklagade beslutet.

18 Punkterna 38–40 i det överklagade beslutet.

19 Punkterna 42–48 i det överklagade beslutet.

20 Punkterna 51 och 52 i det överklagade beslutet.

21 Punkterna 54 och 55 i det överklagade beslutet.

38. Tribunalen angav att rekommendationen innehåller varken någon regel eller princip för att harmonisera tjänstemarknaden inom sektorn för onlinespel, i motsats till klagandens argument. Detta framgick klart mot bakgrund av punkt 2 i rekommendationen som uttryckligen bekräftar medlemsstaternas rätt att lagstifta på området.²² Rekommendationen var inte avsedd att begränsa medlemsstaternas möjlighet att, i enlighet med deras egna preferenser, fastställa vad som krävs för att skydda moraliska, religiösa och kulturella aspekter.²³

V. Förfarandet vid domstolen

39. Konungariket Belgien (nedan kallat klaganden) har yrkat att domstolen ska upphäva tribunalens beslut, slå fast att talan om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning, avgöra målet i sak, förklara att Republiken Greklands och Republiken Portugals interventionsansökningar kan tas upp till sakprövning,²⁴ och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

40. Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

41. Klaganden har i sitt överklagande åberopat följande tre grunder: i) åsidosättande av principen om tilldelade befogenheter, lojalitetsprincipen och principen om institutionell jämvikt, ii) åsidosättande av lojalitetsprincipen och underlåtenhet att beakta medlemsstaternas ställning som privilegierade sökande, och iii) feltolkning av rekommendationens rättsverkningar i förhållande till Belgien.

42. Som första grund har klaganden hävdatt att talan borde ha tagits upp till sakprövning, på grund av att tribunalen borde ha prövat huruvida den som avfattat rekommendationen hade befogenhet, i stället för att endast undersöka huruvida rekommendationen medför bindande rättsverkningar. Närmare bestämt iakttog inte tribunalen principen om tilldelade befogenheter, lojalitetsprincipen och principen om institutionell jämvikt, eftersom den underlät att pröva huruvida det fanns en materiell rättslig grund som motiverade antagandet av rekommendationen. Artikel 292 FEUF utgör inte en självständig rättslig grund: den ger både rådet och kommissionen rätt att anta rekommendationer, men för att veta vilken av dessa två institutioner som har befogenhet måste de materiella befogenheter som var och en av dessa institutioner har tilldelats genom fördragen undersökas.

43. Vidare har klaganden hävdatt att även en icke-bindande rekommendation fortfarande bör kunna bli föremål för domstolsprövning för att avgöra huruvida den iakttar ovannämnda principer. Genom att inte tillåta en domstolsprövning åsidosatte tribunalen principen om tilldelade befogenheter. Den tillämpade även artikel 263 FEUF på ett sätt som inte är förenligt med fast rättspraxis: i varje rättsakt som antas av institutionerna måste den rättsliga grunden klart anges.²⁵

44. Enligt klaganden skulle enbart den omständigheten att kommissionen antar ett av de rättsinstrument som anges i artikel 288 FEUF utan någon sådan befogenhet i sig medföra en rättsverkan, eftersom det skulle rubba jämvikten av befogenheter mellan unionen och medlemsstaterna, och även unionsinstitutionerna emellan. Följaktligen bör rättsakten kunna prövas av

22 Punkt 64 i det överklagade beslutet.

23 Punkt 68 i det överklagade beslutet.

24 Republiken Portugal och Republiken Grekland ansökte om att få intervenera i målet vid tribunalen till stöd för klagandens yrkanden. Eftersom tribunalen avvisade talan, fann den dock att det saknades anledning att pröva dessa ansökningar om intervention (punkt 86 i det överklagade beslutet).

25 Klaganden har åberopat yttrande 2/00 för att framhålla den konstitutionella betydelsen av valet av lämplig rättslig grund (yttrande 2/00 (Cartagenaprotokollet om biosäkerhet) av den 6 december 2001, EU:C:2001:664, punkt 5). Se även dom av den 1 oktober 2009, kommissionen/rådet (C-370/07, EU:C:2009:590, punkt 47).

EU-domstolen. Det bör fastställas att dessa principer har iakttagits, innan det bedöms huruvida den utgör en ”äkta” rekommendation. Klaganden har hävdats att den faktiska unionsrättsliga lagstiftningsakten måste antas i enlighet med unionsrätten och respektera de andra unionsinstitutionernas och medlemsstaternas befogenheter.

45. Som andra grund har klaganden kritiserat det faktum att tribunalen, genom att stödja sig på skillnaden mellan talan om ogiltigförklaring och talan om fördragsbrott, slog fast att den rättspraxis i vilken det anges att rättsakter som saknar bindande rättsverkan och som har antagits i strid med kravet på lojalt samarbete kan bli föremål för domstolsprövning saknar betydelse.²⁶ Detta strider i grund och botten mot lojalitetsprincipens ömsesidiga karaktär.²⁷ Detta leder till att tribunalen hindrar en medlemsstat från att kunna väcka talan om ogiltigförklaring vid domstolen, trots att medlemsstaterna är privilegierade sökande.

46. Som tredje grund har klaganden hävdats att tribunalen inte gjorde en korrekt tillämpning av domen i målet ERTA²⁸ och efterföljande rättspraxis vid sin bedömning av rekommendationen. Klaganden har konstaterat att rekommendationens lagenlighet kan prövas enligt artikel 263 FEUF, eftersom den medför rättsverkningar, åtminstone i förhållande till Belgien och Portugal.

47. Klaganden har hävdats att tribunalen borde ha beaktat den omständigheten att rekommendationen är formulerad på ett tvingande sätt i flera språkversioner, såsom på portugisiska, men även på två av Belgiens tre officiella språk, nämligen nederländska och tyska, särskilt eftersom nationella domstolar ska beakta rekommendationer. Tribunalen borde inte titta på rekommendationen på ett allmänt sätt, utan på ett särskilt sätt genom att fastställa huruvida den medför rättsverkningar med avseende på Belgien. Med hänsyn till den tvingande formuleringen på nederländska och tyska, kan slutsatsen dras att det finns ”starkare” rättsverkningar i förhållande till Belgien, jämfört med andra språkversioner.

48. Kommissionen har i sin svarsskrivelse underkänt klagandens argument vad gäller sakprövningsföresättningsarna för talan om ogiltigförklaring som avser rekommendationer. Den har gjort gällande att klagandens argument avser prövningen av målet i sak (genom återopande av principen om tilldelade befogenheter, lojalitetsprincipen, principen om institutionell jämvikt och principen om rättslig grund), medan det pågående förfarandet inskränker sig till frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning.

49. När det gäller uppriktighetsprincipens ömsesidiga karaktär (andra grunden) har kommissionen angett att det var felaktigt av Konungariket Belgien att påstå att tribunalen skapade en processuell ojämlikhet till födel för kommissionen i fördragsbrotttalan och till nackdel för medlemsstaterna vid talan om ogiltigförklaring. Denna slutsats av tribunalen antyder endast att rekommendationers lagenlighet inte kan prövas med stöd av artikel 263 FEUF. Följaktligen föreligger det inte någon ojämlikhet vid tillämpningen av artikel 263 FEUF.

50. Kommissionen anser att det saknar betydelse att en lite annorlunda formulering förekommer i en av medlemsstatens officiella språkversioner. Skälet till detta är att en bedömning av de rättsverkningar som en rekommendation eventuellt medför också ska grunda sig på instrumentets syfte och sammanhang. Enligt kommissionen ska unionsrättsakter tolkas på ett självständigt sätt, fristående från nationell rätt.

26 Dom av den 12 februari 2009, kommissionen/Grekland (C-45/07, EU:C:2009:81), och dom av den 20 april 2010, kommissionen/Sverige (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Dom av den 16 oktober 2003, Irland/kommissionen (C-339/00, EU:C:2003:545, punkt 71).

28 Dom av den 31 mars 1971, kommissionen/rådet (22/70, EU:C:1971:32).

51. I repliken fokuserade klaganden på rekommendationens rättsliga grund, som den anser saknas. Klaganden framhöll att en rekommendation från kommissionen medför rättsverkningar genom själva sin existens (om än i begränsad omfattning), vilket innebär att dess lagenlighet måste kunna prövas. En medlemsstat bör kunna begära en prövning av giltigheten av alla unionsrättsakter, när det inte står klart huruvida rättsakten antogs inom de gränser som principen om tilldelade befogenheter uppställer, särskilt när det inte finns någon materiell rättslig grund. Enbart en hänvisning till artikel 292 FEUF räcker inte. Den uppfyller inte kravet på en materiell rättslig grund.

52. I dupliken hävdade kommissionen att det inte finns någon lucka i de förfaranden som föreskrivs i fördragen. Rekommendationer är undantagna från tillämpningsområdet för artikel 263 FEUF. Den enda frågan är huruvida denna rekommendation utgör en ”äkta” rekommendation. Frågan om den rättsliga grunden hör till bedömningen i sak och ska därför prövas endast om talan kan tas upp till sakprövning. Under alla omständigheter ansåg inte kommissionen att klaganden hade styrkt varför en annan rättslig grund än artikel 292 FEUF skulle vara nödvändig.

53. Utöver sina skriftliga yttranden, yttrade sig Konungariket Belgien och kommissionen muntligen vid förhandlingen den 26 juni 2017.

VI. Bedömning

54. Klaganden har i sitt överklagande åberopat tre grunder. Jag anser att det är lämpligt att först behandla den tredje grunden (genom vilken klaganden har hävdat att tribunalen felaktigt bedömde att den omtvistade rekommendationen saknade rättsverkningar), i huvudsak av två skäl. För det först är den grunden huvudtemat i överklagandet vid domstolen. På ett eller annat sätt berör den tredje grunden även aspekter av den första och den andra grunden. I ett sådant mål som det förevarande är aspekter av den materiella bedömningen i viss mån redan kopplade till och tränger in i det skede av prövningen som avser huruvida talan kan tas upp till sakprövning. För det andra anser jag att överklagandet kan bifallas såvitt avser klagandens tredje grund. Tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning: den feltolkade verkningarna av den aktuella rekommendationen, och den gjorde således en felaktig bedömning av frågan huruvida talan kunde tas upp till sakprövning.²⁹

55. En rekommendation är en ”typisk” unionsrättsakt, och står med i artikel 288 FEUF. I motsats till ett potentiellt sett omfattande spektrum av ”atypiska” rättsakter av unionens institutioner och organ, nämligen de som inte står med, anges i artikel 288 FEUF vad som utmärker en rekommendation – den ska inte vara bindande. Artikel 263 första stycket FEUF utesluter dessutom klart rekommendationer från talan om ogiltigförklaring.

56. Med hänsyn till denna reglering i primärrätten, är en utvidgning av den rättspraxis som bygger på domen i målet ERTA,³⁰ vilken är avsedd för ”atypiska” rättsakter, kanske inte helt automatisk. Det finns därför två möjliga synsätt när det gäller eventuella mål där talan väcks om ogiltigförklaring av rekommendationer. För det första finns det synsättet att ”*innehållet är viktigare än formen*”, vilket betyder att det, även när det gäller atypiska rättsakter, är bedömningen av den omtvistade rättsaktens innehåll som ska avgöra huruvida en talan om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning. Om rättsakten, i motsats till dess titel, i själva verket är något annat än vad den utger sig för att vara (till exempel att den inte är en ”äkta” rekommendation), bör den kunna bli föremål för prövning, oavsett dess benämning. För det andra finns synsättet att ”*formen avgör innehållet*”, vilket innebär att en spade är en spade, även om den har en något konstig form. På grund av att (och så länge) det står ”spade” skrivet på den, ska den dock uppfattas och tolkas som en sådan.

²⁹ Enligt min mening är tolkningen av rättsverkningar (eller avsaknaden av sådana verkningar) av en (potentiell) unionsrättslig källa, såsom en rekommendation, en renodlad rättsfråga, vilken således helt och hållet kan prövas i samband med ett överklagande. *Iura (idem 'ius mollis') novit Curia*.

