



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
NIILA JÄÄSKINENA,
predstavljeni 12. septembra 2013¹

Zadeva C-270/12

**Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska
proti**

Evropskemu parlamentu in Svetu Evropske unije

„Evropski organ za vrednostne papirje in trge (ESMA) — Veljavnost člena 28 Uredbe (EU) št. 236/2012 o prodaji na kratko in določenih vidikih poslov kreditnih zamenjav — Pravna podlaga — Člena 114 PDEU in 352 PDEU — Institucionalno ravnanje in delitev pristojnosti — Pogoji za podelitev pristojnosti agencijam EU — Prenos v skladu s členom 290 PDEU in izvajanje v skladu s členom 291 PDEU — Sodna praksa Meroni — Sodna praksa Romano — Interakcija z določbami Lizbonske pogodbe o sodnem nadzoru nad akti agencij s pravno zavezujočimi učinki“

I – Uvod

1. Združeno kraljestvo v postopku, ki ga je uvedlo proti Evropskemu parlamentu in Svetu, zahteva razglasitev ničnosti člena 28 Uredbe (EU) št. 236/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. marca 2012 o prodaji na kratko in določenih vidikih kreditnih zamenjav.² S tem členom so Evropskemu organu za vrednostne papirje in trge (v nadaljevanju: ESMA) dodeljena nekatera pooblastila za poseganje, s pravno zavezujočimi akti, na finančne trge držav članic v primeru „ogroženosti pravilnega delovanja in integritete finančnih trgov ali stabilnosti celotnega finančnega sistema v Uniji ali njegovega dela“. Te okoliščine so dalje opredeljene v členu 24(3) Delegirane uredbe Komisije (EU) št. 918/2012.³ Ukrepi, za sprejetje katerih je ESMA pristojen v skladu s členom 28(1) Uredbe št. 236/2012, vključujejo naložitev fizičnim ali pravnim osebam obveznosti priglasitve in razkritja ter prepoved sklenitve določenih transakcij ali vezavo teh transakcij na pogoje.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

2 — UL L 86, str. 1.

3 — Delegirana uredba z dne 5. julija 2012 o dopolnitvi Uredbe (EU) št. 236/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o prodaji na kratko in določenih vidikih poslov kreditnih zamenjav v zvezi z opredelitvami pojmov, izračunom neto kratkih pozicij, kritimi posli kreditnih zamenjav državnih vrednostnih papirjev, pragovi za priglasitev, pragovi likvidnosti za odložitve omejitev, znatnimi padci vrednosti finančnih instrumentov in neugodnimi dogodki (UL L 274, str. 1). Ta delegirani akt je bil sprejet na podlagi členov 2(2), 3(7), 4(2), 7(3), 13(4), 23(7) in 30 Uredbe št. 236/2012.

2. ESMA je bil ustanovljen 1. januarja 2011⁴ hkrati z Evropskim bančnim organom⁵ ter Evropskim organom za zavarovanja in poklicne pokojnine.⁶ Ti trije organi se skupaj imenujejo Evropski nadzorni organi ali ESA, kot je navedeno v uvodni izjavi 10 Uredbe št. 1095/2010. ESMA je prav tako nastal iz programa reform, ki ga je uvedla Komisija zaradi finančne krize leta 2008, in poročila skupine na visoki ravni pod predsedstvom Jacquesa de Larosièra, v katerem so navedena priporočila o krepitvi nadzora nad finančnimi trgi na ravni Unije⁷ in je privedlo do obsežnega izvedbenega programa.⁸ V skladu s členom 5(1) Uredbe št. 1095/2010 je ESMA „organ“ Unije in pravna oseba.

3. Uredba št. 236/2012 je začela veljati 25. marca 2012 zaradi nujnosti uskladitve odziva Unije na prodajo na kratko.⁹ Prodaja na kratko je prodaja sredstev, običajno vrednostnih papirjev, ki jih prodajalec v času prodaje ne poseduje, z namenom ustvarjanja dobička zaradi znižanja cene sredstev pred poravnavo transakcije. Kot je bilo poudarjeno v pisnih stališčih Parlamenta, je bil ESMA ustanovljen, ker je Evropska unija želela ustanoviti organ z ustreznim znanjem za nadzor evropskih vrednostnih papirjev in trgov kot dopolnitev nacionalnim nadzornim organom.¹⁰ ESMA je zato z Uredbo št. 236/2012 prejel obsežne pristojnosti svetovanja, priglasitve in urejanja glede prodaje na kratko.

4. Združeno kraljestvo v utemeljitev tožbe navaja štiri ničnostne razloge. Prvič, država članica trdi, da so bile s podelitvijo pristojnosti ESMI na podlagi člena 28 Uredbe št. 236/2012 kršene meje, ki jih je Sodišče določilo v sodbi Meroni za prenos pristojnosti institucij.¹¹ Drugič, zatrjuje se, da člen 28 daje ESMI pristojnost, da sprejema splošne ukrepe, ki imajo moč zakona, v nasprotju s sodbo Sodišča v zadevi Romano.¹² Tretjič, trdi, da člen 28 daje ESMI pristojnost za sprejetje splošnih nezakonodajnih aktov v nasprotju s členoma 290 PDEU in 291 PDEU. Četrtič, Združeno kraljestvo trdi, da če bi člen 28 Uredbe št. 236/2012 ESMI podeljeval pristojnost za sprejemanje posamičnih odločitev, ki so v primeru nezadostnih ali neustreznih ukrepov zadevnih pristojnih organov držav članic zavezujoče za tretje osebe, bi bil člen 114 PDEU napačna pravna podlaga za sprejetje takih ukrepov.

5. Predlogu Združenega kraljestva za razglasitev ničnosti močno nasprotujeta Parlament in Svet ob podpori Komisije in Kraljevine Španije ter Republike Francije in Republike Italije. Parlament in Svet svoja pisna stališča oblikujeta z izpolnjevanjem razlogov, na katere se sklicuje Združeno kraljestvo, in s pozivanjem Sodišča, naj preveri sodno prakso, na katero se sklicuje Združeno kraljestvo, in sicer ne kar tako, ampak zaradi posodobitve prava Unije o agencijah, izvedene v okviru Lizbonske pogodbe, zlasti glede sodnega nadzora nad akti agencij s pravnimi učinki. Parlament in Svet ob podpori Komisije tudi trdita, da člen 114 PDEU daje ustrezno pravno podlago za pristojnosti ESME v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012, ker pomeni usklajevalni ukrep v skladu s pravom EU o notranjem trgu.

4 — Uredba (EU) št. 1095/2010 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o ustanovitvi Evropskega nadzornega organa (Evropski organ za vrednostne papirje in trge) in o spremembi Sklepa št. 716/2009/ES ter razveljavitvi Sklepa Komisije 2009/77/ES (UL L 331, str. 84), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2011/61/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2011 o upraviteljih alternativnih investicijskih skladov in ki spreminja Direktivi 2003/41/ES in 2009/65/ES ter Uredbi (ES) št. 1060/2009 in (EU) št. 1095/2010 (UL L 174, str. 1).

5 — Uredba (EU) št. 1093/2010 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o ustanovitvi Evropskega nadzornega organa (Evropski bančni organ) in o spremembi Sklepa št. 716/2009/ES ter razveljavitvi Sklepa Komisije 2009/78/ES (UL L 331, str. 12).

6 — Uredba (EU) št. 1094/2010 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o ustanovitvi Evropskega nadzornega organa (Evropski organ za zavarovanja in poklicne pokojnine) in o spremembi Sklepa št. 716/2009/ES ter razveljavitvi Sklepa Komisije 2009/79/ES (UL L 331, str. 48).

7 — Restriktivni ukrepi so bili priporočeni v končnem poročilu Larosièrjeve skupine z dne 25. februarja 2009. Glej http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

8 — Za podrobnosti glej npr. Tridimas, T., *Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA*, Shuibhne, N. in Gormley, L. (ur.): *From Single Market to Economic Union: essays in memory of John A. Usher*, Oxford University Press, Oxford, 2012, str. od 55 do 83.

9 — Za podrobno analizo glej npr. Payne, J., *The regulation of short selling and its reform in Europe*, *European Business Organization Law Review* 13(3) (2012), str. od 413 do 440; Juurikkala, O., *Credit Default Swaps and the EU Short Selling Regulation: A Critical Analysis*, *European Company and Financial Law Review* 9 (2012), str. od 307 do 341.

10 — Glej uvodne izjave od 8 do 12 Uredbe št. 1095/2010 in delovni dokument služb Komisije SEC(2009) 1234 z dne 23. septembra 2009, str. 27 in 28.

11 — Sodba v zadevi Meroni proti High Authority (9/56, Recueil, str. 133).

12 — Sodba v zadevi Romano (98/80, Recueil, str. 1241).

6. Menim, da je osrednja točka te zadeve dejstvo, da člen 28 Uredbe št. 236/2012 ne zajema prenosa pristojnosti s katerega koli od izvršilnih organov EU, to pomeni Komisije ali izjemoma Sveta, na agencijo, ampak se nanaša na neposredno dodelitev pristojnosti agenciji s strani zakonodajalca v skladu s členom 289(3) zakonodajnega akta PDEU. Glede na spremembe, ki jih prinaša Lizbonska pogodba,¹³ zlasti potrditev v primarnem pravu, da so v pravu EU akti agencij podvrženi sodnemu nadzoru,¹⁴ menim, da načela, določena v sodbah Romano in Meroni, ne podpirajo ugotovitev Združenega kraljestva iz teh sodb.¹⁵ Vendar je treba po mojem mnenju tožbi Združenega kraljestva kljub temu ugoditi, a na podlagi četrtega razloga. To pa zato, ker člen 114 PDEU ni ustrezna pravna podlaga za člen 28 Uredbe št. 236/2012.

II – Pravni okvir

A – Členi Pogodbe, ki se nanašajo na agencije

7. V skladu s členi 15 PDEU, 16 PDEU in 228 PDEU so vse „institucije, organi, uradi in agencije“ Evropske unije dolžni spoštovati načelo dobrega upravljanja,¹⁶ medtem ko so agencije v skladu s členoma 287 PDEU in 325 PDEU podvržene sistemu EU za finančni nadzor in revizijo.

8. Organi EU, za sodni nadzor katerih je Sodišče pristojno v skladu s členom 263 PDEU, vključujejo organe, urade in agencije Unije, pravilo o opustitvi ukrepanja pa se zanje uporablja na podlagi člena 265 PDEU. V skladu s členom 267 lahko sodišča držav članic postavijo Sodišču vprašanja glede veljavnosti in razlage aktov organov, uradov ali agencij Unije, vprašanja pa jim je mogoče postaviti tudi v skladu z ugovorom nezakonitosti, predvidenim v členu 277 PDEU.¹⁷

B – Upoštevni zakonodajni akti Unije

1. Uredba št. 1095/2010

9. Člen 9(5) Uredbe št. 1095/2010 ESMO pooblašča, da na dva načina začasno prepove ali omeji nekatere finančne dejavnosti, ki ogrožajo pravilno delovanje in celovitost finančnih trgov ali stabilnost celotnega ali dela finančnega sistema v Uniji. ESMA lahko to stori v navedenih primerih in v skladu s pogoji, ki jih določajo zakonodajni akti iz člena 1(2) Uredbe št. 1095/2010,¹⁸ ali če to zahtevajo izredne razmere v skladu s pogoji iz člena 18 Uredbe št. 1095/2010.

13 — Glej Couzinet, J.-F. La prise en compte de l'existence des „Agences“ par les récents traités v Les agences de l'Union européenne, Bruselj, 2011, str. od 191 do 197.

14 — Navedeno je ugotovilo že Splošno sodišče v sodbi z dne 8. oktobra 2008 v zadevi Sogelma proti EAR (T-411/06, ZOdl., str. II-2771, točke od 33 do 57).

15 — Glej npr. Griller, S. in Orator, A., Everything under control? The „way forward“ for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine, European Law Review 35 (2010), str. od 3 do 35; Chamon, M. EU agencies: does the Meroni Doctrine make sense, Maastricht Journal of European and Comparative Law 17 (2010), str. 281 do 305; Chamon, M., EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea, Common Market Law Review 48 (2011), str. od 1055 do 1075, str. 1072; Hofmann, H., in Morini, A. The Pluralisation of EU Executive-Constitutional Aspects of Agencification, European Law Review 37 (2012), str. od 419 do 443. Za podrobno analizo ESME v okviru prava Unije o agencijah glej Schammo, P., The European Securities and Markets Authority: Lifting the Veil on the Allocation of Powers, Common Market Law Review 48 (2011), str. od 1879 do 1914; Busiuc, M., Groenleer, M., in Tondal, J., (ur.), The Agency Phenomenon in the European Union: Emergence, institutionalism and every-day decision making (Manchester University Press, Manchester 2012); Busiuc, M., European Agencies: Law and Practices of Accountability (Oxford University Press, Oxford, 2013). Glej tudi Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu z naslovom Evropske agencije – smernice za prihodnost, COM(2008) 135 final.

16 — Glej tudi člen 41 Listine EU o temeljnih pravicah.

17 — Dalje, kot je razvidno iz sodne prakse Splošnega sodišča, je mogoče proti agencijam vložiti odškodninske tožbe po izpolnitvi pogojev, določenih s členom 340 PDEU za nepogodbeno odgovornost Unije, čeprav v tej določbi agencije niso izrecno navedene. Glej v opombi 14 zgoraj navedeno sodbo Sogelma proti EAR, v kateri je Splošno sodišče obravnavalo odškodninsko tožbo na tej podlagi proti Evropski agenciji za obnovo.

18 — Člen 1(2) Uredbe št. 1095/2010, kakor je bila spremenjena, med drugim določa, da ESMA deluje v okviru pooblastil, podeljenih s to uredbo, ter v okviru področja uporabe več drugih ukrepov.

