



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MICHALA BOBEKA
od 15. travnja 2021.¹

Predmet C-911/19

**Fédération bancaire française (FBF)
protiv
Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Conseil d'État (Državno vijeće, Francuska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Bankarsko pravo – Smjernice o sustavima [upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo i nadzoru nad tim proizvodima] koje je izdalo Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo – *Soft law* – Neobvezujuće mjere Unije koje proizvode pravne učinke – Provedba od strane država članica – Sudski nadzor – Odnos između članka 263. i članka 267. UFEU-a – Nepostojanje ovlasti Europskog nadzornog tijela za bankarstvo”

I. Uvod

1. Kao što se navodi u Igru prijestolja, „ono što je mrtvo nikad ne može umrijeti”. Stoga se, možda uz izuzetak Bijelih hodača, ni ono što je mrtvo ne može ubiti. Međutim, može li Sud u okviru prethodnog postupka poništiti (ili radije proglasiti nevaljanim) nešto što nikada nije postojalo (ili što pak nikada nije zaživjelo kao obvezujući akt prava Unije)? Podredno, može li Sud ponuditi (obvezujuće) tumačenje neobvezujuće mjere Unije?

2. Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo (u daljnjem tekstu: EBA) izdalo je 2017. Smjernice o sustavima [upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo i nadzoru nad tim proizvodima]². Nakon toga je francuski Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (Agencija za bonitetni nadzor i sanaciju, Francuska) (u daljnjem tekstu: ACPR) u obavijesti naveo da je usklađen s tim smjernicama, što ih stoga čini primjenjivima na sve financijske institucije pod njegovim nadzorom. Fédération bancaire française (Francuski bankarski savez, Francuska; u daljnjem tekstu: FBF) zatražio je poništenje te obavijesti pred sudom koji je uputio zahtjev ističući da EBA nema ovlast za donošenje navedenih smjernica.

3. Ovaj je predmet višeslojan. S jedne strane, riječ je o pitanju je li EBA donošenjem pobijanih smjernica prekoračila ovlasti koje su joj dodijeljene Uredbom br. 1093/2010³. Bez obzira na složenost probijanja kroz gustu mrežu poprilično tehničkog sekundarnog zakonodavstva, riječ je u biti o jednostavnijem pitanju.

1 Izvorni jezik: engleski

2 Smjernice od 22. ožujka 2016. (EBA/GL/2015/18)

3 Uredba Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010. o osnivanju europskog nadzornog tijela (Europskog nadzornog tijela za bankarstvo), kojom se izmjenjuje Odluka br. 716/2009/EZ i stavlja izvan snage Odluka Komisije 2009/78/EZ (SL 2010., L 331, str. 12.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 12., str. 80.)

4. Mnogo složenija pitanja pojavljuju se tek kasnije: do kakvih bi posljedica u odnosu na prethodni postupak dovelo utvrđenje o nenadležnosti kada je riječ o neobvezujućim mjerama (ili mjerama *soft lawa*)? Može li Sud neobvezujuću mjeru proglašiti nevaljanom? U sistemskom smislu, mogu li se u pogledu neobvezujućih mjera u potpunosti odvojiti postupci u skladu s člankom 263. UFEU-a od onih u skladu s člankom 267. UFEU-a? Na koji način je moguće pomiriti presude Suda u predmetima Grimaldi⁴, Foto-Frost⁵ i Belgija/Komisija⁶ u pogledu pravih instrumenata *soft lawa*? Mogu li neobvezujuće mjere Unije podlijegati ispitivanju Suda u skladu s člankom 267. UFEU-a, kako proizlazi iz presude Grimaldi, dok njihov (izravni) sudski nadzor u skladu s člankom 263. UFEU-a nije moguć, kao što je to nedavno potvrđeno presudom Belgija/Komisija?

5. Konačno, ali prilično važno, sva su ta pitanja postavljena u posebnom kontekstu u kojem se nacionalnim pravom omogućuje ono što se, za razliku od mogućnosti na razini Unije, čini kudikamo otvorenijim pristupom izravnom sudskom nadzoru mjera *soft lawa*, uključujući nacionalne akte kojima se „provode” neobvezujući akti prava Unije. S obzirom na navedeno, postavlja se pitanje imaju li nacionalni sudovi također dužnost, uzimajući u obzir presudu Foto-Frost, uputiti zahtjev za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti neobvezujućih mjera Unije. Ili bi takav nacionalni sud mogao jednostavno samostalno poništiti nacionalnu provedbenu mjeru, s obzirom na to da se ono što (zaista) nije obvezujuće zasigurno može slobodno zanemariti?

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Uredba br. 1093/2010

6. Člankom 1. Uredbe br. 1093/2010 osniva se Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo. U verziji primjenjivoj u trenutku donošenja pobijanih smjernica, njome je na sljedeći način pojašnjen opseg EBA-ina djelovanja:

„2. [EBA] postupa u okviru ovlasti koje su joj dodijeljene ovom Uredbom i unutar područja primjene Direktive 2002/87/EZ^[7], Direktive 2009/110/EZ^[8], Uredbe (EU) br. 575/2013 Europskog parlamenta i Vijeća^[9], Direktive 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća^[10], Direktive 2014/49/EU Europskog parlamenta i Vijeća^[11], Uredbe (EU) 2015/847 Europskog parlamenta i Vijeća^[12], Direktive (EU)

4 Presuda od 13. prosinca 1989., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646; ‚Grimaldi’)

5 Presuda od 22. listopada 1987., Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452; ‚Foto-Frost’)

6 Presuda od 20. veljače 2018., Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2018:79; ‚Belgija/Komisija’)

7 Direktiva 2002/87/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 2002. o dodatnom nadzoru kreditnih institucija, društava za osiguranje i investicijskih društava u financijskom konglomeratu i o izmjeni direktiva Vijeća 73/239/EEZ, 79/267/EEZ, 92/49/EEZ, 92/96/EEZ, 93/6/EEZ i 93/22/EEZ i direktiva 98/78/EZ i 2000/12/EZ Europskog parlamenta i Vijeća (SL 2003., L 35, str. 1.)(SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 8., str. 31.)

8 Direktiva 2009/110/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. rujna 2009. o osnivanju, obavljanju djelatnosti i bonitetnom nadzoru poslovanja institucija za elektronički novac te o izmjeni direktiva 2005/60/EZ i 2006/48/EZ i stavljanju izvan snage Direktive 2000/46/EZ (SL 2009., L 267, str. 7.)(SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 11., str. 94.)

9 Uredba (EU) br. 575/2013 od 26. lipnja 2013. o bonitetnim zahtjevima za kreditne institucije i investicijska društva i o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012 (SL 2013., L 176, str. 1.)

10 Direktiva 2013/36/EU od 26. lipnja 2013. o pristupanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru nad kreditnim institucijama i investicijskim društvima, izmjeni Direktive 2002/87/EZ te stavljanju izvan snage direktiva 2006/48/EZ i 2006/49/EZ (SL 2013., L 176, str. 338.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 14., str. 105.)

11 Direktiva 2014/49/EU od 16. travnja 2014. o sustavima osiguranja depozita (SL 2014., L 173, str. 149.)

12 Uredba (EU) 2015/847 od 20. svibnja 2015. o informacijama koje su priložene prijenosu novčanih sredstava i o stavljanju izvan snage Uredbe (EZ) br. 1781/2006 (SL 2015., L 141, str. 1.)

2015/2366 Europskog parlamenta i Vijeća^[13] i, u mjeri u kojoj se ti akti primjenjuju na kreditne i financijske institucije i nadležna tijela koja ih nadziru, u okviru relevantnih dijelova Direktive 2002/65/EZ^[14] i Direktive (EU) 2015/849 Europskog parlamenta i Vijeća^[15], uključujući sve direktive, uredbe i odluke koje se temelje na tim aktima, te svih daljnjih pravno obvezujućih akata Unije kojima se [EBA-i] dodjeljuju zadaće. [EBA] također djeluje u skladu s Uredbom Vijeća (EU) br. 1024/2013^[16].

3. [EBA] također djeluje u području djelatnosti kreditnih institucija, financijskih konglomerata, investicijskih društava, institucija za platni promet i institucija za elektronički novac, s obzirom na pitanja koja nisu izravno obuhvaćena aktima navedenima u stavku 2., uključujući pitanja korporativnog upravljanja, revizije i financijskog izvješćivanja, pod uvjetom da je to djelovanje [EBA-e] neophodno radi osiguravanja efektivne i dosljedne primjene tih akata.

[...]

5. Cilj [EBA-e] jest zaštita javnog interesa, doprinošenjem kratkoročnoj, srednjoročnoj i dugoročnoj stabilnosti i efektivnosti financijskog sustava u korist gospodarstva Unije, njezinih građana i poduzetnika. [EBA] doprinosi:

- (a) poboljšanju funkcioniranja unutarnjeg tržišta, uključujući posebno pouzdanu, efektivnu i dosljednu razinu regulative i nadzora;
- (b) osiguravanju cjelovitosti, transparentnosti, učinkovitosti i urednom funkcioniranju financijskih tržišta;
- (c) jačanju međunarodne koordinacije nadzora;
- (d) sprečavanju regulatorne arbitraže i promicanju jednakih uvjeta tržišnog natjecanja;
- (e) osiguranju da preuzimanje kreditnog rizika i drugih rizika bude primjereno regulirano i nadzirano; te
- (f) pojačanju zaštite potrošača.

U te svrhe [EBA] doprinosi dosljednoj, učinkovitoj i djelotvornoj primjeni akata iz stavka 2., potiče nadzornu konvergenciju, daje mišljenja Europskom parlamentu, Vijeću i Komisiji te provodi ekonomske analize tržišta radi promicanja postizanja cilja [EBA-e].”

13 Direktiva (EU) 2015/2366 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2015. o platnim uslugama na unutarnjem tržištu, o izmjeni direktiva 2002/65/EZ, 2009/110/EZ i 2013/36/EU te Uredbe (EU) br. 1093/2010 i o stavljanju izvan snage Direktive 2007/64/EZ (SL 2015., L 337, str. 35.)

14 Direktiva 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002. o trgovanju na daljinu financijskim uslugama koje su namijenjene potrošačima i o izmjeni Direktive Vijeća 90/619/EEZ i direktiva 97/7/EZ i 98/27/EZ (SL 2002., L 271, str. 16.)

15 Direktiva (EU) 2015/849 od 20. svibnja 2015. o sprečavanju korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca ili financiranja terorizma, o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive 2005/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i Direktive Komisije 2006/70/EZ (SL 2015., L 141, str. 73.)

16 Uredba (EU) br. 1024/2013 od 15. listopada 2013. o dodjeli određenih zadaća Europskoj središnjoj banci u vezi s politikama bonitetnog nadzora kreditnih institucija (SL 2013., L 287, str. 63.)

7. U skladu s člankom 8. te uredbe, naslovljenim „Zadaće i ovlasti [EBA-e]“:

„1. [EBA] ima sljedeće zadaće:

(a) doprinosi uspostavi visokokvalitetnih zajedničkih regulatornih i nadzornih standarda i praksi, posebno davanjem mišljenja institucijama Unije i izradom smjernica, preporuka, nacrti regulatornih i provedbenih tehničkih standarda te drugih mjera koje se temelje na zakonodavnim aktima Unije iz članka 1. stavka 2.;

[...]

(b) doprinosi dosljednoj primjeni pravno obvezujućih akata Unije, posebno doprinoseći zajedničkoj kulturi u području nadzora, osiguravajući dosljednu, učinkovitu i efektivnu primjenu akata iz članka 1. stavka 2., sprečavajući regulatornu arbitražu, posredujući u sporovima među nadležnim tijelima i rješavajući te sporove, osiguravajući djelotvoran i dosljedan nadzor nad financijskim institucijama, osiguravajući usklađeno funkcioniranje kolegija nadzornih tijela i poduzimajući mjere, između ostalog, u izvanrednim situacijama;

[...]

2. Da bi ostvarilo zadaće navedene u stavku 1., [EBA] ima ovlasti navedene u ovoj Uredbi, a posebno za:

[...]

(c) izdavanje smjernica i preporuka kao što je određeno u članku 16.;

[...]”

8. Člankom 9. Uredbe br. 1093/2010, naslovljenim „Zadaće koje se odnose na zaštitu potrošača i financijske djelatnosti“, određuje se sljedeće:

„1. [EBA] ima vodeću ulogu na tržištu za financijske proizvode ili usluge namijenjene potrošačima u promicanju transparentnosti, jednostavnosti i pravednosti na cijelom unutarnjem tržištu, među ostalim:

(a) prikupljanjem i analizom podataka te izvješćivanjem o potrošačkim trendovima;

(b) pregledom i koordinacijom inicijativa nadležnih tijela koje se odnose na financijsku pismenost i obrazovanje;

(c) razvojem standarda osposobljavanja za sektor; te

(d) doprinošenjem razvoju zajedničkih pravila objavljivanja.

2. [EBA] prati nove i postojeće financijske djelatnosti i može donijeti smjernice i preporuke s ciljem promicanja sigurnosti i pouzdanosti tržišta i konvergencije regulatorne prakse.

[...]”

9. Člankom 16. te uredbe pod naslovom „Smjernice i preporuke” navodi se:

„1. S ciljem uspostavljanja dosljednih, učinkovitih i efektivnih nadzornih praksi unutar [Europskog sustava financijskog nadzora (ESFS-a)] te osiguravanja zajedničke, ujednačene i dosljedne primjene prava Unije, [EBA] izdaje smjernice i preporuke upućene nadležnim tijelima ili financijskim institucijama.

2. Prema potrebi, [EBA] provodi otvorena javna savjetovanja o smjernicama i preporukama te analizira potencijalne povezane troškove i koristi. Takva savjetovanja i analize moraju biti razmjerni s obzirom na opseg, prirodu i učinak smjernica ili preporuka. [EBA] također, prema potrebi, traži mišljenja ili savjet Interesne skupine za bankarstvo iz članka 37.

3. Nadležna tijela i financijske institucije moraju ulagati napore da se usklade s tim smjernicama i preporukama.

U razdoblju od dva mjeseca od izdavanja smjernice ili preporuke svako nadležno tijelo dužno je potvrditi da je usklađeno ili da se namjerava uskladiti s tom smjernicom ili preporukom. U slučaju da nadležno tijelo nije usklađeno ili da se ne namjerava uskladiti, dužno je o tome obavijestiti [EBA-u], navodeći svoje razloge.

[EBA] objavljuje činjenicu da nadležno tijelo nije usklađeno ili da se ne namjerava uskladiti s tom smjernicom ili preporukom. [EBA] također može odlučiti, na pojedinačnoj osnovi, objaviti razloge koje je navelo nadležno tijelo za neusklađivanje s tom smjernicom ili preporukom. Nadležno tijelo mora o toj objavi biti unaprijed obaviješteno.

Ako se to zahtijeva u toj smjernici ili preporuci, financijske institucije moraju jasno i detaljno izvješćivati o tome jesu li usklađene s tom smjernicom ili preporukom.

[...]”

2. Smjernice EBA-e

10. U skladu s odjeljkom 1. točkom 1. Smjernica o sustavima [upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo i nadzoru nad tim proizvodima], „[o]vaj dokument sadrži smjernice izdane na temelju članka 16. Uredbe (EU) br. 1093/2010. U skladu s člankom 16. stavkom 3. Uredbe (EU) br. 1093/2010 nadležna tijela i financijske institucije moraju ulagati napore da se usklade s ovim smjernicama.”

11. Točkom 2. Smjernica EBA-e određeno je:

„Smjernice iznose EBA-ino stajalište o odgovarajućim nadzornim praksama unutar Europskog sustava financijskog nadzora ili o tome kako bi se pravo Unije trebalo primjenjivati u određenom području. Nadležna tijela određena člankom 4. stavkom 2. Uredbe (EU) br. 1093/2010 na koja se smjernice primjenjuju trebala bi se s njima uskladiti tako da ih na odgovarajući način uključe u svoje prakse (npr. izmjenama svojeg pravnog okvira ili nadzornih postupaka), uključujući i u slučajevima kada su smjernice prvenstveno upućene institucijama.”