³⁰ Dom av den 31 mars 1971, kommissionen/rådet (22/70, EU:C:1971:32).

57. Detta förslag till avgörande är uppdelat på följande sätt. I avsnitt A anges det första synsättet: jag börjar med att gå tillbaka till ursprunget till kriteriet i domen ERTA (A.1.), innan jag går över till senare rättspraxis och hur tribunalen tolkade kriteriet i detta fall (A.2.). Därefter ska jag förklara varför detta kriterium är problematiskt på ett antal olika plan när det gäller rekommendationer (A.3.), innan jag övergår till den föreslagna ändringen av kriteriet (A.4.). Jag ska därefter visa hur ett mer nyanserat kriterium skulle kunna tillämpas på den aktuella rekommendationen (A.5.).

58. Avsnitt B inleds med att i stora drag skildra det andra synsättet (B.1.), innan jag anger ytterligare argument för att EU-domstolen, enligt min mening, inte bör välja detta synsätt (B.2.). Skulle dock EU-domstolen likväl välja att göra det, vill jag uppmana den att åtminstone göra flera viktiga klargöranden beträffande rekommendationers beskaffenhet och verkningar (B.3.).

A. Innehållet är viktigare än formen

1. ERTA

59. I den första versionen från år 1957 angavs det i artikel 173 i EEG-fördraget (senare artikel 230 EG, i dag artikel 263 FEUF) att lagenligheten av "rådets och kommissionens rättsakter som inte är rekommendationer eller yttranden" kunde prövas vid domstolen. Den gav inte en positiv definition av de rättsakter som kunde prövas. Det ankom därför på domstolen att avgöra vilka rättsakter som kunde bli föremål för domstolsprövning: huruvida det endast var de rättsakter av kommissionen eller rådet som det uttryckligen hänvisades till såsom bindande rättsakter i dåvarande artikel 189 EEG (nu artikel 288 FEUF), nämligen förordningar, direktiv och beslut, eller huruvida de även omfattade "atypiska rättsakter" som antagits av dessa institutioner, men som inte uttryckligen omnämndes i fördragen.

60. I domen ERTA,³¹ som avsåg rådets protokoll rörande förhandlingen om och ingåendet av ett internationellt avtal, uppställde domstolen ett kriterium för att avgöra huruvida en talan om ogiltigförklaring av en rättsakt från institutionerna kan tas upp till sakprövning (nedan kallat ERTA-kriteriet). Domstolen slog fast att enligt artikel 173 EEG ska "varje åtgärd vidtagen av institutionerna som är avsedd att ha rättsverkan ... kunna bli föremål för talan ... Det bör därför vara möjligt att väcka talan om ogiltigförklaring i fråga om *alla sådana åtgärder vidtagna av institutionerna – oavsett dessa åtgärders karaktär eller form – vilka är avsedda att ha rättsliga verkningar.*"³²

61. Det ursprungliga ERTA-kriteriet avsåg således två aspekter: fanns det en unionsrättsakt som var *avsedd* att ha *rättsliga* verkningar?

62. I senare praxis har EU-domstolen tillämpat detta kriterium på ett antal atypiska akter, såsom kommissionens interna instruktioner eller riktlinjer,³³ uppförandekoder för att genomföra en rådsförordning,³⁴ meddelanden,³⁵ informationsmeddelanden³⁶ eller skrivelser.³⁷

31 Dom av den 31 mars 1971, kommissionen/rådet (22/70, EU:C:1971:32).

32 Punkterna 39 och 42 i domen (min kursivering). Formuleringen som hänvisar till "akter som har rättsverkan" infördes sedan i artikel 173 EEG genom Maastrichtfördraget.

33 Se dom av den 9 oktober 1990, Frankrike/kommissionen (C-366/88, EU:C:1990:348), och dom av den 6 april 2000, Spanien/kommissionen (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Se dom av den 13 november 1991, Frankrike/kommissionen (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Se dom av den 16 juni 1993, Frankrike/kommissionen (C-325/91, EU:C:1993:245), och dom av den 20 mars 1997, Frankrike/kommissionen (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Se dom av den 1 december 2005, Italien/kommissionen (C-301/03, EU:C:2005:727), tillsammans med det klargörande förslaget till avgörande av generaladvokaten Jacobs (C-301/03, EU:C:2005:550, punkt 70 och följande punkter).

37 Se dom av den 5 oktober 1999, Nederländerna/kommissionen (C-308/95, EU:C:1999:477).

63. Om man granskar dessa avgöranden ingående så har sättet att uttrycka kriteriet inte alltid var exakt detsamma. Det finns dock ett tydligt gemensamt tema: med avseende på alla dessa atypiska akter har EU-domstolen klart slagit fast att innehållet i en unionsrättsakt ska ha företräde framför dess form, vid avgörandet av huruvida en talan om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning.³⁸ Aktens faktiska namn och form är inte avgörande när man ska bedöma huruvida dess lagenlighet kan provas eller inte.

2. ERTA-kriteriet, såsom det tillämpades av tribunalen i detta fall

64. I det överklagade beslutet slog tribunalen fast följande: "... Det följer av fast rättspraxis att alla bestämmelser – oavsett form – som antas av institutionerna och som är avsedda att ha bindande rättsverkningar anses utgöra akter mot vilka talan kan väckas i den mening som avses i artikel 263 FEUF ... Däremot kan inte sådana rättsakter som inte har *bindande* rättsverkningar provas i domstol enligt artikel 263 FEUF, såsom förberedande akter, bekräftande åtgärder och rena genomförandeåtgärder, *enkla rekommendationer* och yttranden, samt, i princip, interna instruktioner ... Mot bakgrund av denna rättspraxis ska prövningen av huruvida en rättsakt kan ha rättsverkningar, och således bli föremål för en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 263 FEUF, ske genom att en undersökning görs av rättsaktens lydelse och av det sammanhang i vilket den antagits ..., dess innehåll ... samt avsikten hos den som antagit akten"³⁹

65. Tribunalen fortsatte därefter med att tillämpa ERTA-kriteriet på en rekommendation för, i vart fall såvitt jag vet, första gången. Tribunalen undersökte lydelsen, sammanhanget, innehållet och avsikten hos den som hade avfattat rekommendationen. Den fann att rekommendationen inte medförde bindande rättsverkningar för dem som den var riktad till. Tribunalen medgav att de principer som fastställdes i rekommendationen var mycket detaljerade. Den slog likväl fast att de inte var av "bindande" karaktär, såsom särskilt framgick av formuleringen i form av ett slags "uppmaning" i de flesta språkversionerna av rekommendationen. Genom att lägga större vikt vid lydelsen än de andra faktorerna, fann följaktligen tribunalen att talan skulle avvisas.

66. Kort sagt tycks de avgörande aspekterna i tribunalens bedömning av den omtvistade rekommendationen ha varit att rekommendationen inte hade *bindande rättsverkningar*, vilket avgjordes av kommissionens *avsikt*, såsom den utlästes huvudsakligen av rättsaktens form och dess lydelse.

3. De problematiska aspekterna av ERTA-kriteriet

67. ERTA-kriteriet medför vissa problem, om det uppfattas och tillämpas på detta sätt. Dessa kan delas in i två kategorier: först finns det *interna* problem i kriteriet, dess logik, villkoren och deras utformning, vilka kommer upp till ytan kanske ännu tydligare när kriteriet tillämpas på en rekommendation. För det andra finns det problem som skulle kunna kallas *externa*. De avser det förhållandet att ERTA-kriteriet med tiden faktiskt har kommit att bli allt snävare och är ur fas med utvecklingen av unionens normativa reglering. I en värld där olika så kallade soft law-instrument faktiskt blir betydligt fler och viktigare än de var år 1971, bör villkoren för talerätt och domstolsprövning reagera på en sådan utveckling.

³⁸ Se redan, beträffande Höga myndighetens akter, dom av den 10 december 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Höga myndigheten (1/57 och 14/57, EU:C:1957:13).

³⁹ Punkterna 16–18 i det överklagade beslutet (min kursivering).

a) Interna problem

68. Det finns två aspekter som står ut i detta avseende: kravet att en unionsrättsakt ska vara av *bindande* karaktär för att dess lagenlighet ska kunna prövas (1) och *avsikten* hos den som avfattade rättsakten vad beträffar dess rättsverkningar (2).

1) Rättsverkningar, bindande verkan eller bindande rättsverkningar?

69. I punkt 42 i domen ERTA⁴⁰ hänvisades det inte till bestämmelser som är avsedda att ha *bindande* rättsverkningar, utan endast till *rättsverkningar*. Detsamma verkar gälla de uttryck som användes i de andra existerande språkversionerna vid den tiden.⁴¹

70. Förändringen i terminologi från enbart rättsverkningar till "*bindande* rättsverkningar" visade sig i senare rättspraxis.⁴² Denna trend tycks nyligen ha fortskridit ytterligare, då EU-domstolen numera uppställer som villkor för möjligheten till domstolsprövning av unionsrättsakter att de har *bindande* rättsverkningar.⁴³

71. Det skulle visserligen kunna göras gällande att trots användningen av uttrycket "rättsverkningar", menade EU-domstolen i domen ERTA i själva verket "bindande verkan", även om detta påstående, med hänsyn till den typ av handling som prövades i det målet (rådsprotokoll), inte är helt övertygande. Ett sådant antagande skulle i synnerhet kunna stödjas på ordalydelsen i artikel 189 EEG, vilken redan vid den tidpunkten gjorde åtskillnad mellan bindande akter (förordningar, direktiv och beslut) och icke-bindande akter (rekommendationer och yttranden).⁴⁴ Även om EU-domstolen inte klart tolkade artikel 173 EEG mot bakgrund av nomenklaturen i artikel 189 EEG, är det troligt att sistnämnda bestämmelse hade en inverkan på kriteriet.

72. Hur det än må vara med den saken, är det också riktigt att det fortfarande är en ganska ny företeelse att domstolen tycks ha blivit allmänt strängare genom att begränsa tillämpningsområdet för artikel 263 FEUF till att avse akter som har *bindande* rättsverkningar, genom tillägg till lydelsen i nämnda bestämmelse, som inskränker sig till enbart *rättsverkan* (i förhållande till tredje man). I avsaknad av en tydlig diskussion i rättspraxis om denna skillnad, och framför allt i avsaknad av bevis för ett genomtänkt val i den ena eller den andra riktningen, kan man dock undra huruvida EU-domstolen i själva verket ville bli strängare och snävare. Det står likväl klart att varken lydelsen eller logiken i domen ERTA nödvändigtvis krävde *bindande* utöver enbart *rättsverkningar*.

73. Detta är inte bara en ordlek. Det har betydande praktiska följder, vilket tydligt framgår i förevarande fall. Vad *rättsverkningar* exakt utgör kan diskuteras. Det står dock klart att begreppet är relativt vitt, och omfattar alla typer av inverkan på/i rätten, dess tolkning och tillämpning. Bindande verkan, och än mer bindande *rättsverkningar*, utgör däremot en mycket snävare kategori.

⁴⁰ Fotnot 31 ovan.

⁴¹ På franska "qui visent à produire des effets de droit"; på tyska "Rechtswirkungen zu erzeugen"; på italienska "che miri a produrre effetti giuridici"; på nederländska "die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen".

⁴² Se, exempelvis, beslut av den 17 maj 1989, Italien/kommissionen (151/88, EU:C:1989:201, punkt 21). Se även dom av den 5 oktober 1999, Nederländerna/kommissionen (C-308/95, EU:C:1999:477, punkt 30). Se dock, med hänvisning till enbart "rättsverkningar", dom av den 1 december 2005, Italien/kommissionen (C-301/03, EU:C:2005:727, punkterna 22–24).

⁴³ Se dom av den 13 oktober 2011, Deutsche Post och Tyskland/kommissionen (C-463/10 P och C-475/10 P, EU:C:2011:656, punkt 36), och dom av den 13 februari 2014, Ungern/kommissionen (C-31/13 P, EU:C:2014:70, punkt 54).

