



# Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

MICHAL BOBEK

15 päivänä huhtikuuta 2021<sup>1</sup>

**Asia C-911/19**

**Fédération bancaire française (FBF)**

**vastaan**

**Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Conseil d’État (ylin hallintotuomioistuin, Ranska))

Ennakkoratkaisupyyntö – Pankkilainsäädäntö – Euroopan pankkiviranomaisen ohjeet vähittäispankkituotteiden tuotehallintamenettelystä – Soft law – Sitomattomat unionin toimet, joilla on oikeusvaikutuksia – Täytäntöönpano jäsenvaltioissa – Tuomioistuinvalvonta – SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan välinen suhde – Euroopan pankkiviranomaisen puuttuva toimivalta

## I Johdanto

1. Kuten sanonta Game of Thronesissa kuuluu, ”mikä kuollutta on, ei koskaan kuole”. Näin ollen kenties valkoisia kulkijoita lukuun ottamatta, mikä kuollutta on, sitä ei voida myöskään tappaa. Voidaanko kuitenkin sitä, mikä ei koskaan ole ollut elossa (tai pikemminkin koskaan ole ollut sitova unionin oikeuden toimi), kumota (tai lähinnä todeta pätemättömäksi) unionin tuomioistuimen antamassa ennakkoratkaisussa? Voiko unionin tuomioistuin vaihtoehtoisesti tulkita (sitovasti) sitomatonta unionin toimea?

2. Euroopan pankkiviranomainen (EPV) antoi vuonna 2017 ohjeet vähittäispankkituotteiden tuotehallintamenettelystä.<sup>2</sup> Ranskan Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (vakavaraisuusvalvonta- ja kriisinratkaisuviranomainen, jäljempänä ACPR) totesi tämän jälkeen lausunnossaan noudattavansa näitä ohjeita, joten niitä oli sovellettava kaikkiin sen valvonnassa oleviin rahoituslaitoksiin. Fédération bancaire française (Ranskan pankkiyhdistysten liitto, jäljempänä FBF) on vaatinut tämän lausunnon kumoamista ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa ja väittänyt, ettei EPV:llä ollut toimivaltaa antaa näitä ohjeita.

<sup>1</sup> Alkuperäinen kieli: englanti.

<sup>2</sup> 22.3.2016 päivätyt ohjeet (EBA/GL/2015/18).

3. Käsiteltävässä asiassa on useampia tasoja. Esiin tulee ensinnäkin kysymys siitä, onko EPV ylittänyt asetuksen N:o 1093/2010<sup>3</sup> mukaisen toimivaltansa riidanlaiset ohjeet antaessaan. Vaikka onkin mutkikasta perehtyä lukuisiin varsin teknisiin johdetun oikeuden säännöksiin, tämä on itse asiassa helpompi näistä kysymyksistä.

4. Paljon monimutkaisempia kysymyksiä tulee esiin vasta tämän jälkeen: mitä tällaisesta toimivallan puuttumisesta koskevasta toteamuksesta seuraa sitomattoman toimen (tai soft law -toimen) osalta ennakkoratkaisumenettelyssä? Voiko unionin tuomioistuin todeta sitomattoman toimen pätemättömäksi? Voidaanko katsoa systematiikan näkökulmasta, että SEUT 263 artiklan ja SEUT 267 artiklan menettely eivät ole missään yhteydessä toisiinsa, kun kysymys on sitomattomista toimista? Miten unionin tuomioistuimen tuomiot Grimaldi,<sup>4</sup> Foto-Frost<sup>5</sup> ja Belgia v. komissio<sup>6</sup> voidaan sovittaa yhteen siltä osin kuin on kyse todellisista soft law -toimista? Voivatko sitomattomat unionin toimet olla tuomion Grimaldi mukaisesti unionin tuomioistuimen valvonnan kohteena SEUT 267 artiklan nojalla, kun tällaisten toimien (suora) tuomioistuinvalvonta ei ole mahdollista SEUT 263 artiklan nojalla, kuten on viimeksi todettu tuomiossa Belgia v. komissio?

5. Vielä tärkeämpää on lopuksi se, että kaikki nämä kysymykset tulevat esiin kansallisen lainsäädännön yhteydessä, jonka nojalla ilmeisesti sallitaan, toisin kuin unionin tasolla, soft law -toimien – mukaan lukien kansallisten toimien, joilla sitomattomat unionin toimet ”pannaan täytäntöön” – paljon laajempi suora tuomioistuinvalvonta. Esiin tulee tältä osin kysymys siitä, onko kansallisilla tuomioistuimilla velvollisuus pyytää ennakkoratkaisua tuomion Foto-Frost mukaisesti myös kysymyksistä, jotka koskevat sitomattomien unionin toimien pätevyyttä. Vai voiko tällainen kansallinen tuomioistuin itse kumota kansallisen täytäntöönpanotoimen, koska (todelliset) sitomattomat toimet voidaan varmasti jättää vapaasti huomiotta?

<sup>3</sup> Euroopan valvontaviranomaisen (Euroopan pankkiviranomainen) perustamisesta sekä päätöksen N:o 716/2009/EY muuttamisesta ja komission päätöksen 2009/78/EY kumoamisesta 24.11.2010 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EUVL 2010, L 331, s. 12).

<sup>4</sup> Tuomio 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646; jäljempänä tuomio Grimaldi).

<sup>5</sup> Tuomio 22.10.1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452; jäljempänä tuomio Foto-Frost).

<sup>6</sup> Tuomio 20.2.2018, Belgia v. komissio (C-16/16 P, EU:C:2018:79; jäljempänä tuomio Belgia v. komissio).

## II Oikeussäännöt

### A Unionin oikeus

#### 1. Asetus N:o 1093/2010

6. Asetuksen N:o 1093/2010 1 artiklassa perustetaan Euroopan pankkiviranomainen (jäljempänä EPV). Tässä artiklassa, sellaisena kuin sitä sovellettiin riidanalaisten ohjeiden antamisen hetkellä, määriteltiin EPV:n toimiala seuraavasti:

”2. [EPV] toimii tällä asetuksella uskottujen valtuuksien puitteissa sekä direktiivin 2002/87/EY,<sup>[7]</sup> direktiivin 2009/110/EY,<sup>[8]</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 575/2013,<sup>[9]</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2013/36/EU,<sup>[10]</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/49/EU,<sup>[11]</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) 2015/847,<sup>[12]</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (EU) 2015/2366<sup>[13]</sup> sekä lisäksi direktiivin 2002/65/EY,<sup>[14]</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (EU) 2015/849<sup>[15]</sup> asiaankuuluvien osien soveltamisalalla, siltä osin kuin näitä säädöksiä sovelletaan luotto- ja finanssilaitoksiin sekä niitä valvoviin toimivaltaisiin viranomaisiin, mukaan lukien kaikki näihin säädöksiin perustuvat direktiivit, asetukset ja päätökset ja mahdolliset muut oikeudellisesti sitovat unionin säädökset, joissa [EPV:lle] annetaan tehtäviä. [EPV] toimii myös neuvoston asetuksen (EU) N:o 1024/2013<sup>[16]</sup> mukaisesti.

3. [EPV] toimii myös luottolaitosten, finanssiryhmittymien, sijoituspalveluyritysten, maksulaitosten ja sähköisen rahan liikkeeseenlaskijalaitosten toimialoilla niiden kysymysten osalta, joita 2 kohdassa tarkoitettut säädökset eivät suoraan koske, mukaan luettuina yritysten hyvää hallintotapaa, tilintarkastusta ja tilinpäätösraportointia koskevat kysymykset, edellyttäen, että [EPV:n] tällaiset toimet ovat tarpeen mainittujen säädösten tehokkaan ja johdonmukaisen soveltamisen varmistamiseksi.

— —

<sup>7</sup> Finanssiryhmittymään kuuluvien luottolaitosten, vakuutusyritysten ja sijoituspalveluyritysten lisävalvonnasta sekä neuvoston direktiivien 73/239/ETY, 79/267/ETY, 92/49/ETY, 92/96/ETY, 93/6/ETY ja 93/22/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 98/78/EY ja 2000/12/EY muuttamisesta 16.12.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/87/EY (EUVL 2003, L 35, s. 1).

<sup>8</sup> Sähköisen rahan liikkeeseenlaskijalaitosten liiketoiminnan aloittamisesta, harjoittamisesta ja toiminnan vakauden valvonnasta, direktiivien 2005/60/EY ja 2006/48/EY muuttamisesta sekä direktiivin 2000/46/EY kumoamisesta 16.9.2009 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/110/EY (EUVL 2009, L 267, s. 7).

<sup>9</sup> Luottolaitosten ja sijoituspalveluyritysten vakavaraisuusvaatimuksista ja asetuksen (EU) N:o 648/2012 muuttamisesta 26.6.2013 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 575/2013 (EUVL 2013, L 176, s. 1).

<sup>10</sup> Oikeudesta harjoittaa luottolaitostoimintaa ja luottolaitosten ja sijoituspalveluyritysten vakavaraisuusvalvonnasta, direktiivin 2002/87/EY muuttamisesta sekä direktiivien 2006/48/EY ja 2006/49/EY kumoamisesta 26.6.2013 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2013/36/EU (EUVL 2013, L 176, s. 338).

<sup>11</sup> Talletusten vakuusjärjestelmistä 16.4.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/49/EU (EUVL 2014, L 35, s. 1).

<sup>12</sup> Varainsiirtojen mukana toimitettavista tiedoista ja asetuksen (EY) N:o 1781/2006 kumoamisesta 20.5.2015 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2015/847 (EUVL 2015, L 141, s. 1).

<sup>13</sup> Direktiivien 2002/65/EY, 2009/110/EY ja 2013/36/EU ja asetuksen (EU) N:o 1093/2010 muuttamisesta sekä direktiivin 2007/64/EY kumoamisesta 25.11.2015 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2015/2366 (EUVL 2015, L 337, s. 35).

<sup>14</sup> Kuluttajille tarkoitettujen rahoituspalvelujen etämyynnistä ja neuvoston direktiivin 90/619/ETY sekä direktiivien 97/7/EY ja 98/27/EY muuttamisesta 23.9.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/65/EY (EUVL 2002, L 271, s. 16).

<sup>15</sup> Rahoitusjärjestelmän käytön estämisestä rahanpesuun tai terrorismin rahoitukseen, Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 648/2012 muuttamisesta sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/60/EY ja komission direktiivin 2006/70/EY kumoamisesta 20.5.2015 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2015/849 (EUVL 2015, L 141, s. 73).

<sup>16</sup> Luottolaitosten vakavaraisuusvalvontaan liittyvää politiikkaa koskevien erityistehtävien antamisesta Euroopan keskuspankille 15.10.2013 annettu neuvoston asetus (EU) N:o 1024/2013 (EUVL 2013, L 287, s. 63).

5. [EPV:n] tavoitteena on suojella yleistä etua edistämällä finanssijärjestelmän lyhyen, keskipitkän ja pitkän aikavälin vakautta sekä tehokkuutta unionin talouden ja sen kansalaisten ja yritysten kannalta. [EPV:n] tehtävänä on omalta osaltaan:

- a) parantaa sisämarkkinoiden toimintaa, mihin sisältyy erityisesti asianmukainen, tehokas ja yhdenmukainen sääntely ja valvonta,
- b) turvata finanssimarkkinoiden eheys, avoimuus, tehokkuus ja moitteeton toiminta,
- c) tehostaa valvonnan kansainvälistä yhteensovittamista,
- d) estää toimijalle suotuisimman sääntelyn hyväksikäyttö ja edistää tasapuolisia kilpailuolosuhteita,
- e) varmistaa, että luottoriskien ja muiden riskien ottoa säännellään ja valvotaan asianmukaisesti, ja
- f) parantaa asiakkaiden suojaa.

Tätä varten [EPV] edistää 2 kohdassa tarkoitettujen säädösten johdonmukaisen, tehokkaan ja tosiasiallisen soveltamisen varmistamista, edistää valvontakäytäntöjen lähentymistä, antaa lausuntoja Euroopan parlamentille, neuvostolle ja komissiolle sekä laatii taloudellisia analyyseja markkinoista edistääkseen [EPV:n] tavoitteen saavuttamista.”

7. Saman asetuksen 8 artiklassa, jonka otsikkona on ”[EPV:n] tehtävät ja toimivalta”, säädetään seuraavaa:

”1. [EPV:llä] on seuraavat tehtävät:

- a) se auttaa luomaan yhteisiä, laadukkaita sääntely- ja valvontastandardeja ja -käytäntöjä erityisesti antamalla lausuntoja unionin toimielimille ja laatimalla ohjeita, suosituksia sekä teknisten sääntely- ja täytäntöönpanostandardien luonnoksia, jotka perustuvat 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuihin lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksytyihin säädöksiin;
- b) se myötävaikuttaa oikeudellisesti sitovien unionin säädösten yhdenmukaiseen soveltamiseen erityisesti edistämällä yhteistä valvontakulttuuria, varmistamalla 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen säädösten yhdenmukaisen, tehokkaan ja tosiasiallisen soveltamisen, estämällä toimijalle suotuisimman sääntelyn hyväksikäytön, sovittamalla ja ratkaisemalla toimivaltaisten viranomaisten välisiä erimielisyyksiä, varmistamalla finanssilaitosten tehokkaan ja yhdenmukaisen valvonnan sekä huolehtimalla valvontakollegioiden yhdenmukaisesta toiminnasta ja toteuttamalla toimia muun muassa kriisitilanteissa;

--

2. Edellä 1 kohdassa säädettyjen tehtävien suorittamiseksi [EPV:llä] on tämän asetuksen mukainen toimivalta ja erityisesti toimivalta

--

- c) antaa ohjeita ja suosituksia 16 artiklassa säädetyin tavoin;

– –”

8. Asetuksen N:o 1093/2010 9 artiklassa, jonka otsikkona on ”Kuluttajansuojaan ja finanssialan toimintaan liittyvät tehtävät”, todetaan seuraavaa:

”1. [EPV:llä] on johtava tehtävä avoimuuden, selkeyden ja oikeudenmukaisuuden edistämiseksi kuluttajien finanssituotteiden tai -palvelujen markkinoilla koko sisämarkkina-alueella myös siten, että se:

- a) kerää ja analysoi tietoja kulutuksen muutoksista ja raportoi niistä,
- b) tarkastelee ja sovittaa yhteen talouden toiminnan ymmärtämiseen tähtäviä ja talousalan valistusta koskevia toimivaltaisten viranomaisten aloitteita,
- c) kehittää alan koulutustavoitteita, ja
- d) edistää yhteisten julkistamissääntöjen kehittämistä.

2. [EPV] valvoo uusia ja nykyisiä finanssialan toimia ja voi antaa ohjeita ja suosituksia markkinoiden turvallisuuden ja vakauden sekä sääntelykäytäntöjen lähentymisen edistämiseksi.

– –”

9. Saman asetuksen 16 artiklassa, jonka otsikkona on ”Ohjeet ja suositukset”, säädetään seuraavaa:

”1. [EPV] antaa toimivaltaisille viranomaisille tai finanssilaitoksille osoitettuja ohjeita ja suosituksia yhdenmukaisten, tehokkaiden ja toimivien valvontakäytäntöjen aikaansaamiseksi EFV:ssä sekä unionin oikeuden yhteisen, yhtenäisen ja johdonmukaisen soveltamisen varmistamiseksi.

2. [EPV] järjestää tarvittaessa ohjeita ja suosituksia koskevia avoimia julkisia kuulemisia ja analysoi niistä mahdollisesti aiheutuvia kustannuksia ja hyötyjä. Näiden kuulemisten ja analyysien on oltava oikeassa suhteessa ohjeen tai suosituksen laajuuteen, luonteeseen ja vaikutukseen. [EPV] pyytää tarvittaessa lisäksi 37 artiklassa tarkoitetulta pankkialan osallisryhmältä lausuntoja tai neuvoja.

3. Toimivaltaisten viranomaisten ja finanssilaitosten on kaikin tavoin pyrittävä noudattamaan näitä ohjeita ja suosituksia.

Kunkin toimivaltaisen viranomaisen on kahden kuukauden kuluessa ohjeen tai suosituksen antamisesta vahvistettava, noudattaako tai aikooko se noudattaa kyseistä ohjetta tai suositusta. Jos toimivaltainen viranomainen ei noudata tai aio noudattaa sitä, sen on ilmoitettava asiasta [EPV:lle] ja esitettävä perustelunsa.

[EPV] ilmoittaa julkisesti siitä, että toimivaltainen viranomainen ei noudata tai aio noudattaa kyseistä ohjetta tai suositusta. [EPV] voi myös tapauskohtaisesti päättää julkaista toimivaltaisen viranomaisen ilmoittamat perustelut sille, että se ei noudata kyseistä ohjetta tai suositusta. Toimivaltaiselle viranomaiselle ilmoitetaan etukäteen tällaisesta julkaisemisesta.

Jos ohjeessa tai suosituksessa niin edellytetään, finanssilaitosten on ilmoitettava selkeästi ja yksityiskohtaisesti, noudattavatko ne kyseistä ohjetta tai suositusta.

– –”

## 2. EPV:n ohjeet

10. EPV:n vähittäispankkituotteiden tuotehallintamenettelystä annettujen ohjeiden 1 osan 1 kohdan mukaan ”tämä asiakirja sisältää ohjeita, jotka on annettu asetuksen (EU) N:o 1093/2010 16 artiklan nojalla. Asetuksen (EU) N:o 1093/2010 16 artiklan 3 kohdan mukaan toimivaltaisten viranomaisten ja finanssilaitosten on kaikin tavoin pyrittävä noudattamaan ohjeita”.

11. EPV:n ohjeiden 2 kohdassa todetaan seuraavaa:

”Ohjeissa esitetään [EPV:n] näkemys Euroopan finanssivalvojen järjestelmässä toteutettavista asianmukaisista valvontakäytännöistä tai siitä, miten unionin lainsäädäntöä on sovellettava tietyllä alalla. Asetuksen (EU) N:o 1093/2010 4 artiklan 2 kohdassa määriteltyjen toimivaltaisten viranomaisten, joihin näitä ohjeita sovelletaan, on noudatettava ohjeita sisällyttämällä ne asianmukaisesti valvontakäytäntöihinsä (esim. muuttamalla lainsäädäntöään tai valvontamenettelyjään). Tämä koskee myös ohjeita, jotka on suunnattu ensisijaisesti laitoksille.”