2. Uredba št. 236/2012

10. Člen 2(1)(b) Uredbe št. 236/2012 določa:

„prodaja na kratko“ v zvezi z delnico ali dolžniškim instrumentom pomeni vsakršno prodajo delnice ali dolžniškega instrumenta, ki ga prodajalec v času sklenitve dogovora o prodaji ne poseduje, vključno s prodajo, pri kateri si je prodajalec v času sklenitve dogovora o prodaji delnico ali dolžniški instrument izposodil ali se dogovoril o njeni oziroma njegovi izposoji za izročitev ob poravnavi, kar ne vključuje:

[...]“

11. Člen 28 Uredbe št. 236/2012, naslovljen „Pooblastila ESMA za posredovanje v izjemnih razmerah“, določa:

„1. ESMA v skladu s členom 9(5) Uredbe (EU) št. 1095/2010, ob upoštevanju odstavka 2 tega člena:

- (a) od fizičnih ali pravnih oseb, ki imajo neto kratke pozicije v določenem finančnem instrumentu ali kategoriji finančnih instrumentov, zahteva priglasitev podrobnosti takih pozicij pristojnemu organu ali njihovo razkritje javnosti; ali
- (b) prepove prodajo na kratko ali določi pogoje za ravnanje fizičnih ali pravnih oseb pri prodaji na kratko ali sklenitvi transakcije, ki ustvari finančni instrument, ki ni finančni instrument iz točke (c) člena 1(1), ali je povezana z njim, pri čemer je učinek ali eden od učinkov transakcije ta, da taka oseba v primeru padca cene ali vrednosti drugega finančnega instrumenta doseže finančno korist, ali uvede omejitve za tako prodajo na kratko ali transakcijo.

Ukrep lahko velja v posebnih okoliščinah ali pa zanj veljajo izjeme, ki jih opredeli ESMA. Izjeme se lahko zlasti določijo za dejavnosti vzdrževanja trga in dejavnosti na primarnem trgu.

2. ESMA sprejme odločitev iz odstavka 1, samo če:

- (a) se ukrepi iz točk (a) in (b) odstavka 1 nanašajo na ogroženost pravilnega delovanja in integritete finančnih trgov ali stabilnosti celotnega finančnega sistema v Uniji ali njegovega dela, ko obstajajo čezmejni učinki; in
- (b) pristojni organ ni sprejel ukrepov za obvladovanje ogroženosti ali pa je eden ali več pristojnih organov sprejelo ukrepe, ki ne obvladujejo ogroženosti v zadostni meri.

3. Pri sprejetju ukrepov iz odstavka 1 ESMA upošteva, v kolikšni meri:

- (a) ukrep pomembno zmanjša ogroženost pravilnega delovanja in integritete finančnih trgov ter stabilnosti celotnega finančnega sistema v Uniji ali njegovega dela ali znatno poveča sposobnost pristojnih organov za spremljanje ogroženosti;
- (b) ukrep ne povzroči tveganja regulatorne arbitraže;
- (c) se učinkovitost finančnih trgov zaradi negativnih učinkov ukrepa, vključno z zmanjšanjem likvidnosti teh trgov ali ustvarjanjem negotovosti za udeležence na trgih, ne zmanjša nesorazmerno v primerjavi s koristmi ukrepa.

Če en ali več pristojnih organov sprejmejo ukrep iz člena 18, 19, 20 ali 21, lahko ESMA sprejme kateri koli ukrep iz odstavka 1 tega člena, ne da bi izdal mnenje iz člena 27.

4. Preden ESMA uvede ali podaljša ukrep iz odstavka 1, se posvetuje z ESRB in, kjer je to ustrezno, drugimi ustreznimi organi.

5. Preden uvede ali podaljša ukrep iz odstavka 1, ESMA zadevnim pristojnim organom priglasí predlagani ukrep. Priglasitev zajema podrobnosti o predlaganih ukrepih, kategorijo finančnih instrumentov in transakcij, za katere se bodo uporabljali, dokaze, ki podpirajo razloge za uvedbo teh ukrepov, in čas, kdaj naj bi ukrepi začeli veljati.

6. Priglasitev je treba izvesti najmanj 24 ur, preden naj bi ukrep začel veljati ali bi bil podaljšan. Kadar ni mogoče upoštevati 24-urnega roka, lahko ESMA priglasitev izjemoma izvede manj kot 24 ur pred začetkom veljavnosti ukrepa.

7. ESMA objavi na svojem spletnem mestu obvestilo o odločitvi o uvedbi ali podaljšanju ukrepov iz odstavka 1. V njem navede vsaj:

- (a) uvedene ukrepe, vključno z instrumenti in kategorijami transakcij, za katere veljajo, in o njihovem trajanju; in
- (b) razloge, zakaj ESMA meni, da je treba uvesti ukrepe, vključno z dokazi, ki podpirajo te razloge.

8. Potem ko ESMA sklène uvesti ali podaljšati ukrep iz odstavka 1, pristojnim organom takoj priglasí sprejete ukrepe.

9. Ukrep začne veljati, ko je obvestilo objavljeno na spletnem mestu ESMA ali po objavi na datum, določen v obvestilu, in velja samo za transakcijo, sklenjeno po začetku veljavnosti ukrepa.

10. ESMA svoje ukrepe iz odstavka 1 pregleduje v ustreznih intervalih in vsaj vsake tri mesece. Če se ukrep po koncu obdobja treh mesecev ne podaljša, samodejno preneha veljati. Odstavki 2 do 9 se uporabljajo za podaljšanje ukrepov.

11. Ukrep, ki ga sprejme ESMA v skladu s tem členom, ima prednost pred morebitnimi prejšnjimi ukrepi, ki jih je sprejel pristojni organ v skladu z oddelkom 1.“

12. V skladu s členom 30 v povezavi s členom 42 Uredbe št. 236/2012 se na Komisijo prenese pooblastilo za sprejemanje, med drugim, delegiranih aktov, za opredelitev meril in dejavnikov, ki jih mora ESMA upoštevati pri odločanju o ogroženostih iz točke (a) člena 28(2).

13. Člen 44 Uredbe št. 236/2012 vsebuje v Poglavju VIII o izvedbenih aktih pravila o postopku v odboru v okviru sprejemanja izvedbenih aktov Komisije.¹⁹

14. Člen 24(3) Delegirane uredbe Komisije št. 918/2012 določa:

„Za namene člena 28(2)(a) grožnja pravilnemu delovanju in integriteti finančnih trgov ali stabilnosti celotnega finančnega sistema ali njegovega dela v Uniji pomeni:

- (a) nevarnost resne finančne, monetarne ali proračunske nestabilnosti, ki se nanaša na državo članico ali na finančni sistem v državi članici, če lahko to resno ogrozi pravilno delovanje in integriteto finančnih trgov ali stabilnost celotnega finančnega sistema v Uniji ali njegovega dela;

19 — Izvedbena uredba Komisije (EU) št. 827/2012 z dne 29. junija 2012 o določitvi izvedbenih tehničnih standardov glede sredstev za javno razkritje neto pozicij v delnicah, oblike informacij, ki jih je treba predložiti Evropskemu organu za vrednostne papirje in trge v zvezi z neto kratkimi pozicijami, vrst dogovorov, ureditev in ukrepov za ustrezno zagotovitev, da so delnice ali državni vrednostni papirji na voljo za poravnavo, ter datumov in obdobji za določanje glavnega mesta trgovanja z delnico v skladu z Uredbo (EU) št. 236/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o prodaji na kratko in določenih vidikih poslov kreditnih zamenjav (UL L 251, str. 11).

- (b) možnost neizpolnjevanja obveznosti države članice ali nadnacionalnega izdajatelja;
- (c) vsakršno bistveno poškodbo fizičnih struktur pomembnih finančnih izdajateljev, tržnih infrastruktur, sistemov kliringov in poravnave ter nadzornikov, ki lahko negativno vpliva na čezmejne trge, zlasti kadar takšna škoda nastane zaradi naravne nesreče ali terorističnega napada, kadar bi to lahko resno ogrozilo pravilno delovanje in integriteto finančnih trgov ali stabilnost celotnega finančnega sistema v Uniji ali njegovega dela;
- (d) vsakršne bistvene motnje plačilnih sistemov ali postopkov poravnave, zlasti v zvezi z medbančnim poslovanjem, ki povzročajo ali bi lahko povzročile znatne izpade ali zamude pri plačilih ali poravnava v čezmejnih plačilnih sistemih Unije, še posebej takrat, kadar lahko povzročijo širjenje finančnih ali ekonomskih težav v celotnem finančnem sistemu Unije ali v njegovem delu.“

C – Postopek pred Sodiščem

15. Združeno kraljestvo je z vlogo z dne 31. maja 2012, ki je prispela na Sodišče 4. junija 2012, na podlagi člena 263 PDEU vložilo tožbo zoper Evropski parlament in Svet Evropske unije, s katero Sodišču predlaga, naj se člen 28 Uredbe št. 236/2012 razglasi za ničen in toženima strankama naloži plačilo stroškov postopka.

16. Evropski parlament in Svet Evropske unije Sodišču predlagata, naj tožbo v celoti zavrne kot neutemeljeno in Združenemu kraljestvu naloži plačilo stroškov.

17. Evropska komisija, Kraljevina Španija, Republika Francija in Republika Italija so se kot intervenientke udeležile postopka na strani Parlamenta in Sveta.

18. Združeno kraljestvo, Evropski parlament, Svet in Komisija so se udeležili obravnave 11. junija 2013 skupaj s Španijo, Francijo in Italijo.

III – Pravna presoja

A – Agencije v Evropski uniji

19. Komisija je opredelila Evropsko regulativno agencijo „kot neodvisni pravni subjekt, ustanovljen na pobudo zakonodajalca, da bi sodelovala pri urejanju določenega sektorja v evropskem merilu in pri izvajanju posamezne politike Skupnosti“. ²⁰ V Evropski uniji trenutno deluje oziroma je v ustanavljanju več kot trideset decentraliziranih agencij, ²¹ med njimi več s pristojnostjo za zavezujoče odločanje. Kot je znano, je „agencifikacija“ v Evropski uniji proces, ki se je od začetka novega tisočletja znatno okrepil. V nekem komentarju je navedeno, da izziv je in je vedno bil uskladiti funkcionalne koristi in neodvisnost agencij glede na možnost, da postanejo „neobvladljivi centri arbitrarne moči“. ²²

20 — Osutek Medinstitucionalnega sporazuma o skupnem okviru za evropske regulativne agencije z dne 25. februarja 2005, COM(2005) 59 final, str. 5. Pravna stroka je prav tako predlagala več opredelitev. Na primer Griller in Orator, *op. cit.*, na str. od 3 do 4 sta navedla, da so agencije razmeroma neodvisna stalna telesa, ki imajo pravno osebnost, ustanovljena na podlagi sekundarne zakonodaje Unije in zadolžena za določene naloge. Glej tudi Chiti, E., *Existe-t-il un modèle d'Agence de l'Union européenne*, na str. 73 in 74, v *Les agences de l'Union européenne*, Bruselj, 2011, str. od 49 do 74.

21 — [Http://europa.eu/about-eu/agencies/index_en.htm](http://europa.eu/about-eu/agencies/index_en.htm).

22 — Busuioc, *op. cit.*, str. 4, ki navaja Eversona, M., *Independent Agencies: Hierarchy Beaters*, *European Law Journal* 1 (1995), str. od 180 do 204, na str. 190. Glej tudi Weiler, J., *Epilogue: Comitology as Revolution Infranationalism, Constitutionalism and Democracy*, v Joerges, C., in Vos, E. (ur.), *EU Committees, Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford, 1999, str. od 347 do 349.

20. Agencije se v Evropski uniji razlikujejo glede na pravno podlago, na kateri temeljijo, njihovo organiziranost in pooblastila, ki so jim bila podeljena. ESMA ne spada med peščico agencij, ustanovljenih neposredno z določbo Pogodbe.²³ ESMA prav tako ne spada v kategorijo agencij s čisto svetovalnimi funkcijami, čeprav je svetovalna pristojnost pomemben del dela ESME.²⁴

21. ESMO je mogoče opredeliti kot regulativno agencijo, ki na ravni EU sodeluje pri urejanju, povezanem s širjenjem notranjega trga. Glavna razlika med izvršilnimi in regulativnimi agencijami je ta, da izvršilne agencije izvajajo programe porabe in so neposredno odvisne od Komisije ter odgovarjajo izključno njej, medtem ko regulativne agencije zagotavljajo predvsem skupna pravila in storitve ter poslujejo z upravnim ali nadzornim odborom, sestavljenim iz predstavnikov držav članic in nekaterih predstavnikov Komisije.²⁵

22. ESMA ni izvedbena agencija, ki bi jo Komisija ustanovila na podlagi člena 6 Uredbe št. 58/2003 z dne 19. decembra 2002 o statutu izvajalskih agencij, pooblaščenih za izvajanje nekaterih nalog pri upravljanju programov Skupnosti.²⁶ To so organi, ki delujejo v skladu s prenosom nadaljnjih pooblastil s Komisije.²⁷

23. ESMA je agencija za odločanje enake vrste kot Urad za usklajevanje na notranjem trgu (v nadaljevanju: UUNT),²⁸ Urad Skupnosti za rastlinske sorte (v nadaljevanju: USRS),²⁹ Evropska agencija za varnost v letalstvu (v nadaljevanju: EASA),³⁰ Evropska agencija za kemikalije (v nadaljevanju: ECHA),³¹ Evropska agencija za zdravila³² in Agencija za sodelovanje energetskih regulatorjev,³³ ker ESMA, brez posredovanja Komisije, sama sprejema nekatere odločitve, vključno s tistimi, sprejetimi na podlagi člena 28 Uredbe št. 236/2012.³⁴

24. Vendar je med ESMO in regulativnimi agencijami, ki delujejo na drugih področjih, in ne na finančnih trgih, pomembna razlika, ki je bistvena za rešitev obravnavane zadeve. Medtem ko so bila pred kratkim ustanovljenim organom, kot sta EASA ali ECHA, podeljena večja regulativna pooblastila kot prej ustanovljenim, neobičajen način, ki je bil uporabljen, in številne kontrole, ki so jim te pristojnosti podvržene, kažejo, da jim ni bilo namenjeno podeliti jasne hierarhične avtoritete nad

23 — To velja na primer glede Evropske obrambne agencije (člena 42(3) PEU in 45 PEU) in Evropskega policijskega urada (člen 88 PDEU).

