



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MICHAL BOBEK
esitatud 12. detsembril 2017¹

Kohtuasi C-16/16 P

Belgia Kuningriik
versus

Euroopa Komisjon

Apellatsioonkaebus – Tarbijakaitse – Interneti-hasartmänguteenused – Tarbijate ja interneti-hasartmänguteenuste kasutajate kaitse ning alaealiste takistamine internetis hasartmänge mängimast – Komisjoni soovitus – ELTL artikkel 263 – Vaidlustatav akt – Nn pehme õiguse aktide kohtulik kontroll – Õiguslikke tagajärgi loovad mittesiduvad aktid – Aktid, mida saab mõistlikult pidada endid järgima ajendavateks

Sisukord

I.	Sissejuhatus	2
II.	Õiguslik raamistik	3
	A. Esmane õigus	3
	B. Komisjoni soovitus	4
III.	Faktilised asjaolud ja kohtumenetlus	5
IV.	Vaidlusalune kohtumäärus	6
V.	Menetlus Euroopa Kohtus	8
VI.	Hinnang	10
	A. Sisu eelistamine vormile	10
	1. AETR	10
	2. AETR kriteerium Üldkohtu poolt käesolevas asjas kohaldatuna	11

¹ Algkeel: inglise.

3. AETR kriteeriumi problemaatilised aspektid	12
a) Sisemised probleemid	12
1) Õiguslikud tagajärjed, siduvus või siduvad õiguslikud tagajärjed?	12
2) Milline funktsioon on koostaja tahtel?	13
b) Välised probleemid	14
1) Pehme õiguse esiletõus	14
2) Soovitused: ei ole siduvad, kuid tekitavad õiguslikke tagajärgi	15
i) Liidu tasand	16
ii) Liikmesriikide tasand	17
4. Tagasi juurte juurde: AETR ja õiguslikud tagajärjed	19
5. Kriteeriumi kohaldamine käesolevale juhtumile	21
B. Vorm määrab sisu	24
1. (Täielik) välistus: soovitus tähendab soovitust	24
2. Sisu või vorm?	25
3. (Võimalikud) vajalikud selgitused	27
VII. Ettepanek	28

I. Sissejuhatus

1. Üks viimastel aastakümnetel (angloameerika) õigusfilosoofiat kujundanud suuri debatte oli Harti ja Dworkini vaheline mõttevahetus õiguse olemuse ja õigussüsteemi struktuuri üle. Nii 1960. aastate lõpul kui ka 1970. aastatel kristalliseerus Dworkini kriitika Harti teose „*Õiguse mõiste*“² kohta mitme teema ümber. Üks peamisi Dworkini teese oli see, et Hart käsitleb õigussüsteemi liiga kitsalt ja keskendub õigusnormidele, jättes kõrvale veel ühe igas õigussüsteemis tähtsa elemendi: *põhimõtted*.³

2. Küllap võib julgelt eeldada, et komisjon, kui ta võttis vastu „soovituse, mis käsitleb *põhimõtteid*, mille abil kaitsta interneti hasartmänguteenuste tarbijaid ja mängijaid ning hoida alaealisi interneti hasartmängudest eemal“⁴ (edaspidi „komisjoni soovitus“), ei kavatsenud oma soovitus pealkirjast hoolimata selles teoreetilises vaidluses poolt valida. Ent pärast seda, kui Belgia Kuningriik pöördus selle soovitus peale Üldkohtusse tühistamishagiga, on lahti läinud vormilt samalaadne, ehkki sisult

2 Hart, H. L. A., „*Õiguse mõiste*“, tlk Luiga, P., Tallinn, Valgus, 2017 = Hart, H. L. A., „*The Concept of Law*“, 2nd ed (with a postscript), Oxford, Clarendon Press, 1997 (esmatrükk ilmus 1961).

3 Dworkin, R., „*Taking Rights Seriously*“ (New Impression with a Reply to Critics), London, Duckworth, 1987 (esmatrükk ilmus 1977), lk 22 jj.

4 Komisjoni 14. juuli 2014. aasta soovitus 2014/478/EL (ELT 2014, L 214, lk 38). Kohtujuristi kursiiv.

mõnevõrra teistsugune debatt: kuidas erinevad niisugused *põhimõtted* (siduvatest õigus)normidest liidu õiguses kohtuliku kontrolli seisukohast? Samuti, kas komisjoni soovitusel kohta – mis on ELTL artikli 263 lõike 1 kohaselt sõnaselgelt kohtuliku kontrolli alt välja arvatud liidu akt – saab siiski esitada nimetatud sätte alusel tühistamishagi?

3. Üldkohus tunnistas Belgia hagi vastuvõetamatuks,⁵ märkides, et soovitusel puhul ei ole siduvaid õiguslikke tagajärgi ette nähtud. Belgia Kuningriik esitas selle otsuse peale apellatsioonkaebuse Euroopa Kohtule.

4. Käesolevas ettepanekus annab Euroopa Kohtule sisuliselt kahetise soovitusel: esiteks, *üldisel* tasandil, pidades silmas (mitte ainult) liidu õiguse muutuvat õigusloomemaastikku, mida iseloomustab mitmesuguste nn pehme õiguse aktide vahamine, tuleb liidu kohtutesse pöördumise võimalusi asjade sellist arengut arvestades kohandada. Selles mõttes ja niivõrd, kui teoreetiline sõnamäng seda lubab, peab käsitus tõepoolest mõnevõrra dworkiniseeruma, võttes arvesse, et esineb olulisi õiguslikke tagajärgi loovaid norme, mis ulatuvad kaugemale siduvate ja mittesiduvate õigusnormide binaarsest loogikast. Teiseks, *konkreetsel*, käesolevas asjas vaidluse all oleva soovitusel tasandil peab niisugune normatiivakt, mida selle loogika, konteksti, eesmärgi ja osalt ka sõnastuse poolest võib mõistlikult pidada käitumisnorme seadvaks, olema kohtulikult kontrollitav ka siis, kui see on mõnes mõttes maskeeritud pelgalt ühes soovitusel sisalduvaks „põhimõtete“ kogumiks.

II. Õiguslik raamistik

A. Esmane õigus

5. ELL artikli 4 lõikes 3 on ette nähtud, et „[l]iikmesriigid kasutavad kõiki asjakohaseid üld- või erimeetmeid, et tagada aluslepingutest või liidu institutsioonide õigusaktidest tulenevate kohustuste täitmine. Liikmesriigid aitavad kaasa liidu ülesannete täitmisele ja hoiduvad kõigist meetmetest, mis võiksid ohustada liidu eesmärkide saavutamist.“

6. ELTL artikli 263 lõikes 1 on sätestatud: „Euroopa Liidu Kohus kontrollib seadusandlike aktide ning nõukogu, komisjoni ja Euroopa Keskpanka õigusaktide seaduslikkust, välja arvatud soovitusel ja arvamused, ning nende Euroopa Parlamendi ja Euroopa Ülemkogu õigusaktide seaduslikkust, mille eesmärgiks on tekitada õiguslikke tagajärgi kolmandatele isikutele. Samuti kontrollib Euroopa Liidu Kohus liidu organite või asutuste õigusaktide seaduslikkust, mille eesmärgiks on tekitada õiguslikke tagajärgi kolmandatele isikutele.“

7. ELTL artiklis 288 on sätestatud:

„Liidu pädevuse teostamisel võtavad institutsioonid vastu määruseid, direktiive, otsuseid, soovitusel ja arvamusi.

Määrust kohaldatakse üldiselt. See on tervikuna siduv ja vahetult kohaldatav kõikides liikmesriikides.

Direktiiv on saavutatava tulemuse seisukohalt siduv iga liikmesriigi suhtes, kellele see on adresseeritud, kuid jätab vormi ja meetodite valiku selle riigi ametiasutustele.

Otsus on tervikuna siduv. Kui otsuses täpsustatakse selle adressaadid, on see siduv vaid nimetatud adressaatidele.

Soovitusel ja arvamused ei ole siduvad.“

⁵ Kohtumäärus, 27.10.2015, Belgia vs. komisjon (T-721/14, EU:T:2015:829).

8. ELTL artikkel 292 on sõnastatud järgmiselt: „Nõukogu võtab vastu soovitusi. Nõukogu teeb otsuse komisjoni ettepaneku põhjal kõigil neil juhtudel, mille puhul aluslepingutes sätestatakse, et ta võtab õigusakti vastu komisjoni ettepaneku põhjal. Nõukogu teeb otsuse ühehäälselt neis valdkondades, kus liidu õigusakti vastuvõtmiseks on nõutav ühehäälsus. Komisjon, ja aluslepingutes sätestatud erijuhtudel Euroopa Keskpank, võtavad vastu soovitusi.“

9. ELTL artiklis 296 on sätestatud:

„Kui aluslepingutes ei täpsustata vastuvõetava õigusakti liiki, otsustavad institutsioonid selle igal üksikul juhul, lähtudes kohaldatavast menetlusest ja proportsionaalsuse põhimõttest.

Õigusaktides esitatakse nende vastuvõtmise põhjused ja osutatakse aluslepingutega ettenähtud ettepanekutele, algatustele, soovistele, taotlustele või arvamustele.

Kui Euroopa Parlamendile ja nõukogule on esitatud seadusandliku akti eelnõu, jätavad nad vastu võtmata sellised õigusaktid, mida ei ole asjaomases valdkonnas rakendatava seadusandliku menetlusega ette nähtud.“

B. Komisjoni soovitus

10. Komisjoni soovitus põhjenduses 5 on märgitud: „Liidu tasandil ühtlustamise puudumisel on liikmesriikidel põhimõtteliselt vabad käed seada õnnemänge käsitlevaid poliitikaeesmärke ning määratleda kaitse taseme, mida soovitakse tarbijate tervise kaitseks tagada. [...]“.

11. Põhjenduses 8 on märgitud, et „[a]valiku huvi eesmärkide saavutamiseks liikmesriikides kehtestatud eeskirjad ja poliitika on väga erinevad. Liidu tasandi meetmed julgustavad liikmesriike andma kõrgetasemelist kaitset kogu liidu ulatuses [...]“.

12. Komisjoni soovitus eesmärk on põhjenduse 9 kohaselt „kaitsta tarbijate tervist ja seega minimeerida ka majanduslikku kahju, mis võib tuleneda haiglaslikust mängusõltuvusest või liigsest hasartmängimisest. Selleks soovitatakse põhimõtteid, et tagada tarbijate, mängijate ja alaealiste kaitse kõrge tase interneti hasartmänguteenuste valdkonnas. Käesolevat soovitusi koostades toetus komisjon liikmesriikides järgitavatele headele tavadele.“

13. Põhjendusest 15 nähtub: „On asjakohane kutsuda liikmesriike üles esitama eeskirju, mille alusel esitatakse tarbijatele teavet interneti hasartmängude kohta. [...]“.

14. Põhjenduses 16 on märgitud: „Käesoleva soovitusi põhimõtted ei peaks olema adresseeritud üksnes hasartmängukorraldajatele, vaid ka kolmandatele isikutele, sealhulgas niinimetatud sidusettevõtjatele, kellel on lubatud reklaamida interneti hasartmänguteenuseid nende korraldaja nimel.“

15. Põhjenduses 27 on märgitud: „Avaliku huvi eesmärkide asjakohaseks kaitsmiseks on vaja tõhusat järelevalvet. Liikmesriigid peaksid määrama sõltumatud pädevad ametiasutused, kehtestama ettevõtjatele selged suunised ning tagama, et tarbijatele, mängijatele ja haavatavatele rühmadele, sealhulgas alaealistele, oleks teave lihtsasti kättesaadav.“

16. Põhjenduses 29 on lisatud: „Käesolev soovitus ei piira Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2005/29/EÜ ega nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ kohaldamist.“

17. Komisjoni soovitus I jaos on ette nähtud selle soovitus eesmärk. Punktis 1 on märgitud, et „[l]iikmesriikidel soovitatakse võtta vastu interneti hasartmänguteenuseid ja nendega seotud vastutustundlikke ärilisi teadaandeid käsitlevad põhimõtted, et saavutada tarbijate, mängijate ja alaealiste kaitse kõrge tase, et kaitsta nende tervist ning minimeerida ka majanduslikku kahju, mis võib tuleneda haiglaslikust mängusõltuvusest või liigsest hasartmängimisest“. Punktis 2 on märgitud: „Käesolev soovitus ei piira liikmesriikide õigust reguleerida hasartmänguteenuseid.“

18. Komisjoni soovitus III jaos on ette nähtud üsna spetsiifilised ja üksikasjalikud teabealased nõuded hasartmängukorraldajate hasartmängusaitide ja sealhulgas teabe kohta, mida tuleb näidata nende veebisaitide esilehel, ning selle kohta, mitu hiireklõpsu peab kuluma iga infoelemendi kuvamiseks. IV jaos on veelgi nõudeid seoses alaealistega.

19. V jagu käsitleb mängijate registreerimist ja kontosid. Muu hulgas on punktis 15 soovitatud: „Liikmesriigid peaksid tagama, et isikul lubatakse interneti hasartmänguteenust kasutada ainult juhul, kui ta on registreeritud mängija ja tal on hasartmängukorraldaja juures konto.“

20. VI jagu käsitleb mängijate tegevust ja toetust. VIII jagu hõlmab ärilisi teadaandeid, IX jagu sponsorlust.

21. XI jagu käsitleb järelevalvet. Punktis 51 kutsutakse liikmesriike üles „käesolevas soovitus esitatud põhimõtete kohaldamisega seoses määrama sõltumatud hasartmängudega tegelevad reguleerimisasutused, et tagada käesolevas soovitus esitatud põhimõtete toetamiseks võetud riiklike meetmete tulemuslik täitmine ja teostada nende üle sõltumatult järelevalvet“.

22. Komisjoni soovitus viimane, XII jagu käsitleb aruandlust. Punktis 52 on märgitud: „Liikmesriike kutsutakse üles teavitama komisjoni käesolevast soovitusest tulenevalt võetud meetmetest 19. jaanuariks 2016, et komisjonil oleks võimalik hinnata käesoleva soovitus rakendamist“.

23. Punktis 53 „kutsutakse [liikmesriike] üles statistika eesmärgil koguma kohaldatavate kaitsemeetmete kohta usaldusväärseid iga-aastaseid andmeid:

- a) mis hõlmaksid eelkõige mängijakontode (avatud ja suletud) arvu, enesevälistust kasutanud mängijate arvu, mängusõltuvuse all kannatavate mängijate arvu ning mängijate esitatud kaebuste arvu;
- b) ärilisi teadaandeid kategooriate kaupa ning põhimõtete rikkumise kaupa.

Liikmesriike kutsutakse üles edastama kõnealune teave komisjonile esimest korda hiljemalt 19. juulil 2016.“

24. Lõpuks on punktis 54 soovitatud, et „[k]omisjon peaks esitama hinnangu soovitus rakendamise kohta 19. jaanuariks 2017“.

III. Faktilised asjaolud ja kohtumenetlus

25. Aastal 2011 sõnastas komisjon rohelises raamatus „Interneti hasartmängude kohta siseturul“⁶ liikmesriikide ühised eesmärgid interneti-hasartmängude reguleerimise kohta. Samuti loetles ta liidu meetmete võtmisel olulised prioriteetsed valdkonnad.

⁶ KOM(2011) 128 lõplik.

26. Teatistes „Interneti hasartmängusid käsitleva tervikliku Euroopa raamistiku suunas“, mis võeti vastu 23. oktoobril 2012,⁷ pakkus komisjon välja rea meetmeid interneti-hasartmängudega seotud reguleerimisalaste, ühiskondlike ja tehniliste probleemide lahendamiseks. Muu hulgas märkis komisjon, et üldiselt ei näi olevat asjakohane pakkuda selles etapis välja valdkonnaspetsiifilisi liidu õigusakte interneti-hasartmängude kohta. Nimetatud teatistes teatas komisjon, et ta valmistab edaspidi ette soovitusi, mis käsitlevad tarbijakaitset, sealhulgas alaealiste kaitset seoses interneti-hasartmänguteenustega ning vastutustundlikku interneti-hasartmänguteenuste reklaami.

