



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MICHALA BOBKA,
predstavljeni 15. aprila 2021¹

Zadeva C-911/19

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložil Conseil d'État (državni svet, Francija))

„Predhodno odločanje – Bančno pravo – Smernice o nadzoru in ureditvi upravljanja bančnih produktov, ki jih je izdal Evropski bančni organ – Mehko pravo – Nezavezujoči akti Unije, ki imajo pravne učinke – Izvajanje s strani držav članic – Sodni nadzor – Razmerje med členoma 263 in 267 PDEU – Neobstoj pooblastila Evropskega bančnega organa“

I. Uvod

1. Kot je navedeno v Igrih prestolov, „kar je mrtvo, ne more umreti“. Zato, razen morda belih hodcev, tistega, kar je mrtvo, tudi ni mogoče ubiti. Toda ali lahko Sodišče s predhodno odločbo razglasi za nično (oziroma razglasi za neveljavno) nekaj, kar nikoli ni bilo živo (oziroma nikoli ni obstajalo kot zavezujoči akt prava Unije)? Podredno, ali lahko Sodišče poda (zavezujočo) razlago nezavezujočega akta Unije?
2. Evropski bančni organ (v nadaljevanju: EBA) je leta 2017 izdal Smernice o nadzoru in ureditvi upravljanja bančnih produktov.² Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (organ za bonitetni nadzor in reševanje bank, Francija) (v nadaljevanju: ACPR) je nato v mnenju izjavil, da bo upošteval te smernice, s čimer so se začele uporabljati za vse finančne institucije pod njegovim nadzorom. Fédération bancaire française (francosko združenje bank, v nadaljevanju: FBF) je pred predložitvenim sodiščem predlagalo razglasitev ničnosti tega mnenja, pri čemer je trdilo, da EBA ni pristojen za sprejetje navedenih smernic.
3. Obravnavana zadeva je večplastna. Na eni strani gre za vprašanje, ali je EBA s sprejetjem izpodbijanih smernic presegel pristojnosti, ki so mu podeljene z Uredbo št. 1093/2010.³ Toda ne glede na to, kako zapleteno je krmariti skozi gosto mrežo precej tehnične sekundarne zakonodaje, je to v resnici lažje vprašanje.

¹ Jezik izvornika: angleščina.

² Smernice z dne 22. marca 2016 (EBA/GL/2015/18).

³ Uredba 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 2010, L 331, str. 12).

4. Veliko bolj zapletena vprašanja se pojavijo šele v naslednjem koraku: kakšne posledice bi takšna ugotovitev nepristojnosti v zvezi z nezavezujočim ukrepom (ali ukrepom mehkega prava) imela v okviru postopka predhodnega odločanja? Ali lahko Sodišče ugotovi neveljavnost akta, ki ni zavezujoč? Ali je s sistemskega vidika možna popolna nepovezanost med postopki iz člena 263 PDEU in postopki iz člena 267 PDEU, glede nezavezujočih aktov? Kako je mogoče uskladiti sodbe Sodišča Grimaldi⁴, Foto-Frost⁵ in Belgija/Komisija⁶ v zvezi s pravnimi instrumenti mehkega prava? Ali so lahko nezavezujoči akti Unije predmet nadzora Sodišča na podlagi člena 267 PDEU, kot izhaja iz sodbe Grimaldi, medtem ko njihov (neposredni) sodni nadzor na podlagi člena 263 PDEU ni mogoč, kot je bilo nazadnje potrjeno v sodbi Belgija/Komisija?

5. Nazadnje, a precej pomembno, vsa ta vprašanja se postavljajo v posebnem okviru, v katerem nacionalno pravo v primerjavi z ravnijsko Unije omogoča, kot se zdi, veliko bolj odprt dostop do neposrednega sodnega nadzora nad ukrepi mehkega prava, vključno z nacionalnimi akti, s katerimi se „izvajajo“ nezavezujoči akti prava Unije. V zvezi s tem se postavlja vprašanje, ali imajo nacionalna sodišča ob upoštevanju sodbe Foto-Frost obveznost predložitve tudi vprašanj o veljavnosti nezavezujočih aktov Unije. Ali pa bi nacionalno sodišče lahko preprosto samo razglasilo ničnost nacionalnega izvedbenega ukrepa, saj je tisto, kar (v resnici) ni zavezujoče, zagotovo mogoče prezreti.

II. Pravni okvir

A. Pravo EU

1. Uredba št. 1093/2010

6. S členom 1 Uredbe št. 1093/2010 se ustanavlja Evropski bančni organ. V različici, ki je veljala ob sprejetju izpodbijanih smernic, je bil obseg delovanja EBA določen tako:

„2. [EBA] deluje v okviru pooblastil, podeljenih s to uredbo, ter v okviru področja uporabe Direktive 2002/87/ES,^[7] Direktive 2009/110/ES,^[8] Uredbe (EU) št. 575/2013 Evropskega parlamenta in Sveta,^[9] Direktive 2013/36/EU Evropskega parlamenta in Sveta,^[10] Direktive 2014/49/EU Evropskega parlamenta in Sveta,^[11] Uredbe (EU) 2015/847 Evropskega parlamenta in

⁴ Sodba z dne 13. decembra 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646; v nadaljevanju: Grimaldi).

⁵ Sodba z dne 22. oktobra 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452; v nadaljevanju: Foto-Frost).

⁶ Sodba z dne 20. februarja 2018, Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2018:79; v nadaljevanju: Belgija/Komisija).

⁷ Direktiva 2002/87/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. decembra 2002 o dopolnilnem nadzoru kreditnih institucij, zavarovalnic in investicijskih družb v finančnem konglomeratu, ki spreminja direktive Sveta 73/239/EGS, 79/267/EGS, 92/49/EGS, 92/96/EGS, 93/6/EGS in 93/22/EGS ter direktivi 98/78/ES in 2000/12/ES Evropskega parlamenta in Sveta (UL 2003, L 35, str. 1).

⁸ Direktiva 2009/110/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti ter nadzoru skrbnega in varnega poslovanja institucij za izdajo elektronskega denarja ter o spremembah direktiv 2005/60/ES in 2006/48/ES in razveljavitvi Direktive 2000/46/ES (UL 2009, L 267, str. 7).

⁹ Uredba z dne 26. junija 2013 o bonitetnih zahtevah za kreditne institucije in investicijska podjetja ter o spremembi Uredbe (EU) št. 648/2012 (UL 2013, L 176, str. 1).

¹⁰ Direktiva z dne 26. junija 2013 o dostopu do dejavnosti kreditnih institucij in bonitetnem nadzoru kreditnih institucij in investicijskih podjetij, spremembi Direktive 2002/87/ES in razveljavitvi direktiv 2006/48/ES in 2006/49/ES (UL 2013, L 176, str. 338).

¹¹ Direktiva z dne 16. aprila 2014 o sistemih jamstva za vloge (UL 2014, L 173, str. 149).

Sveta, [12] Direktive (EU) 2015/2366 Evropskega parlamenta in Sveta[13] in, kadar se ti akti uporabljajo za kreditne in finančne institucije ter pristojne organe, ki jih nadzorujejo, v okviru ustreznih delov Direktive 2002/65/ES[14] in Direktive (EU) 2015/849 Evropskega parlamenta in Sveta,[15] vključno z vsemi direktivami, uredbami in sklepi, ki temeljijo na teh aktih, ter v okviru vsakega drugega pravno zavezujočega akta Unije, ki na [EBA] prenaša naloge. [EBA] deluje tudi v skladu z Uredbo Sveta (EU) št. 1024/2013[16].

3. [EBA] deluje tudi na področju dejavnosti kreditnih institucij, finančnih konglomeratov, investicijskih družb, plačilnih institucij in institucij elektronskega denarja v zvezi z vprašanji, ki jih ne zajemajo neposredno akti iz odstavka 2, vključno na področju upravljanja podjetij, revizij in računovodskega poročanja, pod pogojem, da je tovrstno ukrepanje [EBA] nujno za zagotovitev učinkovite in dosledne uporabe navedenih aktov.

[...]

5. Cilj [EBA] je varovati javne interese s prispevanjem h kratko-, srednje- in dolgoročni stabilnosti in učinkovitosti finančnega sistema v korist gospodarstva Unije, njenih državljanov in podjetij. [EBA] prispeva k:

- (a) izboljšanju delovanja notranjega trga, kar zajema zlasti smotrno, učinkovito in usklajeno stopnjo ureditve in nadzora,
- (b) zagotovitvi integritete, preglednosti, učinkovitosti in pravnega delovanja finančnih trgov,
- (c) krepitvi mednarodnega usklajevanja pri nadzoru,
- (d) preprečevanju regulativne arbitraže in spodbujanju enakih konkurenčnih pogojev,
- (e) zagotavljanju, da so najemanje kreditov in druga tveganja ustrezno urejena in nadzorovana, ter
- (f) okrepitvi varstva potrošnikov.

V ta namen [EBA] prispeva k dosledni, uspešni in učinkoviti uporabi aktov iz odstavka 2, spodbuja zblíževanje nadzora, pripravi mnenja za Evropski parlament, Svet in Komisijo ter opravlja ekonomske analize trgov, da bi spodbudil uresničevanje ciljev [EBA].“

¹² Uredba z dne 20. maja 2015 o informacijah, ki spremljajo prenose sredstev, in razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1781/2006 (UL 2015, L 141, str. 1).

¹³ Direktiva z dne 25. novembra 2015 o plačilnih storitvah na notranjem trgu, spremembah direktiv 2002/65/ES, 2009/110/ES ter 2013/36/EU in Uredbe (EU) št. 1093/2010 ter razveljavitvi Direktive 2007/64/ES (UL 2015, L 337, str. 35).

¹⁴ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. septembra 2002 o trženju finančnih storitev potrošnikom na daljavo in o spremembi Direktive Sveta 90/619/EGS ter direktiv 97/7/ES in 98/27/ES (UL 2002, L 271, str. 16).

¹⁵ Direktiva z dne 20. maja 2015 o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja ali financiranje terorizma, spremembi Uredbe (EU) št. 648/2012 Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive 2005/60/ES Evropskega parlamenta in Sveta in Direktive Komisije 2006/70/ES (UL 2015, L 141, str. 73).

¹⁶ Uredba z dne 15. oktobra 2013 o prenosu posebnih nalog, ki se nanašajo na politike bonitetnega nadzora kreditnih institucij, na Evropsko centralno banko (UL 2013, L 287, str. 63).

7. Člen 8 te uredbe, naslovljen „Naloge in pooblastila [EBA]“, določa:

„1. [EBA] ima naslednje naloge:

(a) prispeva k oblikovanju visoko kakovostnih skupnih regulativnih in nadzornih standardov in praks, zlasti s pripravo mnenj za institucije Unije ter z oblikovanjem smernic, priporočil, osnutkov regulativnih in izvedbenih tehničnih standardov in drugih predpisov, ki temeljijo na zakonodajnih aktih Unije iz člena 1(2);

[...]

(b) prispeva k dosledni uporabi pravno zavezujočih aktov Unije, zlasti s prizadevanjem za skupno kulturo na področju nadzora, zagotavljanjem usklajene, uspešne in učinkovite uporabe aktov iz člena 1(2), preprečevanjem regulativne arbitraže, posredovanjem in reševanjem sporov med pristojnimi organi, zagotavljanjem učinkovitega in skladnega nadzora nad finančnimi institucijami, zagotavljanjem skladnega delovanja kolegijev nadzornikov in sprejemanjem ukrepov, med drugim tudi v izrednih razmerah;

[...]

2. [EBA] ima za izpolnjevanje nalog iz odstavka 1 pooblastila, določena v tej uredbi, zlasti pa za:

[...]

(c) izdajanje smernic in priporočil, kakor je določeno v členu 16;

[...]“.

8. Člen 9 Uredbe št. 1093/2010, naslovljen „Naloge glede varstva potrošnikov in finančnih dejavnosti“, določa:

„1. [EBA] na trgu za potrošniške finančne proizvode in storitve prevzame vodilno vlogo pri spodbujanju preglednosti, enostavnosti in pravičnosti na vsem notranjem trgu, med drugim:

(a) z zbiranjem, analiziranjem in poročanjem o potrošniških trendih;

(b) s pregledovanjem in usklajevanjem pobud za finančno opismenjevanje in izobraževanje s strani pristojnih organov;

(c) z razvojem standardov usposabljanja v panogi in

(d) s prispevanjem k razvoju skupnih pravil o razkritju.

2. [EBA] nadzoruje nove in obstoječe finančne dejavnosti ter lahko sprejme smernice in priporočila za spodbujanje varnosti in trdnosti trgov ter za približevanje regulativnih praks.

[...]“.

9. Člen 16 te uredbe, naslovljen „Smernice in priporočila“, določa:

„1. Za vzpostavitev doslednih, uspešnih in učinkovitih nadzornih praks v okviru [European System of Financial Supervision (ESFS)] ter zagotovitev skupne, enotne in usklajene uporabe prava Unije [EBA] izdaja smernice in priporočila, naslovljena na pristojne organe ali finančne institucije.

2. [EBA] po potrebi izvede odprta javna posvetovanja o smernicah in priporočilih ter analizira s tem povezane morebitne stroške in koristi. Takšna posvetovanja in analize so sorazmerni glede na obseg, naravo in učinek smernic ali priporočil. [EBA] lahko po potrebi tudi zaprosi za mnenje ali nasvet interesno skupino za bančništvo iz člena 37.

3. Pristojni organi in finančne institucije si na vsak način prizadevajo za spoštovanje teh smernic in priporočil.

Vsak pristojni organ v dveh mesecih po izdaji smernic ali priporočil potrdi, ali ravna ali namerava ravnati v skladu z njimi. Če jih ne upošteva ali ne namerava upoštevati, o tem obvesti [EBA] in navede razloge za to odločitev.

[EBA] dejstvo, da pristojni organ ne upošteva ali ne namerava upoštevati teh smernic ali priporočil, objavi. [EBA] se lahko tudi za vsak primer posebej odloči za objavo razlogov, ki jih je pristojni organ navedel v zvezi z neupoštevanjem te smernice ali priporočila. Pristojni organ je o takšni objavi vnaprej obveščen.

Če smernica ali priporočilo to zahteva, finančne institucije jasno in podrobno poročajo o tem, ali to smernico oz. priporočilo izpolnjujejo.

[...]“.

2. Smernice EBA

10. V skladu z oddelkom 1, točka 1, Smernic EBA o nadzoru in ureditvi upravljanja bančnih produktov ta „dokument vsebuje smernice, izdane v skladu s členom 16 Uredbe (EU) št. 1093/2010. V skladu s členom 16(3) Uredbe (EU) št. 1093/2010 si morajo pristojni organi in finančne institucije na vsak način prizadevati za upoštevanje smernic.“

11. V točki 2 Smernic EBA je navedeno:

„V smernicah je predstavljeno stališče organa EBA o ustreznih nadzorniških praksah v Evropskem sistemu finančnega nadzora in o tem, kako bi bilo treba zakonodajo Unije uporabljati na določenem področju. Pristojni organi iz člena 4(2) Uredbe (EU) št. 1093/2010, za katere smernice veljajo, bi jih morali upoštevati tako, da jih ustrezno vključijo v svoje prakse (npr. s spremembo svojega pravnega okvira ali nadzorniških postopkov), tudi če so smernice namenjene predvsem institucijam.“

12. V točki 3 Smernic je pod naslovom „Dolžnost poročanja“ navedeno:

„Pristojni organi morajo v skladu s členom 16(3) Uredbe (EU) št. 1093/2010 do 23.05.2016 organ EBA uradno obvestiti, ali ravnajo oziroma ali nameravajo ravnati v skladu s temi smernicami, ali pa mu sporočiti razloge za njihovo neupoštevanje. Če pristojni organi do tega roka ne bodo poslali uradnega obvestila, bo organ EBA štel, da jih ne upoštevajo [...]“.