24 — Za pregled funkcij ESME glej Moloney, N., *The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Del 1: Rule making*, *European Business Organization Law Review* 12(1) (2011), str. od 41 do 86, in del 2, *Rules in action*, *European Business Organization Law Review* 12(2) (2011), str. od 177 do 225.

25 — Hofmann in Morini, *op. cit.*, str. 436.

26 — UL L 11, str. 1. To so Izvajalska agencija za konkurenčnost in inovativnost, Izvajalska agencija za zdravje in potrošnike, Izvajalska agencija za izobraževanje, avdiovizualno področje in kulturo, Izvajalska agencija za vseevropsko prometno omrežje, Izvajalska agencija za raziskave in Izvajalska agencija evropskega raziskovalnega sveta. Glej http://europa.eu/about-eu/agencies/executive_agencies/index_en.htm.

27 — Pred Lizbonsko pogodbo je obstajala razlika med agencijami Komisije in agencijami Sveta, in sicer so bile prve ustanovljene na podlagi starega prvega stebra, druge pa na podlagi drugega in tretjega stebra. Glej Busuioc, *op. cit.*, str. 21 in 22.

28 — Uredba Sveta (ES) št. 40/94 z dne 20. decembra 1993 o znamki Skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 146).

29 — Uredba (ES) št. 2100/94 o žlahtniteljskih pravicah v Skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 3, zvezek 16, str. 390).

30 — Uredba 1592/2002 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. julija 2002 o skupnih predpisih na področju civilnega letalstva in ustanovitvi Evropske agencije za varnost v letalstvu (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 7, zvezek 7, str. 30). Uredba št. 1592/2002 je bila razveljavljena z Uredbo (ES) Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. februarja 2008 o skupnih predpisih na področju civilnega letalstva in ustanovitvi Evropske agencije za varnost v letalstvu in razveljavitvi Direktive Sveta 91/670/EGS, Uredbe (ES) št. 1592/2002 in Direktive 2004/36/ES (UL L 79, str. 1).

31 — Uredba (ES) št. 1907/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. decembra 2006 o registraciji, evalvaciji, avtorizaciji in omejevanju kemikalij (REACH) ter o ustanovitvi Evropske agencije za kemikalije in o spremembi Direktive 1999/45/ES ter o razveljavitvi Uredbe Sveta (EGS) št. 793/93 in Uredbe Komisije (ES) št. 1488/94 ter Direktive Sveta 76/769/EEC in direktiv Komisije 91/155/EGS, 93/67/EGS, 93/105/ES in 2000/21/ES (UL L 396, str. 1).

32 — Uredba (ES) št. 726/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o postopkih Skupnosti za pridobitev dovoljenja za promet in nadzor zdravil za humano in veterinarsko uporabo ter o ustanovitvi Evropske agencije za zdravila (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 34, str. 229).

33 — Uredba (ES) št. 713/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. julija 2009 o ustanovitvi Agencije za sodelovanje energetskih regulatorjev (UL L 211, str. 1).

34 — Razlika med agencijami za predhodno odločanje in agencijami za odločanje je navedena v Griller in Orator, *op. cit.*, in Chamon, M. (2011), *op. cit.*

nacionalnimi agencijami.³⁵ Kot je priznala Komisija na obravnavi, druge regulativne agencije ne morejo sprejemati pravno zavezujočih odločitev zoper posamezne pravne osebe namesto sklepa ali neukrepanja pristojnega nacionalnega organa, ki se morda ne strinja s sklepom, ki ga je sprejel ESMA. Prav to pristojnost pa ESMI v resnici daje člen 28 Uredbe št. 236/2012.³⁶ V skladu s členom 28(11) Uredbe št. 236/2012 ima ukrep, ki ga sprejme ESMA, prednost pred morebitnimi prejšnjimi ukrepi, ki jih je sprejel pristojni nacionalni organ.

25. V pisnih stališčih Parlamenta je bilo poudarjeno, da je poleg treh evropskih nadzornih organov samo Evropska agencija za kemikalije ustanovljena le na pravni podlagi člena 114 PDEU. Vendar nima pooblastil za posredovanje, podobnih tistim, ki jih določa člen 28 Uredbe 236/2012.³⁷ Opozoril bi, da je bila Evropska agencija za zdravila ustanovljena na podlagi člena 114 PDEU v povezavi s členom 168 PDEU,³⁸ UUNT in CPVO sta bila ustanovljena na podlagi člena 352 PDEU, EASA pa je nastala na podlagi člena 100 PDEU.³⁹

26. Po mojem mnenju je četrti ničnostni razlog v tožbi Združenega kraljestva, ki se nanaša na ustreznost člena 114 PDEU kot pravne podlage za sprejetje člena 28 Uredbe št. 236/2012, logično predhoden vprašanju skladnosti pristojnosti ESME iz te določbe z ustavnim pravom EU, zlasti ugotovitvami iz sodb Romano in Meroni. Presoja pravne podlage člena 28 Uredbe št. 236/2012, zakonodajnega akta v skladu s členom 289(3) PDEU, je z vidika ustavnega prava predhodna podrejenim pravnim vprašanjem, ki se nanašajo na njegovo vsebino. Zato bom začel z analizo četrtega razloga za razglasitev ničnosti, ki ga je navedlo Združeno kraljestvo, preostale tri razloge pa bom obravnaval skupaj.

B – Člen 114 PDEU in vprašanja, ki se nanašajo na pravno podlago

1. Člen 114 PDEU kot pravna podlaga za ustanovitev ESME

27. Kot je navedeno v nekem nedavnem komentarju, se je večina agencij do pred desetletjem ustanavljala na podlagi člena 352 PDEU.⁴⁰ Glede na to in glede na pristojnost ESME, da „izdaja zavezujoče odločbe za lokalne nadzornike in udeležence na trgu“, ni presenetljivo, da se je postavilo vprašanje o ustreznosti člena 114 PDEU kot pravne podlage za taka pooblastila.⁴¹ Po mojem mnenju

35 — Glej Curtin, D., in Dehousse, R., European Union agencies: tipping the balance, Busiuc, M., Groenleer, M., in Tondal, J. (ur.), *op. cit.*, str. 193, na str. 195.

36 — Moloney, del 1, *op. cit.*, točka 2.1, ugotavlja, da odbor nadzornikov ESME, osrednji organ za sprejemanje odločitev, ustanovljen v skladu s členi od 40 do 44 Uredbe št. 1095/2010, splošno pomeni vodje pristojnih organov držav članic, vendar večinoma deluje na podlagi večinskega glasovanja, pod omejenimi pogoji pa glasovanja s kvalificirano večino (glej člen 44 Uredbe št. 1095/2010). To pomeni, da pristojni organ nobene države članice nima pravice veta na ukrepe iz člena 28.

37 — Odločbe Evropske agencije za kemikalije, ki jih je mogoče izpodbijati pri njeni komisiji za pritožbe, so navedene v členu 91 Uredbe REACH in členu 77 Uredbe o biocidnih proizvodih. Glej (i) Uredbo št. 1907/2006 in (ii) Uredbo (EU) št. 528/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2012 o dopustnosti na trgu in uporabi biocidnih proizvodov (UL L 167, str. 1).

38 — Navedeno v opombi 32 zgoraj.

39 — Navedeno v opombah 28, 29 oziroma 30 zgoraj.

40 — Busiuc, M., *op. cit.*, str. 18.

41 — Moloney, N., EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: „More Europe“ or More Risks, *Common Market Law Review* 47 (2010), str. od 1317 do 1383, str. 1341. Glede izražanja dvoma o ustreznosti člena 114 kot pravne podlage za Evropski bačni organ glej Fahey, E., Does the Emperor Have Financial Crisis Clothes? Reflections on the legal Basis of the European Banking Authority, *Modern Law Review* (74) (2011), str. od 581 do 595, str. 593, in odbor za finance spodnjega doma britanskega parlamenta, The Committee's Opinion on proposals for European financial supervision, Sixteenth Report of Session 2008-2009, točka 32. V zvezi z argumenti, da je člen 114 PDEU pravilna pravna podlaga za ustanovitev ESME, glej Hänle, F.: Die neue Europäische Finanzaufsicht, Hamburg 2012, str. 40–44, in Frank, A., Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, Baden-Baden, 2012, na str. od 53 do 55. Vendar pa zadnjenavedeni avtor pušča nerešeno vprašanje o tem, ali se to nanaša tudi na pristojnosti ESME za sprejetje zavezujočih izvedbenih ukrepov.

je zelo pomemben natančen sodni nadzor uporabe člena 114 PDEU glede na težnjo zakonodajalca Unije v približno zadnjih osmih letih, da se agencije ustanovljajo na „podlagi posebnih področnih pristojnosti“, ne pa člena 352 PDEU.⁴² Vendar je v zvezi s tem treba razlikovati med pravno podlago za ustanovitev agencije in tisto za prenos posebnih pristojnosti nanjo.

28. Sodna praksa Sodišča o uporabi člena 114 PDEU v podporo ustanavljanju agencij in njihova vključitev v razglasitev ukrepov Unije sta se v približno zadnjem desetletju znatno razvili. Sprejeti so bili spodaj navedeni ukrepi.

29. Sodišče je v sodbi v zadevi Združeno kraljestvo proti Parlamentu in Svetu (Arome dima)⁴³ navedlo, da je člen 114 PDEU pravilna pravna podlaga za sprejetje ukrepov Komisije, v tesnem sodelovanju z Agencijo za varnost hrane, ker to pomeni „ustrezno sredstvo“ za doseg „želenega približevanja prava države članice“. ⁴⁴ Sodišče je v tem primeru odobrilo večstopenjski zakonodajni model kot ukrep za približevanje v smislu člena 114 PDEU, če je bila sporna Uredba „vmesni korak na poti k približevanju zakonodaj držav članic“, ⁴⁵ pri čemer je Komisija v ta namen sodelovala z Agencijo za varnost hrane.

30. O področju uporabe člena 114 PDEU kot pravne podlage za ustanavljanje agencij je bilo več navedeno v sodbi ENISA.⁴⁶ Sodišče je ugotovilo, da lahko pomeni ustanovitev agencije, ki Komisiji zagotavlja mnenje o tehničnih zadevah, ukrep za približevanje v skladu s členom 114 PDEU tako zaradi potrebe po tehničnih nasvetih⁴⁷ kot zato, ker „je zakonodajalec Skupnosti menil, da je ustanovitev organa Skupnosti, kot je Agencija, primerno sredstvo za preprečevanje pojavljanja razlik, ki lahko povzročajo ovire pri nemotenem delovanju notranjega trga na tem področju“. ⁴⁸

31. Sodišče je v sodbi ENISA navedlo, da se lahko člen 114 PDEU uporablja kot pravna podlaga samo, kadar iz pravnega akta objektivno in dejansko izhaja, da je njegov cilj izboljšanje pogojev za vzpostavitev in delovanje notranjega trga.⁴⁹ Avtorji Pogodbe so z izrazom „ukrepi za približevanje“ v tem členu želeli zakonodajalcu pustiti, odvisno od splošnih in posebnih okoliščin področja, ki ga je treba uskladiti, diskrecijo pri tehniki usklajevanja, ki je najprimernejša za doseg želenega cilja, predvsem na področjih, za katera so značilne kompleksne tehnične posebnosti.⁵⁰

32. Sodišče je na tej podlagi prišlo do pomembne ugotovitve o splošnih pooblastilih agencij, da tretjim osebam nalagajo pravno zavezujoče ukrepe. Ker iz besedila člena 114 PDEU ni bilo mogoče sklepati, da bi morali biti ukrepi, sprejeti na podlagi člena 114 PDEU, naslovljeni samo na države članice, se je v zakonodaji lahko štelo, da je nujno ustanoviti organ Unije, katerega naloga je prispevati k uresničitvi postopka usklajevanja.⁵¹ Člen 114 PDEU je bil zato ustrezna pravna podlaga za sprejetje Uredbe št. 460/2004, v skladu s katero je bila sprejeta ENISA.

33. Zdi se, da se je s pomisleki, podobnimi tistim, ki jih je Sodišče obravnavalo v sodbi ENISA, ukvarjal zakonodajalec Unije, ko se je odločil, da bo naložil posebne ukrepe glede prodaje na kratko, zlasti ko se je odločil, da bo na tem področju ESMI dodelil več nalog in odgovornosti. To ponazarja uvodna izjava 1 Uredbe št. 236/2012, v kateri je navedeno, da ukrepi, ki so jih sprejele države članice v zvezi s prodajo na kratko, glede na finančno krizo septembra 2008 „niso bili usklajeni, saj v Uniji ni

42 — Glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Združeno kraljestvo proti Parlamentu in Svetu (ENISA) (sodba z dne 2. maja 2006, C-217/04, ZOdl., str. I-3771, točka 2).

43 — Zadeva C-66/04, ZOdl., str. I-10553.

44 — Točka 63.