12. Ohjeiden 3 kohdassa, jonka otsikkona on ”Raportointivaatimukset”, todetaan seuraavaa:

”Asetuksen (EU) N:o 1093/2010 16 artiklan 3 kohdan nojalla toimivaltaisten viranomaisten on ilmoitettava [EPV:lle] viimeistään 23.05.2016, noudattavatko ne tai aikovatko ne noudattaa näitä ohjeita, sekä syyt niiden noudattamatta jättämiseen. Jos ilmoitusta ei toimiteta tähän määräaikaan mennessä, [EPV] katsoo, etteivät toimivaltaiset viranomaiset noudata ohjeita – –”

13. EPV:n ohjeiden 2 osan aloittavassa 5 kohdassa täsmennetään näiden ohjeiden aihetta seuraavasti:

”Nämä ohjeet koskevat sitä, miten sekä kehittäjien että jakelijoiden on järjestettävä tuotehallintamenettely olennaisena osana yritysten sisäisiin valvontajärjestelmiin liittyviä yleisiä organisatorisia vaatimuksia. Ohjeissa viitataan sisäisiin prosesseihin, toimintoihin ja strategioihin, joiden avulla tuotteita suunnitellaan, saatetaan markkinoille ja tarkistetaan niiden käyttöään aikana. Niissä vahvistetaan asiaankuuluvat menettelyt sen varmistamiseksi, että tuotteet vastaavat kohdemarkkinoiden etuja, tavoitteita ja ominaispiirteitä. Näissä ohjeissa ei kuitenkaan käsitellä tuotteiden soveltuvuutta yksittäisille kuluttajille.”

14. Ohjeiden 6 kohdassa esitetään niiden soveltamisala seuraavasti:

”Nämä ohjeet koskevat kuluttajille tarjottavien ja myytävien tuotteiden kehittäjiä ja jakelijoita, ja niissä täsmennetään, miten tuotehallintamenettely on järjestettävä seuraavat säännökset huomioon ottaen:

- direktiivin 2013/36/EU (jäljempänä ’neljäs vakavaraisuusdirektiivi’) 74 artiklan 1 kohta, direktiivin 2007/64/EY<sup>[17]</sup> (jäljempänä ’maksupalveludirektiivi’) 10 artiklan 4 kohta ja direktiivin 2009/110/EY (jäljempänä ’sähköistä rahaa koskeva direktiivi’) 3 artiklan 1 kohta yhdessä maksupalveludirektiivin 10 artiklan 4 kohdan kanssa ja
- direktiivin 2014/17/EU<sup>[18]</sup> (jäljempänä ’asuntoluottodirektiivi’) 7 artiklan 1 kohta.”

15. Ohjeiden 7 kohta kuuluu seuraavasti:

”Toimivaltaiset viranomaiset voivat harkita näiden ohjeiden soveltamista muihin toimivaltansa piiriin kuuluviin toimijoihin, jotka eivät kuulu edellä mainittujen säännösten soveltamisalaan, mutta joiden osalta toimivaltaisilla viranomaisilla on valvontavastuu. Toimivaltaiset viranomaiset voivat erityisesti harkita näiden ohjeiden soveltamista muihin välittäjiin kuin asuntoluottodirektiivissä tarkoitettuihin luotonvälittäjiin, esimerkiksi kulutusluottojen välittäjiin.”

16. Ohjeiden 8 kohdassa todetaan seuraavaa:

”Toimivaltaiset viranomaiset voivat harkita näiden ohjeiden mukaisen suojan ulottamista koskemaan myös muita kuin kuluttajia, kuten mikroyrityksiä sekä pieniä ja keskisuuria yrityksiä.”

17. Ohjeiden 11 kohdassa todetaan seuraavaa:

”Nämä ohjeet osoitetaan asetuksen (EU) N:o 1093/2010 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuille toimivaltaisille viranomaisille sekä asetuksen (EU) N:o 1093/2010 (EPV-asetus) 4 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuille finanssilaitoksille.”

18. Ohjeiden 16 kohta, jonka otsikkona on ”Voimaantulopäivä”, on ”johdannon” 1–3 osan viimeisenä kohtana. Tässä kohdassa todetaan, että ”nämä ohjeet tulevat voimaan 3. tammikuuta 2017”.

19. Varsinaiset ohjeet sisältyvät kahteen seuraavaan osaan: ”kehittäjien tuotehallintamenettely[ä]” koskevaan 4 osaan ja ”jakelijoiden tuotehallintamenettely[ä]” koskevaan 5 osaan. Näissä kahdessa osassa on yhteensä 12 ohjetta, joista useimmat on jaettu edelleen erillisiksi säännöiksi.

<sup>17</sup> Maksupalveluista sisämarkkinoilla, direktiivien 97/7/EY, 2002/65/EY, 2005/60/EY ja 2006/48/EY muuttamisesta ja direktiivin 97/5/EY kumoamisesta 13.11.2007 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/64/EY (EUVL 2007, L 319, s. 1).

<sup>18</sup> Kuluttajille tarkoitetuista kiinteää asunto-omaisuutta koskevista luottosopimuksista ja direktiivien 2008/48/EY ja 2013/36/EU sekä asetuksen (EU) N:o 1093/2010 muuttamisesta 4.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/17/EU (EUVL 2014, L 60, s. 34).

## ***B Kansallinen oikeus***

20. Lausunnossa, jonka Autorité de contrôle prudentiel et de résolution antoi 8.9.2017 ja jonka otsikkona on ”EPV:n vähittäispankkituotteiden tuotehallintamenettelystä annettujen ohjeiden (EBA/GL/2015/18) täytäntöönpano” todetaan seuraavaa:

”Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) on ilmoittanut noudattavansa [EPV:n] vähittäispankkituotteiden tuotehallintamenettelystä annettuja ohjeita (EBA/GL/2015/18), jotka ovat tämän lausunnon liitteenä.

Näitä ohjeita sovelletaan ACPR:n valvonnassa oleviin luottolaitoksiin, maksulaitoksiin ja sähköisen rahan liikkeeseenlaskijalaitoksiin, joiden on kaikin tavoin pyrittävä noudattamaan näitä ohjeita ja varmistettava ohjeiden 14 kohdan mukaisesti, että niiden jakelijat noudattavat niitä, Euroopan pankkiviranomaisen perustamisesta 24.11.2010 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 1093/2010 16 artiklan mukaisesti.”

## **III Tosiseikat, kansallinen menettely ja ennakkoratkaisukysymykset**

21. EPV antoi 22.3.2016 ohjeet vähittäispankkituotteiden tuotehallintamenettelystä asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan nojalla. Ohjeet on osoitettu toimivaltaisille kansallisille viranomaisille ja finanssilaitoksille.

22. ACPR, joka on tältä osin Ranskan toimivaltainen valvontaviranomainen, julkaisi 8.9.2017 lausunnon internetsivustollaan. Tässä lausunnossa ACPR vahvisti noudattavansa näitä ohjeita. Se täsmensi myös, että ohjeita sovelletaan sen valvonnassa oleviin luottolaitoksiin, maksulaitoksiin ja sähköisen rahan liikkeeseenlaskijalaitoksiin, joiden on kaikin tavoin pyrittävä noudattamaan niitä ja varmistettava, että myös niiden jakelijat noudattavat niitä.

23. Fédération bancaire française (jäljempänä FBF) nosti 8.11.2017 kanteen ja vaati ACPR:n lausunnon kumoamista Conseil d’État:ssa (ylin hallintotuomioistuin, Ranska), joka esitti ennakkoratkaisupyynnön. FBF väittää, että EPV:n ohjeet, joita on lausunnon mukaan sovellettava, ovat pätemättömiä, koska EPV:llä ei ole toimivaltaa antaa tällaisia ohjeita.

24. Kansallisella tuomioistuimella on epäilyksiä väitteen, jonka mukaan riidanalaiset ohjeet ovat pätemättömiä, tutkittavaksi ottamisen ja hyväksymisen osalta.

25. Kansallinen tuomioistuin katsoo, että tämän pätemättömyysväitteen tutkittavaksi ottaminen ennakkoratkaisupyynnön esittämiseksi riippuu siitä, voidaanko riidanalaisista ohjeista nostaa SEUT 263 artiklassa tarkoitettu kumoamiskanne ja voiko FBF:n kaltainen toimialaliitto nostaa tällaisen kanteen.

26. Kansallinen tuomioistuin huomauttaa tämän väitteen asiasisällön osalta, että EPV:n ohjeissa viitataan useisiin unionin säädöksiin, mutta missään niistä – lukuun ottamatta direktiiviä 2014/17 – ei säädetä nimenomaisesti vähittäispankkituotteiden hallinnasta, jota ohjeet koskevat. Missään näistä säädöksistä ei myöskään ole säännöksiä, joissa EPV:lle annettaisiin valtuus antaa ohjeet vähittäispankkituotteiden hallinnasta. Asetuksesta N:o 1093/2010 kuitenkin ilmenee, että EPV:n tehtävänä on omalta osaltaan varmistaa, että luottoriskien ja muiden riskien ottoa



säännellään ja valvotaan asianmukaisesti, ja parantaa asiakkaiden suojaa. Nämä ovat nimenomaan sellaisia tavoitteita, joita vähittäispankkituotteiden hallinnalla pyritään saavuttamaan.

27. Tässä tosiasiallisessa ja oikeudellisessa asiayhteydessä Conseil d'État päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1) Voidaanko eurooppalaisen valvontaviranomaisen antamista ohjeista nostaa [SEUT] 263 artiklan määräyksissä tarkoitettu kumoamiskanne? Jos tähän vastataan myöntävästi, voiko toimialaliitto riitauttaa kumoamiskanteella jäsenilleen, joiden etuja se puolustaa, tarkoitettujen ohjeiden, jotka eivät koske kyseistä liittoa suoraan eivätkä erikseen, pätevyyden?
- 2) Jos jompaankumpaan ensimmäisessä kohdassa esitetyistä kahdesta kysymyksestä vastataan kieltävästi, voidaanko eurooppalaisen valvontaviranomaisen antamista ohjeista esittää [SEUT] 267 artiklan määräyksissä tarkoitettu ennakkoratkaisupyyntö? Jos tähän vastataan myöntävästi, voiko toimialaliitto riitauttaa pätemättömyysväitteellä jäsenilleen, joiden etuja se puolustaa, tarkoitettujen ohjeiden, jotka eivät koske kyseistä liittoa suoraan eivätkä erikseen, pätevyyden?
- 3) Siinä tapauksessa, että Fédération bancaire française voi riitauttaa pätemättömyysväitteellä [EPV:n] 22.3.2016 antamat ohjeet, onko tämä viranomaisen nämä ohjeet antaessaan ylittänyt toimivallan, joka sille on annettu Euroopan valvontaviranomaisen (Euroopan pankkiviranomainen) perustamisesta 24.11.2010 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksessa N:o 1093/2010?”

28. FBF, ACPR, Ranskan ja Puolan hallitukset sekä Euroopan komissio ja EPV ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Lukuun ottamatta Puolan hallitusta, kaikki nämä osapuolet esittivät myös suullisia lausumia 20.10.2020 pidetyssä istunnossa.

#### **IV Arviointi**

29. Tämän ratkaisuehdotuksen rakenne on seuraava. Aloitan esittämällä alustavia huomautuksia kansallisen tuomioistuimen kysymyksistä ja riidanlaisten ohjeiden (ei-)sitovasta luonteesta (A). Tarkastelen seuraavaksi kansallisen tuomioistuimen esittämiä kysymyksiä käänteisessä järjestyksessä ja aloitan kolmannesta kysymyksestä määrittääkseni sen, antoiko EPV riidanalaiset ohjeet tosiaankin toimivaltansa puitteissa (B). Todettuani, että EPV on itse asiassa ylittänyt toimivaltansa, tarkastelen seuraavaksi ensimmäistä ja toista kysymystä sekä useita muita seikkoja, jotka liittyvät SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan yleiseen suhteeseen sitomattomien unionin toimien osalta (C).

#### **A Alustavat huomautukset**

##### *1. Näennäisesti selvä tapaus?*

30. Tietystä näkökulmasta tarkasteltuna käsiteltävä asia on varsin yksinkertainen. Jos esitettyjä kysymyksiä tarkasteltaisiin erikseen käsiteltävästä asiasta ja niihin vastattaisiin siinä järjestyksessä, jossa ne on esitetty, vastaaminen ei olisi kovin vaikeaa.

31. Ensimmäinen kysymys on jätettävä tutkimatta. Käsiteltävässä asiassa on esitetty ennakkoratkaisupyynnö SEUT 267 artiklan nojalla. Tämän menettelyn yhteydessä on täysin hypoteettista tiedustella, olisiko samassa asiassa mahdollista nostaa kumoamiskanne SEUT 263 artiklan nojalla. Vastaavasti kysymys siitä, voiko toimialajärjestö riitauttaa riidanalaiset ohjeet näissä menettelyissä, ei ole merkityksellinen kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian ratkaisemiseksi.

32. Myös toinen kysymys on selkeä. Vaikka tämä kysymys on otettava tutkittavaksi, vastaus on helposti pääteltävissä olemassa olevan oikeuskäytännön perusteella. Unionin tuomioistuin on jatkuvasti katsonut tuomiosta Grimaldi lähtien, että SEUT 267 artiklassa annetaan unionin tuomioistuimelle toimivalta antaa ennakkoratkaisu unionin toimielinten kaikkien toimien pätevydestä ja tulkinnasta ”ilman poikkeuksia”.<sup>19</sup> Sitomattomat unionin toimet voivat siten selvästi olla pätevyyttä koskevan ennakkoratkaisupyynnön kohteena.<sup>20</sup>

33. Myöskään ensimmäisen ja toisen kysymyksen yhteinen alakohta, joka koskee toimialajärjestöjen asiavaltuutta, ei ole merkityksellinen ennakkoratkaisumenettelyn yhteydessä. On yksin kansallisen tuomioistuimen tehtävänä päättää siitä, esitetäänkö unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnö SEUT 267 artiklan nojalla.<sup>21</sup> Unionin tuomioistuimen mukaan kullakin asianosaisella on kansallisen oikeudenkäynnin yhteydessä oikeus vedota asiaa käsittelevässä tuomioistuimessa unionin toimen pätemättömyyteen ja vaatia kyseistä tuomioistuinta, jolla ei ole toimivaltaa itse todeta tällaista pätemättömyyttä, esittämään tämän osalta unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksen.<sup>22</sup>

34. Unionin oikeudessa ei muutoinkaan säädetä siitä, kenen tulisi olla asianosaisena kansallisessa tuomioistuimessa. Jos kansallisessa oikeudessa sallitaan tällaisten väitteiden esittäminen, on jälleen kansallisen tuomioistuimen yksinomaisessa toimivallassa päättää siitä, onko tarpeen (vai onko sillä velvollisuus) esittää unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnö. Kysymys siitä, onko FBF:llä asiavaltuus esittää unionin toimea koskeva pätemättömyysväite kansallisessa tuomioistuimessa, kuuluu näin ollen kansallisen oikeuden alaan.

35. Vastaamalla kysymyksiin siinä järjestyksessä, jossa ne on esitetty, ja tarkastelemalla kahta ensimmäistä kysymystä abstraktisti ja irrallaan käsiteltävän asia tosiseikoista voidaan näin ollen helposti ja nopeasti päästä kolmanteen kysymykseen ja todeta, että ainoana varsinaisena kysymyksenä käsiteltävässä asiassa on se, onko EPV:llä toimivalta antaa riidanalaiset ohjeet.

36. Mielestäni tällainen oikotie ei kuitenkaan ole asianmukainen. Pohtimalla vastausta kolmanteen kysymykseen ja tarkastelemalla sen seurauksia voidaan tosiasiallisesti täysin ymmärtää ensimmäisen ja toisen kysymyksen laajuus, jos näitä kysymyksiä ei tarkastella *abstraktisti* vaan sen sijaan käsiteltävän asian *erityisessä asiayhteydessä*.

37. On lisäksi selvää, ettei olisi kansallisen tuomioistuimen etujen mukaista ymmärtää kolmea kysymystä tällä tavalla pelkistetysti. Ennakkoratkaisupyynnöstä, erityisesti luettuna yhdessä Conseil d'État'n julkisasiamiehen pääasiassa esittämän selventävän ratkaisuehdotuksen kanssa,<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Ks. tuomio Grimaldi (8 kohta); tuomio 13.6.2017, Florescu ym. (C-258/14, EU:C:2017:448, 30 kohta); tuomio Belgia v. komissio (44 kohta) ja tuomio 27.2.2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, 44 kohta). Ks. myös EPV:n suositusten osalta julkisasiamies Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2020:729, 95–102 kohta).

<sup>20</sup> Ks. unionin suositusten osalta tuomio Grimaldi (8–18 kohta) ja tuomio Belgia v. komissio (44 kohta).

<sup>21</sup> Ks. esim. tuomio 18.7.2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>22</sup> Ks. esim. tuomio 27.11.2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>23</sup> Julkisasiamies Emilie Bokdamin ratkaisuehdotus 4.12.2019, asia nro 415550, Fédération bancaire française (saatavilla internetosoitteessa <https://www.conseil-etat.fr>).

ilmenee tosiasiasa selvästi, että kansallinen tuomioistuin tuntee unionin tuomioistuimen asiaa koskevan merkityksellisen oikeuskäytännön. Näistä asiakirjoista ilmenee, että kansallinen tuomioistuin todellisuudessa pohtii, miten tätä oikeuskäytäntöä tulisi tarkalleen tulkita käsiteltävän asian kaltaisessa tapauksessa.

38. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee tässä yhteydessä erityisesti SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan välistä suhdetta soft law -toimien osalta tilanteessa, jossa kansallinen tuomioistuin valvoo sitomattomien *kansallisten* toimien laillisuutta, kun taas unionin tuomioistuin ei salli sitomattomien *unionin* toimien laillisuusvalvontaa kumoamiskanteiden yhteydessä. Tämä on olennaista, kun tarkastellaan näiden kahden menettelyn yhtäläisyyksiä (tai niiden puuttumista) erityisesti siltä osin kuin on kyse toimialajärjestöjen asemasta kummassakin menettelyssä. Tähän asiaan liittyy toinenkin seikka, jonka kansallinen tuomioistuin on myös todennut ennakkoratkaisupyyntönsä, eli se, että ennakkoratkaisumenettelyssä kansallisen ja eurooppalaisen tason tuomioistuinvalvonta liittyvät läheisesti toisiinsa: onko kansallisilla tuomioistuimilla velvollisuus pyytää tuomion Foto-Frost mukaisesti ennakkoratkaisua unionin tuomioistuimelta sitomattoman unionin toimen pätevydestä tutkiessaan kansallista tointa, jolla tämä unionin toimi on pantu täytäntöön kansallisella tasolla yksittäisten oikeussubjektien osalta?