13. Točka 5 začenja oddelek 2 Smernic EBA z opredelitvijo predmeta urejanja:

„Te smernice obravnavajo vzpostavitev nadzora nad produkti in ureditev upravljanja za proizvajalce in distributerje kot sestavnega dela splošnih organizacijskih zahtev, povezanih s sistemi notranjih kontrol v podjetjih. Nanašajo se na notranje procese, funkcije in strategije, katerih namen je oblikovanje produktov, njihovo dajanje na trg in pregledovanje v življenjskem ciklu. Z njimi se vzpostavljajo postopki, pomembni za izpolnjevanje interesov, ciljev in značilnosti ciljnega trga. Vendar pa te smernice ne obravnavajo vprašanja primernosti produktov za posamezne potrošnike.“

14. V točki 6 Smernic je opredeljeno njihovo področje uporabe:

„Te smernice se uporabljajo za proizvajalce in distributerje produktov, ki se ponujajo in prodajajo potrošnikom, ter določajo nadzor nad produkti in ureditev upravljanja glede na:

- člen 74(1) Direktive 2013/36/EU (direktiva o kapitalskih zahtevah, v nadaljnjem besedilu: direktiva CRD IV), člen 10(4) Direktive 2007/64/ES [¹⁷] (direktiva o plačilnih storitvah, v nadaljnjem besedilu: direktiva PSD) in člen 3(1) Direktive 2009/110/ES (direktiva o e-denarju, v nadaljnjem besedilu: direktiva EMD) v povezavi s členom 10(4) direktive PSD, ter
- člen 7(1) Direktive 2014/17/EU [¹⁸] (direktiva o potrošniških kreditnih pogodbah za stanovanjske nepremičnine ali direktiva o hipotekarnih kreditih, v nadaljnjem besedilu: direktiva MCD).“

15. V točki 7 Smernic je navedeno:

„Pristojni organi bodo te smernice morda želeli uporabiti za druge subjekte v svoji pristojnosti, ki ne spadajo v področje uporabe navedenih zakonodajnih aktov, za katere pa imajo pristojnosti za nadzor. Zlasti jih bodo morda želeli uporabiti za posrednike, ki niso kreditni posredniki v skladu z direktivo MCD, kot so posredniki pri potrošniških kreditih.“

16. V točki 8 Smernic je navedeno:

„Pristojni organi bodo enako varstvo, kot je določeno v teh smernicah, morda želeli razširiti na osebe, ki niso potrošniki, kot so mikropodjetja ter mala in srednja podjetja (MSP).“

¹⁷ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o plačilnih storitvah na notranjem trgu in o spremembah direktiv 97/7/ES, 2002/65/ES, 2005/60/ES in 2006/48/ES ter o razveljavitvi Direktive 97/5/ES (UL 2007, L 319, p. 1).

¹⁸ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. februarja 2014 o potrošniških kreditnih pogodbah za stanovanjske nepremičnine in spremembi direktiv 2008/48/ES in 2013/36/EU ter Uredbe (EU) št. 1093/2010 (UL 2014, L 60, str. 34).

17. V točki 11 Smernic je navedeno:

„Te smernice so naslovljene na pristojne organe, kot so opredeljeni v členu 4(2) Uredbe (EU) št. 1093/2010, in finančne institucije, kot so opredeljene v členu 4(1) Uredbe (EU) št. 1093/2010 (v nadaljnjem besedilu: uredba o EBA).“

18. S točko 16, naslovljeno „Datum začetka uporabe“, se končujejo „uvodni“ oddelki od 1 do 3. V tej točki je navedeno, da se „[t]e smernice [...] začnejo uporabljati 3. januarja 2017“.

19. Smernice v pravem pomenu besede so vsebovane v naslednjih dveh oddelkih: oddelku 4, ki se nanaša na „[n]adzor in ureditev upravljanja bančnih produktov“, in oddelku 5, ki se nanaša na „[n]adzor in ureditev upravljanja bančnih produktov za distributerje“. Oba oddelka skupaj vsebujeta 12 smernic, pri čemer jih je večina dodatno razdeljena na pravila.

B. Nacionalno pravo

20. Mnenje organa za bonitetni nadzor in reševanje bank z dne 8. septembra 2017, naslovljeno „Izvajanje Smernic Evropskega bančnega organa o nadzoru in ureditvi upravljanja bančnih produktov (EBA/GL/2015/18)“, določa:

„Organ za bonitetni nadzor in reševanje bank (ACPR) izjavlja, da upošteva Smernice Evropskega bančnega organa o nadzoru in ureditvi upravljanja bančnih produktov (EBA/GL/2015/18), priložene temu mnenju.

Te smernice se uporabljajo za kreditne institucije, plačilne institucije in institucije za izdajo elektronskega denarja pod nadzorom ACPR, ki si morajo v skladu s členom 16 Uredbe (EU) št. 1093/2010 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o ustanovitvi Evropskega bančnega organa po svojih najboljših močeh prizadevati za njihovo upoštevanje in v skladu s točko 14 Smernic zagotoviti, da jih upoštevajo njihovi distributerji.“

III. Dejansko stanje, nacionalni postopek in vprašanja za predhodno odločanje

21. EBA je 22. marca 2016 na podlagi člena 16 Uredbe št. 1093/2010 sprejel Smernice o nadzoru in ureditvi upravljanja bančnih produktov. Smernice so naslovljene na pristojne organe in finančne institucije.

22. ACPR je 8. septembra 2017 kot francoski nadzorni organ, pristojen za to področje, na svoji spletni strani objavil mnenje. V tem mnenju je ACPR izjavil, da upošteva te smernice. Pojasnil je tudi, da se Smernice uporabljajo za kreditne institucije, plačilne institucije in institucije za izdajo elektronskega denarja, ki so pod njegovim nadzorom, ki naj bi morale storiti vse, kar je v njihovih močeh, da bi jih upoštevale, in zagotoviti, da jih upoštevajo tudi njihovi distributerji.

23. Združenje FBF je 8. novembra 2017 pri Conseil d'État (državni svet, Francija), predložitvenem sodišču, vložilo tožbo za razglasitev ničnosti mnenja ACPR. FBF trdi, da Smernice EBA, ki se uporabljajo na podlagi mnenja, niso veljavne, ker EBA ni pristojen za izdajo takih smernic.

24. Predložitveno sodišče dvomi o dopustnosti in utemeljenosti tožbenega razloga, ki se nanaša na neveljavnost izpodbijanih smernic.

25. Predložitveno sodišče meni, da je dopustnost takega ugovora neveljavnosti za namene predloga za sprejetje predhodne odločbe odvisna od vprašanja, ali so izpodbijane smernice lahko predmet ničnostne tožbe na podlagi člena 263 PDEU in ali lahko poslovno združenje, kot je FBF, vložiti tako tožbo.

26. V zvezi z utemeljenostjo tega tožbenega razloga predložitveno sodišče navaja, da se Smernice EBA sklicujejo na več zakonodajnih aktov Unije, vendar nobeden od njih, razen Direktive 2014/17, ne vsebuje nobene izrecne določbe o upravljanju maloprodajnih bančnih produktov, kar je področje, zajeto s Smernicami. Poleg tega naj nobeden od teh zakonodajnih aktov ne bi vseboval določbe, ki bi EBA pooblašчала za izdajo smernic o upravljanju maloprodajnih bančnih produktov. Vendar naj bi iz Uredbe št. 1093/2010 izhajalo, da EBA prispeva k zagotavljanju, da so najmanjše kreditov in druga tveganja ustrezno urejeni in nadzorovani, ter k okrepitevi varstva potrošnikov. Taki cilji pa so ravno tisti, k uresničevanju katerih prispeva upravljanje maloprodajnih bančnih produktov.

27. Ob upoštevanju navedenega dejanskega in pravnega okvira je Conseil d'État (državni svet) prekinil odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložil ta vprašanja:

- „1. Ali je zoper smernice, ki jih je izdal Evropski nadzorni organ, mogoče vložiti ničnostno tožbo, urejeno v določbah člena 263 [PDEU]? Če je odgovor pritrdilen, ali je poslovno združenje upravičeno z ničnostno tožbo izpodbijati veljavnost smernic, naslovljenih na člane, katerih interese brani, in ki ga ne zadevajo niti neposredno niti posamično?
2. Če je odgovor na eno od obeh vprašanj iz točke 1 nikalen, ali so lahko smernice, ki jih je izdal Evropski nadzorni organ, predmet postopka za sprejetje predhodne odločbe, opredeljenega v določbah člena 267 [PDEU]? Če je odgovor pritrdilen, ali je poslovno združenje upravičeno z ugovorom izpodbijati veljavnost smernic, naslovljenih na člane, katerih interese brani, in ki ga ne zadevajo niti neposredno niti posamično?
3. Če bi bil FBF upravičen z ugovorom izpodbijati smernice, ki jih je 22. marca 2016 sprejel Evropski bančni organ, ali je ta organ z izdajo teh smernic prekoračil pristojnosti, ki so mu podeljene z Uredbo št. 1093/2010 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o ustanovitvi Evropskega nadzornega organa (Evropski bančni organ)?“

28. Pisna stališča so predložili FBF, ACPR, francoska in poljska vlada, Evropska komisija ter EBA. Vse te stranke, razen poljske vlade, so tudi ustno predstavile stališča na obravnavi 20. oktobra 2020.

IV. Analiza

29. Zgradba teh sklepnih predlogov je taka. Začel bom z uvodnimi pojasnili o vprašanjih predložitvenega sodišča in o (ne)zavezujoči naravi izpodbijanih smernic (A). Nato bom vprašanja, ki jih je postavilo predložitveno sodišče, obravnaval v obrnjenem vrstnem redu, pri čemer bom začel s tretjim vprašanjem, da bi ugotovil, ali je EBA izpodbijane smernice dejansko sprejel v okviru svoje pristojnosti (B). Potem ko bom ugotovil, da je EBA resnično prekoračil svojo pristojnost, se bom posvetil prvemu in drugemu vprašanju ter več drugim elementom, ki se nanašajo na splošno razmerje med členoma 263 in 267 PDEU v zvezi z nezavezujočimi akti Unije (C).

A. Uvodna pojasnila

1. Na videz enostavna zadeva?

30. Z določenega vidika je ta zadeva pravzaprav preprosta. Če bi se postavljena vprašanja obravnavala ločeno od obravnavane zadeve in bi nanje odgovorili po vrstnem redu, v katerem so bila postavljena, odgovori ne bi bili tako težavni.

31. Prvo vprašanje je nedopustno. Obravnavana zadeva je bila vložena kot predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU. V tem postopkovnem okviru je vprašanje, ali je mogoče isto tožbo vložiti kot ničnostno tožbo na podlagi člena 263 PDEU, povsem hipotetično. Podobno tudi vprašanje, ali lahko poslovno združenje izpodbija sporne smernice v okviru tega postopka, ni upoštevno za rešitev zadeve, o kateri odloča predložitveno sodišče.

32. Drugo vprašanje je prav tako enostavno. To vprašanje je sicer dopustno, vendar je odgovor nanj mogoče zlahka izpeljati iz obstoječe sodne prakse. Od sodbe Grimaldi je Sodišče dosledno vztrajalo pri tem, da člen 267 PDEU Sodišču podeljuje pristojnost za predhodno odločanje o veljavnosti in razlagi aktov institucij Unije „brez kakršne koli izjeme“.¹⁹ Nezavezujoči akti Unije so torej očitno lahko predmet predloga za sprejetje predhodne odločbe v zvezi s presojo veljavnosti.²⁰

33. Dalje, podvprašanja, ki sta skupni prvemu in drugemu vprašanju ter se nanašata na procesno upravičenje poslovnih združenj, v okviru postopka predhodnega odločanja nista upoštevni. Le nacionalno sodišče je pristojno za odločanje o tem, ali je treba zadevo predložiti Sodišču na podlagi člena 267 PDEU.²¹ Po navedbah Sodišča lahko vsaka stranka v okviru nacionalnega postopka pred sodiščem, ki odloča o zadevi, uveljavlja neveljavnost akta Unije in temu sodišču, ki samo ni pristojno za ugotovitev take neveljavnosti, predlaga, naj vprašanje o tem predloži v predhodno odločanje Sodišču.²²

34. V preostalem pa pravo Unije ne ureja vprašanja, kdo bi morala biti stranka pred nacionalnim sodiščem. Če je na podlagi nacionalnega prava mogoče navesti take tožbene razloge, bo ponovno v izključni pristojnosti nacionalnega sodišča, da odloči, ali se mu zdi potrebno (oziroma ali je dolžno) predložiti zadevo Sodišču. Vprašanje, ali lahko združenje FBF pred nacionalnim sodiščem uveljavlja ugovor neveljavnosti akta Unije, tako spada na področje nacionalnega prava.

35. Z odgovori na vprašanja v vrstnem redu, po katerem so bila vložena, in z abstraktno obravnavo prvih dveh vprašanj, brez povezave z dejanskim stanjem v obravnavani zadevi, je torej mogoče zlahka in takoj priti do tretjega vprašanja ter ugotoviti, da je vprašanje pristojnosti EBA za sprejetje izpodbijanih smernic edino resnično vprašanje v obravnavani zadevi.

¹⁹ Glej sodbo Grimaldi (točka 8); sodbo z dne 13. junija 2017, Florescu in drugi (C-258/14, EU:C:2017:448, točka 30); sodbo Belgija/Komisija (točka 44), in sodbo z dne 27. februarja 2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, točka 44). Glej v zvezi s priporočili EBA tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Camposa Sánchez-Bordone v zadevi Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2020:729, točke od 95 do 102).

²⁰ Glej v zvezi s priporočili Unije sodbi Grimaldi (točke od 8 do 18) in Belgija/Komisija (točka 44).

²¹ Glej na primer sodbo z dne 18. julija 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, točka 28 in navedena sodna praksa).

²² Glej na primer sodbo z dne 27. novembra 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, točka 39 in navedena sodna praksa).

36. Vendar menim, da taka bližnjica ni primerna. Šele pri iskanju odgovora na tretje vprašanje in izpeljavi njegovih posledic namreč v celoti dojamemo obseg prvega in drugega vprašanja, če se ju ne lotevamo *abstraktno*, ampak v *posebnih okoliščinah* obravnavane zadeve.

37. Poleg tega je treba ugotoviti, da tako poenostavljeno branje treh vprašanj ne bi ustrezalo potrebam predložitvenega sodišča. Iz predložitvene odločbe, zlasti v povezavi s pojasnili v mnenju *rapporteur public* Conseil d'État (državni svet) v tej zadevi,²³ je namreč razvidno, da se predložitveno sodišče zaveda upoštevne sodne prakse Sodišča na tem področju. Iz teh dokumentov je razvidno, da se predložitveno sodišče v resnici sprašuje, kam natančno ga utegne ta sodna praksa voditi v posebni zadevi, kot je ta, o kateri odloča.