12. Točka 3. Smjernica, naslovljena „Zahtjevi za izvješćivanje”, glasi:

„U skladu s člankom 16. stavkom 3. Uredbe (EU) br. 1093/2010 nadležna tijela moraju obavijestiti EBA-u o tome jesu li usklađena ili se namjeravaju uskladiti s ovim smjernicama, odnosno o razlozima neusklađenosti do 23. 5. 2016. U slučaju izostanka takve obavijesti unutar ovog roka EBA će smatrati da nadležna tijela nisu usklađena [...]”

13. Odjeljak 2. Smjernica EBA-e započinje točkom 5. kojom se određuje njihovo područje primjene:

„Ove se smjernice odnose na uspostavljanje sustava nadzora i upravljanja proizvodima za proizvođače i distributere kao sastavni dio općih organizacijskih zahtjeva povezanih sa sustavima unutarnjih kontrola društava. Odnose se na unutarnje postupke i strategije usmjerene na dizajn proizvoda, njihovo stavljanje na tržište i periodične kontrole tijekom životnog vijeka proizvoda. Njima se uspostavljaju postupci relevantni za osiguravanje ispunjavanja interesa, ciljeva i značajki ciljanog tržišta. Međutim, ove se smjernice ne odnose na prikladnost proizvoda za pojedinačne potrošače.”

14. Točkom 6. Smjernica određeno je njihovo područje primjene:

„Ove se smjernice primjenjuju na proizvođače i distributere proizvoda koji se nude i prodaju potrošačima, te kojima se određuju sustavi nadzora i upravljanja proizvodima u odnosu na:

- članak 74. stavak 1. Direktive 2013/36/EU („Direktiva o kapitalnim zahtjevima IV, (CRD IV)'), članak 10. stavak 4. Direktive 2007/64/EZ^[17] („Direktiva o platnim uslugama (PSD)') i članak 3. stavak 1. Direktive 2009/110/EZ („Direktiva o elektroničkom novcu (EMD)') zajedno s člankom 10. stavkom 4. PSD-a i
- člankom 7. stavkom 1. Direktive 2014/17/EU^[18] („Direktiva o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine ili Direktiva o hipotekarnim kreditima (MCD)').”

15. Točka 7. Smjernica glasi:

„Nadležna tijela trebala bi razmotriti primjenu ovih smjernica na druge subjekte u svojoj nadležnosti koji ne spadaju unutar područja primjene zakonodavnih akata koji se prethodno navode, no za koje nadležna tijela imaju nadzorne dužnosti. Nadležna bi tijela posebno trebala razmotriti primjenu ovih smjernica i na posrednike koji nisu kreditni posrednici prema MCD-u, poput posrednika za potrošačke kredite.”

16. Točkom 8. Smjernica određeno je:

„Nadležna tijela mogu razmotriti proširenje istih oblika zaštite utvrđenih u ovim smjernicama u odnosu na osobe koje nisu potrošači, kao što su mikro poduzeća te mala i srednja poduzeća.”

17. U skladu s točkom 11. Smjernica:

„Ove su smjernice upućene nadležnim tijelima kako je definirano u članku 4. stavku 2. Uredbe (EU) br. 1093/2010 i financijskim institucijama kako je definirano u članku 4. stavku 1. Uredbe (EU) br. 1093/2010 (Uredba o EBA-i).”

18. Točkom 16. naslovljenom „Datum primjene” ukidaju se „uvodni” odjeljci 1. do 3. Tom se točkom određuje da se „[o]ve smjernice primjenjuju od 3. siječnja 2017.”.

19. Postojeće smjernice su sadržane u sljedećim dvama odjeljcima: odjeljku 4. koji se odnosi na „[s]ustav[e] nadzora i upravljanja proizvodima primjenjiv[e] na proizvođače” i odjeljku 5. koji se odnosi na „[s]ustav[e] nadzora i upravljanja proizvodima primjenjiv[e] na distributere”. Dva odjeljka zajedno sadržavaju 12 smjernica, od kojih je većina podijeljena na dodatna pravila.

¹⁷ Direktiva 2007/64/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. o platnim uslugama na unutarnjem tržištu i o izmjeni direktiva 97/7/EZ, 2002/65/EZ, 2005/60/EZ i 2006/48/EZ te stavljanju izvan snage Direktive 97/5/EZ (SL 2007., L 319, str. 1.)(SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 10., svezak 2., str. 172.)

¹⁸ Direktiva 2014/17/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 4. veljače 2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010 (SL 2014., L 60, str. 34.)

B. Nacionalno pravo

20. Obavijest Agencije za bonitetni nadzor i sanaciju od 8. rujna 2017., naslovljena „Provedba smjernica Europskog nadzornog tijela za bankarstvo o sustavima [upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo i nadzoru nad tim proizvodima] (EBA/GL/2015/18)”, glasi:

„Agencija za bonitetni nadzor i sanaciju (ACPR) izjavljuje da je usklađena sa smjernicama Europskog nadzornog tijela za bankarstvo o sustavima [upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo i nadzoru nad tim proizvodima] (EBA/GL/2015/18) priloženima ovoj obavijesti.

Te se smjernice primjenjuju na kreditne institucije, institucije za platni promet i institucije za elektronički novac pod nadzorom ACPR-a, koje moraju ulagati sve napore da se usklade s njima i da, u skladu s točkom 14. Smjernica, osiguraju usklađivanje svojih distributera s njima u skladu s člankom 16. Uredbe (EU) br. 1093/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010. o osnivanju Europskog nadzornog tijela za bankarstvo.”

III. Činjenično stanje, nacionalni postupak i prethodna pitanja

21. Pozivajući se na članak 16. Uredbe br. 1093/2010 EBA je 22. ožujka 2016. donijela Smjernice o sustavima [upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo i nadzoru nad tim proizvodima]. Smjernice se odnose na nadležna nacionalna tijela i financijske institucije.

22. Kao francusko nadzorno tijelo nadležno u tom području, ACPR je 8. rujna 2017. na svojoj internetskoj stranici objavio obavijest. U toj je obavijesti ACPR istaknuo da je usklađen sa smjernicama. Također je naveo da se smjernice primjenjuju na kreditne institucije, institucije za platni promet i institucije za elektronički novac koje su pod njegovim nadzorom i da one moraju ulagati napore kako bi se s njima uskladile i osigurale da njihovi distributeri također postupaju u skladu s njima.

23. FBF je 8. studenoga 2017. podnio pred Conseilom d'État (Državno vijeće, Francuska), sudom koji je uputio zahtjev, tužbu za poništenje ACPR-ove obavijesti. FBF ističe da su Smjernice EBA-e, koje su primjenjive na temelju obavijesti, nevaljane zbog EBA-ine nenadležnosti za izdavanje takvih smjernica.

24. Sud koji je uputio zahtjev dvoji o dopuštenosti i osnovanosti prigovora u kojem se tvrdi da su pobijane smjernice nevaljane.

25. Sud koji je uputio zahtjev smatra da dopuštenost takvog prigovora nevaljanosti za potrebe zahtjeva za prethodnu odluku ovisi o pitanju mogu li pobijane smjernice biti predmet tužbe za poništenje u skladu s člankom 263. UFEU-a i je li strukovni savez kao što je FBF mogao podnijeti takvu tužbu.

26. Kada je riječ o osnovanosti tog prigovora, sud koji je uputio zahtjev ističe da se u smjernicama EBA-e poziva na više zakonodavnih akata Unije, ali da se nijednim od njih, osim Direktivom 2014/17, izričito ne predviđa upravljanje bankovnim proizvodima za građanstvo, što je područje obuhvaćeno smjernicama. Osim toga, nijedan od tih zakonodavnih akata ne sadržava odredbu kojom se EBA-u ovlašćuje da izdaje smjernice o upravljanju bankovnim proizvodima za građanstvo. Međutim, iz Uredbe br. 1093/2010 proizlazi da EBA doprinosi osiguranju da preuzimanje kreditnog rizika i drugih rizika bude primjereno regulirano i nadzirano te pojačanju zaštite potrošača. Upravljanje bankovnim proizvodima za građanstvo upravo doprinosi ostvarivanju takvih ciljeva.

27. U tom činjeničnom i pravnom okviru Conseil d'État (Državno vijeće) odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

- „(1.) Može li se protiv smjernica koje je izdalo europsko nadzorno tijelo podnijeti tužba za poništenje predviđena odredbama članka 263. [UFEU-a]? U slučaju potvrdnog odgovora, može li strukovni savez u tužbi za poništenje osporavati valjanost smjernica namijenjenih članovima čije interese brani, koje se na njega ne odnose ni izravno ni osobno?
- (2.) U slučaju niječnog odgovora na jedno od prva dva pitanja postavljena u točki 1., može li se u pogledu smjernica koje je izdalo europsko nadzorno tijelo podnijeti zahtjev za prethodnu odluku predviđen odredbama članka 267. [UFEU-a]? U slučaju potvrdnog odgovora, može li strukovni savez u prigovoru osporavati valjanost smjernica namijenjenih članovima čije interese brani, koje se na njega ne odnose ni izravno ni osobno?
- (3.) U slučaju da Francuski bankarski savez može u prigovoru nevaljanosti pobijati smjernice koje je 22. ožujka 2016. donijelo Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo, prekoračuje li to tijelo, izdavanjem tih smjernica, ovlasti koje su mu dodijeljene Uredbom br. 1093/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010.o osnivanju europskog nadzornog tijela (Europskog nadzornog tijela za bankarstvo)?”

28. Pisana očitovanja podnijeli su FBF, ACPR, francuska i poljska vlada, Europska komisija te EBA. Osim poljske vlade, sve su te stranke saslušane i na raspravi održanoj 20. listopada 2020.

IV. Analiza

29. U nastavku iznosim strukturu ovog mišljenja. Započet ću s uvodnim napomenama o pitanjima suda koji je uputio zahtjev i o (ne)obvezujućoj prirodi pobijanih smjernica (A). Zatim ću obrnutim redoslijedom obraditi pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev, počevši od trećeg pitanja kako bih utvrdio je li EBA zaista donijela pobijane smjernice u okviru svojih ovlasti (B). Nakon što zaključim da je EBA zaista prekoračila svoju nadležnost, posvetit ću se prvom i drugom pitanju kao i nekim drugim elementima koji se odnose na opće odnose između članka 263. UFEU-a i članka 267. UFEU-a u pogledu neobvezujućih akata Unije (C).

A. Uvodne napomene

1. Naizgled jednostavan slučaj?

30. S određenog gledišta, ovaj je slučaj prilično jednostavan. Ako bi se postavljena pitanja razmatrala odvojeno od predmeta o kojemu je riječ i ako bi se na njih odgovaralo redom kojim su postavljena, odgovori ne bi bili toliko složeni.

31. Prvo pitanje je nedopušteno. Ovaj je predmet upućen u okviru zahtjeva za prethodnu odluku u skladu s člankom 267. UFEU-a. U tom je postupovnom okviru potpuno hipotetsko pitanje može li se ista tužba eventualno podnijeti kao tužba za poništenje u skladu s člankom 263. UFEU-a. Slično tomu, pitanje može li strukovni savez osporavati pobijane smjernice u tom postupku nije relevantno za rješavanje predmeta iz postupka koji se vodi pred sudom koji je uputio zahtjev.

32. Drugo pitanje je također jednostavno. Iako je to pitanje dopušteno, odgovor se može lako izvesti iz postojeće sudske prakse. Od presude Grimaldi Sud neprestano insistira da se člankom 267. UFEU-a Sudu daje nadležnost za odlučivanje u prethodnom postupku o valjanosti i tumačenju akata institucija Unije „bez ikakve iznimke”¹⁹. Neobvezujuće mjere Unije stoga očito mogu biti predmet zahtjeva za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti²⁰.

33. Nadalje, potpitanja zajednička prvom i drugom pitanju koja se odnose na aktivnu procesnu legitimaciju strukovnih udruženja nisu relevantna u okviru prethodnog postupka. Isključivo je na nacionalnom sudu da odluči treba li pokrenuti postupak pred Sudom u skladu s člankom 267. UFEU-a²¹. Prema mišljenju Suda, svaka stranka može u postupcima pred nacionalnim sudovima isticati prigovor nevaljanosti akta Unije i zahtijevati od tog suda, koji sam po sebi nije nadležan proglasiti akt nevaljanim, da s tim u vezi uputi Sudu prethodno pitanje²².

34. Međutim, što se ostalog tiče, pravom Unije ne uređuje se pitanje tko bi trebao biti stranka pred nacionalnim sudom. Ako je nacionalnim pravom dopušteno podnošenje takvih prigovora, opet će donošenje odluke o tome smatra li potrebnim (ili obveznim) pokrenuti postupak pred Sudom biti u isključivoj nadležnosti nacionalnog suda. Stoga je pitanje ima li FBF pravo podnijeti prigovor nevaljanosti pred nacionalnim sudom protiv mjere Unije pitanje nacionalnog prava.

35. Zbog navedenoga se, odgovarajući na pitanja prema redu njihova upućivanja i postupajući s prvim dvama pitanjima apstraktno, odvojeno od činjenica iz ovog postupka, može lako i odmah doći do trećeg pitanja te smatrati da je pitanje EBA-ine ovlasti za donošenje pobijanih smjernica jedino stvarno pitanje u ovom predmetu.

36. Ipak smatram da takva prečica nije prikladna. U stvari, upravo nastojanjem da se odgovori na treće pitanje i da se iz toga izvedu zaključci u potpunosti se može razumjeti doseg prvog i drugog pitanja, ako se potonjim pitanjima ne pristupi *apstraktno*, nego u *konkretnom okviru* ovog predmeta.

37. Nadalje, jasno je da se tako pojednostavljenim tumačenjem tih triju pitanja ne bi zadovoljio sud koji je uputio zahtjev. Iz zahtjeva za prethodnu odluku, osobito u vezi s razjašnjavajućim mišljenjem javne izjaviteljice Conseil d'État (Državno vijeće) u tom predmetu²³, zapravo proizlazi da je sud koji je uputio zahtjev svjestan relevantne sudske prakse Suda u tom području. Iz tih dokumenata proizlazi da se sud koji je uputio zahtjev zapravo pita kamo ga ta sudska praksa može odvesti u konkretnom predmetu kao što je onaj koji rješava.

38. U tom se kontekstu sud koji je uputio zahtjev zapravo pita o odnosu između članka 263. i članka 267. UFEU-a u pogledu *soft lawa*, konkretno u okolnostima kada nacionalni sud osigurava sudski nadzor neobvezujućih *nacionalnih* mjera, dok Sud u okviru tužbi za poništenje, ne dopušta ispitivanje neobvezujućih mjera *Unije*. Taj je problem okosnica pitanja koje se odnosi na usporedbe (ili njihovu odsutnost) tih dviju vrsta postupaka, osobito kada je riječ o položaju strukovnih udruženja u obama vrstama predmetnih postupaka. Na to se pitanje potom nadovezuje drugo, koje je sud koji je uputio zahtjev također postavio u svojem zahtjevu za prethodnu odluku. Ono se odnosi na činjenicu da je u prethodnom postupku, na nacionalnoj kao i na europskoj razini, došlo do ispreplitanja ispitivanja, odnosno na pitanje jesu li nacionalni sudovi obvezni, u skladu s presudom Foto-Frost, uputiti Sudu pitanja o valjanosti neobvezujuće mjere Unije prilikom ispitivanja nacionalne mjere kojom se mjere Unije primjenjuju na nacionalnoj razini na pojedinačne adresate?