45 — Glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott, točka 25.

46 — Navedena v opombi 42 zgoraj.

47 — Točka 64.

48 — Točka 62.

49 — Točka 42, ob navajanju sodbe Arome dima.

50 — Točka 43, ob navajanju sodbe Arome dima.

51 — Točka 44. Glej tudi sodbo z dne 9. avgusta 1994 v zadevi Nemčija proti Svetu (C-359/92, Recueil, str. I-3681), točka 37.

posebnega skupnega regulativnega okvira, ki bi urejal vprašanja prodaje na kratko“. V istem smislu je tudi uvodna izjava 2 Uredbe št. 236/2012,⁵² v skladu s katero je treba uskladiti pravila za prodajo na kratko in nekatere vidike poslov kreditnih zamenjav, da se prepreči nastanek ovir za pravilno delovanje notranjega trga, saj se sicer lahko zgodi, da bodo države članice še naprej sprejemale različne ukrepe.

34. Zato menim, da načeloma ni mogoče ugovarjati ustanovitvi ESME in ureditvi njenih nalog ter pristojnosti na podlagi člena 114 PDEU. Vloga ESME v kontekstu približevanja pravil držav članic o prodaji na kratko na splošno in z vidika širših funkcij⁵³ izpolnjuje pogoje, ki jih je določilo Sodišče v sodbi ENISA. Vendar pa je treba podrobno preučiti posebna pooblastila ESME iz člena 28 št. Uredbe 236/2012.

2. Člen 114 PDEU kot pravna podlaga za člen 28 Uredbe št. 236/2012

35. Očitki Združenega kraljestva v okviru četrtega ničnostnega razloga so manj agresivni kot intenziven napad na pravno podlago za ustanovitev ESME. Namesto tega to zadeva pooblastila, ki so bila ESMI dodeljena s členom 28 Uredbe.⁵⁴ Združeno kraljestvo je oblikovalo svoj ugovor v skladu s členom 114 PDEU na podlagi tega, da ta določba Pogodbe ne more dopustiti posameznih ukrepov zoper določene fizične ali pravne osebe, tako da bi pomenila, če je namen člena 28 Uredbe 236/2012 dopustitev teh ukrepov, prekoračitev pristojnosti iz člena 114 PDEU.⁵⁵

36. Kot sem že omenil, *načeloma* ni mogoče ugovarjati uporabi člena 114 PDEU kot pravne podlage, ki agencije pooblašča za sprejemanje pravno zavezujočih odločb za tretje osebe. Merilo za presojo, ali podelitev teh pristojnosti agenciji spada na področje uporabe člena 114 PDEU, pa je, ali odločbe zadevne agencije bodisi prispevajo k usklajevanju notranjega trga bodisi pomenijo njegovo usklajevanje v smislu, v katerem se ta pojem uporablja v pravu EU.

37. Vendar pa sodna praksa Sodišča ne potrjuje sklicevanja na člen 114 PDEU kot edine pravne podlage za člen 28 Uredbe št. 236/2012, ker dodelitve pristojnosti odločanja ESMI v skladu s tem členom, namesto presoj pristojnih nacionalnih organov, ni mogoče šteti za ukrep „za približevanje določb zakonov in drugih predpisov v državah članicah, katerih predmet je vzpostavitev in delovanje notranjega trga“ v smislu člena 114 PDEU.⁵⁶

38. Pristojnosti ESME v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 presegajo usklajevanje notranjega trga iz teh razlogov.

52 — Sodišče je navedlo, da „kadar obstajajo ovire za trgovino ali verjetnosti nastanka teh ovir v prihodnosti zaradi dejstva, da so države članice v zvezi z izdelkom ali kategorijo izdelkov sprejele oziroma sprejemajo različne ukrepe, ki bi lahko zagotovili različno raven varstva in tako ovirali prosti pretok zadevnega izdelka ali izdelkov v Skupnosti, člen 95 ES zakonodajalcu Skupnosti dovoljuje, da posreduje s sprejetjem primernih ukrepov, skladno s členom 95(3) ES in s pravnimi načeli iz Pogodbe ali načeli, ki izhajajo iz sodne prakse, zlasti načelom sorazmernosti“. Glej sodbo z dne 12. julija 2005 v združenih zadevah *Alliance for Natural Health in drugi* (C-154/04 in C-155/04, ZOdl., str. I-6451), točka 32 in navedena sodna praksa. Glej tudi v opombi 43 zgoraj navedeno sodbo *Arome* dima, točka 41.

53 — Glej Moloney, *op. cit.*

54 — Združeno kraljestvo se med drugim sklicuje na sklepne predloge generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa v zadevi Nemčija proti Svetu (sodba z dne 9. avgusta 1994, C-359/92, Recueil, str. I-36), v katerih je generalni pravobranilec v točki 36 opozoril, da se lahko nekdanji člen 100a, zdaj člen 114 PDEU, „uporablja le za sprejetje ukrepov, ki predpisujejo enotna pravila; uporaba teh pravil za posamezne primere pa je v pristojnosti nacionalnih organov“.

55 — Čeprav je lahko terminologija tega dopisa nova in ni izrecnega sklicevanja na „nepristojnost“ v delu tožbe Združenega kraljestva, ki se nanaša na člen 114 PDEU, je njihova tožba dovolj jasno utemeljena, da lahko vse stranke in intervenienti nanjo odgovorijo. Poleg tega je „nepristojnost“ eden od razlogov, ki ga Sodišče preizkusi po uradni dolžnosti iz razlogov javnega reda. Glej na primer sodbo z dne 13. julija 2000 v zadevi *Salzgitter* proti Komisiji (C-210/98 P, Recueil, str. I-5843), točka 56; sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Mengozzija v sodbi Parlament proti Svetu (C-355/10, točka 54).

56 — Zaradi popolnosti opozarjam, da ima člen 115 PDEU enako splošno področje uporabe kot člen 114 PDEU, vendar podreja usklajevalne ukrepe na področjih, ki so v njem navedena, posebnemu zakonodajnemu postopku in zahteva soglasje Sveta.

a) Analiza vsebine pristojnosti ESME v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012

39. Člen 28 Uredbe št. 236/2012 omogoča dvig na raven Unije, natančneje ESME, pooblastil za posredovanje, ki se uporabljajo v enakih okoliščinah, kot so tiste, ki povzročijo uporabo pooblastil za posredovanje pristojnih organov države članice v skladu s členi 18, 20 in 22 Uredbe št. 236/2012. Pooblastila iz člena 28 se lahko uporabijo le, če navedeni nacionalni organi ne ukrepajo tako, da bi v zadostni meri obvladovali „ogroženost pravilnega delovanja in integritete finančnih trgov ali stabilnosti celotnega finančnega sistema v Uniji ali njegovega dela“ (glej člen 28(2)(a) in (b) Uredbe št. 236/2012).

40. Kot je Združeno kraljestvo poudarilo na obravnavi, bo ESMA po definiciji odločal o zadevi, o kateri je zadevni pristojni organ odločil drugače. Poleg tega je v skladu s členom 28(4) in uvodno izjavo 33 Uredbe št. 236/2012 edini subjekt, s katerim se mora ESMA posvetovati pred uvedbo teh ukrepov, Evropski urad za sistemska tveganja, ESRB,⁵⁷ in niti Svet niti Komisija kot instituciji nista povezani s postopkom odločanja. Kot sem že omenil, ima v skladu s členom 28(11) Uredbe št. 236/2012 ukrep, ki ga sprejme ESMA, prednost pred morebitnimi prejšnjimi ukrepi, ki jih je sprejel pristojni nacionalni organ.

41. Verjetno pa ni mogoče trditi, da so pooblastila ESME v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 popolnoma določujoča. Kot sem že navedel, je pojem, ki se pojavlja v členu 28(2)(a) Uredbe št. 236/2012, podrobneje obravnavan v členu 24(3) Delegirane uredbe Komisije št. 918/2012.⁵⁸

42. Pri izvajanju pooblastil v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 obstajajo ti pogoji in omejitve. ESMA mora preučiti, v kolikšni meri ukrep „pomembno zmanjša ogroženost pravilnega delovanja in integritete finančnih trgov ter stabilnosti celotnega finančnega sistema v Uniji ali njegovega dela ali znatno poveča sposobnost pristojnih organov za spremljanje ogroženosti“ (glej člen 28(3)(a)); „ne povzroči tveganja regulatorne arbitraže“ (člen 28(3)(b)); „se učinkovitost finančnih trgov zaradi negativnih učinkov ukrepa, vključno z zmanjšanjem likvidnosti teh trgov ali ustvarjanjem negotovosti za udeleženca na trgih, ne zmanjša nesorazmerno v primerjavi s koristmi ukrepa“ (člen 28(3)(c)).

43. Člen 28 Uredbe št. 236/2012 prav tako zagotavlja procesna jamstva. Kot sem že omenil, se mora ESMA posvetovati z ESRB. Po potrebi se posvetuje tudi z drugimi zadevnimi organi, vendar obveznost za to ni določena (člen 28(4)). ESMA mora pristojnim organom priglasiti ukrepe, ki jih namerava sprejeti ali podaljšati, in sicer najmanj 24 ur, preden naj bi ukrep začel veljati ali bi bil podaljšan, razen „izjemoma“ (člen 28(5) in (6)); ko pa so ukrepi sprejeti, jih je treba takoj priglasiti pristojnim organom (člen 28(8)). Nazadnje, ESMA je na svojem spletnem mestu dolžan objaviti odločitev o uvedbi ali podalšanju ukrepov, vključno z razlogi zanje (člen 28(7)), poleg tega pa mora sprejete ukrepe pregledati vsake tri mesece. Če tega ne stori, ukrepi prenehajo veljati (člen 28(10)). V nadaljevanju se bom vrnil k omejitvam izvajanja pooblastil ESME v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012, ko bom obravnaval ustreznost sodne prakse Meroni za rešitev spora.

44. Vendar je treba biti pozoren na obseg pooblastil ESME v razmerju do tretjih oseb. Kot je bilo navedeno, lahko posredovanje ESME v skladu s členom 28(1)(a) Uredbe št. 236/2012 pomeni dolžnost razkritja za fizične ali pravne osebe, ki imajo neto kratke pozicije v določenem finančnem instrumentu ali kategoriji finančnih instrumentov. ESMA lahko tudi določi prepoved ali naloži pogoje glede prodaje na kratko in podobnih transakcij, kot je določeno v členu 28(1)(b) Uredbe št. 236/2012.

57 — Ki je bil ustanovljen v skladu z Uredbo št. 1092/2010 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o makrobonitetnem nadzoru nad finančnim sistemom Evropske unije in ustanovitvi Evropskega odbora za sistemska tveganja (UL L 331, str. 1).

58 — Točka 14 zgoraj.

45. V nasprotju s trditvami iz pisnih stališč Komisije menim, da to pomeni več kot pooblastilo za „določitev ukrepov v zvezi z določenim izdelkom ali kategorijo izdelkov in po potrebi posamičnih ukrepov, ki se nanašajo na te izdelke“. ⁵⁹ V tem okviru ESMA dejansko ne razvija posebnih in podrobnejših pravil, ki veljajo za neki finančni produkt ali storitev, kot na primer, če Komisija izvaja svoja pooblastila za poenotenje pristopa držav članic do nevarnih proizvodov v skladu s členom 13 Direktive št. 2001/95/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 3. decembra 2001 o splošni varnosti proizvodov, sprejete v skladu s členom 114 PDEU. ⁶⁰ ESMA namreč posega v konkurenčne pogoje na posameznem finančnem trgu, ki so v pristojnosti nacionalnega pristojnega organa, kadar se znajde v posebnih okoliščinah. Menim, da v pravu EU ponujajo najbolj izrazito analogijo pooblastilom ESME v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 pooblastila Komisije za posredovanje na kmetijskem in protidampinškem področju, torej na področjih, na katerih Komisija izvaja skupno politiko Unije.

46. Cilj ukrepa, sprejetega na podlagi člena 114 PDEU, mora resnično biti izboljšanje pogojev za vzpostavitev in delovanje notranjega trga. Če bi preprosta ugotovitev razlik med nacionalnimi zakonodajami in splošne nevarnosti ovir za temeljne svoboščine ali iz njih izhajajoče znatno izkrivljanje konkurence zadoščala za upravičenje izbire člena 114 PDEU kot pravne podlage, bi sodni nadzor spoštovanja pravne podlage lahko postal povsem neučinkovit. Sodišče bi bilo torej ovirano pri izvrševanju funkcije, ki mu jo je naložil člen 19 PEU, da pri razlagi in uporabi Pogodbe zagotavlja spoštovanje prava. ⁶¹ Sodišče mora tako pri presoji, ali je člen 114 PDEU pravilna pravna podlaga za posamezen ukrep Unije, preveriti, ali so cilji ukrepa, katerega veljavnost je sporna, resnično izboljšanje pogojev za vzpostavitev in delovanje notranjega trga, kot je določil zakonodajalec Unije. ⁶²

47. Poleg tega tudi možnost pojava prihodnjih ovir trgovini, ki nastanejo zaradi razlik v zakonodajah držav članic, ne zadošča. Pojav teh ovir mora biti verjeten, namen zadevnih ukrepov pa mora biti njihovo preprečevanje. ⁶³

b) Člen 28 Uredbe št. 236/2012 v okviru sodne prakse Sodišča glede člena 114 PDEU kot pravne podlage

48. Sodišče je v sodbi ENISA navedlo, da se lahko izkaže, da je po presoji zakonodajalca Unije nujno ustanoviti organ Skupnosti, katerega naloga je prispevati k uresničitvi postopka usklajevanja „v položajih, v katerih se kot primerno kaže sprejetje neobvezujočih spremljevalnih in okvirnih ukrepov zaradi olajševanja enotnega izvajanja in uporabe predpisov, ki temeljijo na tej določbi“. ⁶⁴

49. Sodišče je prav tako poudarilo, da morajo biti naloge, dodeljene takemu organu, tesno povezane s področji, ki so predmet predpisov o približevanju zakonskih in drugih predpisov držav članic, zlasti če tako ustanovljeni organ opravlja storitve za nacionalne organe ali udeležence na trgu, ki vplivajo na enotno izvajanje usklajevalnih instrumentov in ki lahko olajšajo njihovo uporabo. ⁶⁵

50. Vendar pa imajo pristojnosti ESME za odločanje v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 malo skupnega z ukrepi, ki jih je navedlo Sodišče v teh pomembnih delih sodbe ENISA. Prvič, sklepi, sprejeti v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012, so pravno zavezujoči, medtem ko je Sodišče v sodbi ENISA obravnavalo ukrepe, ki pravno niso bili zavezujoči. To samo po sebi ni sporno, vendar si je težko predstavljati, kako bi lahko izvajanje pristojnosti v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 prispevalo

59 — Komisija je navedla sodbo z dne 9. avgusta 1994 v zadevi Nemčija proti Svetu (C-359/92), točka 37, v kateri se pojavi to načelo.