38. Prav v tem okviru se predložitveno sodišče sprašuje zlasti o razmerju med členoma 263 in 267 PDEU, glede mehkega prava, in sicer zlasti v okoliščinah, ko nacionalno sodišče zagotavlja sodni nadzor nezavezujočih *nacionalnih* aktov, medtem ko Sodišče ne omogoča nadzora nad nezavezujočimi akti Unije v okviru ničnostnih tožb. Ta problematika je v središču vprašanja, ki se nanaša na vzporednice (ali njihov neobstoj) med obema vrstama postopkov, zlasti v zvezi s položajem poslovnih združenj v obeh vrstah postopkov. Na to vprašanje se nato navezuje drugo vprašanje, ki ga je predložitveno sodišče prav tako opredelilo v predložitveni odločbi in ki se nanaša na dejstvo, da se v okviru postopka predhodnega odločanja prepleteta tako nacionalna kot evropska raven nadzora: ali so nacionalna sodišča v skladu s sodbo Foto-Frost dolžna Sodišču predložiti vprašanja o veljavnosti nezavezujočega akta Unije, ko izvajajo nadzor nad nacionalnim aktom, s katerim je bilo določeno, da se ta akt Unije na nacionalni ravni uporablja za posamične naslovnike?

39. Ker bo odgovor na tretje vprašanje pomagal razjasniti splošnejše težave, ki se kažejo v prvem in drugem vprašanju, se bom v teh okoliščinah zadeve raje lotil pri tretjem vprašanju, nato pa se vrnil k tem strukturnim težavam. Na ta način konkreten primer Smernic, ki jih je sprejel EBA, dobro ponazarja strukturne težave v zvezi z nadzorom nad ukrepi mehkega prava pred Sodiščem.

2. Ali so izpodbijane smernice (pravi) nezavezujoč akt?

40. Pred preučitvijo tretjega vprašanja pa je treba obravnavati še eno predhodno vprašanje: ali so izpodbijane smernice pravi nezavezujoč akt, ki *nima* zavezujočih pravnih učinkov, kot trdijo vse stranke v postopku? Kar se morda zdi običajna izjava, je precej pomembna izhodiščna predpostavka za nadaljnjo razpravo. To vprašanje se v resnici skriva v prvem delu prvega vprašanja, saj so v skladu z ustaljeno sodno prakso *pravi* ukrepi mehkega prava izključeni iz sodnega nadzora v skladu s členom 263 PDEU. Če pa bi tak akt nasprotno imel zavezujoče pravne učinke (in bi torej bil „nepravi“ instrument mehkega prava), bi bil lahko predmet nadzora na podlagi člena 263 PDEU (vsaj ob predpostavki, da se ta akt neposredno in posamično nanaša na dano tožečo stranko).

41. V skladu z ustaljeno sodno prakso so namreč „izpodbijni akti“ v smislu člena 263 PDEU vse določbe, ki jih sprejmejo institucije, ne glede na obliko, ki imajo zavezujoče pravne učinke. Za ugotovitev, ali ima izpodbijani akt zavezujoče pravne učinke, se je treba osredotočiti na vsebino

²³ Mnenje E. Bokdam, *rapporteur public*, z dne 4. decembra 2019 v zadevi št. 415550 – Fédération bancaire française (na voljo na: <https://www.conseil-etat.fr>).

tega akta in navedene učinke presoja glede na objektivna merila, kot je vsebina tega akta, ob upoštevanju, po potrebi, okoliščin, v katerih je bil sprejet, in pristojnosti institucije, ki je akt sprejela.²⁴

42. Ali imajo izpodbijane smernice zavezujoče pravne učinke glede na to klasično merilo?

43. Po eni strani je res, prvič, da je besedilo izpodbijanih smernic nezavezujoče. V dejanskih vsebinskih smernicah, naslovljenih na proizvajalce in distributerje bančnih produktov, v oddelkih 4 in 5 Smernic, se namreč uporablja izraz priporočilo in ne normativni element. Drugič, pristojni organi²⁵ niso dolžni ravnati v skladu z njimi. Člen 16(3), drugi pododstavek, Uredbe št. 1093/2010 določa, da mora vsak pristojni organ potrditi, ali ravna ali namerava ravnati v skladu s Smernicami EBA. Če jih ne upošteva ali ne namerava upoštevati, o tem obvesti EBA in navede razloge za to odločitev.²⁶ Tretjič, pri presoji okvira in pristojnosti zadevne agencije razlogovanje nujno zaide v isto vrsto krožnega sklepanja, kot sem ga že opisal na drugem mestu:²⁷ (i) ker je EBA gotovo vedel, da njegove smernice niso zavezujoče, (ii) ni mogel imeti namena sprejeti česar koli, kar bi bilo zavezujoče, (iii) zato je očitno, da avtor akta nikakor ni imel namena sprejeti zavezujočega pravnega akta.

44. Na tej podlagi je nedvomno mogoče ugotoviti, da izpodbijane smernice same po sebi nimajo zavezujočih pravnih učinkov.

45. Vendar so te smernice po drugi strani izdane v okviru več mehanizmov (oziroma jih ti spremljajo), zaradi katerih, če se razlagajo v povezavi z Uredbo št. 1093/2010 kot njihovo pravno podlago, pomenijo akte, za katere je mogoče razumno šteti, da spodbujajo skladno ravnanje s strani svojih naslovnikov.

46. Prvič, oddelek 1, točka 1, izpodbijanih smernic v skladu s členom 16(3), prvi pododstavek, Uredbe št. 1093/2010 določa, da si morajo nacionalni organi in pristojne finančne institucije „na vsak način prizadevati za upoštevanje smernic“. Ne da bi podrobno preučevali, kaj natančno pomeni „si na vsak način prizadevati“, lahko domnevamo, da izpodbijane smernice niso bile sprejete z namenom, da bi jih njihovi naslovniki preprosto prezrli, zlasti če je tako prizadevanje njihova dolžnost.

47. Drugič, kdo natanko je naslovnik? Čeprav so izpodbijane smernice na podlagi točke 11 formalno naslovljene na pristojne organe in finančne institucije,²⁸ je jasno, da so finančne institucije tiste, ki bodo na koncu morale izpolniti obveznosti in so kot take pravi naslovniki. Ta logika izhaja iz vsebine Smernic v oddelkih 4 in 5, ki se nanašajo izključno na proizvajalce in distributerje bančnih produktov.

²⁴ Glej na primer sodbe z dne 31. marca 1971, Komisija/Svet (22/70, EU:C:1971:32, točki 39 in 42), ter z dne 25. oktobra 2017, Romunija/Komisija (C-599/15 P, EU:C:2017:801, točki 47 in 48), in Belgija/Komisija (točki 31 in 32).

²⁵ Kot so opredeljeni v členu 4(2) Uredbe št. 1093/2010 (v bistvu nacionalni regulativni organi).

²⁶ V točki 3 prvega oddelka Smernic je vseeno navedeno, da „[č]e pristojni organi [v roku dveh mesecev] ne bodo poslali uradnega obvestila, bo organ EBA štel, da jih ne upoštevajo.“ S konceptualnega vidika je zanimivo, da se skuša s točko v nezavezujočih smernicah spremeniti (ali odstopati od) obveznosti, ki jo jasno nalaga besedilo člena 16(3) Uredbe št. 1093/2010. Vendar ker točka 3 dejansko ne nalaga nobene dodatne obveznosti, temveč se ji z oblikovanjem predpostavke o neupoštevanju v primeru molka organa pravzaprav odreka, se z njo s tehničnega vidika ne nalaga *nobena nova* pravna obveznost. Tako ostaja le zmeda, kako lahko nezavezujoče smernice spremenijo vsebino pravne obveznosti iz uredbe.

²⁷ Glej moje sklepne predloge v zadevi Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2017:959, točke od 76 do 79).

²⁸ Medtem ko člen 16(1) Uredbe št. 1093/2010 določa, da EBA izda smernice, naslovljene na pristojne organe *ali* finančne institucije.

48. S sistemskega vidika so Smernice zelo podobne direktivam: čeprav so formalno naslovljene na državo članico, so njihove določbe nazadnje namenjene urejanju ravnanja posameznikov, pri čemer ti nimajo druge izbire, kot da jih uporabljajo. Pristojni organi niso dejanski naslovniki teh obveznosti; njihova naloga je preprosto, da jih upoštevajo ali da jih ne upoštevajo. Ko pa je ta odločitev sprejeta, postane prvotno nezavezujoča narava zelo zavezujoča, saj postane „nominalni naslovnik“ (pristojni nadzorni organ) dejanski „izvrševalec“. Tako imajo dejanski naslovniki smernic, to je finančne institucije, le malo ali pravzaprav sploh nobene izbire glede tega, ali jih bodo upoštevali.

49. Poleg tega ob upoštevanju povezane razlage točk 6, 7 in 8 izpodbijanih smernic²⁹ niti ni jasno, ali formalna odločitev pristojnega organa, da jih ne bo upošteval, dejansko oprosti finančne institucije dolžnosti, da si „na vsak način prizadeva[jo] za upoštevanje smernic“. Neupoštevanje s strani pristojnih organov bi prav tako lahko pomenilo zgolj to, da ti organi ne bodo izvrševali teh smernic, ne da bi to vplivalo na samo dolžnost finančnih institucij. Povedano drugače, te smernice imajo lahko samostojen vpliv na finančne institucije, ne glede na stališče, ki so ga zavzeli pristojni organi.

50. Tretjič in v povezavi s prejšnjo točko, kadar se pristojni organi odločijo, da jih bodo upoštevali, postanejo finančne institucije na nacionalni ravni dejansko zavezane spoštovanju izpodbijanih smernic zaradi njihovega „izvajanja“ ali „vključitve“ s strani pristojnega nacionalnega organa. V obravnavani zadevi je s tem, da je ACPR v mnenju izjavil, da upošteva izpodbijane smernice, vsebina teh smernic postala *de facto* obvezna za finančne institucije v Franciji. V zvezi s tem je treba poudariti, da se je v nasprotju z direktivo, katere vsebino je treba najprej prenesti v obliko nacionalne zakonodaje, na podlagi mnenja ACPR vsebina smernic začela uporabljati za vse „kreditne institucije, plačilne institucije in institucije za izdajo elektronskega denarja pod nadzorom ACPR“.³⁰

51. Zadnjenavedeno točko glede učinkovitega izvrševanja na nacionalni ravni je treba jasno razložiti. Ko se pristojni nacionalni organ odloči za upoštevanje, postane ravnanje, ki je skladno s temi smernicami, v tej državi članici izvršljivo. Po navedbah *rapporteur public* Conseil d'État (državni svet) v sporu o glavni stvari neupoštevanje Smernic ne more *neposredno* pripeljati do naložitve sankcije. Vendar naj bi vsebina smernic predstavljala najboljše prakse, ki naj bi jih morale finančne institucije upoštevati. Če take institucije ne sledijo tem dobrim praksam, naj bi bilo to mogoče dojemati kot slabo prakso teh institucij. Na tej podlagi bi lahko ACPR podal posamična opozorila, katerih nespoštovanje bi te finančne institucije v bistvu izpostavilo disciplinskim postopkom.³¹

52. Skratka, v skladu s tradicionalno opredelitvijo akta prava Unije, ki ima zavezujoče pravne učinke v smislu člena 263 PDEU, se strinjam, da je te smernice, zlasti če se obravnavajo zgolj na ravni Unije, mogoče šteti za pravi instrument mehkega prava, ki ni zavezujoč. Vendar če to merilo uporabimo za zadeve, kot je obravnavana, ta klasični pristop ne prinaša pravega odgovora, ampak zgolj zgovorno podaja naravo problema.

²⁹ Ker je v točki 7 izpodbijanih smernic pojasnjeno, da jih bodo pristojni organi „morda želeli“ uporabiti za druge subjekte, ki niso proizvajalci in distributerji finančnih produktov, v povezavi z zakonodajnimi akti, ki so v njih navedeni, bi bilo mogoče šteti, da se smernice za zadnjenavedene uporabljajo privzeto, ne glede na stališče, ki so ga zavzeli pristojni organi.

³⁰ Glej točko 20 teh sklepnih predlogov. Kot je jasno navedeno v tem mnenju, so bile izpodbijane smernice mnenju preprosto „priložene“ v nespremenjeni obliki.

³¹ Glej mnenje E. Bokdam, str. 5 (glej opombo 23 zgoraj).

53. Merilo, na podlagi katerega je mogoče ugotoviti, ali je akt prava Unije lahko predmet nadzora, bi moralo biti osredotočeno na vprašanje, ali je za akt upravičeno mogoče šteti, da spodbuja (ali celo dejansko narekuje) skladno ravnanje s strani razumnega naslovnika. Rezultat bi moral biti stopenjski, saj je treba priznati zveznost pravnih učinkov, nato pa bi se bilo treba logično osredotočiti na konkretne učinke, ki jih ima izpodbijani akt na pravni položaj svojih naslovnikov. Če je težava povezana s hibridnimi oblikami upravljanja, je lahko hibriden tudi korektivni ukrep, ki je logično prilagojen točni vrsti učinkov, ki so povzročeni in se štejejo za problematične. Kot pa se je nedavno pokazalo v sodbi Belgija/Komisija, je Sodišče še naprej osredotočeno na akt in njegovega avtorja, ločeno od resničnosti pravnega akta in njegovih naslovnikov, s čimer se vrti v krogu, pri čemer naravo akta določa namen njegovega avtorja in obratno. Nazadnje je v takem dvotirnem svetu mogoč le en od dveh rezultatov: bodisi celotni zavezujoči pravni učinki bodisi nobenih učinkov.

54. Ne želim ponavljati trditev, ki Sodišča že v preteklosti niso prepričale.³² Bi pa rad pojasnil, kako te izbire vplivajo na obravnavano zadevo. Regulativna in sodna raven v okviru Unije in nacionalnem okviru sta vsaj v okviru postopka predhodnega odločanja povezani enoti. Ta okoliščina še dodatno prispeva k zapletenosti obravnavane zadeve, pri čemer postane klasični pristop, v skladu s katerim se upošteva zgolj in samo akt prava Unije na ravni Unije, problematičen: kar je morda še vedno mogoče razlagati kot mehko pravo, če se upoštevajo zgolj in samo EBA in pristojni nacionalni organi, postane nekaj povsem drugega na ravni držav članic. Na tej ravni „mehko pravo“ nikakor „ni več tako mehko“ ali pa postane celo „trdo pravo“. Poudariti je treba, da pravo Unije nikakor ne nasprotuje takemu razvoju. Prav nasprotno: celoten sistem je zasnovan z namenom, da deluje natanko tako.

55. Če povzamem, za prave naslovnike, to je finančne institucije na nacionalni ravni, so Smernice očitno veliko manj „mehke“, kot bi bile, če bi se osredotočili na raven pristojnih nacionalnih organov. Vendar, kot izhodiščna predpostavka, za izpodbijane smernice ob upoštevanju standardnega pristopa Sodišča glede aktov Unije, ki ne povzročajo zavezujočih pravnih učinkov, Sodišče verjetno ne more šteti, da so zavezujoče in da so zato lahko predmet nadzora na podlagi člena 263 PDEU.

B. Tretje vprašanje: ali je EBA prekoračil svoje pristojnosti na podlagi Uredbe št. 1093/2010?

56. Po mnenju FBF izpodbijane smernice urejajo upravljanje produktov. So brez pravne podlage, saj naj zanje ne bi bilo mogoče šteti, da se z njimi izvajajo zakonodajni akti iz člena 1(2) Uredbe št. 1093/2010, saj ti v bistvu urejajo upravljanje podjetij. Verjetneje naj bi bilo, da se je EBA pri sprejemanju izpodbijanih smernic zgledoval po Direktivi 2014/65/EU³³, ki ureja upravljanje finančnih produktov ter pri kateri sta pojem „ciljni trg“ in razlikovanje med proizvajalci in distributerji osrednjega pomena.

57. Komisija se v veliki meri strinja z mnenjem združenja FBF. Meni pa, da izpodbijane smernice niso popolnoma izvzete iz pristojnosti EBA, ker se nanašajo na člen 7(1) Direktive 2014/17. Ta naj bi omogočal urejanje upravljanja produktov, opredelitev ciljnih trgov ter razlikovanje med proizvajalci in distributerji. V preostalem pa naj smernice ne bi bile v pristojnosti EBA in bi jih bilo treba po mnenju Komisije razglasiti za neveljavne.