27. Euroopa Parlament kutsus oma 10. septembri 2013. aasta resolutsioonis interneti hasartmängude kohta siseturul⁸ komisjoni üles uurima koostalitlusvõime võimalust riiklike enesepiirangu registrite vahel. See pidi kasvatama teadlikkust hasartmängusõltuvuse ohtude kohta; samuti kutsus ta komisjoni üles kaaluma kohustuslikku kolmandate osaliste isikutuvastuskontrolli. Samuti tegi parlament üleskutse, et interneti-hasartmängude korraldajad oleksid kohustatud esitama teavet reguleerivatele asutustele ja hoiatusi alaealistele ning soovitama hasartmängusaidil enesekontrolli kasutamist. Peale selle toetas parlament mõtet sõnastada ühised vastutustundliku reklaami põhimõtted. Ta soovitas, et reklaam peaks sisaldama hasartmängusõltuvuse tagajärgi ja ohtusid käsitlevat teavet. Reklaam ei tohiks olla ülemäärane ega paigutatud sisule, mis on suunatud konkreetselt alaealistele, või kui on oht, et see köidab alaealiste tähelepanu.

28. Ka Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomitee on kutsunud komisjoni sekkuma, et parandada tarbijakaitset seoses interneti-hasartmängudega ja kaitsta alaealisi.⁹

29. Niisuguses kontekstis võttis Euroopa Komisjon 14. juulil 2014 ELTL artikli 292 alusel vastu vaidlusaluse soovitus. Selle täielik tekst avaldati Euroopa Liidu Teataja L-seerias 19. juulil 2014.

30. Komisjoni soovitus vastuvõtmisega kaasnesid pressiteade¹⁰ ja memorandum.¹¹ Memorandumis tutvustati komisjoni soovitusi järgmiselt: „Soovitus on mittesiduv akt, mille kaudu saadab Euroopa Komisjon liikmesriikidele selge sõnumi selle kohta, millised meetmed eeldatavasti olukorra lahendavad, jättes selle saavutamiseks siseriiklikul tasandil piisavalt paindlikkust. Saavutada tulevaid eesmärgi püstitades peaks ta katalüüsima kogu Euroopa Liidus kohaldatavate järjepidevate põhimõtete väljakujundamist.“ Akti liigi valiku kohta oli memorandumis lisatud, et „interneti-hasartmänguteenuste sektoris ei ole valdkonnaspetsiifilisi õigusakte ning niisuguste õigusaktide väljapakkumist ei peetud asjakohaseks. Pealegi saab komisjoni soovitus vastu võtta kohe, samas kui õigusaktide eelnõud peaksid vastu võtma Euroopa Liidu Nõukogu ja Euroopa Parlament, mis võib osutada aeganõudvaks“.

IV. Vaidlusalune kohtumäärus

31. Belgia Kuningriik pöördus 13. oktoobril 2014 Üldkohtusse palvega tühistada komisjoni soovitus.

32. Üldkohus jättis 27. oktoobri 2015. aasta määrusega hagi vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata.¹² Ta märkis, et komisjoni soovitus sõnastust, sisu ja konteksti arvestades tuleb järeldada, et sellel puuduvad siduvad õiguslikud tagajärjed ning see ei ole mõeldud neid tekitama. Seetõttu ei saa seda käsitada kohtulikult kontrollitava aktina ELTL artikli 263 tähenduses.¹³

⁷ COM(2012) 596 final.

⁸ P7_TA(2013) 0348.

⁹ 2012/2322(INI).

¹⁰ IP/14/828, 14. juuli 2014, veebis [inglisekeelsena] aadressil http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-828_en.htm.

¹¹ MEMO/14/484, 14. juuli 2014, veebis [inglisekeelsena] aadressil http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-484_en.htm.

¹² Kohtumäärus, 27.10.2015, Belgia vs. komisjon (T-721/14, EU:T:2015:829).

¹³ Vaidlustatud kohtumäärus, punkt 37.

33. Oma põhjendustes märkis Üldkohus kõigepealt, et komisjoni soovitus ei ole suuremalt jaolt sõnastatud käskivalt, välja arvatud mõned väikesed erinevused keeleversioonide vahel.¹⁴

34. Samuti märkis Üldkohus, et komisjoni soovituse sisust nähtuvalt ei olnud komisjonil kavatsust luua selle soovituselga siduvaid õiguslikke tagajärgi.¹⁵ Muu hulgas *kutsutakse* punktides 51–53 liikmesriike *üles* määrama hasartmängudega tegelevad reguleerivad asutused ning teatama komisjonile selle soovituse kohaselt võetavatest meetmetest. See ei kohusta liikmesriike kohaldama selles aktis ette nähtud põhimõtteid. Samuti märkis komisjon sõnaselgelt, et kõnealune soovitus ei piira selles valdkonnas liikmesriikide reguleerimispädevust: see vaid kutsub liikmesriike üles järgima selles ette nähtud põhimõtteid.¹⁶

35. Üldkohus asus seisukohale, et komisjoni soovituse sõnastuse ja sisu analüüsi kinnitab selle konteksti analüüs. Nõukogu, Euroopa Parlamendi ja komisjoni aruteludest nähtub, et tol ajal ei olnud kavas pakkuda selles valdkonnas välja liidu seadusandlikku akti.¹⁷

36. Üldkohus lisas, et avaldamine Euroopa Liidu Teataja L-seerias, mitte C-seerias ei saa iseenesest lükata ümber järeldust, et komisjoni soovitus ei ole mõeldud tekitama siduvaid õiguslikke tagajärgi.¹⁸ Samuti märkis Üldkohus, et pelgalt sellest, et soovitustel, mis ei ole küll siduvad, võib olla õiguslikke tagajärgi, ei saa järeldada, et neid saab kohtus vaidlustada. Vastupidine järeldus oleks vastuolus ELTL artikliga 263, mille kohaselt ei saa esitada tühistamishagi soovituste peale, millel puuduvad siduvad õiguslikud tagajärjed.¹⁹

37. See, kui liidu institutsioon väidetavalt rikub institutsioonidevahelist tasakaalu, pädevuse andmise põhimõtet või lojaalse koostöö kohustust, ei anna alust erandiks, mis võimaldab jätta kohaldamata aluslepingus ette nähtud tühistamishagi vastuvõetavuse tingimused.²⁰ Muu hulgas ei tulene sellest, et kohustuste rikkumise hagi raames võib Euroopa Kohus liikmesriikide lojaalse koostöö kohustust arvesse võttes analüüsida siduvate õiguslike tagajärgedeta akti või meedet, et asi peab olema samamoodi tühistamishagi puhul.²¹

38. Üldkohus märkis, et vastupidi apellandi väidetele ei ole komisjoni soovituses kehtestatud ühtegi eeskirja ega põhimõtet, millega püütaks ühtlustada interneti-hasartmänguteenuste turgu. See selgub punktist 2, kus on sõnaselgelt kinnitatud liikmesriikide reguleerimispädevust selles valdkonnas.²² Komisjoni soovitus ei ole mõeldud piirama iga liikmesriigi võimalust hinnata omaenda eelistuste põhjal, mida on vaja moraalse, usulise ja kultuurilise aspektide kaitse tagamiseks.²³

14 Vaidlustatud kohtumäärus, punkt 21 jj.

15 Vaidlustatud kohtumäärus, punkt 29.

16 Vaidlustatud kohtumäärus, punktid 32–35.

17 Vaidlustatud kohtumäärus, punkt 36.

18 Vaidlustatud kohtumäärus, punktid 38–40.

19 Vaidlustatud kohtumäärus, punktid 42–48.

20 Vaidlustatud kohtumäärus, punktid 51–52.

21 Vaidlustatud kohtumäärus, punktid 54–55.

22 Vaidlustatud kohtumäärus, punkt 64.

23 Vaidlustatud kohtumäärus, punkt 68.

V. Menetlus Euroopa Kohtus

39. Belgia Kuningriik (edaspidi „apellant“) palub oma apellatsioonkaebuses Euroopa Kohtul tühistada Üldkohtu määrus, tunnistada tühistamishagi vastuvõetavaks, teha selles kohtuasjas sisuline otsus, tunnistada vastuvõetavaks Kreeka Vabariigi ja Portugali Vabariigi taotlused menetlusse astumiseks²⁴ ning mõista kohtukulud välja komisjonilt.

40. Komisjon palub Euroopa Kohtul apellatsioonkaebus rahuldamata jätta ja mõista kohtukulud välja apellandilt.

41. Apellant on esitanud apellatsioonkaebuses kolm väidet: 1) pädevuse andmise põhimõtte, lojaalsuse põhimõtte ja institutsioonidevahelise tasakaalu põhimõtte rikkumine; 2) lojaalsuse põhimõtte rikkumine ja liikmesriikide kui eesõigustatud kohtusse pöördujate positsiooni eiramine, ning 3) komisjoni soovitusel Belgia suhtes tekkivate õiguslike tagajärgede väärtõlgendamine.

42. Esimese väite osas märgib apellant, et hagi oleks tulnud tunnistada vastuvõetavaks, sest Üldkohus pidanuks analüüsima küsimust, kas komisjoni soovitusel koostaja oli pädev, mitte üksnes küsimust, kas see soovitus tekitab siduvaid õiguslikke tagajärgi. Täpsemalt ei järginud Üldkohus pädevuse andmise põhimõtet, lojaalsuse põhimõtet ega institutsioonidevahelise tasakaalu põhimõtet, jättes analüüsima, kas komisjoni soovitusel vastuvõtmiseks oli materiaalõiguslik alus. ELTL artikkel 292 ei ole iseseisev õiguslik alus: see annab nõukogule ja komisjonile pädevuse võtta vastu soovitusi, ent teadmaks, kumb on pädev, tuleb analüüsida kummalegi institutsioonile aluslepingutega antud materiaalõiguslikku pädevust.

43. Samuti väidab apellant, et ka mittesiduv soovitus peaks siiski alluma kohtulikule kontrollile, et oleks võimalik kindlaks teha, kas see on eespool nimetatud põhimõtetega kooskõlas. Jättes lubamata kohtuliku kontrolli, ei arvestanud Üldkohus pädevuse andmise põhimõtet. Samuti kohaldas ta ELTL artiklit 263 viisil, mis ei ole kooskõlas väljakujunenud kohtupraktikaga: igas institutsioonide poolt vastu võetud meetmes peab olema selgelt näidatud selle meetme õiguslik alus.²⁵

44. Apellandi sõnul tekitab lihtsalt seegi, et komisjon võttis vastu ühe ELTL artiklis 288 loetletud õigusakti ilma niisuguse pädevuseta, ise õigusliku tagajärje, sest see häirib liidu ja liikmesriikide, aga ka liidu institutsioonide vahelist pädevuse tasakaalu. Seetõttu peaks see olema Euroopa Kohtus kontrollitav. Enne hinnangu andmist selle kohta, kas tegu on „tõelise“ soovitusel, tuleb hinnata vastavust nendele põhimõtetele. Apellant märgib, et tegelik liidu seadusandlik akt peab olema vastu võetud liidu õiguse kohaselt ja selles tuleb austada teiste liidu institutsioonide ja liikmesriikide eesõigusi.

45. Teises apellatsioonkaebuse väites kritiseerib apellant seda, et Üldkohus pidas tühistamismenetluse ja rikkumismenetluse erinevusest lähtudes asjassepuutumatuks kohtupraktikat, mille kohaselt alluvad lojaalse koostöö kohustust rikkudes vastu võetud siduvate õiguslike tagajärgedeta aktid rikkumismenetluses kohtulikule kontrollile.²⁶ See on kardinaalselt vastuolus lojaalsuse põhimõtte vastastikkusega.²⁷ See viib tagajärjeni, et Üldkohus takistab liikmesriiki pöördumast Euroopa Kohtusse tühistamishagidega, samas kui liikmesriigid on eesõigustatud kohtusse pöördujad.

24 Portugali Vabariik ja Kreeka Vabariik esitasid Üldkohtu menetluses taotlused, et astuda menetlusse apellandi nõuete toetuseks. Ent kuna Üldkohus jättis hagi vastuvõetamatuse tõttu läbi vaatamata, märkis ta, et nende menetlusse astumise taotluste suhtes ei ole vaja otsust teha (vaidlustatud kohtumäärus, punkt 86).

25 Apellant toonitab arvamusele 2/00 tuginedes asjakohase õigusliku aluse valiku konstitutsioonilist tähtsust (arvamus 2/00 (Cartagena bioohutuse protokoll), 6.12.2001, EU:C:2001:664, punkt 5). Vt samuti kohtuotsus, 1.10.2009, komisjon vs. nõukogu (C-370/07, EU:C:2009:590, punkt 47).

26 Kohtuotsused, 12.2.2009, komisjon vs. Kreeka (C-45/07, EU:C:2009:81) ja 20.4.2010, komisjon vs. Rootsi (C-246/07, EU:C:2010:203).

27 Kohtuotsus, 16.10.2003, Iirimaa vs. komisjon (C-339/00, EU:C:2003:545, punkt 71).

46. Kolmandas väites märgib apellant, et Üldkohus ei ole komisjoni soovitus analüüsidest õigesti kohaldanud AETR kohtuotsust²⁸ ja sellele järgnenud kohtupraktikat. Ta järeldeb, et komisjoni soovitus õiguspärasust saab ELTL artikli 263 alusel kontrollida, sest see loob õiguslikke tagajärgi, vähemalt Belgia ja Portugali suhtes.

47. Apellandi väitel pidanuks Üldkohus arvesse võtma, et komisjoni soovitus on sõnastatud mitmes keeleversioonis käskivalt – näiteks portugali keeles, aga ka kahes Belgia kolmest ametlikust keelest, nimelt hollandi ja saksa keeles –, eriti kuna siseriiklikud kohtud peavad soovitusi arvesse võtma. Üldkohus ei peaks käsitlema komisjoni soovitus üldiselt, vaid konkreetselt, tehes kindlaks, kas see loob Belgia suhtes õiguslikke tagajärgi. Hollandikeelse ja saksakeelse versiooni käskiva sõnastuse põhjal on võimalik järeldada, et õiguslikud tagajärjed Belgia suhtes on teiste keeleversioonidega võrreldes „tugevamad“.

48. Komisjon ei nõustu oma vastuses apellandi argumentidega, mis puudutavad soovitusete vastu esitatava tühistamishagi vastuvõetavuse tingimusi. Ta on seisukohal, et apellandi argumendid puudutavad väidete põhjendatust (kuna viidatakse pädevuse andmise põhimõttele, lojaalse koostöö põhimõttele, institutsioonidevahelise tasakaalu põhimõttele ja õigusliku aluse küsimusele), käesolevas menetluses aga on küsimus ainult hagi vastuvõetavuses.

49. Lojaalsuse põhimõtte vastastikkuse osas (apellatsioonkaebuse teine väide) märgib komisjon, et Belgia Kuningriik väitis ebaõigesti, et Üldkohus on loonud menetlusliku ebavõrdsuse, mis rikkumismenetlustes toimub komisjoni kasuks ja tühistamismenetlustes liikmesriikide arvel. Vastav Üldkohtu järelendus tähendab kõigest seda, et soovitusete õiguspärasust ei saa kontrollida ELTL artikli 263 alusel. Seega ei esine ebavõrdsust ELTL artikli 263 kohaldamisel.

50. Komisjoni arvates ei ole oluline, et ühes liikmesriigi ametlikus keeles esineb pisut teistsugune sõnastus. Põhjus on selles, et võimalik soovitusete tulenevate õiguslike tagajärgede analüüs peab samuti põhinema akti eesmärgil ja kontekstil. Komisjoni sõnul tuleb liidu akte tõlgendada iseseisvalt, siseriiklikust õigusest sõltumata.

51. Repliigis keskendus apellant komisjoni soovitusete õiguslikule alusele, mis näib olevat puudu. Ta väitis, et komisjoni soovitus tekitab enda olemasoluga õiguslikke tagajärgi (ehkki piiratud), mis tähendab, et selle õiguspärasus peab olema kontrollitav. Liikmesriik peab saama paluda kontrollida mis tahes liidu akti õiguspärasust, kui ei ole selge, kas see on võetud vastu pädevuse andmise põhimõtte piires, eriti kui sellel puudub materiaalsoiguslik alus. Pelgalt viitest ELTL artiklile 292 ei piisa. Sellega ei täideta materiaalsoigusliku aluse nõuet.