19 Vidjeti presudu Grimaldi (t. 8.); presudu od 13. lipnja 2017., Florescu i dr. (C-258/14, EU:C:2017:448, t. 30.), Belgija/Komisija (t. 44.) i presudu od 27. veljače 2018., Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, t. 44.). Vidjeti također vezano za preporuke EBA-e, mišljenje nezavisnog odvjetnika Camposa Sánchez-Bordone u predmetu Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2020:729, t. 95. do 102.).

20 Vidjeti u vezi s preporukama Unije Grimaldi (t. 8. do 18.) i Belgija/Komisija (C-16/16, EU:C:2018:79, t. 44.).

21 Vidjeti, presudu od 18. srpnja 2013., Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, t. 28. i navedena sudska praksa).

22 Vidjeti na primjer presudu od 27. studenoga 2012., Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, t. 39. i navedena sudska praksa).

23 Mišljenje Emilije Bokdam, javne izjaviteljice, od 4. prosinca 2019. u predmetu br. 415550 Fédération bancaire française (dostupno na: <https://www.conseil-etat.fr>)

39. S obzirom na navedeno, u mjeri u kojoj bi odgovaranje na treće pitanje na početku pomoglo u razjašnjenju nekih općenitih pitanja iz prvog i drugog pitanja, želim započeti s trećim pitanjem prije nego što se vratim na ta strukturna pitanja. Na taj način konkretan primjer smjernica koje je donijela EBA omogućuje dobar prikaz strukturnih pitanja koja se odnose na ispitivanje mjera *soft lawa* pred Sudom.

2. Jesu li pobijane smjernice (prava) neobvezujuća mjera?

40. Prije razmatranja trećeg pitanja treba međutim razmotriti još jedno preliminarno pitanje: jesu li pobijane smjernice *prava* neobvezujuća mjera koja *ne* proizvodi obvezujuće pravne učinke, kao što su to istaknule sve stranke u postupku? Ono što se može činiti zdravorazumskom tvrdnjom prije svega je važna početna pretpostavka za sljedeća razmatranja. To je pitanje zapravo skriveno u prvom dijelu prvog pitanja s obzirom na to da se ustaljenom sudskom praksom *prave* neobvezujuće mjere *soft lawa* isključuju iz sudskog nadzora u skladu s člankom 263. UFEU-a. Suprotno tomu, ako takav akt jest proizveo obvezujuće pravne učinke (i stoga je bio „lažni” instrument *soft lawa*), on bi mogao podlijegati ispitivanju u skladu s člankom 263. UFEU-a (barem pod pretpostavkom da se taj akt izravno i osobno odnosio na dotičnog tužitelja).

41. Iz ustaljene sudske prakse zaista proizlazi da se „aktima koji se mogu pobijati” u smislu članka 263. UFEU-a smatraju svi akti, bez obzira na to u kojem su obliku, koje su donijele institucije čiji je cilj proizvoditi obvezujuće pravne učinke. Kako bi se utvrdilo proizvodi li pobijani akt obvezujuće pravne učinke, treba razmotriti njegovu bit, a ti se učinci moraju ocijeniti s obzirom na objektivne kriterije, poput sadržaja tog akta, uzimajući u obzir, prema potrebi, kontekst njegova donošenja i ovlasti institucije autora²⁴.

42. Proizvode li pobijane smjernice obvezujuće pravne učinke s obzirom na taj tradicionalni test?

43. S jedne strane, kao prvo, točno je da su pobijane smjernice sastavljene na način koji u bitnom ne obvezuje. U stvarnim sadržajnim smjernicama koje se odnose na proizvođače i distributere bankarskih proizvoda, sadržanima u odjeljcima 4. i 5. Smjernica, upotrebljava se izraz „trebali bi” za razliku od izraza „dužni su”. Kao drugo, nadležna tijela²⁵ nemaju obvezu usklađivanja s njima. Člankom 16. stavkom 3. drugim podstavkom Uredbe br. 1093/2010 zahtijeva se od svakog nadležnog tijela da potvrdi je li usklađeno ili se namjerava uskladiti sa smjernicama koje je donijela EBA. U slučaju da nadležno tijelo nije usklađeno ili da se ne namjerava uskladiti, dužno je o tome obavijestiti EBA-u, uz navođenje svojih razloga²⁶. S treće strane, prilikom ocjene konteksta i ovlasti dotične agencije, argument mora potpasti pod istu vrstu kružnog razmatranja koje sam već naveo na drugim mjestima²⁷, odnosno (i.) s obzirom na to da je EBA sigurno znala da njezine smjernice nisu obvezujuće, (ii.) nije stoga imala namjeru donositi ništa što bi bilo obvezujuće i (iii.) stoga je očito da tijelo koje je donijelo akt nije imalo nikakvu namjeru donijeti obvezujući pravni akt.

44. Na tom je temelju nedvojbeno moguće zaključiti da pobijane smjernice same po sebi ne proizvode obvezujuće pravne učinke.

24 Vidjeti na primjer presude od 31. ožujka 1971., Komisija/Vijeće (22/70, EU:C:1971:32, t. 39 i 42.); i od 25. listopada 2017., Rumunjska/Komisija (C-599/15 P, EU:C:2017:801, t. 47. i 48.) i Belgija/Komisija t. 31. i 32.).

25 Utvrđena člankom 4. stavkom 2. Uredbe br. 1093/2010 (u biti, državna regulatorna tijela)

26 Neovisno o tome, u točki 3. prvog odjeljka Smjernica navodi se da će „[u] slučaju izostanka takve obavijesti unutar ovog roka EBA smatrati da nadležna tijela nisu usklađena”. Prilično je izazovno utvrditi, u konceptualnom smislu, da se točkom neobvezujućih smjernica pokušava izmijeniti (ili odstupiti od) obveze koja je jasno nametnuta tekstem članka 16. stavka 3. Uredbe br. 1093/2010. Međutim, budući da se točkom 3. zapravo ne nameće nikakva dodatna obveza, već se od nje udaljava stvaranjem pretpostavke o *silencio negativo*, u tehničkom se smislu *ne* nameće *nova* pravna obveza. Preostaje samo normativna zbunjenost u pogledu načina na koji se neobvezujućim smjernicama može izmijeniti sadržaj zakonske obveze sadržane u uredbi.

27 Vidjeti moje mišljenje u predmetu Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2017:959, t. 76. do 79.).

45. S druge strane, te su smjernice ipak izdane u okviru nekoliko mehanizama te su njima popraćene, a oni ih, ako se tumače u skladu s Uredbom br. 1093/2010 kao njihovom pravnom osnovom, čine aktima za koje se može razumno smatrati da navode svoje adresate na to da ih poštuju.

46. Kao prvo, u skladu s člankom 16. stavkom 3. prvim podstavkom Uredbe br. 1093/2010, u odjeljku 1. točki 1. pobijanih smjernica predviđeno je da nadležna nacionalna tijela i financijske institucije „moraju ulagati napore da se usklade sa smjernicama”. Naime, bez temeljitog ispitivanja onoga što konkretno podrazumijeva izraz „moraju ulagati napore”, može se pretpostaviti da pobijane smjernice nisu donesene s namjerom da ih adresati jednostavno zanemare, osobito ako im se nalaže dužnost da moraju ulagati takav napor.

47. Kao drugo, tko je točno adresat? Iako su pobijane smjernice, u skladu s njihovom točkom 11. formalno upućene nadležnim tijelima i financijskim institucijama²⁸, jasno je da su financijske institucije one koje će u konačnici morati udovoljiti tim obvezama i da su, kao takve, pravi adresati. Ta logika proizlazi iz sadržaja smjernica iz odjeljaka 4. i 5. koje su usmjerene isključivo na proizvođače i distributere bankarskih proizvoda.

48. U sistemskom smislu, smjernice umnogome nalikuju direktivama, jer iako su formalno upućene državi članici, njihove su odredbe u konačnici namijenjene uređivanju ponašanja pojedinaca, pri čemu potonji nemaju drugog izbora nego primijeniti ih. Nadležna tijela nisu stvarni adresati tih obveza; njihova je zadaća jednostavno odlučiti se za ili protiv njihove primjene. Međutim, jednom kad je ta odluka donesena, prvotno neobvezujuća narav pretvara se u vrlo obvezujuću jer „nominalni adresat” (nadležno regulatorno tijelo) postaje stvarni „provoditelj”. Stoga stvarni adresati smjernica, odnosno financijske institucije, imaju izrazito ograničenu mogućnost izbora hoće li se uskladiti s njima ili je uopće nemaju.

49. Usto, s obzirom na zajedničko tumačenje točaka 6., 7. i 8. pobijanih smjernica²⁹, čak nije ni jasno oslobađa li formalna odluka nadležnog tijela da se ne uskladi zaista financijske institucije od obveze da „moraju ulagati napore da se usklade s ovim smjernicama”. Neusklađenost nadležnih tijela također može samo značiti da ona neće provoditi te smjernice, a da to pritom ne utječe na samu dužnost financijskih institucija. Drugim riječima, te smjernice mogu imati vlastiti život u odnosu na financijske institucije neovisno o stajalištu nadležnih tijela.

50. Kao treće i u vezi s prethodnom točkom, kada se nadležna tijela odluče uskladiti, financijske institucije postaju stvarno vezane pobijanim smjernicama na nacionalnoj razini zbog činjenice da ih nadležno nacionalno tijelo „provodi” ili „uključuje”. U ovom slučaju, time što je u svojoj obavijesti izjavio da je usklađen s pobijanim smjernicama, ACPR je *de facto* sadržaj potonjih učinio obveznim za financijske institucije u Francuskoj. U tom pogledu treba naglasiti da je, za razliku od direktive čiji se sadržaj najprije mora prenijeti u neki oblik nacionalnog zakona, sadržaj smjernica postao primjenjiv na temelju obavijesti ACPR-a na sve „kreditne institucije, institucije za platni promet i institucije za elektronički novac pod nadzorom ACPR-a”³⁰.

51. Potonju točku djelotvorne provedbe na nacionalnoj razini treba jasno objasniti. Nakon što se nadležno nacionalno tijelo za nju odluči, usklađenost s tim smjernicama postaje izvršiva u toj državi članici. Prema mišljenju javne izjaviteljice Conseil d'État (Državno vijeće) u sporu iz glavnog postupka, neusklađenost sa Smjernicama ne može *izravno* dovesti do izricanja sankcije. Međutim,

28 Dok se člankom 16. stavkom 1. Uredbe br. 1093/2010 predviđa da EBA izdaje smjernice upućene nadležnim tijelima *ili* financijskim institucijama.

29 Budući da se u pobijanim smjernicama u točki 7. navodi da bi nadležna tijela „trebala razmotriti” njihovu primjenu na subjekte koji nisu proizvođači ili distributeri financijskih proizvoda u odnosu na zakonodavne akte koji su u njima navedeni, moglo bi se smatrati da se smjernice automatski primjenjuju na potonje, neovisno o stajalištu nadležnih tijela.

30 Vidjeti točku 20. ovog mišljenja. Kao što je jasno navedeno u toj obavijesti, pobijane smjernice samo su kao takve „dodane” obavijesti.

sadržaj Smjernica predstavlja najbolje prakse kojih bi se financijske institucije trebale pridržavati. Ako takve institucije ne slijede te najbolje prakse, moglo bi se smatrati da provode lošu praksu. Na temelju toga ACPR bi mogao izdati pojedinačna upozorenja čije nepoštovanje bi u biti te financijske institucije izložilo stegovnim postupcima³¹.

52. Ukratko, u skladu s tradicionalnom definicijom akta prava Unije koji proizvodi obvezujuće pravne učinke u skladu s člankom 263. UFEU-a, slažem se da će se smjernice, osobito ako se tumače samo na razini Unije, vjerojatno smatrati neobvezujućim, pravim instrumentom *soft law*. Međutim, kada se taj test primjenjuje na slučajeve kao što je ovaj, taj tradicionalni pristup ne nudi mnogo odgovora, nego se njime poprilično rječito ističe narav problema.

53. Test na temelju kojeg se može utvrditi može li akt prava Unije biti predmet ispitivanja treba biti usredotočen na pitanje može li se razumno smatrati da se aktom potiče ili čak djelotvorno nalaže usklađenost svojeg adresata. Rezultat bi trebao biti stupnjeviti i njime bi se trebao priznati kontinuum pravnih učinaka, ali bi se njime logično trebalo usko usredotočiti upravo na učinke koje pobijani akt proizvodi u odnosu na pravni položaj njegovih adresata. Ako se problem odnosi na hibridne oblike upravljanja, tada i pravni lijek također može biti hibridan, logično prilagođen točnoj vrsti učinaka koje proizvodi i koji se smatraju problematičnima. Međutim, kao što je to nedavno istaknuto u presudi Belgija/Komisija, Sud ostaje usredotočen na akt i njegova autora, ne obazirući se na stvarni život pravnog akta i njegovih adresata, zbog čega se vrti u krugu u kojem se narav akta određuje namjerom njegova autora i obrnuto. Naposljetku, samo se jedan od dvaju rezultata može zamisliti u takvom binarnom svijetu, odnosno ili će obvezujući pravni učinci u potpunosti postojati ili takvih učinaka uopće neće biti.

54. Ne želim ponavljati argumente koji ranije nisu uvjerali Sud³². Ovime ponajprije želim objasniti na koji način ti izbori utječu na ovaj predmet. Nacionalna i Unijina regulatorna i pravosudna razina međusobno su povezane, barem u okviru prethodnog postupka. Ta okolnost dodaje ovom predmetu novi sloj složenosti jer tradicionalni pristup kojime se samo i isključivo sagledava pravni akt Unije na razini Unije postaje problematičan: ono što se još možda može tumačiti kao *soft law* kada se promatra samo i isključivo EBA i nadležna nacionalna tijela postaje nešto vrlo različito na razini niže, odnosno na razini država članica. Na toj razini *soft law* nije „više tako neobvezujući” ili se čak može pretvoriti u pravi *hard law*. Treba istaknuti da se pravu Unije sigurno ne protivi činjenica da se to događa. U biti sasvim suprotno: cilj je da cijeli sustav upravo tako funkcionira.

55. Ukratko, što se tiče njihovih pravih adresata, u obliku financijskih institucija na nacionalnoj razini, smjernice su očito manje „neobvezujuće” nego što bi to bio slučaj kada bismo se usredotočili na razinu nadležnih nacionalnih tijela. Međutim, za polaznu pretpostavku, što se tiče standardnog pristupa Suda u pogledu mjera Unije koje ne proizvode obvezujuće pravne učinke, pobijane smjernice Sud teško može smatrati obvezujućima i, posljedično, biti podvrgnute ispitivanju u skladu s člankom 263. UFEU-a.

31 Vidjeti mišljenje javne izjaviteljice Bokdam na str. 5. (vidjeti bilješku 23. ovog mišljenja).

32 Moje mišljenje u predmetu Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2017:959)

B. Treće prethodno pitanje: je li EBA prekoračila svoju nadležnost u skladu s Uredbom br. 1093/2010?

56. FBF smatra da se pobijanim smjernicama uređuje upravljanje proizvodima. One su lišene svake pravne osnove jer se ne može smatrati da se njima provode zakonodavni akti iz članka 1. stavka 2. Uredbe br. 1093/2010 s obzirom na to da se potonjima u biti uređuje korporativno upravljanje. Pri donošenju pobijanih smjernica vjerojatnije je da je EBA bila nadahnuta Direktivom 2014/65/EU³³ kojom se uređuje upravljanje financijskim proizvodima i u središtu koje su pojmovi „ciljano tržište” i razlika između proizvođača i distributera.

57. Komisija u velikoj mjeri dijeli mišljenje FBF-a. Međutim, smatra da pobijane smjernice ne izlaze potpuno iz područja EBA-ine nadležnosti u mjeri u kojoj se odnose na članak 7. stavak 1. Direktive 2014/17. Potonjom je omogućeno uređenje upravljanja proizvodom, utvrđivanje ciljanih tržišta i razlikovanje proizvođača i distributera. Kad je riječ o ostalom, Smjernice ne ulaze u nadležnost EBA-e te ih, prema mišljenju Komisije, treba proglasiti nevaljanima.