³² V mojih sklepnih predlogih v zadevi Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2017:959).

³³ Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o trgih finančnih instrumentov ter spremembi Direktive 2002/92/ES in Direktive 2011/61/EU (UL 2014, L 173, str. 349).

58. ACPR, francoska in poljska vlada ter EBA zagovarjajo nasprotno stališče. Po mnenju ACPR, francoske vlade in EBA lahko EBA sprejema smernice, ki presegajo strogo področje uporabe zakonodajnih aktov iz člena 1(2) Uredbe št. 1093/2010, saj člen 1(3) te uredbe širi pristojnosti EBA na vprašanja, ki jih ti akti ne zajemajo. Vsekakor naj bi bila upravljanje produktov in upravljanje podjetij med seboj povezana, tako da za izpodbijane smernice ni mogoče šteti, da ne spadajo v obseg pristojnosti EBA. Po mnenju istih intervenientov in poljske vlade je dejanje EBA prav tako dopustno, ker je izrecni namen Uredbe št. 1093/2010 zagotoviti varstvo potrošnikov. EBA naj bi bil pristojen za sprejetje izpodbijanih smernic, če se z njimi uresničuje ta cilj. Tako bi bilo treba po mnenju ACPR in EBA opraviti zgolj *splošno presojo* pristojnosti EBA za sprejetje smernic. Taka splošna presoja naj bi privedla do ugotovitve, da je EBA pristojen za sprejetje izpodbijanih smernic.

59. V naslednjih oddelkih bom predstavil svoje nestrinjanje s stališči ACPR, francoske in poljske vlade ter EBA. Čeprav se izpodbijane smernice, če se presojuje na splošno, morda približno skladajo z Uredbo št. 1093/2010 (1), bom razložil, zakaj menim, da tako nizko intenzivna oziroma prizanesljiva presoja v okviru nezavezujočih ukrepov ni upravičena (2). Ob upoštevanju nezdržljivosti izpodbijanih smernic z Uredbo št. 1093/2010 preostane še vprašanje, kakšna bi morala biti formalna posledica take ugotovitve (3).

1. Združljivost izpodbijanih smernic z Uredbo št. 1093/2010 v zvezi s pristojnostmi EBA

60. Izpodbijane smernice se nanašajo na vzpostavitev upravljanja bančnih produktov na drobno. Zlasti je v teh smernicah proizvajalcem priporočeno, naj opredelijo ustrezne ciljne trge in zagotovijo, da so produkti primerni za te trge.³⁴ Smernice prav tako priporočajo preskušanje produkta, da bi bilo mogoče oceniti, kako bi v različnih scenarijih vplival na svoje potrošnike.³⁵ Poleg tega bi morali proizvajalci izbrati ustrezne distributerje za posamezen ciljni trg in biti sposobni tem distributerjem zagotoviti informacije o značilnostih in tveganjih produkta za potrošnike.³⁶ Distributerji bančnih produktov pa bi morali potrošnikom razkriti opis glavnih značilnosti zadevnih produktov in z njimi povezanih tveganj.³⁷

61. V skladu z oddelkom 2, točka 6, se izpodbijane smernice uporabljajo za proizvajalce in distributerje produktov, ki se ponujajo in prodajajo potrošnikom, v povezavi s štirimi določbami konkretnih zakonodajnih aktov, in sicer členom 74(1) Direktive 2013/36/EU, členom 10(4) Direktive 2007/64/ES, členom 3(1) Direktive 2009/110/ES in členom 7(1) Direktive 2014/17/EU. Pristojni organi bodo poleg tega „te smernice morda želeli uporabiti za druge subjekte v svoji pristojnosti, ki ne spadajo v področje uporabe navedenih zakonodajnih aktov, za katere pa imajo pristojnosti za nadzor.“³⁸

62. Pri primerjanju zatrjevanega področja uporabe z dejansko vsebino Smernic se zdi precej jasno, da izpodbijane smernice, kot v bistvu trdita FBF in Komisija, glede na svojo pravno podlago presegajo to, kar dovoljuje Uredba št. 1093/2010.

³⁴ Smernica št. 3.

³⁵ Smernica št. 4.

³⁶ Smernici št. 7 in 8.

³⁷ Smernica št. 12.

³⁸ Glej točko 7 izpodbijanih smernic.

63. Člen 16(1) Uredbe št. 1093/2010 določa, da „[z]a vzpostavitev doslednih, uspešnih in učinkovitih nadzornih praks v okviru ESFS ter zagotovitev skupne, enotne in usklajene uporabe prava Unije [EBA] Organ izdaja smernice in priporočila, naslovljena na pristojne organe ali finančne institucije“.

64. V skladu s členom 1(2) Uredbe št. 1093/2010 EBA deluje v okviru pooblastil, podeljenih s to uredbo, *ter* v okviru področja uporabe več zakonodajnih aktov, določenih v tem členu, *ter* vsakega drugega pravno zavezujočega akta Unije, s katerim se naloge prenašajo nanj. V skladu s členom 1(3) EBA deluje tudi na področju dejavnosti različnih finančnih institucij iz te določbe „[v] zvezi z vprašanji, ki jih ne zajemajo neposredno akti iz odstavka 2 [...], *pod pogojem*, da je tovrstno ukrepanje [EBA] *nujno* za zagotovitev učinkovite in dosledne uporabe *navedenih aktov*“.³⁹

65. Iz tega besedila je precej jasno razvidno, da EBA ne glede na vrsto sprejetega ukrepa deluje le v (vsebinskih) mejah teh zakonodajnih aktov. Več drugih določb Uredbe št. 1093/2010, ki se nanašajo na naloge in pooblastila EBA, prav tako potrjuje, da ti akti pomenijo končni okvir EBA.⁴⁰ Izpodbijane smernice je torej treba presoјati glede na vsebino in področje uporabe teh aktov.

66. Glede direktiv 2013/36, 2007/64 in 2009/110, ki so v izpodbijanih smernicah posebej navedene v zvezi s področjem uporabe Smernic,⁴¹ je očitno, da gre v vseh primerih za zakonodajne akte, na katere se sklicuje člen 1(2) Uredbe št. 1093/2010⁴². EBA tako načeloma lahko sprejema smernice za konkretizacijo teh instrumentov.

67. Vendar obstaja očitno neskladje med predmetom teh aktov in predmetom Smernic. Medtem ko so v Smernicah določena posebna „pravila“, ki se nanašajo na upravljanje *produktov*, se prvonavedeni akti vsi nanašajo na upravljanje *podjetij*, pri čemer med drugim določajo notranje postopke v finančnih institucijah, jasne organizacijske strukture z usklajenimi linijami odgovornosti ter postopke, povezane z obvladovanjem tveganj in kapitalskimi zahtevami. Ni jasno, kako smernice o upravljanju *produktov* prispevajo k učinkoviti in dosledni uporabi aktov, povezanih z upravljanjem *podjetij*, vsaj kratkoročno. Medtem ko zadnjenavedeni akti obravnavajo tveganja, povezana s pomankljivim dolgoročnim upravljanjem podjetij (torej strukturno vprašanje), je namen izpodbijanih smernic urediti notranje postopke upravljanja produktov, ki vplivajo na kratkoročne izide. Zato sta vrsta (in stopnja) tveganja, ki ju urejajo izpodbijane smernice na eni strani in zakonodajni akti iz člena 1(2) Uredbe št. 1093/2010 na drugi strani, različni.

68. Razlika med *upravljanjem produktov* in *upravljanjem podjetij* kot predmetoma urejanja ni le akademska. Analogen primer, ki izhaja z drugega področja, in sicer avtomobilske industrije, lahko prispeva k predočenju razlike. Upravljanje podjetij od proizvajalcev avtomobilov zahteva, da uporabljajo nadzorne mehanizme v vsaki fazi proizvodnje, imajo pregledno organizacijsko strukturo, jasno določijo, kdo je odgovoren za kaj, imajo vzpostavljene sisteme za reševanje morebitnih težav itd. Vsa ta pravila so povezana z nemotenim delovanjem družbe. Upravljanje produktov pa od proizvajalcev avtomobilov zahteva, da opredelijo upoštevni ciljni trg novega avtomobila, preučijo, kako se novi model vozila sklada z obstoječim naborom modelov, ter

³⁹ Moj poudarek.

⁴⁰ Glej v poglavju II in neizčrпно člen 8(1)(a) in (b); člen 9(5); člen 10(1); člen 15(1) ter člen 17(1) in (6) Uredbe št. 1093/2010.

⁴¹ Natančneje, gre za člen 74(1), člen 10(4) oziroma člen 3(1), ki so naštetih v točki 6 oddelka Smernic.

⁴² Različica člena 1(2) Uredbe št. 1093/2010, ki se uporablja *ratione temporis*, ne navaja Direktive 2010/64, temveč namesto nje Direktivo 2015/2366, saj je zadnja nadomestila prvo.

pretehtajo, ali obstoj prevelikega števila alternativnih avtomobilov potrošniku preprečuje sprejemanje ozaveščenih odločitev. Taka „pravila“ imajo le malo zveze z notranjim delovanjem družbe: njihov namen je urediti sprejemanje poslovnih odločitev glede kakovosti produktov, ki naj bi bili ponujeni strankam. Povedano drugače, pravila o upravljanju podjetij se nanašajo na kakovost notranjih postopkov in mehanizmov, namenjenih zagotavljanju nemotenega delovanja družbe. Pravila o upravljanju produktov pa se nanašajo na poslovne odločitve, ki so v bistvu namenjene trženju avtomobilov.

69. Poleg tega se strinjam z združenjem FBF, da predmet teh zakonodajnih aktov ni enak predmetu Direktive 2014/65, ki posebej in izrecno ureja upravljanje finančnih produktov, ki jih tržijo izvajalci investicijskih storitev.⁴³ EBA tako ni mogel zakonito sprejeti smernic o upravljanju bančnih produktov.

70. Nasprotno je, kot je priznala Komisija in v določeni meri tudi predložitveno sodišče, člen 7(1) Direktive 2014/17, ki je prav tako posebej naveden v oddelku 2, točka 6, izpodbijanih smernic, res povezan s produkti, zlasti s kreditnimi produkti. Torej bi ga bilo mogoče vsaj delno uporabiti kot ustrezno pravno podlago za izpodbijane smernice.

71. Vendar Direktiva 2014/17 ne obravnava upravljanja produktov v istem smislu kot izpodbijane smernice. Namesto tega ureja ravnanje ponudnikov kreditov v posameznih primerih in metodologijo za odločanja o odobritvi ali neodobritvi kredita določeni stranki. Poleg tega, čeprav je EBA na podlagi nekaj določb Direktive 2014/17 pooblaščen za sprejetje nekaterih pravil,⁴⁴ se nobena od teh določb ne nanaša posebej na pravila o upravljanju produktov in tudi ne napotuje na sprejetje smernic na zadevnih področjih.

72. Zato imam nekaj težav s sprejemanjem Direktive 2014/17 kot verodostojne za obravnavo vprašanja pristojnosti EBA za sprejetje izpodbijanih smernic. Tudi če bi bila Direktiva 2014/17 v obravnavani zadevi resnično priznana kot dejanska pravna podlaga, *quod non*, se namreč sprašujem, kam natanko bi v praksi lahko vodil uspeh pri enem od štirih ciljev. Trditve Komisije dobro ponazarjajo to vprašanje.

73. Komisija je predlagala, naj Sodišče ugotovi neveljavnost izpodbijanih smernic *v delu, v katerem se nanašajo na* člen (i) 10(4) Direktive 2007/64, (ii) člen 3(1) Direktive 2009/110 in (iii) člen 74(1) Direktive 2013/36. Hkrati je Komisija trdila tudi, da bi moralo Sodišče ugotoviti, da so izpodbijane smernice veljavne *v delu, v katerem se nanašajo na* člen 7(1) Direktive 2014/17 (ali bolje rečeno, če v celoti povzamem predlog Komisije, da pri preučitvi te točke ni bil ugotovljen noben element, ki bi vzbudil dvom o veljavnosti Smernic).

74. Priznati moram, da sem nekoliko zmeden, ko si poskušam predstavljati, kaj bi izrek take sodbe pomenil v praksi. Bi to pomenilo, da Smernice ostajajo „veljavne“, vendar bi bilo njihovo področje uporabe sodno omejeno le na potrošniške kreditne pogodbe za stanovanjske nepremičnine? Ali bi se torej smernice uporabljale samo za finančne institucije, kadar ponujajo take posebne produkte? Ali pa bi se bilo treba na tej podlagi še bolj poglobiti v podrobnosti in oceniti posamezne smernice eno za drugo?

⁴³ Na katero se člen 1(2) Uredbe št. 1093/2010 ne sklicuje, ker Direktiva 2014/65 dejansko pooblašča Evropski organ za vrednostne papirje in trge (ESMA), in ne EBA, da sprejme smernice o upravljanju produktov. Glej v zvezi s tem Smernice ESMA z dne 5. februarja 2018 o zahtevah glede upravljanja produktov iz direktive MiFID II (ESMA35–43–620).

⁴⁴ Kot so člani 29, 34 in 37 ter Priloga 2 k Direktivi 2014/17.

75. Ob upoštevanju teh preudarkov se zdi, da je edina razumna možnost, da je treba Smernice bodisi ohraniti bodisi razveljaviti kot celoto. Menim, da izpodbijane smernice kot celota ne spadajo niti na področje uporabe zakonodajnih aktov iz Uredbe št. 1093/2010 niti tistih, s katerimi se na EBA prenesejo posebne naloge. EBA je zato s sprejetjem smernic, katerih predmet ni zajet s temi zakonodajnimi akti, prekoračil svoje pristojnosti.

2. Kakšna naj bo stopnja intenzivnosti nadzora nad nezavezujočimi akti Unije?

76. Če bi v obravnavani zadevi uporabili *običajni nadzor*, bi prišli do zgoraj navedenega vmesnega predloga. Z „običajno“ razumem vrsto nadzora, ki jo Sodišče običajno izvaja v okviru nadzora veljavnosti aktov z zavezujočimi pravnimi učinki, in enako stopnjo intenzivnosti.⁴⁵

77. Vendar se je treba vprašati, ali bi akti, ki domnevno nimajo zavezujočih pravnih učinkov, sploh morali biti predmet takega običajnega nadzora. Skratka, če niso zavezujoči, zakaj naj bi si kdor koli, vključno s Sodiščem, delal skrbi zaradi njih? Zakaj je treba nadzorovati, ali je organ Unije ostal v okviru svojih pristojnosti, če nikomur ni treba biti pozoren na to, za kar ta se organ zavzema? Ti preudarki bi morali, vsaj glede pravih ukrepov mehkega prava, voditi do precej *milega* nadzora, če sploh kakšnega.

78. V bistvu je skladno z logiko, da sta ACPR in EBA na obravnavi trdila, da bi morala biti stopnja nadzora nad nezavezujočimi akti Unije nižja kot v primeru zavezujočih aktov in da naj bi vsebovala zgolj *splošno* presojo nezavezujočih aktov. Ta trditev v bistvu napeljuje na to, da čeprav nezavezujoči akti ne spadajo strogo v okvir pristojnosti EBA, dejstvo, da lahko *približno* spadajo na to področje, zadostuje za ugotovitev zakonitosti smernic EBA. Natančneje, glede razdelitve pristojnosti, naj bi imeli avtorji nezavezujočih aktov določen manevrski prostor, namesto da bi jim bile določene stroge omejitve. V praksi naj bi do razglasitve ničnosti teh aktov prišlo le, če bi bili *očitno* zunaj meja pristojnosti, podeljenih njihovemu avtorju.