52. Vasturepliigis väitis komisjon, et mingit lünka aluslepingutega ette nähtud menetlustes ei ole. Soovitused ei kuulu ELTL artikli 263 reguleerimisalasse. Ainus küsimus seisneb selles, kas komisjoni soovitus on „tõeline“ soovitus. Õigusliku aluse küsimus puudutab põhjendatuse hindamist ning seda tuleb järelikult hinnata ainult siis, kui nõue on vastuvõetav. Igal juhul ei asunud komisjon seisukohale, et apellant on tõendanud, miks on vaja veel mingit muud õiguslikku alust peale ELTL artikli 292.

53. Lisaks oma kirjalikele seisukohtadele esitasid Belgia Kuningriik ja komisjon 26. juunil 2017 peetud kohtuistungil suulised seisukohad.

28 Kohtuotsus, 31.3.1971, komisjon vs. nõukogu (22/70, EU:C:1971:32).

VI. Hinnang

54. Apellatsioonkaebuses on apellant esitanud kolm väidet. Pean asjakohaseks käsitleda kõigepealt kolmandat (milles apellant märgib, et Üldkohus eksis oma hinnangus, et vaidlusalusel soovitusel ei ole õiguslikke tagajärgi) ja seda sisuliselt kahel põhjusel. Esiteks on see Euroopa Kohtule esitatud apellatsioonkaebuse peamine sisu. Ühel või teisel moel puudutab kolmas väide ka esimese ja teise väite teatavaid aspekte. Mõningal määral on materiaalõigusliku hinnangu andmise aspektid niisugustel juhtudel nagu käesolev juba omavahel seotud ja „imbuvad“ ka vastuvõetavuse kindlakstegemise etappi. Teiseks olen seisukohal, et apellatsioonkaebuse kolmas väide on põhjendatud. Üldkohus rikkus õigusnormi: ta tõlgendas vaidlusalusel soovitusel tagajärgi vääralt ja seega andis väära hinnangu hagiavalduse vastuvõetavuse kohta.²⁹

55. Soovitus on „tüüpiline“ liidu õiguse akt, mis on loetletud ELTL artiklis 288. Erinevalt liidu institutsioonide ja asutuste „ebatüüpilistest“ aktidest, mida võib esineda arvukalt, nimelt nendest, mida ei ole loetletud, on soovitusel tunnused ELTL artiklis 288 nimetatud: soovitus ei ole siduv. Peale selle on soovitusel ELTL artikli 263 esimeses taandes tühistamishagide menetlemisest selgelt välja jäetud.

56. Seda esmase õigusega loodud õigusloomemaastikku arvestades ei saa „ebatüüpilisi akte“ käsitleva kohtupraktika AETR³⁰ suunda vahest täiesti automaatselt laiendada. Sellepärast on soovitusel peale esitatud tühistamishagide käsitlemisele võimalik läheneda kahte moodi. Esiteks võib *eelistada sisu vormile*, mis tähendab, et ka ebatüüpiliste aktide puhul määrab tühistamishagi vastuvõetavuse vaidlustatud akti sisu analüüs. Kui akt on pealkirjast hoolimata tegelikult midagi muud, millele pealkiri ei viita (näiteks kui ei ole tegu „tõelise“ soovitusel), peab see olema nimetusest olenemata kohtulikult kontrollitav. Teiseks on võimalik läheneda küsimusele nii, et *vorm määrab sisu*, mis tähendab, et asi on see, milleks seda nimetatakse, isegi kui see esineb mõnevõrra veidral kujul. Ent kuna ja niikaua kui see on niisuguse nimetusega tähistatud, tuleb seda sellisena käsitada ja tõlgendada.

57. Käesolev ettepanek on üles ehitatud järgmiselt. A jagu käsitleb esimest lähenemisviisi: lähen algul tagasi AETR kohtuotsuses³¹ ette nähtud kriteeriumi juurte juurde (A.1), misjärel käsitlen hilisemat kohtupraktikat ja Üldkohtu arusaama kõnealusel kriteeriumist käesolevas asjas (A.2). Järgmiseks selgitan, miks see kriteerium on soovitusel puhul mitmel tasandil problemaatiline (A.3), seejärel pakun välja, kuidas seda kohandada (A.4). Siis näitan, kuidas niisugust nüansirikkamat kriteeriumi saaks vaidlusalusel soovitusel suhtes kohaldada (A.5).

58. B jagu algab teise lähenemisviisi üldise kirjeldusega (B.1), misjärel esitan veel argumente selles kohta, miks Euroopa kohus minu arvates seda lähenemisviisi kasutama ei peaks (B.2). Kui aga Euroopa Kohus siiski soovib seda teed minna, kutsun teda esitama vähemalt mitut olulist selgitust soovitusel olemuse ja tagajärgede kohta (B.3).

A. Sisu eelistamine vormile

1. AETR

59. EMÜ asutamislepingu artikli 173 (hiljem EÜ artikkel 230, nüüd ELTL artikkel 263) esimeses, 1957. aasta redaktsioonis oli sätestatud, et Euroopa Kohus kontrollib „nõukogu ja komisjoni vastuvõetud õigusaktide seaduslikkust, välja arvatud soovitusel ja arvamused“. Seal ei olnud positiivselt määratletud, millised õigusakte saab kontrollida. Seega oli Euroopa Kohtu otsustada, millised aktid on

29 Minu arvates on (võimaliku) liidu õiguse allika, nagu soovitusel, õiguslike tagajärgede (või nende puudumise) tõlgendamine puhtalt õigusküsimus ja seega saab seda apellatsiooniasemes täielikult kontrollida. *Iura (item „ius mollis“) novit Curia.*

30 Kohtuotsus, 31.3.1971, komisjon vs. nõukogu (22/70, EU:C:1971:32).

31 Kohtuotsus, 31.3.1971, komisjon vs. nõukogu (22/70, EU:C:1971:32).

kontrollitavad: kas ainult need komisjoni või nõukogu aktid, millele oli tollases EMÜ artiklis 189 (nüüd ELTL artikkel 288) selgelt osutatud kui siduvatele – nimelt määrused, direktiivid ja otsused –, või kuulusid nende hulka ka nende institutsioonide „ebatüüpilised aktid“, mida ei olnud asutamislepingutes sõnaselgelt nimetatud.

60. AETR kohtuotsuses, mis puudutas nõukogu protokollide seoses rahvusvahelise lepingu läbirääkimise ja sõlmimisega, nägi Euroopa Kohus ette kriteeriumi selle kindlaksmääramiseks, kas institutsioonide akti peale esitatud tühistamishagi on vastuvõetav (edaspidi „AETR kriteerium“). Euroopa Kohus märkis, et EMÜ artikli 173 kohaselt kuuluvad „Euroopa Kohtu kontrollile alluvate“ aktide hulka „kõik institutsioonide võetud meetmed, mille eesmärk on tekitada õiguslikke tagajärgi. [...] Seepärast peab olema võimalik esitada tühistamishagi *kõikide meetmete peale, mis on institutsioonide poolt vastu võetud, olenemata nende meetmete laadist või vormist*“.³²

61. Niisiis puudutas algne AETR kriteerium kahte aspekti: kas on olemas liidu akt, mille *eesmärk* on tekitada *õiguslikke* tagajärgi?

62. Hilisemas kohtupraktikas on Euroopa Kohus kohaldanud seda kriteeriumi mitme ebatüüpilise akti suhtes, nagu komisjonisisesed juhised või suunised;³³ nõukogu määrust rakendavad tegevusjuhendid;³⁴ teatised,³⁵ ja kirjad.³⁷

63. Neid otsuseid lähemalt vaadates ilmneb, et kriteeriumi sõnastus ei ole alati olnud täpselt üks ja seesama. Üks teema on aga selgelt läbiv: kõikide nende ebatüüpiliste aktide puhul on Euroopa Kohus selgelt märkinud, et tühistamishagi vastuvõetavuse suhtes otsuse tegemisel on liidu akti sisu olulisem kui vorm.³⁸ Selle tuvastamisel, kas akti õiguspärasust saab kohtulikult kontrollida või mitte, ei ole selle akti tegelik nimi ega vorm määravad.

2. AETR kriteerium Üldkohtu poolt käesolevas asjas kohaldatuna

64. Vaidlustatud kohtumääruses märkis Üldkohus: „Väljakujunenud kohtupraktikast nähtub, et ELTL artikli 263 alusel vaidlustatavate aktidena käsitatakse nende vormist olenemata kõiki institutsioonide kehtestatud sätteid, mille eesmärk on tekitada siduvaid õiguslikke tagajärgi [...]. ELTL artikli 263 kohase kohtuliku kontrolli alt [jääb] välja mis tahes akt, millel puuduvad *siduvad* õiguslikud tagajärjed, näiteks ettevalmistavad ja kinnitavad aktid, puhtalt rakendusaktid, *lihtsad soovitus*ed ja arvamused ning põhimõtteliselt ka asutusesisesed juhised. [...] Kohtupraktikast tulenevalt on selleks, et välja selgitada, kas aktil on õiguslikud tagajärjed ning kas selle peale saab seega esitada tühistamishagi ELTL artikli 263 alusel, vaja analüüsida selle sõnastust ja konteksti [...], selle sisu [...] ning selle kehtestaja tahet.“³⁹

32 Nimetatud kohtuotsuse punktid 39 ja 42 (kohtujuristi kursiiv). See sõnastus, milles on viidatud „õiguslikke tagajärgi tekitavatele aktidele“, inkorporeeriti seejärel Maastrichti lepinguga EMÜ artiklisse 173.

33 Vt kohtuotsused 9.10.1990, Prantsusmaa vs. komisjon (C-366/88, EU:C:1990:348) ja 6.4.2000, Hispaania vs. komisjon (C-443/97, EU:C:2000:190).

34 Vt kohtuotsus, 13.11.1991, Prantsusmaa vs. komisjon (C-303/90, EU:C:1991:424).

35 Vt kohtuotsused, 16.6.1993, Prantsusmaa vs. komisjon (C-325/91, EU:C:1993:245) ja 20.3.1997, Prantsusmaa vs. komisjon (C-57/95, EU:C:1997:164).

36 Vt kohtuotsus, 1.12.2005, Itaalia vs. komisjon (C-301/03, EU:C:2005:727) koos kohtujurist Jacobsi valgustava ettepanekuga (kohtuasi C-301/03, EU:C:2005:550, punkt 70 jj).

37 Vt kohtuotsus, 5.10.1999, Madalmaad vs. komisjon (C-308/95, EU:C:1999:477).

38 Seoses [ESTÜ] Ülemameti aktidega vt juba kohtuotsus, 10.12.1957, Société des usines à tubes de la Sarre vs. Ülemamet (1/57 ja 14/57, EU:C:1957:13).

39 Vaidlustatud kohtumäärus, punktid 16–18 (kohtujuristi kursiiv).

65. Seejärel kohaldas Üldkohus – vähemalt minu teada esimest korda – soovitus suhtes AETR kriteeriumi. Üldkohus analüüsis sõnastust, konteksti, sisu ja koostaja tahet. Ta otsustas, et komisjoni soovitus ei tekita selle adressaatidele siduvaid õiguslikke tagajärgi. Üldkohus möönis, et komisjoni soovitus ette nähtud põhimõtted on väga üksikasjalikud. Siiski märkis ta, et need ei ole „kohustavat“ laadi, muu hulgas kui näha neid läbi „üleskutsuva“ sõnastuse, mida on kasutatud enamikus komisjoni soovitus keeleversioonides. Selle tulemusel, omistades sõnastusele rohkem kaalu kui teistele teguritele, luges Üldkohus hagi vastuvõetamatuks.

66. Kokkuvõttes näib, et vaidlusalust komisjoni soovitust analüüsides luges Üldkohus otsustavaks aspektiks komisjoni soovitus *siduvate õiguslike* tagajärgede puudumise, mille määras komisjoni *tahe*, nagu see järeldub eeskätt akti vormist ja sõnastusest.

3. AETR kriteeriumi problemaatilised aspektid

67. Kui AETR kriteeriumi niiviisi käsitada ja kohaldada, siis kaasnevad sellega mõned probleemid. Need saab liigitada kaheks: esiteks *sisemised* probleemid seoses kriteeriumi enda, selle loogika, tingimuste ja nende väljendusega, mis kerkivad vahest ehk teravamalt esile, kui kohaldada seda kriteeriumi soovitus suhtes. Teiseks esineb probleeme, mida võib nimetada *välisteks*. Need on seotud sellega, et aja jooksul tegelikult üha kitsenedes on AETR kriteerium hakanud minetama sünkroonsust liidu normatiivse maastiku arenguga. Maailmas, kus mitmesugused pehme õiguse aktid on muutumas arvukamaks ja olulisemaks kui 1971. aastal, peaksid kaebeõiguse ja kohtuliku kontrolli tingimused sellisele asjade arengule reageerima.

a) Sisemised probleemid

68. Selles suhtes paistab silma kaks aspekti: nõue, et liidu akt oleks *siduv*, et selle õiguspärasust saaks kohtulikult kontrollida (1) ja koostaja *tahe* seoses selle akti õiguslike tagajärgedega (2).

1) Õiguslikud tagajärjed, siduvus või siduvad õiguslikud tagajärjed?

69. AETR kohtuotsuse⁴⁰ punktis 42 ei olnud viidatud meetmetele, mille eesmärk oli *siduvad* õiguslikud tagajärjed, vaid ainult *õiguslikele* tagajärgedele. Sama näib pidades paika teistes tollastes keeleversioonides kasutatud sõnastuse kohta.⁴¹

70. Sõnastusnihe pelgalt õiguslikest tagajärgedest „*siduvate* õiguslike tagajärgedeni“ ilmus hilisemas kohtupraktikas.⁴² See trend näib olevat hiljuti olnud edasi arenemas, kuna Euroopa Kohus on seadnud nüüd liidu aktide kohtuliku kontrolli tingimuseks selle, kas neil on *siduvaid* õiguslikke tagajärgi.⁴³

40 Käesolev ettepanek, 31. joonealune märkus.

41 Prantsuse keeles „qui visent à produire des effets de droit“; saksa keeles „Rechtswirkungen zu erzeugen“; itaalia keeles „che miri a produrre effetti giuridici“; hollandi keeles „die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen“.

42 Vt nt kohtumäärus, 17.5.1989, Itaalia vs. komisjon (151/88, EU:C:1989:201, punkt 21). Vt samuti kohtuotsus, 5.10.1999, Madalmaad vs. komisjon (C-308/95, EU:C:1999:477, punkt 30). Viidet pelgalt „õiguslikele tagajärgedele“ vt aga nt kohtuotsuses, 1.12.2005, Itaalia vs. komisjon (C-301/03, EU:C:2005:727, punktid 22–24).

43 Vt kohtuotsused, 13.10.2011, Deutsche Post ja Saksamaa vs. komisjon (C-463/10 P ja C-475/10 P, EU:C:2011:656, punkt 36) ning 13.2.2014, Ungari vs. komisjon (C-31/13 P, EU:C:2014:70, punkt 54).

71. Võib ju väita, et kasutades küll sõnastust „õiguslikud tagajärjed“, pidas Euroopa Kohus AETR kohtuotsuses tegelikult silmas „siduvust“, ehkki see seisukoht ei oleks just täiesti veenev, kui võtta arvesse selles kohtuasjas kontrollitud dokumendi liiki (nõukogu protokoll). Niisuguses argumentis saaks osalt tugineda EMÜ artikli 189 sõnastusele, milles juba tol ajal eristati siduvaid akte (määrused, direktiivid ja otsused) aktidest, mis ei ole siduvad (soovitused ja arvamused).⁴⁴ Niisiis, isegi kui on selge, et Euroopa Kohus ei tõlgendanud EMÜ artiklit 173 EMÜ artiklis 189 sätestatud nomenklatuuri põhjal, on tõenäoline, et viimati nimetatud säte seda kriteeriumi siiski mõjutas.