⁴⁴ Se dom av den 31 mars 1971, kommissionen/rådet (22/70, EU:C:1971:32, punkt 39), mot bakgrund av förslag till avgörande av generaladvokaten Dutheillet de Lamothe i målet kommissionen/rådet (22/70, ej publicerat, EU:C:1971:23, s. 287), där det anges att "artikel 173 och artikel 189 utgör en sammanhängande helhet". Se även dom av den 23 april 1986, Les Verts/parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, punkt 24).

74. Traditionellt sett har rättens *bindande* verkan samband med tvång. Vid underlåtenhet att följa rätten, kan beivrande och sanktioner följa. Enligt ett sådant (renodlat positivistiskt⁴⁵) synsätt, är förekomsten av en sanktion den avgörande aspekten av bindande verkan.

75. Om man bortser från de teoretiska diskussionerna, står det helt klart att om *bindande rättslig* verkan godtogs som måttstock, skulle ett antal akter som sannolikt har betydande rättsverkningar för beteendet hos dem som akterna riktar sig till, men som inte är bindande i traditionell mening på grund av att de inte innehåller någon direkt eller fristående tvångsmekanism, undgå en prövning enligt ERTA-kriteriet och i sista hand enligt artikel 263 första stycket FEUF. Som kommer att framgå i sinom tid, är så särskilt fallet med den aktuella rekommendationen.

2) Vilken funktion fyller avsikten hos den som har avfattat rättsakten?

76. Vidare finns det en brist på intern klarhet i ERTA-kriteriet, såsom det tillämpades av tribunalen: vilken exakt funktion fyller avsikten hos den som har avfattat rättsakten vid fastställandet av huruvida en akt ska anses ha medfört (bindande) rättsverkningar?

77. Domen ERTA, liksom den nuvarande lydelsen i artikel 263 FEUF, grundar sig på avsikten hos den som har avfattat akten. Användningen av preteritum ("var avsedd att") skulle vidare tyda på att det relevanta är att utröna den *förflutna (historiska) subjektiva* avsikten hos den som har avfattat akten vid tidpunkten för antagandet av den aktuella akten. En sådan tolkning skulle också kunna sägas ligga i linje med de allmänna bestämmelser som är tillämpliga på talan om ogiltigförklaring. I samband med en sådan talan måste de omtvistade unionsrättsakterna bedömas i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg den dag då rättsakten antogs.⁴⁶

78. Om avsikten hos den som har avfattat rättsakten alltid ska antas vara subjektiv och historisk, så kommer i praktiken inte någon rekommendation att någonsin kunna bli föremål för prövning. Bedömningen av en rekommendations beskaffenhet och verkningar hamnar snabbt i ett kryphål. Eftersom kommissionen inte hade för avsikt att anta bindande lagstiftning, valdes en rekommendation. Eftersom kommissionen valde en rekommendation, var dess subjektiva avsikt helt klart att detta instrument inte skulle vara bindande. På grund av en sådan avsikt, som faktiskt bekräftades av valet av instrument, kan den aldrig vara bindande, oavsett dess innehåll och lydelse, eftersom kommissionen inte hade för avsikt att anta bindande lagstiftning.

79. På så sätt kommer valet av instrument alltid att i förväg bestämma rättsaktens sammanhang och syfte, som då sannolikt ges företräde framför dess innehåll och lydelse.

b) Externa problem

80. Förutom dessa logiska problem som är en naturlig följd av utformningen av ERTA-kriteriet som tribunalen anammade när det tillämpas på rekommendationer, ställs samma kriterium enligt mitt förmenande inför mer allmänna, externa utmaningar. Två av dessa kommer att anges i stora drag i detta avsnitt: För det första ökningen av olika former av så kallad soft law, som i strikt bemärkelse inte har bindande verkan, men som samtidigt ger upphov till rättsverkningar (1). För det andra är det i praktiken troligt att rekommendationer ger upphov till en rad rättsverkningar, som ofta är mycket betydande, både på unionsnivå och på nationell nivå (2).

⁴⁵ På detta sätt mycket mer i Kelsens anda, än den redan nämnda traditionen efter Hart, eftersom den sistnämnda är mycket mer "sociologisk". Hart godtog att en rättsregel kan vara bindande inte bara på grund av att den antogs i enlighet med någon underordnad regel som anger att regeln ska vara bindande, utan även på grund av att en grupp personer godtar denna norm som standard för deras uppförande, vilket skapar ett internt socialt tryck inom gruppen att följa denna – se Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2:a upplagan (med en efterskrift), Clarendon Press, Oxford, 1997, kapitlen V och VI.

⁴⁶ Se, exempelvis, dom av den 7 februari 1979, Frankrike/kommissionen (15/76 och 16/76, EU:C:1979:29, punkt 7), och dom av den 29 april 2004, Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 39).

1) Ökningen av soft law

81. Det finns ett brett spektrum av instrument (inte bara) i unionsrätten, med olika namn och i olika former (riktlinjer, meddelanden, uppförandekoder, tillkännagivanden, rekommendationer, yttranden, interinstitutionella avtal, slutsatser, uttalanden, resolutioner och så vidare), som allmänt kallas för soft law. De kan antas på alla områden, i alla möjliga steg av beslutsförandet, oavsett huruvida det är fråga om tidigt samråd i föregående led med intressenter eller genomförande av lagstiftningsakter i efterföljande led. Dessa instrument kan således lika gärna antas före lagstiftningen som efter lagstiftningen.

82. Det finns kanske två aspekter i fråga om vilka det råder allmän konsensus i de för övrigt mycket olika hållningarna till sådana soft law-instrument: för det första passar soft law inte så lätt in i den binära, svartvita åtskillnaden mellan bindande och icke-bindande rättsverkningar. För det andra har soft law, under det senaste decenniet eller två, varit på uppåtgående, och blivit allt mer vanligt förekommande jämfört med tidigare.⁴⁷

83. Frågeställningen om spridningen av soft law och (avsaknaden av) domstolsprövningen av denna har följaktligen diskuterats inte bara i akademisk litteratur,⁴⁸ utan även av unionsinstitutionerna.⁴⁹

84. Höga domstolsinstanser i ett antal medlemsstater har dessutom under de senaste åren försökt att ta itu med samma fenomen på nationell nivå. De har öppnat upp möjligheten till domstolsprövning så att den omfattar rättsakter som inte är bindande i strikt bemärkelse, och har på så sätt i själva verket mjukat upp kriterierna för upptagande till sakprövning av talan om ogiltigförklaring för att säkerställa rätten till ett effektivt domstolsskydd.⁵⁰ Så är exempelvis fallet om de vilka den omtvistade akten är riktad till kan uppfatta denna akt som bindande på grundval av en rad faktorer, särskilt på grund av att de innehåller incitament,⁵¹ eller när den som har avfattet akten har behörighet att besluta om sanktioner,⁵² eller när akten kan ha betydande påverkan på den som akten är riktad till.⁵³ Detsamma, eller i själva verket i mycket större utsträckning, gäller domstolar inom common law-systemet, vilka traditionellt sett har varit mycket mer toleranta jämfört med deras motsvarigheter på kontinenten när det gäller att tillåta domstolsprövning av icke-bindande rättsakter. I exempelvis Irland säkerställer domstolarna skyddet för grundläggande rättigheter även när den omtvistade rättsakten inte är bindande och inte har någon konkret inverkan på rättigheterna och skyldigheterna för de vilka rättsakten är riktad till.⁵⁴

47 Att döma av mängden akademisk litteratur och den uppmärksamhet som ägnas åt ämnet.

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

49 Se särskilt Europaparlamentets studie "Checks and Balances of soft EU rule-making", generaldirektoratet för intern politik, utredningsavdelning C, medborgerliga rättigheter och konstitutionella frågor, 2012 (PE 462.433), särskilt s. 54–58.

50 Till exempel Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen, Tyskland), dom av den 15 november 2010 – 19 BV 10.871 (beträffande administrativa cirkulär som fastställer utsläpp i miljöfrågor).

51 Se Regeringsrätten (Sverige), den 24 maj 1996, mål 2904–1994 (I) (RÅ 1996 ref. 43).

52 Se, exempelvis med avseende på administrativa cirkulär, Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen, Belgien), dom 237/674 av den 16 mars 2017; se även, beträffande ställningstaganden (prises de position) eller rapporter som antagits av oberoende förvaltningsmyndigheter som är bemyndigade att besluta om sanktioner, Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen, Frankrike), dom nr 332771 av den 17 november 2010, Syndicat français des ostéopathes, och dom nr 357193 av den 11 oktober 2012, Société Casino Guichard-Perrachon.

53 I exempelvis Sverige får offentliga och privata organ angripa en administrativ rättsakts lagenlighet när de har uppfattat denna som bindande och har handlat i enlighet med denna (Regeringsrätten, den 10 februari 2004, mål 2696–03 (RÅ 2004 ref. 8), beträffande "information" som sannolikt faktiskt påverkar den personliga och ekonomiska situationen för den som informationen är riktad till).

54 Se exempelvis, beträffande rättslig åtgärder mot en administrativ rapport i samband med planeringsförfaranden, High Court (Förvaltningsöverdomstolen, Irland), *De Burca v Wicklow County Manager* (2009) IEHE 54; se även, beträffande riktlinjer från den irländska konkurrensmyndigheten, High Court (Förvaltningsöverdomstolen, Irland), *Law Society of Ireland v Competition Authority* (2006) 2 IR 262.

85. Slutligen är det i det avseendet värt att peka ut franska Conseil d'États (Högsta förvaltningsdomstolen) synsätt och praxis. För det första kartlade Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) så att säga området i en omfattande rapport som bland annat gav en definition av soft law.⁵⁵ För det andra utvecklade den förra året denna studie genom att använda ett nytt rättsligt kriterium som fokuserar på ekonomiska verkningar och förekomsten av ett betydande inflytande på beteendet hos de vilka instrumentet är riktat till.⁵⁶

86. Det framgår att de olika soft law-instrumenten, trots sina olikheter, både på nationell och på unionsrättslig nivå har samma huvuddrag: de är inte *bindande* i den traditionella betydelsen. De är en typ av *ofullständig* norm: å ena sidan har de klart den normativa ambitionen att förmå de vilka instrumenten är riktade till att iaktta dessa; å andra sidan finns det inte några instrument med direkta tvångsåtgärder kopplade till dem. De antas vanligtvis i kölvattnet av ett samrådsförfarande med de olika intressenterna (ett underifrån-perspektiv), och de kan innehålla "milda skyldigheter" eller "kraftfulla fömaningar" som är uttryckta som "uppmaningar".

2) Rekommendationer: ingen bindande verkan, men medför rättsverkningar

87. Rekommendationer passar i allmänhet in på en sådan beskrivning. I fördragen definieras rekommendationer endast på ett negativt sätt: de är inte bindande (artikel 288 FEUF). Bortsett från detta är användningen och bruket av rekommendationer varierande.⁵⁷ De innehåller vanligtvis uppmaningar om att handla på ett visst sätt, följa en policy, eller regler som anses som lämpliga av dem som har avfattat rekommendationerna med hänsyn till det eftersträvade målet.

88. Även om rekommendationer tydligt beskrivs som inte bindande, kan de dock ge upphov till betydande rättsverkningar, i betydelsen förmå till visst handlande och ändra den normativa verkligheten. De har sannolikt en inverkan på rättigheterna och skyldigheterna för de vilka rekommendationerna är riktade till och tredje man. Som ett belysande exempel ska ett antal sådana verkningar anges i stora drag i detta avsnitt, på två skilda men sammankopplade nivåer: i) unionen och ii) medlemsstaterna.

i) På unionsnivå

89. På unionsnivå är det värt att belysa tre typer av rättsverkningar av rekommendationer: i) förlitan och berättigade förväntningar, ii) deras funktion vid tolkningen, och iii) rekommendationers potential att ge upphov till parallella uppsättningar regler som föregriper lagstiftningsförfarandet och således har en inverkan på den institutionella jämvikten.