39. Siltä osin kuin kolmanteen kysymykseen vastaaminen auttaa tässä yhteydessä selvittämään ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen liittyviä yleisempiä seikkoja, aloitan kolmannesta kysymyksestä, ennen kuin palaan tarkastelemaan näitä rakenteellisia seikkoja. Tällä tavalla tapaus, joka koskee EPV:n antamia ohjeita, on hyvänä esimerkkinä rakenteellista seikoista, jotka liittyvät soft law -toimien valvontaan unionin tuomioistuimessa.

## 2. Ovatko riidanalaiset ohjeet (todellinen) sitomaton toimi?

40. Ennen kolmannen ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelua on kuitenkin käsiteltävä toistakin esikysymystä eli sitä, ovatko riidanalaiset ohjeet *todellinen* sitomaton toimi, jolla *ei* ole sitovia oikeusvaikutuksia, kuten kaikki asian osapuolet ovat väittäneet. Tämä tavalliselta vaikuttava toteamus on pikemminkin tärkeänä lähtöolettamana seuraavassa keskustelussa. Tämä seikka sisältyy tosiasiasa kätketysti ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäiseen osaan, sillä vakiintuneessa oikeuskäytännössä suljetaan *todelliset* soft law -toimet SEUT 263 artiklan mukaisen tuomioistuinvalvonnan ulkopuolelle. Jos tällaisella toimella sitä vastoin olisi sitovia oikeusvaikutuksia (ja se olisi siten ”näennäinen” soft law -toimi), se voisi olla SEUT 263 artiklan mukaisen valvonnan kohteena (ainakin olettaen, että kyseinen toimi koskee tiettyä kantajaa suoraan ja erikseen).

41. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan nimittäin SEUT 263 artiklassa tarkoitettuja ”kannekelpoisia toimia” ovat muodostaan riippumatta kaikki toimielinten toteuttamat toimenpiteet, joilla pyritään saamaan aikaan sitovia oikeusvaikutuksia. Sen määrittämiseksi, onko riidanalaisella toimella sitovia oikeusvaikutuksia, on tarkasteltava toimen sisältöä ja arvioitava mainittuja vaikutuksia objektiivisten arviointiperusteiden, kuten toimen sisällön, perusteella ja siten, että huomioon otetaan tarvittaessa toimen antamisen asiayhteys ja toimen toteuttaneen toimielimen toimivalta.<sup>24</sup>

42. Onko riidanalaisilla ohjeilla sitovia oikeusvaikutuksia tämän perinteisen arvioinnin mukaisesti?

<sup>24</sup> Ks. esim. tuomio 31.3.1971, komissio v. neuvosto (22/70, EU:C:1971:32, 39 ja 42 kohta); tuomio 25.10.2017, Romania v. komissio (C-599/15 P, EU:C:2017:801, 47 ja 48 kohta) ja tuomio Belgia v. komissio (31 ja 32 kohta).

43. On yhtäältä totta, että ensinnäkään riidanalaisten ohjeiden sanamuoto ei ole pakottava. Varsinaisissa aineellisissa ohjeissa, jotka on osoitettu pankkituotteiden kehittäjille ja jakelijoille ja jotka ovat ohjeiden 4 ja 5 osassa, käytetään termiä ”tulisi” termin ”täytyy” sijasta. Toiseksi toimivaltaisilla viranomaisilla<sup>25</sup> ei ole velvollisuutta noudattaa niitä. Asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan mukaan kunkin toimivaltaisen viranomaisen on vahvistettava, noudattaako tai aikooko se noudattaa EPV:n antamia ohjeita. Jos toimivaltainen viranomainen ei noudata tai aio noudattaa niitä, sen on ilmoitettava asiasta EPV:lle ja esitettävä perustelunsa.<sup>26</sup> Kun kolmanneksi tarkastellaan asiayhteyttä ja kyseisen viraston toimivaltaa, keskustelussa päädytään samankaltaiseen kehäpäätelmään, jonka olen jo esittänyt pääpiirteittäin toisessa yhteydessä:<sup>27</sup> i) koska EPV varmasti tiesi, että sen ohjeet eivät ole sitovia, ii) sen tarkoituksena ei mitenkään voinut olla sitovien toimien toteuttaminen ja iii) on näin ollen ilmeistä, että toimen toteuttaneella elimellä ei ollut mitään tarkoitusta antaa sitovia säädöksiä.

44. Tällä perusteella on epäilemättä mahdollista todeta, ettei riidanalaisilla ohjeilla itsessään ja sellaisinaan ole sitovia oikeusvaikutuksia.

45. Toisaalta näihin ohjeisiin liittyy kuitenkin tiettyjä mekanismeja, joiden nojalla, luettuna niiden oikeusperustana olevan asetuksen N:o 1093/2010 valossa, voidaan kohtuudella katsoa, että niiden, joita ne koskevat, edellytetään noudattavan niitä.

46. Riidanalaisten ohjeiden 1 osan 1 kohdassa todetaan ensinnäkin asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan 3 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaisesti, että toimivaltaisten viranomaisten ja finanssilaitosten ”on kaikin tavoin pyrittävä noudattamaan ohjeita”. Arvioimatta yksityiskohtaisesti, mitä ilmaisulla ”on kaikin tavoin pyrittävä” nimenomaisesti tarkoitetaan, voidaan olettaa, ettei riidanalaisia ohjeita annettaessa tarkoituksena ollut, että ne, joita nämä ohjeet koskevat, pelkästään jättävät ne huomiotta, varsinkin jos niille on asetettu velvollisuus pyrkiä tällä tavoin noudattamaan näitä ohjeita.

47. Keitä nämä ohjeet toiseksi nimenomaisesti koskevat? Vaikka riidanalaiset ohjeet on muodollisesti osoitettu 11 kohdan mukaan toimivaltaisille viranomaisille ja finanssilaitoksille,<sup>28</sup> on selvää, että velvoitteiden noudattaminen on lopulta finanssilaitosten asiana ja että nämä ohjeet todellisuudessa koskevat niitä. Tämä logiikka perustuu ohjeiden 4 ja 5 osan, jotka on suunnattu yksinomaan pankkituotteiden kehittäjille ja jakelijoille, sisältöön.

48. Systematiikan näkökulmasta ohjeet muistuttavat läheisesti direktiivejä: vaikka ne on muodollisesti osoitettu jäsenvaltiolle, niiden säännöksillä pyritään tulevaisuudessa sääntelemään yksittäisten oikeussubjektien käyttäytymistä eikä näillä jälkimmäisillä ole muuta vaihtoehtoa kuin noudattaa niitä. Nämä velvollisuudet eivät todellisuudessa koske toimivaltaisia viranomaisia. Niiden tehtävänä on ainoastaan päättää näiden ohjeiden noudattamisesta tai noudattamatta jättämisestä. Kun tämä päätös on tehty, alun perin luonteeltaan sitomattomat ohjeet muuttuvat

<sup>25</sup> Kuten ne on määritelty asetuksen N:o 1093/2010 4 artiklan 2 kohdassa (lähinnä kansalliset sääntelyviranomaiset).

<sup>26</sup> Ohjeiden 1 osan 3 kohdassa todetaan kuitenkin, että ”jos ilmoitusta ei toimiteta tähän määräaikaan mennessä, Euroopan pankkiviranomainen katsoo, etteivät toimivaltaiset viranomaiset noudata ohjeita”. On käsitteellisesti varsin kiinnostavaa todeta, että sitomattomien ohjeiden yhdessä kohdassa pyritään muuttamaan asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan 3 kohdan sanamuodossa selvästi asetettua velvollisuutta (tai poikkeamaan tästä velvollisuudesta). Koska 3 kohdassa ei kuitenkaan tosiasiaa aseteta mitään lisävelvollisuutta vaan pikemminkin vapautetaan siitä luomalla *silencio negativo* -olettama, kysymys ei ole teknisesti *uuden* oikeudellisen velvollisuuden asettamisesta. Jäljelle jää ainoastaan hämmennys siitä, miten sitomattomilla ohjeilla voidaan muuttaa asetukseen sisältyvän oikeudellisen velvollisuuden sisältöä.

<sup>27</sup> Ks. ratkaisuehdotukseni asiassa *Belgia v. komissio* (C-16/16 P, EU:C:2017:959, 76–79 kohta).

<sup>28</sup> Asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan 1 kohdassa puolestaan säädetään, että EPV antaa toimivaltaisille viranomaisille *tai* finanssilaitoksille osoitettuja ohjeita.

kuitenkin varsin sitoviksi, koska ”siitä, jota ne muodollisesti koskevat” (toimivaltainen valvontaviranomainen), tulee tosiasiasa ”täytäntöönpanoviranomainen”. Niillä, joita ohjeet todellisuudessa koskevat, eli finanssilaitoksilla on näin ollen hyvin vähän – tai pikemminkin ei lainkaan – valinnanvapautta siltä osin, noudattavatko ne näitä ohjeita.

49. Kun riidanalaisten ohjeiden 6, 7 ja 8 kohtaa lisäksi luetaan yhdessä,<sup>29</sup> ei tämän perusteella ole edes selvää, vapauttaako toimivaltaisen viranomaisen tekemä muodollinen päätös ohjeiden noudattamatta jättämisestä finanssilaitokset tosiasiasa velvollisuudesta ”kaikin tavoin pyr[kiä] noudattamaan näitä ohjeita”. Se, että toimivaltaiset viranomaiset jättävät nämä ohjeet noudattamatta, voisi vastaavasti merkitä pelkästään sitä, että ne eivät tule panemaan niitä täytäntöön, ilman, että tällä olisi vaikutusta finanssilaitosten varsinaisiin velvollisuuksiin. Nämä ohjeet saattavat toisin sanoen alkaa elää omaa elämäänsä finanssilaitosten osalta toimivaltaiten viranomaisten kannasta riippumatta.

50. Edellisen kohdan osalta todettakoon kolmanneksi, että jos toimivaltaiset viranomaiset päättävät noudattaa ohjeita, riidanalaiset ohjeet tosiasiasa sitovat finanssilaitoksia kansallisella tasolla, koska toimivaltainen kansallinen viranomainen on ”pannut ne täytäntöön” tai ”saattanut osaksi kansallista oikeutta”. Käsiteltävässä asiassa ACPR saattoi näiden ohjeiden sisällön tosiasiallisesti finanssilaitoksia sitovaksi Ranskassa todetessaan lausunnossaan noudattavansa riidanalaisia ohjeita. On syytä korostaa tältä osin sitä, että toisin kuin direktiivien osalta, joiden sisältö on saatettava ensin osaksi kansallista lainsäädäntöä, näiden ohjeiden sisältöä sovelletaan kaikkiin ”ACPR:n valvonnassa oleviin luottolaitoksiin, maksulaitoksiin ja sähköisen rahan liikkeeseenlaskijalaitoksiin” ACPR:n lausunnon nojalla.<sup>30</sup>

51. Tätä edellistä kohtaa, joka koskee tosiasiallista täytäntöönpanoa kansallisella tasolla, on syytä tarkentaa. Kun toimivaltainen kansallinen viranomainen on päättänyt noudattaa ohjeita, näiden ohjeiden noudattaminen on pantavissa täytäntöön tässä jäsenvaltiossa. Pääasian käsittelyssä Conseil d’État’n julkisasiamiehen mukaan ohjeiden noudattamatta jättäminen ei voi *suoraan* johtaa seuraamuksen määräämiseen. Ohjeet vastaavat kuitenkin sisällöltään käytännesääntöjä, joita finanssilaitosten tulee noudattaa. Jos finanssilaitokset eivät noudata näitä käytännesääntöjä, tätä voidaan pitää niiden osalta huonona toimintatapana. ACPR voi tällä perusteella antaa yksittäisiä varoituksia, joiden noudattamatta jättäminen mahdollistaisi etenkin kurinpitomenettelyn aloittamisen kyseisten finanssilaitosten osalta.<sup>31</sup>

52. Totean yhteenvetona, että olen samaa mieltä siitä, että SEUT 263 artiklassa tarkoitetun unionin säädöksen, jolla on sitovia oikeusvaikutuksia, perinteisen määritelmän mukaisesti ohjeita, erityisesti tarkasteltuna ainoastaan unionin tasolla, voidaan pitää sitomattomana, todellisena soft law -toimena. Kun testiä sovelletaan käsiteltävän asian kaltaisissa asioissa, tämä perinteinen lähestymistapa ei kuitenkaan tarjoa juurikaan vastauksia vaan sen avulla voidaan lähinnä todeta vakuuttavasti ongelman luonne.

53. Testissä, jonka perusteella arvioidaan, kuuluuko unionin toimi tuomioistuINVALVONNAN piiriin, tulisi keskittyä siihen, voidaanko tointa pitää kohtuudella sellaisena, että sillä ohjataan adressaatteja noudattamaan sitä (tai todellisuudessa jopa velvoitetaan niitä noudattamaan sitä).

<sup>29</sup> Koska riidanalaisten ohjeiden 7 kohdassa todetaan, että toimivaltaiset viranomaiset ”voivat harkita” niiden soveltamista muihin toimijoihin kuin finanssituotteiden valmistajiin ja jakelijoihin näissä ohjeissa mainittujen säännösten osalta, voidaan katsoa, että ohjeet soveltuvat lähtökohtaisesti näihin jälkimmäisiin riippumatta toimivaltaiten viranomaisten kannasta.

<sup>30</sup> Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 20 kohta. Kuten tässä lausunnossa selvästi todettiin, riidanalaiset ohjeet olivat sellaisenaan ilmoituksen ”liitteenä”.

<sup>31</sup> Ks. Bokdamin ratkaisuehdotus, s. 5 (ks. edellä alaviite 23).

Lopputuloksen tulisi perustua mittasuhteisiin ja oikeusvaikutusten jatkumon tunnustamiseen, mutta siinä tulisi kuitenkin loogisesti kiinnittää erityishuomiota niihin nimenomaisiin vaikutuksiin, joita riidanalaisella toimella on sen adressaattien oikeudelliseen asemaan. Jos ongelma liittyy hallinnon hybridimuotoihin, myös vastauksen pitäisi olla luonteeltaan hybridi ja loogisesti mukautettu vastaamaan toimesta aiheutuvien ongelmallisena pidettyjen vaikutusten täsmällistä luonnetta. Kuten äskettäin annetusta tuomiosta Belgia v. komissio ilmenee, unionin tuomioistuin keskittyy kuitenkin edelleen toimeen ja sen toteuttajaan, jotka on erotettu toimen ja sen adressaattien todellisesta tilanteesta, jolloin kierretään kehää, jossa säädöksen luonne määritellään sen antajan tarkoituksen perusteella ja päinvastoin. Lopulta ainoastaan toinen näistä kahdesta lopputuloksesta on mahdollinen tällaisessa mustavalkoisessa maailmassa: toimella on joko täysin sitova oikeusvaikutus tai ei lainkaan tällaisia vaikutuksia.

54. En toista perusteluja, joita unionin tuomioistuin ei ole aiemmin pitänyt vakuuttavina.<sup>32</sup> Selitän pikemminkin, kuinka nämä valinnat vaikuttavat käsiteltävässä asiassa. Unionin ja jäsenvaltion lainsäädäntötaso ja lainkäyttötaso liittyvät läheisesti toisiinsa ainakin ennakkoratkaisumenettelyn yhteydessä. Tämä seikka lisää käsiteltävään asiaan lisätään yhden uuden monitahoisuuden kerroksen, jolloin perinteinen lähestymistapa, jossa unionin säädöstä tarkastellaan ainoastaan ja yksinomaan unionin tasolla, muuttuu ongelmalliseksi: tointa, jota voidaan ehkä edelleen pitää soft law -toimena ainoastaan ja yksinomaan EPV:n ja toimivaltaisten kansallisten viranomaisten osalta tarkasteltuna, muuttuu hyvin erilaiseksi toimeksi jäsenvaltiossa yhtä kerrosta alemmalla tasolla. Tällä tasolla ”sitomaton lainsäädäntö” ei ole ”enää niin sitomatonta” tai se voi jopa muuttua todelliseksi ”sitovaksi lainsäädännöksi”. On huomattava, että unionin oikeus ei varmastikaan ole esteenä tälle. Koko järjestelmä on päinvastoin todellisuudessa suunniteltu toimimaan juuri tällä tavalla.

55. Yhteenvetona voidaan esittää, että ohjeiden todellisten adressaattien eli kansallisella tasolla finanssilaitosten osalta nämä ohjeet eivät selvästikään ole niin ”sitomattomia” kuin toimivaltaisten kansallisten viranomaisten tasolla tarkasteltuna. Lähtöolettamana voidaan kuitenkin esittää, että noudattaen tavanomaista lähestymistapaansa, joka koskee unionin toimia, joilla ei ole sitovia oikeusvaikutuksia, unionin tuomioistuin ei todennäköisesti pidä riidanalaisia ohjeita sitovina eikä niiden näin ollen katsota kuuluvan tuomioistuinvalvonnan piiriin SEUT 263 artiklan nojalla.

### ***B Kolmas ennakkoratkaisukysymys: onko EPV ylittänyt asetuksen N:o 1093/2010 mukaisen toimivaltansa?***

56. FBF:n mukaan riidanalaisilla ohjeilla säännellään tuotehallintaa. Niillä ei ole mitään oikeusperustaa siltä osin kuin ei voida katsoa, että ne olisi annettu asetuksen N:o 1093/2010 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksytyjen säädösten täytäntöönpanemiseksi, koska nämä säädökset koskevat lähinnä yritysten hyvää hallintotapaa. On todennäköisempää, että EPV on riidanalaiset ohjeet antaessaan ottanut vaikutteita direktiivistä 2014/65/EU,<sup>33</sup> joka koskee finanssituotteiden hallintaa ja jossa ”kohdemarkkinan” käsite sekä kehittäjien ja jakelijoiden välinen ero ovat keskeisiä.

<sup>32</sup> Ratkaisuehdotukseni Belgia v. komissio (C-16/16 P, EU:C:2017:959).

<sup>33</sup> Rahoitusvälineiden markkinoista sekä direktiivin 2002/92/EY ja direktiivin 2011/61/EU muuttamisesta 15.5.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 173, s. 349).

57. Komissio yhtyy pääasiallisesti FBF:n näkemykseen. Se katsoo kuitenkin, että riidanalaiset ohjeet eivät ole – siltä osin kuin ne koskevat direktiivin 2014/17 7 artiklan 1 kohtaa – täysin EPV:n toimivallan ulkopuolella. Tämä direktiivi antaa mahdollisuuden tuotehallinnan sääntelyyn, kohdemarkkinoiden yksilöimiseen sekä kehittäjien ja jakelijoiden välisen eron määrittelyyn. Muilta osin ohjeet ovat kuitenkin EPV:n toimivallan ulkopuolella, ja ne tulisi komission mukaan todeta pätemättömiksi.