79. Z določenega vidika se namreč upravljanje produktov morda ne razlikuje tako zelo od upravljanja podjetij, če bi ju obravnavali abstraktno in teleološko. Obe vrsti upravljanja vplivata na stabilnost finančnega sistema. Kot je EBA poudaril na obravnavi, je splošni cilj smernic priporočiti notranje postopke, ki odpravljajo prekomerno tveganje, saj je bilo nepremišljeno prevzemanje tveganj temeljni vzrok finančne krize, ki je nastopila leta 2008. Učinkovit nadzor produktov in ureditev, ki zagotavlja, da finančni produkti izpolnjujejo zahteve ciljnih trgov, po vsej verjetnosti izboljšujeta ekonomsko uspešnost finančne institucije in zmanjšujeta tveganje stečaja.

80. Prav tako je, kot trdijo ACPR, francoska in poljska vlada ter EBA, za smernice EBA še vedno mogoče šteti, da spadajo v okvir mandata EBA, ker je Uredba št. 1093/2010 izrecno namenjena varstvu potrošnikov. Res je, da je varstvo potrošnikov pomemben cilj Uredbe št. 1093/2010. Ta

⁴⁵ Glej na splošno za priznanje različne intenzivnosti pri sodnem nadzoru na podlagi člena 263 PDEU na primer sodbi z dne 18. marca 2014, Komisija/Parlament in Svet (C-427/12, EU:C:2014:170, točka 40), ali z dne 30. aprila 2019, Italija/Svet (Ribolovna kvota za sredozemsko mečarico) (C-611/17, EU:C:2019:332, točki 57 in 120).

cilj je zlasti naveden v členu 1(5)(f)⁴⁶ in predvsem v členu 9, ki se nanaša na „[n]aloge glede varstva potrošnikov in finančnih dejavnosti“. Ta obsežen cilj se lahko uporabi za utemeljitev delovanja EBA na številnih področjih.

81. Te argumente vsekakor priznavam. Vendar se z njimi preprosto ne morem strinjati, in sicer niti v okviru te konkretne zadeve niti na splošno.

82. Glede konkretno teh smernic ne verjamem, da bi bilo treba sprejeti velikodušno teleološko razlago obsega delovanja EBA, ki temelji na ohlapno opredeljenih „splošnih ciljih“, da bi tako upravičili izpodbijane smernice. Take daljnosežne regulativne vloge EBA, ki temelji na široko opredeljenih ciljih, ni mogoče zagovarjati niti ob upoštevanju samega člena 9(1) Uredbe št. 1093/2010. V skladu s to določbo je vloga EBA videti precej omejena – zbiral in analiziral naj bi potrošniške trende, pregledoval in usklajeval pobude za izobraževanje ter razvijal standarde usposabljanja. Čeprav ta seznam ni izčrpen, razkriva zelo drugačne vrste ukrepov in dejanj, ki so predvideni za EBA pod geslom „varstvo potrošnikov“.

83. Dalje, čezmerno tveganje je seveda nevarno. Vendar vsaka poslovna odločitev nosi tveganje. Možnost, da se takšna tveganja lahko uresničijo, ni zadostna utemeljitev za to, da bi bilo agenciji Unije omogočeno, da uredi vsa med njimi, zlasti z „zgolj“ smernicami. Če bi bilo treba upravljanje produktov in upravljanje podjetij šteti za tako prepleteno, da bi to upravičevalo ukrepe EBA v zvezi s prvonavedenim na podlagi zakonodajnih aktov o drugonavedenem, bi bil EBA potem upravičen do sprejetja pravil, morebiti brez omejitev, v številnih položajih, ki imajo le malo skupnega z upravljanjem podjetij v ožjem pomenu. Ali ne bi EBA moral imeti tudi pristojnosti, da začne izdajati smernice o izbiri in napredovanju osebja; o izbiri ponudnikov programske opreme; o delovanju telefonske linije za pomoč; ali o postopkih nakupa pohištva? Ali, v zvezi s tem, morda bi moral EBA prav tako imeti možnost urejati varnost varnostnih pasov v službenih vozilih, ki jih uporablja najvišje vodstvo finančne institucije. Če te osebe, ki so ključne za stabilnost finančnega sektorja, v primeru avtomobilske nesreče ne bi bile ustrezno zaščitene, bi bila stabilnost sektorja prav tako na neki način ogrožena.

84. Poleg tega na splošno obstajajo številni in precej zahtevni argumenti, zakaj bi moral sodni nadzor nezavezujočih pravnih aktov, če naj bi se ta nadzor izvajal na podlagi člena 267 PDEU (pri čemer Sodišče vztraja), ustrezati običajni, standardni vrsti nadzora.

85. Prvič, če bi institucijam in splošneje številnim organom Unije omogočili izdajanje pravno nezavezujočih aktov z omejenim sodnim nadzorom (na primer brez preverjanja pristojnosti), bi zgolj spodbudili nadaljnje širjenje „kripto zakonodaje“ v obliki mehkega prava v Uniji. Kot sem pojasnil v sklepnih predlogih v zadevi Belgija/Komisija⁴⁷, lahko organi Unije prek mehkega prava ustvarjajo vzporedne sklope pravil, s katerimi se obide zakonodajni postopek in ki lahko vplivajo na institucionalno ravnovesje.

⁴⁶ Opozoriti je treba, da se zdi, da obstaja določeno razhajanje med angleško različico člena 1(5)(f), ki se je prvotno nanašala na varstvo strank, in drugimi jezikovnimi različicami (kot so francoska, nemška, italijanska, španska, nizozemska ali češka različica), ki so se nanašale na varstvo potrošnikov. Po zadnjih spremembah Uredbe št. 1093/2010, sprejetih z Uredbo (EU) 2019/2175 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. decembra 2019 (UL 2019, L 334, str. 1), se ta določba zdaj glasi „okrepitvi varstva strank in potrošnikov“. Ničesar ne želim ugotoviti na podlagi te razlike. Vendar je zanimiva zakonodajna tehnika pojasnjevanja jezikovnih razlik z vključevanjem vseh različnih pojmov.

⁴⁷ C-16/16 P, EU:C:2017:959, točke od 93 do 95)

86. Drugič, takšne prakse verjetno ne bodo vplivale samo na (horizontalno) institucionalno ravnovesje, ampak predvsem na splošno legitimnost pravil na nižjih ravneh. Širjenje agencij Unije je sprožilo pomisleke glede legitimnosti v zvezi z izvajanjem delegiranih upravnih pooblastil. Zato je treba zagotoviti, da to izvajanje ne ostaja nenadzorovano, in sicer tudi v zvezi z akti Unije, ki nominalno niso zavezujoči.⁴⁸

87. Tretjič, te trditve vzbujajo posebno pozornost v okoliščinah, v katerih je na več novih področjih politike že izražen „pobeg v instrumente mehkega prava“, pri čemer sta bančna unija in finančni nadzor nazorna primera tega pojava.

V tem okviru je paradoksalno, da čeprav je Lizbonska pogodba Sodišču končno zagotovila popolno samodejno pristojnost za vse akte, ki so jih sprejeli organi in institucije Unije, in sicer z odpravo – v smislu pravnega varstva dejansko nepopolne – stebrne strukture,⁴⁹ se lahko zdaj ista težava ponovno pojavlja na notranji ravni, saj so področja delovanja Unije, ki urejajo vedenje posameznikov, ponovno dejansko izključena iz vsakršnega nadzora, tokrat po lastni izbiri Sodišča.

88. Četrtoč, obstaja še en argument, ki se nanaša predvsem na agencije Unije, v nasprotju z institucijami Unije. Medtem ko za vse organe Unije velja načelo dodeljene pristojnosti, je agencijam Unije poleg tega navadno dodeljen še specializiran in precej ozek mandat. Poleg ustavnega argumenta, zakaj pri takšni strukturi ne zadošča zgolj mil nadzor, obstaja tudi bolj pragmatičen. Gre za tveganje „prenatrpne hiše mehkega prava“. V položaju, ko ima več agencij ali organov prekrivajoče se mandate, zaradi česar urejajo podobna ali sosednja vprašanja (kot je to ponovno v primeru bančništva in financ), bi razlaga teh mandatov na sorazmerno visoki ravni abstrakcije in glede na uresničevanje abstraktnih ciljev privedla zgolj do spodbujanja nastanka prekrivajočih se ali celo nasprotujočih si instrumentov mehkega prava.

89. Seveda se zavedam edinstvenosti tega preudarka: kako lahko po definiciji pride do *kolizije* med pravno nezavezujočimi akti? Kar ni pravno zavezujoče, ne more biti v koliziji, ker ne more ustvariti pravnih obveznosti. Kaj naj bi torej bilo v koliziji?

90. Petič in zadnjič, težava je, da se je Sodišče očitno odreklo tej logiki, kot je nazadnje potrdilo v sodbi Belgija/Komisija. V sklepnih predlogih v tej zadevi⁵⁰ sem namreč predlagal možnost, da se opremo na obliko pravnega akta Unije, ki bi nato določala način obravnave vsebine. Če se torej nekaj imenuje „smernica“, se bo štelo, da nima niti najmanjšega zavezujočega pravnega učinka in da ima vsak pravico, da jo v celoti prezre, saj gre za smernico.

91. Vendar je Sodišče vztrajalo pri prejšnjem pristopu, v okviru katerega je treba najprej, v vsakem posameznem primeru in neodvisno od formalnega poimenovanja akta, odločiti, ali gre za „pravi“ ali „nepravi“ ukrep mehkega prava.⁵¹ Vendar je nujna posledica takega pristopa ta, da pred ugotovitvijo, ali je neki ukrep pravi ukrep mehkega prava, ni mogoče izključiti, da dejansko ustvarja zavezujoče pravne obveznosti. Zato je vsekakor mogoče, da se naslovniki pravil Unije kakršne koli narave dejansko znajdejo v položaju, ko ne morejo reči, kaj je formalno zavezujoče in katerim od potencialno nasprotujočih si smernic bi morali slediti, kar zadeva njihove vsebinske obveznosti.

⁴⁸ Glej v tem smislu sodbe z dne 13. junija 1958, Meroni/Visoka oblast (9/56, EU:C:1958:7); z dne 14. maja 1981, Romano (98/80, EU:C:1981:104), in z dne 22. januarja 2014, Združeno kraljestvo/Parlament in Svet (C-270/12, EU:C:2014:18).

⁴⁹ Glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Madžarska/Parlament (C-650/18, EU:C:2020:985, točke od 33 do 37).

⁵⁰ Sklepni predlogi v zadevi Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2017:959, točke od 144 do 171).

⁵¹ Sodba Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2018:79, točki 29 in 32).

92. Če se vrnemo na poseben primer EBA, naj kot zaključno ponazoritev navedem, da se zdi, da je zakonodajalec Unije sam začel priznavati, da se lahko pojavijo potencialne težave, in pokazal pripravljenost za tesnejše spremljanje ukrepov EBA. Res je, da je bila medtem Uredba št. 1093/2010 spremenjena z Uredbo 2019/2175. Po tej spremembi (in čeprav ga časovno v tej zadevi ni bilo mogoče uporabiti), novi člen 60a Uredbe št. 2019/2175 o spremembi Uredbe št. 1093/2010, naslovljen „Prekoračitev pristojnosti [EBA]“, ki se v obravnavani zadevi sicer ne uporablja *ratione temporis*, določa, da lahko „[v]saka fizična ali pravna oseba [...] Komisiji pošlje obrazložen nasvet, če ta oseba meni, da je [EBA] prekoračil svoje pristojnosti [...] pri ukrepanju v skladu s [členom] 16 [...] ter da to osebo neposredno in osebno zadeva“.⁵²

93. Še enkrat, glede pravega mehkega prava je vse to preprosto osupljivo. V poglavje V Uredbe št. 1093/2010, naslovljeno „Pravna sredstva“, je vstavljena določba, ki izhaja iz predpostavke, da bi EBA pri izdajanju pravno nezavezujočih smernic in priporočil na podlagi člena 16 Uredbe ali tudi nezavezujočih mnenj na podlagi člena 16a lahko prekoračil svoje pristojnosti, tako da je potrebno pravno sredstvo. Naj bo sistemska utemeljitev takšne določbe kakršna koli že, upravičeno je domnevati, da ne bi bila vstavljena, če zakonodajalec Unije ne bi prišel do zaključka, da morda obstaja težava. Edino, kar je gotovo, pa je, da poštni nabiralnik Komisije najbrž ne bo preveč obremenjen, če je pogoj za to, da je osebi dovoljeno v bistvu napisati pismo Komisiji, to, da problematični ukrep to osebo „neposredno in posamično zadeva“, vsaj če bi se navdih za razlago teh pojmov črpal iz ustaljene sodne prakse Sodišča v zvezi s členom 263(4) PDEU.

94. Glede na vse te argumente lahko ugotovim le, da je resnično nujno, da so nezavezujoči akti, ki jih sprejmejo agencije Unije, predmet *običajnega* sodnega nadzora, vsaj v zvezi z njihovimi pristojnostmi, da te agencije ne bi nezakonito posegale v pristojnosti drugih organov ali institucij Unije.

3. Kakšen naj bo (formalni) izid takega nadzora?

95. Zadnje vprašanje v okviru sodnega nadzora pravno nezavezujočega akta je vprašanje vrste izida v primeru, ko je bil vložen predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki se nanaša na veljavnost takega akta. Kakšen bi lahko bil izid v primeru, ko (i) izpodbijani akt Unije ni pravno zavezujoč ter zato ne more biti predmet ničnostne tožbe na podlagi člena 263 PDEU in ga torej ni mogoče formalno razglasiti za ničnega v okviru tega postopka, vendar (ii) je Sodišče na podlagi predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 267 PDEU ugotovilo nepristojnost organa izdajatelja?

96. Verjetna sta dva izida. Prvič, pravno nezavezujoč akt Unije bi bilo mogoče razglasiti za neveljaven, kar je običajen izid pri drugih vrstah (zavezujočih) aktov prava Unije, za katere je na podlagi člena 267 PDEU ugotovljeno, da so pomanjkljivi. Drugič, vprašanje veljavnosti takega akta bi bilo mogoče učinkovito preoblikovati v vprašanje razlage v skladu s členom 267 PDEU, ki se nanaša bodisi na razlago zadevnega nezavezujočega akta Unije samega bodisi na razlago (zavezujoče) zakonodajne podlage, v skladu s katero je bil ta akt sprejet (v obravnavani zadevi Uredba št. 1093/2010).

⁵² Glej tudi uvodno izjavo 5 Uredbe 2019/2175: „Vsebina in oblika dejanj in ukrepov ESA, vključno z instrumenti, kot so smernice[...], bi morali vedno temeljiti na in biti v mejah zakonodajnih aktov iz člena 1(2) uredb o ustanovitvi ali v obsegu njihovih pooblastil.“ Poleg tega, v tem smislu, glej drugi pododstavek novega člena 16(1) Uredbe št. 1093/2010: „Smernice in priporočila so v skladu s pooblastili, podeljenimi z zakonodajnimi akti iz člena 1(2) ali tega člena.“

97. Takoj je mogoče zavreči prvo alternativo iz drugega scenarija: če bi Sodišče ugotovilo, da je organ sprejel nezavezujoč akt prava Unije v nasprotju s svojimi pristojnostmi, ne razumem, kako naj bi potem moralo Sodišče začeti sodno preoblikovati ta akt s pomočjo „razlage“ tistega, kar sploh ne bi smelo obstajati.