58. ACPR, francuska i poljska vlada i EBA zastupaju suprotno mišljenje. Prema mišljenju ACPR-a, francuske vlade i EBA-e, EBA je ovlaštena donijeti smjernice koje nadilaze strogo područje primjene zakonodavnih akata iz članka 1. stavka 2. Uredbe br. 1093/2010 jer se njezinim člankom 1. stavkom 3. ovlasti EBA-e proširuju na pitanja koja nisu obuhvaćena tim aktima. U svakom slučaju, upravljanje proizvodima i korporativno upravljanje međusobno su povezani, tako da se ne može smatrati da su pobijane smjernice izvan područja ovlasti EBA-e. Prema mišljenju tih intervenijenata, kao i poljske vlade, EBA-ino djelovanje također je zakonito jer se Uredbom br. 1093/2010 izričito nastoji osigurati zaštita potrošača. EBA je imala ovlast donijeti pobijane smjernice u onoj mjeri u kojoj služe tom cilju. Stoga, prema mišljenju ACPR-a i EBA-e, samo bi trebala postojati *opća ocjena* ovlasti EBA-e za donošenje smjernica. Takva opća ocjena dovela bi do zaključka da je EBA imala ovlast za donošenje pobijanih smjernica.

59. U sljedećim poglavljima iznijet ću svoje neslaganje sa stajalištima ACPR-a, francuske i poljske vlade te EBA-e. Iako se pobijane smjernice, ako se općenito ocjenjuju, grubo uklapaju u okvir Uredbe br. 1093/2010 (1.), objasniti ću zašto vjerujem da takva slaba i blaga ocjena nije opravdana u okviru neobvezujućih mjera (2.). S obzirom na neusklađenost pobijanih smjernica s Uredbom br. 1093/2010, preostaje pitanje kakva bi trebala biti formalna posljedica takvog utvrđenja (3.).

1. Usklađenost pobijanih smjernica s Uredbom br. 1093/2010 u dijelu koji se odnosi na EBA-inu nadležnost

60. Pobijane smjernice odnose se na uspostavljanje upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo. Konkretno, tim se smjernicama proizvođačima preporučuje da utvrde relevantna ciljana tržišta i da osiguraju da su proizvodi odgovarajući za ta tržišta³⁴. Smjernicama se također preporučuje testiranje proizvoda za procjenu učinka proizvoda na potrošače uz korištenje širokog raspona scenarija³⁵. Osim toga, proizvođači bi trebali odabrati distributere koji odgovaraju određenom ciljanom tržištu i dati tim distributerima informacije o karakteristikama i rizicima proizvoda u odnosu na potrošače³⁶. Distributeri bankarskih proizvoda bi pak sa svoje strane trebali prezentirati potrošaču opis glavnih karakteristika proizvoda i njegove rizike³⁷.

³³ Direktiva 2014/65/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o tržištu financijskih instrumenata i izmjeni Direktive 2002/92/EZ i Direktive 2011/61/EU (SL 2014., L 173, str. 349.)

³⁴ Smjernica 3.

³⁵ Smjernica 4.

³⁶ Smjernice 7. i 8.

³⁷ Smjernica 12.

61. U skladu s odjeljkom 2. točkom 6., pobijane smjernice primjenjuju se na proizvođače i distributere proizvoda koji se nude i prodaju potrošačima u odnosu na četiri odredbe posebnih zakonodavnih akata, odnosno članka 74. stavka 1. Direktive 2013/36, članka 10. stavka 4. Direktive 2007/64, članka 3. stavka 1. Direktive 2009/110 i članka 7. stavka 1. Direktive 2014/17. Nadležna bi tijela također „trebala razmotriti primjenu ovih smjernica na druge subjekte u svojoj nadležnosti koji ne spadaju unutar područja primjene zakonodavnih akata koji se prethodno navode, no za koje nadležna tijela imaju nadzorne dužnosti”³⁸.

62. Pri usporedbi područja primjene na koju se poziva sa stvarnim sadržajem Smjernica, čini se dosta jasnim da, kao što to u biti navode FBF i Komisija, s obzirom na njihovu pravnu osnovu, pobijane smjernice prekoračuju ono što se dopušta Uredbom br. 1093/2010.

63. U skladu s člankom 16. stavkom 1. Uredbe br. 1093/2010, „[s] ciljem uspostavljanja dosljednih, učinkovitih i efektivnih nadzornih praksi unutar ESFS-a te osiguravanja zajedničke, ujednačene i dosljedne primjene prava Unije, Tijelo izdaje smjernice i preporuke upućene nadležnim tijelima ili financijskim institucijama”.

64. U skladu s člankom 1. stavkom 2. Uredbe br. 1093/2010 EBA postupa u okviru ovlasti koje su joj dodijeljene tom uredbom i unutar područja primjene većeg broja zakonodavnih akata koji se temelje na toj uredbi te svakog daljnjeg pravno obvezujućeg akta Unije kojim joj se dodjeljuju zadaće. U skladu s člankom 1. stavkom 3. EBA također djeluje u području djelatnosti različitih financijskih institucija navedenih u toj odredbi, „s obzirom na pitanja koja nisu izravno obuhvaćena aktima navedenima u stavku 2. [...] *pod uvjetom* da je to djelovanje Tijela *neophodno* radi osiguravanja efektivne i dosljedne primjene *tih akata*”³⁹.

65. Iz tog teksta prilično jasno proizlazi da, bez obzira na vrstu poduzetih mjera, EBA djeluje samo u (sadržajnim) granicama tih zakonodavnih akata. Više drugih odredaba Uredbe br. 1093/2010 o zadaćama i ovlastima EBA-e također potvrđuje da ti akti predstavljaju EBA-in krajnji doseg⁴⁰. Stoga pobijane smjernice treba ocjenjivati s obzirom na sadržaj i područje primjene tih akata.

66. Što se tiče direktiva 2013/36, 2007/64 i 2009/110, koje su posebno navedene u pobijanim smjernicama u pogledu područja primjene smjernica⁴¹, proizlazi da su one sve zakonodavni akti na koje se upućuje u članku 1. stavku 2. Uredbe br. 1093/2010⁴². Stoga je EBA u načelu ovlaštena donositi smjernice kako bi se oživotvorili ti instrumenti.

67. Međutim, postoji očita proturječnost između predmeta tih akata i predmeta Smjernica. Dok su potonjima predviđena konkretna „pravila” koja se odnose na upravljanje *proizvodima*, prethodni se svi odnose na *korporativno* upravljanje predviđajući, konkretno, unutarnje postupke unutar financijskih institucija, jasne organizacijske strukture s dosljednim linijama odgovornosti, kao i postupke vezane za upravljanje rizicima i kapitalnim zahtjevima. Naime, nejasno je kako smjernice o upravljanju *proizvodima* pridonose djelotvornoj i dosljednoj primjeni akata koji se odnose na *korporativno* upravljanje, očito u kratkom roku. Dok se potonji akti odnose na rizike povezane s dugoročno nefunkcionalnim korporativnim upravljanjem (dakle sa strukturnim pitanjem), pobijanim smjernicama nastoje se urediti unutarnji postupci upravljanja proizvodima koji imaju utjecaj na kratkoročne rezultate. Stoga su različiti vrsta (i stupanj) rizika koji je uređen pobijanim smjernicama, s jedne strane, i, s druge strane, zakonodavnim aktima iz članka 1. stavka 2. Uredbe br. 1093/2010.

38 Vidjeti t. 7. pobijanih smjernica.

39 Moje isticanje

40 Vidjeti u Poglavlju II., između ostaloga, članak 8. stavak 1. točke (a) i (b), članak 9. stavak 5., članak 10. stavak 1., članak 15. stavak 1., članak 17. stavke 1. i 6. Uredbe br. 1093/2010.

41 Konkretno, članak 74. stavak 1., članak 10. stavak 4. i članak 3. stavak 1. kako su navedeni u točki 6. tog odjeljka Smjernica.

42 U vremenski primjenjivoj verziji članka 1. stavka 2. Uredbe br. 1093/2010 ne spominje se Direktiva 2010/64, nego Direktiva 2015/2366 s obzirom na to da je prethodna zamijenjena potonjom.

68. Razlika između *upravljanja proizvodima* i *korporativnog upravljanja* kao predmeta reguliranja nije tek akademske prirode. Sličan primjer iz drugog područja, kao što je automobilska industrija, može pomoći u prikazivanju te razlike. Naime, korporativno upravljanje zahtijeva od proizvođača automobila da u svakoj fazi proizvodnje primjenjuju kontrolne mehanizme, da imaju transparentnu organizacijsku strukturu, da jasno utvrde tko je za što odgovoran, da raspolažu sustavima za rješavanje mogućih problema itd. Sva su ta pravila povezana s neometanim funkcioniranjem trgovačkog društva. Suprotno tomu, za upravljanje proizvodima od proizvođača automobila zahtijeva se da utvrde relevantno ciljano tržište za novo vozilo, da razmotre način na koji se novi model automobila uklapa u postojeći asortiman automobila i sprečava li postojanje većeg broja inačica automobila potrošača u donošenju informirane odluke. Takva „pravila” imaju malo zajedničkog s unutarnjim funkcioniranjem trgovačkog društva; njihov je cilj urediti postupak donošenja poslovnih odluka o kvaliteti proizvoda koji se nude potrošačima. Drugim riječima, pravila korporativnog upravljanja odnose se na kvalitetu unutarnjih postupaka i mehanizama koji su namijenjeni tomu da se osigura neometano funkcioniranje trgovačkog društva. Pravila upravljanja proizvodima odnose se na poslovne odluke koje su u bitnome namijenjene prodaji vozila.

69. Pored navedenoga, slažem se s FBF-om da predmet tih zakonodavnih akata nije isti kao predmet Direktive 2014/65 kojom se posebno i izričito uređuje upravljanje financijskim proizvodima koje na tržište stavljaju pružatelji investicijskih usluga⁴³. Stoga EBA nije mogla na zakonit način donijeti smjernice o upravljanju bankovnim proizvodima.

70. Suprotno tomu, kao što je to priznala Komisija i u određenoj mjeri i sud koji je uputio zahtjev, članak 7. stavak 1. Direktive 2014/17, koji je također posebno naveden u odjeljku 2. točki 6. pobijanih smjernica, uistinu je povezan s proizvodima, osobito s kreditnim proizvodima. Stoga može, barem djelomično, služiti kao prikladna pravna osnova za pobijane smjernice.

71. Međutim, Direktiva 2014/17 ne odnosi se na upravljanje proizvodima u istom smislu kao i pobijane smjernice. Ona zapravo uređuje postupanje davatelja kredita u pojedinačnim slučajevima i metodologiju za odlučivanje o odobrenju kredita određenom potrošaču. Osim toga, iako se manjim brojem odredaba Direktive 2014/17 ovlašćuje EBA-u za donošenje određenih pravila⁴⁴, nijedna od tih odredaba ne odnosi se posebno na pravila upravljanja proizvodima niti se njima upućuje na donošenje smjernica u predmetnim područjima.

72. Stoga mi je nekako teško povjerovati da je Direktiva 2014/17 prikladna za rješavanje pitanja nadležnosti EBA-e za donošenje pobijanih smjernica. Naime, čak i pod pretpostavkom da je Direktiva 2014/17 zaista priznata kao stvarna pravna osnova u ovom predmetu, *quod non*, pitam se kamo bi točno u praksi mogla voditi činjenica da je jedan od četiriju ciljeva uspješno ostvaren. Podnesci Komisije prilično dobro oslikavaju to pitanje.

73. Komisija tvrdi da bi Sud trebao proglasiti pobijane smjernice nevaljanima *u onoj mjeri u kojoj se odnose na* (i.) članak 10. stavak 4. Direktive 2007/64, (ii.) članak 3. stavak 1. Direktive 2009/110 i (iii.) članak 74. stavak 1. Direktive 2013/36. Istodobno, Komisija također tvrdi da bi Sud trebao utvrditi da su pobijane smjernice valjane *u onoj mjeri u kojoj se odnose na* članak 7. stavak 1. Direktive 2014/17 (ili pak preuzeti u potpunosti Komisijin prijedlog prema kojem se ispitivanjem ove točke nisu otkrili elementi koji bi mogli dovesti u pitanje valjanost Smjernica).

43 Koji nije naveden u članku 1. stavku 2. Uredbe br. 1093/2010 jer se Direktivom 2014/65 zapravo ovlašćuje Europsko nadzorno tijelo za vrijednosne papire i tržišta kapitala (ESMA), a ne EBA, za donošenje smjernica o upravljanju proizvodima. Vidjeti u tom pogledu Smjernice ESMA-e od 5. veljače 2018. o zahtjevima za upravljanje proizvodima u skladu s Direktivom MiFID II (ESMA35-43-620).

44 Kao članci 29., 34., i 37. i Prilog 2. Direktivi 2014/17.

74. Moram priznati da mi baš nije jasno što bi izreka takve presude značila u praksi. Bi li to značilo da su smjernice i dalje „valjane”, ali da je njihovo područje primjene sudski ograničeno na ugovore o potrošačkim kreditima koji se odnose samo na stambene nekretnine? Mogu li se smjernice stoga primijeniti samo na financijske institucije kada nude takve posebne proizvode? Ili bi li se zbog toga trebalo još detaljnije udubiti i ocijeniti svaku pojedinu smjernicu zasebno?

75. S obzirom na takva razmatranja, čini se da je jedina razumna mogućnost da Smjernice treba u cijelosti uzeti ili ne uzeti u obzir. Smatram da pobijane smjernice kao cjelina ne ulaze u područje primjene ni zakonodavnih akata navedenih u Uredbi br. 1093/2010 ni onih kojima se EBA-i dodjeljuju posebne zadaće. EBA je stoga prekoračila svoju nadležnost time što je donijela smjernice predmet kojih nije obuhvaćen tim zakonodavnim aktima.

2. Kojim stupnjem intenziteta treba provoditi ispitivanje neobvezujućih mjera Unije?

76. Kada bi se u ovom slučaju primjenjivalo *uobičajeno ispitivanje*, došlo bi se do gore spomenutog privremenog zaključka. Pod „uobičajena” mislim na vrstu ispitivanja koju Sud obično provodi i na isti onaj intenzitet kojim provodi ispitivanje valjanosti mjera s obvezujućim pravnim učincima⁴⁵.

77. Međutim, treba se zapitati trebaju li mjere koje navodno ne proizvode nikakve obvezujuće pravne učinke uopće biti predmet takvog uobičajenog ispitivanja. Ukratko, ako one nisu obvezujuće, zašto bi bilo komu, uključujući i ovaj Sud, one trebale biti bitne? Zašto je potrebno nadzirati je li tijelo Unije ostalo u području svoje nadležnosti ako nitko uopće ne mora posvetiti pažnju onom što ono zagovara? Ta razmatranja trebala bi dovesti, barem što se tiče pravih mjera *soft lawa*, do blažeg ispitivanja, ako je ispitivanje uopće potrebno.

78. Upravo su u biti po logici stvari ACPR i EBA na raspravi tvrdili da stupanj ispitivanja neobvezujućih mjera Unije treba biti niži od onog obvezujućih akata i obuhvaćati tek *opću* ocjenu neobvezujućih mjera. Tim se argumentom u bitnome navodi da je, čak i ako neobvezujuće mjere ne ulaze točno u područje EBA-inih nadležnosti, činjenica da one mogu *ugrubo* ulaziti u to područje nadležnosti dovoljna za utvrđivanje zakonitosti smjernica EBA-e. Konkretno, kad je riječ o podjeli nadležnosti, autorima neobvezujućih mjera dao bi se određeni manevarski prostor, umjesto da im se odrede stroga ograničenja. U konkretnom slučaju bi do poništenja tih mjera došlo samo ako su *očito* izvan granica ovlasti dodijeljenih njihovu autoru.