58. ACPR, Ranskan ja Puolan hallitukset sekä EPV ovat toista mieltä. ACPR:n, Ranskan hallituksen ja EPV:n mukaan EPV voi antaa ohjeita asetuksen N:o 1039/2010 1 artiklan 2 kohdassa mainittujen säädösten varsinaisen soveltamisalan ulkopuolella, koska tämän asetuksen 1 artiklan 3 kohdassa laajennetaan EPV:n valtuuksia kysymyksiin, joita nämä säädökset eivät koske. Tuotehallinta ja yritysten hyvä hallintotapa liittyvät joka tapauksessa toisiinsa, joten riidanalaisien ohjeiden ei voida katsoa olevan EPV:n toimivallan ulkopuolella. Samojen väliintulijoiden ja Puolan hallituksen mukaan EPV:n toiminta on niin ikään lainmukaista, koska asetuksella N:o 1093/2010 pyritään nimenomaisesti suojaamaan kuluttajia. EPV:llä oli valtuus antaa riidanalaiset ohjeet siltä osin kuin niillä pyritään tämän tavoitteen saavuttamiseen. ACPR:n ja EPV:n mukaan EPV:n valtuutta antaa ohjeita olisi näin ollen *arvioitava yleisesti*. Tällaisen yleisen arvioinnin perusteella voitaisiin päätellä, että EPV:llä oli toimivalta antaa riidanalaiset ohjeet.

59. Seuraavissa jaksoissa esitän näkemykseni, joka poikkeaa ACPR:n, Ranskan ja Puolan hallitusten sekä EPV:n näkemyksestä. Vaikka riidanalaiset ohjeet voisivat yleisesti arvioituna suunnilleen kuulua asetuksen N:o 1093/2010 soveltamisalaan (1), selitän, miksi tällainen lievä tai salliva arviointi ei mielestäni ole perusteltu sitomattomien toimien yhteydessä (2). Ottaen huomioon riidanalaisien ohjeiden yhteensopimattomuus asetuksen N:o 1093/2010 kanssa jäljelle jää vielä kysymys siitä, minkälaiseen lopputulokseen tulisi muodollisesti päätyä tällaisen toteamuksen perusteella (3).

### *1. Riidanalaisien ohjeiden yhteensopivuus asetuksen N:o 1093/2010 kanssa EPV:n toimivallan osalta*

60. Riidanalaiset ohjeet koskevat tuotehallinnan perustamista vähittäispankkituotteille. Näissä ohjeissa suositellaan erityisesti, että kehittäjien tulisi määrittää merkitykselliset kohdemarkkinat ja varmistaa, että tuotteet soveltuvat näille markkinoille.<sup>34</sup> Ohjeissa suositellaan myös tuotetestausta, jotta voidaan arvioida, miten tuote vaikuttaisi sen kuluttajiin erilaisissa skenaarioissa.<sup>35</sup> Lisäksi kehittäjien tulisi valita tietyille kohdemarkkinoille soveltuvat jakelijat ja antaa näille jakelijoille asianmukaiset tiedot tuotteen ominaisuuksista ja riskeistä kuluttajille.<sup>36</sup> Pankkituotteiden jakelijoiden tulisi puolestaan kertoa kuluttajille kyseisen tuotteen keskeisistä ominaisuuksista ja riskeistä.<sup>37</sup>

61. Riidanalaisien ohjeiden 2 osan 6 kohdan mukaan nämä ohjeet koskevat kuluttajille tarjottavien ja myytävien tuotteiden kehittäjiä ja jakelijoita ottaen huomioon seuraavien säädösten neljä säännöstä eli direktiivin 2013/36 74 artiklan 1 kohta, direktiivin 2007/64 10 artiklan 4 kohta, direktiivin 2009/110 3 artiklan 1 kohta ja direktiivin 2014/17 7 artiklan 1 kohta. Toimivaltaiset viranomaiset voivat myös ”harkita näiden ohjeiden

<sup>34</sup> Ohje 3.

<sup>35</sup> Ohje 4.

<sup>36</sup> Ohje 7 ja 8.

<sup>37</sup> Ohje 12.

soveltamista muihin toimivaltansa piiriin kuuluviin toimijoihin, jotka eivät kuulu edellä mainittujen säännösten soveltamisalaan mutta joiden osalta toimivaltaisilla viranomaisilla on valvontavastuu”.<sup>38</sup>

62. Kun vertaillaan ohjeiden soveltamisalaa ja tosiasiallista sisältöä, näyttäisi varsin selvältä, kuten FBF ja komissio ovat lähinnä esittäneet, että riidanalaisen ohjeiden oikeusperustan valossa niissä mennään asetuksessa N:o 1093/2010 sallittua pidemmälle.

63. Asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan 1 kohdan mukaan ”[EPV] antaa toimivaltaisille viranomaisille tai finanssilaitoksille osoitettuja ohjeita ja suosituksia yhdenmukaisten, tehokkaiden ja toimivien valvontakäytäntöjen aikaansaamiseksi EFVJ:ssä sekä unionin oikeuden yhteisen, yhtenäisen ja johdonmukaisen soveltamisen varmistamiseksi”.

64. Asetuksen N:o 1093/2010 1 artiklan 2 kohdan mukaan EPV toimii tällä asetuksella uskottujen valtuuksien puitteissa *ja* useiden tässä kohdassa lueteltujen säädösten *sekä* mahdollisten muiden oikeudellisesti sitovien unionin säädösten, joissa EPV:lle annetaan tehtäviä, soveltamisalalla. Asetuksen N:o 1093/2010 1 artiklan 3 kohdan mukaan EPV toimii myös useiden tässä säännöksessä mainittujen finanssilaitosten toimialoilla ”niiden kysymysten osalta, joita 2 kohdassa tarkoitettujen säädösten eivätkä suoraan koske – – *edellyttäen*, että [EPV:n] tällaiset toimet ovat *tarpeen mainittujen säädösten* tehokkaan ja johdonmukaisen soveltamisen varmistamiseksi”.<sup>39</sup>

65. Tästä sanamuodosta ilmenee varsin selvästi, että riippumatta toimen luonteesta EPV:n tulee ainoastaan toimia näissä säädöksissä asetetuissa (aineellisissa) rajoissa. Asetuksen N:o 1093/2010 useissa muissa säännöksissä, jotka koskevat EPV:n tehtäviä ja valtuuksia, vahvistetaan myös, että näissä säädöksissä asetetaan EPV:n toimintakenttä.<sup>40</sup> Riidanalaisia ohjeita on näin ollen arvioitava näiden säädösten sisällön ja soveltamisalan valossa.

66. Direktiivit 2013/36, 2007/64 ja 2009/110,<sup>41</sup> jotka mainitaan erityisesti riidanalaisissa ohjeissa sen soveltamisalan yhteydessä, vaikuttavat kaikki olevan asetuksen N:o 1093/2010 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuja lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksytyjä säädöksiä.<sup>42</sup> EPV voi näin ollen lähtökohtaisesti antaa ohjeita näiden säädösten täydentämiseksi.

67. Näiden säädösten kohteen ja ohjeiden aiheen välillä on kuitenkin selvä epäsuhta. Kun ohjeissa esitetään tiettyjä ”sääntöjä”, jotka koskevat *tuotehallintaa*, kaikki nämä säädökset koskevat *yritysten* hyvää hallintotapaa ja niissä säädetään erityisesti finanssilaitosten sisäisistä menettelytavoista, selkeästä organisaatorakenteesta, jossa vastuualueet on määritelty johdonmukaisesti, riskinhallintamenettelyistä ja vakavaraisuudesta. On epäselvää, miten *tuotehallintaa* koskevat ohjeet edistävät *yritysten* hyvää hallintotapaa koskevien säädösten tehokasta ja johdonmukaista soveltamista ainakaan lyhyellä aikavälillä. Kun nämä jälkimmäiset säädökset koskevat riskejä, joita liittyy yritysten huonoon hallintotapaan pitkällä aikavälillä (mikä on näin ollen rakenteellinen kysymys), riidanalaisilla ohjeilla pyritään sääntelemään

<sup>38</sup> Ks. riidanalaisen ohjeiden 7 kohta.

<sup>39</sup> Korostus tässä.

<sup>40</sup> Ks. mm. asetuksen N:o 1093/2010 II luvun 8 artiklan 1 kohdan a ja b alakohta; 9 artiklan 5 kohta; 10 artiklan 1 kohta; 15 artiklan 1 kohta sekä 17 artiklan 1 ja 6 kohta.

<sup>41</sup> Erityisesti ohjeiden 2 osan 6 kohdassa lueteltu 74 artiklan 1 kohta, 10 artiklan 4 kohta ja 3 artiklan 1 kohta.

<sup>42</sup> Asetuksen N:o 1093/2010 1 artiklan 2 kohdan ajallisesti sovellettavassa versiossa ei mainita direktiiviä 2010/64 vaan sen sijaan direktiivi 2015/2366, koska ensin mainittu direktiivi on korvattu jälkimmäisellä direktiivillä.



tuotehallinnan sisäisiä menettelyjä, jotka vaikuttavat lopputulokseen lyhyellä aikavälillä. Riskin luonne (ja aste), jota säännellään yhtäältä riidanalaisilla ohjeilla ja toisaalta asetuksen N:o 1093/2010 1 artiklan 2 kohdassa mainituissa säädöksissä, ovat näin ollen erilaisia.

68. Tuotehallinnan ja *yriytysten hyvän hallintotavan* erilaisuus sääntelyn kohteena ei ole pelkästään akateeminen kysymys. Tätä eroa voidaan havainnollistaa analogisella esimerkillä toiselta alalta, kuten autoteollisuudesta. Yriytysten hyvä hallintotapa edellyttää, että autonvalmistajat soveltavat valvontamekanismeja tuotannon kaikissa vaiheissa, että niillä on läpinäkyvä organisaatorakenne, että ne määrittelevät selkeästi, kuka vastaa mistäkin, ja että niillä on käytössään menetelmät mahdollisten ongelmien ratkaisemiseksi ja niin edelleen. Kaikki nämä säännöt liittyvät yrityksen moitteettomaan toimintaan. Tuotehallinta edellyttää sitä vastoin, että autonvalmistajat yksilöivät uuden auton merkitykselliset kohdemarkkinat, että ne arvioivat, miten uusi automalli sopii olemassa olevaan autovalikoimaan, ja voiko liian monen vaihtoehtoisen automallin olemassaolo estää kuluttajia tekemästä perusteltua päätöstä. Tällaiset ”säännöt” eivät mitenkään liity yrityksen sisäiseen toimintaan. Niillä pyritään sääntelemään yritysten päätöksentekoa kuluttajille tarjottavien tuotteiden laadun osalta. Yriytysten hyvää hallintoa koskevat säännöt liittyvät toisin sanoen sisäisten prosessien ja mekanismien laatuun, joilla pyritään varmistamaan yrityksen moitteeton toiminta. Tuotehallintaa koskevat säännöt koskevat lähinnä autojen markkinointiin liittyviä yrityksen valintoja.

69. Yhdyn myös FBF:n näkemykseen, jonka mukaan näiden säädösten kohde eroaa direktiivin 2014/65, jolla säännellään erityisesti sijoituspalveluiden tarjoajien markkinoimien finanssituotteiden hallintaa, kohteesta.<sup>43</sup> EPV ei näin ollen voisi lainmukaisesti antaa ohjeita pankkituotteiden hallinnasta.

70. Kuten komissio ja osittain myös kansallinen tuomioistuin sitä vastoin myönsivät, direktiivin 2014/17 7 artiklan 1 kohta, joka myös erityisesti mainitaan riidanalaisien ohjeiden 2 osan 6 kohdassa, koskee selvästi tuotteita, erityisesti luottotuotteita. Se voisi näin ollen mahdollisesti ainakin osittain olla asianmukaisena oikeusperustana riidanalaisille ohjeille.

71. Direktiivi 2014/17 ei kuitenkaan koske tuotehallintaa samalla tavalla kuin riidanalaiset ohjeet. Tässä direktiivissä sen sijaan säännellään luotonantajien toimintaa yksittäisissä tapauksissa ja menettelyä, jossa päätetään luoton myöntämisestä tai myöntämättä jättämisestä tietyille asiakkaalle. Vaikka direktiivin 2014/17 eräissä säännöksissä lisäksi annetaan EPV:lle valtuus antaa tiettyjä sääntöjä,<sup>44</sup> mikään näistä säännöksistä ei erityisesti koske tuotehallintasääntöjä eikä niissä mainita niitä koskevien sääntöjen antamista.

72. Mielestäni on näin ollen ongelmallista nojautua tarkastelussa, joka koskee EPV:n toimivaltaa antaa riidanalaiset ohjeet, direktiiviin 2014/17. Vaikka direktiivi 2014/17 tunnustettaisiin käsiteltävässä asiassa todelliseksi oikeusperustaksi, mitä se ei ole, ihmettelen, mihin se, että yksi neljästä sääntelyn kohteesta osoittautuu perustelluksi, voisi käytännössä johtaa. Komission väitteet havainnollistavat tätä kysymystä varsin hyvin.

73. Komissio on väittänyt, että unionin tuomioistuimen tulisi katsoa, että riidanalaiset ohjeet ovat pätemättömiä *siltä osin kuin ne koskevat* i) direktiivin 2007/64 10 artiklan 4 kohtaa; ii) direktiivin 2009/110 3 artiklan 1 kohtaa ja iii) direktiivin 2013/36 74 artiklan 1 kohtaa. Komissio katsoi

<sup>43</sup> Asetuksen N:o 1093/2010 1 artiklan 2 kohdassa ei mainita tätä kysymystä, koska direktiivissä 2014/65 tosiasiaa annetaan valtuus EPV:n sijasta Euroopan arvopaperimarkkinaviranomaiselle (ESMA) antaa ohjeita tuotehallinnasta. Ks. tästä ESMAn 2.6.2017 antamat toisen rahoitusmarkkinadirektiivin tuotevalvontavaatimuksia koskevat ohjeet (ESMA35-43-620).

<sup>44</sup> Kuten direktiivin 2014/17 29, 34 ja 37 artiklassa ja liitteessä 2.

samalla myös, että unionin tuomioistuimen tulisi todeta, että riidanalaiset ohjeet ovat päteviä *siltä osin kuin ne koskevat* direktiivin 2014/17 7 artiklan 1 kohtaa (tai pikemminkin, jos toistetaan komission ehdotus kokonaisuudessaan, ettei tämän kohdan tarkastelussa ole ilmennyt mitään seikkoja, joiden perusteella olisi syytä epäillä ohjeiden pätevyyttä).

74. Minun on myönnettävä, että on vaikea ymmärtää, mitä tällaisen tuomion tuomiolauselma käytännössä merkitsisi. Merkitsisikö se sitä, että ohjeet ovat yhä ”päteviä” mutta niiden soveltamisalaa rajoitetaan oikeuskäytännössä ainoastaan kuluttajille tarkoitettuihin kiinteää asunto-omaisuutta koskeviin luottosopimuksiin? Voitaisiinko ohjeita siten soveltaa edelleen finanssilaitoksiin, kun ne tarjoavat näitä tiettyjä tuotteita? Vai pitäisikö yksityiskohtia tarkastella tältä pohjalta perusteellisemmin ja yksittäisiä ohjeita arvioida yksitellen?

75. Tällaisten näkökohtien vuoksi ainoa järkevä vaihtoehto näyttäisi olevan se, että ohjeet ovat joko kokonaisuudessaan päteviä tai pätemättömiä. Mielestäni riidanalaiset ohjeet eivät lainkaan kuulu asetuksessa N:o 1093/2010 mainittujen säädösten tai niiden säädösten, joissa EPV:lle annetaan tiettyjä tehtäviä, soveltamisalaan. EPV on näin ollen ylittänyt toimivaltansa antaessaan ohjeet, joiden kohde ei kuulu näiden säädösten soveltamisalaan.

## 2. Millainen valvonnan intensiteetti sitomattomien unionin toimien osalta?

76. Jos käsiteltävässä asiassa sovellettaisiin *tavanomaista tarkastelua*, päädyttäisiin edellä tehtyyn välipäätelmään. Tarkoitan ”tavanomaisella” sellaista valvontaa, jonka unionin tuomioistuin yleensä suorittaa ja samalla intensiteetillä kuin valvoessaan niiden toimien pätevyyttä, joilla on sitovia oikeusvaikutuksia.<sup>45</sup>

77. Kannattaa kuitenkin pohtia sitä, tuleeko toimien, joilla ei väitetysti ole mitään sitovia oikeusvaikutuksia, osalta ensinnäkään suorittaa tällaista tavanomaista tarkastelua. Lyhyesti sanottuna, jos toimi ei ole sitova, miksi unionin tuomioistuimen tai kenenkään muunkaan pitäisi välittää siitä? Miksi on tarpeen valvoa, onko unionin elin toiminut toimivaltansa rajoissa, jos kenenkään ei tarvitse mitenkään ottaa huomioon sitä, mitä se on todennut? Näiden näkökohtien perusteella ainakin todellisia soft law -toimia tulisi valvoa varsin *suppeasti*, jos lainkaan.

78. ACPR:n ja EPV:n istunnossa esittämän logiikan mukaisesti sitomattomien unionin toimien osalta valvonnan tason tulisi olla pääasiallisesti alempi kuin sitovien toimien osalta – sitomattomia toimia olisi arvioitava ainoastaan *yleisesti*. Tällä väitteellä esitetään lähinnä, että vaikka sitomattomat toimet eivät tiukasti katsottuna kuulu EPV:n toimivaltaan, se, että ne voivat kuitenkin *suunnilleen* kuulua sen toimivaltaan, on riittävää EPV:n ohjeiden lainmukaisuuden toteamiseksi. Varsinkin toimivallanjaon osalta sitomattomien toimien antajilla tulisi olla jotain liikkumavaraa sen sijaan, että niille asetetaan tiukat rajat. Näiden toimien kumoamisen tulisi näin ollen käytännössä tapahtua ainoastaan silloin, kun ne ovat *ilmeisesti* niiden antajalle myönnettyjen valtuuksien ulkopuolella.