⁵⁵ I sin årsrapport för år 2013 definierade den soft law som en uppsättning instrument som uppfyller följande tre kriterier: 1) de måste ha till syfte att ändra eller vägleda beteendet hos de vilka instrumenten är riktade till, genom att leda till att de följs, 2) de ska inte i sig skapa några rättigheter eller skyldigheter för de vilka instrumenten är riktade till, 3) de har, genom sitt innehåll och det på sätt vilket de är strukturerade, en viss formalisering och struktur som gör att de börjar likna rättsregler (Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen), *Etude annuelle 2013 – Le droit souple*, La Documentation française, 2013, s. 61–63).

⁵⁶ Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen), dom nr 390023 av den 21 mars 2016, *Numericable*, och dom nr 368082 av den 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, vilka avser ett ställningstagande av den franska konkurrensmyndigheten respektive pressmeddelanden från den franska finanstillsynsmyndigheten.

⁵⁷ För tidiga och numera klassiska redogörelser, se till exempel Morand, C., "Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire", *Cahiers de droit européen*, 1970, s. 523; Soldatos, P., Vandersanden, G., "La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne", i De Ripainse-Landy, D. m.fl., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bryssel, 1976, s. 94.

90. För det första, om en unionsinstitution antar rekommendationer om hur andra förutsätts bete sig, är det kanske rimligt att anta att om det skulle bli aktuellt, kan denna institution förväntas att följa samma rekommendation vad beträffar dess egen praxis och eget beteende. Ur denna synvinkel är den berättigade förväntan som således har uppkommit faktiskt jämförbar med andra typer av *soft law* som unionsinstitutionerna eller unionsorganen utvecklar och som uppfattas som en (själv)begränsning av utövandet av deras eget utrymme för skönsmässig bedömning i framtiden.⁵⁸

91. För det andra är det troligt att rekommendationer används vid lagtolkning, särskilt för att ge en innebörd åt vaga rättsliga begrepp som finns i bindande lagstiftning. Detta gäller särskilt (men absolut inte enbart) rekommendationer som antas efter lagstiftningen och som antas inte enbart på grundval av artikel 292 FEUF, utan på grundval av en sekundär rättslig lagstiftning, just för att fylla ut de rättsliga begrepp som fastställs däri. Även rekommendationer som antas före lagstiftningen kan dock fylla samma funktion, med avseende på antingen vaga rättsliga begrepp i fördragen eller för att tolka ett annat rättsinstrument, vars materiella tillämpningsområde (*rationae materiae*) överlappar rekommendationen. På så sätt kan båda typerna av rekommendationer komplettera bindande lagstiftning.

92. För det tredje har EU-domstolen i domen Grimaldi redan förklarat under vilka omständigheter rekommendationer kan antas: de "[antas] i allmänhet ... av gemenskapens institutioner i de fall där fördraget inte ger dem befogenhet att anta bindande rättsakter eller där de anser att det saknas anledning att utfärda bestämmelser av mera bindande karaktär."⁵⁹

93. Vad som kanske är rekommendationers starkaste sida kan således också vara den största faran. De kan användas som mer än bara ett verktyg för att främja en politik som politiskt sett (bristande enighet) eller rättsligt sett (särskilda befogenheter för detta saknas) har hamnat i ett dödläge. De kan även potentiellt sett användas som ett verktyg för att kringgå samma lagstiftningsförfaranden.

94. Detta skapar två typer av föregripanden: ett på kort sikt och ett på lång sikt. Det omedelbara problemet med att de andra institutioner som normalt deltar i lagstiftningsförfarandet kringgås har redan erkänts och diskuterats.⁶⁰ Det står därför klart att en rekommendation kan påverka den institutionella jämvikten,⁶¹ och således även maktindelningen inom unionen. Om rekommendationer undantogs från en prövning av lagenligheten enbart på grund av att de inte är bindande, skulle principen om institutionell jämvikt emellertid aldrig kunna upprätthållas.⁶²

95. Det finns dock en annan typ av föregripande som sannolikt föreligger särskilt i fråga om rekommendationer som antas före lagstiftningen: förmågan att utforma normerna innan det verkliga lagstiftningsförfarandet äger rum, vilket till och med kan uppfattas som ett ensidigt föregripande av lagstiftningsförfarandet. Det är ostridigt att en rekommendation har som ambition att förmå de vilka

58 Se dom av den 29 september 2011, Arkema/kommissionen (C-520/09 P, EU:C:2011:619, punkt 88), och dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkterna 209–211). Se dock, för ett mer nyanserat synsätt med avseende på tillkännagivanden inom konkurrensrätten, dom av den 13 december 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 29).

59 Dom av den 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 14).

60 Initiativet "Bättre lagstiftning" har framhållit denna problematiska aspekt av *soft law*. Se särskilt ramavtal om förbindelserna mellan Europaparlamentet och Europeiska kommissionen (EUT L 304, 2010, s. 47). I punkt 43 anges särskilt följande: "Inom områden där parlamentet vanligtvis deltar i lagstiftningsprocessen ska kommissionen använda sig av icke-bindande bestämmelser när så är lämpligt, och med vederbörlig motivering efter att parlamentet har fått möjlighet att ge sina synpunkter. Kommissionen ska ge parlamentet en detaljerad förklaring om hur dess synpunkter har beaktats när förslaget antas."

61 Det kan erinras om att det var tilldelning av befogenheter och institutionell jämvikt som även ledde domstolen till dess dom av den 23 april 1986, Les Verts/parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, punkt 25).

62 Detta är för övrigt det argument som klaganden har åberopat inom ramen för sin andra grund. Ur en viss synvinkel är det riktigt att uppställandet av ett krav på att det finns bindande rättsverkningar (till skillnad från enbart rättsverkningar) för att talan om ogiltigförklaring ska kunna tas upp till sakprövning utgör hinder för att säkerställa att den som har avfattat den omtvistade rättsakten har handlat inom ramen för sin befogenhet. Det öppnar då upp för frågan huruvida *soft law*-instrument, däribland en rekommendation, endast kan antas inom ramen för den befogenhet som unionen och den aktuella institutionen har tilldelats. Så sker dock inte utan ett visst inslag av Moment 22, eftersom sådana bindande rättsverkningarna inte föreligger, och en prövning av dessa genom en talan om ogiltigförklaring inte är tillåten.

den riktar sig till att följa rekommendationen. Om rekommendationen lyckas, om än bara delvis, kommer den att forma urvalet av tänkbara (godtagbara) normativa lösningar för framtiden. Om ett antal unionsinstitutioner eller medlemsstater, på grundval av en rekommendation, redan har rättat sig därefter, kommer dessa aktörer, i det lagstiftningsförfarande som potentiellt sett kan följa, naturligt att stödja den lagstiftningslösning som de redan har anammat. På så sätt blir dagens *soft law* morgondagens *hard law*.

ii) På medlemsstatsnivå

96. Det finns åtminstone tre typer av rättsverkningar som rekommendationer har på medlemsstatsnivå. Deras exakta omfattning beror på hur långt principen om lojalt samarbete utvidgas med avseende på rekommendationer.

97. Den första och huvudsakliga typen av skyldigheter i fråga om rekommendationer som domstolen hittills har slagit fast är skyldigheten för nationella domstolar att beakta rekommendationer vid tolkningen av nationell lagstiftning varigenom dessa bestämmelser genomförs. Det står helt klart att rekommendationer inte i sig kan ge upphov till rättigheter som enskilda kan åberopa vid nationell domstol.⁶³ I domen Grimaldi tillade dock domstolen även att rekommendationer "inte kan vara helt utan rättsverkningar. De nationella domstolarna är skyldiga att vid lösande av tvister ta hänsyn till rekommendationerna, särskilt när dessa bidrar till tolkningen av nationella bestämmelser som antagits för deras genomförande, eller när de har till syfte att utfylla bindande gemenskapsrättsliga bestämmelser."⁶⁴

98. Det ska dock noteras att fram till i dag har sådana *rättsverkningar vid tolkningen* erkänts av EU-domstolen endast i fråga om rekommendationer, och dessa har därigenom pekats ut bland andra unionsrättsakter som inte är bindande.⁶⁵

99. Vad exakt betyder dock *skyldigheten att ta hänsyn till*? Det finns en rad olika möjliga tolkningar. En eventuell ytterlighet i spektrumet är huruvida det skulle innebära en Von Colson⁶⁶-liknande skyldighet till konform tolkning? Med hänsyn till den formulering som valdes i den domen framgår det att domstolen kanske inte hade för avsikt att gå så långt som att uppställa en skyldighet för nationella domstolar att tolka nationell rätt i överensstämmelse med rekommendationer.⁶⁷ Enligt en annan imaginär ytterlighet skulle "ta hänsyn till" även kunna betyda "titta på" och därefter välja att helt bortse från rekommendationen.

100. Det skulle teoretiskt sett kunna finnas ett mellanläge: en nationell myndighet ska åtminstone vara *skyldig att lämna en motivering* när den avviker från en rekommendation, utan att den har en orubblig skyldighet att göra en konform tolkning av nationell rätt. Detta förslag har tidigare lagts fram med avseende på en annan typ av *soft law*.⁶⁸ Det går att förstå varför ett sådant till synes mellanläge kan ha en viss dragning: även om domstolen hittills endast har uppställt en sådan skyldighet för den som själv

63 Se dom av den 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 16). Se även dom av den 21 januari 1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, punkt 18), dom av den 11 september 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, punkt 41), och dom av den 18 mars 2010, Alassini m.fl (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punkt 40).

64 Dom av den 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 18).

65 Domstolen har särskilt vägrat att tillerkänna kommissionens tillkännagivanden en sådan rättsverkan (dom av den 13 december 2012, *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 31).

66 Dom av den 10 april 1984, von Colson och Kamann (14/83, EU:C:1984:153).

67 Såsom den successivt har utvecklats och konsoliderats i exempelvis dom av den 5 oktober 2004, Pfeiffer m.fl (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkterna 114 och 115), dom av den 4 juli 2006, Adeneler m.fl. (C-212/04, EU:C:2006:443, punkterna 108 och 109), och dom av den 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punkterna 99–101).

68 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:544, punkterna 38 och 39), som ansåg att de nationella myndigheterna och domstolarna måste ta vederbörlig hänsyn till kommissionens konkurrenspolitiska tillkännagivanden. Det medförde särskilt i det specifika fallet att dessa myndigheter och domstolar måste ta hänsyn till kommissionens bedömning i dessa tillkännagivanden när det gäller frågan huruvida konkurrensbegränsningar är märkbara och *de måste motivera eventuella avvikelser med skäl som kan prövas vid domstol*.

har avfattat förhållningsregler i interna bestämmelser eller riktlinjer som har externa verkningar,⁶⁹ kan det inte uteslutas att denna rättspraxis även skulle kunna tillämpas på rekommendationer, vilka onekligen är en mer avancerad och förfinad form av *soft law*, eftersom de är en av de ”typiska” akter som omnämns i artikel 288 FEUF och eftersom nationella domstolar måste ta hänsyn till dessa.⁷⁰

101. Varför kallar jag detta synsätt för ett till synes mellanläge? Av den enkla anledningen att skyldigheten att motivera varför en domstol avviker från en viss källa med nödvändighet betyder att denna källa är *bindande*. Det är endast en avvikelse från *tvingande* källor som en domstol är skyldig att motivera.⁷¹ Om således ”skyldigheten att ta hänsyn till” skulle tolkas som att det uppställs en skyldighet för nationella domstolar att motivera och förklara varför de inte följde en rekommendation, skulle detta i sig innebära att sådana rekommendationer inte bara har ”vissa rättsverkningar”, utan att de i själva verket är bindande.

102. För det andra, vilka exakta skyldigheter har nationella myndigheter i förhållande till en rekommendation? Ordalydelsen i artikel 4.3 FEU fångar skyldigheten till lojalt samarbete i unionen och är utan tvekan mycket omfattande och potentiellt sett långtgående. Det skulle kunna göras gällande att eftersom den bestämmelsen endast hänvisar till ”skyldigheter” och eftersom rekommendationer är ”icke-bindande” enligt artikel 288 FEUF, kan de per definition inte ge upphov till någon skyldighet och omfattas därför inte alls av artikel 4.3 FEU.