72. Olgu sellega, kuidas on, kuid alles üsna hiljuti näib Euroopa Kohus olevat muutunud ka üldiselt rangemaks, kitsendades ELTL artikli 263 kohaldamisala nii, et see piirdub aktidega, millel on *siduvaid* õiguslikke tagajärgi, täiendades selle sätte sõnastust, mis ise piirdub vaid *õiguslike* tagajärgedega (kolmandatele isikutele). Siiski, kuna kohtupraktikas ei ole seda eristust selgelt käsitletud ja eelkõige kuna puuduvad ühe- või teistsuguse valiku soovitatavusele viitavad tõendid, võib küsida, kas Euroopa Kohus ka tegelikult soovis suuremat rangust ja kitsenemist. Sellegipoolest on selge, et AETR kohtuotsuse sõnastus ega ka loogika ei pruukinud peale *õiguslikele* tagajärgedele osutamise tingimata sisaldada ka kaudset viidet *siduvusele*.

73. Tegu ei ole kõigest sõnamänguga. Kõne all on oluline praktiline mõju, nagu käesolevaski asjas näha. Mis täpselt kujutab endast *õiguslike* tagajärgi, võib olla vaieldav. On siiski selge, et see mõiste on üsna lai, hõlmates igasugust mõju õigusele, selle tõlgendamisele ja kohaldamisele. Seevastu siduvus – ja seda enam siduvad *õiguslikud* tagajärjed – kujutab endast palju, palju kitsamat kategooriat.

74. Tavapäraselt seostub õiguse *siduvus* sunniga. Nõuete täitmata jätmisele võib järgneda täitmisele pööramine ja sanktsioonid. Niisuguses (täiesti positivistlikus⁴⁵) käsituses määrab siduvuse sanktsiooni olemasolu.

75. Teoreetilisi arutelusid kõrvale jättes on täiesti selge, et kui kasutada seda *siduva õigusjõu* mõõdupuud, pääseksid paljud aktid, millel on tõenäoliselt olulisi õiguslike tagajärgi adressaatide käitumisele, kuid mis ei ole tavapärases mõttes siduvad, sest need ei sisalda otsest ega kaudset sunnimehhanismi, AETR kriteeriumi põhjal ja lõpuks ELTL artikli 263 lõike 1 alusel kohtulikust kontrollist. Nagu edaspidi näeme, juhtuks nii muu hulgas ka komisjoni soovitusega.

2) Milline funktsioon on koostaja tahtel?

76. Teiseks napib AETR kriteeriumis nii, nagu Üldkohus seda kohaldas, sisemist selgust: milline täpselt on koostaja tahte funktsioon selle kindlaksmääramisel, kas pidada akti (siduvaid) õiguslike tagajärgi loovaks?

77. AETR kriteerium, nagu ka ELTL artikli 263 praegune sõnastus põhinevad koostaja tahtel. Ka minevikuajast sõnastus (inglise keeles: „was intended to“) viitab sellele, et asjakohane on kindlaks teha koostaja *omaaegne (ajalooline) subjektiivne* tahe kõnealuse akti vastuvõtmise hetke seisuga. Võib väita, et niisugune arusaam oleks samuti kooskõlas tühistamishagide suhtes kohaldatavate üldiste eeskirjadega. Selliste hagide menetlemisel tuleb liidu akte hinnata meetme võtmise aegsete faktiliste ja õiguslike asjaolude põhjal.⁴⁶

⁴⁴ Vt kohtuotsus, 31.3.1971, komisjon vs. nõukogu (22/70, EU:C:1971:32, punkt 39), võttes arvesse kohtujuristi ettepanekut, Dutheillet de Lamothe, kohtuasi komisjon vs. nõukogu (22/70, ei avaldata, EU:C:1971:23, lk 287), kus on märgitud, et „artiklid 173 ja 189 moodustavad kooskõlalise terviku“. Vt samuti kohtuotsus, 23.4.1986, Les Verts vs. parlament (294/83, EU:C:1986:166, punkt 24).

⁴⁵ Sellisel kujul palju rohkem Kelseni kui eespool viidatud Harti traditsioonis, sest viimati nimetatul on palju „sotsioloogilisem“. Hart nõustus, et õigusnorm võib olla siduv mitte üksnes seetõttu, et see on vastu võetud kooskõlas mingi teisese õigusnormiga, mille kohaselt see esimene õigusnorm on siduv, vaid samuti põhjusel, et rühm inimesi aktsepteerib seda normi kui käitumisstandardit, tekitades asjaomases rühmas survet seda normi järgida – vt Hart, H. L. A., „*Õiguse mõiste*“, tlk Luiga, P., Tallinn, Valgus, 2017 = Hart, H. L. A., „*The Concept of Law*“, 2nd ed (with a postscript), Oxford, Clarendon Press, 1997, V ja VI peatükk.

⁴⁶ Vt nt kohtuotsused, 7.2.1979, Prantsusmaa vs. komisjon (15/76 ja 16/76, EU:C:1979:29, punkt 7) ja 29.4.2004, Saksamaa vs. komisjon (C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 39).

78. Ent kui koostaja tahe peab alati olema subjektiivne ja ajalooline, ei oleks ükski soovitus kunagi praktikas kohtulikult kontrollitav. Soovituse laadi ja tagajärgede hindamine jõuab kiiresti lüngani. Kuna komisjonil ei olnud kavatsust võtta vastu siduvat õigusakti, valiti soovitus vorm. Kuna komisjon valis soovitus vormi, oli tema subjektiivne tahe selgelt niisugune, et see akt ei peaks olema siduv. Niisuguse tahte tõttu, mida tõhusalt kinnitab õigusakti vormi valik, ei saa see akt olenemata oma sisust ja sõnastusest kunagi olla siduv, sest komisjonil ei olnud kavatsust võtta vastu siduvat õigusakti.

79. Niiviisi määrab akti vormi valik alati meetme konteksti ja eesmärgi, mis seejärel tõenäoliselt kaalub üles selle sisu ja sõnastuse.

b) Välised probleemid

80. Peale nende loogikaprobleemide, mis on omased AETR kriteeriumi sõnastusele nii, nagu Üldkohus seda soovitus suhtes kasutas, võib väita, et sellesama kriteeriumi ees seisab ka laiemaid, väliseid raskusi. Käesolevas jaos tutvustan nendest kahte: esiteks on esile kerkimas mitmesuguseid pehme õiguse vorme, mis ei ole rangelt võttes siduvad, kuid mis samal ajal siiski tekitavad õiguslikke tagajärgi (1). Teiseks tekitavad soovitusel praktikas tõenäoliselt palju, sageli üsna olulisi õiguslikke tagajärgi nii liidu kui ka siseriiklikul tasandil (2).

1) Pehme õiguse esiletõus

81. Liidu õiguses (ja mitte ainult) on rida mitmesuguseid erinimelisi ja -vormilisi akte (suunised, teatised, tegevusjuhendid, teated, soovitusel, arvamused, institutsioonidevahelised kokkulepped, järeldused, avaldused, resolutsioonid jms), mida nimetatakse üldiselt „pehmeks õiguseks“. Neid saab vastu võtta igas valdkonnas kõikvõimalikes otsustamise etappides, olgu näiteks varasel nõupidamisel huvitatud ringkondadega enne akti vastuvõtmist või seadusandlike aktide rakendamisel pärast nende vastuvõtmist. Niisiis võivad need aktid eelneda või sama hästi järgneda seadusandliku akti vastuvõtmisele.

82. On vahest kaks aspekti, milles esineb üldine üksmeel muidu väga erinevates lähenemisviisides seoses niisuguste pehme õiguse aktidega: esiteks ei ole pehme õigus niisama kergesti sobitatav siduvate ja mittesiduvate aktide binaarsesse, mustvalgesse eristamisse. Teiseks on pehme õigus viimasel aastakümnel või paaril olnud tõusuteel, muutudes sagedasemaks kui varem.⁴⁷

83. Seetõttu on pehme õiguse vohamise ja selle kohtuliku kontrolli võimaluse (puudumise) küsimuse üle arutatud mitte üksnes akadeemilises kirjanduses,⁴⁸ vaid ka liidu institutsioonides.⁴⁹

84. Peale selle on mitme liikmesriigi kõrgetes instantsides viimastel aastatel püütud käsitleda sama nähtust siseriiklikul tasandil. Kohtulikule kontrollile on avatud akte, mis ei ole rangelt võttes siduvad, ning seega on tegelikult leevendatud tühistamishagide vastuvõetavuse kriteeriume, et tagada õigus tõhusale kohtulikule kaitsele.⁵⁰ Nii on see olnud näiteks juhul, kui adressaadid võivad tajuda

⁴⁷ Otsustades selle põhjal, kui palju on sellele teemale pühendatud akadeemilist kirjandust ja tähelepanu.

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

⁴⁹ Vt muu hulgas Euroopa Parlamendi uuring „Checks and Balances of soft EU rule-making“, sisepoliitika peadirektoraat, poliitikaosakond C, kodanike õigused ja põhiseadusküsimused, 2012 (PE 462.433), eriti lk 54–58.

⁵⁰ Nt Bundesverwaltungsgerichti (Saksamaa föderaalne halduskohus) otsus, 15.11.2010, 19 BV 10.871 (haldusringkirjade kohta, millega määrati keskkonnaküsimustes kindlaks heidete tasemeid).

vaidlusalust akti kui siduvat teatava asjaolude kogumi tõttu, muu hulgas seetõttu, et see sisaldab stiimuleid,⁵¹ või kui selle koostajal on võim kehtestada sanktsioone⁵² või kui sellel võib olla adressaadile olulisi tagajärgi.⁵³ Samasugune või õigupoolest palju ulatuslikumgi on olnud sündmuste areng *common law* kohtutes, mis on tavapäraselt olnud mittesiduvate aktide kohtulikuks kontrolliks vastuvõtmisel palju lubavamad kui kontinentaalsed kohtud. Näiteks Iirimaa tagavad kohtud põhiõiguste kaitse isegi siis, kui vaidlusalune meede ei ole siduv ega avalda konkreetset mõju adressaatide õigustele ja kohustustele.⁵⁴

85. Lõpuks väärivad selles aspektis eraldi esiletõstmist Conseil d'État' (Prantsusmaa kõrgeim halduskohus) lähenemisviisi ja praktika. Esiteks Conseil d'État nii-öelda kaardistas olukorra ülevaatlikus aruandes, mis sisaldas muu hulgas pehme õiguse määratlust.⁵⁵ Teiseks tugines ta eelmisel aastal sellele uuringule uue kohtuliku kriteeriumi väljakujundamisel, mis keskendub akti majanduslikele tagajärgedele ja olulise mõju esinemisele akti adressaatide suhtes.⁵⁶

86. Näib, et eri pehme õiguse aktidel on nii siseriiklikul kui ka liidu tasandil, olenemata nende mitmekesisusest, üks oluline ühine tunnus: need ei ole *siduvad* tavapärasest mõistest. Need on teatavat liiki *lõpetamata* normid: ühest küljest on neil selgelt normatiivne ambitsioon panna adressaadid end järgima. Teisest küljest ei ole nendega seostatud otsese sunni vahendeid. Sellised aktid, mis on tavaliselt vastu võetud pärast eri huvitatud ringkondadega nõupidamist (alt-üles lähenemine), võivad sisaldada „üleskutsetena“ vormistatud „leebeid kohustusi“ või „robustset ajendamist“.

2) Soovitused: ei ole siduvad, kuid tekitavad õiguslikke tagajärgi

87. Harilikult saab soovitusi nii kirjeldada. Aluslepingutes on soovitused määratletud üksnes eituse kaudu: need ei ole siduvad (ELTL artikkel 288). Muus osas peale selle on soovitude kasutamine ja praktika varieeruv.⁵⁷ Harilikult sisaldavad need üleskutseid teataval moel käituda, järgida poliitikat või reegleid, mis on koostaja(te) meelest asjakohased taotletava eesmärgi saavutamiseks.

88. Kuigi soovitusi on selgelt kirjeldatud kui niisuguseid, mis ei ole siduvad, võivad need siiski tekitada olulisi õiguslikke tagajärgi, ajendades teatavale käitumisele ja muutes normatiivset reaalsust. Tõenäoliselt avaldavad nad mõju oma adressaatide ja kolmandate isikute õigustele ja kohustustele. Käesolevas jaos on kujundlikuks selgitamiseks kirjeldatud mitut niisugust tagajärge kahel omavahel seotud eri tasandil: i) liidu ja ii) liikmesriikide tasandil.

51 Vt Högsta förvaltningsdomstoleni (Rootsi kõrgeim halduskohus) otsus, 24.5.1996, kohtuasi 2904-1994 (I) (RA 1996 ref 43).

52 Vt nt seoses haldusringkirjadega Conseil d'État' (Belgia kõrgeim halduskohus) otsus 237/674, 16.3.2017; vt samuti seoses seisukohavõttudega (*prises de position*) või raportitega, mida võtavad vastu sõltumatud haldusastused, kellel on õigus kehtestada sanktsioone, Conseil d'État' (Prantsusmaa kõrgeim halduskohus) otsused, 17.11.2010, Syndicat français des ostéopathes, nr 332771, ja 11.10.2012, Société Casino Guichard-Perrachon, nr 357193.

53 Näiteks Rootsis võivad avalik-õiguslikud ja eraõiguslikud isikud vaidlustada haldusakti õiguspärasuse, kui nad on tajunud seda kui siduvat ja selle kohaselt tegutsenud (Högsta förvaltningsdomstoleni (Rootsi kõrgeim halduskohus) otsus, 10.2.2004, kohtuasi 2696-03 (RA 2004 ref 8), mis käsitles „teadet“, millel oli tõenäoliselt tegelikke tagajärgi adressaadi isiklikule ja majanduslikule olukorrale).

54 Vt nt kaebus haldusraporti peale seoses planeerimistoimingutega: High Courti (Iirimaa) otsus kohtuasjas De Burca vs. Wicklow County Manager, (2009) IEHE 54; Iirimaa konkurentsiameti suuniste kohta vt samuti High Courti (Iirimaa) otsus kohtuasjas Law Society of Ireland vs. Competition Authority, (2006) 2 IR 262.

55 Oma aastaaruandes 2013 määratles ta pehme õiguse kui niisugused aktid, mis vastavad kolmele kriteeriumile: 1) nende eesmärk peab olema muuta või suunata adressaatide käitumist, viies järgiva käitumiseni; 2) need ei loo ise adressaatidele õigusi ega kohustusi; 3) nende sisu ja ülesehitus vastavad niisugusele vormistusastmele ja struktuurile, mis muudab need õigusnormide sarnaseks (Conseil d'État, „Étude annuelle 2013 – Le droit souple“, La Documentation française, 2013, lk 61–63).

56 Conseil d'État (Prantsusmaa kõrgeim halduskohus) otsused, 21.3.2016, Numericable, nr 390023, ja 21.3.2016, Société Fairvesta International GmBH, nr 368082, mis käsitlesid vastavalt Prantsusmaa konkurentsiameti seisukohavõttu (*prise de position*) ja Prantsusmaa finantsturuameti pressiteateid.

57 Varajaste, nüüdseks klassikaliste käsitluste kohta vt nt Morand, C., „Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire“, *Cahiers de droit européen*, 1970, lk 523; Soldatos, P. ja Vandersanden, G., „La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne“ – De Ripainsel-Landy, D. jt, „Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne“, Brüssel, Editions de l'Université de Bruxelles, 1976, lk 94.

i) Liidu tasand

89. Liidu tasandil väärivad esiletõstmist kolme liiki õiguslikud tagajärjed, mis soovitustega kaasnevad: 1) tuginemine ja õiguspärane ootus, 2) nende tõlgenduslik funktsioon, ja 3) soovitude potentsiaal tekitada paralleelseid reeglistikke, mis ennetavad seadusandlikku menetlust ja seega mõjutavad institutsioonilist tasakaalu.