79. Tietystä näkökulmasta tarkasteltuna tuotehallinta ei nimittäin ehkä eroakaan niin paljon yritysten hyvästä hallintovasta, jos niitä tarkastellaan abstraktisti ja teleologisesti. Molemmat vaikuttavat finanssijärjestelmän vakauteen. Kuten EPV huomautti istunnossa, ohjeiden yleisenä tavoitteena on suositella sisäisiä prosesseja, joilla poistetaan liialliset riskit, koska varomaton

<sup>45</sup> Ks. yleisesti SEUT 263 artiklan mukaisen tuomioistuINVALVONNAN intensiteetin vaihtelun tunnustamisen osalta esim. tuomio 18.3.2014, komissio v. parlamentti ja neuvosto (C-427/12, EU:C:2014:170, 40 kohta) tai tuomio 30.4.2019, Italia v. neuvosto (Välimeren miekkakalan kalastuskiintiö) (C-611/17, EU:C:2019:332, 57 ja 120 kohta).

riskinotto aiheutti vuoden 2008 talouskriisin. Tehokas tuotehallinta ja järjestelyt, joilla varmistetaan se, että finanssituotteet vastaavat kohdemarkkinoiden vaatimuksia, ovat omiaan edistämään finanssilaitosten taloudellista suorituskykyä ja vähentämään konkurssien riskiä.

80. Kuten ACPR, Ranskan ja Puolan hallitukset sekä EPV ovat väittäneet, EPV:n ohjeiden voidaan vastaavasti edelleen katsoa kuuluvan EPV:n toimivaltaan, koska asetuksen N:o 1093/2010 nimenomaisena tavoitteena on kuluttajien suojaaminen. On totta, että kuluttajansuoja on asetuksen N:o 1093/2010 tärkeänä tavoitteena. Tavoite mainitaan 1 artiklan 5 kohdan f alakohdassa<sup>46</sup> ja ennen kaikkea 9 artiklassa, jossa säädetään ”kuluttajansuoja[sta] ja finanssialan toimintaan liittyv[istä] tehtäv[istä]”. Tällä kattavalla tavoitteella voidaan perustella EPV:n toimintaa laajalla alueella.

81. Ymmärrän täysin nämä argumentit. En kuitenkaan voi yksinkertaisesti yhtyä niihin käsiteltävässä asiassa tai yleisesti.

82. Mielestäni tiettyjen ohjeiden osalta ei tule omaksua EPV:n toiminta-alan laajaa teleologista tulkintaa epämääräisesti määriteltyjen ”yleisten tavoitteiden” perusteella riidanalaisten ohjeiden vahvistamiseksi. Tällainen EPV:n sääntelytoiminnan kauaskantoinen tulkinta laajasti määriteltyjen tavoitteiden perusteella ei ole kestävä asetuksen N:o 10393/2010 9 artiklan 1 kohdan valossa tarkasteltuna. Tämän säännöksen mukaisesti EPV:n asema vaikuttaisi varsin rajatulta. Sen tehtävänä on kerätä ja analysoida tietoja kulutuksen muutoksista, tarkastella ja sovittaa yhteen valistusta koskevia aloitteita ja kehittää koulutustavoitteita. Vaikka tämä luettelo ei ole tyhjentävä, siinä kuvataan ”kuluttajansuojaa” koskevan otsikon alla EPV:lle kuuluvia hyvin erityyppisiä toimia ja toimintoja.

83. Todettakoon lisäksi, että liiallinen riski on luonnollisesti vaarallista. Jokaiseen liiketoimintapäätökseen liittyy kuitenkin riskejä. Tällaisten riskien toteutumisen mahdollisuus ei riitä perusteluksi sille, että unionin virasto voisi säännellä kaikkia näitä riskejä varsinkaan ”pelkillä” ohjeilla. Jos tuotehallinnan ja yritysten hyvän hallintotavan katsotaan olevan niin läheisessä yhteydessä toisiinsa, että EPV:n toimintaa tuotehallinnan osalta voitaisiin perustella yritysten hyvää hallintotapaa koskevien säädösten nojalla, EPV voisi tällöin antaa mahdollisesti rajoituksetta sääntöjä monenlaisissa tilanteissa, joilla ei ole mitään tekemistä yritysten hyvän hallintotavan kanssa tiukasti katsottuna. Olisiko EPV:llä valtuus ryhtyä antamaan ohjeita myös henkilöstön valinnasta ja ylentämisestä, ohjelmistojen tuottajien valinnasta, neuvontapalveluiden toiminnasta tai kalusteiden hankintamenettelyistä? Ehkäpä EPV:n tulisi tässä yhteydessä voida säännellä myös turvavöiden turvallisuutta finanssilaitosten johtoportaan käyttämissä työsuohdeautoissa. Jollei tällaisia henkilöitä, jotka ovat keskeisiä finanssisektorin vakauden kannalta, suojella riittävästi valitettavilta auto-onnettomuuksilta, tämä myös voisi merkitä eräänlaista uhkaa sektorin vakaudelle.

84. Jos sitomattomien säädösten tuomioistuINVALVONTA on suoritettava SEUT 267 artiklan nojalla (kuten unionin tuomioistuin on edellyttänyt), voidaan lisäksi esittää yleisesti lukuisia ja melko hankalia perusteluja sille, miksi tämän valvonnan tulisi olla luonteeltaan tavanomaista.

<sup>46</sup> On huomattava, että 1 artiklan 5 kohdan f alakohdan englanninkielinen versio, jossa alun perin viitattiin *asiakkaiden* suojaan (customer protection), ja muut kieliversiot (kuten ranskan-, saksan-, italian-, espanjan-, hollannin- tai tšekinkieliset versiot), joissa viitattiin *kuluttajansuojaan* (consumer protection), näyttäisivät poikkeavan toisistaan. On kiinnostavaa, että muun muassa asetuksen N:o 1093/2010 muuttamisesta 18.12.2019 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EU) 2019/2175 (EUVL 2019, L 334, s. 1) tehtyjen viimeisten muutosten jälkeen saman säännöksen sanamuoto on nyt ”parantaa asiakkaiden ja kuluttajien suojaa”. En esitä mitään huomautuksia tämän eron perusteella. On ainoastaan kiinnostavaa todeta lainsäädäntötekniikka, jolla kielellisiä eroja selvennetään sisällyttämällä kaikki erilaiset käsitteet säännökseen.

85. Ensinnäkin se, että toimielinten ja laajemmin katsottuna unionin lukuisten elinten sallitaan toteuttaa ”oikeudellisesti sitomattomia” toimia, joiden tuomioistuINVALVONTA on rajoitettua (esimerkiksi siten, että toimivaltaa ei lainkaan valvota), johtaisi ainoastaan ”kryptolainsäädännön” määrän lisääntymiseen unionissa soft law’n muodossa. Kuten olen selittänyt ratkaisuehdotuksessani *Belgia v. komissio*,<sup>47</sup> unionin elimet voivat luoda soft law -toimilla rinnakkaisia sääntöjä, joilla ohitetaan lainsäädäntöprosessi ja joilla voi olla vaikutusta toimielinten väliseen tasapainoon.

86. Tällaiset käytännöt eivät toiseksi vaikuta ainoastaan toimielinten väliseen (horisontaaliseen) tasapainoon vaan ennen kaikkea ketjun loppupäässä sääntöjen yleiseen legitimitettiin. Unionin virastojen määrän lisääntyminen on johtanut legitimitettiin koskeviin huoliin delegoidun hallinnollisen vallan käytön osalta. On näin ollen varmistettava, ettei tällainen vallan käyttö jää valvonnan ulkopuolelle edes nimellisesti sitomattomien unionin toimien osalta.<sup>48</sup>

87. Näillä argumenteilla on kolmanneksi erityistä vetovoimaa tilanteessa, jossa useilla uusilla politiikan aloilla jo selvästi ”turvaudutaan soft law -toimiin” – pankkiunioni ja finanssivalvonta ovat kuvaavia esimerkkejä tästä ilmiöstä. Tässä yhteydessä on paradoksaalista todeta, että vaikka Lissabonin sopimuksessa unionin tuomioistuimelle viimeinkin annettiin lähtökohtaisesti täysi toimivalta kaikkien unionin elinten ja toimielinten toimien osalta lakkauttamalla pilarirakenne,<sup>49</sup> joka oli oikeussuojan kannalta todellakin puutteellinen, sama ongelma saattaa nyt tulla uudelleen esiin sisäisesti, koska unionin toiminnan aloja, joilla säännellään yksityisten käyttäytymistä, jälleen kerran tosiasiasa suljetaan kaiken valvonnan ulkopuolelle, mutta tällä kertaa unionin tuomioistuimen omasta aloitteesta.

88. Voidaan neljänneksi esittää vielä argumentti, joka koskee erityisesti unionin virastoja unionin toimielinten sijasta. Vaikka kaikkien unionin elinten on nimittäin noudatettava annetun toimivallan periaatetta, unionin virastoille annetaan lisäksi usein erityinen ja varsin suppea toimivalta. Perustuslaillisen perusteen ohella, jonka mukaan tällaisiin rakenteisiin ei tule soveltaa pelkästään suppeaa valvontaa, voidaan esittää myös käytännöllisempi peruste. Kysymys on ”soft law -toimien kattaman alan täyttymisen” riskistä. Tilanteessa, jossa usealla virastolla tai elimellä on päällekkäisiä toimivaltuuksia, joiden vuoksi ne sääntelevät samoja tai läheisiä kysymyksiä (kuten jälleen pankki- ja finanssialalla), tällaisten toimivaltuuksien tulkitseminen varsin korkealla abstraktiotasolla ja abstraktien tavoitteiden saavuttamisen kannalta johtaisi ainoastaan päällekkäisten tai jopa ristiriitaisten soft law -toimien toteuttamiseen.

89. Ymmärrän kyllä tällaisen toteamuksen erityisluonteen: kuinka sitomattomat toimet voivat määritelmänsä mukaisesti olla *ristiriidassa* keskenään? Se, mikä ei ole oikeudellisesti sitovaa, ei voi olla ristiriidassa, koska sillä ei voi luoda mitään oikeudellisia velvollisuuksia. Onko tällöin olemassa mitään, joka voi sinänsä olla ristiriidassa?

90. Ongelmana on viidenneksi ja lopuksi, että unionin tuomioistuin on ilmeisesti kieltäytynyt hyväksymästä tätä logiikkaa, kuten viimeksi tuomiossa *Belgia v. komissio* on vahvistettu. Ehdotin nimittäin kyseisessä asiassa antamassani ratkaisuehdotuksessa<sup>50</sup> mahdollisuutta nojautua unionin

<sup>47</sup> C-16/16 P (EU:C:2017:959, 93–95 kohta).

<sup>48</sup> Ks. tästä tuomio 13.6.1958, *Meroni v. korkea viranomainen* (9/56, EU:C:1958:7); tuomio 14.5.1981, *Romano* (98/80, EU:C:1981:104) ja tuomio 22.1.2014, *Yhdistynyt kuningaskunta v. parlamentti ja neuvosto* (C-270/12, EU:C:2014:18).

<sup>49</sup> Ks. tästä ratkaisuehdotukseni *Unkari v. parlamentti* (C-650/18, EU:C:2020:985, 33–37 kohta).

<sup>50</sup> Ratkaisuehdotus *Belgia v. komissio* (C-16/16 P, EU:C:2017:959, 144–171 kohta).

oikeuden toimen muotoon, jonka nojalla voitaisiin määritellä, kuinka sen sisältöä käsitellään. Jos tointa näin ollen kutsutaan ”ohjeeksi”, on katsottava, että sillä ei ole mitään oikeusvaikutuksia ja että kaikilla on oikeus jättää se täysin huomiotta, koska se on ohje.

91. Unionin tuomioistuin kuitenkin edellytti aikaisemman lähestymistavan soveltamista, jonka mukaisesti on ensin tutkittava kussakin yksittäistapauksessa ja riippumatta toimen muodollisesta nimestä, onko kyseessä ”todellinen” vai ”näennäinen” soft law -toimi.<sup>51</sup> Tällaisesta lähestymistavasta seuraa kuitenkin väistämättä, että ennen sen vahvistamista, onko tietty toimi todellinen soft law -toimi, ei voida sulkea pois sitä, että tästä toimesta voi tosiasiasa aiheutua sitovia oikeudellisia velvollisuuksia. On näin ollen varmasti mahdollista, että unionin sääntöjen luonteesta riippumatta niiden adressaatit joutuvat todellisuudessa asemaan, jossa ne eivät voi tietää, mikä on muodollisesti sitovaa, eivätkä aineellisten velvollisuuksiensa osalta sitä, mitä mahdollisesti keskenään ristiriitaisista ohjeista niiden tulisi noudattaa.

92. Lopuksi palatakseni EPV:n tapaukseen, näyttäisi siltä, että unionin lainsäätäjä on itse alkanut tunnustaa, että ongelmia voi mahdollisesti esiintyä, ja osoittanut haluavansa tarkkailla lähemmin EPV:n toimintaa. Asetusta N:o 1093/2010 on sittemmin muutettu asetuksella 2019/2175. Muutoksen seurauksena uudessa asetuksen N:o 1093/2010 60 a artiklassa, jonka otsikkona on ”[EPV:n] toimivallan ylittäminen” ja jota ei kylläkään voida soveltaa nyt käsiteltävässä asiassa, säädetään – vaikka se ei ole ajallisesti sovellettavissa käsiteltävässä asiassa – että ”luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, joka katsoo, että [EPV] on 16 – – artiklan nojalla toimiessaan ylittänyt toimivaltansa – – voi lähettää komissiolle perustellun neuvon, jos asia koskee kyseistä henkilöä suoraan ja erikseen”.<sup>52</sup>

93. Tämä kaikki on jälleen pelkkää porrastamista todellisten soft law -toimien osalta. Asetuksen N:o 1093/2010 V luvussa, jonka otsikkona ”Oikeussuojakeinot”, on säännös, jossa lähdetään olettamasta, että kun toteutetaan toimia, joiden tulisi olla tämän asetuksen 16 artiklan mukaisia oikeudellisesti sitomattomia ohjeita ja suosituksia tai 16 a artiklan mukaisia sitomattomia lausuntoja, EPV voi ylittää toimivaltansa, joten tarvitaan oikeussuojakeinoja. Mikä sitten onkaan tällaisen säännöksen systeemisena tarkoituksena, on kohtuullista olettaa, että sitä ei olisi sisällytetty, ellei unionin lainsäätäjä olisi katsonut, että ongelmia saattaa esiintyä. Jäljelle jää vain varmuus siitä, ettei komissiolle todennäköisesti tule paljoakaan postia, jos edellytyksenä sille, että henkilö voi lähettää kirjeen komissiolle, on etenkin se, että ongelmallinen toimi ”koskee [häntä] suoraan ja erikseen”, varsinkin jos näiden käsitteiden tulkinnassa nojaututaan unionin tuomioistuimen SEUT 263 artiklan neljättä kohtaa koskevaan vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön.

94. Kaikki nämä seikat huomioon ottaen minun on katsottava, että on tärkeää, että unionin virastojen antamat sitomattomat toimet ovat *tavanomaisen* tuomioistuinvalvonnan kohteena, ainakin virastojen toimivallan osalta, jotta nämä virastot eivät lainvastaisesti loukkaa toisten unionin elinten tai toimielinten toimivaltaa.

<sup>51</sup> Tuomio Belgia v. komissio, 29 ja 32 kohta.

<sup>52</sup> Ks. myös asetuksen 2019/2175 johdanto-osan viides perustelukappale: ”Euroopan valvontaviranomaisten toimien ja toimenpiteiden, muun muassa ohjeiden – – sisällön ja muodon olisi aina perustuttava perustamisasetusten 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuihin lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksytyihin säädöksiin ja pysyttävä kyseisten säädösten rajoissa tai kuuluttava Euroopan valvontaviranomaisten toimivallan piiriin.” Ks. myös uuden 16 artiklan 1 kohdan toinen alakohta: ”Ohjeiden ja suositusten on oltava 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuissa lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksytyissä säädöksissä tai tässä artiklassa olevien valtuutuksien mukaisia.”

### 3. Mikä on tällaisen valvonnan (muodollinen) lopputulos?

95. Sitomattomien toimien tuomioistuinvalvonnan osalta tulee lopuksi esiin kysymys siitä, millainen on lopputulos silloin, kun on esitetty ennakkoratkaisupyyntö tällaisen toimen pätevyyden osalta. Mikä on lopputulos silloin, kun i) riidanalainen unionin toimi ei ole oikeudellisesti sitova, siitä ei voida näin ollen nostaa SEUT 263 artiklan mukaista kumoamiskannetta eikä sitä voida muodollisesti kumota tällaisessa menettelyssä, mutta ii) unionin tuomioistuin on todennut toimen toteuttaneen viranomaisen toimivallan puuttumisen SEUT 267 artiklan nojalla esitetyn ennakkoratkaisupyynnön yhteydessä?

96. Kahta lopputulosta voidaan pitää uskottavana. Oikeudellisesti sitomaton unionin toimi voidaan ensinnäkin todeta pätemättömäksi, mikä on tavanomainen lopputulos muiden (sitovien) unionin oikeuden toimien osalta, jotka on mahdollisesti todettu puutteellisiksi SEUT 267 artiklan nojalla. Tällaisen toimen pätevyyttä koskeva kysymys voidaan toiseksi muotoilla tosiasiasa uudelleen SEUT 267 artiklan mukaiseksi tulkintakysymykseksi, joka voi koskea joko itse kyseisen sitomattoman unionin toimen tulkintaa tai (sitovan) oikeusperustan, jonka nojalla tämä toimi annettiin (käsiteltävässä asiassa asetus N:o 1093/2010), tulkintaa.

97. Jälkimmäisen skenaarion mukainen ensimmäinen vaihtoehto voitaneen hylätä suoraan: jos unionin tuomioistuin katsoisi, että viranomaisen ylitti toimivaltansa sitomattoman unionin oikeuden toimen antaessaan, en ymmärrä, miten unionin tuomioistuin voisi tämän jälkeen tosiasiasa ryhtyä muotoilemaan uudelleen ”tulkinnan” avulla tointa, jota ei olisi koskaan pitänyt ensinnäkään antaa.

98. Ellen erehdy, unionin tuomioistuin on vasta aivan äskettäin todennut oikeuskäytännössään, että sitomaton unionin toimi on pätemätön.<sup>53</sup> Tämä johtunee osittain siitä, että kansalliset tuomioistuimet ovat yleensä esittäneet *tulkintakysymyksiä* tällaisten toimien osalta.<sup>54</sup> On kuitenkin kohtuullista myöntää sekin, että unionin tuomioistuin on (tähän asti) aina muotoillut pätevyyttä koskevat kysymykset uudelleen tulkintakysymyksiksi.<sup>55</sup>

99. Tällainen ”muuntaminen” oli kenties kaikkein selkeintä unionin tuomioistuimen suuren jaoston tuomiossa *Kotnik ym.*, jossa unionin tuomioistuin nimenomaan käsitelti useita pätevyyttä koskevia kysymyksiä tulkintakysymyksinä.<sup>56</sup> Unionin tuomioistuin on lisäksi kahdessa aikaisemmassa tapauksessa jopa sulkenut pois mahdollisuuden tutkia käsiteltävän toimen pätevyyttä todettuaan, ettei sillä ollut sitovia vaikutuksia.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Ks. 25.3.2021 annettu tuomio *Balgarska Narodna Banka* (C-501/18, EU:C:2021:249), jossa unionin tuomioistuin totesi EPV:n suosituksen pätemättömäksi. Se, että kyseinen suositus oli aito soft law -instrumentti eli selvästikin sitomaton (tuomion 79 kohta) ja jäi siten nimenomaisesti SEUT 263 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle (tuomion 82 kohta), ei unionin tuomioistuimen mielestä estänyt sitä, että tämän sitomattoman toimenpiteen pätevyys tutkitaan täysimääräisesti SEUT 267 artiklan nojalla tuomion Grimaldi mukaisesti.