103. Jag anser inte att en sådan tolkning av artikel 4.3 FEU verkligen skulle spegla den tolkning som domstolen sedan länge har gjort av den bestämmelsen. Skyldigheten till lojalt samarbete tenderar att tillämpas på ett principiellt plan, och zoomar inte alltid nödvändigtvis in på en konkret och specifik bestämmelse eller en diskret rättslig förpliktelse.⁷²

104. Även om man skulle anta att det inte finns någon *positiv* skyldighet att genomföra en rekommendation, kan samma sak göras gällande med avseende på potentiellt sett ”mildare” skyldigheter för medlemsstaterna, såsom att ta hänsyn till en rekommendation vid antagandet av lagstiftning på ett visst område? Denna verkan är kanske mer märkbar i fråga om rekommendationer som antas efter lagstiftningen, vilka används för att fylla ut rättsliga begrepp i bindande lagstiftning. Skulle det inte kunna förväntas av en medlemsstat att den, vid genomförandet av den ursprungliga unionslagstiftningen, som den rekommendation som antagits efter lagstiftningen på sätt och vis är ”knuten” till, genomför denna lagstiftning på det sätt som närmare klargörs i denna rekommendation? Om så inte fallet, vad ska man då ha rekommendationen till? Om svaret är ja, kan det knappast ifrågasättas att en rekommendation har betydande och verkliga rättsverkningar.

105. Det skulle dock visserligen kunna göras gällande att det inte föreligger någon skyldighet att genomföra rekommendationen på grund av att det inte finns någon separat och särskild sanktion vid underlåtenhet att göra det. Även om man bortser från den något formalistiska tolkningen att ”*direkt*” sanktion utgör den huvudsakliga och avgörande aspekten av *bindande* verkan,⁷³ hur förhåller det sig

69 Se dom av den 8 juni 2005, Dansk Rørintustri m.fl./kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkterna 209–211), och dom av den 29 september 2011, Arkema/kommissionen (C-520/09 P, EU:C:2011:619, punkt 88).

70 Se dom av den 13 december 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 26).

71 Till skillnad från tillåtande eller övertalande källor – se exempelvis Peczenik, A. *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, s. 319 och följande sidor.

72 Se, analogt, hur lojalt samarbete har använts för att skapa skyldigheter i samband med direkt effekt, medlemsstaternas ansvar för åsidosättanden av unionsrätten eller åläggande av påföljder (exempelvis dom av den 16 december 1976, Comet, 45/76, EU:C:1976:191, punkt 12, dom av den 2 februari 1977, Amsterdam Bulb, 50/76, EU:C:1977:13, punkt 32, respektive dom av den 19 november 1991, Francovich m.fl., C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, punkt 36).

73 Såsom redan har påpekats ovan (fotnot 45), är ett sådant snävt synsätt inte ens rådande i ett antal strömningar inom rättspositivistisk teori. Dessutom ligger samma tolkning ganska långt ifrån verkligheten när det gäller hur ”icke-bindande önskemål” som framförts av *en och samma* lagstiftare, vilken dagen därpå även kan utfärda bindande lagstiftning och sanktioner på samma eller ett närliggande område, kommer att tolkas och uppfattas av dem som de är riktade till. Bortsett från direkta sanktioner, kan det även finnas *indirekta* sanktioner, med säkerhet i fallen med återkommande aktörer på båda sidor (en och samma lagstiftare och samma grupp av adressater). Det kan erinras om att en liknande logik föranledde vissa högre nationella domstolar att besluta att ”icke-bindande” rättsakter som antagits av denna typ av lagstiftare kan bli föremål för domstolsprövning (ovan fotnot 52).

då med eventuella *negativa* skyldigheter som åligger medlemsstaterna med avseende på rekommendationer? I detta skede hör detta förvisso till gissningar och utgör inte en del av gällande rätt, men om direktivens blockerande verkan gäller perioden innan deras införlivandeperiod har löpt ut, och medlemsstaterna under denna period inte får vidta en åtgärd som allvarligt kan äventyra det resultat som föreskrivs i ett direktiv,⁷⁴ kan då inte samma logik vara tillämplig på en rekommendation?

106. För det tredje och slutligen, vilka typer av rättsverkningar skulle rekommendationer kunna medföra inom ramen för nationella bestämmelser och förfaranden? I domen Grimaldi klargjorde domstolen att det kunde hänskjutas en begäran om förhandsavgörande avseende tolkningen av en rekommendation.⁷⁵ Frågan kvarstår huruvida en nationell domstol skulle kunna be EU-domstolen att bedöma giltigheten av en rekommendation. Såvitt jag vet har något sådant mål än så länge aldrig aktualiserats, men domstolen förefaller i domen Grimaldi ha bekräftat att ett sådant hänskjutande skulle vara möjligt.⁷⁶

107. Det förefaller således som om domstolen klart har förutsett att en rekommendation kommer att medföra rättsverkningar på nationell nivå. Det är trots allt meningen att hänsyn ska tas till rekommendationen i medlemsstaterna, vad nu än detta exakt kan innebära. Det kan tilläggas att i domstolens praxis har tidigare flera icke-bindande unionsrättsakter som hade återverkningar på nationell nivå, däribland nyligen ett pressmeddelande från Europeiska centralbanken, erkänts och faktiskt blivit föremål för prövning genom ett förfarande för förhandsavgörande.⁷⁷

108. Följaktligen kan en rekommendation, i likhet med andra unionsrättsakter som till synes inte är bindande, bli föremål för en begäran om förhandsavgörande, både vad gäller tolkning och giltighet. Enligt min mening skulle det knappast kunna vara på något annat sätt, i ett fullständigt system med rättsmedel.⁷⁸ Meningen med rekommendationer är att medföra efterlevnad. Låt oss föreställa oss att en medlemsstat, som har handlat i god tro och i en anda av lojalt samarbete, har införlivat en rekommendation med nationell rätt. Genom en nationell lagstiftning fastställde denna medlemsstat skyldigheter för enskilda på nationell nivå. Om denna nationella lagstiftning angrips vid nationell domstol, skulle det vara tämligen egendomligt att neka att göra en prövning av vad som utgör den materiella grunden för denna nationella lagstiftning, nämligen EU:s rekommendation,⁷⁹ med den något formalistiska ursäkten att det var nationell lagstiftning, och inte ett unionsrättsligt instrument, som gav upphov till dessa skyldigheter, och att medlemsstaten gjorde detta helt och hållet av egen vilja.

74 Alltsedan dom av den 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628).

75 "Det följer av fast rättspraxis att den omständigheten att en gemenskapsrättslig rättsakt inte är bindande inte utgör något hinder för att domstolen tar ställning till tolkningen av denna rättsakt i ett förfarande för förhandsavgörande enligt artikel 177" (dom av den 13 december 1989, Grimaldi, C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 9, och dom av den 21 januari 1993, Deutsche Shell, C-188/91, EU:C:1993:24, punkt 18 och där angiven rättspraxis).

76 "... [A]rtikel 177 i EEG-fördraget, till skillnad från artikel 173 i enlighet med vilken rekommendationer inte kan bli föremål för domstolens prövning, tillerkänner domstolen behörighet, *utan undantag*, att meddela *förhandsavgöranden om giltigheten* och tolkningen *av rättsakter* som beslutats av gemenskapens institutioner" – dom av den 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 8) – min kursivering.

77 Dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400). Domstolen prövade inte frågan huruvida talan mot ett pressmeddelande som sådan kunde tas upp till sakprövning. Se dock förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i målet Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:7, punkt 70 och följande punkter).

78 Se, exempelvis, dom av den 23 april 1986, Les Verts/parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, punkt 23), och dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 66).

79 Särskilt i de fall då angröpandet på nationell nivå av det nationella införlivandet endast återspeglar samma potentiella frågeställning rörande rekommendationen i sig – se, i det avseendet, analogt dom av den 22 juni 2010, Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkterna 54 och 55).

4. Tillbaka till ursprunget: ERTA och rättsverkningar

109. Den ingående diskussionen i det föregående avsnittet hade två syften: att visa, för det första, de problem som ERTA-kriteriet (såsom det senare gradvis har förändrats) ställs inför när det tillämpas på rekommendationer (men, enligt min mening, även mer allmänt när det tillämpas på andra *soft law*-instrument) och, för det andra, att rekommendationer, trots att de kanske inte har bindande verkan i ordets traditionella och ganska snäva bemärkelse, kan medföra rättsverkningar både på unionsnivå och på nationell nivå.

110. Jag anser därför att ERTA-kriteriet, såsom det tillämpades av tribunalen, behöver ändras i vissa avseenden. Mitt förslag i det avseendet är ganska enkelt: kriteriet bör gå tillbaka till sitt ursprung, till ERTA domen, och även till lydelsen i artikel 263.1 FEUF. I båda dessa hänvisas det till "rättsverkningar", och inte till "bindande rättsverkan". När det gäller såväl flodbäddar som rättspraxis, är det ibland nödvändigt att rengöra vattendraget genom att ta bort (verbala) sediment som har samlats under åren och som gör det omöjligt att lotsa sig fram genom rätten.

111. En sådan ändring är inte så revolutionerande som den vid första anblicken framstår som. Grunden för kriteriet vid bedömningen av huruvida en unionsrättsakt medför rättsverkningar i förhållande till de vilka rättsakten är riktad till och/eller tredje man skulle förbli densamma: vad som ska bedömas är den omtvistade rättsaktens lydelse, sammanhang och syfte. Det krävs dock två klagoranden om hur detta kriterium ska tillämpas: För det första är det endast förekomsten av rättsverkningar som ska bedömas, inte bindande rättsverkan. För det andra bör tonvikten inom detta kriterium läggas på rättsaktens innehåll och sammanhang, inte enbart lydelsen.

112. Såsom redan har förklarats i det föregående avsnittet är uppdelningen i bindande och icke-bindande rättsverkningar till liten nytta vid bedömningen av *soft law*. Om den nödvändiga förutsättningen för att det ska föreligga bindande verkningar är en mekanism för direkt beivrande och tvång, då kan *soft law* per definition aldrig vara bindande, oavsett de bestämmelser som rättsakten innehåller.

113. Bedömningen av förmågan att ge upphov till rättsverkningar, det vill säga att ha en inverkan på/i den rättsliga situationen för de vilka rättsakten är riktad till, ska i stället fokusera på en annan fråga: Skulle jag, såsom en omdömesgill adressat, kunna utläsa av innehållet i, syftet med, den allmänna systematiken i och helhetssammanhanget i en rekommendation eller mer allmänt i ett *soft law*-instrument, att jag förväntas göra någonting? Är det troligt att jag skulle ändra mitt beteende i enlighet därmed, eller är det troligt att denna rättsakt kommer att inverka på min rättsliga ställning?

114. I enlighet med de tre klassiska principerna för all lagtolkning, nämligen lydelse, sammanhang och syfte, ska vidare, i de fall som avser bedömningen av en rekommendation eller andra *soft law*-instrument, lydelsen (särskilt benämningen och den verbala formen) i en rättsakt inte väga tyngre än dess innehåll, sammanhang och syfte inom ramen för bedömningen av denna. Lydelsen ska till och med, genom sin kärna, vara ganska underordnad jämfört med materiella aspekter i samband med frågan huruvida talan kan tas upp till prövning. Om så inte var fallet skulle den "uppmunrande" lydelsen med nödvändighet leda till att en domstolsprövning är utesluten. Det skulle i själva verket innebära att form har företrädde framför innehåll och inga rekommendationer som använder en "uppmuntrande" vokabulär skulle därför någonsin kunna prövas. En mildare tonvikt bör därför kanske läggas på logiken, innehållet, sammanhanget och syftet.

115. Vid en sådan bedömning av sammanhang och syfte, tycks tre faktorer vara relevanta för att avgöra huruvida en unionsrättsakt sannolikt medför rättsverkningar och rimligen kan förväntas bli efterlevd.