90. Esiteks, kui liidu institutsioon võtab vastu soovitusi selle kohta, kuidas teised peaksid käituma, on küllap mõistlik eeldada, et asjassepuutuvates olukordades järgib see institutsioon omaenda praktikas ja käitumises sedasama soovitusi. Sellest vaatenurgast on nii loodud õiguspärane ootus tegelikult analoogne muud liiki pehme õigusega, mida liidu institutsioonid või asutused loovad ja mida tajutakse kui nende endi tulevase kaalutusõiguse piiramist (nende endi poolt).⁵⁸

91. Teiseks on tõenäoline, et soovitusi kasutatakse õiguslikus tõlgendamises, eeskätt siduvates õigusaktides kasutatud määratlemata õigusmõistete sisustamiseks. Nii on see muu hulgas (kuid kindlasti mitte ainult) seadusandliku akti vastuvõtmisele järgnevate soovitustega, mida ei võeta vastu üksnes ELTL artikli 292 alusel, vaid teise õiguse akti alusel just nimelt selleks, et täpsustada seal kasutatud õigusmõisteid. Ent sama funktsiooni võivad täita ka seadusandliku akti vastuvõtmisele eelnevad soovitused, kas seoses aluslepingutes kasutatud määratlemata õigusmõistetega või tõlgendamaks teist õigusakti, mille esemeline kohaldamisala selle soovituse omaga kattub. Nii saavad mõlemat liiki soovitused siduvaid õigusakte täiendada.

92. Kolmandaks on Euroopa Kohus oma otsuses Grimaldi juba selgitanud, millistel asjaoludel võib soovitusi anda: „üldiselt võtavad neid vastu ühenduse institutsioonid, kui asutamisleping ei anna neile õigust siduvaid meetmeid vastu võtta või kui nad ei pea kohustuslikumate eeskirjade vastuvõtmist asjakohaseks“.⁵⁹

93. Nii võib soovitude vahest ehk kõige tugevamat külge pidada ka suurimaks ohuks. Neid saab kasutada rohkemaks kui pelgalt poliitiliselt (konsensuse puudumine) või õiguslikult (sellekohaste konkreetsete volituste puudumine) ummikusse sattunud poliitika edendamiseks. Neid on võimalik kasutada ka sellest samast seadusandlikust menetlusest möödahiilimiseks.

94. Sellest tekib kahte liiki ennetamist: lühiajalist ja pikaajalist. Otsest probleemi, mis puudutab teistest tavapäraselt seadusandlikus menetluses osalevatest institutsioonidest möödahiilimist, on juba tunnistatud ja arutatud.⁶⁰ Seega on selge, et soovitus võib mõjutada institutsioonilist tasakaalu⁶¹ ja seega ka võimude lahusust Euroopa Liidus. Ent kui arvata soovitused õiguspärasuse kohtulikust kontrollist välja üksnes seetõttu, et need ei ole siduvad, ei saa institutsioonilise tasakaalu põhimõtte püsida.⁶²

58 Vt kohtuotsused, 29.9.2011, *Arkema vs. komisjon* (C-520/09 P, EU:C:2011:619, punkt 88) ja 28.6.2005, *Dansk Rørindustri jt vs. komisjon* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P ja C-213/02 P, EU:C:2005:408, punktid 209–211). Ent vt samuti nüansirikkamat käsitust seoses teatistega konkurentsioiguses: kohtuotsus, 13.12.2012, *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 29).

59 Kohtuotsus, 13.12.1989, *Grimaldi* (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 13).

60 Sellele problemaatilisele pehme õiguse mõõtmele on asetatud rõhku parema õigusloome algatuses. Vt muu hulgas Euroopa Parlamendi ja Euroopa Komisjoni suhete raamkokkulepe (ELT 2010, L 304, lk 47). Punktis 43 on muu hulgas ette nähtud: „Valdkondades, milles parlament on tavaliselt õigusloomesse kaasatud, kohaldab komisjon mittesiduvaid õigusakte siis, kui see on asjakohane, ning nõuetekohaselt põhjendatud juhtudel pärast seda, kui parlament on saanud oma seisukohta avaldada. Komisjon esitab parlamendile üksikasjaliku selgituse selle kohta, kuidas tema seisukohti on ettepaneku vastuvõtmisel arvesse võetud.“

61 Võib meenutada, et just pädevuse andmine ja institutsiooniline tasakaal ajendasid ka Euroopa Kohtu otsust, 23.4.1986, *Les Verts vs. parlament* (294/83, EU:C:1986:166, punkt 25).

62 See on muide argument, mille on esitanud apellant oma teises apellatsiooniväites. Teatavast vaatenurgast on tõepoolest nii, et tühistamishagi vastuvõetavuse allutamine siduvate õiguslike tagajärgede (ja mitte pelgalt õiguslike tagajärgede) esinemisele ei võimalda tagada, et vaidlusaluse akti koostaja on tegutsenud oma pädevuse piires. Siis tekib küsimus, kas pehme õiguse akte, sh soovitusi, saab vastu võtta üksnes liidule ja asjaomasele institutsioonile antud pädevuse sfääri piires või mitte. Ent siingi võib aimata nõiaringi, sest kui niisuguseid õiguslikke tagajärgi ei eksisteeri, ei ole nende kohtulik kontroll tühistamishagi kaudu vastuvõetav.

95. Siiski on veel üks ennetamise liik, mida esineb tõenäoliselt eeskätt seadusandliku akti vastuvõtmisele eelnevates soovitusel: normid sõnastatakse enne tegelikku seadusandlikku menetlust ja see võib kujutada endast koguni seadusandliku menetluse ühepoolset ennetamist. Vaidlust ei ole selles, et soovitusel eesmärk on panna adressaadid soovitusel järgima. Isegi kui see vaid osalt õnnestub, kujundab see tulevikus mõeldavate (vastuvõetavate) normatiivlahenduste skaalat. Kui mitu liidu institutsiooni või liikmesriiki juba järgivad soovitusel, asuvad need asjaosalised seadusandlikus menetluses, mis võidakse edaspidi algatada, loomulikult toetama niisugust seadusandlikku lahendust, mille nad on juba kasutusele võtnud. Niiviisi saab tänasest pehmest õigusest homme n-ö kõva õigus.

ii) Liikmesriikide tasand

96. Soovitusel on liikmesriikidele vähemalt kolme liiki õiguslikke tagajärgi. Nende täpne ulatus oleneb sellest, kui kaugele lojaalse koostöö põhimõttega soovitusel osas minnakse.

97. Esimene ja peamine liik soovituselga seotud kohustusi, millele Euroopa Kohus on varem osutanud, on siseriiklike kohtute kohustus võtta neid arvesse neid sätteid rakendavate siseriiklike õigusnormide tõlgendamisel. On täiesti selge, et soovitusel ise ei saa luua õigusi, millele isikud saavad siseriiklikus kohtus tugineda.⁶³ Kohtuasjas Grimaldi lisas Euroopa Kohus aga, et soovitusel „ei saa pidada niisuguseks, millel õiguslikud tagajärjed puuduvad. Siseriiklikud kohtud on kohustatud nendele esitatud vaidluste lahendamisel soovitusel arvesse võtma, eriti kui need heidavad valgust nende rakendamiseks võetud siseriiklikele meetmetele või kui need on ette nähtud rakendama siduvaid ühenduse õiguse sätteid“.⁶⁴

98. Tuleb märkida, et seni on Euroopa Kohus tunnistanud niisuguseid *tõlgenduslikke õiguslikke tagajärgi* ainult soovitusel puhul ning on seega eristanud neid teistest liidu aktidest, mis ei ole siduvad.⁶⁵

99. Siiski, mida täpselt tähendab *kohustus arvesse võtta*? Võimalikke tõlgendusi on mitu. Skaala ääreossa võib jääda küsimus, kas see kujutab endast kooskõlalise tõlgendamise kohustust, nagu on ette nähtud kohtuotsuses von Colson.⁶⁶ Selles kohtuotsuses kasutatud sõnastusest näib, et vahest ei kavatsenud Euroopa Kohus minna nii kaugele, et kohustada siseriiklikke kohtuid tõlgendama siseriiklikku õigust kooskõlas soovituselga.⁶⁷ Teises, kujutletavas äärmuses võib „arvesse võtma“ tähendada ka „tutvumist“ ja seejärel otsust täielikult järgimata jätmist.

100. Teoreetiliselt võib olla võimalik ka vahepealne variant: siseriiklikul asutusel on vähemalt *põhjendamiskohustus*, kui ta soovitusel ei järgi, kuid ei ole kohustust tõlgendada siseriiklikku õigust soovitusel kohaselt. Sellist varianti on seoses teist liiki pehme õigusega ennegi välja pakutud.⁶⁸ On mõistetav, miks selline näiliselt vahepealne variant võiks mõningal määral rakendust leida: kuigi Euroopa Kohus on seni kehtestanud niisuguse kohustuse üksnes välist mõju avaldavates

63 Vt kohtuotsus, 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 16). Vt samuti kohtuotsused, 21.1.1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, punkt 18); 11.9.2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, punkt 41) ja 18.3.2010, Alasini jt (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punkt 40).

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

65 Muu hulgas on Euroopa Kohus keeldunud tunnistamast seda õigusmõju komisjoni teatistel (kohtuotsus, 13.12.2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 31)).

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

67 Seda kohtupraktikat on edasi kujundatud ja konsolideeritud näiteks kohtuotsustes, 5.10.2004, Pfeiffer jt (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punktid 114–115); 4.7.2006, Adeneler jt (C-212/04, EU:C:2006:443, punktid 108–109) ja 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punktid 99–101).

68 Vt kohtujuristi ettepanek, Kokott, kohtuasi Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, punktid 38–39), kus ta asus seisukohale, et siseriiklikud ametiasutused ja kohtud peavad piisavalt arvesse võtma komisjoni konkurentsipoliitikat käsitlevaid teatisi. Selles konkreetsetes kohtuasjas tähendas see muu hulgas seda, et need ametiasutused ja kohtud pidid arvesse võtma komisjoni poolt niisugustes teatistes väljendatud hinnangut selle kohta, mis kujutab endast märgatavat konkurentsipiirangut, ning *esitama võimalike kõrvalekallete korral põhjused, mida kohus saab kontrollida*.

asutusesisestes meetmetes või suunistes ette nähtud tegevusjuhendite koostajale endale,⁶⁹ ei saa välistada, et see kohtupraktika suund võiks sama hästi olla kohaldatav ka soovitustele, mis on mõõndavasti arenenum ja rafineeritum pehme õiguse vorm, kuna need on liik ELTL artiklis 288 ette nähtud „tüüpilisi“ akte ja siseriiklikud kohtud peavad neid arvesse võtma.⁷⁰

101. Miks nimetasin siisugust varianti näiliselt vahepealseks? Tegin seda lihtsal põhjusel, et kohustus põhjendada, miks kohtunik teatavast allikast kõrvale kaldub, tähendab, et see allikas on *siduvat* laadi. Üksnes *kohustuslikest* allikatest kõrvalekaldumist on kohtunik kohustatud põhjendama.⁷¹ Seega, kui tõlgendada „kohustust arvesse võtta“ kui siisugust, mille kohaselt siseriiklikud kohtunikud peavad põhjendama ja selgitama, miks nad soovitust ei järginud, tähendaks see iseenesest mitte ainult seda, et siisugustel soovitustel on „õiguslikke tagajärgi“, vaid ka seda, et need on tegelikult siduvad.

102. Teiseks, millised täpselt on siseriiklike ametiasutuste kohustused seoses soovitusega? Kahtlemata on ELL artikli 4 lõike 3 sõnastus, millesse on kätketud liidu lojaalse koostöö põhimõte, väga laiahaardeline ja potentsiaalselt kaugeleulatuv. Võib eeldada, et kuna selles sättes on viidatud ainult „kohustustele“ ja kuna ELTL artiklis 288 on sätestatud, et soovitused „ei ole siduvad“, ei saa need seega luua ühtegi kohustust ega kuulu seega üldse ELL artikli 4 lõike 3 reguleerimisalasse.

103. Ma ei arva, et siisugune arusaam ELL artikli 4 lõikest 3 tegelikult kajastaks lähenemisviisi, mida Euroopa Kohus on seda sätet tõlgendades juba mõnda aega rakendanud. Lojaalse koostöö põhimõte kaldub olema kohaldatav põhimõtete tasandil, mitte tingimata alati keskendatuna konkreetsele sättele või õiguslikule kohustusele.⁷²

104. Isegi kui eeldada, et puudub *positiivne* kohustus soovitus rakendada, kas saab öelda sama seoses liikmesriikide võimalike „pehmemate“ kohustustega, nagu kohustus soovitust asjaomases valdkonnas õigusaktide vastuvõtmisel arvesse võtta? See mõju võib ehk olla paremini näha seadusandliku akti vastuvõtmisele järgnevate soovituste puhul, milles täpsustatakse siduvates õigusaktides kasutatud õiguspõhisteid. Kas ei saa eeldada, et liikmesriik rakendab liidu algse õigusakti, millele on teatavas mõttes „lisatud“ seadusandliku akti vastuvõtmisele järgnenud soovitus, selles soovitusel täpsustatud viisil? Kui mitte, siis milleks see soovitus üldse on? Kui jah, siis vaevalt saab vastu vaielda sellele, et soovitusel on olulisi ja tegelikke õiguslikke tagajärgi.

105. Kindlasti aga saab väita, et rakendamise kohustus puudub, sest rakendamata jätmise eest ei ole ette nähtud eraldi konkreetset sanktsiooni. Isegi kui jätta kõrvale mõnevõrra formalistlik arusaam „*otsesest*“ sanktsioonist kui olulisest ja määravast *siduvuse* tunnusest,⁷³ siis mida öelda võimalike *negatiivsete* kohustuste kohta, mis liikmesriikidel seoses soovitustega lasuvad? Siinkohal on kindlasti tegu oletuste mängumaa ja mitte kehtiva õiguse osaga, aga mis siis, kui direktiivide blokeeriv mõju kehtib nende ülevõtmise tähtajale järgneva perioodi suhtes ja sellel perioodil ei saa liikmesriik võtta meetet, mis võiks tõsiselt ohustada direktiiviga ette nähtud tulemuse saavutamist,⁷⁴ kas ei või sama loogika kehtida ka soovituse suhtes?

69 Vt kohtuotsused, 28.6.2005, Dansk Rørindustri jt vs. komisjon (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P ja C-213/02 P, EU:C:2005:408, punktid 209–211) ning 29.9.2011, Arkema vs. komisjon (C-520/09 P, EU:C:2011:619, punkt 88).

70 Vt kohtuotsus, 13.12.2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, punkt 26).

71 Eristatuna lubatavatest või veenvatest allikatest – vt nt Peczenik, A., „*On Law and Reason*“, Dordrecht, Kluwer, 1989, lk 319 jj.

72 Vt analoogia alusel, kuidas lojaalse koostöö põhimõtet on kasutatud kohustuste loomiseks seoses vahetu õiguspõhise liikmesriigi vastutusega liidu õiguse rikkumise eest või sanktsioonide vastuvõtmisega (vastavalt nt kohtuotsused, 16.12.1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, punkt 12); 2.2.1977, Amsterdam Bulb (50/76, EU:C:1977:13, punkt 32) ja 19.11.1991, Francovich jt (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428, punkt 36).

73 Nagu eespool (45. joonealuses märkuses) juba viidatud, ei ole siisugune kitsas nägemus valdav isegi mitmes positivistliku õigusteooria voolus. Pealegi on seesama arusaam küllaltki kaugel tegelikkusest: sellest, kuidas adressaadid tajuvad „mittesiduvaid soovet“, mida väljendab üks ja sama reguleerija, kes võib järgmisel päeval kehtestada samas või sellega seotud valdkonnas siduvaid õigusakte ja sanktsioone. Nii võib peale otseste sanktsioonide esineda ka *kaudseid* sanktsioone, kindlasti juhul, kui mõlemad pooled on samad (üks ja sama reguleerija ning sama adressaatide rühm). Võib meenutada, et samalaadse loogika põhjal allutasid mõned kõrgemad siseriiklikud instantsid reguleerijate sedalaadi „mittesiduvaid“ aktid kohtulikele kontrollile (käesolev ettepanek, 52. joonealune märkus).