79. Naime, s određenog gledišta, upravljanje proizvodima možda se u tolikoj mjeri ne razlikuje od korporativnog upravljanja ako bi se sagledavalo na apstraktan, svrhovit način. Oba imaju utjecaj na stabilnost financijskog sustava. Kao što je EBA istaknula tijekom rasprave, opći cilj smjernica je preporučivanje unutarnjih postupaka kojima bi se uklonio prekomjeren rizik, s obzirom na to da je nerazborito preuzimanje rizika bilo uzrok financijske krize koja se pojavila 2008. Naime, učinkovit nadzor proizvoda i sustavi koji jamče da financijski proizvodi ispunjavaju zahtjeve ciljanih tržišta vjerojatno mogu poboljšati gospodarsku uspješnost financijske institucije i smanjiti rizik od stečaja.

⁴⁵ O priznavanju drukčijeg intenziteta u sudskom nadzoru u skladu s člankom 263. UFEU-a općenito vidjeti, na primjer, presude od 18. ožujka 2014., Komisija/Parlament i Vijeće (C-427/12, EU:C:2014:170, t. 40.) ili od 30. travnja 2019., Italija/Vijeće (Ribolovna kvota za sredozemnu sabljarku) (C-611/17, EU:C:2019:332, t. 57. i 120.).

80. Jednako tako, kao što to tvrde ACPR, francuska i poljska vlada te EBA, Smjernice EBA-e i dalje se mogu smatrati obuhvaćenima ovlašću EBA-e jer se Uredba br. 1093/2010 izričito odnosi na zaštitu potrošača. Točno je da je zaštita potrošača važan cilj Uredbe br. 1093/2010. Taj se cilj osobito nalazi u članku 1. stavku 5. točki (f)⁴⁶, a osobito u članku 9. koji se odnosi na „zadace koje se odnose na zaštitu potrošača i financijske djelatnosti”. Taj bi se sveobuhvatni cilj možda mogao koristiti kako bi se opravdalo djelovanje EBA-e u velikom broju područja.

81. Svakako priznajem te argumente. Međutim, ne mogu se složiti s njima ni u ovom konkretnom slučaju ni općenito.

82. Što se tiče predmetnih konkretnih smjernica, smatram da ne bi trebalo odabrati široko teleološko tumačenje opsega EBA-ina djelovanja koje se temelji na nejasno definiranim „općim ciljevima” kako bi se opravdale pobijane smjernice. Takva dalekosežna regulatorna intervencija EBA-e koja se temelji na široko definiranim ciljevima neobranjiva je s obzirom na sam članak 9. stavak 1. Uredbe br. 1093/2010. U skladu s tom odredbom, čini se da je EBA-ina uloga poprilično ograničena – ona prikuplja i analizira podatke o potrošačkim trendovima, pregledava i koordinira inicijative koje se odnose na obrazovanje te razvija standarde osposobljavanja. Iako taj popis nije iscrpan, ukazuje na vrlo različite vrste mjera i radnji koje su predviđene za EBA-u pod naslovom „zaštita potrošača”.

83. Usto, prekomjeran rizik je prirodno opasan. Međutim, svaka poslovna odluka podrazumijeva rizik. Činjenica da se takvi rizici mogu ostvariti nije dostatno opravdanje da se Unijinoj agenciji dozvoli da uređuje sve te rizike, osobito putem „pukih” smjernica. Kad bi se upravljanje proizvodima i korporativno upravljanje trebalo smatrati toliko usko povezanima da bi se opravdalo djelovanje EBA-e u pogledu prvog na temelju zakonodavnih akata koji se odnose na potonje, EBA bi tada imala pravo donositi pravila, moguće neograničeno, u velikom broju slučajeva koji imaju tek malo toga zajedničkog s korporativnim upravljanjem u užem smislu. Bi li EBA također trebala biti lišena ovlasti koje joj omogućuju izdavanje smjernica za odabir i napredovanje osoblja, odabir pružatelja softvera, rad linije za korisničku podršku ili postupak kupnje namještaja? Ili, možda bi EBA trebala također imati mogućnost uređivati sigurnost sigurnosnih pojasa u vozilima trgovačkih društava koja koristi visoko rukovodstvo financijske institucije. Ako te osobe ključne za stabilnost financijskog sektora nisu bile propisno zaštićene u nesretnom slučaju sudara vozila, stabilnost sektora također bi na neki način bila ugrožena.

84. Nadalje, općenito, postoje brojni i više ograničavajući argumenti u korist razloga zbog kojih bi – ako se sudski nadzor neobvezujućih pravnih akata mora provesti u skladu s člankom 267. UFEU-a (na čemu Sud insistira) – taj nadzor trebao biti vrsta uobičajenog, standardnog nadzora.

85. Kao prvo, dopuštanjem institucijama i, šire, mnogim tijelima Unije izdavanje „pravno neobvezujućih” regulatornih mjera s ograničenim sudskim nadzorom (primjerice bez ikakve provjere nadležnosti), samo bi se dodatno potaknulo širenje „skrivenog zakonodavstva” u Uniji u obliku *soft lawa*. Kao što sam objasnio u svojem mišljenju u predmetu Belgija/Komisija⁴⁷, tijela Unije mogu putem *soft lawa* stvoriti usporedne skupove pravila kojima se zaobilazi zakonodavni postupak i koja bi mogla utjecati na institucionalnu ravnotežu.

⁴⁶ Može se primijetiti da se čini da postoji određena razlika između engleske verzije članka 1. stavka 5. točke (f), koja se prvotno odnosila na zaštitu korisnika (*customer*), i drugih jezičnih verzija (kao što su francuska, njemačka, talijanska, španjolska, nizozemska ili češka verzija), koja se odnosi na zaštitu potrošača (*consumer*). Nakon posljednjih izmjena uvedenih Uredbom (EU) 2019/2175 Europskog parlamenta i Vijeća, od 18. prosinca 2019. (SL 2019., L 334, str. 1.) u Uredbu br. 1093/2010 ta odredba sada glasi „poboljšanje zaštite korisnika i potrošača”. Ne želim raspravljati o toj razlici. Jednostavno je zanimljivo istaknuti zakonodavnu tehniku kojom se pojašnjavaju jezične razlike na način da se uključe svi različiti pojmovi.

⁴⁷ C-16/16 P, EU:C:2017:959, t. 93. do 95.

86. Kao drugo, takve prakse mogu utjecati ne samo na institucionalnu (horizontalnu) ravnotežu, već prije svega na opći legitimitet kasnijih pravila. Bujanje agencija Unije izazvalo je zabrinutost po pitanju legitimnosti povezane s izvršavanjem delegirane upravne ovlasti. Stoga je potrebno osigurati da ta provedba ne ostane neprovjerena, čak i kada je riječ o nominalno neobvezujućim aktima Unije⁴⁸.

87. Kao treće, ti argumenti imaju određenu snagu u okolnostima u kojima već postoji jasan „bijeg u instrumente *soft law*” koji nalazimo u nekoliko novih područja politike, pri čemu su bankovna unija i financijski nadzor slikoviti primjeri te pojave. U tom kontekstu, paradoksalno je smatrati da se, iako je Ugovor iz Lisabona u konačnici dao Sudu punu zadanu nadležnost u odnosu na sve akte koje su donijela tijela i institucije Unije, ukidajući, sa stajališta pravne zaštite stvarno nepotpunu, strukturu utemeljenu na stupovima⁴⁹, isti problem sada može pojaviti na unutarnjem planu, s obzirom na to da su područja djelovanja Unije kojima se uređuje ponašanje pojedinaca bila ponovno učinkovito isključena iz svakog ispitivanja, ovaj put vlastitim izborom Suda.

88. Kao četvrto, postoji dodatni argument koji se posebno odnosi na agencije Unije, za razliku od institucija Unije. Iako se na sva tijela Unije zaista primjenjuje načelo dodijeljene nadležnosti, agencijama Unije nastoje se, povrh toga, dodijeliti specijalizirane i dosta uske ovlasti. Pored ustavnog argumenta prema kojem zahtjevi za takvom strukturom ne zahtijevaju samo blago ispitivanje, postoji također i pragmatičniji argument. Riječ je o riziku „zatrpanosti *soft lawom*”. U situaciji u kojoj se preklapaju ovlasti više agencija ili tijela, što dovodi do toga da oni uređuju slična ili bliska pitanja (kao što je to ponovno slučaj u području bankarstva i financija), tumačenje takvih ovlasti na relativno visokoj razini apstrakcije i s obzirom na pridržavanje apstraktnih ciljeva dovelo bi samo do poticanja pojave instrumenata *soft law* koji se preklapaju ili su čak u sukobu.

89. Spremno priznajem posebnu narav takvog razmatranja, odnosno kako, po definiciji, može postojati *sukob* između pravno neobvezujućih mjera? Ono što nije pravno obvezujuće ne može biti u sukobu jer ne može stvoriti nikakve pravne obveze. Što se dakle sukobljava?

90. Kao peto i posljednje, problem je što izgleda da je Sud odbio prihvatiti tu logiku, kao što je nedavno potvrdio u presudi Belgija/Komisija. U svojem mišljenju u tom predmetu⁵⁰ zaista sam naveo mogućnost oslanjanja na oblik pravne mjere Unije kojim bi se potom odredio način na koji se razmatra sadržaj. Stoga, ako se nešto naziva „smjernicom”, smatrat će se da ne proizvodi obvezujući pravni učinak i da ga svatko ima pravo u potpunosti zanemariti jer je riječ o smjernici.

91. Međutim, Sud je insistirao na ranijem pristupu, u okviru kojeg se prethodno mora donijeti odluka, u svakom pojedinačnom slučaju i neovisno o formalnoj oznaci nekog akta, je li riječ o „pravoj” ili „lažnoj” mjeri *soft law*⁵¹. Međutim, nužna je posljedica takvog pristupa da se, prije nego što se utvrdi je li određena mjera prava mjera *soft law*, ne može isključiti da ona uistinu stvara obvezujuće pravne obveze. Stoga je sigurno moguće da se adresati pravila Unije, bez obzira na njihovu narav, stvarno nalaze u položaju u kojem ne mogu odrediti što je formalno obvezujuće i, što se tiče njihovih materijalnih obveza, koju od potencijalno proturječnih smjernica bi trebali slijediti.

92. Kao zaključni primjer, vraćajući se na konkretan primjer EBA-e, čini se da je sam zakonodavac Unije počeo priznavati da su mogući određeni problemi te je izrazio spremnost da pomnije prati djelovanje EBA-e. Uredba br. 1093/2010 je doista u međuvremenu bila izmijenjena Uredbom 2019/2175. Nakon te izmjene (i iako nije vremenski primjenjiva na ovaj predmet) novi članak 60.a

48 Vidjeti u tom smislu presude od 13. lipnja 1958., Meroni/Visoka vlast (9/56, EU:C:1958:7); od 14. svibnja 1981., Romano (98/80, EU:C:1981:104) i od 22. siječnja 2014., Ujedinjena Kraljevina/Parlament i Vijeće (C-270/12, EU:C:2014:18).

49 Dodatno vidjeti moje mišljenje u predmetu Mađarska/Parlament (C-650/18, EU:C:2020:985, t. 33. do 37.).

50 Mišljenje u predmetu Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2017:959, t. 144. do 171.)

51 Belgija/Komisija (t. 29. i 32.)

Uredbe br. 1093/2010 naslovljen „Prekoračenje ovlasti koje počini [EBA]”, predviđa da „[s]vaka fizička ili pravna osoba može Komisiji poslati obrazloženi savjet ako ta osoba smatra da je [EBA] prekoračila svoje ovlasti [...] kada je djelovala u skladu s [člankom] 16. [...] te ako je to od izravnog i osobnog interesa za tu osobu”.⁵²

93. Ponovno je sve to jednostavno zapanjujuće, barem kada je riječ o pravom *soft lawu*. U Poglavlje V. Uredbe br. 1093/2010, naslovljeno „Pravni lijekovi”, uvedena je odredba je koja polazi od pretpostavke da bi EBA mogla, prilikom izdavanja akata koji bi se trebali smatrati pravno obvezujućim smjernicama i preporukama u skladu s člankom 16. te uredbe ili neobvezujućim mišljenjem u skladu s člankom 16.a, prekoračiti svoju nadležnost tako da bi postojala potreba za pravnim lijekom. Neovisno o sistemskom obrazloženju takve odredbe, pošteno je pretpostaviti da ona ne bi bila uvedena da zakonodavac Unije nije došao do zaključka da možda postoji problem. Jedino je sigurno da poštanski pretinac Komisije neće biti previše zatrpan ako se kao uvjet za odobrenje nekoj osobi da u biti podnese dopis Komisiji postavi uvjet da je problematični akt „od izravnog i osobnog interesa za tu osobu”, naravno, ako nadahnuće za tumačenje tih pojmova bude proizlazilo iz ustaljene sudske prakse Suda u vezi s člankom 263. stavkom 4. UFEU-a.

94. S obzirom na sve te argumente, mogu samo zaključiti da je doista bitno podvrgnuti *uobičajenom* sudskom nadzoru neobvezujuće akte koje su donijele agencije Unije, barem u pogledu njihovih nadležnosti, kako te agencije na nezakonit način ne bi utjecale na nadležnosti drugih tijela ili institucija Unije.

3. Koji je (formalni) ishod takvog ispitivanja?

95. Konačno pitanje, u okviru sudskog nadzora pravno neobvezujuće mjere, jest pitanje vrste ishoda ako je podnesen zahtjev za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti takve mjere. Koji bi mogao biti ishod u predmetu u kojem (i.) pobijani akt Unije nije pravno obvezujući i stoga ne može biti predmet tužbe za poništenje u skladu s člankom 263. UFEU-a i stoga se ne može formalno poništiti u okviru tog postupka, ali (ii.) kada je Sud utvrdio nenadležnost tijela za izdavanje slijedom zahtjeva za prethodnu odluku u skladu s člankom 267. UFEU-a?

96. Dva su ishoda prihvatljiva. Kao prvo, pravno neobvezujuća mjera Unije može se proglasiti nevaljanom, što je uobičajeni rezultat kod drugih vrsta (obvezujućih) mjera prava Unije za koje je utvrđeno da su nezadovoljavajuće u odnosu na članak 267. UFEU-a. Kao drugo, pitanje valjanosti takve mjere moglo bi se zapravo preoblikovati kao pitanje tumačenja u skladu s člankom 267. UFEU-a koje se odnosi bilo na tumačenje akta Unije koji sam po sebi nije obvezujući ili na tumačenje (obvezujuće) zakonodavne osnove na kojoj je taj akt donesen (u ovom slučaju Uredba br. 1093/2010).

97. Ono što bi se možda odmah moglo odbaciti jest prva mogućnost u drugom scenariju, odnosno kada bi Sud utvrdio da je neko tijelo donijelo neobvezujuću mjeru prava Unije protivno svojoj nadležnosti, ne uviđam kako bi tada bilo na Sudu da zapravo sjedne i započne s ponovnom izradom te mjere sudskim putem primjenom „tumačenja” onoga što nikada uopće nije ni trebalo postojati.

⁵² Također vidjeti uvodnu izjavu 5. Uredbe 2019/2175: „Sadržaj i oblik djelovanja i mjera europskih nadzornih tijela, uključujući instrumente poput smjernica [...] uvijek bi se trebali temeljiti na zakonodavnim aktima iz članka 1. stavka 2. uredbi o osnivanju i nalaziti se u granicama tih zakonodavnih akata odnosno biti u okvirima njihovih ovlasti.” Vidjeti također novi članak 16. stavak 1. drugi podstavak Uredbe br. 1093/2010: „Smjernice i preporuke moraju biti u skladu s ovlaštenjima dodijeljenima zakonodavnim aktima iz članka 1. stavka 2. ili iz ovog članka.”