116. Den första faktor som ska beaktas är åtgärdens grad av *formalisering* (har unionsåtgärden formen av en rättsakt?) och *slutgiltighet* (har den vidtagits i slutet, som kulmen på ett samråd eller mer allmänt i ett förfarande för att anta *soft law*?). Med andra ord och med beaktande av båda samtidigt, framstår den aktuella unionsakten snarare som en slutgiltig lagstiftning?

117. Beträffande formatet på en akt som potentiellt sett kan angripas, måste den framstå som en lagtext så att den rimligen kan anses medföra rättsverkningar. I det avseendet framstår en akt som en rättsakt om den exempelvis är uppdelad i artiklar eller åtminstone i avsnitt, om den publiceras i EUT (med säkerhet i serie L, där det förutsätts att lagstiftning offentliggörs).

118. Beträffande aspekten slutgiltighet, är det troligt att förberedande rättsakter inte räcker till i det avseendet. Samma logik är redan tillämplig på förberedande rättsakter i samband med EU:s beslutsprocess.⁸⁰ Detta ska än mer även gälla förfaranden för att anta *soft law*. Att på ett sådant sätt utesluta förberedande rättsakter från domstolsprövning framstår som än viktigare i samband med *soft law*, där samrådsprocessen kan medföra att flera akter antas.

119. Den andra faktorn avser den omtvistade aktens innehåll och övergripande syfte: hur precisa är ”skyldigheterna” som finns i denna? Vilket allmänt mål eftersträvas? Ju mer allmänna och abstrakta unionsakter är, desto mindre troligt är det att de kommer att förmå de vilka akterna är riktade till att konkret och specifikt följa dessa. Om unionsakten å andra sidan innehåller ett antal specifika och precisa åtaganden, är den aspekten säkerligen relevant. Om texten dessutom har ett klart harmoniseringssyfte, är det ännu mer troligt att den kommer att uppfattas som att den kan medföra rättsverkningar.

120. Den tredje faktorn avser beivrande. Innehåller rättsakten några tydliga och specifika mekanismer för efterlevnad, beivrande eller sanktioner? Naturligtvis syftar detta inte bara på *direkt* beivrande, vilket högst osannolikt förekommer, utan även på *indirekta* mekanismer eller indirekt beivrande, både i strukturellt och institutionellt hänseende.

121. Bland de *strukturella* mekanismerna för efterlevnad kan det finnas ett antal indirekta mekanismer, såsom rapportering, underrättelse, övervakning och tillsyn. Inslag av grupptryck kan också vara relevanta, såsom publicering av tabeller över prestationer, rapporter som innebär att personer offentligt hängs ut med namn och så vidare.

122. Den *institutionella* aspekten är också relevant: vilken institution antog det aktuella instrumentet? Är det samma institution som på närliggande eller till och samma områden för reglering kan vidta sanktioner mot samma adressater?⁸¹ Om så faktiskt är fallet, är det sannolikt att den omtvistade akten faktiskt kommer att medföra efterlevnad.

5. Tillämpning av kriteriet i förevarande mål

123. Om man tittar på den omtvistade rekommendationen ur detta perspektiv, är jag tvungen att dra slutsatsen att rekommendationen på det hela taget går betydligt längre än vad som kan förväntas av en handling som bara rekommenderar vissa *principer*. I detta specifika fall kan det faktiskt göras gällande att rekommendationen måste medföra rättsverkningar och att omdömesgilla adressater sannolikt kommer att ändra sitt beteende för att, åtminstone delvis, följa rekommendationen.

124. Om innehåll ska ges företräde framför en akts formella benämning vid bedömningen av dess verkliga beskaffenhet, då ska analysen som ska göras, efter det att man tagit bort handlingens formella titel, avse vad handlingen tycks utgöra utifrån dess ordalydelse, innehåll, sammanhang och syfte.

⁸⁰ Dom av den 12 september 2006, Reynolds Tobacco m.fl./kommissionen (C-131/03 P, EU:C:2006:541, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

⁸¹ Se även fotnot 73 ovan.

125. Om vi börjar med rekommendationens övergripande syfte, anges det i dess skäl⁸² och i de handlingar som åtföljde dess antagande⁸³ ganska tydligt att rekommendationen syftar till att uppnå en minimiharmonisering, eftersom den rekommenderar principer för en högre skyddsnivå för konsumenter, spelare och underåriga i fråga om onlinespeltjänster. Samtidigt står det även klart att den gör det på ett ganska känsligt område, säkerligen ur ett antal medlemsstaters synvinkel.⁸⁴

126. Vidare finns det flera aspekter vad gäller innehåll och sammanhang som är värda att framhållas. För det första är den omtvistade akten en ytterst strukturerad text, och är till sitt yttre en lagtext. Den har inte mindre än 30 skäl. Själva rekommendationen är uppdelad i 12 numrerade avsnitt. Den har offentliggjorts i serie L i *Europeiska unionens officiella tidning*.

127. Följaktligen ger rekommendationens faktiska form ett intryck av att den måste medföra rättsverkningar. Detta bekräftas även av det faktum att rekommendationen inte är en förberedande rättsakt. Den är redan kulmen på ett samrådsförfarande, eftersom den fyller ut en tidigare grönbok och ett meddelande från kommissionen. Den ger följaktligen form åt kommissionens ståndpunkt i frågan om konsumentskydd i samband med onlinespeltjänster, genom att ge medlemsstaterna några mycket konkreta rekommendationer.

128. För det andra är detalj- och precisionsnivån i rekommendationens konkreta bestämmelser slående. Rekommendationen fastställer långtifrån bara ”principer”, utan föreskriver rätt klara och precisa regler.

129. För att ge ett par exempel: i avsnitt III i rekommendationen fastställs det detaljerade innehållet i den information som bör finnas synlig på ingångssidan på spelaktörens spelwebbplats och vara tillgänglig från alla andra sidor på denna webbplats. I avsnitt V i rekommendationen uppmanas medlemsstaterna att se till att en person kan delta i en onlinespeltjänst endast om vederbörande är registrerad som spelare och innehar ett spelkonto hos spelaktören. Spelarens personuppgifter bör kontrolleras av spelaktören. Dessutom syftar avsnitt VIII till att reglera kommersiella meddelanden. Det hindrar särskilt medlemsstaterna från att göra vissa uttalanden, såsom att förmedla bilden att spelande är socialt attraktivt eller påstå att spelande kan vara en lösning på personliga problem.

130. För det tredje innehåller rekommendationen mycket detaljerade och omfattande ”uppmaningar” till tillsyn och rapportering. I avsnitt XI anges att medlemsstaterna ”uppmanas att i samband med tillämpningen av de principer som fastställs i denna rekommendation utse behöriga tillsynsmyndigheter för spelverksamhet i syfte att säkerställa och övervaka på ett oberoende sätt att dessa principer överensstämmer med de nationella åtgärder som vidtagits till stöd för de principer som anges i denna rekommendation”. Avsnitt XII rör rapportering. I dess bestämmelser uppmanas medlemsstaterna att inte bara *underrätta* kommissionen om alla genomförandeåtgärder, utan att även samla in årliga uppgifter för statistiska ändamål inom vissa frister.

131. Med avseende på sådana ”uppmaningar” till rapportering och tillsyn, ska två påpekanden göras. För det första framgår det att domstolen tidigare och i allmänhet har visat en särskild känslighet mot att det införs mekanismer för efterlevnad eller övervakning i olika atypiska instrument. Vid åtminstone två tillfällen ogiltigförklarade domstolen atypiska kommissionsakter på grund av att de reglerade rapporteringskrav i detalj och enligt domstolens förmenande gick utöver vad som var lämpligt för den typen av akt.⁸⁵ För det andra är det i samband med just denna rekommendation intressant att notera att en icke-bindande rekommendation som medlemsstaterna inte är skyldiga att

⁸² Skälen 8 och 9 har citerats ovan i punkterna 11 och 12.

⁸³ Punkt 30 ovan.

⁸⁴ Se, exempelvis, dom av den 22 januari 2015, Stanley International Betting och Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, punkt 51).

⁸⁵ Dom av den 13 november 1991, Frankrike/kommissionen (C-303/90, EU:C:1991:424, punkterna 20–25), i vilken en uppförandekod som genomförde en rådsförordning krävde information från medlemsstaterna med viss regelbundenhet och i vissa former; dom av den 16 juni 1993, Frankrike/kommissionen (C-325/91, EU:C:1993:245, punkterna 22 och 23), i vilken ett meddelande från kommissionen som fyllde ut ett direktiv uppställde extra skyldigheter, såsom årlig rapportering av finansiella uppgifter till kommissionen vid ett visst datum.

genomföra fortfarande räknar med att dessa medlemsstater (eller till och med endast de som har beslutat att godta "uppmaningen") utser, övervakar, underrättar, utvärderar, samlar in uppgifter och rapporterar tillbaka till kommissionen vid specifika datum beträffande samtliga dessa (helt frivilliga) verksamheter.

132. I punkt 54 i rekommendation anges sedan att kommissionen bör utvärdera *genomförandet* (sic!) av rekommendationen senast den 19 januari 2017. Ändå konstaterades det vid förhandlingen att kommissionen än så länge inte har gjort detta *på grund av* att den fortfarande räknar med rapporter från medlemsstaterna innan den upprättar sig egen rapport. I detta skede anser jag att graden av kognitiv dissonans i sådana påståenden når upp till nivån för ett avancerat Jedi-tanketrick.

133. För det fjärde är rekommendationen avsedd att förmå medlemsstaterna att anta viss lagstiftning och genom denna lagstiftning ha en inverkan på spelföretag och spelare, vilka rekommendationen indirekt riktar sig till. Självklart kan det göras gällande att det formellt sett inte är rekommendationen i sig, utan den eventuella nationella lagstiftningen som kommer att påverka tredje mans rättigheter, men det är svårt att förneka att den faktiska källan till den nationella lagstiftningen finns i denna rekommendation.⁸⁶

134. För det femte, vilket kanske i sig är en underordnad sak men som även belyser dissonansen mellan innehållet och titeln, är det intressant att notera både skäl 29 och punkt 2 i rekommendationen. I dessa anges att denna rekommendation inte inverkar på de (bindande och giltiga) EU-direktiven respektive att den inte påverkar medlemsstaternas rätt att reglera speltjänster. Dessa uttalanden kringgår helt enkelt frågan varför det skulle vara nödvändigt att uttryckligen ange något av detta, om rekommendationen verkligen utgjorde en renodlad icke-bindande rekommendation som inte var avsedd att ha några rättsverkningar över huvud taget. Ett äkta icke-bindande *soft law*-instrument skulle per definition aldrig kunna påverka bindande och giltig EU-lagstiftning eller medlemsstaternas befogenheter.

135. Kort sagt, redan på grundval av dessa aspekter rörande syfte, innehåll och sammanhang, kan man lugnt anta att om en läsare fick denna handling med dess titel borttagen och uppmanades att läsa texten utan att känna till dess titel, skulle läsaren kunna tro att vederbörande läser ett direktiv eller i vissa skeden till och med en förordning, men med säkerhet en lagstiftningshandling som strävar efter att uppställa klara och precisa skyldigheter och medföra efterlevnad.

136. Det är först nu som jag övergår till språkbruket i rekommendationen, mer konkret till den särskilda ordalydelsen i de individuella bestämmelserna (efter att i de tidigare punkterna i detta avsnitt redan ha behandlat detaljrikedomen och den konkreta karaktären hos dessa bestämmelser). I tribunalens resonemang tycks ordalydelsen ha spelat en avgörande roll. Av de skäl som jag har försökt att allmänt förklara i det föregående avsnittet,⁸⁷ anser jag dock att ordalydelsen är betydelsefull, men inte avgörande. Vidare bör nog ordalydelsen inte vara avgörande om den i sig faktiskt inte är bindande.

137. Klaganden ifrågasatte i sina skriftliga och muntliga yttranden den språkliga bedömning som tribunalen gjorde i sitt beslut. I synnerhet hävdade klaganden att på två av de tre officiella språken i Konungariket Belgien, nämligen på nederländska och tyska, tycks ordalydelsen i bestämmelserna vara "starkare" än i andra språkversioner. Den logiska följden är således att rekommendationen medför "starkare" rättsverkningar i Belgien.