<sup>54</sup> Ks. tuomion Grimaldi lisäksi tuomio 13.6.2017, *Florescu ym.* (C-258/14, EU:C:2017:448).

<sup>55</sup> Ks. esim. tuomio 8.4.1992, *Wagner* (C-94/91, EU:C:1992:181, 17 kohta); tuomio 11.5.2006, *Friesland Coberco Dairy Foods* (C-11/05, EU:C:2006:312) ja tuomio 19.7.2016, *Kotnik ym.* (C-526/14, EU:C:2016:570, 31–34 ja 46–94 kohta).

<sup>56</sup> Tuomio 19.7.2016, *Kotnik ym.* (C-526/14, EU:C:2016:570, 31–34 ja 46–94 kohta) ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toisen, kolmannen, neljännen ja viidennen kysymyksen osalta.

<sup>57</sup> Ks. esim. komission tuonti- ja vientitodistuksia koskevan ilmoituksen osalta tuomio 8.4.1992, *Wagner* (C-94/91, EU:C:1992:181, 16 ja 17 kohta); tullikoodeksikomitean päätelmien osalta, vaikka jäsenvaltioiden oli ”otettava huomioon” nämä päätelmät, tuomio 11.5.2006, *Friesland Coberco Dairy Foods* (C-11/05, EU:C:2006:312, 40 ja 41 kohta), luettuna julkisasiamies Poirares Maduron ratkaisuehdotuksen (EU:C:2006:78, 24 kohta) valossa: ”vain säännökseen, jolla on sitovia oikeusvaikutuksia, voidaan soveltaa laillisuusvalvontaa”. Toisaalta ks. jälleen tuore poikkeus tästä linjasta tuomiossa *Balgarska Narodna Banka* (C-501/18, EU:C:2021:249, 79, 82 ja 83 kohta).

100. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä näin ollen tavallaan vastataan tämän ratkaisuehdotuksen jokseenkin hyökkävään aloitukseen: mikä ei koskaan ole ollut elossa (oikeudellisena säädöksenä), sitä ei voida haudata (unionin tuomioistuimessa). Unionin tuomioistuin voi ainoastaan tunnustaa, että eläin ei koskaan syntynyt, koska äidin fyysionomia sulkee pois sen, että se olisi koskaan voinut synnyttää tämän olion.

101. Tämä ratkaisu tavallaan ainakin ehkäisee niitä ongelmia, joita syntyisi siitä, että SEUT 267 artiklan nojalla todetaan pätemättömäksi toimi, jota ei voida kumota SEUT 263 artiklan nojalla siksi, että sillä ei ole sitovia oikeusvaikutuksia. Unionin tuomioistuin voisi edelleen soveltaa tätä lähestymistapaa ja katsoa näin ollen käsiteltävässä asiassa, että asetuksen N:o 1093/2010 1, 8 ja 16 artiklan yhdistetty tulkinta on esteenä EPV:n riidanalaisten ohjeiden antamiselle, koska EPV:llä ei ollut toimivaltaa antaa näitä ohjeita.

102. Tällainen vastaus saattaisi lisäksi olla asianmukaisempi kuin pätevyyttä koskevan vastauksen antaminen kolmanteen kysymykseen, koska hyvin muodollisesti katsoen kansallinen tuomioistuin ei ole esittänyt pätevyyttä koskevaa kysymystä. Kansallinen tuomioistuin on ainoastaan tiedustellut, onko EPV ylittänyt toimivaltansa antaessaan riidanalaiset ohjeet.

103. Kokonaisuutena tarkastellen tällainen lopputulos on näin ollen mahdollinen.<sup>58</sup> Toteamus, jonka mukaan eläintä ei ole olemassa, ei käytännössä eroa paljoakaan toteamuksesta, jonka mukaan sen äiti ei olisi ensinnäkään voinut koskaan synnyttää sitä.<sup>59</sup> Tällä toteamuksella on kuitenkin hintansa, ja siihen liittyvät omat ongelmansa. Ehdottaisin näin ollen edelleen, että unionin tuomioistuin antaa vastauksen nimenomaan riidanalaisten ohjeiden *pätevyyden* osalta.

104. Vaikka kansallinen tuomioistuin on ensinnäkin muotoillut kolmannen kysymyksen toimivaltaa koskeväksi kysymykseksi, toimivallan puuttumista koskeva toteamus johtaa loogisesti toimen kumoamiseen tai toteamiseen pätemättömäksi.<sup>60</sup> On varsin vaikea ymmärtää, miten voitaisiin todeta toimivallan puuttuminen mutta kuitenkin jättää toimi roikkumaan ilmaan hyllytettynä.

105. Mikä tärkeämpää, olisiko kansallisen tuomioistuimen tehtävänä toiseksi toimia tämän unionin tuomioistuimen antaman vastauksen perusteella? Voisiko kansallinen tuomioistuin tehtyään johtopäätökset unionin tuomioistuimen tällaisesta toteamuksesta itse todeta ohjeet pätemättömiksi? Vai johtaako toimivallan puuttumista koskeva toteamus unionin tasolla siihen, että kansallinen tuomioistuin voi kumota soft law -toimen kansallisen täytäntöönpanotoimen?

106. Systematiikan näkökulmasta mikä tahansa näistä edellä esitetyistä kansallisen tuomioistuimen hypoteettisista vaihtoehdoista on joka tapauksessa epätydyttävä erillisten – unionin ja kansallisten – normatiivisten sääntöjen perusteella ja saattaa tosiasiaassa johtaa Foto-Frost-oikeuskäytännön heikentymiseen. On lähtökohtaisesti yksinomaan unionin tuomioistuimen tehtävänä käsitellä unionin oikeuden toimien pätevyyttä (tai pätemättömyyttä). Kansalliset tuomioistuimet voivat sitä vastoin kumota ainoastaan kansallista alkuperää olevan toimen. Vastaus, jonka mukaan ”unionin oikeuden toimen on tulkittava olevan esteenä toiselle toimelle”, on yleisesti katsoen luonteeltaan sellainen vastaus, joka voidaan antaa *kansallisten* toimien – ei unionin toimien – osalta (olivatpa ne sitovia vai eivät). Tämä kiertoilmaus on

<sup>58</sup> Näin on varmastikin tässä erityistapauksessa. Muissa tapauksissa ei nimittäin välttämättä ole asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan kaltaista yleistä oikeussäännöstä, johon tällainen ”tulkinta” voisi muodollisesti liittyä.

<sup>59</sup> Näin on ainakin niiden osalta, jotka pelkästään toivovat, että eläintä ei ole olemassa. Tarkasteltuna kyseisen eläimen näkökulmasta, jota jälkimmäinen toteamus saattaa loukata enemmän, asia saattaa näyttää erilaiselta.

<sup>60</sup> Ks. esim. tuomio 24.5.2007, komissio v. Portugali (C-376/06, ei julkaistu, EU:C:2007:308, 47 kohta).

nimittäin tarpeen kansallisen lainsäädännön osalta, koska unionin tuomioistuimella on toimivalta tulkita unionin oikeutta mutta ei kansallista oikeutta. Tällainen rakenne ei sitä vastoin ole asianmukainen siltä osin kuin riidanalaiset ohjeet ovat unionin toimia, koska unionin tuomioistuimella on lähtökohtaisesti toimivalta paitsi tutkia tällaisia toimia, myös kumota ne tai todeta ne pätemättömiksi.

107. Pätevyyttä koskevan kysymyksen uudelleen muotoilu tulkintakysymykseksi merkitsee kolmanneksi suurta muutosta Grimaldi-oikeuskäytäntöön (tai ainakin sen uudelleen arviointia). Toisin kuin tässä oikeuskäytännössä on todettu ja sittemmin usein toistettu,<sup>61</sup> unionin tuomioistuimella ei todellisuudessa olisi toimivaltaa antaa ratkaisua unionin toimielinten ”*kaikkien toimien* pätevydestä ja tulkinnasta *ilman poikkeuksia*”. Unionin tuomioistuimella ei olisi mahdollisuutta antaa ratkaisua sitomattomien unionin toimien pätevydestä SEUT 267 artiklan nojalla. Kysymys olisi näin ollen suuresta – ja soft law -toimien määrän lisääntyessä edelleen laajentuvasta – poikkeuksesta unionin tuomioistuimen SEUT 267 ja SEUT 263 artiklan mukaiseen toimivaltaan.

108. Tuomion Grimaldi uudelleen arvioiminen merkitsisi tosiasiallisesti neljänneksi ja lopuksi tavallaan sitä, että SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan välinen johdonmukaisuus saataisiin palautettua. Tämä johdonmukaisuus perustuisi tosin pienimpään yhteiseen nimittäjään unionin oikeudessa taatun tehokkaan oikeussuojan vastaisesti. Tämä tarkoittaisi sitä, että koska soft law -toimien laillisuutta ei tosiasiallisesti voida valvoa SEUT 263 artiklan nojalla, on parasta, että sitä ei valvota myöskään SEUT 267 artiklan nojalla.

109. Selitän tämän ratkaisuehdotuksen loppujaksossa (C), miksi ja miten tämä logiikka olisi rakenteellisesti virheellinen. Kolmanteen kysymykseen vastaamiseksi ehdotan kuitenkin, että unionin tuomioistuin antaa yksinkertaisimman, selkeimmän ja todellakin rehellisimmän vastauksen: riidanlaiset ohjeet olisi todettava pätemättömiksi siltä osin kuin EPV on ylittänyt sille asetuksessa N:o 1093/2010 annetun toimivallan.

### ***C Ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys: SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan välinen suhde***

110. Vasta nyt voidaan täysin ymmärtää laajemmat näkökohdat, jotka tulevat esiin kansallisen tuomioistuimen ensimmäisen ja toisen kysymyksen johdosta. Tarkastelen näitä molempia kysymyksiä sellaisenaan vuorotellen jäljempänä. Aloitan ensimmäisen ja toisen kysymyksen jälkimmäisestä osasta, jossa tiedustellaan FBF:n asiavaltuutta kansallisessa tuomioistuimessa (1). Tarkastelen seuraavaksi tuomiota Foto-Frost ja kysymystä siitä, onko kansallinen tuomioistuin velvollinen esittämään ennakkoratkaisupyynnön unionin tuomioistuimelle, jos kansallisen tuomioistuimen pohdittavana ovat kysymykset merkitsisivät lähinnä sitomattoman unionin toimen kansallisen soveltamisen ”estämistä” (2). Lopuksi syvennyn tarkastelemaan sitomattomien unionin toimien osalta SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan yleistä suhdetta, johon ensimmäisen ja toisen kysymyksen ensimmäinen osa perustuu (3). Tämän lähestymistavan mukaisesti päädyn lopulta varsin epätyytyttävään päätelmään unionin oikeuden yleisestä tilasta tällä alalla ja ihmettelen, miten (jos mitenkään) tuomiot Grimaldi, Foto-Frost ja Belgia v. komissio voidaan tosiasiallisesti sovittaa yhteen soft law -toimien osalta (4).

<sup>61</sup> Ks. edellä alaviitteessä 19 viitattu oikeuskäytäntö.



1. SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan mukainen asiavaltuus (ensimmäisen ja toisen kysymyksen toinen osa)

111. Sellaisenaan ja erikseen tarkasteltuna<sup>62</sup> ensimmäisen kysymyksen toinen osa on jätettävä tutkimatta, koska käsiteltävässä asiassa ei ole kysymys kumoamiskanteesta. Toisen kysymyksen toiseen osaan olisi vastattava, että on ratkaistava kansallisen oikeuden – ei unionin oikeuden – nojalla, koska ja miten kansallisen oikeuskäynnin osapuoli voi esittää lainvastaisuusväitteen.

112. Kun ensimmäistä ja toista kysymystä kuitenkin tarkastellaan yhdessä ja käsiteltävän asian yhteydessä, näyttää siltä, että kansallisen tuomioistuimen huolenaiheet tosiasiallisesti koskevat ”TWD-skenaariota” eli tilannetta, jossa kantaja, joka olisi voinut nostaa unionin tuomioistuimessa unionin toimea koskevan kumoamiskanteen mutta joka ei ole tehnyt näin, ei voi enää riitauttaa kyseisen unionin toimen kansallisen täytäntöönpanotoimen pätevyyttä kansallisessa tuomioistuimessa.

113. TWD-oikeuskäytännön,<sup>63</sup> sellaisena kuin se on viimeksi täsmennettynä tuomiossa Georgsmarienhütte ym.,<sup>64</sup> mukaan yksityisen, joka haluaa riitauttaa unionin toimen, on silloin, kun sillä on ilman pienintäkään epäilystä SEUT 263 artiklan neljännessä kohdassa tarkoitettu asiavaltuus, käytettävä tässä määräyksessä tarkoitettua oikeussuojakeinoa siten, että se nostaa kanteen unionin yleisessä tuomioistuimessa. Näin ollen yksityisen mahdollisuus vedota kansallisessa tuomioistuimessa, jonka käsiteltäväksi se on asian saattanut, unionin toimeen sisältyvien säännösten pätemättömyyteen edellyttää sitä, ettei kyseisellä asianosaisella ollut oikeutta nostaa SEUT 263 artiklan nojalla kannetta kyseisistä säännöksistä.

114. Käsiteltävässä asiassa kansallinen tuomioistuin tiedustelee ensinnäkin, voiko FBF:n kaltainen toimialajärjestö riitauttaa EPV:n ohjeet kumoamiskanteella sen määrittämiseksi, voisiko se edelleen käsiteltävän asian olosuhteissa riitauttaa kansallisen toimen (ACPR:n lausunnon), jonka mukaan EPV:n ohjeita on noudatettava, lainmukaisuuden.

115. Mielestäni tällaiset näkökohdat eivät ole millään tavalla *merkityksellisiä* asian yhteydessä, joka koskee todellista soft law -toimea. On lisäksi todettava, että vaikka tällaiset näkökohdat olisivat merkityksellisiä, ne *eivät* ole *perusteltuja*.

116. Koska EPV:n ohjeet eivät ensinnäkään ole sitovia unionin tuomioistuimen perinteisen lähestymistavan<sup>65</sup> mukaisesti, unionin tuomioistuimessa nostettu kumoamiskanne olisi joka tapauksessa jätettävä tutkimatta kyseisen unionin toimen *luonteen* vuoksi, *riippumatta* siitä, koskeeko se kantajaa suoraan ja erikseen. Unionin tuomioistuimen tähän mennessä soveltaman lähestymistavan mukaan todelliset soft law -toimet eivät tosiasiallisesti ole lainkaan kannekelpoisia. Tämä (objektiivinen) arviointi edeltää käytännössä jopa yksittäisen henkilön (varsin subjektiivisen) asiavaltuuden arviointia. Jos toimi ei ole kannekelpoinen, *kukaan* ei voi tavallaan vaatia tällaisten toimien laillisuusvalvontaa SEUT 263 artiklan nojalla.

117. Toiseksi TWD-oikeuskäytäntöä ei voitaisi soveltaa ainakaan käsiteltävässä asiassa ja laajemmin tarkasteltuna tuskin missään muussakaan asiassa, jossa on kysymys soft law -toimista.

<sup>62</sup> Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 30–34 kohta.

<sup>63</sup> Tuomio 9.3.1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90; jäljempänä tuomio TWD); tuomio 23.2.2006, Atzeni ym. (C-346/03 and C-529/03, EU:C:2006:130, 31 kohta); tuomio 27.11.2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, 41 kohta) ja tuomio 28.4.2016, Borealis Polyolefine ym. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 ja C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, 46 kohta).

<sup>64</sup> Tuomio 25.7.2018, Georgsmarienhütte ym. (C-135/16, EU:C:2018:582).

<sup>65</sup> Kuten edellä tämän ratkaisuehdotuksen 40–55 kohdassa on esitetty.

118. Tähän on selvä syy. TWD-tuomio ja sitä seuraavat tuomiot edellyttävät, että kyseessä on ”ilman pienintäkään epäilystä oikeus” nostaa kanne SEUT 263 artiklan nojalla, jotta se olisi esteenä sille, että sama kantaja voisi vaatia SEUT 267 artiklan mukaista valvontaa.<sup>66</sup> On kuitenkin melko mahdotonta todeta, että FBF:n kaltaisella toimialajärjestöllä, joka suojelee jäsentensä etuja, olisi ilman pienintäkään epäilystä tällainen oikeus nostaa kanne SEUT 263 artiklan nojalla riidanalaisten ohjeiden kaltaisista sitomattomista unionin toimista. Soft law -toimien osalta on nimittäin aina ensin arvioitava, onko tällainen toimi tosiasiaa aidosti vai näennäisesti sitomaton, minkä arvioiminen on jo sinänsä varsin monimutkaista. Seuraavaksi olisi tarkasteltava sitä, koskeeko tämä toimi suoraan ja erikseen järjestöä tai muuta elintä, joka puolustaa jäsentensä etuja, jotta sillä olisi asiavaltuus.<sup>67</sup>

119. Tämä kaikki johtaa eräänlaiseen monimutkaiseen arviointiin, joka eroaa selvästi TWD-poikkeuksen logiikasta ja tarkoituksesta.<sup>68</sup> Tämä poikkeus on asianmukaisesti rajoitettava koskemaan ainoastaan sitä, että kanne voidaan *selvästi* ottaa tutkittavaksi. Sitä ei voida ulottaa koskemaan *mahdollisia* tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä, jolloin SEUT 263 artiklan mukaisten edellytysten varsinainen tutkiminen sisällytettäisiin todellisuudessa SEUT 267 artiklaan ja kansallisten tuomioistuinten edellytettäisiin tutkivan niitä samanaikaisesti. Kyseistä poikkeusta ei myöskään voida kääntää pääläelleen muuttamalla se *tutkittavaksi ottamisen edellytysten selväksi puuttumiseksi*.