98. Ako se ne varam, u svojoj dosadašnjoj praksi Sud sve do nedavno, nikad nije utvrdio nevaljanost⁵³ neobvezujuće mjere Unije. To je dijelom možda posljedica činjenice da su nacionalni sudovi najčešće postavljali pitanja *tumačenja* takvih akata⁵⁴. Međutim, također je pošteno priznati da je Sud (do sada) uvijek preoblikovao pitanja valjanosti u pitanja *tumačenja*⁵⁵.

99. Takvo „preoblikovanje” možda je bilo vidljivije u presudi velikog vijeća u predmetu *Kotnik i dr.*, gdje je Sud konkretno ocijenio više pitanja valjanosti kao da je riječ o pitanjima *tumačenja*⁵⁶. Nadalje, Sud je u dva prethodna navrata čak izričito isključio mogućnost ocjene valjanosti sporne mjere nakon što je utvrdio da nije imala obvezujuće učinke⁵⁷.

100. Stoga se, na neki način, može smatrati da sudska praksa Suda pruža odgovor na svojevrsno žestoko otvaranje ovog mišljenja: ono što nikada nije postojalo (kao zakon) (Sud) ne može ukinuti. Sud jedino može s autoritetom utvrditi da to biće nikada nije rođeno jer majčina fizionomija isključuje mogućnost da ikada rodi takvo stvorenje.

101. To rješenje na neki način sprečava barem neke od problema koji bi mogli nastati ako Sud proglašava nevaljanost u skladu s člankom 267. UFEU-a akt koji se ne može poništiti u skladu s člankom 263. UFEU-a jer taj akt nema obvezujući pravni učinak. Sud bi mogao zadržati taj pristup i tako u ovom predmetu zaključiti da se EBA-ino izdavanje pobijanih smjernica protiv zajedničkog *tumačenja* članaka 1., 8. i 16. Uredbe br. 1093/2010 zbog nepostojanja EBA-ine ovlasti za to.

102. Nadalje, takav bi odgovor mogao biti primjereniji od odgovora o valjanosti u sklopu trećeg pitanja jer, vrlo formalno govoreći, sud koji je uputio zahtjev nije postavio pitanje valjanosti. Sud koji je uputio zahtjev samo se pita je li EBA prekoračila svoje ovlasti time što je izdala pobijane smjernice.

103. Takav je ishod stoga u potpunosti moguć⁵⁸. Zbog praktičnih razloga, proglašiti da biće ne postoji ne razlikuje se mnogo od tvrdnje da ga njegova majka nikada uopće nije mogla roditi⁵⁹. Međutim, ta tvrdnja ima svoju cijenu, jer uzrokuje vlastite probleme. Zato ipak predlažem Sudu da izričito dâ odgovor u pogledu *valjanosti* pobijanih smjernica.

104. Kao prvo, iako je sud koji je uputio zahtjev oblikovao treće pitanje tako da se odnosi na nadležnost, utvrđenje nepostojanja ovlasti logično dovodi do poništenja ili proglašenja nevaljanosti⁶⁰. Prilično je teško zamisliti kako se može proglašiti prekoračenje ovlasti ako akt i dalje na neki način visi u zraku.

53 U presudi od 25. ožujka 2021., *Balgarska Narodna Banka* (C-501/18, EU:C:2021:249), u kojoj je Sud EBA-inu preporuku proglašio nevaljanom. Činjenica da je predmetna preporuka bila pravi *soft law* instrument, tj. očito neobvezujuća (t. 79. presude), i stoga izričito isključena iz sudskog nadzora prema članku 263. UFEU-a (t. 82.), prema mišljenju Suda, nije spriječila cjelovito ispitivanje valjanosti te neobvezujuće mjere u skladu s presudom *Grimaldi* prema članku 267. UFEU-a.

54 Vidjeti, osim presude *Grimaldi*, presudu od 13. lipnja 2017., *Florescu i dr.* (C-258/14, EU:C:2017:448).

55 Vidjeti na primjer presude od 8. travnja 1992., *Wagner* (C-94/91, EU:C:1992:181, t. 17.); od 11. svibnja 2006., *Friesland Coberco Dairy Foods* (C-11/05, EU:C:2006:312, t. 50.) i od 19. srpnja 2016., *Kotnik i dr.* (C-526/14 4, EU:C:2016:570, t. 31. do 34. i 46. do 94.).

56 Presuda od 19. srpnja 2016., *Kotnik i dr.* (C-526/14, EU:C:2016:570, t. 31. do 34. i 46. do 94.) vezano za drugo do peto pitanje suda koji je uputio zahtjev.

57 Vidjeti, primjerice, kad je riječ o obavijesti Komisije o uvoznim i izvoznim dozvolama, presudu od 8. travnja 1992., *Wagner* (C-94/91, EU:C:1992:181, t. 16. i 17.), što se tiče zaključaka Odbora za Carinski zakonik, unatoč činjenici da države članice trebaju „uzeti u obzir” to mišljenje, presudu od 11. svibnja 2006., *Friesland Coberco Dairy Foods* (C-11/05, EU:C:2006:312, t. 40. i 41.), *tumačenu* s obzirom na točku 24. mišljenja nezavisnog odvjetnika *Poiarasa Madura* u tom predmetu (EU:C:2006:78, t. 24.): „ispitivanje zakonitosti može se provoditi samo s obzirom na odredbe čiji je cilj proizvesti obvezujuće pravne učinke”. Ali vidjeti opet nedavni odmak od tog pravca u presudi *Balgarska Narodna Banka* (C-501/18, EU:C:2021:249, t. 79. i 82. do 83.).

58 U ovom konkretnom slučaju sigurno jest. Naime, u drugim slučajevima možda ne postoji uvijek opća pravna odredba kao što je članak 16. Uredbe br. 1093/2010, na koju bi se takvo „tumačenje” moglo formalno osloniti.

59 Barem za one treće osobe koje jednostavno žele da biće ne postoji. Stvar bi mogla izgledati drukčije sa stajališta tog bića, koje bi moglo biti uvredjenije potonjom izjavom.

60 Vidjeti na primjer presudu od 24. svibnja 2007., *Komisija/Portugal* (C-376/06, neobjavljena, EU:C:2007:308, t. 47.).

105. Kao drugo i još značajnije, bi li u tom slučaju sud koji je uputio zahtjev trebao postupiti na temelju odgovora koji mu je dao Sud? Može li na temelju takvog utvrđenja Suda nacionalni sud samostalno proglasiti smjernice nevaljanima? Ili bi li na temelju proglašenja prekoračenja nadležnosti na razini Unije imao pravo poništiti nacionalni „provedbeni” instrument *soft lawa*?

106. U svakom slučaju, u sistemskom pogledu, bilo koja od navedenih hipotetskih mogućnosti kojima raspolaže sud koji je uputio zahtjev nije zadovoljavajuća sa stajališta zasebnih Unijinih i nacionalnih normativnih skupova pravila i može potkopati sudsku praksu uspostavljenu presudom Foto-Frost. Načelno je isključivo na Sudu da se bavi (ne)valjanošću mjera prava Unije. Suprotno tomu, nacionalni sudovi mogu poništiti samo nacionalne akte. Općenito, davanje odgovora prema kojima „mjeru prava Unije treba tumačiti na način da se protivi drugoj mjeri” jest prikladno za *nacionalne* mjere, a ne za mjere Unije (bez obzira na to jesu li obvezujući ili ne). Točno je da je takvo zaobilaženje nužno u odnosu na nacionalno zakonodavstvo jer je Sud nadležan za tumačenje prava Unije, a ne za ocjenu nacionalnog prava. Suprotno tomu, takva struktura nije prikladna kada su pobijane smjernice mjere *Unije*, s obzirom na to da ih je Sud načelno ovlašten ne samo ispitivati nego i poništiti ili ih proglasiti nevaljanima.

107. Kao treće, preoblikovanje pitanja valjanosti u pitanje tumačenja dovodi do opsežnijeg preispitivanja (ili barem kvalifikacije) sudske prakse uspostavljene presudom Grimaldi. Suprotno onomu što je u njoj utvrđeno i onomu što se otada često ponavlja⁶¹, Sud zapravo ne bi bio nadležan za odlučivanje o „valjanosti *svih akata* institucija Unije *bez iznimke*”. Sud bi stoga bio lišen mogućnosti odlučivanja o valjanosti neobvezujućih akata Unije u skladu s člankom 267. UFEU-a. Stoga postoji veliko i, bujanjem instrumenata *soft lawa*, rastuće isključenje iz nadležnosti Suda kako u skladu s člankom 267. UFEU-a tako i u skladu s člankom 263. UFEU-a.

108. Kao četvrto i posljednje, kvalifikacija presude Grimaldi zapravo bi, na neki način, značila ponovnu uspostavu određenog sklada između članka 263. UFEU-a i članka 267. UFEU-a. Međutim, taj bi sklad u konačnici bio na najnižem zajedničkom nazivniku i bio bi na štetu svake djelotvorne pravne zaštite osigurane pravom Unije. Budući da nije na raspolaganju nikakav učinkovit pristup sudskom nadzoru mjera *soft lawa* u skladu s člankom 263. UFEU-a, to bi značilo da bi bilo najbolje da ga nema ni u skladu s člankom 267. UFEU-a.

109. U završnom dijelu ovog mišljenja (C) objasnit ću zašto i kako bi ta logika u strukturnom smislu bila pogrešna. Međutim, u svrhu davanja odgovora na treće pitanje, predlažem Sudu da ponudi najjednostavniji, najjasniji i zaista najpošteniji odgovor: pobijane smjernice trebalo bi proglasiti nevaljanima jer je EBA djelovala izvan ovlasti koje su joj dodijeljene Uredbom br. 1093/2010.

C. Prvo i drugo pitanje: odnos između članka 263. UFEU-a i članka 267. UFEU-a

110. Tek sada možemo u potpunosti ocijeniti šire prijemore koji su istaknuti u prvom i drugom pitanju suda koji je uputio zahtjev. U vezi s time u nastavku ću redom obraditi ta dva pitanja. Započet ću s drugim dijelovima prvog i drugog pitanja u kojima se postavlja pitanje o aktivnoj procesnoj legitimaciji FBF-a pred nacionalnim sudom (1.). Potom ću se posvetiti predmetu Foto-Frost i pitanju je li nacionalni sud dužan uputiti Sudu zahtjev za prethodnu odluku ako ono što razmatra u velikoj mjeri nalikuje „onemogućavanju” primjene neobvezujućeg akta Unije u nacionalnom pravu (2.). Naposljetku, usredotočit ću se na opći odnos između članka 263. UFEU-a i članka 267. UFEU-a kada je riječ o neobvezujućim mjerama prava Unije na kojima se temelje prvi dijelovi prvog i drugog pitanja (3.). U konačnici, taj će me pristup dovesti do prilično nezadovoljavajućeg zaključka o općem stanju prava Unije u tom području i pitanja kako se (ako je to uopće moguće) presude Grimaldi, Foto-Frost i Belgija/Komisija mogu zapravo uskladiti s obzirom na instrumente *soft lawa* (4.).

⁶¹ Vidjeti sudsku praksu navedenu u bilješci 19.

1. Aktivna procesna legitimacija u skladu s člankom 263. UFEU-a i člankom 267. UFEU-a (drugi dijelovi prvog i drugog pitanja)

111. Ako se uzme doslovno i tumači zasebno⁶², drugi dio prvog pitanja je nedopušten jer ovaj predmet ne predstavlja tužbu za poništenje. Na drugi dio drugog pitanja treba odgovoriti na način da je odluka o tome kada i kako stranka u nacionalnom postupku može istaknuti prigovor nezakonitosti pitanje nacionalnog prava, a ne prava Unije.

112. Međutim, kada se prvo i drugo pitanje tumače zajedno i stave u kontekst ovog predmeta, čini se da je sud koji je uputio zahtjev zapravo zabrinut zbog „scenarija TWD”, odnosno situacije u kojoj je tužitelj, koji je mogao podnijeti Sudu tužbu za poništenje akta Unije, ali to nije napravio, spriječen u osporavanju valjanosti nacionalne mjere kojom se provodi taj akt pred nacionalnim sudom.

113. Iz sudske prakse uspostavljene presudom TWD⁶³, kako je nedavno nijansirana presudom Georgsmarienhütte i dr.⁶⁴, proizlazi da ako osoba koja želi osporavati akt Unije nesumnjivo ima aktivnu procesnu legitimaciju na temelju članka 263. četvrtog stavka UFEU-a, ona se mora koristiti tom odredbom predviđenim pravnim sredstvom i podnijeti tužbu Općem sudu. Stoga mogućnost stranke da pred nacionalnim sudom pred kojim se vodi glavni postupak ističe nevaljanost odredaba sadržanih u aktu Unije pretpostavlja da ta stranka nema pravo protiv tih odredaba podnijeti izravnu tužbu na temelju članka 263. UFEU-a.

114. U ovom predmetu sud koji je uputio zahtjev želi znati, kao prvo, je li strukovni savez, kao što je FBF, mogao pobijati smjernice EBA-e tužbom za poništenje kako bi se u okolnostima ovog slučaja utvrdilo može li i dalje osporavati zakonitost nacionalne mjere (u daljnjem tekstu: obavijest ACPR-a) na temelju koje su EBA-ine smjernice primjenjive.

115. U kontekstu predmeta koji se odnosi na pravu mjeru *soft lawa*, smatram da ta razmatranja nisu *relevantna* ni na koji način. Međutim, čak i da su relevantna, ta razmatranja *nisu dopuštena*.

116. Kao prvo, budući da EBA-ine Smjernice nisu obvezujuće u skladu s tradicionalnim pristupom Suda⁶⁵, tužba za poništenje podnesena Sudu u svakom bi slučaju bila nedopuštena zbog *naravi* predmetne mjere Unije, *neovisno* o pitanju odnosi li se na tužitelja izravno i osobno. U skladu s dosadašnjim pristupom Suda, ako postoji prava mjera *soft lawa*, tada zapravo uopće ne postoji akt koji se može pobijati. U praksi, takva (objektivna) ocjena čak prethodi bilo kojoj ocjeni (prilično subjektivne) aktivne procesne legitimacije određene osobe. Stoga, na neki način, u nedostatku akta koji se može pobijati, *nitko* ne može tražiti ispitivanje takvih akata u skladu s člankom 263. UFEU-a.

117. S druge strane i u svakom slučaju, u ovom se predmetu jednostavno nije moguće pozvati na sudsku praksu uspostavljenu presudom TWD, a teško da je to moguće i šire u bilo kojem slučaju koji se odnosi na mjere *soft lawa*.

118. Razlog tomu je jednostavan. Presudom TWD i sudskom praksom koja iz nje proizlazi propisano je postojanje „nesumnjivog prava” na podnošenje tužbe za poništenje u skladu s člankom 263. UFEU-a kako bi isti tužitelj pokrenuo zabranu ispitivanja u skladu s člankom 267. UFEU-a⁶⁶. Međutim, prilično je nemoguće tvrditi da bi strukovni savez koji brani interese svojih članova, kao što je FBF, imao takvo nesumnjivo pravo na tužbu u skladu s člankom 263. UFEU-a protiv neobvezujućih mjera Unije kao što

62 Vidjeti t. 30. do 34. ovog mišljenja.

63 Presude od 9. ožujka 1994., TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, TWD), od 23. veljače 2006., Atzeni i dr. (C-346/03 i C-529/03, EU:C:2006:130, t. 31.), od 27. studenoga 2012., Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, t. 41.) i od 28. travnja 2016., Borealis Polyolefine i dr. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 i C-391/14 do C-393/14, EU:C:2016:311, t. 46.)