⁸⁶ Se även punkterna 102–105 ovan. Se även punkterna 97 och 98 och rekommendationens potential att forma tolkningen av befintliga nationella regler som antagits på samma område och som behandlar samma ämne.

⁸⁷ Punkt 114 ovan.

138. Detta specifika argument som klaganden har anfört är inte övertygande. Vissa språkversioner skulle visserligen kunna uppfattas som "mer bindande" än andra. Så är särskilt fallet med den tyska, den spanska, den nederländska och den portugisiska versionen. I motsats till tribunalens påståenden, kan kanske även den polska eller den tjeckiska versionen diskuteras.

139. Det är dock föga relevant att den nederländska och den tyska språkversionen tycks använda en mer tvingande ordalydelse än andra. Det faktum att de utgör officiella språk i Belgien ger dem inte större betydelse än någon annan språkversion. Det finns en välkänd princip om att alla språkversioner av unionskällor har samma giltighet, vilken jag anser bör vara tillämplig på rekommendationer, precis som den är tillämplig på alla andra rättsakter som antas enligt artikel 288 FEUF. Det följer av fast rättspraxis att om språkversionerna skiljer sig åt, ska den aktuella bestämmelsen tolkas med hänsyn till systematiken i och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår.⁸⁸

140. Det är just sådana diskutabla språkjämförelser som visar och understryker varför antalet gånger som uttryckssättet "uppmannas" används i stället för "ska" endast är av begränsad betydelse vid bedömningen av en sådan rättsakt. I allmänhet går alla språkversioner i samma riktning och medger en tydlig slutsats vad gäller textens beskaffenhet, utan att man behöver uppehålla sig länge vid en rättsakts sammanhang och syfte. De stämmer dock inte överens med varandra och texten i en rekommendation ska inte anses vägra tyngre än dess sammanhang och syfte. Det är dock felaktigt att påstå att det föreligger diskrepans mellan de olika språkversionerna, men samtidigt hävda att eftersom det i de flesta språkversioner står X, bör detta vara den korrekta tolkningen. I ett system där alla språk har samma giltighet, kan inga språk bli "överröstade" vid tolkningen.⁸⁹

141. Till slut kommer en granskning in i minsta detalj av det (icke-)tvingande språkbruket på vissa språk i EU alltid att bli resultatlös, särskilt vid granskningen av rättsverkningarna av *soft law*-instrument. I fråga om denna särskilda typ av bedömning är sammanhang, system och logik mycket viktigare. Det kommer oundvikligen att vara en enorm skillnad i tolkningen av uttalandet "jag uppmannar dig att skicka dina kommentarer i denna fråga skriftligen till mig senast klockan 12 på fredag", beroende på om detta uttalande yttras av en persons chef, forskarkollega eller partner. Naturligtvis beror det på det faktiska förhållandet i fråga, men det är mycket sannolikt att i det första fallet utgör "uppmanningen" i själva verket en order, i det andra fallet enbart ett förslag, och i det tredje fallet ett skämt.

142. Kort sagt skulle kanske var och en av de enskilda aspekterna av innehåll och sammanhang, betraktade för sig, fortfarande kunna leda till att den anses vara en rekommendation som inte är avsedd att ge upphov till några rättsverkningar. Sammantaget leder dock den *gemensamma* funktionen hos dessa olika aspekter i samband med *denna* specifika rekommendation, med beaktande dessutom av den omständigheten att den antogs av den institution som har anförtrots att övervaka reglerna på samma område (nämligen regleringen av den inre marknaden), mig till slutsatsen att den klart strävar efter att medföra rättsverkningar och medföra efterlevnad, och utgör inte bara politiska förslag.

143. Av samtliga dessa skäl anser jag att överklagandet ska bifallas såvitt avser klagandens tredje grund. Tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att felbedöma rättsverkningarna av den aktuella rekommendationen och slog följaktligen felaktigt fast att talan om ogiltigförklaring skulle avvisas.

⁸⁸ Se, exempelvis, dom av den 26 april 2012, DR och TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

⁸⁹ Vilket förresten även gäller de extrema situationerna då det framgår rätt klart att det har skett ett misstag vid översättningen i bara en av språkversionerna av EU-rättsakten – se, till exempel, dom av den 19 april 2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

B. Formen avgör innehållet

144. I motsats till "atypiska" akter som utfärdats av unionsinstitutioner eller unionsorgan, vilka ERTA-kriteriet ursprungligen var avsett för, utgör rekommendationer "typiska" akter som står med i artikel 288 FEUF, vilka uttryckligen är undantagna från domstolsprövning enligt artikel 263 första stycket FEUF. Ska detta faktum ha någon betydelse vid prövningen av rekommendationer och frågan huruvida en sådan talan kan tas upp till sakprövning?

145. Argumentet i del A i detta förslag till avgörande grundade sig på antagandet att ERTA-kriteriet, om än kanske i något ändrad form, är tillämpligt på rekommendationer, precis som det är på alla andra former av *soft law*. I den första delen av detta avsnitt anges huvuddragen i ett alternativt synsätt, enligt vilket större vikt ska läggas vid det faktum att rekommendationer är "typiska" akter, i fråga om vilka formen ska avgöra tolkningen av innehållet (1). Av ett antal skäl skulle jag dock rekommendera att domstolen fortsätter med (det ändrade) synsättet att innehållet är viktigare än formen, som har angetts i del A i detta förslag till avgörande (2). För det fall domstolen likväl skulle anse att innehållet faktiskt ska avgöra tolkningen av innehållet i det särskilda fallet med rekommendationer, anger jag kortfattat huvuddragen i flera viktiga klargöranden som skulle krävas (3).

1. Ett (fullständigt) undantag: rekommendation betyder rekommendation

146. Tribunalens resonemang utgick från antagandet att det kriterium som domstolen uppställde i domen ERTA för unionsinstitutionernas och unionsorganens "atypiska" akter även är tillämpligt på en "typisk" akt, såsom en rekommendation. Denna utgångspunkt kan diskuteras på två plan: ett normativt och ett praktiskt plan. *Normativt sett* anges det klart i artikel 288 FEUF att en rekommendation inte är bindande. I den första meningen i artikel 263 första stycket FEUF undantas vidare kommissionens rekommendationer uttryckligen från tillämpningsområdet för nämnda bestämmelse och därigenom från talan om ogiltigförklaring. I dessa två bestämmelser i förening anges klart att en rekommendation inte kan vara bindande och inte kan bli föremål för prövning.

147. Utöver detta tillkommer dock domstolens uttalande i domen Grimaldi, varigenom den materiella bedömningen (åter) är med i leken: en rekommendation kan inte bli föremål för prövning så länge den utgör en "äkte" rekommendation.⁹⁰ Underförstått kan det således finnas en "oäkte" rekommendation, som skulle kunna omfattas därav och bli föremål för prövning. Trots den rätt tydliga ordalydelsen i fördragen, finns det således visst stöd i domstolens praxis för att ERTA-kriteriet ska tillämpas på rekommendationer, även om de utgör "typiska" akter (då det klart anges i fördraget att de saknar bindande verkan).⁹¹

148. Vad som då likväl händer på det *praktiska* planet är att vid bedömningen av huruvida en handling utgör en "äkte" eller "oäkte" rekommendation, kommer det faktum att handlingen kallas för en rekommendation oundvikligen att "färga" bedömningen av dess sammanhang och syfte. Återigen ska dock ett kriterium som var avsett för "atypiska" akter tillämpas på ett sätt som i stor utsträckning är "form-blint", utan att någon hänsyn tas till handlingens titel/omslag. I annat fall hamnar man oundvikligen i en viss typ av cirkelresonemang, där formen till slut bestämmer tolkningen av innehållet.⁹²

⁹⁰ Dom av den 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 16).

⁹¹ Detta föranledde då tribunalen att konstatera att "enbart det faktum att den omtvistade rekommendationen formellt betecknats som en rekommendation och att den antagits med stöd av artikel 292 FEUF, inte per automatik utesluter att det är fråga om en rättsakt mot vilken talan kan väckas" (punkt 20 i det överklagade beslutet).

⁹² Såsom anges i detalj i punkterna 77–79 ovan.

149. Detta för mig till det eventuella alternativa synsättet. Det skulle innebära att i stället för att formen på en "typisk" akt tillåts att i tysthet färga tolkningen av en "atypisk" akts beskaffenhet, ska de fullständiga logiska slutsatserna av denna distinktion dras: en "typisk" form medför "typiska" följder, *oavsett* innehållet. En rekommendation kommer aldrig att vara bindande och ska inte medföra några rättsverkningar. Punkt slut. Det skulle inte behöva göras någon ytterligare bedömning av huruvida det är fråga om en "äkte" eller "oäkte" rekommendation. Rekommendation betyder rekommendation.

150. I det avseendet kan man dra en parallell till yttranden enligt EKSG-fördraget: sådana akter var också uttryckligen inte bindande och kunde inte bli föremål för prövning. År 1957 bekräftade domstolen att sådana akter inte kunde bli föremål för prövning. Den klargjorde särskilt att yttranden endast ger vägledning, De skulle ses som "enbart råd till företagen. Det står således alltså företagen fritt att beakta eller bortse från detta, men de måste förstå att de, genom att bortse från ett negativt yttrande, godtar de risker som de ställs inför till följd av en situation som de själva har bidragit till att skapa ... Med andra ord förblir friheten att fatta beslut och ansvaret för företagen, liksom för Höga myndigheten, oförändrade."⁹³ Just detta uttalande skulle faktiskt kunna parafraseras i sin helhet vad gäller rekommendationer.

2. Innehåll eller form?

151. Det finns två argument som talar för det *formella* synsättet vad gäller "typiska" akter: i) argumentet som avser rättssäkerhet och förutsebarhet, och ii) argumentet om att det krävs viss flexibilitet vid lagstiftning.

152. För det första följer det formella synsättet troget ordalydelsen i artikel 263 FEUF, vilken sedan år 1957 alltid har konsekvent och uttryckligen undantagit rekommendationer och yttranden från att omfattas av talan om ogiltigförklaring.

153. Förlitan och förväntningar är knutna till detta. Även om formalism nästan alltid skildras som något ont, har den även positiva aspekter. Den främjar rättssäkerhet och förutsebarhet. Det som kallas en spade bör faktiskt vara en spade, utan att det konstant ska krävas en materiell och kontextuell omprövning av det.

154. Detta gäller i än högre grad med avseende på "typiska", formaliserade källor. Hur långt kan riktningen att "innehållet är viktigare än formen" gå? Ska andra typiska unionsrättsliga källor, såsom en förordning och direktiv, också bedömas med hänsyn till deras verkliga och faktiska innehåll? Skulle de även kunna eventuellt bli "omklassificerade" på grund av att deras titel inte är i fas med deras innehåll? Skulle en sådan omklassificering i extremfall till och med kunna leda till att de undantas från domstolsprövning? Skulle domstolen kunna avvisa en talan om ogiltigförklaring av exempelvis en förordning, på grund av att förordningen är så dåligt utformad att den i själva verket inte kan medföra några (bindande) rättsverkningar?

155. För det andra kan rekommendationer tjäna som giltiga referenspunkter, inspiration och god sed. De kan tillåta att olika lösningar och idéer testas för att avgöra vilka som ska vidareutvecklas och vilka som ska överges. På så sätt skulle de kunna ses som ett slags lagstiftningslaboratorium. Det är kanske rimligt att medge att om alla rekommendationer skulle kunna angripas och ifrågasättas, skulle en sådan flexibilitet i ett lagstiftningslaboratorium gå förlorad. I synnerhet skulle kommissionen på ett effektivt sätt kunna hindras från att vidta mer informella former av åtgärder för att främja dess agenda i unionens intresse.

93 Dom av den 10 december 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Höga myndigheten (1/57 och 14/57, EU:C:1957:13) REG 1957, s. 115.