98. Če se ne motim glede dosedanje prakse Sodišča, Sodišče vse do pred kratkim nikoli ni ugotovilo neveljavnosti nezavezujočega akta Unije.⁵³ To je deloma posledica dejstva, da so nacionalna sodišča v zvezi s takimi akti običajno postavljala vprašanja glede *razlage*.⁵⁴ Vendar je treba tudi odkrito priznati, da je Sodišče vprašanja glede veljavnosti (do zdaj) vedno preoblikovalo v vprašanja glede razlage.⁵⁵

99. Tako „preoblikovanje“ je bilo morda najbolj očitno v sodbi velikega senata Kotnik in drugi, kjer je Sodišče več vprašanj glede veljavnosti posebej presoјalo, kot da gre za vprašanja glede razlage.⁵⁶ Poleg tega je Sodišče že dvakrat izrecno izključilo možnost presoje veljavnosti spornega akta, potem ko je ugotovilo, da ta akt ni zavezujoč.⁵⁷

100. Tako bi bilo mogoče na neki način šteti, da sodna praksa Sodišča vsebuje odgovor na nekoliko nasilen začetek teh sklepnih predlogov: tistega, kar nikoli ni živelo (kot zakonodajni akt), (sodišče) ne more pokopati. Vse, kar lahko naredi Sodišče, je, da odločno izjavi, da ta žival ni bila nikoli rojena, saj fizionomija matere izključuje možnost, da bi kdaj koli rodila to bitje.

101. Ta rešitev na neki način vsaj preprečuje nekatere težave, ki bi lahko nastale, če bi Sodišče akt, ki ga zaradi neobstoja zavezujočih pravnih učinkov ni mogoče razglasiti za ničnega na podlagi člena 263 PDEU, razglasilo za neveljaven na podlagi člena 267 PDEU. Sodišče bi lahko nadaljevalo s tem pristopom in tako v obravnavani zadevi ugotovilo, da povezana razlaga členov 1, 8 in 16 Uredbe št. 1093/2010 nasprotuje temu, da je EBA izdal izpodbijane smernice, zaradi nepristojnosti EBA v zvezi s tem.

102. Poleg tega bi bil v okviru tretjega vprašanja tak odgovor lahko primernejši od odgovora glede veljavnosti, saj predložitveno sodišče – zelo formalno gledano – ni postavilo vprašanja o veljavnosti. Predložitveno sodišče se je omejilo na vprašanje, ali je EBA z izdajo izpodbijanih smernic prekorščil svoje pristojnosti.

⁵³ V sodbi z dne 25. marca 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249), v kateri je Sodišče priporočilo, ki ga je sprejel EBA, razglasilo za neveljavno. Dejstvo, da je bilo zadevno priporočilo pravi instrument *soft law*, kar pomeni očitno nezavezujoč (točka 79 sodbe) in zato izrecno izključen iz sodnega nadzora na podlagi člena 263 PDEU (točka 82), po mnenju Sodišča ni preprečilo celovitega preizkusa tega nezavezujočega ukrepa v skladu s sodbo Grimaldi na podlagi člena 267 PDEU.

⁵⁴ Glej poleg sodbe Grimaldi tudi sodbo z dne 13. junija 2017, Florescu in drugi (C-258/14, EU:C:2017:448).

⁵⁵ Glej na primer sodbo z dne 8. aprila 1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, točka 17); z dne 11. maja 2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312), in z dne 19. julija 2016, Kotnik in drugi (C-526/14, EU:C:2016:570, točke od 31 do 34 in od 46 do 94).

⁵⁶ Sodba z dne 19. julija 2016, Kotnik in drugi (C-526/14, EU:C:2016:570, točke od 31 do 34 in od 46 do 94), v zvezi z vprašanji predložitvenega sodišča od 2 do 5.

⁵⁷ Glej na primer, glede obvestila Komisije o uvoznih in izvoznih dovoljenjih, sodbo z dne 8. aprila 1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, točki 16 in 17); glede sklepov odbora za carinski zakonik, čeprav bi morale države članice te sklepe „upoštevati“, sodbo z dne 11. maja 2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312, točki 40 in 41), z vidika sklepni predlogov generalnega pravobranilca M. Poiarsa Madura (EU:C:2006:78, točka 24): „Samo v zvezi z določbo, ki ima pravno zavezujoč učinek, se lahko opravi nadzor zakonitosti“.

103. Na splošno je takšen izid možen.⁵⁸ S praktičnega vidika se razglasitev živali za neobstoječo ne razlikuje bistveno od izjave, da je njena mati v nobenem primeru sploh ne bi mogla roditi.⁵⁹ Vendar ima ta izjava vseeno svojo ceno in prinaša nove težave. Zato Sodišču še vedno predlagam, naj izrecno poda odgovor glede *veljavnosti* izpodbijanih smernic.

104. Prvič, čeprav je predložitveno sodišče tretje vprašanje oblikovalo z vidika pristojnosti, ugotovitev nepristojnosti logično povzroči razglasitev ničnosti ali neveljavnosti.⁶⁰ Precej težko si je predstavljati, kako bi lahko obstajala izjava o prekoračitvi pooblastil, medtem ko bi akt še naprej visel v zraku.

105. Drugič in bolj bistveno, ali bi predložitveno sodišče moralo ukrepati na podlagi tega odgovora, ki ga je podalo sodišče? Ali bi nacionalno sodišče, ki bi izpeljalo posledice iz take izjave Sodišča, lahko samo razglasilo smernice za neveljavne? Ali pa bi mu izjava o prekoračitvi pristojnosti na ravni Unije omogočila, da razglasi za ničen nacionalni instrument za „izvajanje“ mehkega prava?

106. Vsekakor v sistemskem smislu nobena od zgoraj navedenih hipotetičnih možnosti za nacionalno sodišče z vidika različnih normativnih sklopov pravil, Unije in nacionalnih, ni zadovoljiva in lahko ogrozi sodno prakso, ki izhaja iz sodbe Foto-Frost. Načeloma je v izključni pristojnosti Sodišča, da presoja o (ne)veljavnosti aktov prava Unije. Nacionalna sodišča pa lahko za nične razglašajo le akte nacionalnega izvora. Na splošno je dajanje odgovorov, v skladu s katerimi je treba „akt prava Unije razlagati tako, da nasprotuje drugemu aktu“, primerno za *nacionalne* ukrepe, in ne za akte Unije (ne glede na to, ali so zavezujoči ali ne). Ta obvod je dejansko potreben v zvezi z nacionalno zakonodajo, ker je Sodišče pristojno za razlago prava Unije, ne pa tudi za presojo nacionalnega prava. Taka struktura pa ni primerna, če so izpodbijane smernice akti *Unije*, saj je Sodišče načeloma pristojno ne le za nadzor nad njimi, ampak tudi za razglasitev njihove ničnosti ali neveljavnosti.

107. Tretjič, preoblikovanje vprašanja glede veljavnosti v vprašanje glede razlage pomeni veliko revizijo (ali vsaj opredelitev) sodne prakse, ki izhaja iz sodbe Grimaldi. V nasprotju s tem, kar je navedeno v njej in kar je bilo od takrat pogosto ponovljeno,⁶¹ Sodišče tako dejansko ne bi bilo pristojno za odločanje o „veljavnosti *vseh aktov* institucij Unije *brez kakršne koli izjeme*“. Sodišču bi bila odvzeta možnost, da se izreče o veljavnosti nezavezujočih aktov Unije na podlagi člena 267 PDEU. Obstajala bi torej velika – in s širjenjem instrumentov mehkega prava vse večja – izjema od pristojnosti Sodišča tako na podlagi člena 267 kot člena 263 PDEU.

108. Četrto in zadnjo, opredelitev sodne prakse, ki izhaja iz sodbe Grimaldi, bi dejansko pomenila, da bi bila na neki način ponovno vzpostavljena določena skladnost med členoma 263 in 267 PDEU. Vendar bi dejansko šlo za skladnost na ravni najmanjšega skupnega imenovalca in na škodo vsakega učinkovitega pravnega varstva, ki ga določa pravo Unije. To bi pomenilo, da ker dejanski dostop do sodnega nadzora nad ukrepi mehkega prava na podlagi člena 263 PDEU ni na voljo, je najbolje, da ne obstaja niti na podlagi člena 267 PDEU.

⁵⁸ Zagotovo v tej konkretni zadevi. V drugih zadevah namreč morda ne bo vedno obstajala splošna pravna določba, kot je člen 16 Uredbe št. 1093/2010, na katero bi se takšna „razlaga“ lahko formalno navezala.

⁵⁹ Vsaj za tretje osebe, ki si preprosto želijo, da živali ne bi bilo. Zadeva bi lahko bila drugačna, če bi jo obravnavali z vidika živali, ki bi bila zaradi zadnje izjave morda nekoliko bolj užaljena.

⁶⁰ Glej na primer sodbo z dne 24. maja 2007, Komisija/Portugalska (C-376/06, neobjavljena, EU:C:2007:308, točka 47).

⁶¹ Glej sodno prakso, navedeno v opombi 8.

109. V zadnjem delu teh sklepnih predlogov (C) bom pojasnil, zakaj in kako bi bila ta logika na strukturni ravni napačna. Za odgovor na tretje vprašanje pa Sodišču predlagam, naj se odloči za najpreprostejši, najbolj jasen in v resnici najbolj pošten odgovor: izpodbijane smernice je treba razglasiti za neveljavne, ker je EBA deloval zunaj pristojnosti, ki so mu podeljene z Uredbo št. 1093/2010.

C. Prvo in drugo vprašanje: razmerje med členoma 263 in 267 PDEU

110. Šele zdaj je mogoče v celoti razumeti širše težave, ki se postavljajo s prvim in drugim vprašanjem predložitvenega sodišča. Ti vprašanji bom obravnaval v nadaljevanju. Začel bom z drugima deloma prvega in drugega vprašanja, v katerih gre za procesno upravičenje združenja FBF pred predložitvenim sodiščem (1). Nato se bom posvetil sodbi Foto-Frost in vprašanju, ali je nacionalno sodišče dolžno pri Sodišču vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe, če to, kar namerava, v veliki meri spominja na „onemogočanje“ nacionalne uporabe nezavezujočega akta Unije (2). Nazadnje bom obravnaval splošno razmerje med členoma 263 in 267 PDEU v zvezi z nezavezujočimi akti prava Unije, na katerih temeljita prva dela prvega in drugega vprašanja (3). Ta pristop me bo nazadnje pripeljal do precej nezadovoljive ugotovitve o splošnem stanju prava Unije na tem področju, pri čemer se bom vprašal, kako (če sploh) je dejansko mogoče uskladiti sodbe Grimaldi, Foto-Frost in Belgija/Komisija glede instrumentov mehkega prava (4).

1. Procesno upravičenje na podlagi člena 263 PDEU in člena 267 PDEU (druga dela prvega in drugega vprašanja)

111. Drugi del prvega vprašanja, če ga razlagamo dobesedno in ločeno,⁶² ni dopusten, ker obravnavana zadeva ni ničnostna tožba. Na drugi del drugega vprašanja je treba odgovoriti tako, da spada odločitev o tem, kdaj in kako lahko stranka v nacionalnem postopku uveljavlja ugovor nezakonnosti, na področje nacionalnega prava, in ne prava Unije.

112. Vendar se ob povezanem branju prvega in drugega vprašanja in njuni umestitvi v kontekst obravnavane zadeve zdi, da se predložitveno sodišče pravzaprav sprašuje o „scenariju iz sodbe TWD“: položaju, ko tožeča stranka, ki bi lahko pri Sodišču vložila ničnostno tožbo zoper akt Unije, vendar tega ni storila, ne more izpodbijati veljavnosti nacionalnega ukrepa, s katerim se ta akt izvaja, pred nacionalnim sodiščem.

113. V sodni praksi, ki izhaja iz sodbe TWD,⁶³ kot je bila nazadnje izpopolnjena v sodbi Georgsmarienhütte,⁶⁴ se zatrjuje, dakadar ima oseba, ki želi izpodbijati akt Unije, nedvomno procesno upravičenje na podlagi člena 263, četrti odstavek, PDEU, mora uporabiti pravno sredstvo iz te določbe z vložitvijo tožbe pri Splošnem sodišču. Možnost pravnega subjekta, da se pred nacionalnim sodiščem, pred katerim je začel postopek, sklicuje na neveljavnost določb aktov Unije, tako predpostavlja, da ta stranka ni imela pravice do vložitve direktne tožbe na podlagi člena 263 PDEU zoper te določbe.

⁶² Glej točke od 30 do 34 teh sklepnih predlogov.

⁶³ Sodbe z dne 9. marca 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90); z dne 23. februarja 2006, Atzeni in drugi (C-346/03 in C-529/03, EU:C:2006:130, točka 31); z dne 27. novembra 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, točka 41), in z dne 28. aprila 2016, Borealis Polyolefine in drugi (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 in od C-391/14 do C-393/14, EU:C:2016:311, točka 46).

⁶⁴ Sodba z dne 25. julija 2018, Georgsmarienhütte in drugi (C-135/16, EU:C:2018:582).

114. V obravnavani zadevi želi predložitveno sodišče na prvem mestu izvedeti, ali bi poslovno združenje, kot je FBF, lahko izpodbijalo smernice EBA v okviru ničnostne tožbe, da bi v okoliščinah obravnavane zadeve ugotovilo, ali lahko še vedno izpodbija zakonitost nacionalnega akta (mnenja ACPR), na podlagi katerega se smernice EBA uporabljajo.

115. V okviru zadeve, ki se nanaša na pravi ukrep mehkega prava, menim, da taki preudarki niso *upoštevni*. Vendar tudi če bi bili taki preudarki upoštevni, *ne bi bili upravičeni*.

116. Prvič, ker smernice EBA niso zavezujoče v skladu s klasičnim pristopom Sodišča,⁶⁵ ničnostna tožba pred Sodiščem nikakor ne bi bila dopustna zaradi *narave* zadevnega akta Unije, *ne glede na to*, ali se akt neposredno in posamično nanaša na tožečo stranko. Sodišče je doslej sledilo pristopu, v skladu s katerim, če gre za pravi ukrep mehkega prava, izpodbojnega akta dejansko sploh ni. V praksi se taka (objektivna) presoja opravi celo pred kakršno koli presojo (bolj subjektivnega) procesnega upravičenja dane osebe. Tako na neki način, če izpodbojnega akta ni, na podlagi člena 263 PDEU *nihče* ne more zahtevati nadzora takšnih aktov.

117. Drugič in v vsakem primeru, sodna praksa, ki izhaja iz sodbe TWD, se v obravnavani zadevi preprosto ne bi uporabila, pravzaprav pa bi se le redko uporabila v kateri koli zadevi v zvezi z ukrepi mehkega prava.

118. Razlog za to je preprost. V sodbi TWD in na njej temelječih odločbah se zahteva obstoj „nedvomne pravice“ do vložitve ničnostne tožbe na podlagi člena 263 PDEU, da bi se sprožila prepoved glede nadzora s strani iste tožeče stranke na podlagi člena 267 PDEU.⁶⁶ Vendar je nemogoče trditi, da ima poslovno združenje, ki brani interese svojih članov, kot je FBF, nedvomno pravico do vložitve tožbe na podlagi člena 263 PDEU zoper nezavezujoče akte Unije, kot so izpodbijane smernice. V zvezi z ukrepi mehkega prava je treba namreč vedno najprej presoditi, ali je tak ukrep pravi ali nepravi nezavezujoči pravni akt, kar že samo po sebi pomeni precej zapleteno presojo. Dalje, naslednje vprašanje bi bilo, ali se akt neposredno in posamično nanaša na združenje ali drug organ, ki varuje interese svojih članov, tako da bi imel(-o) procesno upravičenje.⁶⁷

119. Vse to privede do vrste kompleksne presoje, ki se zelo razlikuje od logike in namena izjeme na podlagi sodbe TWD.⁶⁸ Ta izjema mora biti ustrezno omejena na *očitno* dopustnost. Ni je mogoče razširiti na *morebitno* dopustnost, pri čemer bi bila konkretna presoja pogojev iz člena 263 PDEU dejansko vnesena v člen 267 PDEU in nato nacionalnim sodiščem naloženo, da presoji opravijo vzporedno. Prav tako je ni mogoče obrniti na glavo, tako da bi šlo za *očitno nedopustnost*.