60 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 6, str. 447. Zanimivo je pripomniti, da morajo pristojni nacionalni organi odločbe Komisije izvesti v skladu s to določbo v dvajsetih dneh, razen če v teh odločbah ni naveden drugačen rok.

61 — Sodba z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Nemčija proti Parlamentu in Svetu (C-376/98, Recueil, str. I-8419), točka 84.

62 — Točka 85 in navedena sodna praksa.

63 — Točka 86. Po analogiji glej sodbo z dne 8. junija 2010 v zadevi Vodafone in drugi (C-58/08, ZOdl., str. I-4999), točka 33.

64 — Navedena v opombi 42 zgoraj, točka 44.

65 — Točka 45.

k usklajevanju take vrste, kot ga je navedlo Sodišče v sodbi ENISA. Njegova funkcija je namreč dvigniti izvajanje pristojnosti iz členov 18, 20 in 22 Uredbe št. 236/2012 z nacionalne ravni na raven Unije, če obstaja nesoglasje med ESMO in pristojnim nacionalnim organom ali med nacionalnimi organi.

51. Člen 28 Uredbe št. 236/2012 dejansko vzpostavlja mehanizem odločanja v nujnih primerih na ravni Unije, ki začne delovati, kadar se ustrezni pristojni nacionalni organi ne strinjajo s sprejetim ukrepom. Zaradi glasovalnih pravic ESME je mogoče ta ukrep sprejeti s kvalificirano večino njegovega odbora nadzornikov.⁶⁶

52. Rezultat aktiviranja pristojnosti ESME v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 torej ni usklajevanje ali sprejetje enotne prakse na ravni držav članic, ampak zamenjava odločanja na nacionalni ravni v skladu s členi 18, 20 in 22 Uredbe št. 236/2012 z odločanjem na ravni Unije.

53. Čeprav so torej pisna stališča Parlamenta pravilna, ker je v njih v skladu s sodno prakso Sodišča navedeno, da je mogoče ustanavljati agencije in jim dodeliti vlogo v skladu s členom 114 PDEU, če so del normativnega okvira, ki približuje določbe, ki se nanašajo na notranji trg,⁶⁷ pa člen 28 Uredbe št. 236/2012 ta okvir presega.

3. Člen 352 PDEU kot ustrezna pravna podlaga za člen 28 Uredbe št. 236/2012

54. Zaradi celovitosti navedbe naj dodam, da bi bil člen 352 PDEU po mojem mnenju ustrezna pravna podlaga za člen 28 Uredbe št. 236/2012. To je zato, ker očitno obstaja potreba po ukrepanju na ravni Unije, saj ima lahko na notranjem trgu finančnih instrumentov neukrepanje ali neustrezno ukrepanje pristojnega nacionalnega organa v zvezi s prodajo na kratko znatne čezmejne vplive. Ti lahko vključujejo izkrivljanja v bančnih sistemih drugih držav članic, kot so tiste, v katerih je trg, na katerem poteka prodaja na kratko. Zato se zdi, da je v položajih, ki pomenijo grožnjo pravilnemu delovanju in integriteti finančnih trgov ali stabilnosti celotnega finančnega sistema ali njegovega dela v Evropski uniji, centraliziran postopek odločanja, ki omogoča enotno uporabo pravil prava EU o prodaji na kratko, nujen in sorazmeren. Vendar pa iz razlogov, ki sem jih navedel zgoraj, centraliziranega procesa odločanja v nujnih primerih, ki nadomešča odločitve pristojnega organa države članice brez njegovega soglasja ali ki zagotavlja nadomestilo, če ga ni, ni mogoče obravnavati, kot da je na podlagi člena 114 PDEU zajet s konceptom „približevanja določb zakonov in drugih predpisov v državah članicah, katerih predmet je vzpostavitev in delovanje notranjega trga“.

55. S tem želim povedati, da je po mojem mnenju člen 28 Uredbe št. 236/2012 „potreben“ v smislu člena 352 PDEU „za uresničitev katerega od ciljev“, določenih v Pogodbah. Pri tem mislim na sodbo v zadevi Massey-Ferguson,⁶⁸ v kateri je sodišče navedlo, da je za delovanje carinske unije „nujno“ potrebna enotna določitev vrednosti za carinjenje blaga, uvoženega iz tretjih držav, zato da je raven varstva, ki jo zagotavlja skupna carinska tarifa, enaka v celotni Skupnosti.⁶⁹ Iz razlogov, ki sem jih navedel, za pooblastila ESME za posredovanje v skladu s členom 28(1) Uredbe št. 236/2012 velja podobna „nujnost“ za uresničevanje ciljev notranjega trga zaradi čezmejnih učinkov neustreznega ukrepanja države članice glede prodaje na kratko.

66 — Odločitve ESME sprejema odbor nadzornikov. Člani z glasovalno pravico so izključno vodje nacionalnih javnih organov, pristojnih za nadzor nad udeleženci na finančnem trgu (člen 40 Uredbe št. 1095/2010). Kot je navedeno v opombi 36, odbor sprejema odločitve z navadno večino ali izjemoma s kvalificirano večino članov z glasovalno pravico (člen 44(1) Uredbe št. 1095/2010).

67 — Parlament v podporo tej trditvi navaja v opombi 42 zgoraj navedeno sodbo ENISA, točke od 42 do 45, 59 in 60.

68 — Sodba z dne 12. julija 1971 (8/73, Recueil, str. I-897).

69 — Točka 3.

56. Pri tem bi omenil, da to, da na delovanje skupnega trga „vpliva“ prodaja na kratko, ne zadostuje za podporo člena 114 PDEU kot pravne podlage za člen 28 Uredbe 236/2012.⁷⁰ Z drugimi besedami, člen 114 PDEU ni razpoložljiva in alternativna pravna podlaga, ki bi izključevala uporabo člena 352 PDEU.⁷¹ Posegi, za katere je ESMA pooblaščen, da jih izvaja v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012, presegajo usklajevanje v skladu s členom 114 PDEU. Vendar so nujni za delovanje notranjega trga EU zaradi motnje, do katere lahko pride, če katera koli posamezna država članica ne odpravi posledic prodaje na kratko v izrednih razmerah.⁷² Uporaba člena 352 PDEU prav tako ne more „služiti kot temelj za razširitev pristojnosti“ Unije „čez splošni okvir, ki izhaja iz določbe“ Pogodbe EU in „zlasti iz določb, ki določajo naloge in ukrepanje“ Unije.⁷³

57. Poleg tega je Sodišče izrecno potrdilo uporabo člena 352 PDEU za ukrepe, „ki se nanašajo posebej na posameznike“, ⁷⁴ če spadajo med cilje Unije v smislu člena 352 PDEU.⁷⁵ Menim, da so zaradi vpliva na delovanje notranjega trga, ki lahko nastane zaradi neustreznega ukrepanja pristojnih organov države članice glede prodaje na kratko, cilji člena 28 Uredbe št. 236/2012 v skladu s cilji Evropske unije v smislu člena 352 PDEU.⁷⁶

58. Glede na to, da člen 352 PDEU zahteva soglasje med državami članicami, ustreznost pravne podlage za sprejetje Uredbe št. 236/2012, v smislu obsega soglasja v podporo sprejetja člena 28 Uredbe št. 236/2012, ni brezpredmetno vprašanje. Združeno kraljestvo je nasprotovalo členu 28 Uredbe št. 236/2012 v zakonodajnem postopku člena 114 PDEU, ki zahteva le glasovanje s kvalificirano večino v Svetu.⁷⁷ Kot je bilo navedeno zgoraj, odbor nadzornikov ESME pri izvajanju svojih pooblastil iz člena 28 Uredbe št. 236/2012 nima pravice veta. Od Lizbonske pogodbe dalje Komisija v skladu s členom 352(2) PDEU nacionalne parlamente opozori na predloge, ki temeljijo na tem členu.⁷⁸ Uporaba člena 352 PDEU kot pravne podlage člena 28 Uredbe št. 236/2012 bi tako odprla pomembno pot za večji demokratični vložek.⁷⁹

70 — Sodba z dne 26. marca 1996 v zadevi Parlament proti Svetu (C-271/94, Recueil, str. I-1689), točka 32.

71 — Sodbi z dne 26. marca 1987 v zadevi Komisija proti Svetu (45/86, Recueil, str. 1493), točka 13, in z dne 13. julija 1995 v zadevi Španija proti Svetu (C-350/92, Recueil, str. I-1985), točka 26.

72 — Strinjam se z navedbo A. Dashwood v članku z naslovom Article 308 EC as the Outer Limits of Expressly Conferred Community Competence, v Barnard, C., in Odudu, O., (ur.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, str. od 35 do 44, na str. 40, da „člen 308 [zdaj 352] lahko še vedno opravlja koristno, ustavno pravilno funkcijo, ko omogoča, da se dopolnijo pristojnosti institucij v skladu z določenimi pravnimi podlagami, če je to nujno za doseganje cilja Skupnosti, za katerega je bila dodeljena zadevna pristojnost“.

73 — Sodba z dne 3. septembra 2008 v združenih zadevah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu in Komisiji (C-402/05 P in C-415/05 P, ZOdl., str. I-6351), točka 203.

74 — Sodba Kadi in Al Barakaat, točka 235.

75 — Sodba Kadi in Al Barakaat, točka 220.

76 — Sodba Kadi in Al Barakaat, točka 227.

77 — Zapisnik s 3148. seje Sveta Evropske unije v Bruslju 21. februarja 2012, točka 1 dnevnega reda. Ni treba poudarjati, da splošna načela ustavnosti in vladavine prava izključujejo sklicevanje na preudarke o politični primernosti pri določitvi ustrezne pravne podlage za zakonodajni akt Unije, ki mora temeljiti le na objektivnih merilih. Vendar je v sodni praksi Sodišča priznано, da to, ali na zakonodajni postopek, ki ga je treba uporabiti, vpliva izbira pravne podlage, določa, ali mora Sodišče odločiti o tem vprašanju. Sodba z dne 9. septembra 2004 v združenih zadevah Španija in Finska proti Parlamentu in Svetu (C-184/02 in C-223/02, ZOdl., str. I-7789), točke od 42 do 44; po analogiji glej sodbo Sodišča prve stopnje z dne 19. marca 2003 v zadevi CMA CGM in drugi proti Komisiji (T-213/00, Recueil, str. II-913), točke od 85 do 103. Sodišče je v točki 103 navedlo, da „je treba tožbeni razlog tožečih strank o napačni pravni podlagi zavrniti, ker zaradi domnevne napake tožečim strankam niso bila odvzeta postopkovna jamstva, navedena v zadevnih postopkovnih pravilih, in niso imela negativnih vplivov na njihov pravni položaj“. Zoper to sodbo je bila na Sodišče vložena pritožba, ki je bila zavrnjena, kot zadeva Komisija proti CMA CGM in drugim (C-236/03 P), sklep Sodišča z dne 28. oktobra 2004.

78 — Nasprotno, kot je navedeno v nekem komentarju, ker „so se začele agencije ustanavljati na podlagi postopka soodločanja, je lahko EP imel pomembno vlogo pri strukturi njihovih pogodb.“ Busuic, *op. cit.*, str. 117.

79 — V sodbi Kadi in Al Barakaat, točka 235, je Sodišče navedlo podobno ugotovitev glede Evropskega parlamenta.

59. Zato predlagam, naj Sodišče razglasi ničnost člena 28 Uredbe št. 236/2012 zaradi nepristojnosti, glede na to, da člen 114 PDEU ni bil ustrezna pravna podlaga za njegovo sprejetje.⁸⁰

C – Tožbeni razlogi Združenega kraljestva na podlagi sodne prakse Meroni in Romano v skladu s členoma 290 PDEU in 291 PDEU

1. Uvodne ugotovitve

60. Glede na mojo ugotovitev v zvezi s četrtim tožbenim razlogom Združenega kraljestva v postopku pred Sodiščem je moje razlogovanje, povezano s tožbenimi razlogi od ena do tri, podano le v primeru, da Sodišče ugotovi, da člen 114 PDEU zagotavlja ustrezno pravno podlago za sprejetje člena 28 Uredbe št. 236/2012. Menim, da spremembe, uvedene z Lizbonsko pogodbo, tako glede pojasnila razlike med (normativnimi) delegiranimi ukrepi in izvedbenimi (izvršilnimi) pooblastili⁸¹ kot spremembe, s katerimi postane sodni nadzor nad akti agencij EU obvezen v sodni arhitekturi Evropske unije, pomenijo, da je treba upoštevnost sodne prakse Romano in Meroni ponovno vnesti v sodobno zgradbo ustavnega prava Unije.

a) Sodba Sodišča v zadevi Meroni

61. Sodba Meroni iz leta 1958 se je nanašala na izpodbijanje sistema za izenačevanje iz tretjih držav uvoženih železovih ostankov, vzpostavljenega v skladu s Pogodbo ESPJ, zlasti pa zneska, ki ga je zaračunala Visoka oblast v skladu z odločbama Skupnega urada potrošnikov starega železa in Izravnalnega sklada za uvoženo staro železo (v nadaljevanju: bruseljski agenciji), ki ju je Visoka oblast ESPJ pooblastila za izvajanje sheme. Bruseljski agenciji sta bili subjekta zasebnega prava, ustanovljeni v skladu z belgijskim pravom.