120. Tästä seuraa, että unionin oikeuden mukaan toimialajärjestö voi varmasti riitauttaa pätemättömyysväitteellä unionin ohjeet, jotka on tarkoitettu sen jäsenille, joiden etuja se suojelee, jopa silloin, kun ne eivät koske kyseistä liittoa suoraan ja erikseen. Milloin ja miten se voi mahdollisesti näin tehdä kansallisen lainsäädännön ja menettelysääntöjen mukaisesti, on aivan toinen asia, jonka määrittäminen on kansallisen tuomioistuimen tehtävänä.

## 2. Voidaanko tuomiota Foto-Frost soveltaa sitomattomiin toimiin?

121. Ennen kuin tarkastellaan kansallisen tuomioistuimen esiin tuomaa yleistä rakenteellista kysymystä, joka koskee sitä, missä määrin SEUT 263 ja SEUT 267 artikla ovat (tai eivät ole) yhteydessä toisiinsa soft law -toimien pätevyuden valvonnassa, on keskusteltava tämän palapelin erästä toisesta osasta eli tuomiosta Foto-Frost.

122. Kansallinen tuomioistuin on käsitellyt ennakkoratkaisupyynnössään tuomiota Foto-Frost ja sen vaikutuksia sitomattomien toimien kansalliseen valvontaan, vaikka se ei olekaan esittänyt unionin tuomioistuimelle tältä osin erityistä ennakkoratkaisukysymystä. Käsiteltävä ennakkoratkaisupyynnö on nimittäin seurausta siitä, että kansallinen tuomioistuin on soveltanut sekä tuomiota Grimaldi että tuomiota Foto-Frost sitomattomien toimien yhteydessä tilanteessa, jossa soft law -toimien suora valvonta on kansallisen oikeuden mukaan sallittua, vaikka unionin oikeuden mukaan näin ei ole. Onko kansallisilla tuomioistuimilla tällaisessa tilanteessa

<sup>66</sup> Ks. tuomio TWD (24 kohta) ja tuomio 25.7.2018, Georgsmarienhütte ym. (C-135/16, EU:C:2018:582, 17 kohta).

<sup>67</sup> Tämän mutkikkouden ja erilaisten lopputulosten havainnollistamiseksi ks. esim. tuomio 16.3.1978, Unicme ym. v. neuvosto (123/77, EU:C:1978:73); tuomio 25.7.2002, Unión de Pequeños Agricultores v. neuvosto (C-50/00 P, EU:C:2002:462) ja tuomio 10.1.2006, IATA ja ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10).

<sup>68</sup> Ks. vastaavasti julkisasiamies Campos Sánchez-Bordonan ratkaisuehdotus Georgsmarienhütte ym. (C-135/16, EU:C:2018:120, 40 kohta).

*velvollisuus* esittää unionin tuomioistuimelle kysymys riidanalaisten ohjeiden pätevydestä tuomion Foto-Frost mukaisesti? Vai olisiko tämä ymmärrettävä pelkästään Grimaldi-oikeuskäytännön mukaiseksi *mahdollisuudeksi*?<sup>69</sup>

123. Tuomiossa Foto-Frost todettiin, että kansallisella tuomioistuimella on velvollisuus pyytää unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua unionin säädöksen pätevydestä, ellei se katso, etteivät asianosaisten kansallisessa tuomioistuimessa esittämät pätemättömyyden perusteet ole riittäviä.<sup>70</sup> Perusteena tälle velvollisuudelle, jolle ei löydy tukea EUT-sopimuksen sanamuodosta,<sup>71</sup> on esitetty seuraavat kaksi seikkaa: ensinnäkin yhtenäisyys on erityisen tarpeellista silloin, kun on kyse unionin toteuttamien toimien pätevydestä, jotta jäsenvaltioiden tuomioistuinten välillä ei ole erilaisia käsityksiä. Toiseksi oikeussuojajärjestelmän ja unionin kattavan oikeussuojateiden menettelyjen järjestelmän (erityisesti unionin tuomioistuimen yksinomaisen toimivallan todeta unionin säädöksen pätemättömyys) yhtenäisyyden kannalta on välttämätöntä, että ainoastaan unionin tuomioistuimella on valta todeta unionin toimielimen toimi pätemättömäksi, jos kysymys toimen pätevydestä tulee esille kansallisessa tuomioistuimessa.<sup>72</sup>

124. Toisin kuin komissio on katsonut, en ymmärrä, miten tätä logiikkaa ja esitettyjä kahta perustetta voitaisiin soveltaa myös todellisiin soft law -toimiin.

125. *Yhtenäisyys*vaatimuksen osalta on ensinnäkin totta, että tietyllä tavalla tulkittuna niiden kansallisten toimivaltaisten viranomaisten, jotka päättävät noudattaa riidanalaisia ohjeita, tulisi toimia samalla tavalla koko unionissa. Erityisesti asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan 1 kohdassa annetaan EPV:lle valtuus antaa tällaisia ohjeita ”unionin oikeuden yhteisen, yhtenäisen ja johdonmukaisen soveltamisen varmistamiseksi”. Yhtenäisyyttä ei näin ollen tavoiteltaisi unionissa ja sisämarkkinoilla kokonaisuudessaan vaan yksittäisten ja varsin sattumanvaraisten kansallisten normatiivisten klustereiden välillä ainoastaan niissä jäsenvaltioissa, joiden toimivaltaiset viranomaiset ovat päättäneet noudattaa ohjeita.

126. Onko tämä sellaista yhtenäisyyttä, jota tuomiossa Foto-Frost tavoittelee? Pitäisikö tällaista yhtenäisyyttä vaatia kategorisesti myös toimilta, joiden osalta tällaista yhtenäisyyttä ei lähtökohtaisesti ole, kuten toimien osalta, joita pelkästään *voidaan* soveltaa (verrattuna siihen, että niitä täytyy soveltaa)? Asetuksen N:o 1093/2010 16 artiklan 3 kohdassa selvennetään erityisesti EPV:n ohjeiden ja suositusten osalta, että toimivaltaiset kansalliset viranomaiset voivat päättää olla noudattamatta niitä. Jos kansallinen tuomioistuin lisäksi päättää – ilman unionin tuomioistuimen apua – kumota unionin sitomattoman toimen kansallisen täytäntöönpanotoimen, tällä on käytännössä sama vaikutus kuin toimivaltaisen viranomaisen päätöksellä olla noudattamatta kyseistä sitomatonta tointa.

<sup>69</sup> Täydellisyyden vuoksi todettakoon, että jos unionin tuomioistuin noudattaisi lähestymistapaa, jonka mukaan SEUT 267 artiklan yhteydessä soft law -toimien pätevyttä koskevat kysymykset ovat tosiasiaa sen perustana olevaa sitovaa säädöstä (parent law) koskevia tulkintakysymyksiä (kuten edellä 98–103 kohdassa on esitetty), tuomio Foto-Frost ei olisi missään tapauksessa loogisesti sovellettavissa soft law -toimiin. Tämä tarkoittaisi kuitenkin myös tuomion Grimaldi osittaista kumoamista (tai kaunistelevasti sanottuna merkittävää ”uudelleen arvioimista”) (tämän ratkaisuehdotuksen 107 kohta).

<sup>70</sup> Tuomio Foto-Frost (14–20 kohta); tuomio 22.6.2010, Melki ja Abdeli (C-188/10 ja C-189/10, EU:C:2010:363, 54–56 kohta); tuomio 6.10.2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, 62 kohta) ja tuomio 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, 78 kohta).

<sup>71</sup> Ks. ratkaisuehdotukseni Consorzio Italian Management (C-561/19, 47 ja 48 kohta).

<sup>72</sup> Tuomio Foto-Frost (15–17 kohta).

127. Toiseksi peruste, joka koskee *oikeussuojajärjestelmän* ja unionin kattavan oikeussuojateiden menettelyjen järjestelmän *yhtenäisyyttä*, on mahdollisesti tätäkin kiehtovampi. Tuomiossa Foto-Frost lähinnä todettiin, että velvollisuutta esittää pätevyyttä koskeva ennakkoratkaisupyyntö voidaan perustella sillä, että unionin tuomioistuin itse valvoo tehokkaasti unionin oikeuden toimien laillisuutta, mikä on verrattavissa kansallisten tuomioistuinten suorittamaan valvontaan.

128. Nykytilanteessa ei kuitenkaan ole *horisontaalisesti* yksinkertaisesti mahdollista vaatia sitomattomien unionin toimien valvontaa SEUT 263 artiklan nojalla, koska ne eivät ensinnäkään ole kannekelpoisia toimia, mikä tarkoittaa sitä, että kumoamiskanteet jätetään tutkimatta. *Vertikaalisesti* oikeussuojan vastaavuuden puuttuminen vaikuttaa vieläkin selvemmältä, kun kyse on (tietyistä) kansallisista tuomioistuimista, kuten käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytäneestä tuomioistuimesta, joissa tosiasiasa annetaan (jonkintasoista) tehokasta oikeussuojaa sitomattomien toimien osalta.<sup>73</sup>

129. *Tehokkaan* oikeussuojan yhtenäisyys unionin sitomattomien toimien osalta edellyttää näin ollen pikemminkin täsmälleen vastakkaista lopputulosta eli sitä, että tuomiota Foto-Frost ei voida selvästikään soveltaa tällaisiin toimiin. Mielestäni ei ole järkevää väittää, että koska unionin tuomioistuimet eivät valvo tehokkaasti todellisten soft law -toimien laillisuutta, *olematon suojelu on keskitettävä* unionin tuomioistuimelle.

130. Jos asia olisi näin, tässä saattaisi mielestäni olla kyseessä yksi niistä harvoista tilanteista, joissa voitaisiin hyvinkin soveltaa Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) 53 artiklaa. Ei ole mielestäni epäilystäkään siitä, että kansallisessa oikeusjärjestelmässä, jossa sallitaan yksityisten vaatia sitomattomien toimien, jotka vaikuttavat niiden oikeusasemaan, tehokasta tuomioistuinvalvontaa, nimittäin varmistetaan korkeampi oikeussuojan taso kuin unionin tuomioistuimessa.

131. Yhteenvetona todettakoon, että Foto-Frost ei ole logiikkansa ja tarkoituksensa perusteella sovellettavissa sitomattomiin unionin toimiin. Tämä tarkoittaa käytännössä, että kansallisella tuomioistuimella on oikeus kumota – jos se voi näin tehdä kansallisen oikeuden mukaisesti – kansallinen toimenpide, jolla unionin soft law -toimi on ”pantu täytäntöön” tai ”osaksi kansallista oikeutta” ja jonka nojalla tätä soft -law -toimea on sovellettava kansallisella alueella, tarvitsematta ensin pyytää ennakkoratkaisua unionin tuomioistuimelta tästä asiasta. Samoin ”rinnakkaisen riitauttamisen perusteet”, jotka unionin tuomioistuin esitti tuomiossa Melki ja Abdeli<sup>74</sup> ja joiden mukaisesti kansallisilla tuomioistuimilla on velvollisuus pyytää ennakkoratkaisun, eivät myöskään ole sovellettavissa sitomattomien unionin toimien osalta. Tämä ei tietenkään estä kansallisia tuomioistuimia esittämästä ennakkoratkaisupyyntöä sitomattoman toimen tai sen perustana olevan sitovan säädöksen tulkinnasta. Tuomion Foto-Frost mukaista pätevyyden tutkinnan keskittämistä koskevaa logiikkaa ei kuitenkaan vain yksinkertaisesti voida soveltaa sitomattomien unionin toimien osalta.

<sup>73</sup> Ks. esim. Conseil d'État'n tuomio 21.3.2016, Société Fairvesta International GmbH ym. (nro 368082) ja tuomio 21.3.2016, Société Numéricable (nro 390023). Ks. muita kansallisia oikeusjärjestelmiä koskevien esimerkkien osalta ratkaisuehdotukseni Belgia v. komissio (C-16/16 P, EU:C:2017:959, 84 ja 85 kohta).

<sup>74</sup> Tuomiossa 22.6.2010, Melki ja Abdeli (C-188/10 ja C-189/10, EU:C:2010:363, 55 ja 56 kohta) todetaan selvästi, että tuomion Foto-Frost mukaisesta velvollisuudesta seuraa, että jos kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä on kansallisen täytäntöönpanotoimenpiteen pätevyys, joka koskee samoja seikkoja kuin alkuperäinen unionin säädös, kansallisen tuomioistuimen on annettava unionin tuomioistuimelle mahdollisuus käsitellä samoja huolenaiheita alkuperäisen unionin säädöksen osalta esittämällä ennakkoratkaisupyyntö kyseisen unionin oikeuden toimen pätevyydestä.

132. Tällainen päätelmä voi vaikuttaa radikaalilta, mutta ainoastaan niiden osalta, jotka ajattelevat mielessään toisin kuin mitä he väittävät. Jos vilpittömästi uskotaan, ettei unionin soft law -toimi ole sitova ja ettei sillä ole mitään oikeusvaikutuksia, miksi pitäisi tyrmistyä ajatuksesta, että kansalliset tuomioistuimet voivat toimia haluamallaan tavalla pelkkien ohjeiden kansallisten täytäntöönpanotoimien suhteen? Yhtenäisyys on tässä avainasemassa. Joko uskotaan, että tällaisilla toimilla on tosiasiaa joitakin vaikutuksia (mutta tällöin pitäisi myöntää oikeus saattaa asia unionin tuomioistuinten käsiteltäväksi), tai uskotaan, että niillä ei ole mitään oikeusvaikutuksia. Tällöin tulee esiin kysymys siitä, miksi olisi ongelmallista, että kansallinen tuomioistuin kumoaa kyseisen toimen. Kyseinen kansallinen tuomioistuin käsittelee parhaimmillaankin täysin turhaa kysymystä – ja tappaa jotakin, joka on aina ollut kuollut.

133. Ainoa ongelmallinen vaihtoehto on se, jonka mukaan – siltä osin kuin on kyse oikeudesta saattaa asia unionin tuomioistuinten käsiteltäväksi SEUT 263 artiklan nojalla – toimella ei ole mitään sitovia oikeusvaikutuksia, jolloin sitä ei myöskään voida mitenkään saattaa tuomioistuinten käsiteltäväksi. Kun sama asia kuuluu SEUT 267 artiklan alaan, kyseinen toimi herää kuitenkin kuin ihmeen kaupalla uudelleen henkiin ja tuomion Foto-Frost mukaista velvollisuutta voidaan soveltaa. Tämä ristiriita johtaa hyvin huolestuttavaan ajatukseen siitä, että unionin oikeuden toimen luonne muuttuisi sen mukaan, koskeeko se yhtäältä oikeutta saattaa asia unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi vai toisaalta kansallisen tuomioistuimen velvollisuuksia.

*3. Mahdollisuus pyytää ennakkoratkaisua unionin tuomioistuimelta SEUT 267 artiklan nojalla ja oikeus saada asiansa käsitellyksi SEUT 263 artiklan nojalla: kattava oikeussuojakeinojen järjestelmä? (ensimmäisen ja toisen ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäinen osa)*

134. Yleinen rakenteellinen kysymys, joka alkoi osittain hahmottua tämän jakson edellisissä osissa, on seuraava: miltä osin voidaan väittää, että unionin toimen, jolla ei ole sitovia oikeusvaikutuksia (ja jota ei siten voida valvoa SEUT 263 artiklan nojalla), laillisuutta voidaan kuitenkin valvoa ja se voidaan jopa todeta pätemättömäksi SEUT 267 artiklan nojalla? Molemmat edellä esitetyt seikat eli TWD-poikkeusta koskeva kysymys ja tuomion Foto-Frost taustalla oleva logiikka perustuvat nimittäin oletamaan, jonka mukaan unionin oikeuden oikeussuojajärjestelmän tulee toimia yhtenä kokonaisuutena.

135. Voidaan kuitenkin esittää myös useita perusteluja, joiden mukaan nämä kaksi menettelyä voivat tosiaankin jossain määrin erota toisistaan erityisesti unionin oikeuden sitomattomien toimien osalta.

136. Ensinnäkin nämä määräykset eroavat selvästi jo sanamuodoltaan. SEUT 263 artiklan ensimmäisessä kohdassa nimittäin rajoitetaan tämän määräyksen soveltamisala toimiin, jotka tuottavat *oikeusvaikutuksia* suhteessa kolmansiin osapuoliin; tähän on lisätty unionin oikeuskäytännössä, että oikeusvaikutusten on oltava *sitovia*. Vain tällaiset toimet ovat kannekelpoisia SEUT 263 artiklan nojalla.<sup>75</sup> SEUT 267 artiklan sanamuodossa tai tämän määräyksen soveltamisalaa koskevassa vakiintuneessa oikeuskäytännössä ei sitä vastoin ole asetettu tällaisia rajoituksia. Kuten unionin tuomioistuin on useasti todennut

<sup>75</sup> Ks. esim. tuomio 13.10.2011, Deutsche Post ja Saksa v. komissio (C-463/10 P ja C-475/10 P, EU:C:2011:656, 36 kohta); tuomio 13.2.2014, Unkari v. komissio (C-31/13 P, EU:C:2014:70, 54 kohta); tuomio 25.10.2017, Romania v. komissio (C-599/15 P, EU:C:2017:801, 47 kohta); tuomio Belgia v. komissio (31 kohta) ja tuomio 26.3.2019, komissio v. Italia (C-621/16 P, EU:C:2019:251, 44 kohta).

Grimaldi-oikeuskäytännössä, SEUT 267 artiklassa nimittäin annetaan unionin tuomioistuimelle toimivalta antaa ennakkoratkaisu unionin toimielinten *kaikkien toimien* pätevyydestä ja tulkinnasta *ilman poikkeuksia*.<sup>76</sup>

137. Vaikka unionin tuomioistuin toiseksi korosti järjestelmän yhtenäisyyttä, se myös painotti sitä, että unionin oikeudessa on ”kattava oikeussuojateiden menettelyjen järjestelmä”. Unionin tuomioistuimen mukaan EUT-sopimuksella on yhtäältä sen 263 ja 277 artiklassa sekä toisaalta sen 267 artiklassa luotu täysin kattava oikeussuojakeinojen ja menettelyjen järjestelmä, jonka tarkoituksena on varmistaa unionin toimiin kohdistuva laillisuusvalvonta antamalla se unionin tuomioistuinten tehtäväksi.<sup>77</sup> Tuomion *Unión de Pequeños Agricultores v. neuvosto*<sup>78</sup> antamisen jälkeen ”kattavia oikeussuojateiden menettelyjen järjestelmää koskevan lähestymistavan” mukaan muut kuin etuoikeutetut kantajat ovat voineet kääntyä unionin tuomioistuimen puoleen SEUT 267 artiklan nojalla, vaikka tämä ei ollut mahdollista SEUT 263 artiklan nojalla korkean kynnyksen vuoksi, jonka mukaisesti edellytetään, että asia koskee niitä suoraan ja erikseen.