156. Svaret på dessa båda argument sett ur synsättet ”innehållet är viktigare än formen” är inte komplicerat: för det första krävs detta synsätt just när de formella begränsningarna av en ”typisk” akt inte har iakttagits. Detta synsätt ifrågasätter ingalunda alla typiska akter, utan är till sin art sådant att det är förbehållet extremfall. För det andra bör lockelsen med ett flexibelt lagstiftningslaboratorium klart begränsas av legalitetsprincipen vid myndighetsutövning och principen om tilldelade befogenheter. Till och med välmenande lagstiftningslaboratorier kan snabbt förvandlas till ”lagstiftning i smyg”.

157. Det finns däremot minst tre argument som talar för det materiella synsättet, vars huvuddrag har angetts i del A: i) synsättet att innehållet är viktigare än formen finns överallt, ii) behovet av att säkerställa ett effektivt domstolsskydd, och iii) den övergripande enhetligheten vad gäller rättsmedel i unionsrätten.

158. För det första, även om det faktiskt finns några betydande undantagsfall, är det övergripande synsättet och mentaliteten i unionsrätten helt enkelt av materiell karaktär: på otaliga områden inom unionsrätten är det innehållet, själva kärnan i en företeelse, kategori eller institution som undersöks – inte direkt dess formella benämning eller rubricering. Formen har visserligen betydelse. I unionsrätten utgör dock formen en första approximation av en akts rätta beskaffenhet. Den är inte avgörande.

159. För det andra är det, såsom redan har förklarats i detalj ovan,⁹⁴ knappast ett omtvistat faktum att rekommendationer faktiskt medför ett antal betydande rättsverkningar även om de kanske i strikt bemärkelse inte är bindande i det enskilda fallet. Om så faktiskt är fallet, måste ett effektivt domstolsskydd följa. Det kan erinras om att domstolen tidigare, både ursprungligen i domen ERTA men även i senare fall, inte tvekade att erkänna den sociala och rättsliga utvecklingen och åtgärda brister som på så sätt har uppstått i domstolsskyddet.⁹⁵ Det har också föreslagits att tillkomsten av nya och ”mjukare” former för styrning utgör en sådan typ av utveckling.⁹⁶

160. För det tredje är argumentet rörande enhetligheten vad gäller rättsmedel i unionsrätten relevant på två plan: å ena sidan, enhetligheten mellan artikel 263 FEUF (talan om ogiltigförklaring) och artikel 267 FEUF (förfarandet för förhandsavgörande) och, å andra sidan, ställningen för (icke-)privilegierade sökande i sådana förfaranden.

161. Det följer av fast rättspraxis att ”[d]en kontroll av lagenligheten av unionsrättsakter som EU-domstolen säkerställer med stöd av fördragen består ... av två rättsliga förfaranden som kompletterar varandra. Genom, å ena sidan, artiklarna 263 och 277 FEUF och, å andra sidan, artikel 267 FEUF, har det inrättats ett fullständigt system med rättsmedel och förfaranden för prövning av huruvida unionsrättsakterna är lagenliga. Denna prövning har anförtratts unionsdomstolen ... Nämnda fullständiga system med rättsmedel och förfaranden innebär att varje part har rätt att i ett mål vid nationell domstol göra gällande att de bestämmelser i en unionsrättsakt som utgör grund för ett nationellt beslut eller en nationell rättsakt som avser vederbörande är ogiltiga ...”.⁹⁷

162. Jag vill belysa två uttryck som förekommer i detta citat, nämligen ”som kompletterar varandra” och ”fullständigt”. Kanske något paradoxalt kan det andra uttrycket vara problematiskt för en privilegierad sökande, det vill säga en medlemsstat som ”uppmanas” att göra något i en rekommendation och som bestrider denna ”uppmaning”, dock utan att det (ännu) pågår något mål som avser denna rekommendation på nationell nivå.

⁹⁴ Punkterna 87–108 ovan.

⁹⁵ För ett anmärkningsvärt exempel, se exempelvis dom av den 23 april 1986, Les Verts/parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, punkt 24).

⁹⁶ Punkterna 81–86 ovan.

⁹⁷ Dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkterna 66 och 67 och där angiven rättspraxis). Se även yttrande 1/09 (Avtal om inrättande av ett enhetligt system för patenttvister) av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkt 70).

163. Å ena sidan tycks, såsom redan har angetts ovan,⁹⁸ en begäran om förhandsavgörande rörande giltigheten av en rekommendation vara möjlig. Om så är fallet, är det svårt att förstå varför det skulle vara svårare för en privilegierad sökande att angripa en akt direkt vid EU-domstolen på grundval av artikel 263 FEUF än för en icke-privilegierad sökande att indirekt angripa akten på grundval av artikel 267 FEUF.

164. Å andra sidan, även om den övergripande logiken om kompletterande karaktär skulle ges företräde, genom att avskräcka från att direkt angripa giltigheten och sträva efter att kanalisera sådana krav genom förfarandet för förhandsavgörande, skulle ställningen för en medlemsstat inte bli mycket enklare. Hur ska en medlemsstat i praktiken gå tillväga? Ska den först genomföra rekommendationen (som den till att börja med inte ville) och sedan angripa den vid sina egna nationella domstolar? Ska den skapa en tvist?

165. Utan någon önskan att åter ta upp någon av dessa frågor,⁹⁹ räcker det att erinra om att medlemsstater helt enkelt inte är enskilda som senare kanske kan bli tvungna att följa en unionsrättsakt efter det att den har tillämpats på dem i ett individuellt beslut antingen i nationell rätt eller i unionsrätten. Det är medlemsstaterna som uppmanas att genomföra dessa bestämmelser till att börja med. Det skulle därför helt enkelt vara ologiskt att förmå medlemsstaterna att göra något och samtidigt frånta dem möjligheten att väcka talan vid EU-domstolen. Detta skulle strida mot intresset av en god rättsskipning, eftersom det skulle försena en eventuell talan mot en rekommendation, men skulle även strida mot intressena för den som har avfattat själva rekommendationen. Istället för att tillåtas kanalisera den eventuella konflikten, lösa den och därefter gå vidare, skulle medlemsstaten helt enkelt vara tvungen att vägra att samarbeta och vänta till dess att en av dess egna domstolar och eventuellt en domstol i en annan medlemsstat hänskjuter en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF rörande giltigheten av den omtvistade akten. Enligt min mening är detta knappast vettigt i praktiskt hänseende.

3. De (eventuellt) nödvändiga klargörandena

166. Kort sagt anser jag att det finns många fler starka skäl för att domstolen ska utvidga det ändrade ERTA-kriteriet så att det omfattar den eventuella domstolsprövningen av rekommendationer.

167. Skulle domstolen dock besluta sig för att välja den väg som innebär att formen på en ”typisk” akt avgör hur dess innehåll ska uppfattas och tolkas, utan att det krävs en separat bedömning av akten, framstår det som nödvändigt att klargöra flera saker. Dessa nödvändiga klargöranden skulle i sak avse de aspekter som tidigare har identifierats i samband med de faktiska rättsverkningarna av rekommendationer.¹⁰⁰ Jag skulle särskilt framhålla tre centrala delar: i) omfattningen av den skyldighet till lojalt samarbete som åligger medlemsstaterna i förhållande till rekommendationer, ii) den omständigheten att rekommendationer inte har något företräde framför det eventuella framtida lagstiftningsförfarandet på unionsnivå, och iii) klargörande av omfattningen av den skyldighet för nationella domstolar som följer av domen Grimaldi.

168. För det första är rekommendationer inte bindande och de tillåts inte heller medföra några rättsverkningar. De kan följaktligen inte ge upphov till några rättigheter eller skyldigheter för medlemsstaterna eller för enskilda. Vad beträffar medlemsstaterna kan principen om lojalt samarbete inte användas för att börja undergräva detta påstående, på något som helst sätt. Medlemsstaterna är fullt berättigade att helt och hållet bortse från innehållet i en rekommendation utan att det finns någon möjlighet till direkta eller indirekta sanktioner. Detta gäller inte bara de konkreta ”skyldigheter” som medlemsstaterna uppmanas att genomföra, utan även alla ”uppmaningar” till rapportering. Det

⁹⁸ Punkterna 106–108 ovan.

⁹⁹ Enligt dom av den 1 april 2004, kommissionen/Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

¹⁰⁰ Punkterna 87–108 ovan.

kan varken följa några positiva eller negativa skyldigheter av en rekommendation. En rekommendation kan inte heller användas för att definiera en standard eller ett vagt rättsligt begrepp som, efter att ha fått ett innehåll genom denna rekommendation, kommer att göras gällande mot en medlemsstat eller en enskild.

169. För det andra är en rekommendation, med säkerhet en rekommendation som antas före lagstiftningen, enbart ett ensidigt, icke-bindande uttalande om en institutions ståndpunkt. Om den någonsin ska följas upp av bindande lagstiftning, måste lagstiftningsförfarandet börja från noll. En rekommendation kan i synnerhet inte skapa en "genväg" eller ett "företräde" i lagstiftningshänseende genom att utesluta vissa aktörer från det senare lagstiftningsförfarandet, eller i själva verket bestraffa vissa aktörer i det efterföljande förfarandet på grund av att de inte redan har lagt fram sina synpunkter, anmärkningar, uppgifter eller rapporter avseende rekommendationen och/eller i förfarandet för att "genomföra" denna.

170. Allra sist har vi domen Grimaldi.¹⁰¹ Om rekommendationer inte är bindande, kan de per definition inte ge upphov till någon *skyldighet* för nationella domstolar att ta hänsyn till sådan icke-bindande vägledning, och än mindre någon skyldighet att göra en konform tolkning. Om domstolen skulle följa denna linje i en mer formell syn på en "typisk" unionsrättslig akt, blir det nödvändigt att ompröva domen Grimaldi i det avseendet och klart fastslå att det inte finns någon skyldighet att ta hänsyn till en rekommendation. Nationella domstolar *får* göra det, om de anser att det är till nytta, men de är absolut *inte tvungna* att göra det.

171. Detta skulle innebära att nationella domstolar ska behandla rekommendationer som alla andra *tillåtna* inspirationskällor i lagtolkningsprocessen, såsom doktrinen eller komparativa argument. De kan ta med den i sitt resonemang om de så önskar, men de kan också bortse från den helt, utan någon skyldighet att motivera varför.

VII. Förslag till avgörande

172. Mot bakgrund av det ovan anförda är min slutsats att tribunalen gjorde en felaktig bedömning av den omtvistade rekommendationens rättsverkningar. Överklagandet ska därför bifallas såvitt avser klagandens tredje grund, utan att det är nödvändigt att separat pröva den första och den andra grunden. Tribunalens beslut ska följaktligen upphävas, i den del tribunalen avvisade talan.

173. I enlighet med artikel 61 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol kan också domstolen, efter att ha upphävt tribunalens avgörande, själv slutligt avgöra målet, om det är färdigt för avgörande.

174. I förevarande mål kan inte domstolen, i detta skede av handläggningen, i sak avgöra den talan som väcktes vid tribunalen. Eftersom tribunalen avvisade talan, fördes det endast en mycket begränsad och ganska indirekt diskussion rörande målet i sak vid tribunalen. Av samma skäl tilläts inte heller några andra intervenienter att yttra sig.¹⁰² Om domstolen skulle slå fast att talan om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning, är det troligt att dessa intervenienter, och eventuellt även andra, skulle vara intresserade av att yttra sig.

175. Jag anser dock att domstolen har alla nödvändiga uppgifter till hands för att kunna ogilla den invändning om rättegångshinder som kommissionen framställde i första instans. Av effektivitets- och processekonomiska skäl föreslår jag att domstolen väljer detta tillvägagångssätt, och slår fast att talan kan tas upp till sakprövning och återförvisar målet till tribunalen för ett avgörande i sak.

¹⁰¹ Punkterna 97–101 ovan.

¹⁰² Fotnot 24 ovan.

176. Jag föreslår därför att domstolen ska

- upphäva det beslut som meddelades av Europeiska unionens tribunal i mål T-721/14 och slå fast att klagandens talan om ogiltigförklaring i det målet kan tas upp till sakprövning,
- återförvisa målet till tribunalen för ett avgörande i sak, och
- besluta att frågan om rättegångskostnader ska anstå.