62. Sodišče je v sodbi Meroni navedlo, da je bila Visoka oblast pooblaščenca za prenos pooblastil na zunanji organ ali organe. Vendar so za prenos veljale omejitve, določene v Pogodbi ESPJ. Sodišče je navedlo, da Visoka oblast na organ, na katerega so bila pooblastila prenesena, ne bi mogla prenesti drugačnih pooblastil, kot jih ima po Pogodbi ESPJ Visoka oblast.⁸² Odločbe bruseljskih agencij na primer niso bile podvržene presoji Sodišča pod pogoji iz člena 33 PJ, če je ta omejitev veljala za pravne akte Visoke oblasti.⁸³ Sodišče je prav tako poudarilo, da so prenosi pooblastil zakoniti le, če so potrebni za izvajanje nalog Visoke oblasti. Taki prenosi pooblastil se lahko nanašajo samo na jasno opredeljena izvedbena pooblastila, katerih uporabo mora v celoti nadzorovati Visoka oblast.⁸⁴

80 — Priznavam, da v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča, kot je ponazorjeno v sodbi z dne 29. aprila 2004 v zadevi Komisija proti Svetu (C-338/01, Recueil, str. I-4829), točki 56 in 57, mora v izjemnih primerih, „v katerih se ugotovi, da ima ukrep hkrati več ciljev, ki so neločljivo povezani in med njimi nobeden ni drugotnega ali posrednega pomena glede na druge, tak ukrep temeljiti na ustreznih pravnih podlagah (glej med drugim sodbe z dne 19. septembra 2002 v zadevi Huber, C-336/00, Recueil, str. I-7699, točka 31; z dne 12. decembra 2002 v zadevi Komisija proti Svetu, C-281/01, Recueil, str. I-12049, točka 35, z dne 11. septembra 2003 v zadevi Komisija proti Svetu, C-211/01, Recueil, str. I-8913, točka 40, in mnenje 2/00 z dne 6. decembra 2001, Recueil, str. I-9713, točka 23). Vendar je uporaba dvojne pravne podlage izključena, če so postopki, predvideni za eno ali drugo teh podlag, nezdružljivi (sodba z dne 11. junija 1991 v zadevi Komisija proti Svetu („Titanov dioksid“), točke od 17 do 21, in sodba z dne 25. februarja 1999 v združenih zadevah Parlament proti Svetu, C-164/97 in C-165/97, Recueil, str. I-1139, točka 14).“ Jasno je, da ta načela veljajo za katero koli alternativno pravno podlago, na kateri bi temeljil člen 28 Uredbe št. 236/2012.

81 — Glej Lenaerts, K., in van Nuffel, P., European Union Law, tretja izdaja, Sweet and Maxwell, London, 2011, odstavki od 17-008 do 17-011.

82 — V opombi 11 zgoraj navedena sodba Meroni, str. 150. Sodišče je v njej ugotovilo, da „dejstvo, da imata bruseljski agenciji možnost izdajati odločbe, ne da bi zanju veljali pogoji, ki bi veljali za Visoko oblast, če bi jih ta izdajala sama, dejansko pomeni, da so bila na bruseljski agenciji prenesena širša pooblastila, kot jih ima Visoka oblast po Pogodbi“.

83 — Prav tam, str. 149.

84 — Prav tam, str. 152.

63. V tem okviru je Sodišče prišlo do znane ugotovitve, da „daje prenos pooblastil, izveden z odločbo št. 14/55, bruseljskima agencijama možnost proste presoje, ki pomeni diskrecijsko pravico, zato ga ni mogoče šteti za združljivega z zahtevami Pogodbe“.⁸⁵

64. Zato menim, da je iz konteksta, v katerem je Sodišče izdalo odločbo v zadevi Meroni, razvidno, da so bila njegova prizadevanja dvojna; prvič, Sodišče je imelo pomisleke glede tega, da ni sodnega nadzora nad akti bruseljskih agencij; drugič, Sodišče je skušalo preprečiti Visoki oblasti prenos pooblastil, ki so bila širša od njegovih in ki so bila opredeljena tako široko, da so bila samovoljna. Zato menim, da je Sodišče priznalo ustavne naloge učinkovitega sodnega nadzora in institucionalnega ravnovesja.

b) Ugotovitve Sodišča iz sodbe Romano

65. Podobna prizadevanja so značilna za ugotovitve Sodišča iz sodbe Romano. Sodišče je obravnavalo predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo belgijsko delovno sodišče, glede razlage in veljavnosti sklepa št. 101 Upravne komisije Evropskih skupnosti za socialno varnost delavcev (v nadaljevanju: Upravna komisija)⁸⁶ in razlage Uredbe št. 574/72 Sveta z dne 21. marca 1972 o določitvi postopka za izvajanje Uredbe št. 1408/71 o uporabi sistemov socialne varnosti za zaposlene osebe in njihove družinske člane, ki se gibljejo v Skupnosti.⁸⁷ Upravna komisija je bila ustanovljena v skladu z zadnjo uredbo in je sprejela sklep, ki je negativno vplival na znesek, plačljiv G. Romanu na podlagi pravice do pokojnine.

66. Sodišče je pri razsodbi o pooblastilih Upravne komisije prišlo do te znane ugotovitve:

„[...] iz člena 155 Pogodbe in pravosodnega sistema, ki ga je ustvarila Pogodba, zlasti njena člena 173 in 177, je razvidno, da Svet ne sme pooblastiti organa, kot je Upravna komisija, za sprejemanje aktov, ki imajo moč zakona“.⁸⁸

67. Kot je bilo poudarjeno na obravnavi, je iz francoske, nizozemske, nemške in španske različice sodbe Romano razvidno, da je njen obseg omejen na prepoved, da bi agencije sprejemale *zakonodajne ukrepe*. V francoski različici sodbe je na primer za besedilo „akti, ki imajo moč zakona“ v točki 20 sodbe Sodišča v zadevi Romano navedeno „*actes revêtant un caractère normatif*“. Zato je treba razlagati angleški prevod „akti, ki imajo moč zakona“ glede na druge jezikovne različice.

2. Sodna praksa Meroni in Romano glede na sodobno pravo Unije o regulativnih agencijah

68. Navedeno je bilo, da bo Sodišče uporabilo pojasnila iz sodbe Meroni za vse sodobne agencije Unije.⁸⁹ Na kratko, težava je v uskladitvi širjenja agencij s prepovedjo prenosa na agencije in druge organe čezmerno širokih in/ali nezadostno opredeljenih diskrecijskih pooblastil, določenih v sodbi Meroni,⁹⁰ in prepovedjo, da bi agencije sprejemale ukrepe, ki imajo „moč zakona“, kot je bilo določeno v sodbi Romano.

⁸⁵ — Prav tam, str. 154.

⁸⁶ — UL 1976, C 44, str. 3.

⁸⁷ — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 1, str. 35.

⁸⁸ — V opombi 12 zgoraj navedena sodba Romano, točka 20. Generalni pravobranilec J. P. Warner je bil trdnejši v sklicevanju na nepristojnost za sodni nadzor za nasprotovanje, da bi odločbe Upravne komisije imele „moč zakona“. Glej njegove sklepne predloge na str. 1265.

⁸⁹ — Chamon (2011), *op. cit.*, str. 1056. Vendar pa avtor navaja, da je generalni pravobranilec L. A. Geelhoed v sodbi z dne 21. januarja 2003 v zadevi Komisija proti Parlamentu in Svetu (C-378/00, Recueil, str. I-937) v opombi navedel, da se sodba Meroni nanaša na agencije, vendar tega vprašanja ni podrobneje pojasnil.

⁹⁰ — Chamon, *op. cit.*, str. 1058.

69. Poudariti velja temeljne razlike v pravnem in dejanskem okviru med agencijami, ki jih je Sodišče obravnavalo leta 1958 v zadevi Meroni, in način, kako agencije delujejo danes. V nekem komentarju so opisane tako:

„Bruseljski agenciji [obravnavani v sodbi Meroni] sta bili subjekta zasebnega prava, agencije EU pa so subjekti javnega prava v skladu s pravom Unije. Čeprav je prve popolnoma smiselno opredeliti kot ‚zunanje organe‘, za druge to ne velja. Bruseljskima agencijama je pooblastila podelila Visoka oblast, agencije EU pa je ustanovil zakonodajalec Unije in jim podelil pooblastila. Sodba Meroni je bila izdana v skladu s Pogodbo ESPJ, medtem ko sedanje agencije EU delujejo v skladu s Pogodbami EU.“⁹¹

70. Omejitve glede upoštevnosti sodbe Romano za sodobno pravo o agencijah so ponazorjene v sodbi. Menim, da je jasno, da se je Sodišče pri izključitvi podelitve zakonodajne pristojnosti na zadevno agencijo zavedalo, da Pogodba EGS, kot je bila takrat sestavljena, ni zagotavljala možnosti za sodni nadzor na temi ukrepi. Lizbonska pogodba pa je to praznino zapolnila, preoblikovala prenos zakonodajnih pristojnosti v skladu s členom 290 PDEU ter pojasnila obseg in delovanje izvedbenih pooblastil v skladu s členom 291 PDEU.

71. V zvezi s sodbo Meroni so pomisleki Sodišča, ki se nanašajo na institucionalno ravnovesje in potrebo po prepovedi čezmerno širokega in/ali samovoljnega prenosa pooblastil, danes prav tako upoštevni, kot so bili leta 1958. Vendar je tudi njih treba obravnavati z ustreznim upoštevanjem razvoja primarnega prava Evropske unije, kot je izraženo v členih 290 PDEU in 291 PDEU.

72. Kot bo predstavljeno v naslednjem delu, je razvoj ustavnega prava Unije na podlagi Lizbonske pogodbe resnično zajel ključne pomisleke, s katerimi se je moralo ukvarjati Sodišče v sodbah Meroni in Romano, namreč neobstoj meril na podlagi pogodbe za podelitev in prenos pooblastil, tako da se zagotovi spoštovanje institucionalnega ravnovesja, in pomanjkanje sodnega nadzora nad pravno zavezujočimi akti agencij.

3. Spremembe, ki izhajajo iz Lizbonske pogodbe

73. Kot je navedeno zgoraj, je pristojnost Sodišča, da nadzira akte „organov, uradov ali agencij Unije s pravnim učinkom za tretje osebe“, zdaj potrjena s členom 263, prvi odstavek, PDEU, medtem ko člen 263, drugi odstavek, PDEU določa, da pri nadziranju aktov agencij Sodišče lahko uporablja merila, ki so tradicionalno na voljo v pravu Unije.⁹² V skladu s členom 265 PDEU je na voljo tudi tožba zaradi nedelovanja za izpodbijanje dela agencij, točka (b) prvega odstavka člena 267 PDEU pa zagotavlja, da je nadzor nad veljavnostjo prek nacionalnih sodišč na voljo tudi glede agencij. Agencije so bile vključene v zadnjem hipu v sodno arhitekturo Unije z njihovo navedbo v ugovoru nezakonitosti iz člena 277 PDEU, ki velja za akte, ki se splošno uporabljajo. Nasprotno pa agencije niso navedene v določbi, ki se nanaša na nepogodbeno odgovornost institucij Unije in nadomestilo škode, namreč člena 268 PDEU in 340 PDEU, vendar je v skladu s sodno prakso odškodnina na voljo glede na ukrepe agencij.⁹³

74. Iz zgoraj navedenih določb Pogodbe je razvidno, da so agencije lahko pristojne za sprejemanje pravno zavezujočih odločitev, ki ustvarjajo pravni učinek do tretjih oseb. V nasprotnem primeru bi bile te spremembe Pogodbe brezpredmetne. Zato menim, da tako kot ni mogoče *per se* ugovarjati agencijam, kot je ESMA, da bi sprejemale ukrepe s pravnim učinkom do tretjih oseb, kot so vlagatelji in trgovci z vrednostnimi papirji, ni mogoče *per se* ugovarjati tem ukrepom bodisi na podlagi sodbe Meroni bodisi sodbe Romano.

91 — Chamon, *op. cit.*, str. 1059.

92 — V skladu s členom 263, peti odstavek, PDEU se v aktih o ustanovitvi organov, uradov in agencij Unije lahko določijo posebni pogoji in podrobnosti glede tožb fizičnih ali pravnih oseb zoper akte teh organov, uradov in agencij, ki imajo zanje pravni učinek. V skladu s členom 61 Uredbe št. 1095/2010 Splošno sodišče in na koncu Sodišče izvajata sodni nadzor glede uporabe člena 28 Uredbe št. 236/2012.

93 — V opombi 14 zgoraj navedena sodba Sogelma proti EAR.