120. Iz tega sledi, da v skladu s pravom Unije poslovno združenje nedvomno lahko z ugovorom neveljavnosti izpodbija smernice Unije, naslovljene na člane, katerih interese brani, tudi če se nanj ne nanašajo neposredno in posamično. Kdaj in kako lahko to stori na podlagi nacionalnega prava in postopka, je povsem drugo vprašanje, o katerem mora presoditi predložitveno sodišče.

⁶⁵ Kot sem navedel v točkah od 40 do 55 teh sklepnih predlogov.

⁶⁶ Glej sodbo TWD (točka 24) in sodbo z dne 25. julija 2018, Georgsmarienhütte in drugi (C-135/16, EU:C:2018:582, točka 17).

⁶⁷ Za ponazoritev te kompleksnosti in raznolikosti dobljenih izidov glej na primer sodbo z dne 16. marca 1978, Unicme in drugi/Svet (123/77, EU:C:1978:73); z dne 25. julija 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Svet (C-50/00 P, EU:C:2002:462), in z dne 10. januarja 2006, IATA in ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10).

⁶⁸ Glej v zvezi s tem sklepane predloge generalnega pravobranilca M. Camposa Sánchez-Bordone v zadevi Georgsmarienhütte in drugi (C-135/16, EU:C:2018:120, točka 40).

2. Ali se sodba Foto-Frost uporablja za nezavezujoče ukrepe?

121. Preden se posvetim splošni strukturni težavi, ki jo je predložitveno sodišče izpostavilo glede stopnje (ne)povezanosti členov 263 in 267 PDEU v zvezi z nadzorom nad veljavnostjo ukrepov mehkega prava, je treba obravnavati še en element sestavljanke: sodbo Foto-Frost.

122. Predložitveno sodišče je v predložitveni odločbi načelo sodbo Foto-Frost in njene posledice za nacionalni nadzor nezavezujočih aktov, čeprav v povezavi s tem Sodišču ni bilo predloženo konkretno vprašanje. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe je dejansko posledica tega, da je predložitveno sodišče uporabilo tako sodbo Grimaldi kot sodbo Foto-Frost v posebnem kontekstu nezavezujočih aktov, pri čemer nacionalno pravo dopušča neposreden nadzor nad akti mehkega prava, pravo Unije pa ne. Ali so v takem primeru nacionalna sodišča *dolžna* Sodišču postaviti vprašanje o veljavnosti izpodbijanih smernic na podlagi sodbe Foto-Frost? Ali pa je treba to razlagati kot preprosto *možnost*, ki se ponuja na podlagi sodne prakse, ki izhaja iz sodbe Grimaldi?⁶⁹

123. V sodbi Foto-Frost je bilo pojasnjeno, da je nacionalno sodišče dolžno Sodišču predložiti vprašanje o veljavnosti akta prava Unije, razen če meni, da navedeni razlogi za neveljavnost niso utemeljeni.⁷⁰ Navedena utemeljitev te obveznosti, ki je besedilo Pogodbe ne podpira,⁷¹ je dvojna: prvič, enotnost je še posebej nujna, kadar gre za veljavnost akta Unije, da v zvezi s tem ne bi prišlo do razhajanj med nacionalnimi sodišči. Drugič, skladnost sistema sodnega varstva in zaključenega sistema pravnih sredstev Unije (zlasti izključna pristojnost Sodišča za razglasitev ničnosti aktov Unije) narekuje, da kadar se veljavnost akta Unije izpodbija pred nacionalnim sodiščem, je pristojnost za ugotovitev neveljavnosti tega akta pridržana Sodišču.⁷²

124. Drugače kot Komisija ne vidim, kako naj bi se ta logika in navedena razloga uporabljali tudi za prave ukrepe mehkega prava.

125. Prvič, glede zahteve po *enotnosti* je res, da bi v zvezi z neko razlago pristojni nacionalni organi, ki se odločijo ravnati v skladu z izpodbijanimi smernicami, to morali storiti na enak način v celotni Uniji. Natančneje, člen 16(1) Uredbe št. 1093/2010 pooblašča EBA, da sprejme take smernice za „zagotovitev skupne, enotne in usklajene uporabe prava Unije“. Tako naj v bistvu ne bi šlo za enotnost znotraj Unije in celotnega notranjega trga, ampak za enotnost med posameznimi in bolj ali manj naključnimi normativnimi grozdi, omejenimi na države članice, katerih pristojni organi so se odločili za upoštevanje smernic.

126. Vendar ali je to vrsta enotnosti, za katero je šlo v sodbi Foto-Frost? Ali bi bilo treba to enotnost kategorično zahtevati tudi pri ukrepih, pri katerih privzeto ni takšne enotnosti, kot je to v primeru ukrepov, ki se zgolj *lahko* (ne pa morajo) uporabljajo? Natančneje, glede smernic in priporočil EBA iz člena 16(3) Uredbe št. 1093/2010 izhaja, da se pristojni nacionalni organi lahko odločijo, da jih ne bodo upoštevali. Poleg tega, če nacionalno sodišče brez sodelovanja Sodišča

⁶⁹ Naj zaradi celovitosti obravnave navedem, da če bi Sodišče sprejelo pristop, v skladu s katerim so vprašanja glede veljavnosti mehkega prava na podlagi člen 267 PDEU v resnici vprašanja glede razlage „nadrejene zakonodaje“ (kot je bilo obravnavano zgoraj, točke od 98 do 103), se sodba Foto-Frost v nobenem primeru ne bi mogla uporabiti za mehko pravo. Vendar bi to pomenilo tudi delno razveljavitev (ali, evfemistično rečeno, znatno „opredelitev“) sodbe Grimaldi (točka 107 teh sklepnih predlogov).

⁷⁰ Sodba Foto-Frost (točke od 14 do 20); sodbe z dne 22. junija 2010, Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točke od 54 do 56); z dne 6. oktobra 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, točka 62), in z dne 28. marca 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, točka 78).

⁷¹ Glej moje sklepnice predloge v zadevi Consorzio Italian Management (C-561/19, točki 47 in 48).

⁷² Sodba Foto-Frost (točke od 15 do 17).

odloči, da bo razglasilo ničnost nacionalnega akta, s katerim se izvaja nezavezujoč akt Unije, bo v praksi učinek enak, kot če bi se pristojni organ odločil, da zadnjenavedenega akta ne bo upošteval.

127. Drugič, argument, ki izhaja iz *skladnosti sistema sodnega varstva* in zaključenega sistema pravnih sredstev Unije, je morda še zanimivejši. Sodišče je v sodbi Foto-Frost v bistvu trdilo, da je obveznost vložitve predloga o veljavnosti utemeljena s tem, da glede aktov prava Unije Sodišče samo zagotavlja učinkovit sodni nadzor, ki je primerljiv s tistim, ki ga zagotavljajo nacionalna sodišča.

128. Vendar trenutno na *horizontalni* ravni dostop do nadzora nad nezavezujočimi akti prava Unije na podlagi člena 263 PDEU preprosto ni mogoč, ker izpodbojnega akta sploh ni, kar pomeni, da se ničnostne tožbe štejejo za nedopustne. Na *vertikalni* ravni se zdi, da je neenakost sodnega varstva še očitnejša, če se soočamo z (nekaterimi) nacionalnimi sodišči, kot je predložitveno sodišče v obravnavani zadevi, ki dejansko zagotavljajo (v določenem obsegu) učinkovito sodno varstvo v zvezi z nezavezujočimi ukrepi.⁷³

129. Tako skladnost z vidika *učinkovitega* sodnega varstva v zvezi z nezavezujočimi akti Unije zahteva kvečjemu ravno nasproten rezultat: in sicer, sodba Foto-Frost se očitno ne more uporabljati za take akte. V trditvi, da ker sodišča Unije ne zagotavljajo nobenega učinkovitega varstva pred pravnimi ukrepi mehkega prava, mora biti *neobstoječe varstvo centralizirano* pri Sodišču, resnično ne vidim nobenega smisla.

130. Če bi bilo tako, menim, da bi lahko šlo za enega redkih primerov, v katerih bi bilo mogoče s pridom uporabiti člen 53 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). Po mojem mnenju ni nobenega dvoma, da nacionalni pravni sistem, ki posameznikom omogoča dostop do učinkovitega sodnega nadzora nad nezavezujočimi akti, ki vplivajo na njihov pravni položaj, dejansko zagotavlja visoko (višjo) raven sodnega varstva v primerjavi s tisto, ki jo zagotavlja Sodišče.

131. Skratka, sodba Foto-Frost se glede na svojo logiko in namen ne uporablja za nezavezujoče akte Unije. To v praksi pomeni, da ima nacionalno sodišče, če je z nacionalnim pravom pooblaščen za razglašanje ničnosti, pravico razglasiti ničnost nacionalnega ukrepa za „vključitev“ ali „izvajanja“, s katerim je bilo določeno, da se na nacionalnem ozemlju uporablja akt mehkega prava Unije, ne da bi bilo dolžno pred tem pri Sodišču vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe v zvezi s tem. Podobno se „vzporednost tožbenih razlogov“, ki jo je Sodišče navedlo v sodbi Melki in Abdeli⁷⁴ in ki nalaga obveznost predložitve, ne uporablja za nezavezujoče akte Unije. To seveda nacionalnim sodiščem ne preprečuje vložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki se nanaša na razlago nezavezujočega instrumenta ali njegove nadrejene zakonodaje. Vendar se logika glede veljavnosti in centralizacije iz sodbe Foto-Frost preprosto ne uporablja za nezavezujoče akte Unije.

⁷³ Glej na primer sodbi Conseil d'État (državni svet) z dne 21. marca 2016, Société Fairvesta International GmBh in drugi (št. 368082), in z dne 21. marca 2016, Société Numéricable (št. 390023). Glej za primere iz drugih nacionalnih pravnih redov moje sklepne predloge v zadevi Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2017:959, točki 84 in 85).

⁷⁴ V sodbi z dne 22. junija 2010, Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točki 55 in 56), je bila jasno izražena posledica obveznosti iz sodbe Foto-Frost, pri čemer je bilo pojasnjeno, da če nacionalno sodišče odloča o izpodbijanju veljavnosti nacionalnega izvedbenega akta v zvezi z enakimi elementi, kot jih vsebuje prvotni akt prava Unije, mora to nacionalno sodišče Sodišču dati možnost, da obravnava iste pomisleke v zvezi s prvotnim aktom prava Unije, tako da Sodišču predloži vprašanje o veljavnosti prvotnega akta Unije.

132. Taka ugotovitev se lahko zdi radikalna, vendar le tistim, ki sami pri sebi verjamejo nekaj drugega, kot izkazujejo navzven. Če resnično verjamemo, da mehko pravo Unije ni zavezujoče in nima niti najmanjšega pravnega učinka, zakaj bi bili zgroženi nad idejo, da lahko nacionalna sodišča ukrepajo, kot želijo, glede nacionalnih ukrepov, s katerimi se izvaja nekaj, kar je zgolj smernica? Doslednost je tu bistvena. Bodisi verjamemo, da takšni ukrepi dejansko povzročajo nekatere učinke (toda v tem primeru bi bilo treba odobriti dostop do sodišč Unije), bodisi verjamemo, da ni nobenega pravnega učinka. Vendar se potem postavi vprašanje, zakaj bi imeli težave s tem, da jih nacionalno sodišče razveljavi? To sodišče kvečjemu počne nekaj popolnoma zaman in ubija nekaj, kar je bilo vedno mrtvo.

133. Edina možnost, ki povzroča težave, je trditi, da v zvezi z dostopom do sodišč Unije na podlagi člena 263 PDEU akt nima nobenih zavezujočih pravnih učinkov, kar ima za posledico, da dostopa do sodišč unije sploh ni. Ko pa isto vprašanje spada pod člen 267 PDEU, bi isti akt čudežno vstal od mrtvih in bil popolnoma živ, pri čemer bi se sprožila obveznost iz sodbe Foto-Frost. Zelo problematična podoba, ki izhaja iz takega neskladja, je, da se narava akta prava Unije spreminja glede na to, ali gre za dostop do Sodišča ali za obveznosti nacionalnih sodišč.

3. Dostop do Sodišča na podlagi člena 267 PDEU in dostop na podlagi člena 263 PDEU: zaključen sistem pravnih sredstev? (prva dela prvega in drugega vprašanja)

134. Splošno, strukturno vprašanje, ki se je začelo deloma kazati v prejšnjih delih tega oddelka, je naslednje: v kolikšni meri je mogoče trditi, da je akt Unije, ki ni pravno zavezujoč (zoper katerega torej ni mogoč sodni nadzor na podlagi člena 263 PDEU), še vedno lahko predmet nadzora in celo razglašen za neveljaven na podlagi člena 267 PDEU? Obe prejšnji točki, in sicer vprašanje izjeme na podlagi sodbe TWD in logika, na kateri temelji sodba Foto-Frost, namreč temeljita na domnevi, da obstaja en sistem sodnega varstva prava Unije, ki bi moral delovati kot celota.

135. Vendar obstaja tudi več argumentov, ki nakazujejo, da je določena stopnja ločevanja med obema vrstama postopkov resnično mogoča, zlasti v zvezi z nezavezujočimi akti prava Unije.

136. Prvič, jasna razlika je že v besedilu. Člen 263, prvi odstavek, PDEU namreč omejuje področje uporabe te določbe na akte s *pravnim učinkom* za tretje osebe, ki so na podlagi sodne prakse Sodišča dobili zavezujoče pravne učinke. Samo te akte je mogoče izpodbijati na podlagi člena 263 PDEU.⁷⁵ Take omejitve pa ni niti v besedilu niti v ustaljeni sodni praksi v zvezi s področjem uporabe člena 267 PDEU. Kot je namreč Sodišče večkrat potrdilo v sodni praksi, ki izhaja iz sodbe Grimaldi, člen 267 PDEU Sodišču podeljuje pristojnost za predhodno odločanje o veljavnosti in razlagi *vseh aktov* institucij Unije *brez kakršne koli izjeme*.⁷⁶

137. Drugič, čeprav je Sodišče poudarilo skladnost sistema, je prav tako vztrajalo pri obstoju „zaključenega sistema pravnih sredstev“, ki ga ponuja pravo Unije. Po navedbah Sodišča je Pogodba po eni strani s členoma 263 in 277 ter po drugi strani s členom 267 določila zaključen sistem pravnih sredstev in postopkov, ki je namenjen zagotavljanju nadzora zakonitosti aktov

⁷⁵ Glej na primer sodbe z dne 13. oktobra 2011, Deutsche Post in Nemčija/Komisija (C-463/10 P in C-475/10 P, EU:C:2011:656, točka 36); z dne 13. februarja 2014, Madžarska/Komisija (C-31/13 P, EU:C:2014:70, točka 54); z dne 25. oktobra 2017, Romunija/Komisija (C-599/15 P, EU:C:2017:801, točka 47); z dne 20. februarja 2018, Belgija/Komisija (C-16/16 P, EU:C:2018:79, točka 31), in z dne 26. marca 2019, Komisija/Italija (C-621/16 P, ECLI:EU:C:2019:251, točka 44).

⁷⁶ Glej sodno prakso, navedeno v opombi 8.