64 Presuda od 25. srpnja 2018., Georgsmarienhütte i dr. (C-135/16, EU:C:2018:582)

65 Kao što sam prethodno naveo u točkama 40. do 55. ovog mišljenja.

66 Vidjeti presudu TWD (t. 24.) i presudu od 25. srpnja 2018., Georgsmarienhütte i dr. (C-135/16, EU:C:2018:582, t. 17.).

su pobijane smjernice. Naime, kada je riječ o mjerama *soft lawa*, uvijek treba najprije ocijeniti je li takva mjera zapravo prava ili lažna neobvezujuća pravna mjera, što već samo po sebi predstavlja složenu ocjenu. Nadalje, tada bi se postavilo pitanje je li takav akt od osobnog i izravnog interesa za udruženje ili drugo tijelo koje brani interese svojih članova da bi ono imalo aktivnu procesnu legitimaciju⁶⁷.

119. Sve to predstavlja vrlo složenu ocjenu koja se uvelike razlikuje od logike i svrhe iznimke uspostavljene presudom TWD⁶⁸. Ta iznimka mora se valjano ograničiti na *očitu* dopuštenost. Ona se ne može proširiti na *potencijalnu* dopuštenost, s obzirom na to da je konkretna ocjena uvjetâ iz članka 263. UFEU-a stvarno upisana u članak 267. UFEU-a te je potom naloženo nacionalnim sudovima da ih ispituju usporedno. Niti se može okrenuti naglavačke tako da postane *očita nedopuštenost*.

120. Iz toga proizlazi da u skladu s pravom Unije, strukovni savez zaista može u prigovoru nevaljanosti pobijati smjernice Unije namijenjene članovima čije interese brani, čak i kada se na njega ne odnose ni izravno ni osobno. Kada i kako bi to eventualno mogao napraviti u skladu s nacionalnim pravom i postupkom je u potpunosti druga stvar te je na sudu koji je uputio zahtjev da o tome odluči.

2. Je li presuda Foto-Frost primjenjiva na neobvezujuće mjere?

121. Prije razmatranja cijelog strukturnog pitanja koje je postavio sud koji je uputio zahtjev, a koje se odnosi na stupanj (ne)povezanosti između članka 263. UFEU-a i članka 267. UFEU-a u pogledu ispitivanja valjanosti mjera *soft lawa*, potrebno je raspraviti o drugom dijelu slagalice: Foto-Frost.

122. Sud koji je uputio zahtjev razmatrao je presudu Foto-Frost i njezine implikacije na nacionalno ispitivanje neobvezujućih mjera u svojoj odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, iako ga to nije navelo da postavi konkretno pitanje Sudu. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku zaista proizlazi iz toga što sud koji je uputio zahtjev primjenjuje presude Grimaldi i Foto-Frost u posebnom kontekstu neobvezujućih mjera u kojem je nacionalnim pravom dopušteno izravno ispitivanje mjera *soft lawa*, a pravom Unije nije. Jesu li nacionalni sudovi u tom slučaju *dužni* uputiti Sudu pitanje o valjanosti pobijanih smjernica u skladu s presudom Foto-Frost? Ili to treba tumačiti jednostavno kao *moгуćnost* koju nudi sudska praksa uspostavljena presudom Grimaldi⁶⁹?

123. U presudi Foto-Frost navedeno je da nacionalni sud ima obvezu podnijeti Sudu zahtjev za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti akta Unije, osim ako ne smatra da su navedeni razlozi nevaljanosti neosnovani⁷⁰. Navedeno obrazloženje te obveze za koje se nalazi uporište u tekstu Ugovora⁷¹ je dvojako: kao prvo, ujednačenost je poseban imperativ kada je riječ o valjanosti predmetnog akta Unije s ciljem da se izbjegnu razlike među nacionalnim sudovima u tom pogledu. Kao drugo, koherentnost sustava sudske zaštite i cjelovitog sustava pravnih lijekova Unije (konkretno isključiva nadležnost Suda za proglašenje akta Unije ništavim) zahtijeva da, kad se valjanost akta Unije osporava pred nacionalnim sudom, ovlast za proglašenje nevaljanosti tog akta ima samo Sud⁷².

67 Za primjere te složenosti i raznolikosti dobivenih rezultata vidjeti primjerice presude od 16. ožujka 1978., Unicme i dr./Vijeće (123/77, EU:C:1978:73), od 25. srpnja 2002., Unión de Pequeños Agricultores/Vijeće (C-50/00 P, EU:C:2002:462), i od 10. siječnja 2006., IATA i ELFAA, (C-344/04, EU:C:2006:10).

68 Vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika Camposa Sánchez-Bordone u predmetu Georgsmarienhütte i dr. (C-135/16, EU:C:2018:120, t. 40.).

69 Zbog cjelovitosti, moglo bi se primijetiti da se, kada bi Sud prihvatio pristup prema kojemu su pitanja valjanosti *soft lawa* s obzirom na članak 267. UFEU-a zapravo pitanja tumačenja „temelnog prava” (kao što je prethodno navedeno u točkama 98. do 103.), Foto-Frost se ni u kom slučaju logično ne bi primjenjivao na *soft law*. Međutim, to bi značilo i djelomično odstupanje (ili, eufemistički rečeno, značajno „kvalificiranje”) od presude Grimaldi (točka 107. ovog mišljenja).

70 Foto-Frost (t. 14. do 20.), presude od 22. lipnja 2010., Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 54. do 56.), od 6. listopada 2015., Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, t. 62.) i od 28. ožujka 2017., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, t. 78.)

71 Vidjeti moje mišljenje u predmetu Consorzio Italian Management (C-561/19, t. 47. do 48.).

72 Foto-Frost (t. 15. do 17.)

124. Za razliku od Komisije, ne vidim po čemu bi se ta logika i dva pružena razloga primjenjivala također i na prave mjere *soft lawa*.

125. Kao prvo, što se tiče zahtjeva *ujednačenosti*, točno je da bi, prema određenom tumačenju, nadležna nacionalna tijela koja se odluče uskladiti s pobijanim smjernicama to morala učiniti na isti način u cijeloj Uniji. Konkretno, člankom 16. stavkom 1. Uredbe br. 1093/2010 EBA se ovlašćuje da donese takve smjernice radi „osiguravanja zajedničke, ujednačene i dosljedne primjene prava Unije”. Stoga, u bitnome nije riječ o traženju ujednačenosti unutar Unije i na unutarnjem tržištu u cjelini, nego o ujednačenosti između pojedinačnih i prilično slučajnih normativnih skupova koji su ograničeni na države članice čija su se nadležna tijela odlučila za smjernice.

126. Međutim, je li cilj presude Foto-Frost postizanje te vrste ujednačenosti? Mora li se ta ujednačenost kategorički zahtijevati i u odnosu na mjere kod kojih po definiciji takva ujednačenost ne postoji, kao što je to slučaj s mjerama koje se tek *moгу* (za razliku od moraju) primijeniti? Kad je konkretno riječ o smjernicama i preporukama EBA-e, iz članka 16. stavka 3. Uredbe br. 1093/2010 proizlazi da nadležna nacionalna tijela mogu odlučiti da se neće uskladiti s njima. Nadalje, ako nacionalni sud odluči poništiti nacionalnu mjeru kojom se provodi neobvezujuća mjera Unije bez pomoći Suda, on će u praksi imati isti učinak kao i odluka nadležnog tijela o tome da se neće uskladiti.

127. Kao drugo, moguće je da je argument koji se temelji na *koherentnosti sustava sudske zaštite* i cjelovitog sustava pravnih lijekova Unije još zanimljiviji. Sud je u presudi Foto-Frost u bitnome naveo da je obveza postavljanja prethodnog pitanja radi ocjene valjanosti opravdana činjenicom da sam Sud vezano za mjere prava Unije predviđa djelotvoran sudski nadzor usporediv s onim koji jamče nacionalni sudovi.

128. Međutim, ovdje, na *horizontalnoj* razini, pristup ispitivanju neobvezujućih mjera prava Unije jednostavno nije moguć u skladu s člankom 263. UFEU-a jer uopće ne postoji akt koji se može pobijati, što znači da se tužbe za poništenje smatraju nedopuštenima. Na *vertikalnoj* razini nepostojanje jednakovrijedne sudske zaštite još je očitije u odnosu na (određene) nacionalne sudove, poput suda koji je uputio zahtjev u ovom predmetu, koji u biti osiguravaju (određenu) djelotvornu sudsku zaštitu samo u pogledu neobvezujućih mjera⁷³.

129. Stoga, ako ništa drugo, koherentnost s obzirom na *djelotvornu* sudsku zaštitu zahtijeva, u odnosu na neobvezujuće mjere Unije, sasvim suprotan ishod, odnosno jasno je da se presuda Foto-Frost ne može primijeniti na takve mjere. Ne vidim skoro nikakav smisao u argumentaciji kojom se brani činjenica da, zbog toga što sudovi Unije ne pružaju nikakvu djelotvornu zaštitu od pravih mjera *soft lawa*, da *nepostojeća zaštita mora biti centralizirana* na Sudu.

130. Ako bi to bio slučaj, smatram da bi se moglo raditi o jednom od rijetkih slučajeva u kojem bi članak 53. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja) bio itekako primjenjiv. Smatram da gotovo da i nema sumnje da nacionalni pravni sustav koji pojedincima omogućuje pristup djelotvornom sudskom nadzoru neobvezujućih akata koji utječu na njihov pravni položaj zaista osigurava visoku (višu) razinu sudske zaštite u odnosu na onu koju osigurava Sud.

131. Ukratko, zbog svoje logike i svrhe presuda Foto-Frost se ne može primijeniti na neobvezujuće mjere Unije. To konkretno znači da nacionalni sud, ako je i sam za to ovlašten u skladu s nacionalnim pravom, ima pravo poništiti nacionalnu mjeru „uključivanja” ili „provedbe” na temelju koje je mjera *soft lawa* Unije postala primjenjiva na državnom području, a da prethodno nije dužan uputiti Sudu zahtjev za prethodnu odluku u tom pogledu. Isto tako, „usporednost razloga za pobijanje”, koju je Sud naveo u

⁷³ Vidjeti na primjer presude Conseil d'État (Državno vijeće) od 21. ožujka 2016., Société Fairvesta International GmbH i dr. (br. 368082) i od 21. ožujka 2016., Société Numéricable (br. 390023). Vidjeti kao primjere iz drugih nacionalnih pravnih poredaka moje mišljenje u predmetu Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2017:959, t. 84. i 85.).

presudi Melki i Abdeli⁷⁴ i čime se nalaže dužnost postavljanja prethodnog pitanja, također se ne primjenjuje na neobvezujuće mjere Unije. Naravno, to ne sprečava nacionalne sudove da podnesu zahtjev za prethodnu odluku radi tumačenja neobvezujućeg instrumenta ili njegova temeljnog prava. Međutim, logika iz presude Foto-Frost prema kojoj je ocjena valjanosti centralizirana jednostavno nije primjenjiva na neobvezujuće mjere Unije.

132. Takav bi se zaključak mogao činiti radikalnim, ali samo onima koji na unutarnjem planu vjeruju u nešto drugo od onoga što izjavljuju na vanjskom planu. Ako netko istinski vjeruje da *soft law* Unije nije obvezujuć i uopće ne proizvodi pravne učinke, zašto bi onda trebao biti zgrožen idejom da nacionalni sudovi mogu činiti što žele s nacionalnim mjerama kojima se provode takve obične smjernice? Ovdje je ključna koherentnost. Ili se smatra da takve mjere doista proizvode određene učinke (ali u tom bi slučaju pristup sudovima Unije trebao biti dozvoljen) ili se smatra da ne postoji nikakav pravni učinak (no tada se postavlja pitanje zašto bi bio problem da ih nacionalni sud poništi). U najboljem slučaju, taj se sud upušta u posve uzaludan posao, ubijanjem nečega što je oduvijek bilo mrtvo.

133. Jedina mogućnost koja predstavlja problem jest ona u kojoj se navodi da, barem što se tiče pristupa sudovima Unije u skladu s člankom 263. UFEU-a, akt nema nikakav obvezujući pravni učinak, što dovodi do potpunog nepostojanja pristupa sudu. Međutim, u slučaju u kojem bi isto pitanje bilo obuhvaćeno člankom 267. UFEU-a, tada bi taj isti akt čudom uskrsnuo i u potpunosti oživio, pri čemu bi se pokrenula obveza iz presude Foto-Frost. Vrlo uznemirujuća slika koja proizlazi iz takvog nesuglasja prikazuje da bi se narav akta prava Unije promijenila ovisno o tome odnosi li se, s jedne strane, na pristup Sudu ili, s druge strane, na obveze nacionalnih sudova.

3. *Pristup Sudu u skladu s člankom 267. UFEU-a i pristup u skladu s člankom 263. UFEU-a: cjeloviti sustav pravnih lijekova? (prvi dijelovi prvog i drugog pitanja)*

134. Općenito, strukturno, pitanje koje se djelomično počelo nazirati u prethodnim dijelovima ovog poglavlja je sljedeće: u kojoj se mjeri može tražiti da akt Unije koji nije pravno obvezujući (te stoga ne podliježe ispitivanju u skladu s člankom 263. UFEU-a) ipak bude podvrgnut ispitivanju i eventualno proglašen nevaljanim u skladu s člankom 267. UFEU-a? Naime, obje prethodne točke, odnosno pitanje iznimke uspostavljene presudom TWD, kao i logika na kojoj se zasniva navedena presuda Foto-Frost, temelje se na pretpostavci da postoji jedan sustav sudske zaštite prava Unije koji bi trebao funkcionirati kao cjelina.

135. Međutim, postoji i više argumenata koji upućuju na to da je uistinu moguć određeni stupanj razdvajanja tih dviju vrsta postupaka, osobito u pogledu neobvezujućih mjera prava Unije.

136. Kao prvo, već postoji jasna razlika u tekstu. Naime, člankom 263. stavkom 1. UFEU-a ograničava se područje primjene te odredbe na akte koji proizvode *pravne učinke* prema trećima kojima je sudska praksa Suda dodala *obvezujuće* pravne učinke. Samo se takvi akti mogu pobijati u skladu s člankom 263. UFEU-a⁷⁵. S druge strane, takvo ograničenje ne nalazi se ni u tekstu ni u ustaljenoj sudskoj praksi koja se odnosi na područje primjene članka 267. UFEU-a. Naime, kao što je to Sud više puta potvrdio u svojoj sudskoj praksi uspostavljenoj presudom Grimaldi, članak 267. UFEU-a Sudu daje nadležnost za odlučivanje u prethodnom postupku o valjanosti i tumačenju *svih akata* institucija Unije *bez iznimke*⁷⁶.

74 U presudi od 22. lipnja 2010., Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, t. 55. i 56.), jasno je izražena posljedica obveze iz presude Foto-Frost navođenjem da, ako se pred nacionalnim sudom osporava valjanost nacionalne provedbene mjere s obzirom na iste elemente kao što su oni u izvornoj mjeri prava Unije, taj nacionalni sud mora Sudu pružiti mogućnost da se posveti istim problemima s obzirom na taj izvorni akt Unije u pogledu valjanosti te mjere prava Unije.

75 Vidjeti na primjer presude od 13. listopada 2011., Deutsche Post i Njemačka/Komisija (C-463/10 P i C-475/10 P, EU:C:2011:656, t. 36.), od 13. veljače 2014., Mađarska/Komisija (C-31/13 P, EU:C:2014:70, t. 54.), od 25. listopada 2017., Rumunjska/Komisija (C-599/15 P, EU:C:2017:801, t. 47.), od 20. veljače 2018., Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2018:79, t. 31.) i od 26. ožujka 2019., Komisija/Italija (C-621/16 P, ECLI:EU:C:2019:251, t. 44.).