75. S tem priznavam, da Lizbonska pogodba jasno določa sistem za sodni nadzor nad zakoni in odločbami agencij, medtem ko je Pogodba bolj nedoločljiva glede razmejevanja pooblastil agencij.⁹⁴ To je zato, ker ni nobene navedbe agencij ne v členu 290 PDEU, ki določa prenos sprejemanja prava v zakonodajnih aktih na Komisijo, ne v členu 291 PDEU, ki podeljuje izvedbena pooblastila državam članicam, Komisiji in v nekaterih omejenih primerih Svetu. Pred Lizbonsko pogodbo je pojem „izvedbena pooblastila“ zajemal dve vrsti, čeprav različnih pooblastil. Vključevala so pooblastila za sprejemanje normativnih aktov, ki so spreminjala ali dopolnjevala osnovni zakonodajni akt, in pooblastilo za izvajanje ali izvrševanje zakonodajnega akta Unije ali katere od njegovih določb na ravni Unije.⁹⁵ Evropska konvencija⁹⁶ je podala jasno razmejitev teh dveh pojavov in je bila vključena v Pogodbo o Ustavi za Evropo.⁹⁷ Ta sprememba je bila na koncu vključena v Lizbonsko pogodbo v členih 290 PDEU in 291 PDEU.⁹⁸

76. Člen 290 PDEU v bistvu dopušča prenos pooblastil za sprejemanje predpisov, ki dopolnjujejo ali spreminjajo nekatere nebistvene elemente zakonodajnega akta.⁹⁹ Ta pooblastila je mogoče prenesti le na Komisijo. Z drugimi besedami, delegirani akt na podlagi člena 290 PDEU prenese na Komisijo pristojnost za izvajanje nebistvenih sprememb določenih zakonodajnih aktov in/ali pooblastilo za njihovo dopolnitev. Vendar pa člen 290 PDEU za prenos hkrati določa stroge pogoje, da se ohrani demokratična odgovornost pri sprejemanju prava Unije. V skladu s členom 290(1) PDEU se v ustreznih zakonodajnih aktih „izrecno opredelijo cilji, vsebina, področje uporabe in trajanje pooblastil“.¹⁰⁰

77. Cilj člena 291 PDEU o izvedbenih pooblastilih je drugačen. Prvič, določa temeljno pravilo, da je izvajanje prava Unije v pristojnosti držav članic. Drugič, za zagotavljanje izvajanja pravno zavezujočih ukrepov Unije na enotnejši način, kot bi bilo sicer mogoče, se lahko izvedbena pooblastila prenesejo na Komisijo ali na Svet pod nekaterimi omejevalnimi pogoji. Zato se lahko izvedbene pristojnosti izvršujejo na ravni Unije namesto na nacionalni ravni. Strinjam se s komentatorji, ki menijo, da je cilj izvedbenih pooblastil iz člena 291 PDEU omogočiti razglasitev normativne vsebine akta, ki se izvaja podrobneje, da se olajša njegova uporaba. To se znatno razlikuje od cilja ukrepov, sprejetih v skladu z naložitvijo iz člena 290 PDEU, ki je razbremeniti zakonodajalca Unije potrebe po spreminjanju ali dopolnjevanju nebistvenih elementov pravnega akta, hkrati pa ohraniti odločanje zakonodajalca o bistvenih elementih nekega področja.¹⁰¹

94 — Kot navajata Hofmann in Morini, *op. cit.*, str. 420.

95 — Piris, J.-C., *The Constitution for Europe. A legal Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, str. 73.

96 — Glej sklepno poročilo delovne skupine IX za poenostavitev z dne 29. novembra 2002, CONV 424/02, WG IX 13, str. od 10 do 12.

97 — Pogodba o Ustavi za Evropo (UL 2004, C 310, str. 1), člen I – 36 o delegiranih evropskih uredbah in člen I – 37 o izvedbenih aktih. Za podrobno analizo pravnih predpisov v skladu z Lizbonsko pogodbo glej Hofmann, H., *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, *European Law Journal* 15 (2009), str. od 482 do 505.

98 — Glej splošno Schwarze, J., *European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon*, *European Public Law* 18 (2012), str. od 285 do 304, na str. od 294 do 296; Peers, S. in Costa, M., *Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon*, *European Law Journal* 18 (2012), str. od 427 do 460, na str. od 439 do 460. Pred členoma 290 PDEU in 291 PDEU sta bila sprejeta člena 145 in 155 EGS ter člena 202 in 211 ES, ki pa nista razlikovala med prenosom normativnih pooblastil in izvajanjem v smislu izvrševanja.

99 — Glej splošno k členu 290 Blumann, C., *À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive: les ‘nouveaux’ actes délégués*, str. od 127 do 144, *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Pariz, 2010, str. od 127 do 144; Garzón, C., *Les actes délégués dans le système des sources du droit de l'Union Européenne*, *ERA Forum* 12 (2011), str. od 105 do 134.

100 — Sodišče je v sodbi z dne 5. septembra 2012 v zadevi Parlament proti Svetu (C-355/10, točke od 64 do 66) navedlo: „V skladu z ustaljeno sodno prakso mora bistvene določbe na zadevnem področju sprejeti zakonodajalec Unije [...]. Bistvena pravila zadevnega področja morajo biti sprejeta v temeljni ureditvi in ne morejo biti predmet prenosa pooblastila. [...] Zato določbe, katerih sprejetje zahteva politično odločitev, ki je v pristojnosti zakonodajalca Unije, ne morejo biti predmet takega prenosa pooblastila. [...] Iz tega sledi, da izvedbeni ukrepi ne morejo niti spremeniti bistvenih določb temeljne ureditve niti je dopolniti z novimi bistvenimi določbami.“

101 — Kröll, T.: *Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, zvezek 66, 2011, str. od 253 do 298, str. 284.

78. Res je, da ni vedno preprosto določiti meje med dopolnitvijo zakonodajnega akta z nebistvenimi elementi in zagotavljanjem podrobnejših izvedbenih pravil.¹⁰² Vendar kot je navedel neki filozof, „obstoje mejnih primerov ne pomeni, da ne obstajajo jasni pozitivni ali negativni primeri“.¹⁰³

79. Vendar se v nasprotju s trditvami iz tožbe za razglasitev ničnosti Združenega kraljestva izvedbeni ukrep v skladu s členom 291 PDEU ne more splošno uporabljati. Če se lahko, se šteje za regulativni akt v smislu člena 263, četrti odstavek, PDEU.¹⁰⁴ Ta sklep nujno izhaja iz dejstva, da je Lizbonska pogodba dodala sklicevanje na agencije v členu 277 PDEU, kar omogoča, kot je navedeno v pisnih stališčih Parlamenta, ugovor nezakonitosti v zvezi s „splošnimi“ akti. K temu bi dodal še sklicevanje na agencije v členu 267 PDEU o nadzoru nad veljavnostjo, ki se klasično nanaša na normativne akte.

80. Poleg tega imajo lahko izvedbeni ukrepi iz člena 291 PDEU obliko posameznih upravnih odločb.¹⁰⁵ Vendar so v skladu s členom 290 PDEU posamezne upravne odločbe očitno v celoti izključene. Zato se člena 290 PDEU in 291 PDEU prekrivata le v tem, da je mogoče v skladu z obema določbama sprejemati akte, ki so v skladu s členom 263, četrti odstavek, PDEU vsebinsko regulativni in ki imajo pravno obliko uredbe ali odločbe, ki se lahko splošno uporablja.

81. To kaže na to, da je PDEU drugače od prejšnjih pogodb uvedla jasno konceptualno razlikovanje med delegiranimi in izvedbenimi akti. V skladu s členom 290 PDEU so delegirani akti nezakonski (regulativni) akti, ki se splošno uporabljajo in jih sprejema Komisija za spreminjanje ali dopolnjevanje nebistvenih elementov zakonodajnega akta. Izvedbeni akti iz člena 291 PDEU so lahko bodisi regulativni akti bodisi posamezne upravne odločbe. Sprejemata jih lahko Komisija ali Svet za zagotavljanje enotnega izvajanja pravno zavezujočih aktov Unije. Poleg tega se zaradi obvezne navedbe pridevnikov „delegirani“ ali „izvedbeni“ v njunem naslovu obe vrsti izvršilnega akta zdaj formalno razlikujeta od instrumentov, ki se uporabljajo za sprejemanje zakonodajnih aktov.¹⁰⁶

82. To razlikovanje se kaže v Uredbi št. 236/2012, v kateri so v različnih poglavjih navedene delegirane pristojnosti in izvedbena pooblastila. V skladu s členom 44 (v Poglavju VIII) Uredbe št. 236/2012 se izvedbena pooblastila podelijo Komisiji, medtem ko se pooblastilo za sprejemanje delegiranih aktov prenese na Komisijo v skladu s členom 42 (v Poglavju VII) Uredbe št. 236/2012.¹⁰⁷

102 — Glede razmejitve med členoma 290 in 291 glej Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu Izvajanje člena 290 Pogodbe o delovanju Evropske unije, Bruselj, 9. decembra 2009, COM(2009) 673 final, točka 2.2. Glede povzetka sodne prakse Sodišča o izvedbenih pooblastilih glej točke od 26 do 29 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca P. Mengozzija v zadevi Evropski parlament proti Svetu (C-355/10).

103 — Körner, S., *Experience and Conduct. A Philosophical Enquiry into Practical Thinking*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980, str. 186.

104 — Glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott, predstavljene 17. januarja 2013 v zadevi Inuit Tapiriit Kantami in drugi proti Parlamentu in svetu (C-583/11 P), točka 56.

105 — Sodba z dne 23. februarja 2006 v zadevi Komisija proti Parlamentu in Svetu (C-122/04, ZOdl., str. I-2001), točka 37 in navedena sodna praksa. Glej tudi člen I-37(4) v opombi 97 zgoraj navedene Pogodbe o Ustavi za Evropo, v skladu s katerim se lahko izvedbeni akti Unije sprejemajo v obliki evropskih izvedbenih uredb ali evropskih izvedbenih sklepov.

106 — Lenaerts in van Nuffel, *op. cit.*, odstavek 17-006.

107 — Glej tudi uvodni izjavi 42 in 43 Uredbe št. 236/2012. Zanimivo je opozoriti na stališče Komisije, da „resno dvomi, ali so omejitve njene vloge pri sprejemanju delegiranih aktov in izvedbenih aktov [v sektorju finančnih storitev] v skladu s členoma 290 PDEU in 291 PDEU“. Glej Izjave Komisije, dopis o točki pod I/A, Svet Evropske unije, 10. novembra 2011, dokument Sveta št. 15649/10, Add 1.

4. Ustavne spremembe

83. Glavni ustavni pomislek v zvezi z delegiranimi akti iz člena 290 PDEU se nanaša na demokratično odgovornost.¹⁰⁸ Z drugimi besedami, koliko zakonodajnih pristojnosti je mogoče prenesti in kako lahko zakonodajalec nadzoruje izvajanje teh delegiranih pristojnosti? Nasprotno se osrednja ustavna točka v zvezi z izvedbenimi akti iz člena 291 PDEU nanaša na upoštevanje primarne pristojnosti držav članic glede izvajanja prava Unije ter na institucionalno ravnovesje med Svetom in Komisijo ob prevzemu izvedbenih nalog.

84. Po pojem mnenju je lahko le Komisija, tako kot je bilo navedeno v pisnih stališčih Komisije, prejemnica delegiranih pristojnosti iz člena 290 PDEU. To pomeni, da v tem okviru prepoved iz sodbe Romano, da bi se na agencije prenesla zakonodajna ali kvazizakonodajna pooblastila, ostaja veljavno pravo v smislu, da zakonodajalec Unije ne more prenesti svojih zakonodajnih pooblastil na agencijo in da bi bilo nezakonito, če bi Komisija pristojnosti, prenesene nanjo v skladu s členom 290 PDEU, prenesla naprej na agencijo.¹⁰⁹

85. Agencijam morajo biti nujno onemogočeni prenosi pooblastil iz člena 290 PDEU, ker izvajanje teh pooblastil spremeni normativno vsebino zakonodajnih aktov, čeprav glede njihovih nebstvenih elementov. Izključitev agencij in vseh drugih organov, ki so zunanji v razmerju do Komisije, prav tako izhaja iz besedila člena 290 PDEU. Poleg tega mehanizem, ki se nanaša na pogoje, ki jih lahko zakonodajalec določi za prenos v skladu s členom 290(2) PDEU, jasno izključuje agencije, ker ne morejo sodelovati v sistemu ravnovesja moči med institucijami (*checks and balances*). Načelo demokracije iz členov 2 in 10 PEU nujno določa, da lahko pristojnost za sprejemanje ukrepa Unije, ki lahko spremeni nebstvene elemente zakonodajnega akta Unije, izvrši institucija Unije, ki je demokratično odgovorna, ali drugače povedano, Komisija, ki je na koncu odgovorna Evropskemu parlamentu.¹¹⁰

86. Po drugi strani pa podobna omejitev ne velja za izvedbena pooblastila iz člena 291 PDEU. Seveda je res, da se člen 291 PDEU, tako kot člen 290 PDEU, ne sklicuje na agencije kot na subjekte, na katere je mogoče prenesti izvedbena pooblastila na ravni Unije. Ker pa se izvedbena pooblastila ne nanašajo na spreminjanje ali dopolnjevanje zakonodajnih aktov z novimi elementi, menim, da temeljna ustavna načela zakonodajalcu ne preprečujejo, da bi te pristojnosti prenesel na agencije kot vmesno rešitev med tem, da izvedbeno pristojnost podeli bodisi Komisiji bodisi Svetu, in tem, da jo prepusti državam članicam.