Unije, ta nadzor pa je zaupan sodiščem Unije.⁷⁷ Vse od sodbe Unión de Pequeños Agricultores/Svet⁷⁸ „pristop zaključenega sistema pravnih sredstev“ nepriviligiranim tožečim strankam omogoča, da se obrnejo na Sodišče na podlagi člena 267 PDEU, če se zaradi visokega praga, ki ga pomeni pogoj neposrednega in posamičnega nanašanja, nanj ne morejo obrniti na podlagi člena 263 PDEU.

138. Povedano drugače, posamezni postopki se morajo, *da bi bili zaključeni, dopolnjevati*. To je temeljni kamen, na katerem je bila v zadnjih tridesetih letih zgrajena večina sodne prakse na tem področju, vse odkar so bila vrata (v smislu neposrednega dostopa) (ponovno) zaprta v sodbi Unión de Pequeños Agricultores. V okviru te logike so bili pogoji in dostop na podlagi členov 263 in 267 PDEU dejansko natančno ločeni: razmeroma omejen dostop na podlagi člena 263 PDEU naj bi dopolnjeval zelo odprt dostop na podlagi člena 267 PDEU, pri čemer nacionalna sodišča dejansko postanejo vratarji.

139. V obravnavani zadevi se francoska vlada, pa tudi predložitveno sodišče, ki je obsežno citiralo sodno prakso Sodišča v zvezi s tem, opirata na to logiko, da bi utemeljila možnost vlaganja predlogov za sprejetje predhodne odločbe za presojo veljavnosti nezavezujočih aktov Unije, kadar ničnostne tožbe niso mogoče.

140. Tretjič, to dopolnjevanje in ločevanje naj bi bilo prav tako nujno za zagotovitev določene stopnje dostopa do učinkovitega pravnega sredstva, ki bi lahko bila skladna s členom 47 Listine. Popolnoma nezdržljivo s trdnimi zahtevami, ki jih je Sodišče nedavno oblikovalo na podlagi te določbe⁷⁹ ali celo na podlagi člena 19 PEU⁸⁰, bi namreč bilo, če akti prava Unije, ki vplivajo na pravni položaj posameznika, strukturno nikoli ne bi mogli doseči Sodišča.

141. Vendar tako ločevanje med členoma 263 in 267 PDEU v zvezi z nadzorom nad nezavezujočimi akti Unije ni brez intelektualnih izzivov, pri čemer so nekateri strukturno precej zahtevni.

142. Prvič, glede na *naravo* nezavezujočih aktov Unije je s konceptualnega vidika težko razumeti, kako je lahko predlog za sprejetje predhodne odločbe v zvezi s presojo veljavnosti nezavezujočih aktov Unije dopusten, medtem ko ničnostna tožba ni. Akt, ki ga na podlagi člena 263 PDEU ne more izpodbijati nobena tožeča stranka, namreč na podlagi člena 267 PDEU nenadoma postane izpodbijni akt, ki ga lahko izpodbijajo vsi.

143. Poleg tega iz ustaljene sodne prakse izhaja, da so predlogi za sprejetje predhodne odločbe glede presoje veljavnosti, ravno tako kot ničnostne tožbe, način nadzora zakonitosti aktov Unije.⁸¹ Medtem ko se njihovi izidi v primeru ugotovitve nezdržljivosti zadevnega akta Unije s hierarhično višjim pravom Unije formalno nekoliko razlikujejo (namreč razglasitev ničnosti na

⁷⁷ Glej na primer sodbe z dne 23. aprila 1986, Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, točka 23); z dne 3. oktobra 2013, Inuit Tapiriit Kanatami in drugi/Parlament in Svet (C-583/11 P, EU:C:2013:625, točka 92), in z dne 28. marca 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, točka 66).

⁷⁸ Sodba z dne 25. julija 2002 (C-50/00 P, EU:C:2002:462, točka 40).

⁷⁹ Glej na primer sodbi z dne 16. maja 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, točke od 43 do 59), in z dne 29. julija 2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626).

⁸⁰ Glej na primer sodbe z dne 27. februarja 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, točke od 29 do 40); z dne 24. junija 2019, Komisija/Poljska (Neodvisnost vrhovnega sodišča) (C-619/18, EU:C:2019:531), in z dne 19. novembra 2019, A. K. in drugi (Neodvisnost disciplinskega senata vrhovnega sodišča) (C-585/18, C-624/18 in C-625/18, EU:C:2019:982, točke od 82 do 86).

⁸¹ Glej na primer sodbo z dne 28. marca 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, točka 68 in navedena sodna praksa).

podlagi člena 263 PDEU v nasprotju z razglasitvijo neveljavnosti na podlagi člena 267 PDEU), so jim skupni pravni učinki *erga omnes* in na splošno *ex tunc*: sporni akt Unije je treba šteti za ničen in se ne uporablja več.⁸²

144. Tako so po vsej logiki akti Unije bodisi zavezujoči in jih je zato mogoče razglasiti za nične oziroma razglasiti za neveljavne na podlagi člena 263 PDEU oziroma člena 267 PDEU; bodisi *niso* zavezujoči, torej *ne* morejo biti predmet nadzora in jih *a fortiori* ni mogoče razglasiti za nične ali neveljavne *ne* na podlagi člena 263 PDEU *ne* na podlagi člena 267 PDEU.

145. Drugič, če sploh ni nobenega akta, v zvezi s katerim bi bilo treba opraviti nadzor, ni povsem jasno, zakaj bi morala veljati logika, na kateri temelji „zaključen sistem pravnih sredstev“. Sodna praksa Sodišča v zvezi s tem je v bistvu orodje, s katerim je mogoče preseči neobstoj (*subjektivnega*) posamičnega procesnega upravičenja v enem postopku (člen 263 PDEU), tako da se opozori, kje ta pogoj ni prisoten v drugem postopku (člen 267 PDEU). Cilj je bil ponovna vzpostavitev neke vrste ravnotežja med privilegiranimi in nepriviligiranimi tožečimi strankami. Dejansko ne gre za orodje za vzpostavitev dostopa do Sodišča na podlagi člena 267 PDEU, kadar je ta dostop na podlagi člena 263 PDEU onemogočen vsem, tudi privilegiranim tožečim strankam.

146. Poleg tega bi to postavilo na glavo razliko – ki je spodbudila nastanek veliko sodne prakse na podlagi člena 263 PDEU, v okviru člena 267 PDEU pa je ni – med privilegiranimi in nepriviligiranimi tožečimi strankami v zvezi z nadzorom nad nezavezujočimi akti Unije. Medtem ko je bila v sodbi Belgija/Komisija privilegirani tožeči stranki (državi članici) zavrnjena možnost izpodbijanja nezavezujočega akta Unije glede vprašanja nepristojnosti Unije za sprejetje takega akta,⁸³ pa bi bil na podlagi člena 267 PDEU ta tožbeni razlog na voljo vsem posamičnim tožečim strankam, ne da bi jim bilo treba dokazati obstoj kakršnega koli neposrednega in posamičnega nanašanja.

147. Vse to bi v praksi pomenilo, da bi bile privilegirane tožeče stranke, ko bi želele doseči nadzor nad nezavezujočim aktom Unije, v enakem ali včasih celo slabšem položaju kot posamezne stranke v sporu. Tako bi morala država članica pred nacionalnim sodiščem posredno izpodbijati izvajanje (verjetno lastnega) nacionalnega akta. Podredno, ker ni jasno, ali bi nacionalna postopkovna pravila sploh lahko omogočala takšno vrsto izpodbijanja, bi morali organi držav članic držati pesti, da: (a) individualna tožeča stranka izpodbija izvedbeni ukrep; (b) nacionalno sodišče dovoli državnim organom, da intervenirajo v postopku v glavni stvari; (c) to sodišče pri Sodišču vložijo predlog za sprejetje predhodne odločbe (glede razlage ali veljavnosti), da bi lahko državni organi nazadnje predstavili svoja stališča pred Sodiščem. Ta položaj bi bil še bolj zanimiv v zvezi z drugo vrsto privilegirane tožeče stranke, in sicer institucijami Unije.

148. Tretjič in zadnjič, obstaja še drug, precej pragmatičen argument, zakaj ima le malo smisla zagovarjati širok dostop do sodnega nadzora nad nezavezujočimi akti na podlagi člena 267 PDEU, medtem ko je dostop na podlagi člena 263 PDEU dejansko zaprt: razumna dodelitev nabora zadev na Sodišču Evropske unije. Ta argument se ne nanaša posebej na mehko pravo, temveč bolj splošno na sodno politiko zadnjih tridesetih let – vsesplošno – omejevalnega dostopa na podlagi člena 263 PDEU ob hkratnem omogočanju neomejenega dostopa na podlagi člena 267 PDEU.⁸⁴ Posledica te pravosodne politike je bila, da so bila vprašanja, ki bi se sicer obravnavala na

⁸² Glej v tem smislu na primer sodbe z dne 26. aprila 1994, Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, točka 17); z dne 5. oktobra 2004, Komisija/Grčija (C-475/01, EU:C:2004:585, točka 18 in navedena sodna praksa), in z dne 6. oktobra 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, točka 52).

⁸³ Glej zlasti prvi pritožbeni razlog (sodba Belgija/Komisija, točka 39).

⁸⁴ Glej na splošno moje sklepne predloge v zadevi Région de Bruxelles-Capitale/Komisija (C-352/19 P, EU:C:2020:588, točka 142).

tisti ravni sodnega sistema, kjer trenutno obstaja tako ustrezno strokovno znanje kot sodne zmogljivosti, in sicer na Splošnem sodišču, namesto tega na podlagi predlogov za sprejetje predhodne odločbe neposredno predložena Sodišču.

4. (Strukturno) nezadovoljiva (vendar nujna) ugotovitev

149. Sodbe Grimaldi, Foto-Frost in Belgija/Komisija. Zdi se mi precej težko ali celo nemogoče sočasno uporabiti vse te tri sodbe v okviru zadeve, kakršna je obravnavana. Premišljevanje, kako bi bilo treba uskladiti vse tri sodbe v zvezi z nezavezujočimi akti Unije, spominja na šahovsko igro v patu, ko je ne glede na potezo, za katero se človek odloči, rezultat neizogibna izguba vsaj ene figure.

150. Po mojem mnenju je zelo jasno, katero od teh treh je treba revidirati. Vendar tega ni mogoče storiti v okviru predhodnega odločanja. Menim, da ta predlog za sprejetje predhodne odločbe zgolj kot zelo uporaben primer poudarja, kaj se bo zgodilo, če bo Sodišče ostalo ujeto v desetletja trajajoče dihotomije glede na to, ali je pravni akt bodisi 100-odstotno zavezujoč bodisi ga sploh ni. Sčasoma bi se lahko kdo drug počutil dolžnega, da vstopi in zagotovi potrebno pravno varstvo, ki ga Sodišče ni pripravljeno zagotoviti na podlagi člena 263 PDEU.

151. Toda v zvezi s konkretnim izidom obravnavane zadeva ima Sodišče, vsaj teoretično, tri možnosti.

152. Prvič, zahtevo, da mora najprej obstajati pravno zavezujoč akt prava Unije (to je izpodbojni akt), lahko iz člena 263 PDEU podvoji v možnost vložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe za presojo veljavnosti na podlagi člena 267 PDEU. Vendar Sodišče v tem primeru ne bi upoštevalo besedila prvega odstavka člena 267 PDEU, pri čemer bi razveljavilo sodbo Grimaldi in jasno odločilo, da se sodba Foto-Frost ne uporablja za take neakte. Poleg tega je treba nekaj reči glede zahteve po „skladnosti“ pravnih sredstev, zaradi česar v interesu te skladnosti pravnega sredstva sploh ne bi bilo. Vendar je formalno gledano enako slabo obravnavanje vseh na neki način res skladno.

153. Drugič, Sodišče bi lahko tretje vprašanje predložitvenega sodišča preoblikovalo tako, kot da se z njim v bistvu sprašuje o razlagi pravne podlage izpodbijanih smernic, in ne o njihovi veljavnosti.⁸⁵ To bi pomenilo delno razveljavitev sodbe Grimaldi, razen če bi jo bilo še vedno mogoče vtakniti pod „pojasnilo“ te sodbe: če se je v sodbi Grimaldi in vsej kasnejši sodni praksi vztrajalo, da so vprašanja glede veljavnosti možna glede „vseh aktov Unije brez kakršne koli izjeme“, je bilo vedno jasno, da so bili pravzaprav mišljeni „vsi *pravno zavezujoči* akti Unije brez kakršne koli izjeme“⁸⁶. Zato se tudi sodba Foto-Frost za take akte ne bi uporabljala.

154. Tretjič, če bi Sodišče ugotovilo, da je EBA prekoračil svoje pristojnosti, bi lahko izpodbijane smernice razglasilo za neveljavne. To bi pomenilo, da bi potrdilo in uporabilo sodbo Grimaldi, vendar posredno ponovno preučilo sodbo Belgija/Komisija. Formalno bi zadnjenavedeni precedens in prejšnja sodna praksa, ki ju je vklesalo v kamen glede narave izpodbojnega akta na

⁸⁵ Kot sem že predlagal (točke od 102 do 108 teh sklepnih predlogov), bi Sodišče lahko vztrajalo pri formalnem dejstvu, da bi bilo mogoče tretje vprašanje predložitvenega sodišča glede na njegovo točno besedilo razumeti kot vprašanje glede razlage. Vendar to pomeni tudi priznanje, da bo moralo nacionalno sodišče izpeljati končne posledice ugotovitve, da je organ Unije prekoračil pristojnosti.

⁸⁶ Glej znova sodbo z dne 25. marca 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, točka 83).

podlagi člena 263 PDEU, ostala nedotaknjena. Vendar iz vseh razlogov, ki sem jih navedel v prejšnjem oddelku, ki se nanaša na stopnjo morebitnega neskladja med členoma 263 in 267 PDEU,⁸⁷ se sprašujem, kako dolgo bi lahko to razlikovanje razumno ohranjali.

155. Vsem tem težavam navkljub: *dokler* ni učinkovitega pravnega varstva pred potencialno škodljivimi pravnimi učinki nezavezujočih aktov Unije na podlagi člena 263 PDEU, ostaja vložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe v zvezi s presojo veljavnosti na podlagi člena 267 PDEU edini način, na katerega lahko Sodišče zagotovi, da obstaja vsaj neka podobnost z zaključenim sistemom pravnih sredstev, ki ga določa pravo Unije. To je sicer strukturno nezadovoljiva, vendar edina možna ugotovitev glede učinkovitega pravnega varstva.

V. Predlog

156. Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavil Conseil d'État (državni svet, Francija), odgovori:

- člen 267 PDEU omogoča vložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe v zvezi s presojo veljavnosti nezavezujočih aktov Unije, kot so Smernice o nadzoru in ureditvi upravljanja bančnih produktov, ki jih je Evropski bančni organ sprejel 22. marca 2016;
- člen 267 PDEU ne nasprotuje temu, da poslovno združenje z ugovorom nezakonnosti, ki je vložen pri nacionalnem sodišču v skladu s pravili o procesnem upravičenju na podlagi nacionalnega prava, izpodbija smernice, naslovljene na člane, katerih interese brani, in ki se nanj morda ne nanašajo neposredno in posamično;
- Predmet urejanja in vsebina Smernic o nadzoru in ureditvi upravljanja bančnih produktov, ki jih je Evropski bančni organ sprejel 22. marca 2016, ne spadata na področje uporabe zakonodajnih aktov iz člena 1(2) Uredbe (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. Te Smernice so zato neveljavne.

⁸⁷ Glej točke od 135 do 148 teh sklepnih predlogov.