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

106. Kolmandaks ja viimaseks: mis laadi õiguslikke tagajärgi võivad soovitud tekitada seoses siseriiklike õigusnormide ja menetlustega? Oma otsuses Grimaldi selgitas Euroopa Kohus, et soovitud tõlgendamiseks võib esitada eelotsusetaotluse.⁷⁵ Jääb küsimus, kas siseriiklik kohus võib paluda Euroopa Kohtul hinnata soovitud õiguspärasust. Minu teada ei ole seda seni juhtunud, kuid näib, et kohtuasjas Grimaldi kinnitas Euroopa Kohus niisuguse eelotsusetaotluse võimalikkust.⁷⁶

107. Seega näib, et Euroopa Kohus on juba selgelt ette näinud, et soovitud tekitab siseriiklikul tasandil õiguslikke tagajärgi. Lõppude lõpuks on selle eesmärk olla liikmesriikide poolt arvesse võetud, olenemata sellest, mis täpselt sellega kaasneb. Võib lisada, et Euroopa Kohtu praktikas on varemgi eelotsusemenetluse kaudu tunnistatud ja õigupoolest ka kontrollitud mitut siseriiklikul tasandil tagasilööke põhjastanud mittesiduvat liidu akti, nende seas hiljuti Euroopa Keskpanga pressiteadet.⁷⁷

108. Seega võib esitada soovitud kohta, nagu ka teiste liidu aktide kohta, mis ei näi olevat siduvad, eelotsusetaotluse nii tõlgendamise kui ka õiguspärasuse kontrolli eesmärgil. Arvan, et vaevalt saaks see täielikus õiguskaitsevahendite süsteemis kuidagi teisiti olla.⁷⁸ Soovitud mõte on ajendada neid järgima. Kujutlegem liikmesriiki, kes on soovitud heas usus ja lojaalse koostöö põhimõtte vaimus siseriiklikku õigusesse üle võtnud. See liikmesriik kehtestas siseriiklikul tasandil õigusaktiga isikutele kohustusi. Kui see siseriiklik õigusakt siseriiklikes kohtutes vaidlustatakse, oleks kummalisevõitu jätta selle siseriikliku õigusakti materiaalõiguslik alus, nimelt liidu soovitud analüüsima⁷⁹ mõnevõrra formalistlikul põhjendusel, et need kohustused tekitab siseriiklik, mitte liidu õigusakt ja et liikmesriik tegi seda omast vabast tahtest.

4. Tagasi juurte juurde: AETR ja õiguslikud tagajärjed

109. Üksikasjalikul käsitelul eelmises jaos oli kahetine eesmärk: esiteks osutada probleemidele, mis tekivad seoses (hiljem järk-järgult muudetud) AETR kriteeriumiga siis, kui kohaldada seda soovitud (ent minu arvates laiemalt ka siis, kui kohaldada seda teistele pehme õiguse aktidele), ja teiseks näidata, et olemata küll võib-olla siduvad selle sõna tavapärasel ja üpris kitsas tähenduses, võivad soovitud tekitada olulisi õiguslikke tagajärgi nii liidu kui ka riigi tasandil.

110. Seetõttu olen seisukohal, et AETR kriteeriumi, nagu Üldkohus seda kohaldas, on vaja pisut kohendada. Minu soovitud on selles suhtes üsna lihtne: see kriteerium peab liikuma tagasi algusse, AETR kohtuotsuseni ja ka ELTL artikli 263 lõike 1 sõnastuseni. Mõlemas on viidatud „õiguslikele tagajärgedele“, mitte „siduvatele õiguslikele tagajärgedele“. Kohtupraktika, nagu jõesängidki, vajab vahel puhastamist sinna aastate jooksul sadestunud (verbaalsetest) setetest, mis muudavad õiguses tee leidmise võimatuks.

75 „Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei takista see, kui ühenduse õiguse meede ei ole siduv, Euroopa Kohut tegemast eelotsust selle tõlgendamise kohta artikli 177 alusel algatatud eelotsusemenetluses“ (kohtuotsused, 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 9) ja 21.1.1993, Deutsche Shell (C-188/91, EU:C:1993:24, punkt 18 ja seal viidatud kohtupraktika)).

76 „[...] erinevalt EMÜ asutamislepingu artiklist 173, mis välistab soovitud laadi aktide kontrolli Euroopa Kohtus, annab artikkel 177 Euroopa Kohtule pädevuse teha eelotsuseid ühenduse institutsioonide kõikide aktide õiguspärasuse ja tõlgendamise kohta ilma eranditeta“ – kohtuotsus, 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 8) – kohtujuristi kursiiv.

77 Kohtuotsus, 16.6.2015, Gauweiler jt (C-62/14, EU:C:2015:400). Euroopa Kohus ei kontrollinud pressiteate kui sellise peale esitatud hagi vastuvõetavust. Ent vt kohtujuristi ettepanek, Cruz Villalón, kohtuasi Gauweiler jt (C-62/14, EU:C:2015:7, punkt 70 jj).

78 Vt nt kohtuotsused, 23.4.1986, Les Verts vs. parlament (294/83, EU:C:1986:166, punkt 23) ja 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 66).

79 Eriti juhtudel, mil siseriikliku ülevõtmise siseriiklik vaidlustamine pelgalt kajastab sedasama võimalikku probleemi soovitud eneses – vt sellega seoses analoogia alusel kohtuotsus, 22.6.2010, Melki ja Abdeli (C-188/10 ja C-189/10, EU:C:2010:363, punktid 54–55).

111. Niisugune kohendus ei ole revolutsiooniline, ehkki esmapilgul nii tundub. Hinnangu andmisel selle kohta, kas liidu õigusakt tekitab adressaatidele ja/või kolmandatele isikutele õiguslikke tagajärgi või mitte, jääks kriteeriumi alus samaks: hinnatakse vaidlusaluse akti sõnastust, konteksti ja eesmärki. Ent vaja on kahte selgitust selle kohta, kuidas seda kriteeriumi tuleb kohaldada: esiteks, hinnata tuleb üksnes õiguslike tagajärgede, mitte siduvate õiguslike tagajärgede esinemist. Teiseks asetuks kriteeriumisisene rõhk meetme sisule ja kontekstile, mitte pelgalt sõnastusele.

112. Nagu eelmises jaos juba selgitatud, on siduvate ja mittesiduvate tagajärgede dihhotoomiast pehme õiguse puhul vähe analüütilist kasu. Kui siduvate tagajärgede esinemise eeltingimuseks on vahetu täitmisele pööramise mehhanism ja sund, ei ole pehme õigus seega kunagi siduv, olenemata sellest, milliseid sätteid see sisaldab.

113. Hinnangu andmisel õiguslike tagajärgede tekitamise võime kohta, st võime kohta avaldada mõju adressaatide õiguslikule olukorrale, tuleb keskenduda hoopis teisele küsimusele: kas mina kui mõistlik adressaat saan soovitusel või üldisemalt mingi muu pehme õiguse akti sisust, eesmärgist, üldisest ülesehitusest ja üldkontekstist eeldada, et minult oodatakse millegi tegemist? Kas ma tõenäoliselt muudan oma käitumist sellele vastavalt või on tõenäoline, et see akt mõjutab minu õiguslikku olukorda?

114. Samuti ei tohiks mis tahes seadusteksti tõlgendamise kolme klassikalise aspekti – sõnastus, kontekst ja eesmärk – hulgast akti sõnastus (sealhulgas nimetus ja verbaalne vorm) soovitusel või muu pehme õiguse akti hindamisel üles kaaluda selle sisu, konteksti ja eesmärki. Sõnastus peaks isegi oma sisu kaudu olema hoopis teisese tähtsusega, võrrelduna vastuvõetavuse kontekstis oluliste elementidega. Vastasel juhul viiks „üleskutsuv“ sõnastus igal juhul kohtuliku kontrolli välistamiseni. Tõtt-öelda tähendaks see vormi valitsemist sisu üle ja seetõttu seda, et ühtegi „julgestava“ sõnastusega soovitusel ei saaks kunagi kohtulikult kontrollida. Niisiis tuleks vahest asetada tundlikumalt rõhku loogikale, sisule, kontekstile ja eesmärgile.

115. Niisuguse konteksti ja eesmärgi hindamise raames näivad selle kindlakstegemisel, kas liidu aktil võib tõenäoliselt olla õiguslikke tagajärgi ja kas saab mõistlikult eeldada selle järgimist, asjakohased kolm tegurit.

116. Esimene tegur, mida tuleb arvesse võtta, on meetme *vormistuse* aste (kas liidu meede on õigusakti vormis?) ja *lõplikkuse* aste (kas see on vastu võetud konsulteerimise lõpus selle kulminatsioonina või üldisemalt „pehmeõigusloome“ käigus?). Teisisõnu ja mõlemat koos arvestades, kas kõnealune liidu akt näib olevat pigem lõplikult vormistatud õigusakt?

117. Mis puudutab potentsiaalselt vaidlustamiskõlbliku akti vormi, peab see näima õigustekstina, nii et seda saab mõistlikult tajuda kui õiguslikke tagajärgi tekitavat. Selles suhtes näib akt olevat õigusakt näiteks siis, kui see on jaotatud artikliteks või vähemalt punktideks, kui see on avaldatud Euroopa Liidu Teatajas (kindlasti L-seerias, kus eeldatavasti avaldatakse õigusakte).

118. Lõplikkuse aspekti osas on tõenäoline, et ettevalmistavad aktid sellele kriteeriumile ei vasta. Sama loogika juba kehtib ettevalmistavate aktide suhtes seoses liidu otsuste tegemise menetlusega.⁸⁰ Seda enam peab see paika pidama pehmeõigusloome menetlustes. Niisugune ettevalmistavate aktide välistamine kohtulikust kontrollist näib olevat veelgi tähtsam pehme õiguse kontekstis, kui konsultatsioonidele võib järgneda mitme akti vastuvõtmine.

⁸⁰ Kohtuotsus, 12.9.2006, Reynolds Tobacco jt vs. komisjon (C-131/03 P, EU:C:2006:541, punkt 55 ja seal viidatud kohtupraktika).

119. Nimetatud teine tegur on seotud vaidlusaluse akti sisu ja üldise eesmärgiga: kui täpsed on selles aktis väljendatud „kohustused”? Milline on taotletav üldeesmärk? Mida üldisemad ja abstraktsemad on liidu aktid, seda vähem tõenäoliselt ajendavad need oma adressaate neid akte konkreetselt järgima. Teisest küljest aga, kui liidu aktis esineb palju konkreetseid ja täpseid kohustusi, on see aspekt kindlasti asjakohane. Pealegi, kui on selge, et tekstil on ühtlustav eesmärk, võidakse seda veelgi tõenäolisemalt tajuda õiguslikke tagajärgi tekitavana.

120. Kolmas tegur on seotud täitmisele pööramisega. Kas meetmes on ette nähtud selgeid ja konkreetseid mehhanisme seoses meetme järgimise, täitmisele pööramise või sanktsioonidega? Loomulikult ei tähenda see ainult *otsest* täitmisele pööramist, mis on väga ebatõenäoline, vaid ka *kaudseid* mehhanisme või täitmisele pööramist, nii struktuurilist kui ka institutsioonilist.

121. *Struktuuriliste* järgimismehhanismide hulgas võib olla mitu kaudset mehhanismi, nagu aruandlus, teatamine, seire ja järelevalve. Asjasse võivad puutuda ka n-ö ühiskondliku surve sugemed, nagu jõudlustabelite avaldamine, avalikud nimetavad ja häbistavad aruanded jms.

122. Ka *institutsiooniline* aspekt on asjakohane: milline institutsioon kõnealuse akti vastu võttis? Kas see on sama institutsioon, kes saab kehtestada asjaga seotud või isegi samades reguleerimisvaldkondades sanktsioone samadele adressaatidele?⁸¹ Kui olukord on tõepoolest niisugune, on tõenäoline, et vaidlusalune akt tegelikult ajendab ennast järgima.

5. Kriteeriumi kohaldamine käesolevale juhtumile

123. Vaidlusalust komisjoni soovitusi läbi viisuguse prisma vaadates kaldun järeldama, et üldiselt on selles soovitusel mindud oluliselt kaugemale sellest, mida võiks eeldada dokumendilt, mis lihtsalt soovib teatavaid *põhimõtteid*. Käesoleval konkreetsel juhul saab tõepoolest väita, et komisjoni soovitus tekitab õiguslikke tagajärgi ja et tõenäoliselt muudavad mõistlikud adressaadid oma käitumist selleks, et komisjoni soovitusi vähemalt osaliselt järgida.

124. Kui sisu peab olema akti tegeliku laadi kindlakstegemisel olulisem akti vormilisest nimetusest, tuleb pärast dokumendi vormilise nimetuse kõrvalajutamist analüüsida, mida see dokument endast sõnastuse, sisu, konteksti ja eesmärgi põhjal kujutab.

125. Alustades komisjoni soovitusel üldisest eesmärgist, on selle soovitusel põhjendustes⁸² ja selle vastuvõtmisega kaasnenud dokumentides⁸³ üsna selgelt märgitud, et komisjoni soovitusel eesmärk on jõuda minimaalse ühtlustatuse tasemeni, niivõrd kui selles on soovitatud põhimõtteid tarbijate, mängijate ja alaealiste kõrgetasemelisemaks kaitseks seoses interneti-hasartmänguteenustega. Samal ajal on samuti selge, et seda on tehtud mitme liikmesriigi seisukohast üsna tundlikul teemal.⁸⁴

126. Järgmiseks väärivad esiletõstmist mitu sisu ja konteksti aspekti. Esiteks on vaidlusaluse akti tekst vägagi struktureeritud ja näeb välja nagu õigustekst. Selles on lausa 30 põhjendust. Soovitus ise on liigendatud 12 nummerdatud jaoks. See on avaldatud Euroopa Liidu Teataja L-seerias.

127. Seetõttu jääb komisjoni soovitusel tegelikust vormist mulje, et see tekitab õiguslikke tagajärgi. Seda kinnitab seegi, et komisjoni soovitus ei ole ettevalmistav akt. See juba tähistab nõupidamiste kulminatsiooni, sest see täpsustab varasemat rohelist raamatut ja komisjoni teatist. Nii kinnitab see viimati nimetatud aktis väljendatud seisukohta, mis puudutab tarbijakaitset seoses interneti-hasartmänguteenustega, andes liikmesriikidele mõningaid väga konkreetseid soovitusi.

81 Vt samuti käesolev ettepanek, 73. joonealune märkus.

82 Põhjendused 8 ja 9, mida on osundatud eespool käesolevas ettepanekus, punktid 11 ja 12.

83 Käesolev ettepanek, punkt 30.

84 Vt nt kohtuotsus, 22.1.2015, Stanley International Betting ja Stanleybet Malta (C-463/13, EU:C:2015:25, punkt 51).

128. Teiseks on komisjoni soovitus üksikasjalikkus ja konkreetsete sätete täpsus märkimisväärsed. Komisjoni soovitus ei väljenda sugugi pelgalt „põhimõtteid“, vaid selles on ette nähtud üsna selged ja täpsed reeglid.

129. Mõned näited: komisjoni soovitus III jaos on üksikasjalikult ette nähtud, millise sisuga teave peab olema kuvatud hasartmängusaidi avalehel ja ligipääsetav kõikidelt saidi lehekülgedelt. Komisjoni soovitus V jaos kutsutakse liikmesriike tagama, et isik saab osaleda interneti-hasartmänguteenuses ainult siis, kui ta on mängijana registreeritud ja hasartmängukorraldaja on loonud talle konto. Hasartmängukorraldaja peaks kontrollima mängija isikut. Samuti on VIII jao eesmärk reguleerida ärilisi teadaandeid. Muu hulgas pärsib see liikmesriike tegemast teatavaid avaldusi, nagu kujutamast hasartmängimist sotsiaalselt atraktiivse tegevusena või sisendamisest, et hasartmängud võivad olla lahenduseks isiklikele probleemidele.

130. Kolmandaks sisaldab komisjoni soovitus väga üksikasjalikke ja laiahaardelisi „üleskutseid“ seoses järelevalve ja aruandlusega. XI jaos „kutsutakse [liikmesriike] üles käesolevas soovituses esitatud põhimõtete kohaldamisega seoses määrama sõltumatud hasartmängudega tegelevad reguleerimisasutused, et tagada käesolevas soovituses esitatud põhimõtete toetamiseks võetud riiklike meetmete tulemuslik täitmine“. XII jagu käsitleb aruandlust. Selle jao kohaselt kutsutakse liikmesriike mitte ainult *teavitama* komisjoni rakendusmeetmetest, vaid ka koguma statistika tarbeks iga-aastaseid andmeid enne teatavaid tähtpäevi.