76 Vidjeti sudsku praksu navedenu u bilješki 19.

137. Kao drugo, iako je Sud naglasio koherentnost sustava, također je ustrajao na tome da postoji „cjelovit sustav pravnih lijekova” koji nudi pravo Unije. Prema mišljenju Suda, Ugovor je u svojim člancima 263. i 277., s jedne, te člankom 267., s druge strane, uspostavio cjelovit sustav pravnih lijekova i postupaka kojima je cilj osigurati sudski nadzor zakonitosti akata Unije povjeravajući ga sudovima Unije⁷⁷. Nakon presude Unión de Pequeños Agricultores/Vijeće⁷⁸, „cjelovit sustav pravnih lijekova” omogućio je nepovlaštenim tužiteljima da pred Sudom pokrenu postupak u skladu s člankom 267. UFEU-a ako ga nisu mogli pokrenuti u skladu s člankom 263. UFEU-a zbog visokog praga koji se očituje u izravnom i osobnom interesu.

138. Drugim riječima, *da bi bili cjeloviti*, pojedinačni postupci moraju biti *komplementarni*. To je kamen temeljac za tumačenje većine sudske prakse u ovom području u posljednjih trideset godina, sve od trenutka kada su vrata (u pogledu izravnog pristupa) (ponovno) otvorena presudom Unión de Pequeños Agricultores. Po toj logici, uvjeti i pristup u skladu s člancima 263. i 267. UFEU-a u biti su precizno razdvojeni: relativno ograničeni pristup u skladu s člankom 263. UFEU-a trebao je biti komplementaran s vrlo otvorenim pristupom u skladu s člankom 267. UFEU-a uz nacionalne sudove koji bi zapravo imali ulogu vratara.

139. U ovom predmetu francuska vlada, ali i sud koji je uputio zahtjev, opširno su navodili sudsku praksu Suda u tom pogledu i pozivali se na tu logiku kako bi utvrdili mogućnost podnošenja zahtjeva za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti neobvezujućih akata Unije kada tužbe za poništenje nisu moguće.

140. Kao treće, ta komplementarnost i posljedično razdvajanje također su nužni kako bi se sačuvao određeni stupanj pristupa djelotvornom pravnom lijeku koji bi mogao biti u skladu s člankom 47. Povelje. Naime, bilo bi potpuno nespojivo s čvrstim zahtjevima koje je Sud nedavno uspostavio na toj odredbi⁷⁹ ili čak na članku 19. UFEU-a⁸⁰, ako mjere prava Unije koje utječu na pravni položaj pojedinca ne bi nikada došle do Suda u strukturnom smislu.

141. Međutim, takvo razdvajanje između članka 263. UFEU-a i članka 267. UFEU-a u pogledu ispitivanja neobvezujućih akata Unije nije bez svojih intelektualnih izazova, pri čemu su neki od njih poprilično strukturno ograničavajući.

142. Kao prvo, na konceptualnom planu teško je razumjeti, uzimajući u obzir narav neobvezujućih mjera Unije, kako je moguće dopustiti zahtjev za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti neobvezujućih mjera Unije, a ne dopustiti tužbu za poništenje. Akt koji ne može pobijati niti jedan tužitelj u skladu s člankom 263. UFEU-a iznenada postaje akt koji mogu pobijati svi u skladu s člankom 267. UFEU-a.

⁷⁷ Vidjeti na primjer presude od 23. travnja 1986., *Les Verts/Parlament* (294/83, EU:C:1986:166, t. 23.), od 3. listopada 2013., *Inuit Tapiriit Kanatami i dr./Parlament i Vijeće* (C-583/11 P, EU:C:2013:625, t. 92.) i od 28. ožujka 2017., *Rosneft* (C-72/15, EU:C:2017:236, t. 66.).

⁷⁸ Presuda od 25. srpnja 2002., *Unión de Pequeños Agricultores/Vijeće* (C-50/00 P, EU:C:2002:462, t. 40.)

⁷⁹ Vidjeti na primjer presude od 16. svibnja 2017., *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, t. 43. do 59.) i od 29. srpnja 2019., *Torubarov* (C-556/17, EU:C:2019:626).

⁸⁰ Vidjeti na primjer presude od 27. veljače 2018., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117, t. 29. do 40.), od 24. lipnja 2019., *Komisija/Poljska (Neovisnost Vrhovnog suda)* (C-619/18, EU:C:2019:531), kao i od 19. studenoga 2019., *A. K. i dr. (Neovisnost disciplinskog vijeća Vrhovnog suda)* (C-585/18, C-624/18 i C-625/18, EU:C:2019:982, t. 82. do 86.).

143. Nadalje, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da zahtjevi za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti predstavljaju, kao i tužbe za poništenje, sredstvo ispitivanja zakonitosti akata Unije⁸¹. Iako se njihovi ishodi, u slučaju utvrđenja neusklađenosti predmetne mjere Unije i nadređenog prava Unije, formalno slabo razlikuju (odnosno, poništenje u skladu s člankom 263. UFEU-a za razliku od proglašenja nevaljanim u skladu s člankom 267. UFEU-a), dijele iste pravne učinke *erga omnes* i općenito *ex tunc*, odnosno predmetni akt Unije mora se smatrati ništavim i neće se više primjenjivati⁸².

144. Stoga, po svojoj logici, ili su akti Unije obvezujući i stoga se mogu poništiti ili proglasiti nevaljanima u skladu s člankom 263. UFEU-a ili u skladu s člankom 267. UFEU-a ili *nisu* obvezujući, dakle, *ne* podliježu ispitivanju i, *a fortiori*, ne mogu se proglasiti ništavima ili nevaljanima bilo u skladu s člankom 263. UFEU-a ili člankom 267. UFEU-a.

145. Kao drugo, ako ne postoji akt koji treba najprije ispitati, nije niti odmah očito zašto se primjenjuje logika na kojoj se temelji „cjeloviti sustav pravnih lijekova”. Sudska praksa Suda u tom je pogledu u bitnome sredstvo kojim se može ublažiti nedostatak (*subjektivne*) pojedinačne aktivne procesne legitimacije u jednom postupku (članak 263. UFEU-a) ističući kada taj uvjet nije prisutan u drugom postupku (članak 267. UFEU-a). Cilj je bio pokušati ponovno uspostaviti određenu ravnotežu između povlaštenih i nepovlaštenih tužitelja. Zapravo nije riječ o sredstvu kojim se omogućuje pristup Sudu u skladu s člankom 267. UFEU-a kada je taj pristup u skladu s člankom 263. UFEU-a zatvoren svima, uključujući i povlaštene tužitelje.

146. Naime, time bi se preokrenula razlika, na koju se u mnogome oslanjala sudska praksa utemeljena na članku 263. UFEU-a, ali koja ne postoji u članku 267. UFEU-a, između povlaštenih i nepovlaštenih tužitelja u pogledu ispitivanja neobvezujućih mjera Unije. Iako je u presudi Belgija/Komisija odbijena mogućnost povlaštenom tužitelju (država članica) da pobija neobvezujuću mjeru Unije u pogledu pitanja nenadležnosti Unije za donošenje takve mjere⁸³, taj bi isti prigovor, naprotiv, bio dostupan svakom pojedinačnom tužitelju koji pritom ne bi morao dokazivati postojanje bilo kakvog izravnog i osobnog interesa u skladu s člankom 267. UFEU-a.

147. Stoga bi sve to u praksi značilo da bi se, kako bi zatražili ispitivanje neobvezujuće mjere Unije, povlaštene tužitelji našli u istom ili ponešto lošijem položaju od pojedinačnih stranaka. Na primjer, država članica bi trebala neizravno osporavati provedbu (vjerojatno vlastite) nacionalne mjere pred nacionalnim sudom. Podredno, s obzirom na to da nije jasno bi li u skladu s nacionalnim postupovnim pravilima uopće bila dopuštena takva vrsta osporavanja, tijela države članice trebala bi držati palčeve da (a) pojedinačni tužitelj pobije provedbeni akt, (b) da nacionalni sud dopusti tijelima države članice da se umiješaju u glavni postupak, (c) da sud uputi Sudu zahtjev za prethodnu odluku (o tumačenju ili valjanosti) kako bi se tijela države članice eventualno mogla izjasniti o svojem slučaju pred Sudom. Situacija bi bila još zanimljivija u odnosu na neke druge vrste povlaštenog tužitelja, odnosno institucije Unije.

148. Kao treće i posljednje, također postoji drugi pragmatični argument u korist toga zašto je smisao zagovaranja širokog pristupa sudskom nadzoru neobvezujućih mjera u skladu s člankom 267. UFEU-a ograničen, dok pristup u skladu s člankom 263. UFEU-a ostaje u biti onemogućen, a to je razumna dodjela zaprimljenih predmeta unutar Suda Europske unije. Taj argument nije posebnost *soft lawa*, već se dosta općenito odnosi na pravosudnu politiku posljednjih trideset godina prema kojoj se bez razlike ograničuje pristup u skladu s člankom 263. UFEU-a dok se neometano dopušta pristup u

81 Vidjeti na primjer presudu od 28. ožujka 2017., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, t. 68. i navedena sudska praksa).

82 Vidjeti na primjer presude od 26. travnja 1994., Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, t. 17.), od 5. listopada 2004., Komisija/Grčka (C-475/01, EU:C:2004:585, t. 18. i navedena sudska praksa) i od 6. listopada 2015., Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, t. 52.).

83 Vidjeti osobito prvi žalbeni razlog (Belgija/Komisija (t. 39)).

skladu s člankom 267. UFEU-a⁸⁴. Posljedica takve pravosudne politike je da su pitanja koja bi se inače rješavala na razini pravosudnog sustava, koji sada posjeduje i relevantnu stručnost i dovoljan broj sudaca, osobito na Općem sudu, umjesto toga stigla izravno pred Sud putem zahtjeva za prethodnu odluku.

4. (Strukturno) nezadovoljavajući (ali nužan) zaključak

149. Grimaldi, Foto-Frost, i Belgija/Komisija. Čini mi se prilično teškim, ili čak nemogućim, istodobno primijeniti sve tri presude na predmet kao što je ovaj. Razmatranje o tome kako bi trebalo pomiriti sve tri presude u pogledu neobvezujućih mjera Unije podsjeća na bezizlaznu situaciju u igri šaha čiji ishod je, neovisno o potezu koji osoba odluči napraviti, neizbježan gubitak barem jedne figure.

150. Smatram da je vrlo jasno koju bi od tri presude trebalo preispitati. Međutim, to se ne može učiniti u okviru odlučivanja u prethodnom postupku. Smatram da se ovim zahtjevom za prethodnu odluku samo ističe, kao vrlo koristan primjer, do čega će doći ako Sud desetljećima ostane zarobljen u dihotomiji o tome je li riječ o pravu koje je u potpunosti obvezujuće ili koje ne postoji. U konačnici, netko bi možda mogao osjetiti obvezu da se umiješa i osigura potrebnu pravnu zaštitu koju Sud ne želi osigurati u skladu s člankom 263. UFEU-a.

151. Međutim, što se tiče konkretnog ishoda ovog predmeta, Sud ima, barem teoretski, tri mogućnosti.

152. Kao prvo, zahtjev prema kojemu u prvom redu mora postojati pravno obvezujući akt prava Unije (odnosno akt koji se može pobijati) iz članka 263. UFEU-a može se u potpunosti preslikati na mogućnost podnošenja zahtjeva za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti u skladu s člankom 267. UFEU-a. Međutim, u tom bi slučaju Sud zanemario tekst prvog stavka članka 267. UFEU-a i time odstupio od presude Grimaldi i jasno učinio presudu Foto-Frost neprimjenjivom na takve „neakte”. Usto, treba reći nešto i o zahtjevu „koherentnosti” pravnih lijekova čija je posljedica to da, u interesu te koherentnosti, pravni lijek uopće ne postoji. Međutim, u formalnom je smislu postupanje prema svima na jednako loš način također na neki način koherentno.

153. Kao drugo, Sud može preoblikovati treće pitanje suda koji je uputio zahtjev tako da se u bitnome odnosi na tumačenje pravne osnove pobijanih smjernica, a ne na njihovu valjanost⁸⁵. To bi bilo jednako djelomičnom odstupanju od presude Grimaldi osim ako bi se ono moglo progurati pod „pojašnjenje” te presude, odnosno, kada se presudom Grimaldi i čitavom sudskom praksom uspostavljenom tom presudom nastavilo inzistirati na pitanjima valjanosti koja su moguća u pogledu „svih akata Unije bez iznimke”, uvijek se podrazumijevalo da je njihovo pravo značenje bilo „svi pravno obvezujući akti prava Unije bez iznimke”⁸⁶. Slijedom toga, presuda Foto-Frost se također ne bi primjenjivala na takve akte.

154. Kao treće, kada bi Sud utvrdio da je EBA prekoračila svoju nadležnost, mogao bi naravno proglasiti pobijane smjernice nevaljanima. To bi podrazumijevalo potvrđivanje i primjenu presude Grimaldi, ali neizravno ponovno razmatranje presude Belgija/Komisija. Doduše, formalno, potonji presedan i ranija sudska praksa kojom je on uklesan u kamen kada je riječ o naravi akta koji se može pobijati u skladu s člankom 263. UFEU-a, ostali bi nepromijenjeni. Međutim, zbog svih razloga iznesenih u prethodnom poglavlju koji se odnose na stupanj mogućeg nesuglasja između članka 263. UFEU-a i članka 267. UFEU-a⁸⁷, pitam se koliko dugo se ta razlika može razumno održavati.

84 Vidjeti općenito moje mišljenje Région de Bruxelles-Capitale/Komisija (C-352/19 P, EU:C:2020:588, t. 142.).

85 Kao što sam prethodno naveo (točke 102. do 108. ovog mišljenja), Sud može ustrajati na formalnoj činjenici da bi se, doslovno, treće pitanje suda koji je uputio zahtjev moglo shvatiti kao pitanje tumačenja. Međutim, to također podrazumijeva prihvaćanje da je na nacionalnom sudu da izvede konačne zaključke iz utvrđenja da je tijelo Unije prekoračilo ovlast.

86 Ali vidjeti opet presudu od 25. ožujka 2021., Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, t. 83.).

87 Vidjeti t. 135. do 148. ovog mišljenja.

155. S obzirom na navedeno, čak i unatoč svim tim pitanjima, *sve dok* ne bude postojala djelotvorna pravna zaštita od potencijalno štetnih pravnih učinaka neobvezujućih mjera Unije u skladu s člankom 263. UFEU-a, podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti u skladu s člankom 267. UFEU-a u pogledu istih akata i dalje ostaje jedini način da Sud zajamči postojanje nečega što barem u nekoj mjeri nalikuje cjelovitom sustavu pravnih lijekova koji je predviđen pravom Unije. To je uostalom strukturno nezadovoljavajući, ali jedini mogući zaključak u smislu djelotvorne pravne zaštite.

V. Zaključak

156. Predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Conseil d'État (Državno vijeće, Francuska) odgovori na sljedeći način:

- U skladu s člankom 267. UFEU-a dopušteno je podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku radi ocjene valjanosti neobvezujućih akata Unije poput Smjernica o sustavima [upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo i nadzoru nad tim proizvodima] koje je Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo donijelo 22. ožujka 2016.
- Članku 267. UFEU-a ne protivi se mogućnost da strukovni savez u prigovoru nezakonitosti podnesenom nacionalnom sudu u skladu s pravilima o aktivnoj procesnoj legitimaciji na temelju nacionalnog prava pobija smjernice namijenjene članovima čije interese brani i koje se na njega ne odnose ni izravno ni osobno.
- Smjernice o sustavima [upravljanja bankovnim proizvodima za građanstvo i nadzoru nad tim proizvodima] koje je Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo donijelo 22. ožujka 2016. nevaljane su jer njihov predmet i sadržaj ne ulaze u područje primjene zakonodavnih akata iz članka 1. stavka 2. Uredbe (EU) br. 1093/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010. o osnivanju Europskog nadzornog tijela (Europskog nadzornog tijela za bankarstvo), kojom se izmjenjuje Odluka br. 716/2009/EZ i stavlja izvan snage Odluka Komisije 2009/78/EZ.