138. Yksittäisten menettelyjen tulee toisin sanoen *täydentää* toisiaan, *jotta ne olisivat kattavia*. Tämä on perusta, johon tämän alan oikeuskäytännössä on enimmäkseen nojaututtu viimeisten kolmenkymmenen vuoden ajan aina siitä lähtien, kun ovi (suoran kanneoikeuden osalta) suljettiin (uudestaan) tuomiossa *Unión de Pequeños Agricultores*. Tämän logiikan mukaisesti SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan mukaiset edellytykset ja oikeudet on tosiasiallisesti nimenomaan erotettu toisistaan: varsin rajoitettua oikeutta saada asiansa käsiteltyksi tuomioistuimissa SEUT 263 artiklan nojalla oli tarkoitus täydentää hyvin laajalla mahdollisuudella esittää ennakkoratkaisupyyntö SEUT 267 artiklan nojalla, jolloin kansalliset tuomioistuimet toimivat tosiasiallisesti portinvartijoina.

139. Käsiteltävässä asiassa Ranskan hallitus ja myös kansallinen tuomioistuin – joka on tältä osin viitannut laajasti unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön – nojautuvat tähän logiikkaan osoittaakseen, että sitomattomien unionin toimien pätevyyden osalta voidaan esittää ennakkoratkaisupyyntö, kun kumoamiskanteen nostaminen ei ole mahdollista.

140. Tämä täydentävyys ja siihen liittyvä menettelyjen erottaminen ovat kolmanneksi myös tarpeen, jotta voidaan jossain määrin turvata oikeus tehokkaihin oikeussuojakeinoihin, mikä olisi perusoikeuskirjan 47 artiklan mukaista. Olisi nimittäin täysin niiden tiukkojen vaatimusten vastaista, jotka unionin tuomioistuin on äskettäin omaksunut tämän määräyksen<sup>79</sup> tai jopa SEU 19 artiklan osalta,<sup>80</sup> että unionin oikeuden toimet, jotka vaikuttavat yksityisen oikeussubjektin oikeusasemaan, eivät voisi rakenteellisista syistä koskaan päätyä unionin tuomioistuimeen.

141. Tällaiseen SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan erottamiseen sitomattomien unionin toimien laillisuusvalvonnassa liittyy kuitenkin älyllisiä haasteita, joista jotkut ovat rakenteellisesti varsin hankalia.

<sup>76</sup> Ks. edellä alaviitteessä 19 mainittu oikeuskäytäntö.

<sup>77</sup> Ks. esim. tuomio 23.4.1986, *Les Verts v. parlamentti* (294/83, EU:C:1986:166, 23 kohta); tuomio 3.10.2013, *Inuit Tapiriit Kanatami ym. v. parlamentti ja neuvosto* (C-583/11 P, EU:C:2013:625, 92 kohta) ja tuomio 28.3.2017, *Rosneft* (C-72/15, EU:C:2017:236, 66 kohta).

<sup>78</sup> Tuomio 25.7.2002, *Unión de Pequeños Agricultores v. neuvosto* (C-50/00 P, EU:C:2002:462, 40 kohta).

<sup>79</sup> Ks. esim. tuomio 16.5.2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, 43–59 kohta) ja tuomio 29.7.2019, *Torubarov* (C-556/17, EU:C:2019:626).

<sup>80</sup> Ks. esim. tuomio 27.2.2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117, 29–40 kohta); tuomio 24.6.2019, *komissio v. Puola* (Ylimmän tuomioistuimen riippumattomuus) (C-619/18, EU:C:2019:531) ja tuomio 19.11.2019, *A. K. ym.* (Ylimmän tuomioistuimen kurinpitajaoston riippumattomuus) (C-585/18, C-624/18 ja C-625/18, EU:C:2019:982, 82–86 kohta).

142. Käsitteellisellä tasolla on ensinnäkin vaikea ymmärtää ottaen huomioon sitomattomien unionin toimien *luonne*, kuinka voidaan sallia ennakkoratkaisupyynnön esittäminen – mutta ei kumoamiskanteen nostamista – sitomattomien unionin toimien pätevyyden osalta. Toimi, joka ei ole SEUT 263 artiklan nojalla kannekelpoinen yhdenkään kantajan osalta, muuttuukin yhtäkkiä riitauttamiskelpoiseksi toimeksi kaikkien osalta SEUT 267 artiklan nojalla.

143. Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan pätevyyden arviointia koskeva ennakkoratkaisupyynnö on siten kumoamiskanteen tavoin keino valvoa unionin toimien laillisuutta.<sup>81</sup> Vaikka niiden lopputulokset ovat todettaessa, että kyseinen unionin toimi on ristiriidassa ylempätasoisien säädöksen kanssa, muodollisesti hieman erilaisia (eli kumoaminen SEUT 263 artiklan nojalla verrattuna pätemättömäksi toteamiseen SEUT 267 artiklan nojalla), niillä on sama *erga omnes* -vaikutus ja yleisesti oikeusvaikutuksia *ex tunc*: kyseinen unionin toimi on todettava pätemättömäksi eikä sitä tule enää soveltaa.<sup>82</sup>

144. Loogisesti katsottuna unionin toimet ovat näin ollen i) joko sitovia ja ne voidaan siten kumota tai todeta pätemättömiksi *joko* SEUT 263 artiklan *tai* SEUT 267 artiklan nojalla taikka ii) ne *eivät* ole sitovia *eikä* niiden laillisuutta voida valvoa eikä niitä voida a fortiori todeta pätemättömiksi SEUT 263 artiklan *eikä* SEUT 267 artiklan nojalla.

145. Jollei toiseksi ole ensinnäkään olemassa tointa, jonka laillisuutta voidaan valvoa, ei ole itsestään selvää, miksi olisi myöskään sovellettava logiikkaa, joka on ”kattavan oikeussuojateiden menettelyjen järjestelmän” taustalla. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on tältä osin lähinnä väline, jolla korjataan yksityisen oikeussubjektin (*subjektiivisen*) asiavaltuuden puuttuminen yhdessä menettelyssä (SEUT 263 artikla) toteamuksella, että kyseistä edellytystä ei ole asetettu toisessa menettelyssä (SEUT 267 artikla). Tavoitteena oli pyrkiä palauttamaan tietynlainen tasapaino etuoikeutettujen ja muiden kuin etuoikeutettujen kantajien välillä. Kyseessä ei oikeastaan ole väline, jolla voitaisiin luoda oikeus esittää ennakkoratkaisupyynnö SEUT 267 artiklan nojalla, kun tämä oikeus puuttuu kaikilta, mukaan lukien etuoikeutetuilta kantajilta, SEUT 263 artiklan nojalla.

146. Tällainen tulkinta kääntäisi lisäksi pääläelleen eron – joka on synnyttänyt paljon SEUT 263 artiklaa koskevaa oikeuskäytäntöä mutta joka puuttuu SEUT 267 artiklasta – etuoikeutettujen ja muiden kuin etuoikeutettujen kantajien välillä siltä osin kuin on kyse sitomattomien unionin toimien laillisuuden valvonnasta. Kun tuomiossa *Belgia v. komissio* etuoikeutetulta kantajalta (jäsenvaltio) evättiin mahdollisuus riitauttaa sitomaton unionin toimi siltä osin kuin oli kyse siitä, että unionilla ei ollut toimivaltaa tällaisen toimen antamiseen,<sup>83</sup> kuka tahansa yksittäinen kantaja voisi sitä vastoin esittää tämän saman väitteen SEUT 267 artiklan nojalla tarvitsematta osoittaa, että kyseinen toimi koskee sitä suoraan ja erikseen.

147. Tämä tarkoittaisi käytännössä sitä, että voidakseen vaatia sitomattoman unionin toimen laillisuuden valvontaa, etuoikeutetut kantajat joutuisivat samaan tai jopa huonompaan asemaan kuin yksityiset kantajat. Esimerkiksi jäsenvaltion täytyisi välillisesti riitauttaa (oletettavasti itse toteuttamansa) kansallinen täytäntöönpanotoimi kansallisessa tuomioistuimessa. Koska on epäselvää, sallitaanko kansallisissa menettelysäännöissä edes tämäntyyppistä riitauttamista, jäsenvaltion viranomaisten pitäisi vaihtoehtoisesti vain toivoa hartaasti, että a) yksityinen kantaja riitauttaa täytäntöönpanotoimen, b) kansallinen tuomioistuin sallii valtion viranomaisten

<sup>81</sup> Ks. esim. tuomio 28.3.2017, *Rosneft* (C-72/15, EU:C:2017:236, 68 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>82</sup> Ks. esim. vastaavasti tuomio 26.4.1994, *Roquette Frères* (C-228/92, EU:C:1994:168, 17 kohta); tuomio 5.10.2004, *komissio v. Kreikka* (C-475/01, EU:C:2004:585, 18 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 6.10.2015, *Schrems* (C-362/14, EU:C:2015:650, 52 kohta).

<sup>83</sup> Ks. erityisesti ensimmäinen valitusperuste (tuomio *Belgia v. komissio*, 39 kohta).

osallistua väliintulijoina pääasian käsittelyyn ja c) tämä kansallinen tuomioistuin esittää unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön (tulkinnasta tai pätevyydestä), jolloin valtion viranomaiset voivat lopultakin esittää asiansa unionin tuomioistuimelle. Tilanne muuttuisi vieläkin kiehtovammaksi eräiden muiden etuoikeutettujen kantajien eli unionin toimielinten osalta.

148. Kolmanneksi ja viimeiseksi voidaan esittää vielä yksi, varsin pragmaattinen perustelu sille, miksi on jossain määrin järkevää puoltaa sitomattomien toimien laajaa tuomioistuinvalvontaa SEUT 267 artiklan nojalla, vaikka SEUT 263 artiklan mukainen valvonta on tosiasiallisesti suljettu pois: käsiteltävien asioiden järkevä jakaminen Euroopan unionin tuomioistuimessa. Tämä perustelu ei koske ainoastaan soft law -toimia vaan melko yleisesti tuomioistuinpolitiikkaa – jonka mukaisesti tuomioistuinvalvontaa SEUT 263 artiklan nojalla rajoitetaan, kun taas SEUT 267 artiklan mukaiselle valvonnalle ei aseteta esteitä – viimeisten kolmenkymmenen vuoden aikana kaikilla aloilla.<sup>84</sup> Tämän tuomioistuinpolitiikan seurauksena on ollut se, että asiat, jotka olisi muuten käsitelty sillä oikeusjärjestelmän tasolla, jolla on tällä hetkellä sekä merkityksellistä asiantuntemusta että oikeudellisia valmiuksia, eli unionin yleisessä tuomioistuimessa, ovat saapuneet sen sijaan suoraan unionin tuomioistuimeen ennakkoratkaisupyynnöinä.

#### *4. (Rakenteellisesti) epätyytyttävä (mutta tarpeellinen) päätelmä*

149. Tuomiot Grimaldi, Foto-Frost ja Belgia v. komissio – mielestäni on melko vaikeaa tai mahdotonta soveltaa näitä kolmea tuomiota samaan aikaan käsiteltävän asian kaltaisen asian yhteydessä. Kun pohditaan sitä, miten nämä kolme tuomiota pitäisi sovittaa yhteen sitomattomien unionin toimien osalta, tilanne muistuttaa umpikujassa olevaa shakkipeliä, jossa seuraavasta siirrosta riippumatta seurauksena on väistämättä ainakin yhden nappulan menettäminen.

150. Mielestäni on hyvin selvää, mitä näistä kolmesta tuomiosta tulisi tarkistaa. Tätä ei kuitenkaan voida tehdä ennakkoratkaisumenettelyssä. Mielestäni käsiteltävä ennakkoratkaisupyynnö on ainoastaan omiaan korostamaan hyvin hyödyllisellä esimerkillä sitä, mitä tapahtuu, jos unionin tuomioistuin jumittuu vuosikymmeniä vanhaan kahtiajakoon, jonka mukaan lainsäädäntö on joko 100-prosenttisesti sitovaa tai sitä ei ole olemassa. Lopulta joku muu kokee olevansa velvollinen puuttumaan asiaan ja varmistamaan tarvittavan oikeussuojan, jota unionin tuomioistuin ei halua myöntää SEUT 263 artiklan nojalla.

151. Käsiteltävän asian lopputuloksen osalta unionin tuomioistuimella on kuitenkin ainakin teoreettisesti kolme vaihtoehtoa.

152. Se voi ensinnäkin ulottaa SEUT 263 artiklan vaatimuksen, jonka mukaan kyseessä on alun perin oltava oikeudellisesti sitova unionin oikeuden toimi (eli kannekelpoinen toimi), koskemaan myös mahdollisuutta esittää ennakkoratkaisupyynnö pätevyyden osalta SEUT 267 artiklan nojalla. Tässä tapauksessa unionin tuomioistuin kuitenkin jättäisi huomiotta SEUT 267 artiklan ensimmäisen kohdan sanamuodon, kumoaisi tuomion Grimaldi ja toteaisi selvästi, ettei tuomiota Foto-Frost voida soveltaa tällaisiin merkityksettömiin toimiin. Oikeussuojakeinojen ”yhtenäisyyden” vaatimuksen osalta on lisäksi huomattava, että tämän yhtenäisyyden noudattaminen johtaa siihen, että mitään oikeussuojakeinoja ei ole käytettävissä. On kuitenkin muodollisesti tavallaan johdonmukaista kohdella kaikkia yhtä huonosti.

<sup>84</sup> Ks. yleisesti ratkaisuehdotukseni 16.7.2020, Région de Bruxelles-Capitale v. komissio (C-352/19 P, EU:C:2020:588, 142 kohta).



153. Unionin tuomioistuin voisi toiseksi muotoilla uudelleen kansallisen tuomioistuimen kolmannen kysymyksen siten, että sillä lähinnä tiedustellaan riidanalaisten ohjeiden oikeusperustan tulkintaa niiden pätevyyden sijasta.<sup>85</sup> Tämä johtaisi tuomion Grimaldi osittaiseen kumoamiseen, ellei sitä ehkä voitaisi muotoilla tämän tuomion ”selvennykseksi”: kun tuomiossa Grimaldi ja sitä seuraavassa oikeuskäytännössä edellytettiin jatkuvasti, että pätevyyttä koskevia kysymyksiä voidaan esittää ”kaikkien unionin toimien pätevyydestä ilman poikkeuksia,” tämä on aina ymmärretty siten, että tässä oikeuskäytännössä tosiasiaa tarkoitettiin ”kaikkia oikeudellisesti sitovia unionin toimia ilman poikkeuksia”.<sup>86</sup> Myöskään tuomiota Foto-Frost ei näin ollen voitaisi soveltaa tällaisiin sitomattomiin toimiin.

154. Jos unionin tuomioistuin toteaisi kolmanneksi EPV:n ylittäneen toimivaltansa, se voisi tietysti todeta riidanalaiset ohjeet pätemättömiksi. Tämä merkitsisi tuomion Grimaldi pysyttämistä ja soveltamista, mutta tuomion Belgia v. komissio epäsuoraa tarkistamista. Jälkimmäinen ennakkotapaus ja siihen perustuva aikaisempi oikeuskäytäntö, joka koskee kannekelpoisen toimen luonnetta SEUT 263 artiklan nojalla, pysyisi tietysti muodollisesti muuttumattomana. Edellisessä jaksossa esitetyistä syistä, jotka koskevat mahdollista ristiriitaa SEUT 263 ja SEUT 267 artiklan välillä,<sup>87</sup> ihmettelen kuitenkin, kuinka kauan tätä eroa voidaan kohtuudella pitää yllä.

155. Näin ollen näistä kaikista seikoista huolimatta *niin kauan kuin* SEUT 263 artiklan nojalla ei tarjota tehokasta oikeussuojaa sitomattomien unionin toimien mahdollisia haitallisia vaikutuksia vastaan, pätevyyttä koskevan ennakkoratkaisupyynnön esittäminen SEUT 267 artiklan nojalla näistä samoista toimista on ainoa keino, jolla unionin tuomioistuin voi varmistaa, että unionin oikeudessa on ainakin jonkinasteinen kattava oikeussuojakeinojen järjestelmä. Tehokkaan oikeussuojan näkökulmasta katsottuna tämä on rakenteellisesti epätyydyttävä, mutta silti ainoa mahdollinen päätelmä.

## V Ratkaisuehdotus

156. Ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Conseil d’État’n esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- SEUT 267 artiklan nojalla voidaan esittää ennakkoratkaisupyynnön Euroopan pankkiviranomaisen 22.3.2016 vähittäispankkituotteiden tuotehallintamenettelystä antamien ohjeiden kaltaisten sitomattomien unionin toimien pätevyyden arvioimiseksi.
- SEUT 267 artikla ei ole esteenä sille, että toimialajärjestö voi riitauttaa pätemättömyysväitteellä kansallisessa tuomioistuimessa kansallisen oikeuden asiavaltuutta koskevien sääntöjen mukaisesti unionin ohjeet, jotka on tarkoitettu sen jäsenille, joiden etuja se suojelee, vaikka ne eivät koske kyseistä liittoa suoraan ja erikseen.
- Euroopan pankkiviranomaisen 22.3.2016 antamat ohjeet vähittäispankkituotteiden tuotehallintamenettelystä eivät kuulu Euroopan valvontaviranomaisen (Euroopan pankkiviranomainen) perustamisesta sekä päätöksen N:o 716/2009/EY muuttamisesta ja

<sup>85</sup> Kuten edellä (tämän ratkaisuehdotuksen 102–108 kohdassa) on esitetty, unionin tuomioistuin voisi nojautua siihen muodolliseen seikkaan, että kansallisen tuomioistuimen kolmannen kysymyksen sanamuoto voitaisiin ymmärtää tulkintakysymykseksi. Tämä tarkoittaisi kuitenkin myös sen hyväksymistä, että on lopulta kansallisen tuomioistuimen tehtävänä tehdä lopulliset päätelmät siitä, että unionin elimen todetaan toimineen lainvastaisesti.

<sup>86</sup> Ks. jälleen tuomio 25.3.2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, 83 kohta).

<sup>87</sup> Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 135–148 kohta.

komission päätöksen 2009/78/EY kumoamisesta 24.11.2010 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) N:o 1093/2010 1 artiklan 2 kohdassa mainittujen lainsäätämisyksiköissä hyväksytyjen säädösten soveltamisalaan. Ohjeet ovat näin ollen pätemättömiä.