131. Seoses niisuguste „üleskutsetega“ aruandlusele ja järelevalvele on kohased kaks tähelepanekut. Esiteks näib, et varem ja üldiselt on Euroopa Kohus olnud eriti tundlik seoses järgimis- või seiremehhanismide lisamisega mitmesugustesse ebatüüpilistesse aktidesse. Vähemalt kahel juhul on Euroopa Kohus komisjoni ebatüüpilised aktid tühistanud, sest need reguleerisid üksikasjalikult aruandlusnõudeid, ja võib väita, et ulatusid kaugemale sellest, mis on sedalaadi aktis kohane.⁸⁵ Teiseks on komisjoni soovitus kontekstis huvitav märkida, et selles soovituses, mis ei ole siduv ja mida liikmesriigid ei ole kohustatud rakendama, eeldatakse ikkagi, et need liikmesriigid (või vähemalt need, kes otsustavad „üleskutset“ järgida) määraksid, seiraksid, teavitaksid, hindaksid, koguksid andmeid ja esitaksid komisjonile kogu selle (täiesti vabatahtliku) tegevuse kohta konkreetseteks kuupäevadeks aruandeid.

132. Seejärel on komisjoni soovitus punktis 54 märgitud, et komisjon peaks esitama hinnangu soovitusel rakendamise (*sic!*) kohta 19. jaanuariks 2017. Kohtuistungil aga leidis kinnitust, et komisjon ei ole seda seni teinud, sest ta ootab ikka veel liikmesriikidelt aruandeid enne omaenda aruande koostamist. Siinkohal näib, et niisugustes teesides esineva kognitiivse dissonantsi määr küündib kvalitatiivselt *jedi*'de mõttejoutrikkide kõrgema tasemeni.

133. Neljandaks on komisjoni soovitus mõeldud ajendama liikmesriike vastu võtma teatavaid õigusakte ning nende õigusaktide kaudu avaldama mõju hasartmängukorraldajatele ja mängijatele, kes on selle soovitusel kaudsed adressaadid. Seega saab muidugi väita, et vormiliselt ja iseenesest mõjutab kolmandate isikute õigusi mitte komisjoni soovitus, vaid võimalik siseriiklik õigusakt, ent on raske eitada, et siseriikliku õigusakti tegelik allikas leidub komisjoni soovitusel.⁸⁶

134. Viies on huvitav tähele panna komisjoni soovitusel põhjendust 29 ja punkti 2, mis on iseenesest marginaalne asjaolu, kuid toonitab samuti sisu ja pealkirja vahelist ebakõla. Nendes on vastavalt märgitud, et see soovitus ei piira (siduvate ja õiguspäraste) liidu direktiivide kohaldamist ega piira liikmesriikide õigust reguleerida hasartmänguteenuseid. Need avaldused lausa kutsuvad küsima:

⁸⁵ Kohtuotsus, 13.11.1991, *Prantsusmaa vs. komisjon* (C-303/90, EU:C:1991:424, punktid 20–25), kus nõukogu määrust rakendavas tegevusjuhendis nõuti liikmesriikidelt teatava sagedusega ja teatavate vahendite kaudu info esitamist; kohtuotsus, 16.6.1993, *Prantsusmaa vs. komisjon* (C-325/91, EU:C:1993:245, punktid 22–23), kus direktiivi täpsustava komisjoni teatisega kehtestati lisakohustus, nagu on igal aastal teataval kuupäeval komisjonile finantsandmete esitamine.

⁸⁶ Vt samuti käesolev ettepanek, punktid 102–105. Vt ka punktid 97–98, ning komisjoni soovitusel potentsiaali kujundada samas valdkonnas kehtivate samateemaliste siseriiklike õigusnormide tõlgendamist.

kui komisjoni soovitus tõepoolest ei ole siduv ega ole ette nähtud avaldama mingisuguseidki õiguslikke tagajärgi, siis miks oli vaja midagi sellist üldse otsesõnu märkida? Tõeliselt mittesiduv pehme õiguse akt ei saaks olemuslikult piirata siduva ja õiguspärase liidu õigusakti kohaldamist ega liikmesriikide pädevust.

135. Kokkuvõttes võib juba nende eesmärgi, sisu ja kontekstiga seotud aspektide põhjal – kui anda lugejale seesama dokument ilma pealkirjata ja paluda tal lugeda selle teksti, ilma et ta pealkirja teaks – julgelt eeldada, et ta võib pidada seda direktiiviks või kohati koguni määruseks, kindlasti aga seadusandlikuks dokumendiks, mille eesmärk on kehtestada selgeid ja täpseid kohustusi ning ajendada end järgima.

136. Asun alles nüüd komisjoni soovituse sõnastuse, täpsemalt selle üksikpunktide konkreetse teksti juurde (olles käsitlenud käesoleva jao eelmistes punktides nende punktide üksikasjalikkust ja konkreetsust). Üldkohtu põhjenduskäigus näib olevat sõnastusel määrav funktsioon. Põhjustel, mida püüdsin eelmises jaos⁸⁷ üldjoontes selgitada, on sõnastus minu arvates küll oluline, kuid siiski mitte määrav. Kindlasti ei peaks see olema määrav, kui see tegelikult ei ole ise lõplik.

137. Apellant vaidles oma kirjalikes, aga ka suulistes seisukohtades vastu keelelisele hinnangule, mida sisaldab Üldkohtu määrus. Muu hulgas väitis apellant, et kahes kolmest Belgia Kuningriigi ametlikust keelest, nimelt hollandi ja saksa keeles näib nende punktide sõnastus olevat „tugevam“ kui teistes keeleversioonides. Seega on loogiline, et komisjoni soovitus tekitab Belgias „tugevamaid“ õiguslikke tagajärgi.

138. See konkreetne apellandi argument ei ole veenev. Mõõndavasti võib mõningaid keeleversioone tajuda „siduvamana“ kui teisi. Nii on see muu hulgas saksa-, hispaania-, hollandi- ja portugali keelse versiooniga. Vastupidi sellele, mida kinnitas Üldkohus, võib ehk vaielda ka poola- ja tšehhi keelse versiooni üle.

139. Siiski on see, et hollandi- ja saksakeelses versioonis näib olevat kasutatud käskivamat sõnastust kui teistes, väheoluline. See, et need on Belgias ametlikud keeled, ei anna neile rohkem kaalu kui ühelegi teisele keeleversioonile. Hästi on teada liidu õigusallikate kõikide keeleversioonide võrdse autentsuse põhimõte, mis minu arvates peaks kohalduma soovitude suhtes samamoodi nagu kõikidele ülejäänud ELTL artikli 288 alusel võetud meetmete suhtes. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb õigusnormi teksti keeleversioonide erinevuse korral asjaomase sätte tõlgendamisel lähtuda selle õigusakti kontekstist ja eesmärgist, kuhu see säte kuulub.⁸⁸

140. Just niisugused vaieldavad keelelised võrdlused näitavad ja toonitavad, miks on sellel, kui mitu korda on kohustava sõnastuse asemel kasutatud sõnu „kutsutakse üles“, kõigest piiratud tähtsus niisuguse meetme kohta hinnangu andmisel. Üldjoontes liiguvad kõik keeleversioonid ühes suunas ja võimaldavad teha selge järelduse selle teksti laadi kohta, ilma et oleks vaja meetme konteksti ja eesmärki süviti käsitleda. Või on need üksteisega vastuolus ning soovituse sõnastus ei peaks üles kaaluma selle konteksti ja eesmärki. Siiski on väärt märkida, et eri keeleversioonide vahel on ebakõlasid, ja seejärel väita, et kuna enamikus keeleversioonidest on kirjas X, peabki see olema õige tõlgendus. Süsteemis, kus kõik keeled on võrdselt autentsed, ei saa ühtegi keelt tõlgendamisel „välja hääletada“.⁸⁹

⁸⁷ Käesolev ettepanek, punkt 114.

⁸⁸ Vt nt kohtuotsus, 26.4.2012, DR ja TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, punkt 45 ja seal viidatud kohtupraktika).

⁸⁹ Ega ka äärmuslikes olukordades, kus üsna selgelt ilmneb, et ühes liidu meetme keeleversioonis on tõlkeviga – vt nt kohtuotsus, 19.4.2007, Profisa (C-63/06, EU:C:2007:233).

141. Lõpuks ei ole (mitte)käskiva keelekasutuse üksikasjade analüüs mõningates liidu keeltes kunagi lõplik, eriti kui analüüsitakse pehme õiguse aktide õiguslikke tagajärgi. Seda konkreetset laadi hinnangu andmisel on kontekst, süsteem ja loogika palju olulisemad. On paratamatu, et lauset „Kutsun teid üles saatma mulle selles küsimuses kirjalikud märkused enne reede keskpäeva“ saab tõlgendada väga erinevalt olenevalt sellest, kas seda ütleb ülemus, kolleeg või elukaaslane. Loomulikult oleneb see tegelikust suhtest, kuid üsna tõenäoliselt on see „üleskutse“ esimesel juhul tegelikult korraldus, teisel juhul ettepanek ja kolmandal nali.

142. Kokkuvõttes võib iga sisu- ja kontekstielement eraldi võetuna vahest tõesti osutada soovitusel, mille eesmärk ei ole luua õiguslikke tagajärgi. Ent kogumis viib nende eri elementide *koostoime kõnealuse* konkreetse soovituse kontekstis, kui samuti arvestada, et selle võttis vastu institutsioon, kellele on usaldatud samas (nimelt siseturu reguleerimise) valdkonnas poliitika kujundamine, mu järeltule, et komisjoni soovituse selge eesmärk on tekitada õiguslikke tagajärgi ja ajendada end järgima, mitte ainult anda poliitilisi soovitusi.

143. Kõikidel nendel põhjustel olen seisukohal, et apellatsioonkaebuse kolmas väide on põhjendatud. Üldkohus rikkus õigusnormi sellega, et hindas komisjoni soovituse õiguslikke tagajärgi valesti ja tunnistas seetõttu ekslikult tühistamishagi vastuvõetamatuks.

B. Vorm määrab sisu

144. Erinevalt liidu institutsioonide ja asutuste „ebatüüpilistest“ aktidest, mille suhtes AETR kriteerium esialgu ette nähti, kuuluvad soovitused ELTL artiklis 288 loetletud „tüüpiliste“ aktide hulka, mis on ELTL artikli 263 lõikes 1 sõnaselgelt kohtuliku kontrolli alt välja arvatud. Kas sellel peaks olema tähtsust soovituste kohtulikus kontrollis ja selle vastuvõetavuse küsimuses?

145. Käesoleva ettepaneku A jao argumentatsioon põhines eeldusel, et AETR kriteerium, olgugi et mõnevõrra muudetud kujul, on kohaldatav soovituste nagu iga teisegi pehme õiguse vormi suhtes. Käesoleva jao esimene osa käsitleb alternatiivset lähenemisviisi, milles asetatakse suuremat rõhku sellele, et soovitused on „tüüpilised“ aktid, mille vorm peaks määrama sisu tõlgendamise (1). Mitmel põhjusel soovitaksin Euroopa Kohtul siiski jääda selle juurde, et (muudetud) sisu määrab vormi, nagu on kirjeldatud käesoleva ettepaneku A jaos (2). Juhuks kui Euroopa Kohus asub sellegipoolest seisukohale, et konkreetset soovituste puhul peab tõepoolest vorm määrama sisu tõlgendamise, võtan lühidalt kokku mitu olulist selgitust, mis oleksid sel juhul kohased (3).

1. (Täielik) välistus: soovitus tähendab soovitust

146. Üldkohus lähtus oma põhjenduskäigus eeldusest, et kriteerium, mille Euroopa Kohus kujundas AETR kohtuasjas liidu institutsioonide ja asutuste „ebatüüpiliste“ aktide tarvis, on kohaldatav ka „tüüpilise“ akti, näiteks soovituse suhtes. See lähtekoht võib olla vaieldav kahel tasandil: normatiivsel ja praktilisel. *Normatiivselt* on ELTL artiklis 288 selgelt ette nähtud, et soovitus ei ole siduv. ELTL artikli 263 lõike 1 esimeses lauses aga on komisjoni soovitused selle sätte kohaldamisalast ja seega ka tühistamishagide menetlemisest selgelt välja arvatud. Need kaks sätet omavahelises koostoimes väljendavad selgelt, et soovitus ei saa olla siduv ega kohtulikult kontrollitav.

147. Sellele tuleb siiski lisada Euroopa Kohtu otsus Grimaldi, milles on toodud (uuesti) mängu materiaaloiguslik hinnang: soovitus on kohtuliku kontrolli alt väljas niikaua, kui see on „tõeline soovitus“.⁹⁰ Niisiis võib sellest tulenevalt esineda ka „fiktiivseid soovitusi“, mis võivad kuuluda kohtuliku kontrolli alla. Aluslepingute üpris selgest sõnastusest hoolimata pakub Euroopa Kohtu praktika seega mõningast tuge, et allutada soovitusel, olgugi et need on „tüüpilised“ aktid (ja aluslepingutes on selgelt ette nähtud, et need ei ole siduvad), AETR kriteeriumile.⁹¹

148. *Praktilisel* tasandil aga „moonutab“ dokumendi soovituseks nimetamine ikkagi paratamatult selle dokumendi konteksti ja eesmärgi kohta hinnangu andmist küsimuses, kas tegu on „tõelise“ või „fiktiivse“ soovitusel. Samas tuleb „ebatüüpiliste“ aktide tarvis kujundatud kriteeriumi rakendada suuresti „vormipimedal“ viisil, arvestamata dokumendi pealkirja/kaant. Vastasel juhul võidakse jõuda ringtõestuseni, milles vorm lõpuks määrab sisu tõlgendamise.⁹²

149. Nii jõuangi võimaliku alternatiivse lähenemisviisini. Sellega kaasneks – selle asemel, et lasta „tüüpilise“ akti vormil vaikselt moonutada „ebatüüpilise“ akti olemuse tõlgendamist – niisuguse eristuse lõplik loogiline väljaarendamine: „tüüpiline“ vorm tähendab „tüüpilisi“ tagajärgi, *olenemata* sisust. Soovitus ei ole kunagi siduv ega tohiks tekitada õiguslikke tagajärgi. Punkt. Puuduks vajadus edasi hinnata, kas tegu on „tõelise“ või „fiktiivse“ soovitusel. Soovitus tähendab soovitust.

150. Selles suhtes võib tõmmata paralleeli ESTÜ asutamislepingu alusel antud arvamustega: oli selgelt ette nähtud, et need aktid ei ole siduvad ega kohtulikult kontrollitavad. Euroopa Kohus kinnitas juba 1957. aastal, et neid akte ei saa kohtulikult kontrollida. Muu hulgas selgitas ta, et arvamustes antakse üksnes juhiseid. Nendes nähti „pelgalt nõuandeid ettevõtjatele. Seega on ettevõtjatel vabadus neid arvesse võtta või eirata, kuid nad peavad mõistma, et negatiivset arvamust eirates võtavad nad enda kanda riskid, millega nad seisavad vastamisi niisuguse olukorra tagajärjel, mille loomisele nad on ise kaasa aidanud [...]. Teisisõnu, ettevõtjate, nagu ka Ülemameti otsustamisvabadus ega vastutus ei muutu“.⁹³ Sedasama mõtteavaldust saaks õigupoolest täies ulatuses parafraseerida nii, et see kehtib soovitusel kohta.

2. Sisu või vorm?

151. „Tüüpiliste“ õigusaktide *vormilise* käsitlemise kasuks räägivad kaks argumenti: 1) õiguskindlus ja ettearvatavus, 2) vajadus teatava seadusandliku paindlikkuse järele.

152. Esiteks näib vormiline lähenemisviis järgivat ELTL artikli 263 sõnastust, millega on soovitusel ja arvamused alates 1957. aastast tühistamishagide menetlemisest järjepidevalt ja sõnaselgelt välja arvatud.