87. Ta postopek je lahko posebej primeren, če so potrebne zapletene tehnične presoje za izvajanje akta Unije. Kot je navedeno v pisnih stališčih Parlamenta, je podelitev takih pooblastil agencijam vedno odstopala od splošnih načel o izvajanju v Pogodbi. To je področje, na katerem imajo agencije že dolgo pomembno funkcijo, za kakršno koli spremembo pa bi morala Lizbonska pogodba posebej določati njegovo ukinitve. Kot sem že pojasnil, zdaj več določb Pogodbe implicitno priznava možnost, da agencije sprejemajo odločitve, pravno zavezujoče za tretje osebe. Tako je na primer težko predvidevati, kakšne bi bile odločitve organov, uradov ali agencij iz točke (b) prvega odstavka člena 267 PDEU, če zakonodajalec tem subjektom ne bi mogel podeliti izvedbenih pooblastil.

108 — Za primere zadev, v katerih je Sodišče odločalo o vprašanih institucionalnega ravnovesja in pristojnosti s sklicevanjem na varovanje načela demokracije, glej sodbe z dne 29. oktobra 1980 v zadevi Roquette Frères proti Svetu (C-138/79, Recueil, str. 3333); z dne 23. aprila 1986 v zadevi Les Verts proti Parlamentu (C-294/83, Recueil, str. 1339) in z dne 4. oktobra 1991 v zadevi Parlament proti Svetu (C-70/88, Recueil, str. I-2041) ter v opombi 80 zgoraj navedeno sodbo Titanov dioksid. Pred sodiščem prve stopnje glej sodbo z dne 17. junija 1998 v zadevi UEAPME proti Svetu (T-135/96, Recueil, str. II-2335).

109 — Prav tako je bilo ugotovljeno, da postopki komitologije niso upoštevni za izvajanje pristojnosti iz člena 290 PDEU. Glej Piris, J. C. Les articles 290 et 291 du TFUE: Les compétences „délégées“ ou „conférées“ à la Commission par le législateur. Les actes délégués et les actes d'exécution, Publications de Congrès, FIDE XXIII 2008-2009, str. od 247 do 251.

110 — Glej člen 17(8) PEU.

88. Kot je poudarjeno v pisnih stališčih Komisije, sodna praksa Meroni ostaja upoštevana v okviru prenosa izvedbenih pooblastil na agencijo. Natančneje, sodba Meroni ostaja upoštevana, ker (i) na agencijo ni mogoče prenesti pooblastil, ki se razlikujejo od izvedbenih pooblastil, ki jih je zakonodajalec Unije prenesel na organ, ki prenese pooblastila, to pomeni na Komisijo ali Svet, in ker (ii) morajo biti prenesena pooblastila dovolj dobro opredeljena, da se prepreči samovoljno izvajanje pooblastil. Z drugimi besedami, delegirani akt mora zagotoviti dovolj jasna merila, da je mogoče izvedbeno pooblastilo sodno preveriti. Organ, ki prenese pooblastila, „mora sprejeti izrecno odločitev o njihovem prenosu, prenos pa lahko zajema le natančno določena izvedbena pooblastila“.¹¹¹

5. Uporaba teh splošnih načel pri obravnavani zadevi.

89. Temeljno ustavno načelo, zdaj izraženo v drugem pododstavku člena 290(1) PDEU, v skladu s katerim so bistveni elementi posameznega področja predmet zakonodajnega akta, omejuje ne le področje uporabe delegiranih aktov, ampak tudi izvedbenih aktov. To načelo je bilo očitno navedeno v členu 28 Uredbe št. 236/2012. V nasprotnem primeru člen 290 PDEU ni upošteven pri presojanju združljivosti pooblastil ESME iz člena 28 Uredbe št. 236/2012 z ustavnim pravom Unije. Kot je bilo poudarjeno v pisnih stališčih Komisije, člen 28 Uredbe št. 236/2012 ne daje pristojnosti ESMI, da dopolnjuje ali spreminja določbe te uredbe. Če pa bi ji, bi bil prenos pooblastil te vrste na ESMO kot agencijo iz razlogov, ki sem jih pojasnil zgoraj, zagotovo nezakonit.

90. Vendar pa člen 28 Uredbe št. 236/2012 tudi ne določa, da se na agencijo nadalje prenesejo izvajalska pooblastila iz člena 291 PDEU, ki so bila prej prenesena na Komisijo ali Svet. Povedano drugače, pooblastila ESME iz člena 28 Uredbe št. 236/2012 nanj niso bila prenesena v skladu z „izvedbenim“ aktom iz člena 291(4) PDEU, ki ga je sprejela Komisija ali Svet, ampak je prenos opravil neposredno zakonodajalec Unije z zakonodajnim aktom v skladu s členom 289(3) PDEU.

91. To razlikovanje je pomembno, ker za prenos pooblastil sam po sebi, ki ga izvede zakonodajalec, ne morejo veljati omejitve, določene v sodbi Meroni. Zakonodajalec Unije namreč pri podeljevanju pooblastil institucijam, zastopnikom ali drugim organom Unije ne deluje kot „organ, ki prenese pooblastila“ v smislu sodbe Meroni, ampak kot ustavni akter, ki izvaja lastno zakonodajno pristojnost, ki mu je bila podeljena z višjo ustavno listino, tj. Lizbonsko pogodbo. Izvršilna in sodna pooblastila, ki jih lahko zakonodajalec Unije podeli institucijam ali organom, se vsebinsko razlikujejo od njegovih lastnih pooblastil. V skladu s členom 257, prvi odstavek, PDEU lahko na primer Evropski parlament in Svet ustanovita specializirana sodišča. Vendar se samo po sebi razume, da zanje nikakor ni mogoče šteti, da imajo sodna pooblastila, ki jih lahko nato prenesejo na druge organe. Specializirana sodišča morajo biti zgolj ustanovljena na ustrezni pravni podlagi, kot določa Lizbonska pogodba.

92. Vendar po mojem mnenju načelo, prvič navedeno v sodbi Meroni, glede prepovedi prenosa čezmerno širokih in/ali samovoljnih izvedbenih pooblastil, ostaja upošteveno za presojo zakonitosti člena 28 Uredbe št. 236/2012 v skladu z ustavnim pravom Unije. Zakonodajalec Evropske unije ESMI ne more podeliti pristojnosti za sprejemanje izvedbenih ukrepov, ki bi kršili to načelo, ker bo izvedbeno pooblastilo veljavno podeljeno le, če je dovolj specifično, in sicer mora jasno določati meje prenesenega pooblastila. V nasprotnem primeru bi institucionalno ravnovesje in možnost učinkovitega sodnega nadzora nad izvedbenimi pooblastili ne bila zagotovljena.¹¹²

111 — Sodba z dne 26. maja 2005 v zadevi Tralli proti ECB (C-301/02 P, ZOdl., str. I-4071), točka 43, v kateri je navedena sodba Meroni.

112 — Sodba z dne 5. julija 1988 v zadevi Central-Import Münster, 291/86, Recueil, str. 3679, točka 13; sodba Tralli, točka 43.

93. ESMA prav tako ne more biti pristojen za sprejemanje političnih odločitev.¹¹³ Tako bi na primer zakonodajna določba, ki pooblašča izvedbeni organ na ravni Unije, da „po potrebi“ prepove prodajo na kratko, pomenila neustavni prenos čezmernih izvedbenih pooblastil, ne glede na to, ali so bila prenesena na Komisijo ali agencijo.¹¹⁴ To odseva splošno načelo primarne vloge demokratičnega zakonodajalca, navedene v ustavah več držav članic in v členu 290 PDEU, ki določa, da zakonodaja ne sme biti tako nejasna ali nedoločena, da bi bilo treba v izvedbeni fazi sprejemati bistvene politične odločitve ali vrednostne sodbe.

94. Strinjam se s stališčem francoske vlade na obravnavi, da ukrepi, za katere je v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 ESMA pooblaščen in jih je dolžan sprejeti, vključujejo izvajanje (izvršitev). Na to ugotovitev ne vpliva okoliščina, da mora ESMA pri uporabi člena 28 Uredbe št. 236/2012 morebiti opraviti zapleteno presojo dejstev ali uporabiti semantično nejasne pojme, kot so „resno“, „pravilno“ in „integriteta finančnih trgov“, kot določa člen 24(3) Delegirane uredbe Komisije št. 918/2012. Vprašanje je, ali se v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 podelijo dovolj jasno opredeljena izvedbena pooblastila. Kot sem navedel v točkah od 41 do 43 zgoraj, je bilo izvajanje teh pooblastil podeljeno na različne natančne in opredeljene načine.

95. Člen 28 Uredbe št. 236/2012 ESMO obvezuje, da sprejme nekatere ukrepe pod določenimi pogoji, navedenimi v tem členu, katerega pomen je podrobneje opisan v členu 24(3) Delegirane uredbe Komisije št. 918/2012. Člen 28 Uredbe št. 236/2012 prav tako izrecno opredeljuje vsebino ukrepov, postopek za njihovo sprejetje in njihov časovni učinek. Ti ukrepi so namenjeni bodisi fizičnim bodisi pravnim osebam, ki imajo določene neto kratke pozicije v nekem finančnem instrumentu ali finančnih instrumentih ali ki nameravajo opraviti prodajo na kratko finančnega instrumenta.

96. V skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 je zato ESMA dolžan sprejeti ukrepe v omejenih okoliščinah glede posameznih finančnih instrumentov ali – po potrebi – kategorij finančnih instrumentov. Ukrepi, sprejeti v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012, bi se običajno nanašali na abstraktno kategorijo oseb, in ko bi se izvedli, bi pomenili upravno odločbo, ki se splošno uporablja.

97. Uredba št. 236/2012, zlasti člen 28, izhaja iz osnovne politične odločitve zakonodajalca, tako da je pod običajnimi pogoji prodaja na kratko koristna, vendar lahko v opredeljenih izjemnih razmerah pomeni ogroženost pravilnega delovanja notranjega trga. Sprejeta je bila tudi politična odločitev, da je treba to ogroženost obvladovati, po potrebi z ukrepi, sprejetimi na ravni Unije. Bistvene vrednostne sodbe, ki so podlaga členu 28 Uredbe št. 236/2012, je sprejel zakonodajalec Unije in niso bile prepuščene ESMI.

98. V skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012 in členom 24(3) Delegirane uredbe Komisije št. 918/2012 ESMA poleg tega v izjemni okoliščini nima diskrecijske pravice pri odločitvi, ali bo ukrepal ali ne. ESMA je dolžan ukrepati.

99. Nazadnje, medtem ko uporaba meril in pogojev iz člena 28 Uredbe št. 236/2012 zahteva zapleteno presojo dejstev, je bil ESMA ustanovljen prav s tem namenom. ESMA je sestavljena struktura, ki združuje nacionalne strokovne ustanove, ki se morajo posvetovati z ESRB. Menim, da je potrebnost teh tehnično zahtevnih presoj objektivne in nepolitične podlage argument v podporo prenosu zadevnih pooblastil na strokovno agencijo, in ne na Komisijo.

113 — Sodba z dne 5. septembra 2012 v zadevi Parlament proti Svetu (C-355/10, točka 65), v kateri je Sodišče navedlo, da „določbe, katerih sprejetje zahteva politično odločitev, ki je v pristojnosti zakonodajalca Unije, ne morejo biti predmet takega prenosa pooblastila“. Sodišče je v nasprotju z generalnim pravobranilcem vzpostavilo povezavo med elementi, ki so bistveni, in tistimi, ki vključujejo politično odločitev. Glej Chamon, M., How the concept of essential elements of a legislative act continues to elude the Court, Common Market Law Review 50 (2013), str. od 849 do 860, str. 854.

114 — Izvedbe programa Unije dejansko ni mogoče prenesti na izvajalsko agencijo, če bi to vključevalo „diskrecijsko pravico za uresničevanje političnih odločitev“. Glej uvodno izjavo 5 Uredbe št. 58/2003 in člen 6(1) Uredbe št. 58/2003.

100. V nasprotju s trditvami Združenega kraljestva na obravnavi možnost nestrinjanja med strokovnjaki glede vprašanja ne pomeni nujno obstoja subjektivnih presoj ali neomejene diskrecijske pravice v katerem koli pravno pomembnem smislu. Ni neobičajno, če strokovnjaki in tudi sodniki niso enakega mnenja. Objektivnost je dejansko odvisna od postopkovnih jamstev, ki zagotavljajo, da nosilci odločitev po posvetovanju z ustreznimi akterji svoje presoje utemeljijo na široki dejanski osnovi in premišljeni metodologiji. Te zahteve so izražene v členu 28 Uredbe št. 236/2012.

101. Če bi Sodišče menilo, da je treba odločiti o usklajenosti člena 28 Uredbe št. 236/2012 s pravili ustavnega prava o pooblastilih, ki jih zakonodajalec Unije neposredno prenese na agencijo (v tem primeru na ESMO), bi po mojem mnenju morale ugotoviti, da so bile zahteve iz člena 291 PDEU in splošna ustavna načela, ki urejajo prenos izvedbenih pooblastil, v celoti upoštevani.

IV – Predlog

102. Ugotavljam, da bi bilo treba prvemu tožbenemu razlogu Združenega kraljestva ugoditi in razglasiti ničnost člena 28 Uredbe št. 236/2012, ker člen 114 PDEU ni bil ustrezna pravna podlaga, vendar menim, da bi bilo treba drugi tožbeni razlog Združenega kraljestva o stroških zavrniti. Združeno kraljestvo ni uspelo v prvih treh tožbenih razlogih, ki jih je uveljavljalo, da so pooblastila, podeljena ESMI v skladu s členom 28 Uredbe št. 236/2012, kršila sodno prakso Romano in Meroni. Zato bi morala v skladu s členom 138(3) Poslovnika Sodišča vsaka stranka nositi svoje stroške.

103. Zato Sodišču predlagam, naj razglasi ničnost člena 28 Uredbe (EU) št. 236/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. marca 2012 o prodaji na kratko in določenih vidikih poslov kreditnih zamenjav ter da naj vsaka stranka nosi svoje stroške.