153. Sellega seostuvad usaldusväärsus ja ootused. Kuigi formalismi on peaaegu alati kujutatud halvana, on sellel ka positiivseid mõõtmeid. See aitab kaasa õiguskindlusele ja ettearvatavusele. Asju tuleks nimetada nende õigete nimedega, ilma et oleks pidevalt vaja neid sisu või konteksti põhjal ümber hinnata.

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

⁹¹ Millest lähtudes Üldkohus märkis, et „ainuüksi asjaolu, et vaidlusalusele soovitusel on antud soovitusel vorm ning see on vastu võetud ELTL artikli 292 alusel, ei välista automaatselt selle määramist vaidlustatava aktina“ (vaidlustatud kohtumääruse punkt 20).

⁹² Olen seda üksikasjalikult käsitlenud eespool, punktid 77–79.

⁹³ Kohtuotsus, 10.12.1957, Société des usines à tubes de la Sarre vs. Ülemamet (1/57 ja 14/57, EU:C:1957:13, lk 115).

154. Enamgi on see nii seoses „tüüpiliste“, formaliseeritud allikatega. Kui kaugemale saab „sisu eelistamine vormile“ ulatuda? Kas siis tuleb ka teisi tüüpilisi liidu õiguse allikaid, nagu määrus ja direktiiv, hinnata nende tegeliku sisu põhjal? Kas võib olla vaja ka neid „ümber hinnata“, sest nende pealkiri ei vasta sisule? Kas niisugune ümberhindamine võib äärmistel juhtudel viia isegi kohtuliku kontrolli välistamiseni? Kas Euroopa Kohus võib tunnistada vastuvõetamatuks näiteks määruse peale esitatud tühistamishagi, sest see määrus on koostatud nii halvasti, et see ei saa tegelikult (siduvaid) õiguslikke tagajärgi luua?

155. Teiseks võivad soovitud olla asjakohased lähtekohad, inspiratsiooni ja hea tava allikad. Need võivad võimaldada eri lahenduste ja ideede katsetamist, et teha kindlaks, millega tasub edasi minna ja millest tuleks loobuda. Nii võib neis näha teatavas mõttes õigusloomelaborit. Küllap võib õigusega tunnistada, et kui soovitusi saaks vaidlustada ja küsimärgistada, kaoks selline õigusloomelabori paindlikkus. Muu hulgas võiks see takistada komisjoni kasutamast mitteametlikumas vormis meetmeid liidu huvides tegutsemisel.

156. Sisu vormile eelistava lähenemisviisi seisukohast ei ole kummalegi argumendile keeruline vastata: esiteks on seda lähenemisviisi vaja just siis, kui „tüüpilise“ akti vormilisi piire ei austata. Seega ei tähenda see lähenemisviisi oma olemuse poolest kaugeltki kõikide tüüpiliste aktide küsimärgi alla seadmist, vaid piirdub äärmuslike stsenaariumidega. Teiseks peaksid paindliku õigusloomelaboriga seotud ahvatlusi selgelt piirama avaliku võimu õiguspärasuse põhimõtte ja pädevuse andmise põhimõtte. Ka parimate kavatsustega loodud õigusloomelaborid võivad kiiresti „salaseadusandluseks“ muutuda.

157. A jaos kirjeldatud sisulise lähenemisviisi kasuks aga räägib vähemalt kolm argumenti: 1) igal pool sisu eelistamine vormile; 2) vajadus tagada tõhus kohtulik kaitse, ja 3) õiguskaitsevahendite üldine omavaheline kooskõla liidu õiguses.

158. Esiteks, kui ka tõesti esineb tähelepanuväärseid erandeid, on üldine lähenemisviis ja vaimsus liidu õiguses lihtsalt sisuline: lugematutes liidu õiguse valdkondades analüüsitakse sisu, nähtuse, kategooria või institutsiooni olemust – ja õigupoolest mitte selle vormilist nimetust või silti. Vormil on kindlasti oma tähtsus. Ent liidu õiguses kujutab vorm endast esimest akti tegeliku olemuse „ümardamist“. Vorm ei ole määrav.

159. Teiseks, nagu juba eespool⁹⁴ üksikasjalikult selgitatud, on vaevalt võimalik vastu vaielda sellele, et soovitud tekitavad mitu olulist õiguslikku tagajärge, isegi kui need ei ole ühel või teisel konkreetsel juhul siduvad. Kui see peab paika, peab järgnema tõhus õiguskaitse. Võib meenutada, et minevikus, nii algul AETR kohtuasjas kui ka sellele järgnenud kohtuasjades, ei kõhelnud Euroopa Kohus tunnistamast ühiskondlikku ja õiguslikku arengut ega täitmast selle tagajärjel õiguskaitseesse tekkinud lünki.⁹⁵ On arvatud, et ka uute ja „pehmemate“ haldusviiside tulek kajastab sedalaadi arengut.⁹⁶

160. Kolmandaks on argument, mis puudutab õiguskaitsevahendite omavahelist kooskõla, liidu õiguses asjakohane kahel tasandil: ühest küljest kooskõla ELTL artikli 263 (tühistamishagid) ja artikli 267 (eelotsusemenetlus) vahel, teisest küljest aga eesõigustatud (või eesõigusteta) kohtusse pöördujate positsioon nendes menetlustes.

161. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt „[põhineb] [l]iidu õigusaktide seaduslikkuse kontroll, mille tagab aluslepingute alusel Euroopa Kohus, [...] väljakujunenud kohtupraktika kohaselt kahel teineteist täiendaval kohtumenetlusel. Nimelt kehtestab EL toimimise leping esiteks artiklitega 263 ja 277 ning teiseks artikliga 267 õiguskaitsevahendite ja menetluste täieliku süsteemi, milles liidu institutsioonide

⁹⁴ Käesolev ettepanek, punktid 87–108.

⁹⁵ Tähelepanuväärset näidet vt nt kohtuotsusest, 23.4.1986, *Les Verts vs. parlament* (294/83, EU:C:1986:166, punkt 24).

⁹⁶ Käesolev ettepanek, punktid 81–86.

õigusaktide seaduslikkuse kontroll on usaldatud liidu kohtule [...]. Sellele õiguskaitsevahendite ja menetluste täielikule süsteemile on omane, et siseriiklikus kohtus algatatud kohtuasja raames peab pooltel olema õigus vaidlustada selliste liidu õigusaktides sisalduvate sätete seaduslikkus, mis on nende suhtes vastu võetud siseriikliku otsuse või akti aluseks [...].⁹⁷

162. Soovin sellest tsitaadist esile tõsta kahte omadussõnalist täiendit: „teineteist täiendava[d]“ ja „täielik[...]“. Vahest mõneti paradoksaalselt võib teisena nimetatud omadussõna osutuda problemaatiliseks eesõigustatud kohtusse pöördujale, s.o liikmesriigile, keda on soovitusel „üles kutsutud“ midagi tegema ja kellel on selle „üleskutsega“ probleem, kuid selle soovitusel seoses ei ole siseriiklikul tasandil (veel) siiski tekkinud ühtegi juhtumit.

163. Ühest küljest, nagu juba kirjeldatud,⁹⁸ näib olevat võimalik taotleda eelotsust soovitusel õiguspärasuse kohta. Sel juhul on raske mõista, miks peaks eesõigustatud kohtusse pöördujal olema keerulisem vaidlustada akti otse Euroopa Kohtus ELTL artikli 263 alusel kui eesõigusteta kohtusse pöördujal kaudselt ELTL artikli 267 alusel.

164. Teisest küljest, kui pidadagi tähtsamaks üldist vastastikuse täiendavuse loogikat ning pidurdada otsest õiguspärasuse vaidlustamist, püüdes kanaliseerida seda eelotsusemenetlustesse, ei muutu liikmesriigi olukord sellest palju kergemaks. Kuidas peaks liikmesriik sellega seoses praktiliselt tegutsema? Kas ta peaks kõigepealt soovitusel rakendama (s.o tegema just seda, mida ta ei tahtnud) ja seejärel vaidlustama selle omaenda siseriiklikes kohtutes? Peaks ta kunstlikult vaidluse tekitama?

165. Soovimata ühtegi neist teemades taasavada⁹⁹ piisab kui meelde tuletada, et liikmesriigid ei ole lihtsalt üksikisikud, keda võib vahest edaspidi kohustada liidu meedet järgima, kui seda on nende suhtes kas riigi või liidu tasandil individuaalse otsusega kohaldatud. Liikmesriigid on need, keda kutsutakse üles neid eeskirju rakendama. Seetõttu oleks lihtsalt ebaloogiline ajendada liikmesriike midagi tegema ja võtta neilt samal ajal võimalus pöörduda Euroopa Kohtusse. See oleks korrakohase õigusemõistmise huvide vastane, sest viivitaks võimalikku soovitusel vaidlustamist, kuid käiks ka soovitusel koostaja enda huvide vastu. Selle asemel, et võimalik vastuolu kanaliseerida, lahendada ja edasi liikuda, oleks liikmesriik hoopis sunnitud koostööst keelduma ja ootama, kuni üks tema enda kohtutest ja vahest mõne teise liikmesriigi kohus esitaks ELTL artikli 267 alusel eelotsusetaotluse seoses vaidlusaluse akti õiguspärasusega. See ei tundu mulle praktiliselt kuigi mõistlik.

3. (Võimalikud) vajalikud selgitused

166. Kokkuvõttes näen veel mitut veenvat põhjust kutsuda Euroopa Kohut laiendama muudetud AETR kriteeriumi nii, et see hõlmaks võimalikku soovitusel kohtulikku kontrolli.

167. Kui Euroopa Kohus otsustab siiski minna seda teed, et „tüüpilise“ akti vorm määrab selle akti sisu tajumise ja tõlgendamise, ilma et oleks vaja seda eraldi analüüsida, näib olevat hädavajalik anda mitmes küsimuses selgitusi. Need vajalikud selgitused puudutaksid tegelikult eespool seoses soovitusel tegelike õiguslike tagajärgedega nimetatud aspekte.¹⁰⁰ Toonitaksin eeskätt kolme peamist aspekti: 1) liikmesriikidel seoses soovitusel lasuva lojaalse koostöö kohustuse ulatus; 2) see, et soovitusel ei ole ennetavat mõju võimalikule tulevasele seadusandlikule menetlusele liidu tasandil, ja 3) siseriiklikel kohtutel lasuva kohtuotsusest Grimaldi tuleneva kohustuse ulatuse selgitamine.

⁹⁷ Kohtuotsus, 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punktid 66 ja 67 ning seal viidatud kohtupraktika). Vt samuti arvamus 1/09 (ühtse patendivaidluste lahendamise süsteemi loomise kokkulepe), 8.3.2011 (EU:C:2011:123, punkt 70).

⁹⁸ Käesolev ettepanek, punktid 106–108.

⁹⁹ Need on lahendatud kohtuotsused, 1.4.2004, komisjon vs. Jégo-Quéré (C-263/02 P, EU:C:2004:210).

¹⁰⁰ Käesolev ettepanek, punktid 87–108.

168. Esiteks ei ole soovitusel siduvad ega tohi tekitada õiguslikke tagajärgi. Seega ei saa need luua liikmesriikidele ega üksikisikutele õigusi ega kohustusi. Liikmesriike puudutavas osas ei saa seda eeldust lojaalse koostöö põhimõttele tuginedes mingilgi viisil õõnestama asuda. Liikmesriikidel on täielik õigus soovitude sisu täielikult eirata, ilma et sellega võiks kaasneda otseseid või kaudseid sanktsioone. See kehtib mitte ainult konkreetsete „kohustuste“ kohta, mille rakendamisele liikmesriike innustatakse, vaid ka aruandluse esitamise „üleskutsete“ kohta. Soovitusest ei saa tuleneda mingeid positiivseid ega negatiivseid kohustusi. Samuti ei saa soovitusel määratleda ühtegi standardit ega seni määratlemata õigusmõistet, mille järgimist saaks pärast soovitude kaudu sisustamist liikmesriigilt või üksikisikult nõuda.

169. Teiseks on soovitus – ja kindlasti enne seadusandliku akti vastuvõtmist antud soovitus – lihtsalt institutsiooni ühepoolne arvamusevaldus, mis ei ole siduv. Kui sellele peaks kunagi järgnema siduv õigusakt, peab seadusandlik menetlus algama puhtalt lehelt. Muu hulgas ei saa soovitus avada seadusandlikku „otseteed“ ega olla ennetav, jättes teatavaid osalisi edaspidisest seadusandlikust menetlusest välja, või sisuliselt karistades mõningaid osalisi edaspidises menetluses selle eest, et nad ei esitanud seoses selle soovitusel ja/või selle soovitude „rakendamise“ menetluses oma seisukohti, tähelepanekuid, andmeid või aruandeid.

170. Lõpuks on olemas ka kohtuotsus Grimaldi.¹⁰¹ Kui soovitusel ei ole siduvad, ei saa need olemuslikult luua siseriiklikele kohtutele ühtegi *kohustust* selliseid mittesiduvaid juhiseid arvesse võtta, veel vähem saab rääkida kooskõlalise tõlgendamise kohustusest. Kui Euroopa Kohus kasutab seda, formaalsemat lähenemisviisi seoses „tüüpiliste“ liidu õigusaktidega, oleks vaja Grimaldi kohtupraktika selle pilguga üle vaadata ja selgelt märkida, et soovitude arvessevõtmine ei ole kohustuslik. Siseriiklikud kohtud *võivad* seda teha, kui nad seda kasulikuks peavad, kuid kindlasti ei ole nad *kohustatud* seda tegema.

171. See tähendaks, et siseriiklikud kohtud peaksid õigust tõlgendades käsutama soovitud kui mis tahes muid *lubatavaid* inspiratsiooniallikaid, nagu seda on akadeemilised kommentaarid või võrdlevad argumendid. Nad võivad soovi korral hõlmata soovitud oma põhjendustesse, ent võivad neid ka täielikult eirata, olemata kohustatud seda põhjendama.

VII. Ettepanek

172. Eelneva põhjal järeldan, et Üldkohus eksis komisjoni soovitude tagajärgede hindamisel. Seetõttu on apellatsioonkaebuse kolmas väide põhjendatud, esimest ja teist väidet ei ole aga vaja eraldi analüüsida. Sellest tulenevalt tuleb Üldkohtu määrus hagi vastuvõetamatuks tunnistavas osas tühistada.

173. Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artikli 61 esimese lõigu kohaselt võib Euroopa Kohus pärast Üldkohtu otsuse tühistamist teha ise asja suhtes lõpliku kohtuotsuse, kui menetlusstaadium lubab.

174. Käesolevas asjas ei võimalda menetlusstaadium Euroopa Kohtul Üldkohtusse esitatud hagi suhtes sisulist kohtuotsust teha. Kuna Üldkohus tunnistab hagi vastuvõetamatuks, eelnes sellele kõigest väga piiratud ja üsna kaudne sisuline arutelu. Samuti ei lubatud teistel menetlusse astujatel nendel samadel põhjustel oma seisukohti esitada.¹⁰² Kui Euroopa Kohus tunnistab tühistamishagi vastuvõetavaks, on tõenäoline, et need ja võib-olla teisedki menetlusse astujad on huvitatud oma seisukohtade esitamisest.

175. Olen siiski seisukohal, et Euroopa Kohtul on kogu vajalik materjal selleks, et lükata tagasi komisjoni poolt esimeses astmes esitatud esialgne väide vastuvõetamatuse kohta. Menetluse tõhususe ja menetlusökoonomia huvides teen Euroopa Kohtule ettepaneku minna seda teed, tunnistada hagi vastuvõetavaks ja suunata asi tagasi Üldkohtusse sisuliseks otsustamiseks.

¹⁰¹ Käesolev ettepanek, punktid 97–101.

¹⁰² Käesolev ettepanek, 24. joonealune märkus.

176. Sellepärast teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

- tühistada Euroopa Liidu Üldkohtu määrus kohtuasjas T-721/14 ja tunnistada apellandi hagi selles kohtuasjas vastuvõetavaks;
- suunata asi tagasi Üldkohtusse sisuliseks otsustamiseks;
- otsustada kohtukulude kandmine edaspidi.